THAÍSA BERNHARDT RIBEIRO

CULPABILIDADE E FUNÇÃO

Análise Crítica da Teoria da Culpabilidade na Obra de Günther Jakobs

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Professor Dr. Pierpaolo Cruz Bottini

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

CULPABILIDADE E FUNÇÃO

Análise Crítica da Teoria da Culpabilidade na Obra de Günther Jakobs

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial do Programa de Pós-Graduação para obtenção do título de Mestre em Direito, produzida com o financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP, sob a orientação do Professor Dr. Pierpaolo Cruz Bottini.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

THAÍSA BERNHARDT RIBEIRO

CULPABILIDADE E FUNÇÃO

Análise Crítica da Teoria da Culpabilidade na Obra de Günther Jakobs

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial do Programa de Pós-Graduação para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Prof. (a) Dr. (a) _____

Instituição: _____

Ficha Catalográfica

RIBEIRO, Thaísa Bernhardt

Culpabilidade e Função: Análise Crítica da Teoria da Culpabilidade em Günther Jakobs/ Thaísa Bernhardt Ribeiro. – São Paulo: T. B. Ribeiro, 2014.

f.284; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2014.

Orientador: Prof. Pierpaolo Cruz Bottini.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ieda Regina Bernhardt Ribeiro e Eliabe Daniele Ribeiro, e noivo, Lucas Pucinelli Orlandino, pelo amor e apoio a mim cotidianamente ofertados dedico estes escritos. Aos colegas de academia que, por meio da inquietação científica compartilhada, me auxiliaram a tornar este projeto realidade. À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo pela oportunidade de dedicação aos estudos. Ao Prof. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini pela confiança em mim depositada. A Deus por tudo.

RESUMO

A expansão do Direito Penal é um fenômeno jurídico da pós-modernidade que se encontra intrinsecamente relacionado com a configuração da sociedade atual como sociedade de riscos. Tal conjuntura social, política, tecnológica, econômica e, inevitavelmente, jurídica afeta a construção dos institutos dogmático-penais. Neste diapasão é possível observar novidades na realidade dogmática: o surgimento ou incremento dos crimes de perigo abstrato, o aumento da relevância da omissão, bens jurídicos supra-individuais, discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, dentre outros.

O efeito deste novo contexto social expansivo da punição não implica apenas o surgimento de novas estruturas dogmáticas, mas, também, ocasiona a reconstrução das categorias dogmático-penais clássicas. A culpabilidade é um instituto pré-existente que enfrenta modificações de natureza semântica, ou seja, não está sendo construída no afã da novidade, mas reconstruída silenciosamente sob o manto dos costumes.

Este estudo busca lançar luzes sobre a reconstrução histórica e funcional da culpabilidade, analisando e valorando as alterações práticas e teóricas sofridas pelo citado instituto no contexto da expansão penal na sociedade de risco. Para tal, o plano teórico condutor será o funcionalismo penal, que constitui escola de expressiva representatividade na pós-modernidade por coadunar-se com o momento histórico atual. O marco teórico específico será a obra de Günther Jakobs, em razão de a vertente funcionalista sistêmica deste autor estar alinhada com uma perspectiva funcional do Direito.

O objetivo central do presente trabalho científico será, justamente, analisar em que medida confundir culpabilidade com prevenção geral positiva para atender anseios sociais de confirmação jurídica comunicativa, como faz Günther Jakobs, se coaduna com as funções da culpabilidade em um Estado Democrático de Direito. Assim, com a análise crítica da obra de Günther Jakobs, busca-se reconstruir o instituto da culpabilidade a partir de sua função histórica de valorização do indivíduo oriunda da subjetivação da responsabilidade e limitação da punição.

ABSTRACT

The expansion of the Criminal Law is a post modernity juridical phenomenon that is deeply related to risk society. This social, political, technological, economical context affects the criminal legal institutions. It is possible, in this situation, observing news concerning dogmatic reality: the emergence of abstract danger crimes, the increase of omission's relevance, diffuse juridical estate, discussion about the responsibility of companies, among other effects.

The effect of this expansive new social context of punishment, not only implies the emergence of dogmatic news, but also affects the reconstruction of the classic dogmatic categories. Culpability is an pre-existing institute in criminal doctrine that faces semantics changes. In other words, culpability is not built by post modernity changes, but it is quietly rebuilt under customs.

This study aims to illuminate this reality of culpability reconstruction in post modernity, by analyzing the changes in culpability institute caused by criminal expansion in risk society. In order to accomplish that, the leading theory for the study will be the criminal functionalism, which is a representative criminal school of post modernity because of its consistency of the current historical moment. The specific theoretical framework is Günther Jakobs's work, as this systemic functionalism author is related to a post-modern functional law tendency.

The central goal of this work will be analyzing to what extent mistaking culpability for general positive prevention, in order to apply social anxiety of juridical communicative confirmation, as Günther Jakobs does, respecting the functions of culpability in a democracy or not. In this way, with a critical analysis of Günther Jakobs's work, this study pursues the reconstruction of culpability through the historical function of the individuals' appreciation, arising from subjective responsibility and punishment limitation.

ÍNDICE

RESUMO.....	6
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – A PROBLEMÁTICA DAS FUNÇÕES DA CULPABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓS-MODERNO	19
1.1. QUESTÕES PROBLEMÁTICAS NO INSTITUTO DA CULPABILIDADE	22
1.1.1. A ALTERAÇÃO DA RACIONALIDADE MODERNA E PÓS-MODERNIDADE: DIMENSÃO FILOSÓFICA DA CRISE DA CULPABILIDADE.....	25
1.1.2. CRISE NO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A NEUROCIÊNCIA	30
1.1.3. CRISE NA FUNÇÃO DA CULPABILIDADE: EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	33
1.2. AS CONSEQUENTES ALTERAÇÕES DOGMÁTICAS NA CULPABILIDADE.....	43
1.2.1. NORMATIVIZAÇÃO DO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE	43
1.2.2. IDENTIFICAÇÃO ENTRE CULPABILIDADE E PREVENÇÃO GERAL POSITIVA: O REFERENCIAL DOGMÁTICO DE GÜNTHER JAKOBS	50
1.3. REINTERPRETAÇÃO DA CULPABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PERANTE A RACIONALIDADE PÓS-MODERNA EXPANSIONISTA	52
1.3.1. A FUNÇÃO COMO REFERENCIAL METODOLÓGICO CRÍTICO.....	53
1.3.2. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS ...	57
CAPÍTULO 2 – CONCEITO DE CULPABILIDADE: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E ANÁLISE FUNCIONAL	60
2.1. ESCOLA CLÁSSICA E POSITIVISMO-NATURALISTA: TEORIAS PSICOLÓGICAS DA CULPABILIDADE	63

2.1.1. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA DE CARRARA	65
2.1.2. CULPABILIDADE EM FEUERBACH	66
2.1.3. POSITIVISMO E SISTEMA LISZT, BELING E RADBRUCH	68
2.1.4. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE NA ESCOLA CLÁSSICA E POSITIVISTA	72
2.2. TEORIAS PSICOLÓGICO-NORMATIVAS NO NEOKANTISMO	73
2.2.1. REINHARD FRANK E A NOÇÃO DE REPROVABILIDADE.....	74
2.2.2. DESENVOLVIMENTO TEÓRICO: JAMES GOLDSCHMIDT, BERTHOLD FREUDENTHAL E EDMUND MEZGER	77
2.2.3. O NACIONAL-SOCIALISMO: ESCOLA DE KIEL E OUTRAS ESCOLAS	80
2.2.4. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE NO NEOKANTISMO.....	81
2.3. FINALISMO E TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE.....	82
2.3.1. CRÍTICAS FINALISTAS AO POSITIVISMO E AO NEOKANTISMO	84
2.3.2. INSPIRAÇÕES SOCIOLÓGICAS E FILOSÓFICAS À TEORIA DA AÇÃO FINAL.....	85
2.3.3. A TEORIA FINALISTA DA AÇÃO: CULPABILIDADE NORMATIVA..	87
2.3.4. O FUNDAMENTO ONTOLÓGICO NA TEORIA NORMATIVA DE WELZEL: CRÍTICAS E CRISE.....	91
2.3.5. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE NO FINALISMO.....	94
2.4. INTRODUÇÃO ÀS TEORIAS FUNCIONALISTAS DA CULPABILIDADE: PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E FUNÇÃO	95
 CAPÍTULO 3 –CONCEITO DE FUNÇÃO E FUNCIONALISMO: PREMISSAS METODOLÓGICAS DA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS	98
3.1. FUNDAMENTOS METODOLÓGICOS DO FUNCIONALISMO	102

3.1.1. ORIGENS SOCIOLOGICAS DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO E FUNÇÃO	104
3.1.1.1. TALCOTT PARSONS.....	108
3.1.1.2. NIKLAS LUHMANN.....	111
3.1.2. O CONCEITO DE FUNÇÃO.....	115
3.2. ORIGENS JURISFILÓSÓFICAS DO FUNCIONALISMO PENAL	121
3.2.1. PRINCIPAIS VERTENTES DO FUNCIONALISTAS.....	122
3.2.1.1. ESCOLA DE MUNIQUE	125
3.2.1.2. ESCOLA DE BONN.....	126
3.2.2. FUNÇÃO E FUNCIONALISMO: SINTESE DE IMPACTOS DOGMÁTICOS.....	127
3.3. O FUNCIONALISMO DE GÜNTHER JAKOBS	132
3.3.1. O MODELO SOCIOLOGICO DE LUHMANN: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS	133
3.3.2. O REFERENCIAL FILOSÓFICO DE HEGEL	137
3.3.3. A FUNÇÃO DO DIREITO EM RELAÇÃO COMUNICATIVA: PREVENÇÃO GERAL POSITIVA	141
3.3.4. INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL NA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS.....	146
 CAPÍTULO 4 - REFERENCIAL DOGMÁTICO: FUNÇÃO E TEORIA DA CULPABILIDADE NA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS	 154
4.1. CULPABILIDADE DE GÜNTHER JAKOBS: CONCEITO MATERIAL E FORMAL	156
4.1.1. FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A COMPETÊNCIA	159
4.1.1.1. ORIGENS DA CULPABILIDADE: IMPUTAÇÃO POR COMPETÊNCIA E DIFERENCIAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	163

4.1.2. CULPABILIDADE E TEORIA DA AÇÃO: SEPARAÇÃO ENTRE INJUSTO E CULPABILIDADE.....	171
4.1.3. CULPABILIDADE E TEORIA DA PENA: PREVENÇÃO GERAL POSITIVA.....	179
4.1.4. ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	182
4.1.4.1. IMPUTABILIDADE	186
4.1.4.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE.....	189
4.1.4.3. EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA.....	192
4.1.5. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE NA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS	194
4.2. POSICIONAMENTOS CRÍTICOS	200
4.2.1. TEORIA DA AÇÃO: SOBRE A SEPARAÇÃO ENTRE INJUSTO E CULPABILIDADE.....	202
4.2.2. TEORIA DA PENA: SOBRE A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS INDIVÍDUOS.....	208
4.3. RESPOSTAS DE GÜNTHER JAKOBS E ANÁLISE DA CRÍTICA DOUTRINÁRIA	210
 CAPÍTULO 5 –REFERENCIAL AXIOLÓGICO: FUNÇÕES DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	 217
5.1. RETOMADA DO CONCEITO DE FUNÇÃO PARA ANÁLISE DA CULPABILIDADE.....	220
5.2. POTENCIAIS ALTERAÇÕES HISTÓRICAS DA FUNÇÃO DA CULPABILIDADE.....	222
5.3. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM TEORIAS ALINHADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	226
5.3.1. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM CLAUS ROXIN	228
5.3.2. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM BERND SCHÜNEMANN	230

5.3.3 HABERMAS E O AGIR COMUNICATIVO.....	231
5.3.4. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM KLAUS GÜNTHER	232
5.3.5. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM KINDHÄUSER	233
5.3.6. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM MUÑOZ CONDE	234
5.3.7. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM SANTIAGO MIR PUIG.....	236
5.3.8. FUNÇÃO DA CULPABILIDADE EM BUSTOS RAMIREZ	237
5.4. A DIVERSIDADE DE FUNÇÕES DA CULPABILIDADE	238
5.4.1. FUNDAMENTO, FUNÇÃO DA CULPABILIDADE E NEUROCIÊNCIA	244
5.4.2. FUNÇÃO DE SUBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	252
5.4.3. FUNÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO, GRADUAÇÃO E LIMITAÇÃO DA PENA	256
5.5. FUNÇÕES DA CULPABILIDADE E RELEITURA CRÍTICA DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS	261
CONCLUSÃO.....	266
BIBLIOGRAFIA	269

INTRODUÇÃO

A culpabilidade, instituto dogmático de crucial importância para a doutrina penal, surgiu com a *racionalização* do Direito ao se destacar no injusto como elemento subjetivo do fato crime. O fenômeno social da punição, em seus primórdios, era permeado de irracionalidade, manifestada, dentre outras formas, por mutilações físicas, responsabilidade por fato de terceiro e vingança privada. O Direito Penal, como disciplina científica, caracteriza-se pela constante racionalização da intervenção punitiva.

A busca do Direito por racionalidade foi acentuada por um importante fator histórico-político: a superação do regime absolutista. As principais garantias penais apontadas pelos ideais iluministas burgueses tinham por escopo suplantiar o absolutismo por meio da razão. Neste processo histórico, a elite intelectual e econômica burguesa procurava, a partir de uma racionalidade técnica e sistemática insculpida no princípio central de legalidade, garantir a previsibilidade do funcionamento do sistema legal, assegurando o *cálculo racional* de possibilidades e consequências jurídicas para a melhor organização da sociedade conforme os fins pretendidos.

Com isto observa-se que, em sentido moderno, *racionalização* significa possibilidade e capacidade de organização dos meios tendo em vista os fins que se pretende alcançar, em outras palavras, a previsão das relações de causa e efeito e a correspondente persecução *funcional* dos “efeitos” desejados. A compreensão funcional das “relações de causalidade” está relacionada com o que Max Weber chama de *desmistificação* da realidade¹, ocorrida na transição das idades antiga e média para a modernidade: não haveria mais forças misteriosas ou sobrenaturais influenciando na realidade humana, tudo poderia, em tese, ser controlado através do cálculo.

¹ “Esta desmitificación de la realidad significa, utilizando las palabras de Max Weber, que ‘si así se quisiese, ...podrían averiguarse en cualquier momento las condiciones de vida a las que el sujeto está sometido, esto es: por principio no existen fuerzas misteriosas e incalculables que inciden en ellas, sino que, al contrario, todas las cosas – en principio – pueden dominarse a través del cálculo’”. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, ed. a cargo de J. WINKELMANN, 3ª ed. 1968, p. 582 y ss., 594 apud JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 137.

A *desmistificação racional* da realidade contribuiu para a conformação da responsabilidade por *culpabilidade*. Em um mundo “irracional” e sujeito à atuação de forças incalculáveis, os resultados danosos seriam atribuídos normativamente pela presença humana valorada no curso causal, sem qualquer possibilidade de previsibilidade ou evitabilidade dos efeitos, os quais seriam imaginados imprevisíveis por natureza. A isto Jakobs denomina perda de sentido sem participação da mente “*do ser humano, somente através de sua mão. Ter que responder por isso significa responsabilidade pelo resultado*”². Em contrapartida, responder pelo que efetivamente foi previsto ou desejado, em um mundo já *racionalizável*, seria a responsabilidade por culpabilidade.

Assim, o surgimento da *culpabilidade*, na qualidade de princípio e instituto dogmático, estaria relacionado ao mesmo tempo com a racionalização do Direito e com a evolução da percepção da racionalidade do próprio ser humano, como possibilidade antropológica de orientação funcional-causal, em sentido *welzeniano*. Pode-se observar, em decorrência do exposto, que a principal *função* histórico-dogmática do instituto da culpabilidade seria a de *subjetivação* da responsabilidade, estabelecendo a imposição de pena apenas perante a geração *culpável* de um resultado criminoso³.

É perceptível a influência cultural e histórica na conformação das categorias dogmáticas penais. O Direito Penal seria resultado da sociedade de seu tempo. Logo, o desenvolvimento epistemológico da culpabilidade poderia ser, de alguma maneira, associado à racionalidade moderna de previsibilidade jurídica e antropológica, acarretando a ampliação das garantias penais. Por outro lado, na pós-modernidade, a crise da razão apareceria, portanto, como fenômeno correlato, não apenas à deflagração do expansionismo penal, mas também como fator de reconfiguração e questionamento do instituto da culpabilidade.

Não são poucos os autores que denominam o período histórico atual de *pós-modernidade*, denominação que indica justamente a superação da *racionalidade moderna*. Nos auspícios da modernidade, especificamente durante a “*belle époque*”

² Idem, *ibidem*.

³ “Dentre as várias funções atribuídas à culpabilidade, distinguem-se a função de subjetivação da responsabilidade, afastando-se a responsabilidade objetiva...”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 23.

européia, com a euforia científica, a humanidade acreditou que poderia controlar e construir um mundo seguro através da racionalidade científica, premissa que guiou o desenvolvimento do positivismo sociológico e jurídico. Todavia, com as duas grandes guerras e as catástrofes nucleares que as seguiram, percebeu-se que a “racionalidade” poderia produzir barbárie e não haveria possibilidade de controle pleno dos resultados desejados de uma ação.

A alcunha de “sociedade do risco” dada às sociedades pós-modernas significa justamente que o ser humano está inserido em um mundo situado além do seu controle e que a *incerteza*, o *perigo* e o *risco* são temáticas recorrentes na atualidade e desafiadoras da razão. Se não há uma insegurança objetiva maior do que a existente em períodos históricos anteriores, certamente houve um incremento da insegurança subjetiva na sociedade atual. A tentativa de controle de riscos, como resposta jurídica à sociedade, acarreta a transformação de expectativas cognitivas em expectativas normativas, gerando expansão penal, ou seja, se antigamente a certeza científica “garantia” cognitivamente a impossibilidade da ocorrência de um dano, que se havido seria interpretado como “*catástrofe*”, atualmente a incerteza científica cria a expectativa de indenização e responsabilidade pela ocorrência de um fato lesivo, mesmo que imprevisível: há conversão da pena natural em jurídica.

É neste contexto sócio-cultural que surge o tema da expansão do Direito Penal e sua correspondente reconfiguração dogmática. O expansionismo penal seria um fenômeno correlato à busca da sociedade por segurança no âmbito do Direito Penal, garantias penais históricas são flexibilizadas com vistas a oferecer uma resposta punitiva capaz de gerar acautelamento social talvez meramente paliativo, o que ocasiona a necessária crítica a respeito da função simbólica da punição penal. Crimes de perigo abstrato, responsabilidade penal da pessoa jurídica, administrativização do Direito Penal, dentre outras, são questões jurídico-penais expansionistas de cunho dogmático.

Neste diapasão, a culpabilidade enfrenta questionamentos e modificações de natureza semântica, ou seja, é dogmaticamente reconstruída em seu sentido e alcance. Primeiramente, em razão da crise do fundamento de controle racional da vontade, que já havia sido doutrinariamente desconstruído nas escolas penais através de uma progressiva normativização da culpabilidade, e surge no funcionalismo penal independente de qualquer critério pré-jurídico ou metajurídico de fundamentação.

O efeito secundário desta crise de legitimação será, em última instância, a fundamentação da culpabilidade na própria confirmação da validade da norma penal. Em virtude do fato de a culpabilidade não poder mais ser fundamentada na razão humana, até mesmo pela impossibilidade doutrinária de comprovação do arbítrio, a doutrina penal funcionalista de Jakobs, por exemplo, busca a validação das categorias penais dentro do próprio sistema jurídico normativizado socialmente e operacionalmente fechado: o fundamento da culpabilidade seria a necessária confirmação da vigência da norma para a sociedade, ou seja, prevenção geral positiva.

O funcionalismo de Jakobs, por sua estrutura lógica de fechamento operacional sistêmico, acaba levando a estrutura do pensamento jurídico funcional pós-moderno às últimas consequências: se não é mais possível legitimar o sistema em categorias pré-jurídicas ou metajurídicas, como a racionalidade humana, por exemplo, o que legitima o direito será a função do direito ou a própria validade normativa e a correspondente necessidade de sua confirmação comunicativa social, mesclando os conceitos de validade e legitimidade.

Assim, em um contexto expansionista, a função meramente simbólica do Direito poderá assumir feição de confirmação comunicativa da vigência da norma. Compreender a teoria dogmática da culpabilidade de Günther Jakobs, na qual a competência seria o equivalente jurídico do livre-arbítrio - ou seja, a capacidade de culpabilidade não emana do sujeito, mas é atribuída socialmente - é fundamental para conhecer e valorar as tendências dogmáticas expansionistas do sistema penal atual, até mesmo para, a partir da crítica construída sobre os escritos de Jakobs, verificar a possibilidade de contenção da expansão penal e revalorização do sujeito em um Estado Democrático de Direito.

Para compreender o desenvolvimento da culpabilidade e sua *função* no Direito Penal contemporâneo é relevante a busca de sua origem e desenvolvimento histórico. Logo, em um primeiro momento, este estudo se dedicará à reconstrução histórica da categoria da culpabilidade, com vistas a acompanhar sua progressiva conformação normativa, afastando-se do sujeito para se aproximar dos anseios sociais de prevenção geral positiva.

A reconstrução da categoria da culpabilidade terá por escopo tanto compreender o estágio atual da teoria desenvolvida por Günther Jakobs, como destacar as *funções*

historicamente atribuídas ao instituto da culpabilidade e sua manutenção sistêmica. Isto porque, se antigamente racionalidade significava a capacidade humana de apreender verdades lógicas, atualmente nas ciências sociais racionalidade é especificação funcional, ou seja, “*o direito não é racional por ser lógico, mas porque desempenha uma função específica na solução de problemas sociais*”⁴. Assim, o viés central da presente dissertação será, tendo por plano de fundo a análise crítica da obra de Günther Jakobs, destacar as *funções da culpabilidade*, com vistas a demonstrar o desenvolvimento da teoria da culpabilidade em um direito penal *funcional*.

O enfoque essencial do presente estudo será a análise das *funções* da culpabilidade como perspectiva crítica da estrutura dogmática deste instituto na obra de Günther Jakobs. Nesse sentido, busca-se perquirir as funções já enunciadas por Fábio Guedes de Paula Machado, a saber: “*dentre as várias funções atribuídas à culpabilidade, distinguem-se a função de subjetivação da responsabilidade, afastando-se a responsabilidade objetiva, vinculando em seu lugar a imposição de pena à causação culpável do resultado, graduando-se a pena em função de fundamentação dogmática da pena...*”⁵. Assim, a título de perspectiva final de análise, este estudo questionará em que medida estas funções são atendidas em um funcionalismo sistêmico-radical plenamente inserido no contexto histórico expansionista pós-moderno.

A questão que se descortina é como e se um instituto penal, especificamente o instituto da culpabilidade, pode ser reconstruído doutrinariamente a partir de uma racionalidade funcional-normativa destituída de fundamentações metafísicas ou ontológicas. O presente estudo buscará respostas na investigação das *funções* dogmáticas e político-criminais como parâmetros de possibilidades e limites de uma culpabilidade funcional. Esta proposta será cientificamente desenvolvida em um capítulo inicial concernente à conformação do objeto ou questão-problema deste estudo e outros quatro capítulos distintos referentes à culpabilidade e sua função: 1. Evolução histórica e funcional da culpabilidade, 2. Adoção e compreensão do referencial metodológico “função” e análise do funcionalismo penal, 3. Dogmática e política-criminal na teoria da culpabilidade do funcionalismo radical de Jakobs, 4. Funções da

⁴ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito, v. 3- Do Século XX à Pós-Modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 376.

⁵ MACHADO, Fabio Guedes de Paula. Culpabilidade...Op. Cit., p. 23.

culpabilidade em um Direito Penal constitucionalmente democrático. Assim, busca-se analisar a relação entre *culpabilidade* e *função* em um ordenamento jurídico funcional e democrático, tendo por plano de fundo a revisão *crítica* da obra de Günther Jakobs.

CAPÍTULO 1

A PROBLEMÁTICA DAS FUNÇÕES DA CULPABILIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PÓS-MODERNO

Este capítulo introdutório será dedicado à conformação da pergunta que motivou o desenvolvimento desta dissertação, que se encontra sintetizada no tema compreendido pelos seguintes título e subtítulo: “*Culpabilidade e Função: Análise Crítica da Culpabilidade na Obra de Günther Jakobs*”. O título “*Culpabilidade e Função*” representa em si o questionamento principal, qual seja: “quais e como são atendidas as funções da culpabilidade histórica e democraticamente consideradas, especialmente em relação ao referencial do Estado Democrático de Direito?”. O subtítulo, por sua vez, traduz o meio de análise da questão-problema, a saber, através do estudo crítico da obra de Günther Jakobs valorada pelo referencial “função”.

Observa-se que o enfrentamento do questionamento proposto ao longo desta dissertação deve ser precedido pela construção da própria questão, na medida em que a formulação da pergunta antecede logicamente à apresentação da resposta⁶. Logo as dúvidas: “por que culpabilidade?”; “por que estudar a culpabilidade sob um método funcional?”; “por que função e não fundamento?”; “o que justifica a eleição do referencial doutrinário representado pela obra de Günther Jakobs?”; “como as funções da culpabilidade são alteradas pela expansão penal?”, etc., correspondem à elaboração do objeto de estudo desta dissertação.

O caminho percorrido para a compreensão da questão-problema a ser enfrentada neste estudo perpassa os seguintes estágios a seguir apresentados, que correspondem aos subitens deste primeiro capítulo. Primeiramente, verifica-se a configuração dos

⁶ Hans-Georg Gadamer aponta a relevância metodológica da pergunta: “prelineia-se o caminho da investigação que segue: deveremos indagar pela estrutura lógica da abertura que caracteriza a consciência hermenêutica, recordando o significado que convinha ao conceito de pergunta na análise da situação hermenêutica. É claro que em toda experiência encontra-se pressuposta a estrutura da pergunta. Não se fazem experiências sem a atividade do perguntar. O conhecimento de que algo é assim, e não como acreditávamos primeiramente pressupõe evidentemente a passagem pela pergunta se é assim ou de outro modo”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1997, p. 533-534.

principais problemas concernentes ao instituto da culpabilidade acentuados ou produzidos pelo contexto histórico da sociedade de riscos pós-moderna, bem como a potencial reconfiguração doutrinária e dogmática ocorrida no conceito de culpabilidade, resultante desta nova realidade histórico-social. Dentro deste contexto, o passo seguinte será justificar a eleição do referencial doutrinário de Günther Jakobs como parâmetro de estudo representativo de uma teoria normativa, orientada à prevenção geral positiva e, portanto, sintetizadora das principais discussões hodiernas em torno do instituto da responsabilidade culpável⁷. Por fim, a conclusão deste capítulo se dará pela construção metodológica da hipótese de trabalho, qual seja, a proposta de compreensão do conteúdo da culpabilidade a partir do referencial da “função” deste instituto no Estado Democrático de Direito, empreendendo-se um estudo crítico da teoria de Günther Jakobs.

Resumidamente e a título de antecipação introdutória dos temas que serão desenvolvidos a seguir, a conformação do objeto que se pretende enfrentar nesta dissertação abrange a compreensão da problemática da culpabilidade inserida na sociedade pós-moderna, ou seja, observa-se em que medida os sintomas expansivos em Direito Penal, reflexos de uma sociedade insegura, de riscos ou do medo, afetam a reconstrução da categoria histórica da imputação penal por culpabilidade na escola funcionalista. Neste ponto, o referencial teórico de Jesús-María Silva Sánchez será adotado para explicar a interação da insegurança social com os mecanismos políticos-criminais culminantes na hiper-responsabilização do sujeito ativo.

A compreensão dos fatores sociais que ensejam a *expansão* da responsabilidade penal demonstra a relevância que os parâmetros de *prevenção geral positiva* assumem nas discussões sobre a *função* da pena: o acautelamento das inseguranças sociais torna-se recorrente preocupação dos autores funcionalistas, seja com escopo crítico ou confirmador desta expectativa social de segurança buscada a partir do Direito Penal.

⁷ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: _____. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 73 e ss. Cfr: JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v.42, n.2, p.633-652, mai./ago.,1989; JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.

Neste diapasão, a teoria de Günther Jakobs será um destacado referencial para a percepção das influências de critérios preventivo-geral-positivos na dogmática penal.

Em sede de responsabilidade subjetiva e culpabilidade, Jakobs acaba por identificar prevenção geral positiva, culpabilidade e ação, empreendendo uma elevação do nível de normatividade já existente no instituto da culpabilidade. Assim, a obra de Jakobs vem alinhada com o histórico incremento de fatores normativos na estruturação dogmática da culpabilidade que, ao surgir como psicológica, perpassou uma fase psicológico-normativa, mas há muito já se assentou em um normativismo puro na definição penal de capacidade para ter culpa.

Todavia, enquanto a culpabilidade normativa de origem welzeniana não prescindia de base ontológica para o fundamento da culpabilidade, a saber, o controverso livre-arbítrio ou o “poder agir de outro modo”, as teorias funcionalistas céticas, que já superaram a problemática que o determinismo representou à fundamentação ontológica da culpabilidade, suscitam outro e diverso questionamento: a progressiva eliminação de critérios psicológicos e individuais na fixação da culpa, que cedem espaço aos critérios preventivo-sociais, como equacionados na teoria de Jakobs, por exemplo, seria compatível com os limites *axiológicos funcionais* que um Estado Democrático de Direito deve respeitar?

Neste diapasão de pressões sociais expansionistas e corrosão filosófico-científica do fundamento ontológico da culpabilidade, a *função* de um instituto consubstancia um critério essencial de compreensão histórico-dogmática, sistematização e crítica político-criminal de sua configuração em um Direito Penal funcionalista. Portanto, o objeto do presente estudo também pode ser estabelecido da seguinte forma: “*em que medida as reconstruções normativas pós-modernas da teoria da culpabilidade, em específico na obra de Günther Jakobs, atendem ou contrariam as funções dogmáticas e político-criminais deste instituto penal em um Estado Democrático de Direito?*”, cuja resposta abrange a discussão das funções da culpabilidade na democracia. Reitera-se que o presente capítulo tem por escopo demonstrar a construção e a relevância da questão-problema que motiva o estudo aqui desenvolvido.

1.1. Questões Problemáticas no Instituto da Culpabilidade

A culpabilidade, como categoria dogmática, teve origem na distinção entre injusto objetivo e subjetivo preconizada por Jhering, o qual lançou as bases posteriormente utilizadas para a constituição da subdivisão dos elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁸, elaborada por penalistas clássicos, dentre eles, Liszt, que estabeleceu o conceito de delito como ato antijurídico e culpável em 1881⁹. À época, Jhering observou na seara civilista a diferença entre um fato objetivamente antijurídico e a intenção ou consciência do autor concernente ao conteúdo de contrariedade à norma contida em sua ação¹⁰. É de se ressaltar, todavia, que a culpabilidade já pressupunha em sua origem um mínimo empírico de consciência subjetiva, apta a proporcionar ao sujeito a formação da vontade antijurídica.

Logo, como bem aponta Jakobs inspirado nos estudos de Weber, a culpabilidade é correlata à pressuposição antropológica de subjetividade, consciência ou controle

⁸ “La idea rectora del planteamiento de Jhering era la de distinguir entre la pretensión que podía dirigir un sujeto contra el tercero que posee de buena fe una cosa de aquél y la pretensión que el robado puede dirigir contra el ladrón. En el primer caso, se trata de un estado de cosas antijurídico (Unrechtmässigkeit eines sachlichen Zustandes), en el segundo, de una lesión consciente de su derecho (Rechtskränkung), a la que es inherente el elemento de reproche subjetivo (subjektiver Verschuldung). Con base en ello, distinguió entre un ‘injusto objetivo’ y un ‘injusto subjetivo’”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Introducción. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; ABOSO, Gustavo Eduardo (Coords.); FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.). Aproximación al derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: BdeF., 2010, p. LXIII. Nesse mesmo sentido: “A culpabilidade, hoje reconhecida na moderna doutrina e legislação dos países desenvolvidos, não existiu desde sempre. Ganhou importância destacada a partir de sua separação com o injusto, sendo-lhe reconhecido o caráter subjetivo e, ao injusto o caráter objetivo. Idealizada por Rudolf Von Ihering em 1867, por meio de seu escrito *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* e, em nível dogmático, com as construções de von Liszt e Binding dando início às bases da teoria do delito”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 22.

⁹ LISZT, Franz von. *Das Deutsche Reichsstrafrecht*. J. Guttenlag, Berlin/Leipzig, 1881, p.64-65 apud BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o Dilema da Culpabilidade Penal. *Revista Liberdades*, São Paulo: RT, n.8, p. 45-88, set./dez., 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 14 de junho de 2012.

¹⁰ Destaca-se que esta distinção foi apontada por Jhering e versava sobre os efeitos civis destes dois tipos de injustos. Tal distinção hoje se encontra em desuso, na medida em que a potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade e não abrange o chamado injusto subjetivo, pelo menos não segundo uma teoria finalista que identifica este tipo de injusto com o dolo e a culpa.

racional dos atos humanos¹¹, ou seja, o fundamento deste instituto dogmático poderia ser encontrado empiricamente na existência de um conteúdo de liberdade ou capacidade com potencial para pautar as ações humanas. Ora, esta pressuposição é compatível com a racionalidade filosófica moderna de desmistificação do mundo e controle do curso causal pela técnica ou inteligência, manifestada, dentre outros movimentos, no positivismo sociológico, no iluminismo e no antropocentrismo. Assim, não seria impreciso relacionar o *fortalecimento e desenvolvimento* da responsabilidade por culpabilidade, *oriunda* do Direito canônico, com os ideais iluministas burgueses que permearam a evolução jurídica da modernidade. Nesse sentido, culpabilidade e modernidade parecem compartilhar os mesmos pressupostos filosóficos e estão relacionadas, ao menos, pela relativa contemporaneidade.

De maneira análoga, pode se observar certa contiguidade entre pós-modernidade e os questionamentos diversos sobre a relevância do conceito de culpabilidade, com sua correspondente normativização. A crise da razão consubstanciada na corrosão dos pressupostos filosóficos da modernidade parece afetar também o fundamento da culpabilidade. Nesse sentido, o estudo do momento histórico-filosófico atual denominado de pós-modernidade ou modernidade líquida, no qual desponta a chamada sociedade da informação, do consumo e, especialmente, do *risco*, torna-se relevante para a compreensão das questões sócio-filosóficas dirigidas tanto ao fundamento como à função da culpabilidade.

Jesús-María Silva Sánchez aponta o debate científico sobre o fundamento da culpabilidade, atualmente desenvolvido no campo da neurociência, como um dos grandes temas de discussão do Direito Penal, ao menos na última década¹². Esta discussão abrange a possibilidade de o determinismo biológico “comprovado

¹¹ Infra, nota 1.

¹² “ahora bien, sin duda los dos grandes temas de discusión- sobre todo de la última década – han sido y siguen siendo el derivado de la relevancia de la investigación neurocientífica para el concepto de culpabilidad, y el relativo a tratamiento de los casos de opción por el ‘mal menor’ en situaciones límite (a propósito tanto de la tortura como del derribo de aviones secuestrados e incluso del asesinato selectivo de líderes terroristas)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Introducción. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; ABOSO, Gustavo Eduardo (Coords.); FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.). Aproximación...Op. Cit., p. LXXII. Neste trecho, Silva Sánchez remete à sugestões bibliográficas que serão aqui aproveitadas quando do estudo da neurociência, a saber: las contribuciones de Hassemer, Pardo/Paterson, Pérez Manzano, Feijoo y Demetrio em InDret Penal 2/2011 (www.indret.com).

cientificamente”¹³ pelos neurocientistas ter ou não o condão de deslegitimar a imputação penal por culpabilidade ao negar a autodeterminação humana¹⁴. Por outro lado, a sociedade do risco acaba por direcionar os anseios por segurança para do Direito penal, de modo que, com a expansão da imputação, os institutos dogmáticos, dentre eles a culpabilidade, acabam sendo reconfigurados ou flexibilizados para atender demandas punitivas¹⁵, o que acarretaria o questionamento da função da culpabilidade como categoria *limitadora* da imputação.

Desta forma, é possível visualizar a crise da culpabilidade inserida no seguinte tripé filosófico, científico e sociológico: 1) *filosoficamente* encontra-se a superação da modernidade pela pós-modernidade, contemporânea ao funcionalismo, com consequente questionamento da racionalidade antropológica que introduz elementos propícios à crise do *fundamento* e da *função* da culpabilidade em dimensão filosófica; 2) no campo *científico* há o ressurgimento de questões deterministas que afrontam o *fundamento* da culpabilidade a partir de estudos desenvolvidos na neurociência; 3) e *sociologicamente* nota-se a expansão normativa na sociedade de riscos, com efeitos jurídicos de retração da *função limitadora* da culpabilidade perante a racionalidade penal expansionista relacionada à prevenção geral positiva. Estes principais tópicos consubstanciam e serão abordados com maior profundidade nos subitens seguintes.

¹³ Ressalta-se o questionamento sobre a possibilidade de comprovação científica do determinismo, tendo em vista a cisão metodológica entre ciência e filosofia e a limitação científica no deslinde de algumas questões, dentre estas a questão da liberdade. Como destaca Hannah Arendt a verdade científica ou biológica é questionada como mera reprodução de sistemas sem aptidão para significar algo com sentido à racionalidade humana: “os métodos dos processos naturais podem ser imitados, o que não significa que estes métodos tenham qualquer sentido para os homens (...) a verdade científica não só não precisa ser eterna, como não precisa sequer ser compreensível ou adequada ao raciocínio humano”. ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 303-304.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003, p. 12. Disponível em: < http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=40>. Acesso em: 07 jan. 2011; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de Voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal – Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003, p.28. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3894965>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

¹⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A Expansão do Direito Penal – Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2011.

1.1.1. A Alteração da Racionalidade Moderna e Pós-Modernidade: Dimensão Filosófica da Crise da Culpabilidade

Tanto o desenvolvimento do funcionalismo, como a presente crise da culpabilidade, estão inseridos no contexto social, ideológico e *filosófico* da *pós-modernidade*, os quais representam sistemas de pensamento ligados, ao menos, pela relativa contemporaneidade. Todavia, considerando que o Direito é um objeto precipuamente histórico¹⁶ e, em certa medida, *condicionado* pelo momento social, político, intelectual, cultural e econômico vivido pela sociedade, será possível observar elos nítidos de influência estrutural coligando funcionalismo e pós-modernidade, especialmente no que tange à crise da razão e à valorização da finalidade e da função instrumental em detrimento do fundamento¹⁷. Isto porque a compreensão do fenômeno jurídico que se descortina perante o tempo presente está delimitada por um caldo cultural que lhe antecede.

Portanto, o estudo da normativização da culpabilidade a partir da contextualização social e filosófica do funcionalismo implica a percepção da alteração do comportamento e racionalidade cultural, demarcados pela transição da modernidade para a pós-modernidade, intensamente abordados pela filosofia e pela sociologia¹⁸. O conceito de “modernidade” não está adstrito ao momento histórico de transição entre a idade média e contemporânea, mas avança além deste limite histórico por abarcar todo sistema de pensamento com determinadas características, dentre as quais seria possível citar: a crença na razão como guia do homem ao progresso social e técnico, a valorização de ideais antropocêntricos e a expectativa de possibilidade de controle científico dos

¹⁶ Cfr. HEGEL, George Wilhem Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1992.

¹⁷ Cfr. BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na Pós-Modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009; NEVES, Antònio Castanheira. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. Coimbra Editora, 2003; ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁸ Cfr. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco- Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011; GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991; BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006; BADIOU, Alain. *O Século*. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

processos naturais, etc.. Portanto, seria possível relacionar o positivismo sociológico e o iluminismo, dentre outros movimentos, com o modelo de pensamento moderno. Nesse sentido, corrobora-se a afirmação de Eduardo Bittar que define modernidade e pós-modernidade como sistemas de pensamento e não simples marcos históricos¹⁹.

A investigação dos efeitos da pós-modernidade na dimensão factual e filosófica, bem como o seu impacto para a racionalidade moderna, perpassa uma análise da própria expressão “pós-modernidade”: qual seria a razão desta denominação e o que ela pretende apresentar. Ora tal estudo metalinguisticamente já contém a discussão sobre os efeitos da pós-modernidade em si, visto que o signo de um nome remete ao seu significado. Raffaele de Giorgi aponta que o termo “pós” indica algo que vem no futuro, entretanto a sociedade que definiu a si mesma como moderna não pretende se definir por seu futuro²⁰. Assim, acompanhado de parte da doutrina, de Giorgi denomina o presente período histórico de “realização da modernidade”.

Porém, para a corrente doutrinária divergente, pós-modernidade não vem indicar uma definição pelo futuro, e sim a percepção de que o momento histórico presente, posterior à modernidade, foi incapaz de realizar as pretensões modernas. Observa-se a “realização” da modernidade por decurso temporal e não pelo alcance das finalidades propostas ou almejadas por aquele sistema de pensamento. Assim, tal “realização” não seria coincidente com os efeitos previstos no modelo de pensamento moderno, representados pelo otimismo científico do positivismo sociológico. Hannah Arendt afirma que talvez os homens não sejam capazes de compreender o que, no entanto, são capazes de fazer²¹. Tudo isto, inevitavelmente, compromete as pretensões filosóficas modernas positivistas de louvor à razão como origem do conhecimento, segurança e felicidade.

O desconforto pós-moderno com a realidade da sociedade atual ocasionou o surgimento de algumas dúvidas filosóficas, em especial o questionamento da possibilidade da razão como fonte de explicação de fenômenos e previsão de consequências. A pós-modernidade constrói-se a partir da negação das premissas

¹⁹ BITTAR, Eduardo C.B. Op. Cit., p. 9.

²⁰ GIORGI, Raffaele de. Aula Ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 29 de março de 2011.

²¹ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 11.

referenciais do pensamento moderno: verdade, *fundamento*, universalidade, *razão* não existiriam, ou não se pode conferir a elas o crédito que a modernidade atribuía²². Assim, o sistema pós-moderno representa uma desconstrução da racionalidade moderna, como bem aponta Eduardo Bittar “*a modernidade parece se diluir na pós-modernidade*”²³.

O primeiro pilar filosófico afetado é o fundamento. Castanheira Neves, citando Edgar Morin, aponta que a filosofia dos tempos modernos remetia a busca de um fundamento certo para o conhecimento, no entanto, o século XIX colocou em crise a ideia de fundamento: “*Depois que a crítica kantiana retirou ao entendimento a possibilidade de alcançar as ‘coisas em si’, Nietzsche anunciou, de maneira mais que radical, a inelutabilidade do niilismo; no século XX, Heidegger pôs em causa o fundamento dos fundamentos, a natureza do ser, e a sua interrogação consagrou-se à problemática de um ‘fundamento sem fundo’.* A filosofia contemporânea dedica-se doravante menos à construção de sistemas sobre fundamentos seguros do que à desconstrução generalizada e à radicalidade de um questionamento relativizando todo o conhecimento”²⁴. A crise do fundamento reflete no Direito Penal e na culpabilidade fortalecendo o avanço normativo sobre a ontologia, não seria mais a essência do ser apta a fundamentar e a construir conceitos, mas sim a *função* que este conceito representa para o sistema: o referencial de *essência ontológica* – “o que é” – foi substituído pelo referencial de *funcional* – “para que serve”.

Com o pilar do fundamento apresentando rachaduras, a crítica filosófica se volta para a impossibilidade de universalidade ante o pluralismo radical: “*Se nos voltarmos, por outro lado, para a crítica mais radical provinda do horizonte pós-moderno, o que vemos é a convocação de pluralidade, de fragmentarizações, de diferenças incomensuráveis e irreduzíveis que parecem sacrificar de todo a possibilidade de um pensamento da unidade universalmente integrante e o próprio sentido de universalidade em que se sustentasse a ratio do pensável – recorde-se que já Husserl diagnosticava a ‘decadência’ com a perda da ‘unidade’*”²⁵.

²² NEVES, Antònio Castanheira. Op. Cit., p. 9 e ss.

²³ BITTAR, Eduardo C.B. Op. Cit., p. 25.

²⁴ NEVES, Antònio Castanheira. Op. Cit., p. 16.

²⁵ Idem, p. 18.

O terceiro pilar afetado seria a razão antropológica. O homem moderno acreditava que apenas à razão do sujeito cognoscente a verdade e o valor seriam acessíveis²⁶. A crise da razão vem remeter à “*profundida, complexa e indomável, do real*”²⁷, ou seja, a racionalidade seria deveras limitada para compreender ou guiar a realidade fática de acordo com os desígnios humanos. Um sintoma da crise da razão é justamente a conformação de uma sociedade de risco ou do medo, torna-se cada vez mais clara a falta de controle humano sobre o curso dos acontecimentos que ele mesmo deflagra.

A questão que surge é a seguinte: com a percepção da impossibilidade da captação racional de um fenômeno científico, não se tem apenas um primado do fazer sobre o pensar, mas tem-se um *descontrole* do fazer. Já não é possível a apreensão racional dos efeitos das opções, condutas, atividades científicas e industriais realizadas. É esta a origem filosófica e social da teoria de Ulrich Beck da Sociedade de Risco²⁸. O risco e o medo são efeitos da ausência de controle humano sobre os eventos, como observa Baumann em “Medo Líquido”: os temores estão direcionados ao desconhecido²⁹. Em Luhmann este fenômeno de descontrole científico da realidade adquire relevância jurídica: diluição de expectativas cognitivas e respectiva conversão em expectativas normativas³⁰.

Se a introdução da dúvida no campo da filosofia e da ciência é um fenômeno que veio desconfirmar as pretensões positivistas modernas de controle da realidade pela razão, não são recentes os augúrios de morte da filosofia, de modo que, nos tempos pós-modernos vê-se o renascimento das doutrinas filosóficas que punham em xeque a própria filosofia. Fala-se em retorno ao pirronismo, cuja base lógica é a dúvida em absoluto, verifica-se um renascimento do cetecismo, acompanhado da ascensão do relativismo extremo³¹. Desta forma, é possível observar que o modelo de pensamento imperante na filosofia reflete a consistência da própria sociedade atual: o relativismo e a dúvida atingiriam aspectos centrais da vida humana na hodierna “sociedade do risco”.

²⁶ Idem, p. 20.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Cfr. BECK, Ulrich. Sociedade Risco- Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

²⁹ Cfr. BAUMANN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

³⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

³¹ NEVES, Antònio Castanheira. Op. Cit., p. 9 e ss.

A pós-modernidade também é chamada de modernidade líquida por Baumann³², pois para o homem de hoje tudo flui com intensa rapidez, até mesmo os laços de afeto. O homem pós-moderno não confia, nem mesmo conhece o seu semelhante, vive com intensa sensação de insegurança e já não sabe o que esperar do mundo³³. Vive-se em uma sociedade de insegurança, o que afeta por via indireta as expectativas que são direcionadas ao Direito Penal, ocasionando a reconstrução deste ramo do Direito.

Dessa forma, é possível observar pontos de convergência entre o funcionalismo e a corrente de pensamento dos filósofos pós-modernos: o Direito Penal garante o *funcionamento* da sociedade, seja qualquer tipo de sociedade ou aquela alinhada a valores democráticos, a depender da corrente funcionalista analisada. Não se busca o fundamento pré-jurídico, mas uma confirmação tautológica na própria realidade normativa³⁴: o cumprimento das normas é exigido para confirmar o próprio sistema para o qual tais normas foram criadas, no caso do funcionalismo de Jakobs. Em uma análise jurídica da superação da vida contemplativa – pensar - pela vida ativa – fazer - observada por Hannah Arendt³⁵, a compreensão da essência ontológica do fenômeno penal cede diante de sua *função*. Neste sentido, o avanço da política criminal verificado em Roxin significa, em alguma medida, justificar o Direito por sua *utilidade* e pelos *objetivos* que se busca alcançar e não pelo seu fundamento original³⁶.

Logo, é possível observar que a transição entre o modelo de pensamento moderno para o modelo pós-moderno tem uma série de implicações jurídico-penais que demonstram a pertinência histórica do estudo que será desenvolvido no transcorrer desta dissertação. Primeiramente, justifica-se eleição do referencial “função” para avaliar axiologicamente o instituto da culpabilidade, tendo em vista a crise do conceito de fundamento, já revelada filosoficamente e análoga ao desenvolvimento do funcionalismo penal, o qual diversamente do movimento finalista que o antecedeu,

³² Cfr. BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

³³ Cfr. BADIOU, Alain. O Século. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

³⁴ A este respeito conferir a crítica de Schünemann a Jakobs. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 11, n. 44, p.11-33, out./dez., 2003.

³⁵ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 11.

³⁶ Cfr. ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

remete o estudo do Direito a fins normativos ou políticos e não a qualquer origem ontológica.

Em segundo lugar, nota-se que as reflexões filosóficas pós-modernas afetam, são afetadas pela realidade social e possuem efeitos até de cunho dogmático penal. A crise da razão e a primazia do “fazer”, visto como efeito prático-social, sobre o “pensar”, representado na investigação dos fundamentos empíricos ou racionais, possui um duplo efeito em termos filosóficos, jurídicos e sociais: se por um lado a racionalidade humana é questionada levando consigo o *fundamento racional* antropológico da culpabilidade, por outro lado as *funções sociais e preventivas* do instituto da culpabilidade são fortalecidas para atender demandas sociais, ou seja, busca-se acautelar inseguranças que não são completamente “compreendidas”, nem podem ser racionalmente atribuídas a um indivíduo, tendo em vista a crise em que recaiu o conceito de razão antropológica. Assim, realizando o devido transporte das premissas filosóficas pós-modernas para o universo penal, pode-se verificar a atrofia do fundamento e da função limitadora da culpabilidade pela dignidade da pessoa humana, com correspondente hipertrofia das funções de prevenção geral positiva, questões que serão desenvolvidas em maior profundidade nos itens seguintes.

1.1.2. Crise no Fundamento da Culpabilidade: a Neurociência

Não é apenas no campo da filosofia que a base ontológica da responsabilidade por culpabilidade, calcada no fundamento da liberdade ou capacidade racional de eleição humana, é colocada em questão, mas sim *principalmente* em sede científica, através dos estudos de neurociência³⁷. A origem do cisma entre ciência e racionalidade

³⁷ “Según el punto de vista tradicional mayoritariamente sostenido por la Ciencia del Derecho penal el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, argumentándose que no se puede desconocer la existencia del libre arbitrio como fenómeno asentado en las estructuras elementales de la comunicación social y el propio entendimiento que el ser humano tiene de si mismo”. DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Op. Cit., p. 3; JESCHECK. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 437; SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: _____. (Org.). El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales – Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 156.

humana com efeitos penais data de Lombroso e Ferri, autores deterministas inseridos no positivismo criminológico³⁸. Assim, os recentes estudos neurocientíficos vieram reacender este debate histórico.

Em linhas gerais seria possível resumir o argumento dos autores neurocientistas da seguinte forma: 1) os avanços tecnológicos no campo da física-médica com o escopo de estudar o cérebro humano tem sido expressivos, a tomografia por emissão de pósitrons, ressonância magnética multifuncional, magnetoencefalograma tem permitido realização de análises cada vez mais precisas³⁹; 2) tais estudos, atrelados a casos práticos reveladores da relação entre doenças crônicas e criminalidade teriam o condão de “comprovar” cientificamente o determinismo, levando consigo o pretenso fundamento de liberdade contido no juízo de culpabilidade.

Bernardo Feijóo Sanchez, ao reproduzir um estudo neurocientífico, traz como exemplo o caso de um pedófilo que teve seus impulsos criminosos neutralizados após a remoção de um tumor no cérebro: *“há quarenta anos atrás este homem seria etiquetado de ‘malvado’, ou seja, como um sujeito culpável. As novas técnicas de neuroimagem permitiram ver que sua ‘maldade’ não era mais do que uma ‘enfermidade’ da qual não poderia ser responsável”*⁴⁰. A questão que a partir daí se descortina pela neurociência é se as condenações penais são injustas e derivam unicamente do desconhecimento humano a respeito dos fatores que motivam comportamentos.

O neurologista alemão *Gehard Roth* afirma que *“o ato consciente de vontade de nenhum modo (pode) ser causa do...movimento, porque este movimento está*

³⁸ “En cuanto a contenido, estrategia y retórica, este canto me recuerda a las dos olas que alcanzaron al Derecho Penal, y, sobre todo, a su ciencia, en el pasado aún visible: los agrimensores de seres humanos como Lombroso y Ferri, quienes dotados de la soberbia y la fuerza de penetración de las jóvenes ciencias exactas apuntaron al corazón del Derecho penal de la culpabilidad, al identificar y exhibir al ‘criminal nato’”. HASSEMER, Winfried. Neurociencias...Op. Cit., p. 2.

³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿Una relación tormentosa? InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2011, p. 2. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=73543>>. Acesso em 04 mai. 2011.

⁴⁰ Idem, ibidem.

previamente fixado por processos neurais”⁴¹. Nesse sentido, em sede biológica, levantam-se argumentos contrários à possibilidade da consciência ou da liberdade de vontade⁴². Tal conclusão leva a duas posturas distintas no Direito Penal, a primeira delas seria o questionamento da culpabilidade e da legitimidade da punição⁴³, e a segunda, e a mais adotada, traz uma posição cética ou agnóstica dos penalistas em relação ao problema do determinismo: o fundamento da culpabilidade teria raízes normativas e não biológicas, de tal modo que as descobertas realizadas no campo da neurociência em nada afetariam as estruturas penais⁴⁴.

Esta discussão determinista travada entre neurocientistas e juristas, com a correspondente ascensão do posicionamento cético ou agnóstico no Direito penal acaba transcorrendo com poucas considerações concernentes ao principal efeito colateral sofrido na culpabilidade: o fundamento normativo defendido pelos juristas, dentre eles Hassemer⁴⁵, Roxin⁴⁶, Jakobs⁴⁷, aproxima cada vez mais culpabilidade e prevenção geral

⁴¹ ROTH, Gerhard. *Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?*, en Christian Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, pp. 66 e ss. apud HASSEMER, Winfried. *Neurociencias...Op. Cit.*, p. 6.

⁴² Ressalta-se que até mesmo na neurociência não há pleno acordo sobre o tema da liberdade, os neurocientistas Gerhard Roth, Wolfgang Prinz e Wolf Singer, por exemplo, discordam sobre esta questão, sendo que a postura dos dois últimos é mais propensa à liberdade em contraposição ao negacionismo do primeiro. DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 3-11. Nesse mesmo sentido: “hay otra cosa que también llama la atención: también los neurocientíficos discuten entre ellos más o menos en los mismos términos en los que lo hacemos nosotros, los penalistas, y esto tiene una consecuencia importante para la justicia penal, para la ciencia del Derecho penal y también para esta conferencia. Se discuten reciprocamente sus puntos de partida y sus conclusiones, y en ocasiones hay quien corrige o atenúa su opinión anterior”. HASSEMER, Winfried. *Neurociencias...Op. Cit.*, p. 2.

⁴³ Com a ressalva de que quem nega a culpabilidade raramente reflete sobre os efeitos disto ao Direito Penal: “lo anterior vale para todos los agrimensores de seres humanos, y da que pensar: combaten como leonês la culpabilidad y el libre albedrío, pero son mansos como cordeiros – o se callan por completo – cuando se trata de las consecuencias de un Derecho penal libre de las cargas del libre albedrío y del reproche de culpabilidad”. Idem, *ibidem*.

⁴⁴ Nesse sentido: HASSEMER, Winfried. *Neurociencias...Op. Cit.*, p. 12; DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 28.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Neurociencias...Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Prólogo*. In: BRITO, Alexis Couto de et al. *Direito Penal Brasileiro Parte Geral- Princípios Fundamentais e Sistema*. São Paulo: RT, 2011, p. 54, 55.

positiva. Isto porque, fundar em critérios exclusivamente normativos a origem da culpabilidade com o escopo de evitar a discussão determinista neurocientífica, implica mitigar a importância dos parâmetros de motivação e evitabilidade individual para compor o juízo de reprovabilidade social.

Portanto, é possível observar que, concomitantemente à crise do fundamento da culpabilidade, a função deste instituto de limitação da imputação penal com base na dignidade da pessoa humana e em critérios individuais também cede lugar à ampliação de vetores preventivos gerais relacionados ao acautelamento social em sede de responsabilidade por culpabilidade. Assim, verifica-se o avanço dos interesses sociais sobre os direitos individuais a alterar as funções dogmáticas e político-criminais da culpabilidade, o que será estudado como fenômeno social e com maior detalhamento a seguir.

1.1.3. Crise na Função da Culpabilidade: Expansão do Direito Penal e Prevenção Geral Positiva

A crise ou alteração das funções da culpabilidade tem viés sociológico relacionado, precipuamente, ao fenômeno de expansão normativa penal. A expansão do Direito Penal é um fenômeno típico da pós-modernidade que foi objeto de estudo e explicação de diversos autores. Tal fenômeno estaria relacionado a uma hipertrofia do recurso ao sistema penal na regulação de novas realidades, ou seja, haveria uma ampliação excessiva não apenas da criação de novos tipos penais, mas também da responsabilização penal. Dentre os autores que estudaram diretamente ou abordaram de maneira indireta os efeitos dos novos riscos à sociedade ou, especificamente, da

⁴⁷ Cfr. JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Orgs.). Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.

expansão jurídico-criminal, seria possível citar Jesús-Maria Silva Sanchez, Ulrich Beck, e, inclusive, Niklas Luhmann⁴⁸.

Jesús-Maria Silva Sanchez aponta como uma das causas da expansão do Direito Penal o surgimento de novos bens dignos de proteção jurídica em razão: 1) de novas realidades a ser reguladas ou; 2) da escassez de bens anteriormente abundantes⁴⁹. Ulrich Beck explica a existência de uma nova compreensão social a respeito do fenômeno dos riscos, com um incremento da sensação de risco e a perda de referência social causada pelo processo de individuação⁵⁰, o que demanda intervenção normativa. Niklas Luhmann fala do surgimento de novas expectativas normativas para o controle da dupla contingência⁵¹, ou seja, o Direito acaba sendo utilizado como mecanismo de regulação para estabilizar as incertezas que os próprios membros da sociedade representam uns aos outros.

O Direito Penal da pós-modernidade apresenta contornos de expansão sintomática⁵², derivados das demandas sociais por estabilização normativa em uma sociedade complexa, de riscos ou do medo.⁵³ A análise da expansão do Direito Penal pode ser

⁴⁸ É possível encontrar elementos aptos a explicar a expansão normativa em um contexto de insegurança social na obra "Sociologia do Direito" de Luhmann, todavia uma abordagem ainda mais direta do tema pode ser encontrada em "Ecological Communication" do mesmo autor. Cfr. LUHMANN, Niklas. Ecological Communication. Chicago: University of Chicago Press, 1989; LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão...Op. Cit., p. 27.

⁵⁰ Cfr. BECK, Ulrich. Sociedade de Risco- Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁵¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

⁵² O contexto expansivo do Direito Penal já foi diagnosticados por diversos autores, dentre eles: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão...Op. Cit.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, Da Sociedade de Risco. In: _____. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco, São Paulo: RT, 2007, p. 27-49; HASSEMER, Winfried. Características do moderno direito penal e processual penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, p. 144-157, fev./mar.2003.

⁵³ "Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. Sobre essa situação existencial desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência", sendo o Direito um exemplo de estrutura de controle de contingências. LUHMANN, Niklas. Sociologia...Op. Cit., p. 46; 42-66. Nesse sentido: "As recíprocas interações de comportamento se harmonizam por expectativas de comportamento e determinam as condições de existência da sociedade". SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 60.

empreendida tanto da perspectiva *causal*⁵⁴ como *sintomática*.⁵⁵ A primeira considera as *causas* e tem como ponto de partida a distinção primária que pode ser demarcada entre as *explicações*⁵⁶ e *motivações*⁵⁷ de um fenômeno. Se a expansão penal tem como motivo a alteração da base estrutural da sociedade, importando novas expectativas, riscos e bens jurídicos⁵⁸, a explicação deste fenômeno residiria no próprio mecanismo de interação entre sociedade e Direito apresentado por Niklas Luhmann.

Para Luhmann o Direito seria um sistema de controle de contingências com vistas a favorecer a convivência social estável, ou em outras palavras, a estabilização de expectativas normativas. O comportamento social dependeria do grau de confiança recíproca existente entre os indivíduos, que pautariam a própria atuação na crença de uma reação alheia com correspondência de sentido: é a dupla contingência, que

⁵⁴ Silva Sánchez relaciona as causas da expansão com os fatores sócio-jurídicos que geram impactos expansivos, como o aparecimento de novos bens jurídicos, novos riscos, institucionalização da insegurança, etc. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A Expansão...Op. Cit. p. 31-38. Quanto aos novos bens jurídicos: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge A Construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. Boletim IBCCRIM, v.122, p.14-15, 2003. No que concerne aos novos riscos: BECK, Ulrich. Sociedade...Op. Cit., p. 61-105; GIDDENS, Anthony. As consequências...Op. Cit., p. 12-15.

⁵⁵ Os sintomas da expansão podem ser relacionados com os efeitos jurídico-penais dos fatores sociais que deflagraram as alterações do ordenamento jurídico. Nesse sentido são sintomas jurídico-dogmáticos da expansão: os crimes de perigo abstrato, dos crimes comissivos por omissão, administrativização do direito penal, etc. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A Expansão...Op. Cit. p. 39; PASCHOAL, Janaína Conceição. Ingerência Indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato...Op. Cit, p. 111-212; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico e Direito Penal de Perigo. São Paulo: RT, 2006.

⁵⁶ Explicação se relaciona com a causa imediata, ou seja, os próprios mecanismos de funcionamento que permitem a produção de um dado resultado. No caso, seria a estrutura de interação entre direito e sociedade que justifica a expansão penal. Do latim *explicāre* – “tornar inteligível, interpretar, justificar”. CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010. p. 280.

⁵⁷ Motivação se relaciona com a causa mediata de um fenômeno, ou seja, os fatores primeiros que deflagraram um mecanismo apto a produzir um resultado. No caso, seria a alteração da estrutura social na pós-modernidade que pode por em movimento o mecanismo interativo entre direito e sociedade gerando a expansão. Do latim *tard*. *Mōtīvus* – “que pode fazer mover”, “que causa ou determinada alguma coisa”. Idem, p. 438.

⁵⁸ MACHADO, Marta Rocha de Assis. Sociedade de Risco e Reflexividade- uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 87 e ss.

Luhmann define como a existência de expectativas sobre expectativas.⁵⁹ Assim sendo, o sistema jurídico acaba sendo utilizado para reafirmar expectativas sociais, suprindo simbolicamente a ausência de confirmação cognitiva no campo da infinidade de possibilidades de ações presentes na interação humana, cuja contingência seria estabilizada normativamente, mesmo que de maneira paliativa e sem lastro empírico.⁶⁰

Tendo em vista a possibilidade de uma falta correspondência exata e necessária entre norma e ação individual no âmbito das relações sociais - ou seja, seria possível a ocorrência de uma atuação individual em desconformidade com o esperado normativamente - os mecanismos jurídicos seriam acionados para reafirmar a validade da norma contrafaticamente, isto é, a validade normativa seria estabelecida contra os fatos que lhe afrontam. Em outras palavras, nega-se a conduta daquele que desrespeitou a norma, por meio da desconfirmação contida na sanção jurídica dirigida ao comportamento desviante.

Ora, se houvesse uma vinculação necessária entre norma e comportamento, entre dever-ser e ser, as expectativas normativas seriam transformadas em cognitivas e a sanção viria na forma de *poena natural* pela tentativa de realização de uma atividade impossível.⁶¹ A expectativa cognitiva depende de corroboração da realidade: nessa relação o Direito não intervém. Já a expectativa normativa impõe-se contra a realidade, para que a sociedade possa restabelecer a confiança na vigência da norma: isto é

⁵⁹ “Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Sob as condições da dupla contingências, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância...”. LUHMANN, Niklas. Sociologia...Op. Cit. p. 47-48.

⁶⁰ Isso ocorre por conta da diferenciação entre estruturas cognitivas e normativas. Conforme Luhmann aponta: “no caso de expectativas cognitivas essa diferenciação exige medidas que permitam a real assimilação de situações de desapontamento bastante rapidamente e em sentidos nitidamente apontados; já no caso de expectativas normativas ela exige que em situações de desapontamento seja possível a demonstração da sustentação da expectativa”. Idem, p. 62.

⁶¹ “Ademais, deve-se levar em consideração o seguinte: um comportamento com defeitos cognitivos implica o perigo de uma *poena naturalis*”. JAKOBS, Günther. O princípio de culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: RT, p. 19.

*prevenção geral positiva*⁶², um dos papéis do Direito, segundo a adaptação de Jakobs à sociologia de Luhmann.⁶³

A partir do mecanismo de interação entre sociedade e Direito construído por Luhmann, seria possível perceber a dinâmica da expansão penal na “sociedade do medo”⁶⁴, muito embora não seja possível legitimar este fenômeno de hipertrofia do sistema penal. A sociedade atual enfrenta um aumento de contingências expressado no incremento objetivo ou subjetivo de riscos⁶⁵, em razão dos fatores histórico-filosóficos analisados anteriormente⁶⁶, e no surgimento de novos bens jurídicos: amplia-se o número de bens para os quais expectativas são dirigidas.

Ademais, os novos riscos tecnológicos possuem o condão de transformar expectativas cognitivas em expectativas normativas. Antigamente acreditava-se na segurança do uso de telefones celulares, porém atualmente se desconfia dos danos que estes dispositivos podem causar à saúde. Esta desconfiança não é suficiente para

⁶² “prevenção geral pelo exercício do reconhecimento da norma”. JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken: Oder Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts? In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften, n. 107, 1995 apud SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido...Op. Cit., p. 75.

⁶³ Conforme foi descado por Eduardo Saad Diniz, haveria uma maior influência da filosofia de Hegel do que da sociologia de Luhmann na obra de Günther Jakobs. São inúmeras as distinções teóricas entre Jakobs e Luhmann, como por exemplo, a diversa opinião destes autores sobre a diferença entre expectativas normativas e cognitivas, segundo Luhmann o cognitivo se relaciona com o fático e o normativo se relaciona com o jurídico, já para Jakobs, cognitivo seria psicológico, abrangendo o efeito da confirmação da expectativa no indivíduo, e o normativo corresponde tão somente ao universo abstrato do dever ser. Idem, ibidem.

⁶⁴ Nos estudos de Luhmann já é possível observar, inclusive, a referência direta à regulação e controle do medo por estruturas formais da sociedade. “As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos. Assim elas transformam a sobrecarga permanente da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. Do ângulo do sistema psíquico, portanto, podemos também dizer: **elas regulam o medo**”. LUHMANN, Niklas. Sociologia...Op. Cit., p. 55.

⁶⁵ Muito embora, como ressalta Silva Sánchez, “a aparição de novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim, as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes). Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos”. SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. A Expansão...Op. Cit., p. 46.

⁶⁶ Infra, p. 25 e ss.

impedir o uso do produto, ao mesmo tempo em que é mantida a expectativa que não ocorram danos à saúde.⁶⁷ Se, por um lado, uma expectativa cognitiva não resiste a desconfirmação fática, por outro lado, a sociedade não quer arriscar bens jurídicos, de modo que tentará de regular normativamente os novos contextos.⁶⁸ A isto Jesús-María Silva Sánchez dá o nome de *insegurança objetiva* como causa da expansão penal.

Todavia, a expansão do Direito Penal possui outra causa que a motiva ao gerar incremento das contingências sociais: a *insegurança subjetiva*. Silva Sánchez define a sociedade atual como sociedade da “insegurança sentida” ou “do medo”. Há uma sensação geral de insegurança agravada pela falta de critérios tecnológicos e inclusive morais para distinguir o que seria adequado ou inadequado. O homem pós-moderno desconhece desde os possíveis efeitos de uma opção de compra e venda, até os valores sociais comuns nos quais se apegar, a este último fenômeno dá-se o nome de fragmentação axiológica.⁶⁹

Ademais, com a atual revolução das comunicações que gerou uma excessiva carga de informação - muitas vezes nociva, ao aproximar do telespectador situações de violência - surge “*uma perplexidade derivada da falta –sentida e possivelmente real- de domínio no curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de*

⁶⁷ “O paradoxo está na massificação de técnicas e produtos inéditos cujos riscos inerentes são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, micro-ondas, alimentos transgênicos, queim de combustíveis), fomentada em parte pela própria demanda social por estas novidades...”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli (coords.). Direito Penal Contemporâneo- Questões Controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112.

⁶⁸ “E é fato que, em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, dentre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva. Com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal malgrê lui a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão...Op. Cit. p. 41.

⁶⁹ BADIOU, Alain. Op. Cit., p. 252. Cfr. BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

insegurança".⁷⁰ Deste modo, a vivência subjetiva dos riscos acaba sendo superior a real existência objetiva de fontes de perigo.⁷¹

A ampliação da incerteza subjetiva e objetiva pode ser traduzida nos termos utilizados por Niklas Luhmann como acréscimo das contingências sociais: o campo do desconhecido, do que pode ocorrer ou não, eleva a eventualidade a níveis intoleráveis, ensejando controle normativo. Todavia, normas apenas regulam condutas humanas, como bem apontado pelo finalismo de Welzel⁷², logo a expansão do Direito Penal irá significar imediatamente o desenvolvimento da *responsabilidade penal*. A hiper-responsabilização do sujeito ativo é o *sintoma* da expansão penal de maior interesse para o presente estudo, todavia cabe mencionar outros *efeitos* expansivos na dogmática penal, quais sejam: o surgimento ou evolução dos crimes de perigo abstrato, a espiritualização de bens jurídicos, a administrativização do Direito Penal, sanções criminais simbólicas, etc.

O tema da responsabilidade penal é análogo à questão do que é esperado juridicamente do "outro", ou seja, até que ponto será possível imputar criminalmente a alguém um resultado ou risco de resultado. O fato é que a hiper-responsabilização na sociedade de riscos também representa a associação do risco a outrem: *"cada vez mais pessoas partem de que podem confiar cada vez em menos gente e em circunstâncias cada vez mais excepcionais e de que fazem bem em desconfiar profilaticamente..."*⁷³, esta seria a dimensão não tecnológica do risco.

O rompimento das estruturas orgânicas de solidariedade seria correlato à ampliação da codependência na complexidade da sociedade pós-moderna. A quebra da confiança

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús- María. A Expansão... Op. Cit. p.. 41.

⁷¹ HERZOG, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg, 1990, p. 50 apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão... Op. Cit. p. 41.

⁷² "el Derecho Penal esta vinculado a la estructura final de la **acción**", e também "la constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente neutral; selecciona más bien de la multitud de **conductas humanas** aquellas que son relevantes para el Derecho Penal". WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal- Una Introducción a la doctrina de la acción finalista. Madrid: Julio Cesar Faria Editor, 2004, p. 32 ;79.

⁷³ HITZLER/GÖSCHL, Reflexive Reaktionen Zur Bewältigung allgemeiner Verunsicherung, em Frehsee/Löschper/ Smaus (Hrsg.), Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Baden-Baden, 1997, p. 134 e SS, 139 apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A Expansão... Op. Cit, p. 40.

recíproca acompanha o aumento da interdependência, o que gera, dentre outros efeitos, a absorção de deveres morais como deveres jurídicos ampliando expectativas normativas. Como bem destaca Silva Sánchez: “*a crescente interdependência dos indivíduos na esfera social dá lugar, por outro lado, a que cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros*”⁷⁴.

Ora, o avanço da complexidade social, pela necessidade de cooperação e divisão funcional⁷⁵, faz com que a correlação de esferas de organização dos membros da sociedade se intensifique, de modo que a organização individual até mesmo lícita pode gerar efeitos danosos a terceiros, ensejando responsabilização e atribuindo ao indivíduo função de proteção de esferas alheias⁷⁶. Esse fenômeno ao ser transportado para o Direito Penal implicará a “*tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica*”⁷⁷. Assim sendo, são sintomas da hiper-responsabilização do sujeito ativo como efeito da expansão do Direito Penal, dentro outros: o incremento dos delitos comissivos por omissão⁷⁸, a

⁷⁴ SCHLÜCHTER, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, Thüngersheim/Nürnberg, 1996, p. 3 apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. Op. Cit., p. 37-38.

⁷⁵ ROXIN, Claus. El desarrollo del derecho penal e el siguiente siglo. In: _____. Dogmática penal y Política Criminal. Lima: IDEMSA, 1998, p. 435.

⁷⁶ A estrutura de deveres do interveniente não se baseia na ilicitude de um comportamento prévio, mas no risco de resultado danoso que a inação pode gerar a terceiros. “A intervenção fundamenta um dever numa relação negativa; é a organização prévia na qual se baseia. Por isso seria equivocado tentar descobrir um status especial do sujeito obrigado por intervenção: não o tem, pois não é um status o que fundamenta seu dever, mas o estado de sua organização. Portanto, na concretização da intervenção não se trata de fundamentar que o omitente preste a um círculo de organização alheia seu apoio, mas que revogue sua usurpação de uma organização alheia”. JAKOBS, Günther. Teoria e Prática da Intervenção – Coleção estudos de Direito Penal, v. 8. São Paulo: Manole, 2003, p. 4-5. Em perspectiva crítica a esta estrutura de responsabilização: PASCHOAL, Janaína Conceição. Ingerência Indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. 1ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

⁷⁷ K. GÜNTHER. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un cambio de paradigma en el Derecho Penal? (trad. Silva), La Situación Insostenible, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, p. 489 e ss. apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão...Op. Cit, p. 39.

⁷⁸ Infra, nota 25.

responsabilidade penal da pessoa jurídica⁷⁹, a discussão sobre redução da maioria penal⁸⁰, etc.

Em suma, verifica-se que a expansão do Direito Penal, fenômeno que muito embora não possa ser legitimado dogmaticamente, pode ser compreendido sociologicamente, apresenta como causas centrais a insegurança objetiva e subjetiva intensas na sociedade pós-moderna, também conhecida como sociedade de riscos. A incerteza social contingencial deflagra mecanismos jurídicos de estabilização normativa, nos quais a pena possui função de *prevenção geral positiva* que beira um Direito Penal simbólico, uma vez que os efeitos sancionadores estão mais direcionados ao acautelamento social do que a efetiva redução de riscos e resolução da criminalidade⁸¹. Com isto verifica-se a *hiper-responsabilização* sintomática do sujeito ativo, na medida em que normas dirigem-se ao comportamento humano, a expansão normativa significa incremento de responsabilidade, tendo por efeito uma crescente tendência a assumir o acidente fortuito (*Unglück*), como injusto (*Unrecht*)⁸².

⁷⁹ Cfr. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. É possível notar que o Brasil enfrenta ampliação da responsabilização penal da pessoa jurídica. Em recentes considerações sobre a reforma do Código Penal discute-se responsabilização de empresas que comentam atos de corrupção, até então esta estrutura de imputação a pessoas jurídicas limitava-se a crimes ambientais. Notícia disponível em diversas fontes, dentre elas: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/brasil/2012/05/11/187095/empresa-envolvida-com-corrupcao-podera-responder-pelo-crime>>. Acesso em 10 jun. 2012.

⁸⁰ As pesquisas de opinião pública parecem indicar a posição favorável da sociedade pela redução da maioria penal, como é possível verificar em uma pesquisa realizada pelo Ibope, divulgada pela Confederação Nacional da Indústria, disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/maioria-quer-reducao-da-maioridade-penal-diz-pesquisa.html>>. Acesso em 23 mai. 2012.

⁸¹ “Os déficits de execução, os quais são declarados somente como um problema quantitativo e passageiro, no moderno Direito Penal devem levar, a longo prazo, a que o Direito penal se recolha somente em funções simbólicas e, ao final perca suas verdadeiras funções. Do amálgama deflagrado pela grande ‘necessidade de atuação’ social, pela difundida crença na eficiência dos meios penais e pelo extenso déficit no uso destes meios, pode surgir o risco de que o Direito Penal se recolha na ilusão de que pode realmente solucionar os seus problemas. O Direito Penal simbólico é, a curto prazo, um paliativo, mas a longo prazo, destrutivo”. HASSEMER, Winfried. Características...Op. Cit. p. 153.

⁸² “Na sociedade de sujeitos passivos existe também uma resistência psicológica ante a aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos por azar. Seguramente, isso tampouco é casual e se relaciona de modo direto com autocompreensão de uma sociedade na qual a maior parte dos perigos, como estivemos indicando, já não pode ser concebida sem algum tipo de intermediação de decisões humanas, de natureza ativa ou omissiva. Mas, seja como for, o efeito é uma crescente tendência a transformação do Unglück (acidente fortuito, desgraça) em Unrecht (injusto), o

É de se observar que o fenômeno da expansão do Direito Penal, como mecanismo de combate às inseguranças sociais acauteladas por uma prevenção geral positiva sem lastro empírico, consubstancia exercício meramente simbólico do sistema jurídico-penal. O aumento dos tipos penais, o recrudescimento das sanções e a consequente hiper-responsabilização do sujeito ativo não se revelam como alternativas aptas a, de fato, reduzir a criminalidade e promover a paz social. Ademais, o abuso da função simbólica do Direito Penal pode gerar um desgaste social da estrutura penal. Como bem aponta Hassemer, a prevenção normativa de índole simbólica deve ser substituída por uma prevenção técnica, com a colocação de obstáculos reais ao crime que possam ter uma eficácia maior do que a mera confirmação normativa de expectativas.⁸³

Muito embora a prevenção meramente normativa apresente resultados simbólicos, ela é sistematicamente utilizada como uma resposta política aos anseios sociais. Assim, um dos desafios enfrentados pelos sistemas jurídicos pós-modernos seria o de buscar conciliar a *hiper-responsabilidade* penal estimulada pelas pretensas necessidades *preventivas*⁸⁴ sociais com as garantias individuais historicamente firmadas pelo Direito Penal, e será no campo do instituto dogmático da *culpabilidade* que estas categorias serão equacionadas neste estudo.

Assim, como resultado da *hiper-responsabilização* do sujeito ativo, fruto da expansão do direito penal na sociedade de risco, observa-se uma aproximação dogmática entre culpabilidade e prevenção geral positiva, tendo por resultado o fortalecimento das expectativas sociais punitivas, em detrimento da função de subjetivação da imputação e limitação da punibilidade à barreira da dignidade humana exercida pela responsabilidade por culpabilidade. Isto consubstanciaria, de alguma maneira, o questionamento funcional da culpabilidade como critério limitador da punição, o que é agravado pela crise no fundamento deste instituto⁸⁵.

que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal". PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, p. 108 apud SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. A Expansão...Op. Cit. p. 57.

⁸³ HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.143.

⁸⁴ Prevenção geral positiva, no caso.

⁸⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: _____. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

1.2. As Consequentes Alterações Dogmáticas na Culpabilidade

Em alguma medida, as questões acima apresentadas e sintomáticas da desvalorização do indivíduo perante os anseios sociais na pós-modernidade surgem da necessidade conjuntural de encontrar um mínimo denominador comum entre garantias individuais e expectativas sociais no âmbito da responsabilidade por culpabilidade. As constantes crises sofridas jurídico, sociológico ou filosoficamente pelo conceito de culpabilidade, já demonstradas nos itens acima, bem como as pressões históricas e sociais para a readaptação do Direito no contexto expansivo, ocasionaram uma progressiva constituição normativa do instituto da culpabilidade, impulsionando o ponto de equilíbrio da fundamentação da culpabilidade inicialmente situado no sujeito em direção à coletividade, o que se agravou no contexto pós-moderno, especialmente com o fenômeno de expansão do Direito Penal.

A evolução normativa da culpabilidade como decorrência de suas crises filosóficas é o ponto de partida para a compreensão e avaliação crítica do estágio funcional da teoria de Günther Jakobs, por possibilitar a verificação histórica da aproximação da noção de prevenção geral positiva como fundamento da culpabilidade. Assim, este item tem por escopo demonstrar resumidamente as alterações dogmáticas sofridas pela culpabilidade em perspectiva histórica, que tornaram possível atingir o estágio normativo hoje presente neste instituto, bem como observar o último estágio de normatividade contido na teoria de Günther Jakobs traduzido na identificação entre culpabilidade e prevenção geral positiva, razão que justifica a eleição do autor como referencial teórico a ser avaliado criticamente neste estudo.

1.2.1. Normativização do Fundamento da Culpabilidade

Se atualmente, nos sistemas jurídicos pós-modernos, verifica-se uma hiper-responsabilização do sujeito ativo por razões de insegurança social, historicamente a culpabilidade surgiu como fator de limitação da imputação penal ao âmbito da efetiva responsabilidade pessoal pelo injusto, apresentando uma superação da responsabilidade

objetiva em Direito Penal⁸⁶. “A enorme importância que teve e continua tendo o conceito de culpabilidade radica em que se trata de uma referência fundamental no processo histórico de superação da responsabilidade objetiva”⁸⁷. A imputação subjetivo-pessoal significa, a princípio, vinculação *psicológica* do autor para com o fato criminoso.

Conforme a afirmação de Liszt: “a relação subjetiva entre fato e autor somente pode ser psicológica”⁸⁸, ora o vínculo subjetivo que conecta o sujeito com o resultado criminoso apenas poderia ser fundamentado a partir de uma perspectiva de domínio da vontade pelo agente. Isto fica claro na teoria da força moral em Carrara: “tais condições são – 1º compreensão da lei, 2º previsão dos efeitos, 3º **liberdade de escolher**, 4º **vontade de agir**”⁸⁹. A liberdade de escolha associada à vontade de agir, dentre outros elementos que em muito lembram a teoria finalista nascida séculos à frente, determinam o fundamento histórico do livre arbítrio, atualmente colocado em xeque, dentre outros fatores, pela neurociência e pela crítica filosófica pós-moderna à razão⁹⁰.

⁸⁶ Nesse sentido: JAKOBS, Günther. Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 21; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 12; “As primeiras teorias sobre o tema surgiram a partir do repúdio à responsabilidade pelo resultado (Erfogshaftung), ou seja, responsabilidade objetiva, isto em obediência à manifestação anômala de responsabilidade que não distinguia autor de autor culpável”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A função da culpabilidade no Direito Penal contemporâneo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, p. 2.

⁸⁷ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 436.

⁸⁸ LISZT, Frans von. Tratado de Direito Penal Alemão- Tomo II. Madrid: Editorial Reus, 1926, §36, p. 376.

⁸⁹ Tali condizioni sono – 1º cognizione della legge (1) – 2º previsione degli effetti – 3º libertà di eleggere – 4º volontà di agire. CARRARA, Francesco. Dedicatória. In: __. Programa del corso di diritto criminale. Roma: Tipografia Giusti, 1877, p. 73.

⁹⁰ “la imputación se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o cuando hubiese podido y debido conocerla” LISZT, Franz Von. Op. Cit., § 37.. Todavía, o próprio Liszt já defendia uma postura cética quanto ao livre arbítrio na nota 1, § 32: “la controversia sobre el indeterminismo del lado de Allá que postula el libre albedrío para el dominio de la fe, situado más allá de la conciencia humana, no tiene, por consiguiente, la creencia en la inmortalidad del alma o en un Dios personal. Este principio no está en contradicción con el aserto de que el Derecho penal sólo puede fundarse sobre la base del determinismo del lado de acá, elevaria sobre sus principios el Derecho penal, pues la pena sólo tiene sentido para aquel que admite la motivación de la voluntad humana. Pero los partidarios del ‘libre albedrío’, entre los criminalistas, renuncian sin excepción, a sacar consecuencias de su idea fundamental y no niegan la motivación de la voluntad humana. De aquí resulta la posibilidad de un acuerdo práctico”. Idem, § 32. Nesse mesmo sentido: CARRARA, Francesco. Programa...Op. Cit. p. 73 e ss; WELZEL, Hans. Nuevo...Op. Cit. p. 134 e ss.

O autor clássico Francesco Carrara assume abertamente o livre arbítrio como fundamento da culpabilidade: *“o homem tem a faculdade de determinar-se, dando a preferência à ação ou à inação, segundo os cálculos de sua inteligência. Este poder é o que constitui a liberdade de eleição. É por causa desta faculdade que deve prestar contas dos atos a que se determina”*⁹¹. E, como visto, vem a ser exatamente este fundamento o primeiro ponto de crise do conceito de culpabilidade, o qual veio implicar o desenvolvimento normativo da noção de ação culpável.

As críticas iniciais às noções de indeterminismo surgem com a escola positivista criminológica, Enrico Ferri, por exemplo, afirma que *“o conceito de responsabilidade, segundo a vulgar opinião, o direito criminalista clássico que a segue docilmente e as legislações positivas que a formulam, é todo encarnado na ideia de livre arbítrio ou da livre vontade individual, dominante ou dominada. Este critério não pode ser aceito pela escola positiva, a qual, em nome e por mandato científico da fisio-psicologia experimental, não pode admitir no homem tal poder de livre vontade”*⁹².

Esta crítica histórica ao livre arbítrio não ficou encerrada nos limites da Escola Positivista, como visto em itens anteriores, até hoje se observa nos estudos avançados de neurociência um progresso cada vez maior em direção à afirmação científica do determinismo, que parece se assemelhar à retomada de um positivismo nos moldes lombrosianos: seria a taxa hormonal que ocasiona delitos sexuais⁹³, os homens portadores da síndrome cromossômica XYY são mais propensos à violência do que

⁹¹ CARRARA, Francesco. Programa...Op. Cit. p. 73 e ss.

⁹² FERRI, Enrico apud BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit. p. 440. Nesse mesmo sentido: “En efecto, una vez colocado el problema en el plano inclinado de exclusión del libre albedrío como base de la responsabilidad humana (...) La Escuela Positivista, sustituyendo, conforme mi propuesta, desde sus primeros momentos el critério de ‘responsabilidad moral’ por el de ‘responsabilidad social’”. FERRI, Enrico. Principios del Derecho Criminal. Madrid: Editorial Reus, 1927, p.223-224. E também: LOMBROSO. O homem delinquente. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 516.

⁹³ A este respeito o sociólogo Allan Booth da Universidade de Pensilvânia estudou a influência da testosterona no comportamento humano. Já James Dabbs empreendeu um estudo específico sobre testosterona e comportamento criminoso e concluiu haver maior índice do hormônio em criminosos violentos. DABBS, J. M. Jr, e DABBS, M.G. Heroes, Rogues and Lovers: Testosterone and Behavior. New York: McGraw-Hill, 2000; DABBS, J.M. Jr. Testosterone and the concept of dominance. Behavioral and Brain Sciences, n. 21, p. 370-371, 1998.

aqueles de gene XY⁹⁴, ou ainda a presença de um tumor no cérebro determina inclinações pedófilas⁹⁵. Toda esta problemática ocasiona a corrosão da base ontológica *pessoal* da estrutura da culpabilidade e impulsiona a busca de seu fundamento em razões *sociais* ou *institucionais*, o que gera um desenvolvimento normativo.

Bernardo Feijó Sánchez afirma com propriedade que a tentativa de incursão dos neurocientistas no âmbito da discussão penal com vistas à desconstrução da culpabilidade seria inócua em face do estágio normativo alcançado pelo instituto⁹⁶. A teoria de Günther Jakobs, por exemplo, estaria imune aos ataques deterministas por ser constitutivamente cética e indiferente a esta problemática⁹⁷. Jakobs chega ao ponto, inclusive, de afirmar expressamente sua dúvida sobre a eventual existência de uma teoria psicológica da culpabilidade⁹⁸, estando esta desde *sempre* fundada em razões jurídico-sociais. Esta afirmação de Jakobs não é tão destituída de sentido, tendo em vista que um dos pais da teoria clássica psicológica, Franz Von Liszt, já apresentava referencial normativo social à culpa: “*o conteúdo material do conceito de culpabilidade radica (...) na imperfeição do sentimento do **dever social** necessário para a vida comum*

⁹⁴ A síndrome da trissomia cromossômica XYY foi descoberta em 1961 por Sandberg, mas entrou no foco das discussões a partir de 1965, com a publicação de um estudo realizado na Escócia, em um manicômio criminal, pela geneticista Patrícia Jakobs. Nesse estudo foi observado que dos 197 pacientes com QI inferior à média, 7 seriam portadores da anomalia XYY, o que suscitou a questão de se a criminalidade possuía causas biológicas. Os reflexos destas conclusões nos tribunais foi a aplicação da trissomia XYY como causa de diminuição de pena no caso Daniel Hugon. Cfr. MOTTA, Paulo Armando. *Genética Humana Aplicada à Psicologia e Toda Área Biomédica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1993.

⁹⁵ “Burns y Swerdlow han descrito el caso de un hombre de cuarenta años, profesor y padre de familia, que desarrolla un creciente interes en pornografía infantil que le lleva a acosar a su hijastra preadolescente y a sus alumnas. Como consecuencia de sus comportamientos es sentenciado en un primer momento a una terapia que incluye tratamiento con hormonas. Como la terapia no tiene éxito es ingresado en prisión. Durante el cumplimiento de dicha condena se le descubre un gran tumor cerebral en la parte derecha de la zona orbitofrontal como consecuencia de unos crecientes dolores de cabeza. Siete meses después de una exitosa operación, debido a su falta de peligrosidad se le deja en libertad”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho...Op. Cit.*, p. 2-3.

⁹⁶ Idem, p. 18 e ss.

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ “Desde que el concepto psicológico de culpabilidad – se es que alguna vez ha existido tal concepto – fue reemplazado por el concepto normativo de culpabilidad, es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de si mismo”. JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 46.

no Estado, e na *motivação antissocial*, provocada por essa causa (em propor-se um *fim contrário aos fins da comunidade*)”⁹⁹, em última instância a agir culpavelmente seria contrariar os interesses institucionalizados da sociedade.

Todavia, a despeito das considerações de Jakobs sobre a inexistência de uma teoria psicológica da culpabilidade, a doutrina apenas toma consciência do caráter normativo deste instituto em Reinhard Frank, justamente a partir da noção de *exigência social da conduta*. Frank afirma a insuficiência da relação psicológica entre agente e resultado para afirmar a culpabilidade. Segundo este autor seria possível encontrar ações em que, mesmo presente o liame psíquico, a culpabilidade não poderia ser afirmada¹⁰⁰.

Assim, a fundamentação da responsabilidade culpável seria constituída do binômio formado pela relação psicológica empírica acrescida de um elemento de *valoração social*¹⁰¹. Foram estas considerações que levaram James Goldschmidt e Edmund Mezger desenvolver a fórmula *juízo de reprovação*¹⁰², construindo a teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

Na teoria psicológico-normativa é possível verificar os contornos da presença dos critérios de motivação pessoal (relação psicológica) e elementos de reprovação aptos a ensejar a prevenção geral positiva (valoração social) compondo a responsabilidade culpável, a indicar, com algumas distinções, como viria a se formar a teoria funcionalista de Claus Roxin¹⁰³. Todavia, neste momento histórico o *juízo de*

⁹⁹ LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal- Tomo II. Madrid: Editorial Reus, 1929, p. 376.

¹⁰⁰ “Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia – y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado –, podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace”. Aquí el autor se referiría al estado de necesidad exculpante. FRANK, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, p. 30.

¹⁰¹ Sobre a valoração diferenciada da mesma conduta sob circunstâncias concomitantes diferenciadas: GOLDSCHMIDT, James. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002, p. 84; FREUDENTHAL, Berthold. Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003, p. 80; FRANK, Reinhard. Sobre la Estructura...Op. Cit. p. 28.

¹⁰² Conceito desenvolvido por Goldschmidt e Mezger a partir da noção de reprovabilidade criada por Frank. GOLDSCHMIDT, James. La Concepción...Op. Cit., p. 84.

¹⁰³ ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 788 e ss.

reprovação estaria associado ao fato que o sujeito *poderia ter atuado de outro modo*¹⁰⁴. Esta lógica é mantida no finalismo de Welzel.

A contribuição de Hans Welzel à teoria da culpabilidade se consubstancia em mais uma depuração normativa, por meio da total exclusão de critérios psicológicos deste instituto que serão realocados na tipicidade, ocasionando o aparente deslocamento da função de subjetivação da responsabilidade da culpabilidade para a tipicidade, com o alegado esvaziamento deste primeiro instituto. Para o autor, resgatando uma construção de Alexander Graf zu Dohna¹⁰⁵, deveria ser feita uma diferenciação entre objeto valorado e valoração do objeto. A relação psíquica expressada em dolo ou culpa configura aquilo que deve ser valorado, o fato típico, portanto¹⁰⁶. Já a valoração do objeto seria exclusivamente normativa, sendo identificada com o juízo de reprovação da culpabilidade¹⁰⁷. Desta forma, a culpabilidade adquire conteúdo exclusivamente normativo, porém com fundamento ontológico no livre arbítrio, na medida em que a reprovação ainda se baseia no “poder agir de outro modo” expressado na fórmula “capacidade de atuar conforme o sentido”¹⁰⁸.

Ora, contra a teoria indeterminista de Welzel foram dirigidas as críticas históricas deterministas: *“desde meados do século XX, distintos setores científicos dedicados ao estudo do comportamento humano (...) tem realizado investigações que colocaram definitivamente em dúvida a possibilidade de comprovação do livre arbítrio, questionando com isso as bases do conceito normativo de culpabilidade. Para este conceito, toda a culpabilidade é construída sobre um juízo de reprovação sobre quem,*

¹⁰⁴ Idem. p. 799.

¹⁰⁵ “Fue Dohna quien dio el paso decisivo ‘para el conocimiento de que en el juicio de culpabilidad, exactamente igual que en el establecimiento de la antijuricidad, tenemos que ver con el resultado de una valoración’, y separo nítidamente entre valoración (reprochabilidad) y objeto de la valoración (dolo), y limito el concepto de la culpabilidad a la valoración del objeto”. WELZEL, Hans. Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1985, p. 151.

¹⁰⁶ “Siguiendo la sugerencia de Dohna, la teoría de la acción finalista asigna al dolo, que se ha hecho apátrida em Dohna, su lugar adecuado en la acción típica”. Idem, ibidem.

¹⁰⁷ “Em cambia, la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivos-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad”. Idem, ibidem.

¹⁰⁸ “Libertad de voluntad es la capacidad de poder determinarse de acuerdo con el sentido. Es la libertad de orientar la fuerza causal, ciega e indiferente al sentido, hacia una autodeterminación adecuada al sentido”. Idem, p. 161.

podendo ter atuado conforme o Ordenamento Jurídico, o fez livremente de uma maneira distinta”¹⁰⁹.

Com isto verificou-se nova crise no conceito de culpabilidade, ocasionando a recente evolução novamente direcionada à ampliação normativa, agora do próprio *fundamento* da culpabilidade nas teorias funcionalistas. A respeito dos augúrios de morte da culpabilidade Enrique Gimbernat destaca: “*a crise da ideia de culpabilidade traz consigo a da pena; e sem pena não pode haver direito penal, e sem este tampouco ciência do direito penal em sentido tradicional*”¹¹⁰. Gimbernat observou muito bem, a queda da culpabilidade afeta as razões de punir, sem culpa a sanção perde legitimidade. Afinal de contas, se o homem tem sua ação determinada pelo destino qual é o fundamento da punição?

Essa questão pressionou o conceito da culpabilidade à evolução, cujo extremo normativo vem representado pela teoria de Günther Jakobs. Este autor respondeu o presente desafio pela inversão das premissas prevenção geral positiva e culpabilidade, colocando-as em um ciclo tautológico de interação. A própria relevância comunicativa da punição legitima a culpabilidade ao atender razões de prevenção geral positiva, e a culpabilidade é ocasião para a pena por representação comunicativa de desconfirmação do direito¹¹¹. Jakobs “*quer fixar a culpabilidade – que ele iguala ao injusto – não na constituição psíquica do autor, mas sim nas necessidades sociais de prevenção geral*”¹¹². Se contra a teoria de Günther Jakobs pode-se alegar extremismo ao identificar culpabilidade e necessidades preventivas da pena, não é possível passar despercebido o fato de que esta interação é destacada por diversos autores funcionalistas, dentre eles, Claus Roxin. Ademais, tal posicionamento jakobesiano é acentuado pelas crises filosófica, neurocientífica e sociológica de atrofia do fundamento psicológico e expansão da imputação pautada em fatores sociais.

¹⁰⁹ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 440. Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: Una relación tormentosa?. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2011. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=73543>>. Acesso em 04 mai. 2011.

¹¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?. In: _____. Estudios de Derecho Penal. 3. ed., Madrid: Ed. Civitas, 1990; BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 440.

¹¹¹ Supra, p. 50 e ss.

¹¹² ROXIN, Claus. Proólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit.p. 60.

Até mesmo nos escritos de Claus Roxin, nos quais a culpabilidade é elemento do instituto da responsabilidade penal e divide espaço com um segundo elemento: as necessidades preventivo-sociais¹¹³, tomados pelo autor exclusivamente como *fator de exclusão* da responsabilidade, é possível observar um progressivo aumento da discussão de critérios de prevenção geral em sede de responsabilização. Assim, verifica-se mais um avanço normativo que busca sustentar a culpabilidade em estruturas sociais: a questão não se direciona ao que o indivíduo é capaz, mas sim ao que a sociedade espera do “papel-social” exercido por uma pessoa. E, como destacado por Jesús-Maria Silva Sánchez, a sociedade espera cada vez mais de seus membros¹¹⁴.

1.2.2. Identificação entre Culpabilidade e Prevenção Geral Positiva: o Referencial Dogmático de Günther Jakobs

Assim sendo, torna-se relevante compreender como a prevenção geral positiva interage dentro da estrutura da culpabilidade, até mesmo para apontar eventuais critérios de limitação da responsabilidade. Conforme aponta a doutrina nacional, corroborando a teoria geral firmada internacionalmente: “*ambos, a culpabilidade e a pena, estruturam-se em torno de três exigências condicionadas pela realidade social, histórica e cultural: que o sujeito seja imputável, que conheça a proibição e que uma conduta alternativa lícita lhe seja exigível. Sobre estes pressupostos constroem-se as causas de exclusão da culpabilidade (Schuldausschließungsgründe): a imputabilidade, o erro de proibição inevitável e a exigibilidade de outra conduta*”¹¹⁵.

Ora, se em um momento anterior ao funcionalismo penal o princípio da culpabilidade era fundado na liberdade de agir ontológica - no sentido de “poder agir de outro modo”¹¹⁶- com o funcionalismo, por razões históricas, sociais e filosóficas já

¹¹³ ROXIN, Claus. Derecho Penal- Parte General, Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 204.

¹¹⁴ Infra, p. 42.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho...Op. Cit.,. p. 204.

¹¹⁶ VELO, Joe Tennyson, O Juízo de Censura Penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 156.

expostas acima quando do estudo da pós-modernidade, a culpabilidade aproxima-se da categoria de responsabilidade, abandonando referências metafísicas para fundar-se definitivamente em razões normativo sociais. Claus Roxin alega “*que o direito penal moderno consiste na realização de uma síntese entre o Estado de Direito e uma prevenção especial re-socializante, por um lado, e as exigências imprescindíveis da prevenção geral, por outro*”¹¹⁷.

Se em Claus Roxin a prevenção geral positiva surge como um fator de fundamentação ou exclusão da sanção penal paralelamente à presença de culpabilidade, em Günther Jakobs a prevenção geral positiva é um critério de determinação da imputação conforme as necessidades preventivo-sociais¹¹⁸. Assim sendo, a teoria de Jakobs representaria o estágio mais avançado da expansão penal em sede de dogmática da culpabilidade a partir de noções de prevenção geral positiva, por admitir esta última como critério de determinação da responsabilidade e não de limitação¹¹⁹. Portanto, a compreensão da culpabilidade na obra de Jakobs revela-se pressuposto necessário para responder a pergunta de se a utilização da prevenção geral positiva como critério basilar da responsabilidade por culpabilidade seria *legítima e operável* em um Estado democrático de Direito e como afetaria as funções deste instituto.

Desta forma, fica construída e justificada a proposta deste estudo, qual seja, quais as funções da culpabilidade em um Estado Democrático de Direito perante a progressiva aproximação entre culpabilidade e prevenção geral positiva, fenômeno este resultante da

¹¹⁷ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Universidade de Direito e Ciência, 1993, p. 13.

¹¹⁸ Supra, p. 179.

¹¹⁹ “Las dificultades de una culpabilidad exclusivamente limitadora se evidencian mas claramente cuando se analizan las consecuencias de la separación entre el fundamento de la pena y la culpabilidad. Si la culpabilidad debe limitar lo que es necesario para la prevención, entonces debe ofrecer por si sola, es decir sin consideraciones preventivas, una medida de pena. De esto, vive la tesis de la limitación, mostrándose así como una reformulación inconsecuente de la tesis de la función fundamentadora de la culpabilidad en la única version hoy relevante, que atiende a que la reacción jurídico-penal frente a comportamientos culpables se encuentra limitada por necesidades de índole preventiva; pues da igual si se castiga como reacción – limitada por necesidades preventivas – frente a la culpabilidad o por necesidades preventivas que hallan su limite la culpabilidad”. JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 74.

intensa normativização da responsabilidade por culpabilidade, acentuada no contexto de crise pós-moderna filosófica, científica e funcional do fundamento e da função limitadora deste instituto, tomando como parâmetro de estudo a crítica funcional a teoria de Günther Jakobs.

Para situar a problemática que se busca enfrentar, deve-se considerar com algum pormenor a evolução normativa da culpabilidade e as bases estruturantes da teoria da culpabilidade em Günther Jakobs. Estes temas serão, respectivamente, abordados nos capítulos segundo e terceiro desta dissertação, com vistas à construção dos fundamentos para uma análise crítica de enfrentamento conclusivo da questão problema: a verificação da eventual realização das *funções* da culpabilidade no funcionalismo radical de Günther Jakobs, tendo por referencial axiológico o Estado Democrático de Direito, temas que serão desenvolvidos no capítulo quarto e quinto deste estudo. Assim, construído o principal questionamento a ser desenvolvido nesta dissertação, resta ainda a apresentação da proposta de método para solução do problema posto.

1.3. Reinterpretação da Culpabilidade em um Estado Democrático de Direito perante a Racionalidade Pós-Moderna Expansionista

Conforme foi estudado nos itens anteriores, a culpabilidade tem sofrido alteração funcional ao ser aproximada da prevenção geral positiva, sendo observado um desequilíbrio na ponderação entre interesses sociais e garantias individuais no momento da imputação. Tal situação apresentaria incoerências em relação ao modelo político do Estado Democrático de Direito, o qual tem como vetor axiológico o respeito à dignidade da pessoa humana, que não pode ser mitigada em benefício do acautelamento simbólico de inseguranças sociais. Assim, seria oportuna uma revisão das funções da culpabilidade em um estudo de conformidade teórica voltado ao questionamento destas funções na democracia perante a racionalidade pós-moderna expansionista.

Portanto, a proposta metodológica para o enfrentamento das questões pós-modernas que remodelam o instituto da culpabilidade seria a adoção do referencial “função”, com correlata retomada das funções históricas da culpabilidade, como critério crítico à teoria

de Günther Jakobs, eleita como referencial máximo de aproximação entre culpabilidade e prevenção geral positiva. Esta opção metodológica funcional será brevemente justificada a seguir.

1.3.1. A Função como Referencial Metodológico Crítico

O eixo central do questionamento enfrentado pelo presente estudo transita em torno das *funções* do instituto da *culpabilidade* no Estado Democrático de Direito e, como estas funções seriam operadas na perspectiva teórica funcionalista radical de Günther Jakobs. Ora, mas qual seria a razão para se eleger a *função* como critério para a análise da legitimidade de uma construção teórica sobre o princípio da culpabilidade?

Primeiramente, este critério revela-se congruente com o sistema de direito penal construído pela escola funcionalista que está edificado sobre critérios normativos, o que significa a desconsideração das categorias ontológicas e pré-jurídicas como conformadoras da realidade normativa, sobre as quais estava firmado o sistema finalista anterior¹²⁰, para remição do Direito Penal aos seus fins objetivos. Segundo Eduardo Montealegre Lynett, a percepção de que “*as estruturas do delito dependem dos fins e funções que cumpre o direito na sociedade, principia um giro copernicano na concepção do delito e abre o caminho para a renormatização de seus elementos fundamentais*”¹²¹.

Ademais, observa-se a verificação doutrinária da importância do conceito de função na conformação dos institutos jurídicos, em razão da descoberta da relevância de uma análise funcional como parâmetro crítico de configuração do próprio Direito, destacando-se inclusive a crise filosófica do referencial “fundamento” e sua

¹²⁰ “Las discusiones del derecho penal actual giran em torno a un nuevo sistema de derecho penal, edificado sobre la base de criterios normativos: el funcionalismo. Este sistema se caracteriza por el abandono de las categorías ontológicas y prejurídicas sobre las cuales se había construído la teoría del delito en los cien años anteriores”. MONTEALEGRE LYNETT. Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: _____ (coord.), El Funcionalismo en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 9.

¹²¹ Idem, ibidem.

correspondente substituição pelo critério “função” nos estudos de filosofia da linguagem.

Segundo estes estudos, as premissas finalistas pré-jurídicas não seriam questionáveis tão somente do ponto de vista político-criminal ou dogmático no âmbito jurídico penal, o enfoque ontológico apresenta dissonância em relação à evolução das análises filosóficas. Se para o finalismo, os conceitos são apenas reflexos necessários da realidade, a filosofia da linguagem defende que o mundo está construído pela experiência linguística¹²², de tal maneira que o conteúdo de sentido das palavras não decorre dos objetos, mas do acordo consensual e funcional dos participantes do grupo linguístico. Portanto, no universo da cultura, os elementos culturais “são criações coletivas consensuais mediante palavras”¹²³, as quais surgem em decorrência de sua funcionalidade.

Ora, isso não significa negar a dimensão e limitação empírica dos fatos relevantes para o Direito penal, e sim compreender que os conceitos jurídicos não são reflexos da realidade, mas construção humana a partir do consenso social¹²⁴, ou seja, a limitação empírica pode *condicionar* ou *originar* a realidade cultural, mas não a *constrói*, na medida em que esta é construída funcionalmente em perspectiva normativa¹²⁵. Mir Puig

¹²² Cfr. CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. Wittgenstein: linguagem e mundo. São Paulo: Annablume, 1998.

¹²³ “o enfoque ontologista do finalismo é questionável à luz da evolução da filosofia atual. Tanto as correntes hermenêuticas como as analíticas abandonaram a pretensão de captar essências própria do ontologismo. De uma ou outra forma, se reconhece que nossa aproximação ao mundo esta fundamentalmente mediada pela linguagem que utilizamos para nos referirmos a ele. As palavras não são puros reflexos necessários das coisas, senão nosso modo de ver as coisas. Ao dar nome a uma coisa elegemos que parte da realidade caberá dentro desse nome. Nem sequer a realidade física decide antes da linguagem onde começa uma coisa e onde começa outra: a natureza não está dividida nas coisas que nós distinguimos mediante as palavras. E o alcance e sentido das palavras não nos vem imposto, sena que surge por acordo dos falantes: é convencional. No mundo da cultura, o que é construído pelos seres humanos, é maior a liberdade criadora das palavras, porque os elementos culturais são criações coletivas consensuais mediante palavras”. MIR PUIG, Santiago. Límites del Normativismo en Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.07-18, 2005. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2012., p. 18:7.

¹²⁴ Idem, ibidem.

¹²⁵ Talvez esta seja a percepção que originou a superação do finalismo pelo funcionalismo. Enquanto Hans Welzel acredita que a realidade ontológica poderia representar um limite definitivo aos abusos normativos cometidos à época do nacional-socialismo, Claus Roxin percebeu que o que limita a norma seria a própria norma ou o valor consubstanciado na eleição político axiológica. Isto porque a realidade

busca na filosofia de Searle o referencial necessário à compreensão da construção dos denominados “fatos institucionais”, que compõem as ciências da cultura e, mais especificamente, a ciência jurídica.

Segundo Searle há pelos menos três tipos de fatos na realidade humana: os fatos brutos, os fatos sociais e os fatos institucionais. O Direito representaria um fato institucional, o qual pressupõe a atribuição coletiva de uma *função* a um determinado objeto para realização de seu escopo, que não decorre das características físicas deste mesmo objeto. A constituição social desta *função de status* pode ser exemplificada pelo valor atribuído por regras constitutivas ao papel moeda, por exemplo, que não coincide com o valor real do papel em si como objeto físico, ou seja, é criada uma realidade distinta da realidade empírica¹²⁶.

Todavia, os fatos institucionais possuem uma base física, os fatos brutos, aos quais é atribuída a *função de status*. A partir desta constatação, Mir Puig conclui que, embora o Direito seja normativamente constituído por critérios funcionais, não há nada que seja puramente normativo, sendo o ser humano a base física e social dos fatos jurídicos¹²⁷. Portanto, os fatos jurídicos surgiriam a partir da função atribuída a determinado suporte

ontológica origina ou limita a criação normativa jurídica em limites extremos e absurdos – não se pode ordenar à chuva que não caia – os quais não indepem uma condução jurídica antidemocrática, como um regime nazista, por exemplo. Se o Direito possui um substrato fático original que não pode ser ignorado, é construído e conformado em estruturas político-normativas. Assim, observa-se que o fático e o empírico existem na qualidade de origem e limite extremo da estrutura jurídica: ora se a humanidade fosse imortal o crime de homicídio não existiria, porém esta realidade ontológica não constrói os ditames normativos: é a própria norma que distingue um homicídio de um sacrifício humano aceito socialmente em uma tribo. De forma análoga pode-se observar que existe um mínimo empírico de capacidade humana a conformar a culpabilidade, todavia este instituto é construído normativamente. Cfr. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

¹²⁶ MIR PUIG, Santiago. Límites...Op. Cit., p. 18:9.

¹²⁷ “1) todo fato social, inclusive os mais complexos, como os institucionais, requer alguma base física. Na terminologia que usam os penalistas: não há nada puramente normativo. 2) Todos os fatos institucionais têm algo de normativo, na medida em que pressupõem regras constitutivas que são as que atribuem seu sentido específico. 3) as normas jurídicas são fatos institucionais criados por legisladores que, por sua vez, atuam como regras constitutivas de outros fatos institucionais, como a determinação do status de delito a determinadas condutas, mas que podem (e geralmente cremos que devem), atuar também como regras regulativas que influem empiricamente (e não apenas simbolicamente) nos comportamentos físicos e sociais dos cidadãos. 4) Os seres humanos são o suporte físico e mental dos fatos sociais, inclusive os institucionais, cuja a própria existência se deve ao acordo dos seres humanos”. Idem, p. 18:10.

fático. A partir da teoria de Searle aqui apresentada, observa-se que o primeiro elemento responsável por combinar os aspectos físicos e normativos que compõem a realidade social-institucional seria a **função**. Fatos institucionais se constituem por meio da *função de status* atribuída aos fatos brutos. Assim, a escola funcionalista em consonâncias com os estudos atuais de filosofia da linguagem, nota que a análise jurídica seria iniciada a partir da *função do Direito*¹²⁸.

Portanto, observa-se que o Direito se constitui como fato institucional e, nesta qualidade, corresponde a um substrato fático agregado ao valor funcional que lhe é consensualmente atribuído. O que define o objeto jurídico seria a própria função que este persegue e, nesse sentido, seria possível concluir que, se o Direito se constitui funcionalmente, os institutos que o compõe também, incluindo a culpabilidade. Assim, o instituto da culpabilidade possui funções específicas dentro do sistema penal. A primeira função, já explorada a título de introdução, seria a subjetivação da responsabilidade, fazendo com que o autor de um crime apenas responda por aquilo que lhe seria minimamente exigível diante de suas possibilidades individuais subjetivas. Ademais, seria possível mencionar também, as funções de fundamento da pena, fator de graduação da pena e limite da punição.¹²⁹

Logo, se a função, como elemento-guia dos fins do Direito, pode ser verificada em uma macro-análise do ordenamento, também cumpre este papel em perspectiva específica. Portanto, os elementos e conceitos constituídos pelo próprio Direito também podem ser submetidos a uma análise funcional, tendo em vista ser a função o principal elemento de agregação entre substrato fático e realidade normativa, entre elementos empíricos e puramente jurídicos, ou ainda: entre *capacidade empírica* para ter culpa e

¹²⁸ “A combinação de elementos físicos e normativos que caracteriza toda realidade social deve ser considerada em toda a análise jurídica, começando pela análise da **função do Direito**. Se todo o fato institucional se constrói pela atribuição de uma **função** o sentido do Direito dependerá em primeiro lugar da função que lhe foi atribuída. Aqui partimos que o Direito é uma construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos. Também o Direito penal tem esta função. Há diferentes formas de construir essa função, que em última instância depende da orientação política do Estado. (...) corresponde ao Direito penal uma função de prevenção limitada de delitos, entendidos como fatos danosos para os interesses diretos e indiretos dos cidadãos”. Idem, ibidem.

¹²⁹ Cfr. GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a Tríplice Função da culpabilidade no Direito Penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 107, p. 10- 12, out.2001.

determinação *normativa* da *culpabilidade*, na medida em que “*nada é puramente normativo*”¹³⁰.

Assim, a “função” surge como critério apto a traçar uma ponte entre: 1) a realidade normativa, cada vez mais fortalecida pela inserção de critérios de prevenção geral positiva na culpabilidade, e 2) a pouco explorada no contexto atual, realidade empírica de respeito às capacidades e possibilidades do sujeito quando da realização do fato-crime, como ente sobre o qual recai a imputação. Desta forma, resta definida proposta metodológica do presente estudo de analisar o instituto da culpabilidade a partir de sua *função*, tendo por base o método do funcionalismo penal orientado axiologicamente ao Estado Democrático de Direito.

1.3.2. Funções da Culpabilidade em um Estado Democrático de Direito e Análise Crítica da Teoria de Günther Jakobs

Uma vez definida *função* como opção metodológica de critério central para análise e crítica do instituto da culpabilidade, cabe uma breve discussão sobre as funções da culpabilidade perante a obra de Günther Jakobs¹³¹, principal etapa de deslinde da questão proposta por esta dissertação. A função histórica da culpabilidade foi originalmente firmada como subjetivação da responsabilidade, na qualidade de corolário da dignidade da pessoa humana, sendo posteriormente desenvolvidas as funções relacionadas à imposição de pena: limitação, graduação e fundamentação da punição. Todavia, o desenvolvimento normativo do instituto da responsabilidade por culpabilidade gerou prejuízo à verificação desta primeira e originária função, especialmente após o finalismo de Welzel transferir o dolo e a culpa para a tipicidade. Com o finalismo a função de subjetivação da responsabilidade seria exercida, por

¹³⁰ Infra, nota 125.

¹³¹ O tema das funções da culpabilidade em Jakobs está desenvolvido com pormenor nos capítulos 4 e 5, o escopo neste momento é apenas introduzir as questões principais que serão debatidas para a conformação da questão-problema. Supra, p.194 e ss.

excelência, no tipo subjetivo, o que obinubilou a possibilidade de observar na culpabilidade elementos de subjetivação.

Assim, o instituto dogmático da culpabilidade, *aparentemente* destituído do posto de critério funcional de subjetivação¹³², ainda exercia importantes funções de limitação da punição baseado na ausência de reprovação social. Porém, este vetor funcional também foi constantemente retraído, tendo como um dos motivos a expansão penal para cumprir anseios de prevenção geral positiva próprios da sociedade de risco. A obra de Günther Jakobs é um exemplo dogmático desta eliminação de funções do instituto da responsabilidade por culpabilidade, especialmente no que concerne à função de limitação da punição. Logo, é possível constatar que as principais funções da culpabilidade dirigidas à consecução do ideal de respeito à dignidade humana contida no Estado Democrático de Direito, a saber, subjetivação e limitação da imposição penal, parecem ser sistematicamente suprimidas, tanto em decorrência das reconstruções dogmáticas historicamente realizadas, como em razão da crise do fundamento e função da culpabilidade verificada atualmente.

Portanto, o objeto central e parâmetro crítico do presente estudo são consubstanciados na avaliação da culpabilidade no Estado Democrático de Direito por referência funcional, tendo como substrato a crítica à teoria da culpabilidade jakobesiana. Questiona-se em que medida a definição de culpabilidade em Jakobs atende a subjetivação, ainda que normativa, da responsabilidade ou serve de limitação à pena?¹³³ Quais são os critérios que o autor se utiliza para isso? Será que a prevenção geral positiva consubstancia um limite legítimo à punição? Porém, a grande questão que se descortina seria a possibilidade de congruência das funções de subjetivação normativa e limitação da punição em uma teoria funcionalista radical da culpabilidade,

¹³² Ressalta-se que o juízo de imputabilidade, desde sempre mantido na culpabilidade, caracteriza importante critério de subjetivação da responsabilidade, como elemento de valoração das condições subjetivas de expressão livre de dolo ou culpa. Assim, tal função de subjetivação da responsabilidade é obinubilada pelo finalismo com a criação do tipo subjetivo, porém permanece neste instituto, tanto pela presença do juízo de imputabilidade como por outras razões que serão expostas nos capítulos seguintes. Supra, p 94; p. 221-226; 251-255.

¹³³ Ressalta-se que a função de limitação da punição pela culpabilidade é negada expressamente por Günther Jakobs, mas pode ser verificada ainda que de forma indireta e latente em algumas construções teóricas do autor, como por exemplo, a teoria elástica da potencial consciência da ilicitude. Supra, p. 255-260.

como é a de Günther Jakobs, ou ainda, a possibilidade de visualizar estas funções em um Direito penal *preventivo*. Assim, este estudo se propõe, portanto, a compreender e delimitar as *funções* que a culpabilidade exerce em um Estado Democrático de Direito a partir da crítica à teoria de Jakobs.

CAPÍTULO 2

CONCEITO DE CULPABILIDADE: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E ANÁLISE FUNCIONAL

A expansão do Direito Penal e, conseqüentemente, da responsabilização culpável pautada em critérios de prevenção geral positiva pode ser observada no contexto histórico pós-moderno, no qual o fundamento da culpabilidade é normativizado por conta das influências neurocientíficas, filosóficas e sociais¹³⁴. Todavia, é necessário recordar que a evolução do conteúdo de sentido de normatividade em sede de responsabilidade pessoal subjetiva por um fato criminoso teve *desenvolvimento histórico*, ou seja, apresentou evolução progressiva nas diversas escolas penais.

O ponto de partida foi uma concepção inicialmente *psicológica* da imputação culpabilística, na qual a função principal da culpabilidade seria a de superação da responsabilidade objetiva, a partir da vinculação subjetiva entre autor e fato. Apenas após um longo percurso a culpabilidade alcançou o sentido *normativo* encontrado no funcionalismo radical de Günther Jakobs. A ampliação da concepção normativa de culpabilidade, especialmente na obra de Jakobs, representou um afastamento da premissa inicial de valorização de aspectos relacionados à capacidade do sujeito na prática de um injusto, para apontar a *perspectiva social* de expectativas dirigidas às pessoas e relacionadas à prevenção geral positiva.

Assim, a reconstrução histórica da introdução de elementos normativos às raias da culpabilidade faz-se necessária para apontar o limite em que é possível notar a perda de relevância da variável “sujeito” na determinação da ação culpável para se trabalhar apenas com a variável “sociedade”, ou seja, com vistas a determinar o ponto de normativização da culpabilidade a partir do qual já não seria mais possível avançar em respeito tanto às garantias individuais próprias de um Estado Democrático de Direito, como às funções de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade e limitação da punição.

¹³⁴ Infra, p. 25 e ss.

Se as teorias psicológicas da culpabilidade progrediram para abarcar elementos normativos, determinando o surgimento da concepção psicológico-normativa de responsabilidade culpável, foi apenas no finalismo que a teoria da culpabilidade alcançou conteúdo normativo puro, porém calcado em um *fundamento* ontológico. Em perspectiva histórica o funcionalismo rechaçou a legitimidade ontológica ou prejudicial no Direito, de modo que a teoria de Roxin apresenta-se como normativa¹³⁵, contando com lastro empírico.

Günther Jakobs, por sua vez, cria uma teoria normativa empiricamente livre¹³⁶, que se é capaz de se adequar à realidade pós-moderna, não apresenta critérios de limitação por carecer de fatores de legitimidade antropológicos, próprios de um sistema penal que não trabalha com conceitos prévios aos conteúdos jurídicos¹³⁷. Ora, se é possível compreender a hiper-responsabilização na sociedade de risco ou do medo pautada na prevenção geral positiva, não será igualmente possível legitimá-la, de modo

¹³⁵ No caso seria uma teoria normativa com raízes empíricas, na medida em que orientada politicamente pela e para a prática jurídico-penal: “a minha teoria do crime é diferente da de épocas anteriores no desenvolvimento do sistema penal, especialmente porque a sistematização não depende de critérios ontológicos (causalidade ou finalidade), mas sim dos fins político-criminais (as funções do direito penal e da concreta imposição da pena) e assim, desta perspectiva, o injusto é ampliado com a teoria da imputação objetiva, e a culpabilidade, por meio da adição da finalidade de prevenção, ampliada para uma teoria da responsabilidade. Tentei mostrar por alguns exemplos que esta não é uma construção teórica abstrata, mas que pode oferecer de forma sensata inúmeras soluções a numerosos problemas jurídicos concretos, facilitando-os em parte”. ROXIN, Claus. Prológo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 57.

¹³⁶ O grau de abstração teórico-linguística da teoria jakobesiana teria sido responsável pela alcunha de “normativismo empiricamente livre” conferida por Schünemann à obra de Günther Jakobs. “Isto contém – utilizando uma expressão de SCHÜNEMANN – um ‘normativismo empiricamente livre’: um homicídio é, então, para o direito penal não a destruição real de uma vida humana, mas o desprezo da norma”. SCHÜNEMANN, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft (Dogmática penal como ciência), in: Festschrift für Roxin, 2001, p. 1 e ss. apud ROXIN, Claus. Prológo. In: BRITO, Alexis Couto de et al. Direito...Op. Cit., p. 59.

¹³⁷ Tanto Roxin, como Jakobs, por prescindirem de bases ontológicas em suas teorias normativas não trabalham com conceitos pré-jurídicos na qualidade de fundamento lógico de seus sistemas. Todavia, como visto, o funcionalismo de Roxin é considerado “com lastro empírico” na medida em que é orientado para a realidade, considerando os efeitos político-criminais da construção dogmática. “Frases por el estilo se leían ya en la crítica a la teoría final de la acción de Roxin, como por ejemplo, en la afirmación de que con conceptos previos a los contenidos jurídicos, justamente por ser previos, no se puede resolver problema jurídico alguno”. ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, p. 88 apud SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 17, out./dez., 2003.

que algum critério individual deve ser encontrado para a limitação da responsabilidade culpável: a busca deste fator nas funções da culpabilidade dentro do Estado Democrático de Direito é o objeto da presente dissertação.

Porém, para que se alcance a discussão final, um estudo inicial sobre a evolução da normatividade em sede de culpabilidade seria imprescindível. Neste capítulo será possível observar não apenas a progressão normativa do conteúdo da responsabilidade culpável, mas também os diversos sentidos que a ideia de normatividade assumiu, desde elementos relacionados à consciência da antijuridicidade até a atribuição jurídica-social da capacidade para ter culpa, alcançando-se o conceito de reprovabilidade. Isso sem deixar de observar que normativo e ontológico não são abordagens incompatíveis, como revelado no finalismo de Welzel, o qual relaciona estrutura normativa e fundamento ontológico na base da culpabilidade. Assim, Luhmann parece ter alguma razão ao afirmar que a “face negativa” do normativismo não é o fático/ontológico, e sim o cognitivo¹³⁸. Portanto, o objetivo neste momento será desenvolver uma análise com vistas a encontrar a definição de “normatividade” no instituto da culpabilidade considerado em perspectiva histórica, bem como apontar a progressão funcional deste instituto, com o escopo de já delinear historicamente o objeto de estudo sob o referencial “função”.

¹³⁸ No caso, para Luhmann a característica principal do “normativismo” é seu traço construtivista, no sentido de “elaborado por regras que não são naturais, mas sociais”, em contraposição ao conhecimento de origem cognitiva que se resume à descrição de uma realidade física. Todavia o normativo também teria, em certo sentido, lastro fático, ainda que esta realidade fática seja social. A este respeito: “Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’. Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do dever ser não é menos fático que o de ser. Toda a expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de querer contrapor ser humano e mulheres. (...) O oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações”. LUHMANN, Nikolas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

2.1. Escola Clássica e Positivismo Naturalista: Teorias Psicológicas da Culpabilidade

A ciência do Direito Penal, nos moldes conhecidos hodiernamente, principiou a conformar-se com o pensamento iluminista nos auspícios da Era Moderna¹³⁹. O contexto sócio-político da época teve como marca a instabilidade gerada pela superação do regime político absolutista, no qual os abusos realizados pelos monarcas atingiram a seara do Direito Penal. A Escola Clássica, alcunha atribuída pejorativamente pela escola positiva posterior¹⁴⁰, correspondente a este período histórico de transição, apresentou uma base contratualista ou jusnaturalista, representadas respectivamente por Feuerbach e Carrara¹⁴¹, a partir da qual a ideia da existência de um Direito Natural de validade universal e destacado do ordenamento positivo determinou o emprego do método racionalista, abstrato e dedutivo¹⁴².

Um dos precursores do movimento político-criminal que deu origem à Escola Clássica foi o Marquês de Beccaria, o qual lançou os princípios básicos para a reforma penal tendentes à superação do Antigo Regime em seu livro *Dei delitti e delle pene*¹⁴³. Nesta obra é possível verificar os primados justanaturalistas e contratualistas que nortearam a Escola Penal então nascente, como por exemplo, nos excertos seguintes: “*é certo que não existe assembleia geral da humanidade em que tal decreto tenha sido aprovado; este se baseia, contudo, na natureza imutável dos sentimentos humanos*”¹⁴⁴ - influência jusnaturalista- e “*a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento de punir*”¹⁴⁵ - concepção contratualista.

Nos escritos de Beccaria, o princípio da culpabilidade aparece enunciado tacitamente como condição lógica do fato criminoso: “*apenas o direito da força pode,*

¹³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia de la ciencia del Derecho Penal In: ____ (Org.). Manual de Derecho Penal. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 104.

¹⁴⁰ Idem, p. 106.

¹⁴¹ CAGLIARI, José Francisco. O Dolo e a Culpa na Evolução do Conceito de Culpabilidade. Campinas: Bookseller, 2006, p. 22 e 23.

¹⁴² Idem, Ibidem.

¹⁴³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1983, p. 15 e ss.

¹⁴⁴ Idem. p. 68.

¹⁴⁵ Idem. p. 15.

portanto, dar autoridade a um juiz para cominar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou **culpado**”¹⁴⁶, “os castigos têm por finalidade obstar o **culpado**”¹⁴⁷ ou ainda “...é necessário que se apresentem (provas imperfeitas) em número muito grande para valerem como uma prova perfeita, quer dizer, pra provarem, todas juntas, que é impossível não ser o acusado **culpado**”¹⁴⁸.

Todavia, não se verifica na obra *Dos Delitos e Das Penas* uma conformação dogmática do instituto da culpabilidade. Até mesmo em razão de a obra de Beccaria não ter índole sistêmico-dogmática e sim político criminal, na medida em que é considerada como “o primeiro grito da consciência pública para a reforma do Direito Penal”¹⁴⁹ e constitui um grande marco histórico para a ideologia penalista nascente. Nesse sentido, Bustos Ramírez destaca que Beccaria apresenta uma crítica de caráter eminentemente político e inaugura a racionalidade penal moderna, sem conformar um sistema dogmático completo, exaure-se na enunciação principiológica¹⁵⁰.

Beccaria, portanto, auxiliou a demarcar os princípios reitores para a elaboração dogmática do Direito Penal iluminista, por ocasião do combate ao regime político absolutista e evocação da valorização do ser humano na superação do sistema de pensamento teocêntrico em direção ao antropocentrismo. O ramo jurídico penal teve como objetivo precípua proteger os cidadãos dos abusos do poder monárquico, postulando a defesa dos princípios da legalidade, igualdade, humanidade das penas¹⁵¹, etc., como bem apontados na obra do Marquês de Beccaria.

Neste diapasão o princípio do *nullum crimen sine culpa* foi tomado como “marco do pensamento liberal iluminista e caracterizava-se, à época, como princípio derivado da legalidade. Desde então é visto como garantia fundamental do homem, declamada

¹⁴⁶ Idem, p. 31.

¹⁴⁷ Idem, p. 43.

¹⁴⁸ Idem, p. 23.

¹⁴⁹ HÉLIE, Faustin. Des délits et des peines, par Beccaria, nouvelle édition, précédée d’une introduction et accompagnée d’un commentaire, Paris, 1856 apud GARCIA, Basileu, Instituições de direito penal. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, v.1, t.1, 1975, p. 42.

¹⁵⁰ BUSTAS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 95.

¹⁵¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit . p. 107.

pela impossibilidade de alguém ser condenado sem ser culpável”¹⁵². A compreensão dogmática do instituto da culpabilidade nos Clássicos perpassa a obra de outros autores representantes desta escola penal: Carrara e Feuerbach, reconhecidos pela índole sistêmico-dogmática dos estudos desenvolvidos, que tiveram o condão de plasmar cientificamente os princípios reitores do período clássico do Direito Penal¹⁵³.

Em Feuerbach e Carrara já é possível observar a dicotomia entre uma definição normativa e ontológico-psicológica da culpabilidade, diáde que veio marcar as possíveis estruturas fundamentais do instituto da culpabilidade em Direito Penal.

2.1.1. Concepção psicológica de Carrara

Francesco Carrara, autor italiano e destacado expoente da Escola Clássica, recebe dos doutrinadores a alcunha de pioneiro da dogmática penal¹⁵⁴, foi o responsável pela compreensão do crime como um ente jurídico e não como um ente de fato: *“vimos que o delito não é um simples fato. É um ente jurídico tendo a essência do qual, que indica a correlação recíproca de lei e fato, e demonstra o concurso daqueles elementos dos quais resultam o impacto do fato com a lei civil constituindo a criminalidade da ação. Estes nós designamos de força (vis) do delito”*.¹⁵⁵

Francesco Carrara¹⁵⁶ demarcou a culpabilidade em sentido psicológico na qualidade de desdobramento da teoria do delito como ente jurídico, pois o que

¹⁵² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21.

¹⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 106-107.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Millenium, 2002, p. 40.

¹⁵⁵ Tradução livre de: *“abbiamo veduto che il delitto non è un semplice fatto. È un ente giuridico alla essenza del quale, che tutta sta in un rapporto, occorre il concorso di quelli elementi dai quali risultando l’urto del fatto con la legge civile se ne costituisca la criminalità dell’azione. Questi noi designamo col nome di forze (vis) del (1) delitto”*. CARRARA, Francesco. Programa del corso di diritto criminale. Roma: LUCCA Tipografia Giusti, 1877, p. 69.

¹⁵⁶ É bem verdade que antes de Carrara já haviam surgido os primeiros vestígios de sistematização dogmática do crime em Deciano, Bohemero, Giovanni Carmignani, entre outros, este último foi antecessor da cátedra ocupada por Carrara, e sempre aclamado por aquele como seu mestre, de modo que mencioná-los constitui lembrança devida. Alguns autores tributam a Carmignani o princípio do

caracterizaria o delito seriam duas forças: força física (aspecto objetivo) e força moral (aspecto subjetivo ou psicológico), esta última constituiria a culpabilidade¹⁵⁷. “*A força moral do delito representada pela própria causa (ou seja, a sua força moral subjetiva) é o que constitui a moralidade da ação. Esta não se obtém se não pelo concurso de quatro requisitos que tenham acompanhado a operação interna, na sequência da qual o homem procede a operação externa. Tais condições são: 1º conhecimento da lei; 2º previsões dos efeitos; 3º liberdade de eleger; 4º vontade de agir*”.¹⁵⁸

Assim sendo a culpabilidade, tendo como elementos a i. compreensão da lei, ii. previsão dos efeitos da ação, iii. liberdade de eleger e iv. vontade de agir, se consolida como o vínculo psicológico que une o autor ao fato criminoso. Esta seria a primeira noção técnico-analítica da culpabilidade, identificada com o elemento subjetivo do delito, a qual delimita o fundamento estrutural da concepção psicológica da responsabilidade culpável¹⁵⁹.

2.1.2. Culpabilidade em Feuerbach

Se Francesco Carrara é uma referência para o desenvolvimento dogmático da Escola Clássica na Itália, Feuerbach representa um dos nomes da evolução sistêmica do Direito Penal na Alemanha. Feuerbach, inclusive, é apontado como precursor do positivismo jurídico penal, como bem descreve Eugenio Raul Zaffaroni: “*cabe destacar que Von Feuerbach foi o ‘homem da cruz’, situado em dois séculos, convergindo em dois métodos e dois pensamentos. O iluminismo marca uma época filosófico-política do*

estudo analítico do delito, aprofundado por Francesco Carrara. Nesse sentido: PETROCELLI, Biagio. Reexame dos elementos do crime. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (RBCDP), v.2, n.8, p. 21-22, jan./mar., 1965; Cfr. CARRARA, Francesco. Dedicatória. In: _____. Programa del corso di diritto criminale. Roma: LUCCA Tipografia Giusti, 1877.

¹⁵⁷ CARRARA, Francesco. Programa...Op. Cit. p. 69 a 75.

¹⁵⁸ Tradução livre de: “La forza morale del delitto cercata nella propria causa (ossia la sua forza morale soggettiva) è cio che costituisce la moralità dell’azione. Questa non si ottiene se non pel concorso di quattro requisiti che abbiano accompagnato la operazione interna, al seguito della quale l’uomo procedette alla operazione esterna. Tali condizioni sono – 1º cognizione della legge (1) – 2º previsione degli effetti – 3º liberta di eleggere – 4º volontà di agire”. Idem, p. 73.

¹⁵⁹ CAGLIARIA, José Francisco. O Dolo... Op. Cit. p. 28.

pensamento penal, de tal forma que a partir das grandes modificações dos primeiros anos do século XIX se inicia uma etapa positivista e cientificista. Feuerbach se encontra entre a crítica filosófica e o positivismo jurídico”¹⁶⁰.

Talvez seja justamente por este caráter de transição da obra de Feuerbach, que o autor apresente uma variação na concepção da culpabilidade em relação ao psicologismo reinante. Juarez Tavares aponta Feuerbach como predecessor da concepção normativa de culpabilidade, pois *“dividindo o delito em duas partes, conforme metodologia corrente, uma objetiva e congregando a ação externa antijurídica, e outra subjetiva, configuradora da culpabilidade, compreendida esta como causa do fato externo pelo desejo antijurídico do agente, vem a exigir para a punição deste agente, pela primeira vez, que tenha agido com consciência da antijuridicidade e da punibilidade, inscrevendo-se, pois, como precursor da concepção normativa de culpabilidade”¹⁶¹.*

Cabe destacar que Juarez Tavares optou por classificar Feuerbach como precursor e não idealizador da concepção normativa da culpabilidade por motivo de constar apenas alusão à normatividade como elemento da consciência do agente quanto ao conteúdo da norma¹⁶², e não como critério delimitador da categorização do agente culpável a partir da reprovabilidade. A culpabilidade normativa se perfaz na noção de reprovação social, consubstanciada no estabelecimento legal e supralegal dos casos de exclusão da responsabilidade culpável, considerando critérios de valoração jurídica e social. Todavia, Feuerbach traça os marcos iniciais para o desenvolvimento de um conceito normativo de culpabilidade nos auspícios da Escola Clássica.

¹⁶⁰ Tradução livre de: “cumpre señalar que el Ritter Von Feuerbach fue el ‘hombre de la cruce’, ubicado entre dos siglos, convergiendo en él dos métodos y dos pensamientos. El iluminismo marca una época filosófico-política del pensamiento penal, en tanto que a partir de las grandes modificaciones de los primeros años del siglo XIX se abre una etapa positivista y cientificista. Feuerbach se encuentra entre la crítica filosófica y el positivismo jurídico”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Ensayo Preliminar. In: FEUERBACH. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 18.

¹⁶¹ TAVARES, Juarez. Teorias do delito (variações e tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 13.

¹⁶² Günther Jakobs, inclusive, faz referência a esta estrutura de consciência normativa em Feuerbach como “psicologizante”. JAKOBS, Günther. Dolus Malus. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2009, p. 4. Disponível em: <http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=1&fc=115&sn=24>. Acesso em: 18 abr. 2012.

2.1.3. Positivismo e Sistema Liszt, Beling e Radbruch

Em Feuerbach e Carrara havia sido firmada a lógica estrutural da culpabilidade psicológica que ganhou notoriedade no reconhecido “sistema Liszt, Beling e Radbruch”¹⁶³. Este sistema vem estabelecer o conceito *psicológico* de culpabilidade que prevaleceu no século XIX e princípio do século XX, o qual estaria alinhado às influências científicas de uma época marcada pela investigação empírica e pela euforia a respeito da capacidade do homem em compreender o mundo a partir da razão, verificável nas obras de Darwin, Spencer e Comte¹⁶⁴. Este é o marco histórico de transição da escola clássica, com bases racionais transcendentais, para a escola positivista de perspectiva jurídico-naturalista¹⁶⁵.

Em virtude do grande desenvolvimento alcançado pelas ciências naturais no século XIX, consolidou-se um ambiente de otimismo científico consubstanciado “*na atitude mental que via nas ciências o caminho para resolução dos problemas humanos e sociais do mundo, a fé que a ciência não é somente um método de conhecimento e de domínio da natureza e do homem, mas um saber de salvação*”.¹⁶⁶ O contexto de aproximação entre ciências naturais ou matemáticas de método empírico e ciências humanas, típico da Escola Positivista, em Direito Penal, ocasionou o surgimento de duas grandes vertentes ou manifestações positivistas: o positivismo criminológico e o positivismo jurídico¹⁶⁷.

O positivismo criminológico buscou estudar o delito e o delinquente como dados da realidade natural. Os grandes nomes desta primeira vertente positivista são Ferri,

¹⁶³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General- Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 568; SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Curitiba: ICPC, Luhmann Juris, 2005, p. 201.

¹⁶⁴ AZUMA, Felipe Cazu. Inexigibilidade de Conduta Conforme a Norma. Curitiba: Editora Juruá, 2007., p. 62.

¹⁶⁵ “Enquanto na Itália se desenvolveu a Escola Positiva, de feição criminológica (antropo-sociológico), na Alemanha elaborava-se o primeiro sistema teórico-jurídico do delito, baseado em um sistema naturalista. Nesse contexto é que surge a concepção psicológica da culpabilidade”. Idem, ibidem; Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 103 e ss.

¹⁶⁶ LATTORRE, apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 108.

¹⁶⁷ Idem, p. 109.

Garofalo e Lombroso¹⁶⁸, cujo estudo interessará à culpabilidade apenas no tocante à crise do fundamento calcado no livre-arbítrio, na medida em que a análise do delito como fenômeno bio-psicológico tem cunho determinista. No momento presente do estudo, a segunda manifestação do positivismo em Direito Penal que será objeto de atenção: o positivismo jurídico, pois concentrou seus esforços no estudo sistêmico das normas, o que proporcionou o desenvolvimento da dogmática¹⁶⁹. Franz von Liszt é classificado por alguns autores como incluso no positivismo jurídico-sociológico¹⁷⁰.

A partir de um mecanismo de compreensão do mundo causal-explicativo aplicado à dogmática, “*o injusto configurava-se com a causa física de um resultado socialmente danoso, e a culpabilidade era a causação psíquica deste mesmo resultado, que podia assumir a forma de dolo (quando se queria causar o resultado antijurídico) ou de culpa (quando o mesmo sobrevinha como consequência de imprudência, negligência ou imperícia)*”¹⁷¹. Vem a ser precisamente a separação entre o aspecto externo da ação, denominado injusto, de seu aspecto interno, associado à culpabilidade, que determina o reconhecido conceito psicológico de culpabilidade¹⁷².

O entendimento do sistema Liszt/Beling representa a consagração do causalismo naturalista em ciências jurídicas: o aspecto objetivo do crime é externalizado na *relação de causalidade*, enquanto o subjetivo fica circunscrito ao *nexo psicológico* existente

¹⁶⁸ Cfr. LOMBROSO, O Homem delinquente. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

¹⁶⁹ “La segunda tendencia del Positivismo jurídico esta representada fundamentalmente por Von Liszt, que es cabeza de la ‘Escuela sociológica’, también denominada Nueva Escuela o dirección moderna” . BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 113 e ss.

¹⁷⁰ Idem, ibidem.

¹⁷¹ PIRANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1- Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 343. Em continuação: “O que, em definitivo, se devia investigar para saber se havia delito eram dois nexos causais: um físico (a conduta que causou o resultado?) e outro psíquico (há uma relação psicológica entre conduta e resultado?)”. Idem, ibidem.

¹⁷² “La separación del aspecto externo (injusto) con respecto al aspecto interno (culpabilidad) en el sistema v. Liszt, Beling y Radbruch que da lugar al llamado concepto psicológico de culpabilidad: Los hechos psíquicos de la vertiente interna, es decir, según la concepción imperante, solo dolo e imprudencia, constituyen la culpabilidad. Ciertamente, esta solución surgió como consecuencia de la consideración naturalística”. JAKOBS, Günther. Derecho...Op. Cit., p. 568.

entre sujeito e resultado danoso pelo vínculo doloso ou culposo¹⁷³. Nesse sentido o próprio Franz von Liszt afirma que “*a relação subjetiva entre o fato e o autor só pode ser psicológica (...) o ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável*”¹⁷⁴. A imputabilidade seria o pressuposto de culpabilidade¹⁷⁵.

Como é possível observar a teoria de Liszt não faz alusão à distinção entre fato típico e antijurídico, quem o fez foi Ernst Von Beling em 1906, vindo a demarcar, dentro do injusto objetivo, a tipicidade e a antijuridicidade: “*a proibição era a de causar o resultado típico, e a antijuridicidade era o choque da causação deste resultado com a ordem jurídica, que se comprovava com a ausência de qualquer permissão para causar o resultado*”.¹⁷⁶ Desta forma, Beling vem oferecer sua contribuição à congruência do sistema que afirmava a culpabilidade psicologicamente¹⁷⁷.

Todavia, o conceito psicológico de culpabilidade deixa em aberto algumas lacunas que obstam sua sustentação doutrinária, dentre elas: a falta de indicação de quais fatos seriam psíquicos e por que teriam natureza psicológica; a ausência de

¹⁷³ Quanto ao vínculo culposo, cabe lembrar que havia menção indistinta entre culpa, negligência ou imprudência. Muito embora, à época o conceito de culpa era associado à imprudência, como é possível verificar nas traduções e alusões de Jakobs a Radbruch, por exemplo. BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 437.

¹⁷⁴ Tradução livre de: “La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según Ella, el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; este radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial); es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad)”. LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Madrid: Editorial Reus, 1926, p. 376.

¹⁷⁵ AZUMA, Felipe Cazu. Inexigibilidade...Op. Cit., p. 63.

¹⁷⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual... Op. Cit., p. 343.

¹⁷⁷ “Y, finalmente, Beling mantiene por su parte la idea de una culpabilidad indetificable como la relación del autor con el resultado, su vinculación subjetiva con el hecho realizado, que configura – de suyo – una materia extraña al tipo objetivo”. FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2000, p. 15.

fundamentação e diferenciação entre dolo, intenção e imprudência¹⁷⁸, a ausência de explicação para a culpa inconsciente, falta de perspectivas para compreensão da vontade viciada ou anormal¹⁷⁹, etc.

Na transição entre positivismo e neokantismo, Gustav Radbruch, autor do neokantismo sul-ocidental¹⁸⁰, contrariamente à tradição de sua escola - conhecida por cunhar conceito psicológico-*normativo* de culpabilidade - pretende sanar algumas das questões levantadas contra o sistema Liszt-Beling, visando a mantê-lo. O autor partiu da identificação entre dolo e imprudência com os fatos psíquicos¹⁸¹, relacionando-os ao indício de uma atitude antissocial. Desta forma o conteúdo voluntário do delito seguia presente na culpabilidade, sem a incursão direta de elementos normativos. Porém, Radbruch também não logra explicar porque os referidos “fatos” seriam “psíquicos” e não puramente sociais ou normativos¹⁸². Tal incongruência, dentre outras tantas já apontadas, enseja a normativização do conceito de culpabilidade no neokantismo a partir da ideia de *reprovabilidade*.

¹⁷⁸ JAKOBS, Günther. Derecho...Op. Cit. p. 569.

¹⁷⁹ AZUMA, Felipe Cazu. Inexigibilidade...Op. Cit. p. 63.

¹⁸⁰ “Foi assim que o neokantismo sul-ocidental veio em auxílio deste sistema, afirmando que o direito penal criava uma conduta voluntária sem conteúdo, com o que permita que o conteúdo seguisse localizado na culpabilidade. O artifice desta ajuda neokantiana ao esquema de Liszt-Beling (que era substancialmente positivista) foi Gustav Radbruch”. PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual... Op. Cit., p. 344.

¹⁸¹ Dolo e culpa (ou imprudência ou negligência, encontra-se nesta época uma associação indistinta entre culpa e suas modalidades) eram forma de culpabilidade, passando depois a ser espécies de culpabilidade. AZUMA, Felipe Cazu. Inexigibilidade...Op. Cit. p. 63.

¹⁸² Como, por exemplo, no caso da culpa, que não se relaciona ao vínculo psicológico, mas à infração de um dever de cuidado. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 288.

2.1.4. Função da Culpabilidade na Escola Clássica e Positivista

Conforme os ensinamentos de Fábio Guedes de Paula Machado, seria possível elencar ao menos cinco funções para o instituto da culpabilidade: 1) subjetivação da responsabilidade; 2) critério de dosimetria ou graduação da pena; 3) fundamentação dogmática da pena; 4) limitação ao poder punitivo estatal; 5) crítica e interpretação dogmática do Direito penal. Além destas, ainda seria possível citar no âmbito processual a função de impedir um tratamento discriminatório ao acusado sem trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁸³. A questão a ser enfrentada no decorrer do desenvolvimento histórico do instituto da imputação por culpabilidade versa sobre a potencial variação histórica funcional, especialmente no que tange às quatro primeiras funções, em razão das alterações dogmáticas sofridas por este instituto.

Primeiramente, cabe lembrar que a culpabilidade foi delineada em suas origens históricas como *psicológica*, sendo interpretada como a vinculação subjetiva entre autor e fato externo¹⁸⁴. A teoria clássica da culpabilidade a identifica com os elementos subjetivos dolo – ainda entendido como *dolus malus* – e culpa, tendo a imputabilidade como pressuposto¹⁸⁵. Com esta configuração é possível observar que, muito embora a culpabilidade apresentasse outras funções, em suas origens históricas, tinha a função primária de *subjetivação da responsabilidade* e, conseqüentemente, pode-se concluir que este instituto tinha por escopo essencial legitimar a imputação individual decorrente de atos antijurídicos causados voluntariamente por dolo, imprudência, negligência ou imperícia. Tal predominância funcional de subjetivação já apresentou retração no neokantismo.

¹⁸³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade...Op. Cit. p. 23.

¹⁸⁴ *Infra*, p. 63 e ss.

¹⁸⁵ *Idem*.

2.2. Teorias Psicológico-Normativas no Neokantismo

É possível observar a influência da Escola Neokantiana na normativização do conceito de culpabilidade. Como bem observa Cezar Roberto Bitencourt: “*a elaboração normativa da culpabilidade produziu-se no contexto cultural da superação do positivismo-naturalista e sua substituição pela metodologia neokantiana do chamado conceito neoclássico de delito*”¹⁸⁶. O neokantismo tem papel decisivo na evolução da Ciência do Direito Penal ao distinguir as ciências naturais das ciências do espírito/culturais e afirmar a impropriedade da aplicação do método das primeiras às últimas¹⁸⁷.

O Direito seria uma ciência cultural, tendo por método não apenas os critérios positivistas de definição e identificação de um objeto, mas sim a necessária referência aos valores sociais. Assim, a análise valorativa dos dados da realidade imprime caráter normativo à metodologia neokantiana, na medida em que a condiciona à interpretação social¹⁸⁸. Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudental, Mayer, English e, sobretudo, Edmund Mezger são alguns autores que representam esta Escola Penal.

A metodologia neokantiana aplicada à teoria do delito ocasiona a normativização da culpabilidade por remetê-la aos valores sociais. A distinção trazida de Kant entre dever-ser e ser inspira a introdução de elementos valorativos externos consubstanciados, especialmente, no conceito de *reprovabilidade* em referência aos parâmetros internos *psicológicos* da culpabilidade. Aqui a tensão entre sociedade e sujeito, expectativa e culpa, reprovação e ação subjetiva, já começa a ser demarcada no seio da responsabilidade culpável pela introdução de um pressuposto externo de valoração social como parâmetro de julgamento da estrutura interna *psicológica* do delito

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado...Op. Cit. p. 166.

¹⁸⁷ “Como recuerda Larenz: ‘es preciso plantear la cuestión de si, en efecto, se puede aprehender la totalidad de la realidad de la que se tiene noticia con los métodos de la ciencia natural exacta’. Si la respuesta a esta cuestión fuera negativa, se habría probado con ello la justificación y la necesidad de otra clase de ciencias, las denominadas ‘ciencias del espíritu’, y de otra clase de métodos distintos de los científicos-naturales”. LARENZ apud BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia de... Op. Cit., p. 115.

¹⁸⁸ Idem, p. 116.

O Professor Bittencourt explica como isto é equacionado dogmaticamente: “*em toda evolução da teoria normativa da culpabilidade ocorre algo semelhante ao que ocorreu com a teoria do injusto. No injusto, naquela base natural-causalista, acrescentou-se a teoria dos valores; ao positivismo do século XIX, somou-se simplesmente o neokantismo da primeira metade do século XX. Na culpabilidade, a uma base naturalista-psicológica acrescenta-se também a teoria dos valores, primeiro com Frank (...) com isso, se superpõe na culpabilidade um critério de caráter eticizante*”.¹⁸⁹

2.2.1. Reinhard Frank e a Noção de Reprovabilidade

Reinhard Frank é conhecido por fundar a teoria da culpabilidade em bases normativas¹⁹⁰ em uma obra lançada em 1907¹⁹¹, seguindo um modelo causalista neokantiano¹⁹² concebido a partir da realização de um *juízo de valor* acerca da conduta¹⁹³. O juízo de censura é realizado por meio de uma valoração social, consubstanciando a face normativa da culpabilidade. Frank não altera a posição dos elementos psicológicos na teoria do delito – dolo e culpa permanecem na culpabilidade – razão pela qual sua teoria é denominada de *psicológico-normativa* da culpabilidade.

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado..Op. Cit. p. 166.

¹⁹⁰ Lembrando que, todavia, a jurisprudência alemã já havia prefigurado a culpabilidade normativa em uma decisão que conformou o conceito de inexigibilidade de conduta diversa. “na imprudência de um cocheiro que atrelara à carruagem cavalos dificilmente domáveis, visto tê-lo feito por imposição do patrão, sob ameaça de despedida. O Tribunal alemão entendeu que existia imprudência, mesmo porque houve previsão, inexistindo, todavia, exigibilidade de outra conduta, diante da ameaça de perda do emprego”. REALE JR., Miguel. Dos estados de necessidade. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 20-21.

¹⁹¹ “Frank renueva los lineamientos en matéria de culpabilidad a través del opúsculo que hoy reproducimos, aparecido en el libro-homenaje a la Facultad de Derecho de Giessen, en el año 1907”. FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación...Op. Cit., p. 17.

¹⁹² BRITO, Alexis Couto et al. Direito...Op. Cit., p. 439.

¹⁹³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 73.

A construção teórica de Reinhard Frank principia pela observação da insuficiência da relação psicológica para fundamentar o juízo de culpabilidade, verificada a partir da existência de crimes nos quais o dolo e a culpa estariam presentes e, ainda assim, o autor careceria de culpabilidade¹⁹⁴. Frank traz a ideia de “circunstâncias concomitantes” (*begleitende Umstände*) capazes de diminuir ou excluir normativamente a culpabilidade¹⁹⁵: “*nós podemos imaginar um caso no qual não há dolo, mas imprudência, e se observará, segundo as circunstâncias concomitantes como a ausência de prudência se valora com traços de maior severidade ou com mais suavidade*”¹⁹⁶.

As circunstâncias concomitantes conformam um relevante critério com o qual Frank busca resolver alguns problemas relacionados à culpabilidade, dentre eles a questão do estado de necessidade exculpante. O sistema Liszt-Beling-Radbruch não era capaz de explicar o motivo pelo qual, mesmo havendo dolo ou culpa, a culpabilidade poderia ser excluída em algumas hipóteses de estado de necessidade¹⁹⁷. Beling apontava carência de *punibilidade* para excusa penal no caso em debate, ao que Frank contrapõe o seguinte: ao se mencionar a existência de uma hipótese de “desculpa” penal, o elemento evocado seria necessariamente a culpabilidade¹⁹⁸. O autor termina por concluir que as circunstâncias concomitantes referem-se ao grau de *exigibilidade*¹⁹⁹, o que determina a exclusão da culpabilidade no caso de estado de necessidade exculpante.

¹⁹⁴ Cfr. FRANK, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2000; BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 439; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. Cit., p. 71; AZUMA, Felipe Cazu. Op. Cit. p. 65.

¹⁹⁵ “las circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad; entonces, no existe duda en reconocerles también la capacidad de excluir la culpabilidad”. FRANK, Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto...Op. Cit., p. 30.

¹⁹⁶ “El guardabarrera que luego de un descanso prolongado yerra en la colocación de los desvios resulta más culpable que su compañero que comete la misma falta después de once horas ininterrumpidas de servicio”. Idem, p. 28- 29.

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther. Derecho...Op. Cit, p. 568; FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación...Op. Cit., p. 17.

¹⁹⁸ “Si disculpa el estado de necesidad, entoces excluye la culpabilidad, eso quiere decir que es una casusa de exclusión de la culpabilidad; pero si no es una causa de exclusión de la culpabilidad, entonces, tampoco puede disculpar”. FRANK. Reinhard. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004, p. 32.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación...Op. Cit., p. 17.

No que concerne à imputabilidade, em oposição à concepção puramente psicológica de culpabilidade, Frank a eleva a elemento integrante da culpabilidade, não sendo apenas o pressuposto para se ter “capacidade de culpabilidade”²⁰⁰. Assim, a culpabilidade seria composta: i. da imputabilidade, chamada de condição mental normal do agente; ii. dolo ou imprudência; iii. e da normalidade das circunstâncias concomitantes²⁰¹: esses elementos importam a ideia de *reprovabilidade*. Segundo Felipe Cazuato Azuma, modernamente esta estrutura da culpabilidade poderia ser entendida como: i. capacidade de culpabilidade ou imputabilidade; ii. relação psicológica concreta do autor com o fato, com dolo ou imprudência; iii. e *exigibilidade de comportamento diverso ou exigibilidade de comportamento conforme a norma* pela normalidade das circunstâncias de fato²⁰².

A maior contribuição de Frank é, reconhecidamente pela doutrina, o conceito de reprovabilidade²⁰³. Em alemão *Vorwerfbarkeit* (reprovabilidade) sintetiza os elementos da culpabilidade e permanece como critério essencial até a oposição da crítica funcionalista²⁰⁴ lhe apontar certo caráter “estigmatizante” nos anos 70. O juízo de reprovação é a valoração negativa de uma conduta, consubstanciado nos elementos da culpabilidade e alcançado por via sintética, como diz o autor: “o conceito de reprovabilidade nos aparece apenas como um breve resumo de cada um dos distintos elementos da culpabilidade. Este conceito não tem valor em si mesmo, mas somente em referência ao que quer caracterizar. É alcançado por via sintética”²⁰⁵.

Quando Reinhard Frank afirma que “um comportamento proibido pode ser imputado a alguém quando se puder reprová-lo por haver aceitado esse

²⁰⁰ “A su vez, la imputabilidad no consiste en una mera capacidad de culpabilidad, entendida a título de eslabón previo. Ella no constituye un presupuesto, sino que forma parte integrante de la culpabilidad, a la cual pertenece. En orden a su contenido, debe entenderse como la calidad o estado espiritual normal del autor” Achenbach, p. 98 apud FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación...Op. Cit., p. 17.

²⁰¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. Cit., p. 72; FRANK. Reinhard. Op. Cit., p. 40.

²⁰² AZUMA, Felipe Cazuato..Op. Cit., p. 66.

²⁰³ FERNÁNDEZ D., Gonzalo. La Fundación...Op. Cit., p. 19.

²⁰⁴ Idem, ibidem.

²⁰⁵ FRANK. Reinhard. Op. Cit., p. 40.

comportamento”²⁰⁶ a teoria da culpabilidade dá seu primeiro passo em direção à normatividade, representada pelo juízo de valoração contido no conceito de *reprovabilidade*.

2.2.2. Desenvolvimento Teórico: James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger

No processo de evolução do conceito *psicológico-normativo* de culpabilidade, também contribuíram os autores neokantianos: James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger, dentre outros estudiosos do Direito Penal. Em Goldschmidt o elemento normativo da culpabilidade seria a *contrariedade ao dever*. O autor realiza uma subdivisão entre normas jurídicas – associadas ao injusto – e normas de dever – representadas pela culpabilidade.

Desta forma Goldschmidt centraliza sua discussão doutrinária na seguinte questão: qual é o caráter da norma que serve de base ao juízo de reprovação?²⁰⁷ A resposta é encontrada na norma de dever: “a ‘norma de dever’ é uma norma de motivação imanente a todo imperativo jurídico, mas está dotada de independência perante a norma jurídica em si”²⁰⁸. Esta norma está associada à valoração identificada com a exigência *normativa* que transcende o vínculo psicológico existente a título de dolo ou culpa. Portanto, ao se infringir a literalidade de uma norma jurídica sem ferir o dever, se verificaria a ocorrência de uma causa de exculpação²⁰⁹.

A doutrina normativa da culpabilidade de cunho neokantiano retraça este instituto em moldes semelhantes aos aplicados à antijuridicidade, nos dizeres de Goldschmidt: “a doutrina normativa da culpabilidade apenas indica que a

²⁰⁶ Idem, ibidem.

²⁰⁷ NUNEZ C., Ricardo. Bosquejo de la Culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2002, p. 74.

²⁰⁸ Idem, p. 75.

²⁰⁹ AZUMA, Felipe Cazuo. Op. Cit. p. 66.

culpabilidade não é uma simples relação psíquica do autor com a ação atijurídica, mas sim uma valoração do fato psíquico mesmo. Assim como a valoração da ação contida no juízo de reprovação de antijuridicidade permaneceria mesmo quando todas as suas características típicas fossem ‘descritivas’ ou ‘cognitivas’, assim permaneceria a valoração da motivação contida no juízo de demérito que significa a reprovabilidade, mesmo quando a culpabilidade e as causas de exculpação estejam tipificadas legalmente de maneira inequívoca”²¹⁰. Isto permite afirmar a exigibilidade como causa supralegal de exculpação.

Berthold Freudenthal vem dar sua contribuição à doutrina com a publicação de uma obra que trata especificamente do aspecto *normativo* da culpabilidade: *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*²¹¹. Freudenthal consolida a identificação da *reprovabilidade* com a noção de *exigibilidade*²¹², a partir da percepção que o Direito Penal não pode estar afastado da vida cotidiana social: “*em nenhum ponto a opinião pública é tão suscetível como na culpabilidade. Ela considera insuportável a condenação de um inocente. Mas nós, os penalistas, estamos tão estreitamente ligados à comunidade, que fundamos, na estruturação do conceito de culpabilidade, dolo e culpa, se estes concordam com as concepções dos profanos. Mas, mais de uma vez declaramos culpados aos que, na linguagem dos leigos, ‘nada podia’ fazer no sucedido, ou que ‘fez o que qualquer um faria em seu lugar’. O povo aceita semelhantes condenações, porque o mundo de conceitos do Direito penal lhe chegou a ser inacessível, porque o Direito penal mesmo se converteu em uma ciência oculta*”²¹³.

Como é possível observar a partir do excerto acima, Freudenthal principia sua obra com a proposta de uma aproximação do Direito Penal à realidade da imputação social. O autor logrará êxito neste projeto por meio da consolidação do seguinte argumento: a reprovabilidade da conduta está relacionada com a possibilidade de se

²¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. La Concepción Normativa de la Culpabilidad Normativa de la Culpabilidad. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003, p. 114.

²¹¹ Cfr. FREUDENTHAL, Berthold. Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2003.

²¹² FERNÁNDEZ D., Gonzalo. Culpabilidad Normativa y Exigibilidad. In: FREUDENTHAL, Berthold. Culpabilidad...Op. Cit., p. 27 e ss.

²¹³ FREUDENTHAL, Berthold. Op. Cit., p. 63.

exigir o comportamento previsto na norma perante as circunstâncias do caso concreto. Assim, a exclusão da culpabilidade é remetida a fatores sociais e supra-legais, portanto, de concreção do Direito.

A retomada da evolução normativa da culpabilidade perpassa por Edmund Mezger, autor recentemente inserido nos debates associados ao nacional-socialismo pela obra de Muñoz Conde²¹⁴, e também está situado dogmaticamente em uma concepção psicológico-normativa de culpabilidade de inspiração neokantiana. Mezger relaciona o juízo de culpabilidade ao ato de vontade, motivos ou personalidade do autor e supera o psicologismo pelo reconhecimento da possível exclusão da imputação culpável através da ausência de *reprovabilidade*²¹⁵. Tanto em Mezger, como em Goldschmidt, Frank ou Freudental verifica-se a “*não exigibilidade*” como causa de exclusão da culpabilidade.

A compreensão do que significou o normativismo neokantista na estrutura dogmática da teoria do delito implica perceber que a ampliação da discussão valorativa às raias da culpabilidade leva para este elemento questões que, à época do psicologismo, eram discutidas em sede de antijuridicidade²¹⁶. Assim, talvez a essência primordial do normativismo neokantiano seria inserir as *normas de dever* e as *circunstâncias concomitantes*, identificadas com o juízo de reprovabilidade na discussão da imputação culpável, construindo o pilar central para a análise de *exigibilidade* a partir de fatores supra-legais.

²¹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo. Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

²¹⁵ “Mezger refiere el juicio de culpabilidad al acto de voluntad del autor, a sus motivos y a su total personalidad, comprendiendo, de esta manera, en la culpabilidad, como elementos suyos, no sólo el acto de voluntad del agente, es decir, el dolo o la culpa, como hace el psicologismo, sino también la imputabilidad y la ‘no existência de causas de exclusión de la culpabilidad’. La diferencia real de este sistema con el del psicologismo no es puramente metodológica, como podría parecer a primera vista, sino substancial, ya que Mezger en alguna medida alcanza a justificar que la culpabilidad no es un simple hecho psicológico, sino un juicio de reproche, esto es, reprochabilidad”. NÚÑEZ C., Ricardo. Bosquejo de la Culpabilidad. In: GOLDSCHMIDT, James. La Concepción...Op. Cit., p. 77.

²¹⁶ “para facilitar la comprensión del normativismo resulta útil verificar otro contraste con el psicologismo. La ilicitud de la acción consiste en la lesión de un interés jurídico. Cuando tal ilicitud desaparece por vía del principio del interés preponderante, esto es, en razón de que el bien o deber violado es de menor valor que el puesto en peligro en el caso concreto, la actitud del psicologismo y del normativismo es distinta. Para el psicologismo hay aquí una causa de justificación, mientras que para el normativismo puede haber una causa de justificación, o una causa de exculpación”. Idem, p. 79.

2.2.3. O Nacional-Socialismo: Escola de Kiel e outras escolas

Conforme foi possível perceber no estudo desenvolvido até este ponto, o sistema Liszt-Beling de cunho causal-naturalista procurava oferecer clareza à dogmática penal, a partir do delineamento preciso das fronteiras entre os elementos da teoria do delito: no fato típico eram discutidos os elementos objetivos, na culpabilidade analisavam-se tão somente aspectos subjetivos. Todavia, a realidade possui complexidade de difícil alcance pelo mundo jurídico e a teoria clássica mostrou-se insuficiente, razão pela qual foi alvo de críticas contundentes. Com o neokantismo, como bem aponta Bustos Ramírez, por conta da aparição de elementos subjetivos do injusto e elementos normativos do tipo, sendo acrescido o juízo de reprovabilidade na culpabilidade, o sistema clássico foi rompido.²¹⁷

Assim, as Escolas que subsidiaram o nacional-socialismo, como a Escola de Kiel, dentre outras escolas²¹⁸, que tiveram como representantes Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, encontraram uma dogmática em crise²¹⁹. Ambos os autores procuraram fornecer um novo modelo à teoria do delito, que restou associado à simples infração de um dever: *“mediante o conceito de dever é possível então superar a divisão tradicional entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, e apontar que a essência e o concreto do injusto é a lesão do dever”*²²⁰. Dessa forma antijuridicidade e culpabilidade restam mutuamente identificadas, de maneira que, com a nova concepção de culpabilidade de Schaffstein, o indivíduo já não responderia pelo fato praticado, mas pelo seu modo de vida, baixo caráter ou consciência ruim²²¹. Esta é a culpabilidade encontrada em um Direito penal do autor.

²¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis, 1986, p. 170.

²¹⁸ Christiano Fragoso aprofunda o estudo sobre diversas escolas que também contribuíram para o desenvolvimento do nacional-socialismo na Alemanha. Cfr. FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e Sistema Penal. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

²¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 171.

²²⁰ Idem, p. 172.

²²¹ Idem, p. 173.

A sustentação dogmática da Escola de Kiel deu base para o desenvolvimento do nacional-socialismo durante a Segunda Guerra Mundial, ao permitir a total supressão das garantias individuais em prol do interesse da comunidade, considerando unicamente “*os deveres do indivíduo com o Estado*”, que demandam “*o sacrifício do indivíduo em prol da comunidade*”²²². Assim, os abusos cometidos nos campos de concentração nazistas estariam sob o manto de uma pretensa legalidade de contestável legitimidade.

2.2.4. Função da Culpabilidade no Neokantismo

Com desenvolvimento histórico da culpabilidade houve a progressiva normativização deste instituto. A teoria psicológica da culpabilidade foi substituída pela teoria psicológico-normativa no neokantismo. Assim, os elementos subjetivos contidos na culpabilidade foram valorados socialmente sob o juízo de reprovabilidade, acrescendo-se ainda a exigibilidade de conduta diversa como elemento necessário para a afirmação da existência de imputação culpável, cabendo imposição de pena ao autor, portanto.

É bem verdade que, em certa medida, todas as funções elencadas à culpabilidade podem ser encontradas em cada período histórico de desenvolvimento da dogmática penal consubstanciadas nas diversas escolas penais indistintamente. Todavia, pode-se observar maior destaque, fortalecimento ou até revelação de determinada função latente deste instituto a depender do contexto histórico. Se na escola clássica a função de subjetivação da responsabilidade era proeminente, no neokantismo, com o avanço normativo, as funções relacionadas à limitação, graduação e fundamentação da pena ficaram, mesmo que por via indireta, fortalecidas e até descobertas.

Ao identificar a culpabilidade com o juízo de reprovabilidade, a partir da verificação da existência de circunstâncias concomitantes que tornavam inexigível a atuação conforme a norma pela ausência de reprovação social, ficou evidenciado que o instituto da culpabilidade incidia de maneira determinante na verificação de necessidade

²²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 172.

de punição, em outras palavras, fundamentação da pena com base em critérios de prevenção geral positiva. Não obstante, observou-se também que uma culpabilidade diminuída implicava menor reprovação, verificando-se assim o potencial de limitação e graduação da pena por este instituto. Pode-se concluir, portanto, que o neokantismo esclareceu a existência de funções latentes à culpabilidade relacionadas de maneira mais clara à imposição penal do que à identificação do injusto pelo liame subjetivo, isto ocorreu, em grande medida, em razão da descoberta do juízo de reprovação contido neste estágio dogmático de valoração do injusto.

2.3. Finalismo e Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

No final da Segunda Guerra Mundial, a ciência do Direito Penal enfrentou nova reestruturação metodológica. O contexto sócio-político demandava superação do que significou o nacional-socialismo na Alemanha, e inclusive a fundamentação dogmática penal do Direito Criminal da época não prescindiu de revisão. Os doutrinadores procuravam transcender o irracionalismo de cunho nazista, o qual teve a Escola de Kiel como principal representante, muito embora não fosse a única escola alinhada ao nacional-socialismo²²³.

A dogmática penal do pós-guerra, segundo Bustos Ramírez, se subdividiu em duas correntes: i. o jusnaturalismo neoclássico, que contou entre seus defensores com Gustav Radbruch, e ii. a teoria finalista da ação de Hans Welzel²²⁴. A primeira corrente não teve tanta prosperidade entre os doutrinadores do Direito Penal como a segunda, até mesmo em virtude das críticas já historicamente apresentadas pelo positivismo, as quais dificultariam uma retomada plena do jusnaturalismo como propunha Radbruch: *“um Direito natural, um direito divino, um Direito racional, segundo o qual a injustiça segue sendo injustiça, mesmo que revestida da forma da lei”*.²²⁵

²²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 178.

²²⁴ Idem, ibidem.

²²⁵ GUSTAV RADBRUCH, “Die Erneuerung des Rechts”, en Die Wandlung, 2 Jahrgang, 1947, p. 9 apud BUSTOS RAMÍREZ, Juan. .Op. Cit., p. 178.

Já Jorge Figueiredo Dias não realiza a subdivisão de Bustos Ramirez e insere Welzel no que denominou de retorno ao Direito Natural próprio da dogmática penal Européia a partir de 1945.²²⁶ Isso porque o finalismo, à semelhança do jusnaturalismo, também busca a legitimidade do ordenamento positivo para além do plano do dever-ser em uma realidade pré ou metajurídica.²²⁷ Todavia, enquanto o jusnaturalismo legitima o sistema penal em um plano ideal que não a realidade ôntica, o finalismo encontra no mundo do ser a essência e os limites do direito positivo: “*a lógica das coisas reside na necessidade da relação entre a estrutura do ser e a valoração*”²²⁸. A valoração jurídica relacionada com o plano ôntico permitiu a Welzel afirmar a natureza final da ação como estrutura lógico-objetiva²²⁹.

Bustos Ramirez classifica os esforços de Hans Welzel em três níveis. O primeiro consiste justamente na superação do irracionalismo reinante à época do nacional-socialismo, o que já restou apresentado nos parágrafos anteriores. O segundo nível traz a proposta de superação por meio da crítica e revisão das dogmáticas positivista e neokantiana. Já no terceiro e último nível, Welzel busca concretizar os anseios citados de superação das dogmáticas então vigentes construindo uma nova teoria do delito²³⁰. Em seguida será desenvolvida a ideia de como Welzel procurou alcançar os últimos dois níveis.

²²⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude em Direito penal. Coimbra: Coimbra Editores, 1995, p. 118.

²²⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. Cit., p. 80.

²²⁸ KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, p. 17 apud BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 182.

²²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 182.

²³⁰ “Los esfuerzos metodológicos de la teoría finalista podemos clasificar en tres niveles: 1) el primero, el más notamente filosófico, está dirigido tanto contra el irracionalismo como a dar una nueva base de sustentación al pensamiento jurídico; 2) el segundo y el tercero tienen por objeto, por una parte, desplazar definitivamente del derecho penal el influjo del positivismo naturalista y sociológico, a la vez que revisar críticamente los aportes del neokantismo o teoría de los valores; y, 3) por otra, se trata de elaborar una nueva teoría del delito sobre la base de una retificación del modelo utilizado por la teoría clásica del delito”. Idem, p. 180.

2.3.1. Críticas Finalistas ao Positivismo e ao Neokantismo

Hans Welzel, com a contribuição de outros autores finalistas como Maurach, Kaufmann e Hirsch, elaborou um sistema que se distinguiu tanto do positivismo como do neokantismo em conteúdo e consequências práticas. O positivismo por limitar-se ao que é suscetível de observação empírica²³¹ era incapaz de perceber a “*capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal*”²³². Assim, em contraposição ao positivismo, Welzel encontra na ação um processo dotado de sentido e não meramente causal²³³.

O finalismo também refuta os pressupostos axiológicos neokantianos ao buscar uma premissa estrutural objetiva. O causalismo neokantiano defendia que o intérprete possuía a capacidade de alterar subjetivamente a natureza de um objeto por meio das avaliações a respeito dele²³⁴, em contraposição Welzel afirma a natureza ontológica imutável das estruturas lógico-objetivas. A doutrina finalista continua a admitir a distinção entre Ciências da Natureza e Ciências do Espírito, enquanto as primeiras se dedicariam ao estudo da realidade causal, as segundas observariam a realidade das ações humanas em sua finalidade²³⁵. Desta forma, a constituição neokantiana do mundo

²³¹ “con el positivismo la humanidad pasa del estadio metafísico al estadio científico, al limitarse a aquello que es susceptible de observación empírica - es decir, a los hechos y a las conexiones causales de hechos”. WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Laguna: Aguilar, 1991, p. 191, 192.

²³² WELZEL, Hans. El nuevo sistema de derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 42; Nesse sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 183.

²³³ No responde a la verdadera estructura de la acción porque destruye la función de la finalidad dentro de ella, y la reduce a un proceso puramente causal. Yerra al determinar la función del dolo en la acción. Esto se manifiesta claramente en la noción utilizada tan a menudo por la teoría causal de la acción, según la cual el dolo es el reflejo de la acción exterior en la psiquis del autor. Con ello está puesta al revés la relación entre dolo y concreción de voluntad. El ‘dolo’ no es un reflejo secundario de la acción exterior, sino el factor que la antecipa mentalmente, que sobredetermina finalísticamente el acontecer de la acción, y que no puede, por tanto, ser separado, porque pertenece a El como factor creador”. WELZEL, Hans. Derecho Penal- Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1985, p. 45.

²³⁴ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 141.

²³⁵ “El finalismo opone por tanto al subjetivismo Neokantiano, en el que los resultados dependían de las valoraciones del sujeto, el objetivismo de la naturaleza de las cosas de las estructuras lógico-objetivas. El finalismo sigue admitiendo la distinción entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias del Espíritu, claramente diferenciadas en función de la parte del ser que una y otra esperan llegar a conocer. Las

do dever-ser, resumido a valores sem qualquer realidade, resta amplamente contestada pela afirmação de Welzel que os valores estariam atrelados ao ser²³⁶. Um exemplo que confirma esta tese é justamente a existência de normas tão somente concernentes à conduta humana e não a eventos naturais, haveria uma limitação fática à tentativa de normatizar o fluxo de chuvas: o dever-ser encontra limites no ser²³⁷.

2.3.2. Inspirações sociológicas e filosóficas à teoria da ação final

Como observado, Hans Welzel procura superar as duas escolas anteriores por meio da defesa da teoria da ação final, com base ontológica. Segundo o Professor Ignacio Berdugo a teoria finalista “*surge no marco dos estudos fenomenológicos dos anos vinte, influenciada, como reconhece seu mais destacado representante, Welzel, pelas novas direções da psicologia do pensamento e da teoria sociológica de Weber*”²³⁸.

É possível observar um paralelo entre Welzel e Weber até mesmo na comparação entre Ciências Naturais e Ciências Culturais para determinação do

Ciencias Naturales pretenden el conocimiento de la realidad causal, la Ciencia del Derecho estudia la realidad de las acciones humanas en su finalidad”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 117.

²³⁶ “El neokantismo había dividido el mundo, en matéria penal, en dos esferas independientes totalmente, la del ser y la de los valores. Por eso los valores aparecen como ‘sin realidad, solo aparecen como agregados a procesos reales, por eso pueden ser adheridos a la causalidad, que es el contenido de la tipicidad. Para Welzel, en cambio, los valores están en relación con el ser: “Lo absoluto de ellos no reside en su separabilidad del ser, sino en su enraizamiento con las características metadísicas del ser humano, que es fundamento tanto de las expresiones de vida corporal como anímico-espiritual”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 183, 184.

²³⁷ “Las normas se encuentran con determinadas limitaciones, así, por ejemplo, de carácter físico. No podría una norma prohibir la lluvia o la caída de un rayo, ni, en general, la producción de resultados, ya que ello es imposible. Pero no solo eso: todo deber ser, toda valoración, está en relación con una determinada estructura del ser, que le es predada y, por tanto, que de algún modo vincula a dicha valoración y la no consideración de tal vinculación provoca contradicciones en el sistema jurídico”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 181. Nesse sentido: “la lógica de las cosas reside en la necesidad de la relación entre la estructura del ser y la valoración”. KAUFMANN. Die Dogmatik...Op. Cit., p. 182 apud BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 181.

²³⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. Historia... Op. Cit., p. 117.

conteúdo de sentido da ação. Weber, em seus estudos sociológicos, opõe a psicologia em relação à sociologia nos seguintes termos: se a investigação psicológica apenas analisa o comportamento humano por meio de uma metodologia adequada às ciências da natureza, ela não se ocupará da interpretação deste mesmo comportamento quanto ao seu sentido social, terreno próprio da sociologia. Todavia, isto não impede que a consideração sociológica remeta seus conceitos a um possível sentido subjetivo de fundo psicológico, pois também tem por base uma realidade concreta, resguardada a devida distância própria aos métodos diferenciados e próprios a cada ciência²³⁹.

Nesse mesmo sentido, Welzel também remete o significado social da ação – conteúdo de dever – ao ser da realidade ôntica determinado pela relação psicológica finalista que o autor estabelece para alcançar o resultado previsto, a qual adquire significação jurídica. Portanto, já é possível observar a base da teoria da ação final de Welzel nos estudos de Weber: *“age de maneira racional referente a fins quem orienta sua ação pelos fins, meios e consequencias secundárias, ponderando racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si”*²⁴⁰.

De maneira análoga, a teoria finalista também se relaciona com os estudos fenomenológicos, nos quais encontra seus fundamentos lógico-objetivos²⁴¹. A fenomenologia, que é um método de acesso ao conhecimento²⁴², afirma a intencionalidade da vivência, ao perceber que a consciência é definida pela intenção, na medida em que estar consciente é estar consciente de algo: aqui se observa algum contorno que remete à teoria final da ação. Quanto à inspiração efetivamente metodológica, o finalismo busca na fenomenologia a possibilidade do encontro de

²³⁹ “Os resultados de uma ciência psicológica que unicamente investiga o ‘psíquico’, no sentido da metodologia das ciências naturais e com os meios próprios a estas ciências, e, portanto, não se ocupa – o que é uma coisa completamente diferente – da interpretação do comportamento humano quanto a seu sentido (...) mas isto não deve impedir que a Sociologia construa seus conceitos mediante a classificação do possível “sentido-subjetivo”, isto é, como se a ação, seu decorrer real, se orientasse consciente por um sentido. Sempre que se trata da consideração da realidade concreta, tem de ter em conta a distância entre esta e a construção hipotética, averiguando a natureza e a medida desta distância”. WEBER, Max. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 12-13.

²⁴⁰ Idem, p. 16.

²⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 182.

²⁴² HUSSERL, Edmund. A ideia da fenomenologia. Rio de Janeiro: Edições 70, 1998, p. 22.

categorias universais e ônticas. Husserl, autor de *A Ideia da Fenomenologia*, defende a obtenção da essência do conhecimento ao se elevar intuitivamente a consciência à universalidade e aos objetos universais²⁴³. No caso, a teoria final da ação é, igualmente, remetida a uma lógica-objetiva universal identificada com a natureza imutável do ser.

2.3.3. A teoria finalista da ação: culpabilidade normativa

Tendo como ponto de partida os pressupostos acima apresentados, Hans Welzel desenvolve a teoria finalista da ação. O autor principia seu Manual de Direito Penal afirmando que a vida social se estrutura sobre a atividade final de seus membros, a saber, por meio da eleição de meios adequados para o alcance dos objetivos socialmente visados²⁴⁴. O Direito Penal se ocupa exatamente das ações orientadas para uma finalidade e que são capazes de lesionar a organização social, excluídos os atos destituídos de sentido²⁴⁵.

Kaufmann, autor finalista, explica a teoria da seguinte forma: *“se o direito é um ordenamento para os homens, não pode proibir ou determinar processos causais, mas apenas ações. Em tal sentido uma proibição geral de não ser causal, ‘seria tão sem sentido como uma proibição à neve de não se converter em água’*”²⁴⁶. Em suma, o finalismo preconiza que como a razão possui capacidade de prever resultados²⁴⁷, o homem se organiza visando a atingir fins: o comportamento humano tem natureza final. Assim sendo, as proibições ou mandados normativos estão dirigidos unicamente às

²⁴³ Idem, p. 28.

²⁴⁴ WELZEL, Hans. Derecho...Op. Cit. p. 36.

²⁴⁵ Idem, ibidem.

²⁴⁶ KAUFMANN. “Probleme Rechtswissenschaftlichen Erkennes”, p. 154 apud BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 182.

²⁴⁷ La ‘finalidad’ o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos”. WELZEL, Hans. Derecho....Op. Cit. p. 39.

ações humanas, de modo que esta seria a *estrutura lógico-objetiva* ou *ontológica* que deve ser reconhecida e respeitada pelo legislador, sob pena de contradições²⁴⁸.

Esta nova concepção de fato criminoso irá impactar a estrutura da teoria do delito, ao identificar o dolo com a capacidade da razão de prever resultados e se organizar visando alcançá-los: “*dolo, como conceito jurídico, é aquela vontade finalista de ação que está dirigida à concreção das características objetivas de um tipo de injusto*”²⁴⁹. Welzel revoluciona a dogmática transportando o dolo e a culpa²⁵⁰ para o juízo de tipicidade, ao conformar o conceito de “tipo subjetivo”: “*contém o tipo um aspecto objetivo e outro subjetivo. Tipo objetivo de injusto é a ação de fato com o resultado eventual e as eventuais condições e características objetivas do autor; tipo subjetivo de injusto é o dolo com elementos subjetivos particulares de autoria*”²⁵¹.

Desta forma, a culpabilidade é subtraída de seu elemento psicológico sendo constituída como puramente *normativa*. Por esta razão, contra o finalismo foi levantada a acusação de ter esvaziado de conteúdo a culpabilidade. Todavia, tal objeção não prosperou, até mesmo porque, a avaliação dogmática da conduta criminosa é progressiva principiando pelo juízo de tipicidade e culminando com a culpabilidade, de modo que os elementos do tipo não estão fechados na tipicidade, mas devem permanecer presentes na realização do juízo de culpabilidade. Não há de se falar em culpabilidade sem dolo ou culpa, como bem aponta Günther Jakobs²⁵².

²⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. .Op. Cit., p. 182.

²⁴⁹ WELZEL, Hans. Derecho...Op. Cit. p. 43.

²⁵⁰ Welzel justifica a punição dos delitos culposos da seguinte forma: “Quien limpia su fusill, que no ha descargado antes, y mata sin querer a outro, realiza una acción finalista (la limpieza del fusil), que origina causalmente la muerte del otro. Sin embargo, para el tipo, en el sentido del §222, no son importantes las consecuencias finalistas, sino la consecuencia causal (la muerte de otro), y ello porque el actuante, en su actividad finalista (el limpiar), no ha aportado el mínimo jurídicamente necesario de dirección finalista para evitar el resultado (el cuidado objetivamente necesario en el intercambio). Idem, p. 44.

²⁵¹ Idem, p. 62.

²⁵² “No obstante, se yerra cuando se afirma contra la solución finalista que el concepto de culpabilidad limitado al juicio lleva a una ‘desnaturalización’ del concepto de culpabilidad o a ‘dejarlo vacío’, etc. afectando esta crítica no a lo normativo de la culpabilidad, pero si a su exclusiva relevância. En la teoría del delito no se trata – por expresarlo gráficamente – de unos cajones apilados, en los que pueden desaparecer objetos sin consideración al contenido de los demás cajones, sino de la ordenación de objetos hacia un fin, es decir, de la determinación de los presupuestos de la pena. Por eso los objetos (p.

Na proposta dogmática de von Liszt, a culpabilidade seria unicamente a relação psicológica entre fato e autor. Com o neokantismo valorativo de Frank, foi introduzido o juízo de reprovação como elemento normativo da culpabilidade. Welzel apresenta sua crítica afirmando a existência de dois níveis de análise diversos no instituto da responsabilidade culpável: objeto da realidade e valoração, os níveis psicológico e normativo respectivamente. Hans Welzel afirma que o dolo seria o *objeto* da valoração contida no juízo de reprovabilidade, enquanto a culpabilidade seria a própria valoração do objeto. Portanto, para evitar incongruências, a culpabilidade deve ser constituída apenas de sua natureza valorativa ou *normativa*²⁵³.

Günther Jakobs, discípulo de Welzel, apresenta uma explicação bastante esclarecedora sobre o juízo e objeto de valoração: *“considerando o dolo e a imprudência como os objetos de uma valoração, os quais são valorados na culpabilidade: a culpabilidade do roubo é, segundo essa solução, simplesmente a valoração (também) do dolo de roubar como desvalor jurídico; o dolo de roubar, por si mesmo, não é culpabilidade, mas sim objeto de valoração. Os objetos de valoração, segundo esta solução já não tem lugar dentro da culpabilidade, tendo em vista que esta não será mais do que a própria valoração, e assim se apresenta a estrutura do delito que leva o dolo e a imprudência para o injusto”*²⁵⁴.

A culpabilidade contém, portanto, os pressupostos da valoração. Logo, o motivo pelo qual se reprova a ação final antijurídica seria, justamente, o fato de autor ter podido

ej., dolo, imprudência) integrados en los escalones iniciales del delito (p. ej., tipo) no se pierden para los escalones posteriores (p. ej. Culpabilidad), (...) todo injusto pertenece al tipo de culpabilidad (...) Ahora bien, si el injusto es en su totalidad objeto del juicio de culpabilidad, el desplazamiento de un elemento del delito desde la culpabilidad al injusto no puede dejar vacía la culpabilidad” . JAKOBS, Günther. Derecho...Op. Cit., p. 573, 574.

²⁵³ “WEZEL en su crítica señala los desniveles de análisis existentes y cómo en realidad dicha relación psicológica más bien es aspecto integrante de la significación de la estructura ontológica de la acción que de la culpabilidad. Con lo cual queda por averiguar cuál es la estructura ontológica de la culpabilidad que permite un juicio humano como persona responsable, esto es, capaz de obligarse, de actuar conforme a las normas jurídicas. Es esa, entonces, la estructura de ser sobre la cual se puede fundamentar el reproche. Con ello, entonces, respecto de la culpabilidad se logra por WELZEL, al igual que en el injusto, una interdependencia entre ser y deber ser, entre realidad y valoración”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit., p. 184.

²⁵⁴ JAKOBS, Günther. Derecho...Op. Cit., p. 572.

se dar conta desta antijuridicidade e ter controlado sua ação²⁵⁵: capacidade de imputação e consciência do injusto.²⁵⁶ Este último elemento estaria contido no dolo causalista neokantiano, denominado de *dolus malus*, o qual abrangeria tanto a vontade dirigida para a prática do resultado danoso como a vontade antijurídica de lesionar a norma. Welzel vai cindir o *dolus malus*, levando para o tipo o dolo naturalístico - previsão e assunção do resultado - e deixando na culpabilidade a potencial consciência da ilicitude.

Uma explicação detalhada do juízo de responsabilidade culpável em Welzel implicaria observar a subdivisão entre: i. os pressupostos existências da reprovação de culpabilidade - liberdade da vontade e capacidade de imputação²⁵⁷; ii. e a própria reprovabilidade e seus elementos, a saber, a consciência da ilicitude (elemento intelectual) e a exigibilidade (elemento de vontade)²⁵⁸. Os pressupostos existenciais traduzem as condições substanciais que permitem a realização de um juízo valorativo: *“a reprovação de culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor tenha podido formar sua decisão antijurídica de ação de forma correta, adequada à norma”*²⁵⁹. Nesse sentido o pressuposto existencial seria a autodeterminabilidade livre²⁶⁰. Welzel traz, novamente, o livre arbítrio à baila das discussões sobre o fundamento da culpabilidade.

²⁵⁵ “De todos modos, esto se discute con el argumento de que solo se reprocha el dolo (o la imprudencia), mientras que por el contrario la conciencia (virtual) de la antijuridicidad es “el motivo por el que se reprocha al autor el dolo antijurídico. Puesto que el autor pudo darse cuenta de la antijuridicidad y por tanto pudo omitir su decisión de actuar antijurídica se le reprocha ésta. De aquí se desprende que al conocimiento del injusto no es elemento del dolo, sino solo de la reprochabilidad”. Idem, p. 573.

²⁵⁶ Vale observar que, em um primeiro momento, Welzel cita unicamente estes dois elementos. No entanto, ao abordar especificamente o tema da culpabilidade o autor introduz o conceito de inexigibilidade e insere a imputabilidade como pressupostos de existência. WELZEL, Hans. Derecho...Op. Cit. p. 62.

²⁵⁷ Idem. p. 153 e ss.

²⁵⁸ Idem, p. 168 e ss.

²⁵⁹ Idem, p. 152.

²⁶⁰ Idem, p. 168.

2.3.4. O Fundamento Ontológico na Teoria Normativa de Welzel: Críticas e Crise

Em realidade, a questão do livre-arbítrio em Welzel vem reacender um debate já antigo entre deterministas e indeterministas na doutrina penal. O autor finalista aponta a autodeterminabilidade como pressuposto de existência da culpabilidade, a partir de uma concepção antropológica de ser humano “determinado” a ser livre: *“a compreensão antropológica de que o homem como ser determinado à autorresponsabilidade está existencialmente em condições de formar de maneira finalista (adequada aos sentidos) a dependência causal dos impulsos”*²⁶¹, e assim traz à tona um conflito inacabado na doutrina penal.

Clássicos e positivista já haviam polarizado a discussão sobre a determinabilidade do comportamento humano por volta de 1880. Os primeiros defendiam o controle humano da vontade, os segundos, alinhados com estudos científicos, propugnavam o determinismo. O autor clássico Francesco Carrara defende que a imputação culpável dependia da plena liberdade – *pienezza della sua libertà* – a permitir que o intelecto tenha perfeitamente composto a “força moral” subjetiva do delito com vontade e determinabilidade, seus elementos²⁶². Contra esta posição levantou-se a escola positiva, contando com Enrique Ferri dentre seus representantes.

Ferri aponta que a evolução científica dos povos ocasionou uma progressiva diminuição na crença da existência de uma vontade livre: *“a evolução das ideias extinguiu nos povos civilizados (...) a crença pós-socrática e, sobretudo medieval, na vontade livre, que por si só (acima e contra as circunstâncias individuais e de ambiente) poderia decidir-se pela virtude ou o vício, pela honradez ou pelo delito”*²⁶³.

²⁶¹ Idem, p. 163.

²⁶² “La forza morale soggettiva del delitto si compone di tutti i momenti che costituiscono l’atto interno, procedendo dall’la prima percezione di una Idea fina alla ultima determinazione volitiva. Per avere in un delitto la pienezza della sua forza morale bisogna che nei due momenti della percezione e del giudizio sai stato l’agente illuminato dall’intelletto; e che nei due successivi momenti del desiderio e della determinazione abbia goduto la pienezza della sua libertà. Minorato o mancato il presidio del primo, si minora o cessa la imputazione...”. CARRARA, Francesco. Programma...Op. Cit. §211, p. 170.

²⁶³ FERRI, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Madrid: Editorial Reus, 1933, p. 217.

Ferri e Carrara protagonizaram uma discussão que já se faz histórica sobre a liberdade da vontade, conforme é possível observar em suas obras²⁶⁴.

Essa discussão histórica foi atualizada com os avanços neurocientíficos de comprovação da determinabilidade, Bernardo Feijóo Sanchez traz algumas conclusões de Gazzaniga: *“a neurociência nos diz que, no momento em que o indivíduo experimenta algo conscientemente, o cérebro já fez seu trabalho. Quando somos conscientes de que tomamos uma decisão, o cérebro já induziu esse processo. Tudo isto traz a questão de se as ações escapam do nosso controle. (...)é que a conduta de toda pessoa norma está também determinada. Devemos abandonar o conceito de responsabilidade pessoal?”*²⁶⁵.

A discussão entre determinista e indeterministas converteu-se no questionamento sobre a hipótese de se abandonar a teoria da responsabilidade pessoal e da culpabilidade. Como já visto, Gimbernat Ordeig observa, a possibilidade de se analisar juridicamente o livre-arbítrio está além dos limites humanos²⁶⁶ e, sendo este o fundamento da culpabilidade, o juízo de reprovação ficaria comprometido, levando consigo a legitimidade da punição, o que termina por questionar o próprio Direito Penal: esta é a teoria do dominó.

Neste diapasão, alguns autores procuram manter o conceito de culpabilidade defendendo a ausência de necessidade de qualquer comprovação da liberdade de vontade, sendo esta apenas um pressuposto de generalização. Esta é a ideia encontrada nas teorias de Jescheck e Stratenwerth: *“a fórmula segundo a qual a culpabilidade se refere à liberdade do autor de determinar-se de acordo com o juridicamente devido,*

²⁶⁴ Francisco Carrara después de la publicación de mi libro sobre la ‘Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío’ (1878), coloca una nota en la última edición de su Programa (1882), para decir que no se ocupa de aquellos criminalistas que se niegan el libre albedrío, porque sin él considera imposible una ciencia de la justicia penal. FERRI, Enrique. Op. Cit. p. 218.

²⁶⁵ GAZZANIGA, El cerebro ético, pp. 100 apud FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal...Op. Cit., p. 4.

²⁶⁶ “pues el juicio personal de reproche requiere, para poder ser pronunciado, que el juez llegue a constatar si el sujeto había sido capaz de actuar de otra manera a como lo hizo, es decir: que llegue a constatar el libre albedrío concreto de una persona determinada. Esa tarea que la doctrina normativa quiere encomendar al juez excede, sin embargo, el límite de las posibilidades humanas”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1983.

*no deve originar o mal entendido de que tal liberdade possa ser comprovada (...). Por isso, são propriedades do indivíduo e sua respectiva situação que constituem a culpabilidade mas, de fato, só podem determinar-se generalizando um número reduzido de tais propriedades*²⁶⁷. Já outros autores propõem o total abandono do conceito de culpabilidade, como é o caso de Walter Kargl²⁶⁸.

Todavia, parece que a doutrina encontrou algum consenso no sentido de superar a discussão entre deterministas e indeterministas assumindo uma postura cética ou agnóstica. Hassemer, por exemplo, parte da seguinte premissa: *“a polêmica entre determinismo e indeterminismo seguirá, pois, eternamente sem decisão, porque realmente não existe*²⁶⁹. Tal polêmica não existiria, segundo Hassemer, por uma razão bastante simples, a discussão sobre a liberdade da vontade humana é moldada pelo quanto sabemos cientificamente dos processos causais biológicos que geram a tomada de decisão, é um critério *fático-real* baseado em condições individuais, portanto. Em contrapartida, a normativização do conceito de responsabilidade culpável trocou o critério individual fático, por outro social normativo de fundamentação da culpabilidade.

Assim, a culpabilidade como reprovação deixou de ser um dado mensurável para assumir feição normativa²⁷⁰, de tal modo que a comprovação empírica da

²⁶⁷ STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal parte general, I el hecho punible. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1976, p. 164, 165.

²⁶⁸ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal...Op. Cit., p. 443.

²⁶⁹ “Los oponentes no discuten entre si, sino conversan y pasean juntos. En la polémica no se emplean argumentos en favor o en contra la libertad de voluntad, sino que se dan por supuestos. Antes de que comience la polémica ya se ha decidido el problema de la libertad de voluntad. Y la decisión se toma allí donde se busca la respuesta. Quien argumenta empíricamente, alegando, por ejemplo, argumentos como vivencias de libertas o represión de los instintos, jamás podrá fundamentar la libertad; todo lo más podrá discutirla, o – si sus argumentos son lo suficientemente consistentes – limitarla. Ello se debe a que mira el fenómeno de la libertad a través de um microscópio con el que sólo puede ver lo contrario: el mundo de las vinculaciones causales. Esta lleva a primera vista a la estupenda conclusión na, a la que por lo demás estamos inclinados, de admitir la libertad de una persona, tanto más cuanto menos sepamos sobre los impulsos bajo los que actúa”. HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1984, p. 285.

²⁷⁰ “El fenómeno de la normativización no sólo es sociológicamente interesante, sino también – y esto es lo que aquí interesa – de gran importancia, aunque a veces se olvide, para los fundamentos del juicio de culpabilidad juridicopenal. Con el cambio de un critério individual a uno general en la fundamentación y en la medición del reproche de culpabilidad, no sólo se modifica el instrumental metódico, sino también

autodeterminação perde relevância. Tendo em vista tais considerações, o próximo passo no desenvolvimento normativo histórico da culpabilidade acabou acarretando na normatização – ou tomada de consciência da normatização - do próprio fundamento da responsabilidade culpável. Este processo aproxima definitivamente os conceitos de culpabilidade e prevenção geral positiva, no sentido de finalidade ou fundamento social de aplicação da pena, especialmente nas teorias funcionalistas.

2.3.5. Função da Culpabilidade no Finalismo

Com a teoria normativa pura de Hans Welzel. O dolo e a culpa foram transportados para a tipicidade no finalismo, e a culpabilidade normativa restou composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, na qualidade de pressuposto da culpabilidade; potencial consciência da ilicitude, oriunda da cisão dos elementos do *dolus malus* – dolo natural realocado na tipicidade e potencial consciência do ilícito legada à culpabilidade; e, por fim, a exigibilidade de conduta diversa, originada nos estudos neokantianos sobre a exclusão da imputação pautada em fatores sociais.

Welzel distinguiu o “objeto da valoração”, consubstanciado na tipicidade, da “valoração do objeto” traduzida pela culpabilidade. Desta forma, sendo os elementos subjetivos dolo e culpa identificados com o “objeto da valoração” estes foram transferidos para a tipicidade. A culpabilidade passou a ser exclusivamente normativa, isto gerou certa discussão doutrinária sobre o potencial “esvaziamento” deste instituto. Todavia, para fins de análise funcional do instituto, pode-se notar que o finalismo ocasionou alguma obnubilação na visualização da função de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade, sem ter o condão de suprimi-la, tendo em vista a existência do fundamento ontológico contido na capacidade de autodeterminação para

materialmente la base en la que descansa. El objeto del reproche de culpabilidad deja de ser un dato evidente y mensurable para convertirse en una construcción”. Idem, p.287-288.

legitimar a culpabilidade, a presença da imputabilidade, e a análise “cumulativa” dos juízos de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade explicada por Jakobs²⁷¹.

Assim, na teoria finalista de Welzel, verifica-se um acentuado fortalecimento das funções relacionadas à imposição de pena contidas no juízo de reprovabilidade, quais sejam, limitação, graduação e fundamentação penal. Em contrapartida, seria possível observar o enfraquecimento, mas não a supressão da função de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade, deslocada para a tipicidade, tendo em vista a remanescência ao menos de um fundamento ontológico-subjetivo à culpabilidade verificado na autodeterminação humana.

2.4. Introdução às Teorias Funcionalistas da Culpabilidade: Prevenção Geral Positiva e Função

Como observa Enrique Bacigalupo em seu estudo *Culpabilidad y Prevencion en La Fundamentacion del Derecho Penal Español y Latinoamericano*, os conceitos de culpabilidade e prevenção já estavam relacionados desde os auspícios do Direito Penal no Iluminismo. Lardizabal afirmava que “*aplicar um mal sem nenhuma finalidade como conteúdo da pena não seria outra coisa que ‘tortura e tirania’*”²⁷². As relações entre culpabilidade e fins da pena foram acentuadas desde as primeiras obras de Direito Penal, por exemplo, em Alfonso de Castro: “*‘Poenae enim proprie convenit ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perveratet culpa’* (*A característica da pena é ordenar a culpa, quer dizer, é reafirmar a ordem que a culpa perverteu*)”²⁷³ Os

²⁷¹ Supra, p. 252 e ss.

²⁷² LARDIZABAL. Discurso, cap. III, núm. 1. apud . BACIGALUPO, Enrique. Culpabilidad y Prevención en la Fundamentacion de Derecho Penal Español Latinoamericano. s.l., s.n., s.d. , p. 20. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf . Acesso em: 21/04/2012.

²⁷³ Alfonso de Castro, De potestate legis poenalis, 1550. Edición de la Universidad de Murcia, 1931, pág.82 apud. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Culpabilidad y Prevención en la Fundamentacion de Derecho Penal Español Latinoamericano. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.6, p. 13, 1979. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf . Acesso em: 21/04/2012.

estudos do autor citado, que datam de 1550, apresentam uma semelhança espantosa com a teoria de Günther Jakobs.

Hodiernamente, a correlação entre prevenção e responsabilidade culpável assume novos contornos e protagonismo no funcionalismo penal. Tendo em vista que, conforme restou verificado na breve evolução histórica concernente ao desenvolvimento da normatividade no conceito de culpabilidade: cada escola penal possuiu um contexto sócio-cultural específico de difusão. O funcionalismo não foge a esta regra ao se consolidar como uma escola expressiva da pós-modernidade.

A pós-modernidade representa um período de crise da filosofia e do próprio ser humano que perde suas matrizes de identificação²⁷⁴. A razão humana é questionada no pirronismo ou niilismo, valorizando-se a utilidade sobre a reflexão, o resultado em detrimento do fundamento. No diapasão de avanço da *vis ativa* sobre a *vis contemplativa* ou capacidade de ação sobre a capacidade de contemplação, “já não é a verdade, mas a utilidade a única capaz de dar sentido à existência humana”²⁷⁵.

É este o elo mais destacado entre pós-modernidade e funcionalismo: a pergunta “o que é Direito Penal” é substituída por outra- “para que serve o Direito Penal”. Ora, não é possível mais responder o que é bem jurídico se o conceito não apresenta referencial prático.²⁷⁶ É o primado da utilidade e da função em face do descrédito do fundamento.

²⁷⁴ BADIOU, Alain. O Século. São Paulo: Ideias e Letras, 2005. p. 249 e ss. Nesse mesmo sentido: BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 96 e ss.

²⁷⁵ NEVES, Antônio Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Coimbra Editora, 2003, p. 8.

²⁷⁶ “Hay algo común a los postulados de este ‘moderno Derecho penal’: ya no se acomodan a la estructura tradicional del delito, basada en la lesión por un agente de una posición jurídicamente protegida de otra persona concreta y a quien se impone una pena por la producción de ese resultado. Y es debido a ello por lo que esa evolución arroja no pocas cuestiones de legitimidad, que han sido planteadas y que han generado una cada vez más intensa discusión sobre el principio actualmente vigente de legitimación de normas: la teoría del bien jurídico. Solo en un aspecto hay unanimidad: que dicha teoría, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación (‘de crítica del sistema’ [systemkritiches]), se halla en serias dificultades. SEHER, Gerhard. “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”. In: HEFENDEHL, Roland (org.). ‘La Teoría del Bien Jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?’. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 70.

Porém, como foi propriamente destacado pelos filósofos: esquece-se que “*utilidade e falsidade não são incompatíveis*”²⁷⁷.

De qualquer modo, a associação entre culpabilidade e fins da pena no funcionalismo surge por afinidade lógica com o contexto pós-moderno: o fundamento de um instituto é identificado com sua *função*. Assim, as grandes questões sobre culpabilidade restam respondidas a partir de correlações estabelecidas com a finalidade da pena, em específico, a prevenção geral positiva. Os autores funcionalistas apenas divergem em como traçar essa correlação. Enquanto Claus Roxin vai evocar a prevenção geral positiva como critério de exclusão da responsabilidade²⁷⁸, Günther Jakobs traça uma identificação definitiva, encontrando nas necessidades preventivas sociais de afirmação da norma o fundamento da culpabilidade²⁷⁹.

Todavia, antes de adentrar na discussão final sobre a função da culpabilidade no funcionalismo, respeitando-se o referencial da democracia, a partir da crítica à obra de Günther Jakobs, a qual será desenvolvida especificamente e com maior detalhamento nos capítulos 4 e 5, por antecedência lógica, será analisado no capítulo seguinte o próprio referencial de “*função*” reconstruído no método funcionalista. Assim, posteriormente à construção do primeiro pilar desta dissertação, qual seja, a análise histórica do conceito dogmático de culpabilidade, será estabelecido o segundo pilar, a saber, a definição do conceito de “*função*” com base nas premissas metodológicas da escola funcionalista, tendo em vista que o estudo principal é intitulado “culpabilidade e função”. Apenas após esta análise intermediária de método e conceito será possível trazer a discussão conclusiva sobre as funções da culpabilidade no Estado Democrático de Direito em contraposição crítica à teoria jakobesiana.

²⁷⁷ NEVES, Antònio Castanheira. Op. Cit., p. 8.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 149.

²⁷⁹ JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 73 e ss.

CAPÍTULO 3

CONCEITO DE FUNÇÃO E FUNCIONALISMO: PREMISSAS METODOLÓGICAS DA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS

Immanuel Kant já dizia que os juristas participam de uma busca incessante na tentativa de definir o conceito de Direito²⁸⁰ e, como bem destaca Simone Fabre, esta busca também seria infinita: *“o ‘fim último’ do direito é ‘evidentemente irrealizável’. É por isso que o direito se impõe aos homens não apenas como uma tarefa por realizar, mas como uma tarefa infinita”*²⁸¹. A razão disso pode ser encontrada na própria historicidade do objeto jurídico²⁸². O Direito, por regular uma realidade social em constante modificação, está condicionado e determinado pelo momento sócio-político, intelectual, cultural e econômico da sociedade de seu tempo, o que justifica a sua transitoriedade objetiva, como visto no capítulo anterior.

Há diversos outros desdobramentos decorrentes da natureza histórica do Direito, que afetam as premissas condicionantes do pensamento do jurista de uma determinada época, e motivam, inclusive, a transição e a existência das chamadas Escolas Penais²⁸³. É bem verdade que a tarefa de definir o que seja o objeto jurídico, ou como este objeto pode ser alcançado, é aberta à historicidade, mas pode ser realizada transitoriamente com maior ou menor asserção, considerando os fatores histórico-sociais determinantes do fenômeno em análise: um objeto histórico encontrará uma explicação mais ou menos

²⁸⁰ “Os juristas ainda estão buscando uma definição para o seu conceito de Direito”. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, A 731. Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977; GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.30.

²⁸¹ GOYARD-FABRE, Simone. Introdução. In: _____. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XIV.

²⁸² “Com efeito quando uma instituição aparece em circunstâncias determinadas e plenamente adequada e necessária, e uma vez cumprida a missão que o ponto de vista histórico lhe definia, então, ao generalizar-se este gênero de justificação, o que resulta é o contrário, pois as circunstâncias deixam de ser as mesmas e a instituição perdeu todo o sentido e o direito”. HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 18.

²⁸³ Cfr. BERDUGO, Ignácio. *Historia...Op. Cit.* p. 104; BRITO, Alexis Couto et al. *Direito Penal...Op. Cit.*, p. 124-151; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Egenio Raúl. *Manual...Op. Cit.*, p. 211.

adequada à sua essência naquele lugar do tempo, condicionada ao momento de desenvolvimento intelectual de uma determinada época²⁸⁴.

No primeiro capítulo²⁸⁵ foi construído o objeto de estudo, identificando-se na estrutura social hodierna, a partir de reflexões filosóficas e sociológicas, quais seriam os principais fatores que proporcionaram o florescimento da escola funcionalista na pós-modernidade, bem como os elementos que ocasionaram a normativização excessiva da culpabilidade, trazendo à tona a discussão sobre a crise e as funções deste instituto, o que deflagrou o questionamento decorrente do objeto da presente dissertação. No capítulo segundo, o primeiro pilar para o estudo das funções da culpabilidade foi firmado, qual seja, a evolução do conceito de culpabilidade a partir do desenvolvimento histórico e funcional do instituto sob análise.

Este capítulo tem por escopo discutir especificamente o conceito de função como método de estudo, construído a partir de premissas funcionalistas sociológicas e jurídicas, bem como analisar a estrutura dogmática do funcionalismo e as principais características desta escola penal, a qual foi eleita neste trabalho como substrato objetivo do estudo a ser desenvolvido a partir da análise crítica da culpabilidade obra funcionalista de Günther Jakobs. Por fim, busca-se empreender uma discussão específica sobre o fundamento metodológico do funcionalismo de Jakobs, imprescindível para firmar as bases da discussão sobre a culpabilidade jakobesiana a ser realizada no capítulo seguinte.

Esta análise proposta perpassará por três momentos distintos que correspondem, respectivamente, aos subitens deste capítulo terceiro: 1. A origem sociológica da metodologia funcionalista, com especial enfoque ao conceito de “função” desenvolvido nesta vertente do conhecimento; 2. A construção dogmático-penal do método

²⁸⁴ “pues el contenido de las ciencias no lo determina una concepción acerca de la cultura que pudiera ser aislada del estadio de desarrollo intelectual de una época, sino que es precisamente ese estadio lo que determina a aquél (...) todo conocimiento depende del contexto (...) y la única cuestión decisiva puede ser la de determinar cuál es el contexto en el que se alcanza la mayor densidad explicativa respecto de aquellas cuestiones que se estiman urgentes en un determinado momento”. JAKOBS, Günther. *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 9-11. Nesse mesmo sentido: HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios ...* Op. cit., p. 15 e ss.

²⁸⁵ *Infra*, p. 19 e ss.

funcionalista sob análise jusfilosófica, suas vertentes e principais aportes teóricos ao Direito Penal; 3. O método no funcionalismo de Günther Jakobs.

O subitem inaugural deste capítulo, qual seja, “fundamentos metodológicos do funcionalismo”, não revisita as discussões já apresentadas no primeiro capítulo da dissertação, aqui o enfoque não serão os fatores históricos ou filosóficos que indicam a pertinência do funcionalismo com o momento sócio-cultural presente na conformação da questão-problema a ser desenvolvida neste estudo, mas as próprias origens do funcionalismo, a partir do estudo dos principais autores responsáveis pelo desenvolvimento desta escola desde a sociologia, com inspirações em descobertas biológicas ou informáticas, até o direito. Assim, o que se buscará empreender é uma discussão metodológica conceitual das origens do funcionalismo na história da ciência jurídica e a posição do conceito de “função” nesta estrutura metodológica.

O segundo subitem tratará especificamente do funcionalismo jurídico com seus desdobramento dogmáticos, sem olvidar dos ensinamentos de Luís Greco sobre as vertentes funcionalistas: “*não existe um funcionalismo, mas diversos*”²⁸⁶. Assim, o presente capítulo trará tanto os fundamentos metodológicos para o estudo da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs, objeto central do capítulo seguinte, como o desenvolvimento da chave metodológica de “função” necessária ao estudo das funções da culpabilidade a ser empreendida no último capítulo.

O terceiro subitem abrangerá o estudo das premissas metodológicas do funcionalismo de Günther Jakobs, que já foi chamado de radical, sistêmico ou sociológico²⁸⁷, cabe discutir a razão destas alcunhas, bem como as principais

²⁸⁶ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’ de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.8, n 32, p. 121, out/dez 2000.

²⁸⁷ Frequentemente os autores que utilizam a denominação “sociológico” para definir o funcionalismo de Jakobs também se referem a ele como “sistêmico”, pois a alcunha de sociológico deriva da teoria dos sistemas de Luhmann. Essas denominações podem ser encontradas respectivamente nas obras de: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: BdeF, 2010, p. 70; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005, p. 26; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 107.

inspirações teóricas que influenciaram a obra do autor: Luhmann e Hegel²⁸⁸, sem pretensões conclusivas. Esta discussão será realizada com vistas a compreender a base metodológica da obra de Jakobs, sobre a qual se assentará o estudo da teoria da culpabilidade.

Assim, o presente capítulo trará os fundamentos metodológicos para o estudo do desenvolvimento da teoria da culpabilidade na obra de Günther Jakobs, objeto central do capítulo seguinte. Se o próprio funcionalismo já introduz modificações radicais à culpabilidade²⁸⁹ na tentativa de resolver sua crise histórica de *fundamentação*, o funcionalismo de Günther Jakobs vai além e constrói uma teoria, que talvez não seja exagerado afirmar, possua o mais alto grau de normatividade²⁹⁰ para explicar o fenômeno da culpabilidade: com base nos conceitos de competência e prevenção geral positiva.

A compreensão metodológica tanto da obra de Jakobs como das premissas do próprio funcionalismo, sob o referencial *função*, também se mostra relevante para o embasamento da análise crítica final da culpabilidade em Günther Jakobs, na medida em que serão discutidas quais seriam as funções da culpabilidade e, em que medida, estas *funções* são atendidas pela teoria do autor. Por fim, a eleição do método funcionalista firma o referencial interpretativo do objeto de estudo desenvolvido nesta dissertação: o conceito de culpabilidade será estudado a partir da premissa metodológica de que “*os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam*

²⁸⁸ Há discussão doutrinária a respeito da inspiração de Günther Jakobs para desenvolver seu funcionalismo, se em Niklas Luhmann ou Hegel, a esse respeito: SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido...Op. Cit., p. 65 e ss.

²⁸⁹ “...dentre vários temas conflitantes, a culpabilidade centrou grandes atenções, corroborado ao fato de se tentar uma solução à crise perpetrada teoria normativa da culpabilidade, ou se se preferir na crise da fundamentação da culpabilidade, sendo empregados diversos artifícios, desde o seu abandono até a veiculação das teorias da prevenção geral positiva, acarretando, por conseguinte uma reformulação das relações entre dogmática penal e política criminal, ou entre dogmática penal e a sociologia, ou a colocação das ciências penais entre as ciências sociais, conforme, respectivamente, acenam Roxin, Jakobs e Hassemer”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade...Op. Cit. p. 107.

²⁹⁰ Claus Roxin ao comentar a primeira edição do Tratado de direito penal de Jakobs afirma tratar-se “da mais audaz e do esboço mais consequente de um sistema puramente teleológico existente até a presente data. Com ele Jakobs não só elaborou (...) a evolução dogmática dos últimos 20 anos. A amplitude de sua obra surpreende o leitor também com uma avalanche de reflexões originais que, de certo modo, antecipam os próximos 30 anos”. C. Roxin, NJW, 1984, p. 2.270 apud GRECO, Luís. Prefácio. In: JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 5.

capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas”²⁹¹.

3.1. Fundamentos Metodológicos do Funcionalismo

A proposta de compreensão metodológica do funcionalismo e do conceito de função perpassa a própria definição de método. Segundo Miguel Reale “*método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado*”²⁹², sem método não haveria possibilidade de ciência. Atividades científicas distinguem-se pela adoção de um método próprio²⁹³, representado pelo conjunto ordenado de meios que permitem o conhecimento adequado do objeto²⁹⁴.

Em ciências humanas *método* se reveste do caráter de premissa *hermenêutica* básica que irá permear a *interpretação* de fatos sociais ou jurídicos²⁹⁵, orientando posterior reconstrução teórica da realidade. Florestan Fernandes, ao tratar das diversas

²⁹¹ Grifo nosso. GRECO, Luís. Introdução...Op. Cit. p. 121.

²⁹² REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

²⁹³ “Se a ‘disciplina’ fosse o ‘Direito Penal’, constataríamos que em relação ao método não haveria nada para escrever. O Direito Penal é o conjunto de normas que determinam o que é delito, vinculando a este uma pena ou uma medida de segurança. E um ‘conjunto de normas’, de disposições legais, não tem método (...) método tem a ciência (dogmática) do Direito Penal. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Conceito e Método da Ciência do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13 e 14. Nesse mesmo sentido: “Direito e ciência jurídica são duas coisas diferentes”. ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1964, p. 6.

²⁹⁴ GRISPIGNI, Filippo. Diritto penale italiano. Roma: Ed. Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 22. Nesse mesmo sentido: “todo conhecimento científico ou filosófico pressupõe uma ordenação intencional da inteligência e da vontade capaz de permitir ao investigador alcançar um resultado dotado pelo menos de relativa certeza”. REALE, Miguel. Lições...Op. Cit. p. 45.

²⁹⁵ FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959, p. 194-195. E também, nesse mesmo sentido: JAKOBS, Günther. ¿Ciencia...Op. Cit., p. 10.

acepções do conceito, ensina que “*o termo método tem sido, por sua vez, empregado com frequência para designar procedimento interpretativo*”²⁹⁶, sendo o “*vocábulo ‘interpretação’, que põe em evidência a natureza lógica do procedimento em questão*”²⁹⁷. Juan Ignacio Piña Rochefort aponta a própria teoria funcionalista dos sistemas como método de interpretação da realidade²⁹⁸.

Tendo em vista o caráter hermenêutico do método em ciências jurídicas, este subitem será dedicado à discussão do conceito de função e da Escola funcionalista penal considerando: 1. a sua *constituição* metodológica, ou seja, quais seriam os principais autores e teorias que influenciaram a construção do conjunto de princípios *hermeneuticos* básicos que compõem a estrutura teórica fundamental do funcionalismo, o que abrange a questão da evolução do movimento a partir da análise dos autores funcionalistas²⁹⁹; o estudo do conceito de função³⁰⁰, com escopo de ensejar a discussão da origem jusfilosóficas do funcionalismo e suas vertentes no Direito Penal³⁰¹; observando-se, por fim, os *efeitos* desta opção metodológica, ou seja, quais seriam as principais consequência *interpretativas* da estrutura metodológica funcional à dogmática penal³⁰².

²⁹⁶ FERNANDES, Florestan. Fundamentos...Op Cit. p. 194.

²⁹⁷ Idem, p. 195.

²⁹⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 41.

²⁹⁹ Supra, p.104 e ss.

³⁰⁰ Supra, p. 115 e ss.

³⁰¹ Supra, p. 121 e ss.

³⁰² Supra, p. 127 e ss.

3.1.1. Origens Sociológicas do Funcionalismo Sistêmico e Função

As origens do funcionalismo remontam à biologia e à cibernética, todavia, para um estudo direcionado ao Direito Penal talvez seja apenas relevante regressar ao funcionalismo sociológico, realizando tão somente as remições necessárias às demais ciências. Não são poucos os autores que tributam a Talcott Parsons a primeira aplicação do estrutural-funcionalismo às ciências sociais, a partir da perspectiva de análise sistêmica³⁰³. Nesse sentido fala-se que o funcionalismo teria sido “*inicialmente desenvolvido a partir das teorias sociológicas de Talcott Parsons*”³⁰⁴. Antes de Parsons, todavia, a sociologia já vinha elaborando o conceito de *função* e seus conceitos correlatos e necessários: *sistema* e *estrutura* a partir das obras de Comte, Spencer, Radcliffe-Brown, Durkheim³⁰⁵, etc.

Assim, o *funcionalismo* teórico surgiu com a evolução de estudos de teoria geral dos sistemas, ao representar um giro metodológico aos estudos de TGS³⁰⁶ por focar e fortalecer o conceito de *função* dentro da estrutura sistemática, sob influências do *construtivismo*³⁰⁷, *estruturalismo*³⁰⁸ e *evolucionismo*³⁰⁹. A título de breves

³⁰³ Nesse sentido: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 48; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade...Op. Cit. p. 105 e ss.; BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 142.

³⁰⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade...Op. Cit. p. 105.

³⁰⁵ Em especial nas seguintes obras: DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social. São Paulo: Nova Granada, 1978; RADCLIFFE-BROWN, A.R. Estructura y Funcion en La Sociedad Primitiva. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, 1986.

³⁰⁶ Teoria geral dos sistemas.

³⁰⁷ O construtivismo parte da premissa que o observador interfere ativamente no processo de construção do conhecimento, de tal maneira que a própria cognição seria construção ativa do observador. Os efeitos dessa corrente ao Direito podem ser sentidos através do fortalecimento do normativismo. No funcionalismo, em específico, os aportes construtivistas são adicionados à ideia de funcionalidade, falando-se em construção funcional. “En este sentido, si se tiene presente que la construcción debe realizarse siempre en algún «lugar», entendiendo como lugar no un «espacio físico» (¡faltaba más!) sino como um «objeto» sobre el que se construye (y que si bien hemos de sortear inmensos problemas en el plano perceptivo, ese objeto existe «allá afuera» y no somos sólo los observadores), se acotan los excesos de a que conduce la idea de que «todo es construcción»”. PIÑA

considerações a respeito da teoria geral dos *sistemas*, cabe lembrar que a história desta teoria não é recente, Mario G. Losano dedica os dois primeiros volumes de sua obra “*Sistema e Estrutura no Direito*” à análise do espaço de tempo compreendido entre o pré-iluminismo até o pós-ssegunda guerra mundial³¹⁰, porém seria mais adequado para o objetivo deste estudo concentrar a análise teórica especialmente no período do século XX à pós-modernidade, fazendo apenas breves e pontuais remições a teorias anteriores à Talcott Parsons e Niklas Luhmann.

Segundo Juan Ignacio Piña Rochefort o desenvolvimento da TGS começou com uma perspectiva holista, através da adequação entre observação e descrição de certos fenômenos estudados em totalidade³¹¹. Como bem destaca Edgar Morin, inspirado em Aristóteles, o estudo sistemático evidencia que “*o todo é algo mais que suas partes; ou, em outras palavras, que um todo organizado, um sistema, produz ou favorece o surgimento de um certo número de qualidades novas que não estavam presentes nas*

ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 29. Um autor construtivista e funcionalista que tem influenciado recentemente os estudos de direito é John R. Searle, supracitado: SEARLE, John R. Mente, Linguagem e Sociedade. Rio de Janeiro, 2000.

³⁰⁸ A corrente estruturalista, que teve influências na filosofia da matemática, sociologia e nas ciências humanas de um modo geral, originou-se na linguística, tendo como referência o Curso de Linguística Geral de Ferdinand Saussure, 1916. O estruturalismo entende a língua como um sistema, sendo que cada elemento seria definido pela relação estabelecida com os demais, o conjunto de relações conformaria a estrutura. Será possível observar a influência deste pensamento no funcionalismo de Talcott Parsons. Sobre o estruturalismo na linguística: SAUSSURE, Ferdinand. Curso de Linguística General. Buenos Aires: Editorial Losada, 1945.

³⁰⁹ O evolucionismo está relacionado àquelas correntes que procuraram aplicar as ideias da evolução biológica de Charles Darwin às demais ciências. Em sociologia o movimento foi chamado de darwinismo social e contou o Herbert Spencer, filósofo que também auxiliou no desenvolvimento do funcionalismo. Nesse sentido, pode-se observar que a teoria dos sistemas sociais contou com inspirações funcionalistas, evolucionistas e construtivistas. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 86.

³¹⁰ Cfr. LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³¹¹ “El desarrollo de la TGS comenzó como un perspectivismo holista que pretendía una adecuada observación y descripción de ciertos fenómenos que forzosamente han de estudiarse como totalidades”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 48.

partes separadas”³¹². Esta perspectiva holista permitiu a contribuição de diversas ciências ao desenvolvimento da sociologia, modelos biológicos, etnológicos, cibernéticos foram importados pelos sociólogos³¹³.

A origem da expressão específica “teoria geral dos sistemas” é atribuída a Ludwig von Bertalanffy, autor de diversos artigos sobre este tema, datados de meados 1930. Segundo o Bertalanffy, sistema poderia ser definido como “*um conjunto de elementos que se relacionam entre si e com um meio*”³¹⁴. Este conceito apresenta uma considerável evolução desde que Aritóteles afirmou que um sistema é conformado por um *todo composto por elementos e que seria, em si, mais do que a soma das partes que o compõe*³¹⁵. Assim, o conceito de sistema em Bertalanffy já surge como um *método de aproximação da realidade*³¹⁶.

Em um breve regresso histórico, Auguste Comte (1798-1857), consagrado como fundador da sociologia, já definira a sociedade como um todo orgânico, cuja

³¹² MORIN, Edgar. Réforme de pensée, transdisciplinarité, réforme de l'Université. Pluriversu, 1997. Disponível em: <<http://ciret-transdisciplinarity.org/bulletin/b12c1.php>>. Acesso em: 30/06/2013.

³¹³ “a atenção se concentra nas ciências ‘duras’, das quais as ciências sociais extraem modelos cognoscitivos e métodos de pesquisa. Da biologia vem a teoria geral dos sistemas (...). Em torno da ideia de uma teoria geral dos sistemas, ou seja, de uma ciência geral tanto social quanto física, giram estudos que, na sua evolução, se unem ou se separam com frequentes sobreposições de termos-chave (...). O impulso na direção de uma ciência verdadeiramente geral (ou seja, que se ocupe tanto dos menores quanto dos maiores sistemas) está presente também na física. Essas discussões metodológicas dos físicos foram transferidas também para as ciências sociais”. LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura...Op. cit. p. XXIII.

³¹⁴ “La noción de teoría general de los sistemas se debe sin duda a Ludwig VON BERTALANFFY, quien acuñó verbalmente el concepto en la década del treinta del siglo pasado y después de la segunda guerra mundial lo consignó en diversos artículos. Para él, un sistema es ‘un conjunto de elementos que se relacionan entre ellos y con un medio’”. VON BERTALANFFY. Perspectivas en la Teoría General de Sistemas, p. 146 apud PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 39.

³¹⁵ Cfr. ARISTÓTELES. Metafísica. Livro V, XXV e XXVI, São Paulo: Victor Civita, 1984.

³¹⁶ “Esta incapacidad perceptiva es la que hace que el hombre deba suponer y construir las relaciones que unen a los elementos constituyentes de un sistema, y, al mismo tiempo, obliga a entender al «sistema» como un método de aproximación a la realidad. Con estas premisas básicas, frente al reduccionismo mecanicista que había planteado el universo como un inmenso «nada más que» (partículas, átomos, moléculas, etc.), el holismo de VON BERTALANFFY propone a la ciencia como una perspectiva más, un sistema más que el hombre ha construido para entenderse con el universo en el que se encuentra. La teoría de sistemas es, a fin de cuentas, la máxima metodología de acceso a la realidad. Esta línea de pensamiento de la TGS como metodología es la que se ha seguido después de VON BERTALANFFY”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 41.

composição central seriam os núcleos familiares, que interagem de forma *sistêmica* a partir de relações gerais que embasam os fenômenos sociais³¹⁷. À época de Comte, o zoólogo Milne-Edwards (1800-1885) desenvolvia os conceitos de função, sistema e estrutura em organismos vivos, a partir estudos que inspiraram os sociólogos a iniciar o movimento conhecido como organicismo sociológico, tendo Spencer como um dos representantes.

O desenvolvimento da sociologia pós-comtiana foi marcado pelo pensamento *organicista* de inspiração *biológica*, o qual adotava a premissa de que a sociedade, à semelhança dos organismos vivos, também possuía estrutura de diferenciação funcional, sendo que seus *órgãos* realizavam *funções* visando à manutenção social. Hebert Spencer (1820-1903) afirmava que “*as relações permanentes que existem entre as partes de uma sociedade, são análogas às relações permanentes que existem entre as partes de um corpo vivo*”³¹⁸ e menciona em sua obra “agrupamentos” que constituem realidades maiores e distintas em relação aos membros os compõem, conformados por diferenciação *estrutural e funcional*.

A abordagem sociológica organicista, inspirada na obra de Milne-Edwards, foi criticada por Emile Durkheim (1858-1917), que procurou organizar e definir as bases do método em sociologia na sua obra *As Regras do Método Sociológico*³¹⁹. Em um primeiro momento, Durkheim critica a analogia entre *funções sociais e biológicas*, apontando que um estudo sociológico jamais pode abstrair um *sistema* de suas *consequências*³²⁰. A comparação entre organismo e sociedade deveria ater-se ao ponto em que indica as correlações entre processos e respectivas necessidades satisfeitas³²¹.

Reginald Radcliffe-Brown (1881-1955), por sua vez, prosseguiu na linha do organicismo sociológico, entendendo a sociedade como um organismo dotado de vida

³¹⁷ “Sistematizando a família como a base normal da sociedade”. COMTE, Auguste. Catecismo Positivista. São Paulo: Abril, 1978, p. 130.

³¹⁸ SPENCER, Herbert. Princípios de sociologia. Saturnino Calleja, 1883 apud FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica...Op Cit. p. 202.

³¹⁹ Cfr. DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³²⁰ DURKHEIM, Émile. A Divisão...Op. Cit., p. 23 e ss.

³²¹ Nesse sentido “perguntar-se qual é a função da divisão do trabalho, portanto, é procurar a qual necessidade ela corresponde”. Idem, ibidem.

própria e que pode ser compreendido a partir da correlação de suas partes. A estrutura social seria composta pela série de relações estabelecidas entre os membros da sociedade e instituições e, nesse sentido, estrutura social surge como sinônimo da forma como a sociedade está organizada. As relações sociais regulares, gerais e continuadas consubstanciariam as *funções* imprescindíveis à manutenção do organismo social³²².

A sociologia clássica³²³ associa o início efetivo do *funcionalismo* à obra de Émile Durkheim, autor que atribui *funções* específicas às instituições sociais e estuda suas consequências à sociedade. Todavia, embora seja possível mencionar diversas contribuições e obras de inspiração funcional ou baseadas no conceito de função em sociologia pré-parsoniana³²⁴, a doutrina moderna apenas menciona uma teoria geral dos sistemas com clara inspiração *funcionalista* na obra de Talcott Parsons³²⁵.

3.1.1.1. Talcott Parsons

Talcott Parsons (1902-1979), sociólogo, foi professor na Universidade de Havard, exerceu grande influência na sociologia nas décadas de 1950 e 1960, sua obra ficou conhecida por alinhar-se ao “estrutural-funcionalismo”. Se em Radcliffe-Brown

³²² “Respecto a los sistemas sociales y su comprensión teórica, una forma de usar el concepto de función es la misma que la usada científicamente en fisiología. Puede usarse para hacer referencia a la interconexión entre la estructura social y el proceso de la vida social. Este uso de la palabra función, según mi opinión, hace que tal palabra sea útil en la sociología comparativa. Los três conceptos de proceso, estructura y función son, pues, componentes de una teoría única, en cuanto esquema de interpretación de los sistemas sociales humanos”. RADCLIFFE-BROWN, A.R. Estructura y Funcion en La Sociedad Primitiva. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, 1986, p. 21. Nesse mesmo sentido há a releitura de Piña Rochefort sobre a obra de Brown: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 114.

³²³ Esta é a orientação que pode ser encontrada nos estudos sociológicos de Florestan Fernandes, por exemplo, datados de 1959. FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica...Op Cit. p. 197 e ss.

³²⁴ No es posible entender la evolución de la TGS desde VON BERTALANFFY a LUHMANN sin reconocer el camino recorrido por WIENER, MARUYAMA, ASHBY, VON FOERSTER, MATURANA y VARELA. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 38.

³²⁵ Este posicionamento já pode ser encontrado em Juan Ignacio Piña Rochefort, com publicação datada de 2005. “Sin embargo, a pesar de las múltiples contribuciones, no puede hablarse de una teoría sociológica de sistemas hasta llegar a Talcott PARSONS y el estructuralfuncionalismo”. Idem. p. 48.

ainda se falava em organicismo sociológico, em Parsons já é observada a superação desta tendência de inspiração biológica para adoção de uma inspiração claramente cibernética, por ocasião da evolução da informática³²⁶. A informática refere-se à dimensão sistêmica dos mecanismos de controle, considerando que em todo o sistema capaz de autorregulação a sua estabilidade depende do controle de seus processos³²⁷. É atribuída a Parsons a aplicação da teoria geral dos sistemas na sociologia.

A construção sociológica de Parsons é denominada “estrutural”, na medida em que o conceito base de sua teoria é o de estrutura, a qual seria mantida em qualquer sistema. Assim, a função é subordinada à estrutura, pois esta última é a principal encarregada de satisfazer as necessidades sistêmicas³²⁸, na medida em que permite a correlação das partes do sistema entre si, possibilitando o cumprimento de funções. Tendo isto em vista, Parsons desenvolve o modelo conhecido como AGIL (adaptação, consecução de metas, integração e latência) para explicar a atuação funcional da *estrutura* dentro da teoria dos sistemas³²⁹.

³²⁶ “Estas formulaciones iniciales de la TGS fueron prontamente complementadas por el desarrollo de la cibernética, hasta el punto que, a poco andar, sería imposible diferenciar una de otra. La cibernética se ocupa de la dimensión sistémica de los mecanismos de control (retro-alimentación) y de la transmisión de información (comunicación). En todo sistema capaz de autoregularse, sea el sistema una máquina, un ser vivo o cualquier otro, su estabilidad y orientación depende del control de sus procesos”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 45.

³²⁷ Idem, ibidem

³²⁸ “PARSONS responderá que la estructura, que será la misma para cualquier sistema. El estructural funcionalismo subordina de esta manera la función a la estructura, se parte de la base que todos los sistemas sociales tienen unas estructuras dadas y que son ellas las encargadas de satisfacer las necesidades sistêmicas”. Idem, p. 52.

³²⁹ “1. Adaptação (adaptation), em virtude da qual a estrutura do sistema se adapta às condições que o sistema se encontra. Em caso de a estrutura não estar adaptada a estas condições haverá apenas duas possibilidades, ou o sistema se reestrutura ou desaparece; 2. Consecução de metas (goal attainment), a partir da qual os componentes do sistema devem subordinar as metas individuais em prol das metas coletivas. A existência desta função-requisito é a que distingue um sistema de um mero agregado de elementos produto das circunstâncias; 3. Integração (integration), os distintos componentes do sistema devem encontrar-se relacionados e coordenados. A cada um corresponde cumprir um papel no interior do sistema, o que faz que se encontrem integrados entre si de modo que suas ações estejam coordenadas; 4. Latência (latency), não é necessário que os componentes que atualizam o sistema estejam sempre presentes, mas basta que estejam disponíveis. Os componentes desenvolvem características adequadas para a manutenção do sistema, mas não é necessário que estejam sempre operando, bastando que mantenham a potencialidade latente”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol

Desta forma, Parsons desenvolve, em seus termos, o conceito de estrutura aplicado à teoria geral dos sistemas. Já no tocante à alcunha de “*funcionalista*” dirigida ao autor, esta se deve ao conceito de função presente em sua obra, o qual está relacionado ao conjunto de ações dirigidas à manutenção sistêmica, assegurando expectativas. Logo, o estrutural-funcionalismo surge como uma teoria *normativa*, com enfoque na garantia de expectativas por meio de *ações funcionais*, ações estas determinadas por uma *estrutura* que lhes é anterior³³⁰. A unidade básica do sistema é ação, submetida a normas e organizada sistematicamente.

Para Parsons “*um sistema de ação concreto é uma estrutura integrada de elementos relacionados a uma situação. Isto quer dizer, essencialmente, integração de elementos motivacionais, culturais e simbólicos que configuram uma certa classe de sistema ordenado*”³³¹. Portanto, se a sociedade determina as regras de atuação do indivíduo, o sistema de ação é um “*sistema de orientações construído normativamente*”³³².

Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 53.

³³⁰ Idem, p. 50.

³³¹ “‘Un sistema de acción concreto es una estructura integrada de elementos de la acción en relación con una situación. Esto quiere decir, esencialmente, integración de elementos motivacionales, culturales y simbólicos conjuntados en una cierta clase de sistema ordenado’. Lo actos no se realizan —para PARSONS— individual y separadamente; los actos están organizados en sistemas. Antes de que alguien actúe, es necesario que dilucide cuáles son los fines que persigue y cuáles serán los medios a emplear. Esos fines y esos medios no se encuentran entregados al mero arbitrio del actor, sino que están dados previamente por determinaciones sociales. Antes que un individuo se disponga a actuar, ya existen en la sociedad la moral, los valores, los símbolos normativos, etc. PARSONS, Talcott. El Sistema Social, p. 54 apud PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 50.

³³² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 51.

3.1.1.2. Niklas Luhmann

A partir do desenvolvimento teórico de Talcott Parsons a sociedade tornou-se um conceito equiparado ao conceito de sistema, superando definitivamente o organicismo biológico pela influência cibernética, na medida em que “*falar em sociedade é falar em um sistema e falar em ordem social é falar em ordem de um sistema*”³³³, e não mais em um organismo. Nesse sentido, muitos autores tributam à Parsons a primeira aplicação plena da teoria geral dos sistemas nas ciências sociais. Em Niklas Luhmann (1927-1998), discípulo de Parsons, a TGS tornou-se efetivamente *funcionalista*, também considerada como uma teoria dos sistemas *sociais*.

Em contraposição ao *estrutural-funcionalismo* de Talcott Parsons, a obra de Luhmann é classificada pelos sociólogos como apenas *funcionalista*, alcinha que se deve ao fato de o conceito de *função* surgir como a base para a construção estrutural do sistema na teoria luhmanniana³³⁴. O ponto de partida seria que a sociedade possui necessidades das quais depende a sua subsistência³³⁵ e, é com vistas ao atendimento destas necessidades que todo o sistema seria estruturado em conjunto com seus componentes. Assim, pode-se dizer que a origem do sistema para Luhmann está na necessidade do cumprimento de *funções*.

Luhmann também trabalha com o conceito de estrutura, porém, diversamente de Parsons, a estrutura não seria imóvel, mas contaria com a possibilidade de seleção sistêmica. Isso porque as estruturas sociais se conformam a partir de expectativas, que são adaptáveis. A expectativa consubstancia um mecanismo de redução da complexidade e controle de contingências. Os conceitos de complexidade e contingência são definidos da seguinte forma pelo autor: “*com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências*

³³³ Idem, p. 56.

³³⁴ Em Parsons a estrutura seria a base de desenvolvimento da função.

³³⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 56.

poderiam ser diferentes das esperadas (...). Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”³³⁶.

Assim, a conformação das estruturas sociais se dá pela criação de expectativas, que visam à diminuição da contingência social, permitindo aos integrantes do sistema a possibilidade de esperar um determinado comportamento alheio no processo de comunicação. Um dos exemplos de estrutura que reduz complexidade seria o “papel social”³³⁷: o indivíduo que adentra um hospital tem uma expectativa em relação ao comportamento do médico que o irá atender e outra em relação ao comportamento do recepcionista³³⁸.

A contingência também deriva do fato de a interrelação humana ser uma experiência sensorial e, portanto a comunicação estaria sujeita à percepção dos sentidos do receptor. Assim, o sucesso da comunicação seria improvável, em decorrência tanto da improbabilidade da compreensão da mensagem, quanto da possibilidade de não aceitação da comunicação realizada. Segundo Luhmann: *“mesmo quando o código linguístico brinda à aceitação e ao rechaço de uma proposta de sentido a mesma oportunidade de se fazer entender, se pode partir da premissa que uma proposta de sentido aceita tem mais possibilidade de se repetir do que uma rechaçada. A*

³³⁶ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

³³⁷ “La estructura social más importante que diferencia la sociedad con el objeto de reducir complejidad es el rol social. Dicha estructura informa y orienta todas las relaciones sociales, de modo que los actores estructuran su comportamiento conforme a ella. El rol es diferenciado por la propia operación de la sociedad, delimitado por ella y, por ende, variable. Dicha estructura posee, como toda estructura que involucre expectativas, un carácter normativo-social. Esto no impide que otros (sub)sistemas sociales la reciban como cognición y le asocien nuevas expectativas normativas”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 124-125.

³³⁸ “Partindo de um conceito central da sociologia mais recente, ele pode pesquisar o papel do jurista. Nesse contexto ele se depara com diversas configurações, como o papel do juiz, do advogado, do jurista administrativo, do jurista econômico, do procurador (...). A teoria dos papéis leva ainda à indagação se as expectativas de papéis são consistentes umas com as outras, e ainda sobre quais medidas de precaução e quais estratégias comportamentais se prestam para superar contradições entre expectativas de papéis, possibilitando assim, que por exemplo um advogado concilie a representação dos interesses do seu cliente com o exercício digno do direito”. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito...Op. Cit, p. 9-10.

comunicação registra o êxito e o recorda se a repetição contribui de maneira decisiva. Disto se conclui que a proposta de sentido aceito oferece maiores perspectivas de generalização”³³⁹.

Portanto, o sucesso e a aceitação da comunicação são aptos a confirmar ou construir uma expectativa, a qual consubstancia elemento estrutural do sistema e é dotada de constância relativa³⁴⁰. Nesse sentido, a própria linguagem é estrutural, em virtude da expectativa de comunicação simbólica, “*através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente*”³⁴¹, permitindo aos interlocutores a expectação de adequada compreensão da mensagem que se quer emitir.

Para Luhmann há dois tipos de expectativas: cognitivas e normativas. As expectativas cognitivas são aquelas que dependem de confirmação para que continuem a ser esperadas pelo receptor, por exemplo, se uma macieira deixar de dar maçãs por algumas estações já não se esperará mais frutos desta árvore. As expectativas normativas são aquelas que não dependem de confirmação da realidade³⁴², ou seja, elas não deixam de ser esperadas mediante a simples transgressão fática, mas apenas mediante a ausência de confirmação comunicativa decorrente da negação sancionatória do descumprimento. Portanto, expectativas normativas, ou normas simplesmente, dependem de confirmação contrafática³⁴³ para perpetuação.

Assim sendo, a diferença entre expectativa normativa e expectativa cognitiva na definição de Niklas Luhmann seria a seguinte: na primeira hipótese não é a ausência de

³³⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 246.

³⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito...Op. Cit*, p. 53.

³⁴¹ Idem, p. 54.

³⁴² “Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride (...). Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. O caso de desapontamento é previsto como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada”. Idem, p. 56.

³⁴³ “Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. Idem, p. 57.

correspondência fática que desconstrói a expectativa, mas sim a ausência comunicação sancionatória, ou seja, a confirmação da norma se dá através da desconfirmação do ato que a contrariou e não, simples e exclusivamente, por meio do cumprimento ou realização fática do comando normativo. Nesse sentido normas são confirmadas contrafaticamente, a saber, contra os fatos que as negaram: a relação de confirmação se dá no plano **comunicativo**. Já as expectativas cognitivas apenas são mantidas na ocorrência de correspondência fática e não por sanção normativa: não faria sentido continuar esperando que uma macieira dê maçãs perante o sancionamento da árvore em caso de descumprimento da previsão.

Niklas Luhmann resume a construção de sua teoria a partir da interrelação dos conceitos até agora estudados da seguinte forma: *“o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações”*³⁴⁴.

O Direito surge como um mecanismo de generalização congruente e processamento de desapontamentos: *“podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”*³⁴⁵. Logo, já em Luhmann, a *função* do Direito seria a de constituir e assegurar expectativas normativas fundamentais, garantindo o *funcionamento* da sociedade³⁴⁶. O ordenamento jurídico seria um sistema operacionalmente fechado, conceito de origem cibernética, que indica que a retroalimentação sistêmica se dá por mecanismos exclusivamente próprios, muito

³⁴⁴ Idem, p. 109.

³⁴⁵ Idem, ibidem.

³⁴⁶ Idem, p. 121.

embora este esteja inserido no ambiente³⁴⁷. Em suma, Niklas Luhmann é referência no *funcionalismo sociológico*, ao submeter a análise e existência de sistemas sociais, dentre eles o Direito, à necessidade de realização de *funções* relacionadas à manutenção social de expectativas normativas, sendo o sistema em si operacionalmente fechado.

3.1.2. O Conceito de Função

Considerando o funcionalismo como aquela perspectiva teórica que firma que “*as estrutura do delito depende dos fins e funções que cumpre o Direito na sociedade*”³⁴⁸, pode-se observar uma posição de destaque ao conceito de “função” para os autores que compõem esse movimento. Ademais, alguma análise específica sobre a definição de *função* seria imprescindível a este estudo que busca discutir, justamente, as *funções* da culpabilidade, questão que será retomada a seu tempo.

Ao analisar como alguns autores pontuais, precursores ou já efetivamente consagrados como funcionalistas nos estudos de teoria geral dos sistemas, definem *função*, encontram-se as mais diversas acepções ao termo. Edwards utiliza o vernáculo

³⁴⁷ Contrariamente ao entendimento de Luhmann, diversos autores na sociologia consideram o Direito como um sistema aberto, inclusive em sentido operacional. “El concepto clave que incorpora la cibernética a la TGS es el de retroalimentación (feedback), definida por WIENER como la capacidad de «ajustar la conducta futura con arreglo a hechos pasados». En virtud de dicha capacidad el sistema puede captar, a través de dispositivos sensoriales o perceptivos, información del entorno y con ella modificar su orientación para lograr una mejor adaptación, o incluso lograr que el entorno se adapte a él. El procesamiento de esa información externa se verifica a través de estructuras internas que permiten que el sistema realice los ajustes necesarios. La cercanía de la cibernética a la teoría sistémica de VON BERTALANFFY resulta evidente. En ambos casos se trata de sistemas abiertos, que importan información de su entorno y en virtud de dicha información ajustan sus procesos y evitan desviaciones. Así se mantienen orientados hacia su fin”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 45.

³⁴⁸ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Funcionalismo en Derecho Penal. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 9. Nesse mesmo sentido Fábio Guedes de Paula Machado afirma ser o funcionalismo a corrente que busca “estabelecer as funções das insituições sociais e dos valores culturais dentro do sistema social, cultural e jurídico, etc. esclarecendo os propósitos individuais ou coletivos que as especifiquem”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 104- 105.

função tanto para indicar “*um sistema de movimentos, abstração feita de suas consequências*”, quanto para designar “*a relação de correspondência existente entre essas função e algumas necessidades do organismo*”³⁴⁹. O desenvolvimento do primeiro sentido de função de Edwards na sociologia inspirou o período do *organicismo sociológico*, como visto, que recebeu esta alcunha por relacionar sociedade e organismo e, cujo principal representante foi Herbert Spencer.

Especial atenção deve ser dada ao termo *permanente*, o funcionalista organicista realizará, em medida formal, uma análise de ordem *estrutural*, sendo a estrutura imutável. Herbert Spencer firma alguns cânones do pensamento desenvolvido sob o conceito de *função* no estruturalismo: integração funcional, que indica a relação de dependência entre as partes de um sistema; interdependência das funções, que aponta a crescente codependência funcional à medida que um sistema progride; e reversibilidade das funções, partes pouco diferenciadas do sistema podem realizar atividades semelhantes³⁵⁰.

Como já foi visto o organicismo sociológico, aliado ao primeiro sentido de *função* dado por Milne Edwards, foi criticado por Emile Durkheim, que denomina função “*a força de manutenção da condição de normalidade de uma sociedade*”³⁵¹, avaliada a partir de um elemento social, segundo o estágio de evolução das premissas condicionantes da existência da sociedade. Esse conceito apresentado por Durkheim foi lapidado por Hadcliffe-Brown e o resultado vem a ser a *definição* de *função* que mais se aproxima daquela trabalhada em Direito Penal. Em Brown, a noção de necessidade social evolui para estabilidade social com um caráter de *perpetuação da ordem* e, nesse sentido, a *função* de uma atividade social é a parte que ela assume em relação ao todo,

³⁴⁹ Essa subdivisão dos sentidos de função em Edwards impactou diversas obras sociológicas, Durkheim abre o seu livro “A divisão do trabalho social” com esta citação. DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social. São Paulo: Nova Granada, 1978, p. 23. Florestan Fernandes explica estes sentidos de função relacionando o primeiro com as funções do organismo de nutrição, etc., e o segundo com as relações existentes entre estas funções e a conservação do indivíduo. FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica...Op. Cit. p. 200, 201.

³⁵⁰ Idem, p. 203.

³⁵¹ DURKHEIM, Émile. A divisão do trabalho social...Op. Cit. . p 67.

ou seja, a contribuição desta para com a manutenção da continuidade estrutural da sociedade³⁵².

A. R. Radcliffe-Brown afirma que “*qualquer tentativa para aplicar esse conceito de função em ciência social envolve a suposição de que há condições necessárias de existência para as sociedades humanas, exatamente como as há para os organismos animais*”³⁵³. A partir desta ideia Radcliffe-Brown construiu três hipóteses metodológicas. A primeira delas enuncia que “*a continuidade estrutural de uma sociedade, como a de um organismo, depende da continuidade de seu funcionamento*”. A segunda hipótese afirma que a “*persistência de um componente em um sistema depende da persistência de funções que ele possa preencher*”³⁵⁴. Esta segunda hipótese será importante quando do estudo da culpabilidade como categoria sistêmica. A terceira hipótese trata da harmonia interna das partes como condição de operabilidade do sistema³⁵⁵.

No estrutural-funcionalismo de Talcott Parsons, o conceito de função é definido como uma série de ações visando à satisfação das necessidades essenciais ao funcionamento sistêmico. A relação entre os componentes do sistema é demarcada por imperativos funcionais, consubstanciando uma *ordem normativa*, com vistas a assegurar as *expectativas* dos membros da sociedade. Assim, a *função* é deduzida das necessidades sociedades, referindo-se exclusivamente à manutenção do sistema global e representando uma *ação a realizar*³⁵⁶.

³⁵² RADCLIFFE-BROWN, A.R. Estructura y Funcion en La Sociedad Primitiva. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, 1986, p. 21. Nesse mesmo sentido: FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica...Op. Cit. p. 225.

³⁵³ FERNANDES, Florestan. Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica...Op. Cit. p. 225.

³⁵⁴ Idem, ibidem.

³⁵⁵ Idem, ibidem.

³⁵⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 49. Nesse mesmo sentido: TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 56- 57.

Niklas Luhmann firma-se como *funcionalista*³⁵⁷ na sua linha de desenvolvimento sociológico, e termina por romper definitivamente com a tradição ontologista em sociologia ao estabelecer o conceito de *função* como base de sua teoria. “*Se o importante é a função que os componentes desempenham não importa o que eles são, mas sim como cumprem essa função*”³⁵⁸ ou, em outras palavras, para que servem. Assim, diversamente do que preconizava Parsons a *função* não seria uma ação cuja realização seria esperada, mas sim um referencial sistêmico de comparação, por meio do qual se deduz a relação dos elementos que compõem o sistema³⁵⁹, com vistas a sua manutenção. Segundo Luhmann, a análise funcional auxilia na diminuição da complexidade da sociedade vista como sistema, sendo que uma mesma função pode ser atendida por diversos elementos equivalentes. Logo, uma questão social pode ter mais de uma solução possível³⁶⁰.

Do ponto de vista do estudo da culpabilidade como elemento sistêmico, o conceito de *função* de Robert Merton apresenta características interessantes, pois, diversamente da linhagem sociológica de Talcott Parsons e Niklas Luhmann que inferem a *função* da sociedade e a remetem à manutenção do sistema global, Merton identifica a *função* de um determinado elemento, cuja atuação repercute na unidade sistêmica. Assim, não se avalia a função total do sistema, mas sim a atuação funcional particular de um componente sistêmico. “*deste modo, um mesmo elemento poderia ser funcional, eficaz, disfuncional, prejudicial; ou não funcional e irrelevante para o sistema*”³⁶¹.

Percebe-se, portanto, que para o funcionalismo sociológico a *função* se relaciona com as atividades de um sistema dirigidas à manutenção estrutural, logo seria possível

³⁵⁷ “Como punto de partida es imprescindible tener presente que la teoría sistémica luhmanniana es una teoría funcionalista. Ello implica que las bases del pensamiento funcional resulten fundamentales para entender toda su formulación posterior”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 56.

³⁵⁸ Idem, ibidem.

³⁵⁹ Idem, p. 57.

³⁶⁰ RODRIGUEZ MASILLA, Dario. Prefacio. In: LUHMANN, Niklas. La sociologia de la sociologia...Op. Cit., p. XIII, XIV.

³⁶¹ TAVARES, Juarez. Bien Jurídico y función...Op. Cit., p. 57.

defini-la tanto como eficiência, quanto como a importância que um determinado componente social possui para a construção ou conservação de um sistema global³⁶². Na antropologia social, assim como na sociologia, a correlação entre função e sistema se mantém e, conforme afirma Fábio Guedes de Paula Machado: “*muitas acepções do termo função receberam destaque, entre outras as estabelecidas por antropólogos sociais que preferiram entendê-la como designação do funcionamento integrado de todas as partes do sistema social formando um todo complexo*”³⁶³.

Na matemática a função é definida como magnitude, ou seja, a relação entre duas quantidades que variam em termos absolutos, mantendo a relação entre si em constância relativa³⁶⁴. A lógica apresenta a definição de função a partir da relação entre os membros de uma determinada classe. Assim, por exemplo, “*se dois objetos imantados fossem colocados a uma determinada distância e provocassem, por força disso, uma atração de um para com o outros, essa força atrativa constitui a função da distância que os separa*”³⁶⁵. Portanto, função está associada à relação e isto é aplicável a todas as demais ciências.

Estes conceitos da antropologia, sociologia, matemática ou lógica acabam por revelar as características da definição de função: *relatividade, instrumentalidade e dependência*. A relativização deriva do fato de ser possível derivar a função de fins institucionais ou sociais³⁶⁶, assim a função seria sempre relativa ao fim que se deseja

³⁶² Idem, ibidem. Nesse mesmo sentido: “Pelo funcionalismo, surge a ideia de função, isto é, faz-se referência tanto ao papel que desempenha um determinado elemento em respeito da estrutura global quanto ao que cumpre no sentido dessa adaptação ao meio exterior. Amiúde, verifica-se o papel desempenhado pelo Direito Penal num contexto social, para então saber como deve funcionar o mesmo neste contexto”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 109.

³⁶³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 105.

³⁶⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 56.

³⁶⁵ TAVARES, Juarez. Bien Jurídico y función...Op. Cit., p. 56.

³⁶⁶ “Parace que esa relativización tiene su fuente no enunciada en el concepto de función, definida como ‘los conjuntos de hombres e medios normativamente organizados para el alcance de fines institucionales o sociales’. Este concepto de función, derivado de la noción de fin y del sentido de organización, es demasiado impreciso”. Palazzo, Principios fundamentales y opciones político criminales en la tutela del ambiente en Italia, en ‘Revista Penal’, 1999, nº4, p. 76 apud TAVARES, Juarez. Bien Jurídico y función...Op. Cit., p. 54,55.

perseguir. Por decorrência lógica, uma estrutura funcional sempre será dotada de instrumentalidade e dependência em relação a outro objeto ou objetivo principal³⁶⁷.

O mesmo se pode deduzir ao definir função matematicamente como uma relação estável de variáveis: há instrumentalidade, relatividade e dependência, na medida em que, como as variáveis são dependentes entre si, a função apenas terá significado no contexto de uma relação *instrumental de dependência relativa*³⁶⁸: funções não possuem o atributo de universalidade, pois estão submetidas a um juízo de oportunidade e adequação³⁶⁹. Em decorrência disto, ao aplicar-se o conceito de função ao ordenamento jurídico, observa-se a codependência estrutural com o escopo de garantir determinada relação ou funcionamento sistêmico, no caso a manutenção estrutural da sociedade a partir de expectativas normativas confirmadas³⁷⁰.

Assim, a eleição da o referencial “função” como premissa metodológica do estudo da culpabilidade adequado à racionalidade pós-moderna implica observar o seguinte: apenas será possível estudar a culpabilidade funcionalmente a partir de um referencial axiológico, sendo eleito, no caso, o referencial ideal do Estado Democrático de Direito, em razão da própria relatividade deste conceito que indica, dentre outros fatores, o grau de efetividade desempenhado por um componente na consecução de um objetivo.

³⁶⁷ “El concepto de función debe partir de la idea de que toda función tiene siempre una característica de instrumentalidad y de dependencia respecto de otro objeto”. TAVARES, Juarez. Bien Jurídico y función...Op. Cit., p. 59.

³⁶⁸ Idem, ibidem.

³⁶⁹ “Al observarse las diversas funciones, como las de control de tráfico, o de entrada o salida de bienes, entre otras, se verifica que ellas no tienen carácter de universalidad, porque están subordinadas exclusivamente a criterios de oportunidad. Esto no es una característica exclusiva de las funciones administrativas o de gestión, ya que se da tanto en las ciencias de la naturaleza como en el sistema normativo. Volviendo al ejemplo de la relación entre dos objetos imantados y la distancia que los separa, a función expresada por la fuerza de atracción no depende solamente de la distancia, sino de los otros términos de la relación, lo que demuestra su característica de inestabilidad, ya que se encuentra condicionada a la variación de las respectivas dimensiones”. Idem, p. 64. Nesse mesmo sentido: “Tomado y trasladado ese concepto de función al orden jurídico, y cuando se pueda manifestar a través de distintas modalidades, se mantiene siempre con la característica de subordinación al presupuesto de que sólo tiene existência y sentido en una determinada relación”. Idem, p. 61.

³⁷⁰ No caso do funcionalismo de Jakobs esta relação de instrumentalidade funcional não estaria vinculada a qualquer outro objetivo sócio-político, mas tão somente à manutenção do sistema constituído.

3.2. Origens Jusfilosóficas do Funcionalismo Penal

Se é possível encontrar a inspiração metodológica correspondente à aplicação do conceito de função como referencial interpretativo do sistema jurídico na sociologia, a conformação do *funcionalismo penal* também encontra embasamento nos estudos jusfilosóficos de Escolas Penais anteriores, em específico a Escola neokantiana. O neokantismo, cujas principais influências foram a Escola de Marburgo e a Escola Sul-Occidental alemã³⁷¹, tem seu marco originário na conferência proferida por Windeband em Estrasburgo no ano de 1.894³⁷², e supera o positivismo até então dominante em ciências jurídicas ao afirmar a distinção entre ciências da natureza e ciências da cultura.

O funcionalismo distancia-se das estruturas ontológicas ou lógico-objetivas típicas do finalismo, escola que buscava na realidade do ser o referencial de limitação e origem das estruturas jurídicas, para retomar o referencial valorativo neokantiano de surgimento do Direito³⁷³. Assim, o ordenamento jurídico seria essencialmente construído por valores sociais ou político-criminais dirigidos aos fins e funções que pretende executar. Nesta perspectiva o Direito não seria um dado da realidade, mas um construído axiológico-funcional.

Há uma retomada dos princípios normativistas de constituição do ordenamento jurídico sob o referencial neokantiano: *“construção teleológica de conceitos, 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,*

³⁷¹ A Escola de Marburgo apresentou como inspiração aos seus estudos a obra “Crítica à razão pura”, de Kant. Já a Escola Sul-Occidental Alemã baseou-se na “Crítica à razão prática” também de Kant. Dessa forma, fala-se em duas correntes no neokantismo, representadas por estas duas escolas.

³⁷² BERDUGO, Ignacio. Historia de la Ciencia...Op. Cit. p. 115.

³⁷³ “Com lançamento das primeiras ideias sobre o funcionalismo, argumenta-se que este se afasta do raciocínio lógico objetivo, típico do finalismo, para em seu lugar retornar às estruturas neokantianas, isso em razão dos diferentes níveis sistemáticos dos valores e dos fins que desempenham nesta estrutura, diferenciando-se desta pela recepção dos conhecimentos fornecidos pelas ciências sociais, filosóficas, e mais reconhecidamente, pela política criminal...”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 108.

que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial”³⁷⁴. O referencial de missão constitucional de orientação conforme o estado democrático de direito presente no funcionalismo de Claus Roxin busca blindar essa estrutura teórica da crítica então dirigida ao neokantismo, tendo em vista que a abstração normativa constituída exclusivamente sobre valores permitiu e validou os abusos cometidos à época do nacional-socialismo.

Logo, é “*pela substituição de valorações difusas e não hierarquizadas do neokantismo por valorações político-criminais referidas à teoria dos fins que possuem a pena e um direito penal dentro de um Estado material de direito*”³⁷⁵, que os autores funcionalistas discípulos de Claus Roxin fundam as suas estruturas metodológicas, buscando encontrar no condicionamento valorativo democrático a blindagem ideal para evitar abusos contra direitos humanos. O mesmo não ocorre nas premissas metodológicas de Günther Jakobs, que valida qualquer estrutura social. Por esta razão, dentre outras tantas que ficarão evidenciadas no transcorrer deste trabalho, se fala na existência de vários funcionalismos e não apenas um, conforme será explorado no próximo item.

3.2.1. Principais Vertentes Funcionalistas

O funcionalismo se subdivide em vertentes e não é compreendido ou estudado de maneira una. Em linhas gerais, é possível destacar alguns pontos em comum às diversas correntes funcionalistas decorrentes da própria metodologia funcional já apresentada, quais sejam, o escopo de compreensão sistemática do direito a partir de uma análise

³⁷⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p.121 e ss.

³⁷⁵ Idem, p. 120.

global social³⁷⁶, a reconstrução e normativização dos conceitos jurídicos em conformidade com princípios teleológicos³⁷⁷, intervenção penal funcional relativa aos fins da pena com vistas a prevenção geral positiva³⁷⁸ e, ainda, a adoção de um critério de racionalidade final, ou seja, a construção e análise do Direito Penal sob a premissa dos fins ou funções que este executa para a manutenção da sociedade.

Claus Roxin, um dos autores funcionalistas de grande expressão na atualidade, também reconhece a raiz metodológica comum deste movimento na orientação do ordenamento jurídico a partir de fins e funções, distanciado de categorias ontológicas³⁷⁹, ao afirmar o seguinte a respeito da divergência entre a sua teoria e a de Jakobs: *“as opiniões hoje dominantes na doutrina penal alemã não orientam seus sistemas na realidade do ser, como na causalidade ou na finalidade, mas sim na função ou na finalidade do Direito Penal. Nisto reside o ponto comum dos projetos sistemáticos, que eu e JAKOBS apresentamos. Ademais, tomamos caminhos muito distintos, que com o passar dos anos foram se separando cada vez mais”*³⁸⁰.

Claus Roxin afirma que tanto ele quanto Jakobs constroem seus projetos tendo por base as noções de função e finalidade, porém em todo o restante suas teorias divergem. Assim sendo, ambos os autores são considerados funcionalistas, pois trabalham com mesmos conceitos estruturantes como premissa metodológica, colhendo

³⁷⁶ “Acerca do funcionalismo, este não pode ser concebido como sendo uno. Ao contrário, deve ser enfocado diferencialmente. Daí diversas serem as concepções sobre o mesmo. De uma forma geral, o funcionalismo pretende explicar o sistema jurídico e compor uma análise global de todo o sistema social, tendo como objetivo do sistema social a ação humana”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 106.

³⁷⁷ “De comum entre essas concepções, o funcionalismo penal reconstrói todo o sistema de Direito Penal de acordo com os princípios teleológicos, aproximando-se da realidade, criticando a dogmática”. Idem, p. 107.

³⁷⁸ “De comum entre estas vertentes é o caráter funcional ou racional em relação à intervenção penal, considerando os fins da pena na elaboração dos elementos do delito”. Idem, p. 108.

³⁷⁹ “O que é funcionalismo? Em primeiro lugar, deixamos claro que não existe um funcionalismo, mas diversos. Podemos, mesmo assim, utilizar como uma primeira aproximação a que formula um de seus mais destacados partidários, ROXIN: ‘Os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal’.” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit., p. 121.

³⁸⁰ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 48.

os efeitos imediatos comuns destacados acima. No entanto, o conteúdo destes conceitos de *função* e *finalidade* difere entre os autores e, por esse motivo primordial, dentre outros, eles representam vertentes distintas do funcionalismo, conforme será estudado adiante.

Em linhas gerais, pode-se afirmar a existência de duas correntes funcionalistas consideradas de destaque³⁸¹, embora a doutrina minoritária mencione uma terceira corrente representada pela Escola de Frankfurt³⁸². A primeira delas, por origem histórica, é a Escola de Munique, conhecida como funcionalismo teleológico, cujo principal representante é Claus Roxin, contando também com importantes nomes como Bernd Schünemann, Winfried Bottke, Hans-Joachim Rudolphi, Knut Amelung, Jürgen Wolter, Hans Achenbach, Bernhard Haffke, Christian Jäger. A segunda corrente funcionalista, a Escola de Bonn, chamada de radical, sistêmica ou lógica, é liderada por Günther Jakobs, e apresenta os nomes de Heiko Lesch e Michael Pawlik na qualidade de representantes³⁸³.

O funcionalismo aproxima o Direito da realidade, na medida em que empreende a reconstrução funcional da dogmática³⁸⁴. No caso da Escola de Munique, esta aproximação se dá a partir da orientação jurídica direcionada por preceitos político-criminais, já a Escola de Bonn realiza uma análise sistêmica social da dogmática. Desta forma, segundo Fábio Guedes de Paula Machado, pode-se falar, respectivamente, na correlação entre dogmática e política-criminal, ou entre dogmática e sociologia, nas obras de Claus Roxin e Günther Jakobs respectivamente³⁸⁵.

³⁸¹ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 143.

³⁸² Essa terceira corrente composta pela Escola de Frankfurt, seria denominada de “funcionalismo formalizador”, tendo Winfried Hassemer, Felix Herzog, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Cornelius Pittwitz, P.A. Albrecht como representantes. A perspectiva funcional presente em Frankfurt seria a busca da readequação do sistema jurídico em conformidade com as consequências desejadas desde que delimitadas por princípios garantistas de contenção. Idem., p. 145.

³⁸³ Idem, ibidem.

³⁸⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 106.

³⁸⁵ Idem, p. 106- 107.

3.2.1.1. Escola de Munique

A Escola de Munique, cujo fundador foi Claus Roxin, é reconhecida por aproximar dogmática e política-criminal. Para Roxin a função do Direito Penal é garantir a estrutura política do estado democrático de direito conforme os vetores constitucionais: *“qual é a função do Direito Penal a partir da qual vou extrair a estrutura do injusto? Utilizando as palavras mais simples, a tarefa do Direito penal é garantir aos cidadãos uma convivência pacífica e harmoniosa respeitando-se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso decorre dos princípios da nossa Constituição, mas também dos fundamentos teóricos-estatais da Democracia”*³⁸⁶.

Portanto, na Escola de Munique, a função do Direito Penal é garantir a convivência em um Estado Democrático de Direito, ou seja, garantir a manutenção da estrutura e funcionamento social em um determinado regime político. Assim, não se trata da validação de qualquer estrutura social, mas apenas e tão somente daquela *desejável* representada pelos *fundamentos teórico-estatais da democracia*. Em contraposição à ontologia finalista, Roxin propõe um sistema de bases normativas com valores reitores da política criminal³⁸⁷. Em linhas gerais, esta seria a compreensão de função total ao macrofunção do sistema do Direito Penal para Claus Roxin, a qual imprescinde de uma visão apriorística de um objeto jurídico *axiológico*.

Dessa forma, Roxin defende um conjunto de valores específicos e aproxima os conceitos de finalidade teleológica e função, subordinando o conceito de função ao conceito de finalidade. Isso porque, finalidade surge no sentido de condução racional da função, neste caso específico, para a manutenção dos valores democráticos. Em Roxin só será funcional o Direito que garantir a estrutura do Estado Democrático de Direito, por essa razão, o método do funcionalismo da Escola de Munique tem orientação *teleológica*, embasado na política criminal.

³⁸⁶ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 49.

³⁸⁷ ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

3.2.1.2. Escola de Bonn

A Escola de Bonn conta com Günther Jakobs como principal representante e, também é conhecida pela alcunha de funcionalismo sistêmico, radical ou lógico. As divergências teóricas entre a Escola de Munique e Bonn foram ressaltadas pelo próprio Claus Roxin: “*Mas enquanto fundamento meu sistema na política criminal, JAKOBS renuncia às ideias de política criminal, para adotar uma proposta de sistema penal de razão teórica, somente de estabilização da norma, não importando qual o seu conteúdo*”³⁸⁸. Assim: “*A ‘tarefa do Direito penal’ de JAKOBS é a de ‘refutar a contradição às normas definidoras da identidade própria da sociedade. O Direito Penal confirma a identidade social’, independentemente de qualquer ação social empírica no mundo real. ‘Não é empiricamente tangível, em especial, a confirmação da identidade, pois não é o resultado de um processo, mas o seu significado’*”³⁸⁹

Portanto, a base do funcionalismo de Günther Jakobs não é a política criminal, mas o sistema social que o ordenamento jurídico busca manter. Por esta razão falar-se em funcionalismo sistêmico ou radical. Para este autor uma condição de existência da sociedade é a sua identidade normativa, se os homens não souberem como travar *comunicação* e o que esperar validamente uns dos outros, dificilmente uma sociedade irá se desenvolver³⁹⁰. Nesse sentido, Jakobs diz que o Direito Penal, na qualidade de partícipe do fenômeno de *comunicação social*, tem a *função* de assegurar *expectativas normativas*, na medida em que possui a tarefa de “*refutar a contradição às normas definidoras da identidade própria da sociedade*”³⁹¹. No caso, a citada *contradição* da identidade social seria o delito, e a *confirmação* da mesma identidade seria a *pena* aplicada para *desconfirmar* o crime³⁹².

³⁸⁸ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 58.

³⁸⁹ JAKOBS, Günther. Festschrift für Seiji Saito, 2003, p. 780 e ss. apud ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 59.

³⁹⁰ JAKOBS, Günther Sociedade, Norma e Pessoa – Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, v. 6, 1ª ed., 2003, p. 1.

³⁹¹ Idem, ibidem.

³⁹² Idem, ibidem

Günther Jakobs cria um sistema descritivo cabível para a explicação da confirmação de *qualquer* sociedade, seja ela a de um Estado Democrático de Direito ou de um Estado totalitário, o que lhe confere a alcunha de *radical*³⁹³. Na obra de Jakobs não há considerações de ordem político criminal. E mais, a *função* do sistema do Direito Penal seria o seu significado: confirmação de identidade social, sendo que os eventuais resultados lógicos da realização desta função são meras consequências *descritas*. Esta é a interface conteúdo-método. O funcionalismo de Jakobs seria *lógico*, pois os resultados consequenciais derivam do exercício da função, que é em si a razão e significado do Direito Penal. Jakobs apresenta em sua teoria, portanto, a adaptação de um método *descritivo-científico e axiologicamente neutro*.

3.2.2. Função e Funcionalismo: Síntese de Impactos Dogmáticos

O funcionalismo apresenta diversas subvertentes, dentre as quais foram apresentadas as duas principais correspondentes às Escolas de Munique e Bonn, cada uma delas com consequências metodológicas específicas. Todavia, ao adotar o ponto de partida que a norma possui finalidades funcionais, é possível compreender a teoria do delito a partir das consequências jurídicas do crime e dos efeitos sociais da punição, sendo esta uma premissa basilar com consequências *comuns* às diversas vertentes funcionalistas. Assim, considerando que no funcionalismo há ampla normativização de conceitos³⁹⁴, este item será dedicado ao estudo dos efeitos desta opção metodológica para a dogmática penal.

³⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo...Op. Cit. p. 70.

³⁹⁴ “Contudo, é importante ressaltar que o funcionalismo trabalha a partir das funções que as normas possuem, isto é, desde a teoria do delito até as consequências jurídicas do crime. Para alcançar seu desiderato, deve-se valer o funcionalismo de uma ampla e total normatização dos conceitos, desligando-os de conotações ontológicas (finalismo), permitindo a orientação destes às finalidades político-criminais (funcionalismo roxiniano)”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 109.

Em linhas gerais, a título de breve revisão, o funcionalismo é a escola penal que possui as seguintes por premissas estruturantes: 1. a compreensão de que a realidade normativa deriva de construção valorativa social³⁹⁵, ou seja, o dever-ser transcende o ser e é apenas delimitado em características não essenciais por este. Isto deriva da influência do construtivismo ao método funcional³⁹⁶; 2. desta primeira característica decorre a superação do pensamento ontológico para a adoção de um referencial normativo³⁹⁷, separando a realidade físico-natural da construção funcional do ordenamento jurídico³⁹⁸; 3. e, por fim, a orientação do sistema jurídico penal pelos fins ou funções da pena, no caso, prevenção geral positiva.

As principais consequências interpretativas da aplicação da estrutura metodológica funcionalista à dogmática penal seriam aquelas decorrentes da

³⁹⁵ “...o funconalista admite serem várias as interpretações da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal” GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 122. Nesse mesmo sentido: “Vale concluir que o método da dogmática funcionalista não é o da explicação causal, senão a compreensão dos fatos sob o sentido de um sistema jurídico”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 111.

³⁹⁶ “Probablemente el golpe más fuerte que se propina sea el arribo a la conclusión de que existen deberes que no descansan en un ser y que existen seres que llevan ínsitos el deber. De dicha conclusión nadie sale indemne, ni la falacia naturalista, ni la falacia de la falacia naturalista. Y aquí ya es posible proponer una hipótesis: la construcción existe y la realidad también, sólo se trata de determinar qué corresponde a cada una y dónde empiezan y terminan”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 30.

³⁹⁷ “Esto implica, al mismo tiempo, un duro golpe a la causalidad de corte ontológico. No es importante para el funcionalismo que A haya causado B, sino que podría haber causado C, D, E, etc. Del mismo modo que B podría haber sido causado por F, G o H. La función, que se asienta como concepto clave de esta concepción es una relación entre variables, es decir, de denominaciones para valores intercambiables. La función busca equivalencias, no resultados fijos, busca todos aquellos elementos que pueden reemplazarse mutuamente, que pueden intercambiarse sin que la función se vea alterada”. Idem, p. 56.

³⁹⁸ “Si bien en distintos grados, ambas aproximaciones cometen el mismo error —como ha dicho WITTGENSTEIN—: querer jugar un juego con las reglas de otro. La idea de un Derecho penal descrito en clave funcional implica, en primer término, reconocer que su operación se verifica en un plano diferente de aquel en que tienen lugar los sucesos físico-naturales. Ello no implica ni desconocer la realidad físico-natural, ni minusvalorar esa existencia, sino solo distinguir âmbitos diferentes. De hecho —y por el contrario—, se reafirma la relevancia del âmbito «bruto» al declararlo «entorno del sistema del Derecho”. Idem, p. 31.

funcionalização e normativização dos conceitos e institutos jurídicos³⁹⁹, com especial relevância para a teoria de pena, na medida em que o sistema está orientado pela função que pretende alcançar. Conforme afirma Luís Greco: *“a teoria dos fins da pena adquire, portanto, valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem estes ser construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva”*⁴⁰⁰, seja com o escopo de proteger de bens jurídicos, na teoria de Claus Roxin, ou pela a simples reafirmação da vigência da norma, conforme o funcionalismo de Günther Jakobs.

A relevância da teoria da pena para a construção da dogmática funcionalista talvez seja a alteração mais destacada originária da aplicação da metodologia desta Escola Penal. De maneira sucinta, é possível ressaltar outras reconstruções de cunho dogmático às categorias da tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, decorrentes dos efeitos desta opção metodológica de valorização das finalidades preventivas.

No tocante à culpabilidade, instituto que será estudado com algum pormenor no próximo item, destaca-se a tentativa funcionalista de empreender uma solução à crise de fundamentação gerada pela teoria normativa finalista da culpabilidade⁴⁰¹. Não seria mais o livre arbítrio, categoria indemonstrável e “ontológica”, apto para fundamentar uma ação culpável legitimando a punição. Conforme a tendência funcional de superar a ontologia favorecendo a normativização com vistas aos fins da pena, a culpabilidade

³⁹⁹ “El camino someramente enunciado nos ha forzado a detenernos en el problema del Derecho como un sistema diferenciado funcionalmente. Y, dentro de él, como un (sub)sistema de las mismas características, en el sistema de imputación jurídico-penal. La observación de este último sistema bajo estos presupuestos ha permitido alcanzar diferentes perspectivas de aproximación a los problemas clásicos de la disciplina. Así, el problema de la legitimación material del Derecho penal, del principio de culpabilidad, del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, etc., han sido abordados desde una perspectiva eminentemente social, entendiéndolos como elementos diferenciados por el propio sistema para alcanzar su legitimación (o, lo que es lo mismo, para mantenerse orientado al cumplimiento de su función)”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 31.

⁴⁰⁰ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 121 e ss.

⁴⁰¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 107.

passa a ser justificada pela própria prevenção geral positiva em alguns autores. Günther Jakobs, por exemplo, a fundamenta a partir do conceito de *competência*, sendo culpável o indivíduo pelo qual a norma deve ser estabilizada⁴⁰². Este tema será estudado em detalhes adiante. Claus Roxin, por sua vez, cria o instituto da responsabilidade, o qual é compartilhado pela culpabilidade ao lado das necessidades preventivas da pena⁴⁰³. Todavia, cabe destacar que o funcionalismo de Roxin, embora normativista, não é livre de lastro empírico, o que tem reflexos para a culpabilidade.

Ao adentrar a categoria da tipicidade, observa-se que no funcionalismo o conceito naturalístico de ação perde relevância, em razão da tendência metodológica de superação da ontologia em prol do normativismo, pois “*não há como esperar de um conceito pré-jurídico as respostas para os intrincados problemas jurídicos*”⁴⁰⁴. Assim, a teoria da ação cede lugar de destaque à imputação objetiva, na medida em que alguns autores, dentre eles Figueiredo Dias⁴⁰⁵ e Claus Roxin em seus primeiros escritos, defendem que a imputação objetiva teria absorvido a ação.

A teoria da imputação objetiva, em certa medida, também vem alinhada à tendência de valorização da prevenção em respeito às finalidades de uma pena funcionalizada⁴⁰⁶. Isto porque, um direito penal preventivo apenas terá legitimidade para intervir na ocorrência de ações perigosas para um bem jurídico, pela teoria de Claus

⁴⁰² JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 48.

⁴⁰³ “A categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida fundamenta-se, portanto, na ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas da punição. Se faltar um destes dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade”. ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. São Paulo: Renovar, 2008, p. 74.

⁴⁰⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 127.

⁴⁰⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. _____. Sobre a construção dogmática do fato punível. In: _____. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 187 e ss.

⁴⁰⁶ “o tipo é renormativizado, especialmente por considerações de prevenção geral. Entende-se que um direito penal preventivo só pode proibir ações que parecem, antes de sua prática, perigosas para um bem jurídico, do ponto de vista do observador objetivo. Ações que ex ante não sejam dotadas da mínima periculosidade não geram riscos juridicamente relevantes, sendo, portanto, atípicas”. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 127.

Roxin⁴⁰⁷, ou para o funcionamento normativo da sociedade, segundo Günther Jakobs⁴⁰⁸. A partir desta teoria da imputação, o tipo objetivo é reinterpretado, exigindo-se “*que a lesão surja como consequência da criação de um risco não permitido e da realização deste risco no resultado*”⁴⁰⁹.

A redifinição dos conceitos e institutos embasada em preceitos de prevenção também alcança a antijuridicidade, na medida em que, a partir de critérios preventivos adota-se uma perspectiva *ex ante* legitimadora dos pressupostos de justificação. A norma tem sua incidência verificada no momento da prática da conduta, o que impede que algum elemento apenas verificado posteriormente possa alterar a licitude ou ilicitude da ação praticada. Esta premissa de reinterpretação da antijuridicidade é criticada por ampliar excessivamente “*os efeitos da justificação real, confundindo-a com a justificação putativa, mero problema de culpabilidade*”⁴¹⁰.

Outra questão dogmática decorrente da metodologia funcionalista é a aproximação entre as categorias da tipicidade e antijuridicidade. Isto porque a partir da teoria da imputação objetiva, “*com a renormativização do tipo novamente se confundiram os limites entre tipo e antijuridicidade, o que fez uma copiosa gama de autores adotar a teoria dos elementos negativos do tipo, para a qual as causas de justificação condicionariam a própria tipicidade da conduta*”⁴¹¹. Todavia, a doutrina funcionalista não é pacífica nesta questão, há autores que defendem a existência distinta

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, in: JuS 1964, p. 53 e ss. apud ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal...Op. Cit., p. 75.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther. Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 249.

⁴⁰⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 127. Nesse mesmo sentido: “Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como obra sua e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)”. ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal...Op. Cit., p. 104.

⁴¹⁰ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p. 129.

⁴¹¹ Idem, p. 127 -126.

destes elementos do crime, na medida em que existe uma “*efetiva distância axiológica entre o fato típico e o fato justificado*”⁴¹².

Em razão da relevância que se dá à análise de critérios preventivos e sua consequente antecipação para fundamentar a culpabilidade e remodelar tipicidade e antijuridicidade, à punibilidade acabam relegados os casos de exclusão da punição por questões de política-geral ou extra-penal, conforme preconiza Claus Roxin. Já Günther Jakobs, defende a absorção da punibilidade pelo ilícito, não havendo causas de não incidência punição, mas apenas de atipicidade e de exclusão da antijuridicidade⁴¹³.

Assim, de maneira geral e bastante resumida, é possível observar que as principais alterações dogmáticas funcionalistas dos institutos jurídicos penais centrais: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade são concernentes à normativização dos conceitos, funcionalizando-os conforme os fins da pena, sob considerações preventivas. O funcionalismo, portanto, afirma-se metodologicamente como corrente que “*supõe a orientação a fins sociais*” e “*para alcançar seus objetivos, mantém todas as categorias do sistema (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade) ainda que apareçam dotadas de novo fundamento e conteúdo*”⁴¹⁴.

3.3. O Funcionalismo de Günther Jakobs

Günther Jakobs, professor aposentado da Universidade de Bonn, ocupou a cátedra anteriormente destinada a Armin Kaufmann e Hans Welzel, sendo discípulo e atualizador da obra deste último, acabou por afastar-se do finalismo para fundar a corrente radical, lógica ou sociológica do funcionalismo penal. Segundo Eduardo Montealegre Lynett: “*Jakobs se caracteriza pela criatividade e é o primeiro autor que*

⁴¹² Idem, ibidem.

⁴¹³ Idem, p. 16.

⁴¹⁴ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 142.

leva até as últimas consequências os postulados do funcionalismo. Através da releitura da filosofia de Hegel, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, entende que a finalidade do direito é a estabilização de expectativas sociais”⁴¹⁵.

A afirmação de que Jakobs levaria o pensamento funcionalista às últimas consequências, ou ainda que talvez merecesse exclusivamente a alcunha de funcionalista, na medida em que Claus Roxin talvez não deveria ser classificado neste movimento, se deve ao alto grau de normatividade presente na obra de Jakobs. Conforme afirma Eduardo Saad Diniz: *“posicionando-se contrariamente aos vínculos estruturais entre política e direito penal, o colosso do modelo jurídico-penal de Günther Jakobs situa-se no polo da realidade normativa, plasmado mais à extremada abstração normativa*”⁴¹⁶.

Este item será dedicado à compreensão do pensamento jurídico penal de Günther Jakobs no que concerne a dois aspectos essenciais: 1. a estrutura teórica, inspirada em Hegel e Luhmann, decorrente da aplicação da metodologia sistêmico-funcionalista pautada na prevenção geral positiva como função essencial do direito, que opera na relação de confirmação *comunicativa* das normas jurídicas⁴¹⁷; 2. o consequente posicionamento de Günther Jakobs a respeito dos principais institutos dogmáticos penais⁴¹⁸, a saber, bem jurídico, teoria da imputação, culpabilidade, etc.

3.3.1. O Modelo Sociológico de Luhmann: Aproximações e Distanciamentos

A questão concernente à inspiração luhmanniana presente na obra de Günther Jakobs é polêmica. Não são poucos os autores que defendem os seguintes fundamentos metodológicos à teoria de Jakobs: Niklas Luhmann, no que tange à construção dos

⁴¹⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional...Op. Cit., p. 10.

⁴¹⁶ Idem, p. 57.

⁴¹⁷ Supra, p. 141.

⁴¹⁸ Supra, p. 146.

sistemas sociais e Hegel, no que diz respeito à concepção geral de pena⁴¹⁹. Já outros autores, dentre eles Eduardo Saad Diniz, afirmam que a base central da teoria de Jakobs seria hegeliana: *“para uma análise rigorosa, há um abismo entre Luhmann e Jakobs. A cada modelo corresponde uma universalidade própria, cada qual atende a categorias qualitativamente distintas entre si”*⁴²⁰ e, nesse caso, *“há muito mais Hegel do que Luhmann em Jakobs”*⁴²¹.

O próprio Günther Jakobs traça em sua obra pontos de aproximação e distanciamento dos preceitos teóricos de Niklas Luhmann. A aproximação que Jakobs traça em relação à Luhmann parte da consideração que o funcionalismo jurídico-penal *“se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, garantir a constituição da sociedade”*⁴²². Dessa maneira, a compreensão social para o autor não estaria fundada no entendimento de que a sociedade seria algo resultante da consciência individual como, por exemplo, em Hobbes – um sistema que se compõe de sujeitos que fazem contratos, ou em Kant – sujeitos que produzem imperativos categóricos, e, tampouco, a sociedade seria orientada em atenção à comunidade -doutrina européia aristotélica do Estado⁴²³.

Neste momento Jakobs afirma ser nos estudos de Luhmann que se encontram os fundamentos funcionalistas de uma teoria sistêmico-social por fornecer *“a exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico”*⁴²⁴. Para esta vertente funcionalista *“são funções as prestações que – sozinhas ou juntamente com outras – mantêm um sistema”*

⁴¹⁹ “Este último modelo, geralmente denominado «funcionalismo radical»²⁰, aparece, en términos generales, como tributario de la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN (y de la concepción general de la pena de HEGEL)”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 26.

⁴²⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 65.

⁴²¹ Idem, ibidem.

⁴²² JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa – Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, v. 6, 1ª ed. , 2003, p. 1.

⁴²³ Idem, ibidem.

⁴²⁴ Idem, p.2.

⁴²⁵.Nesse sentido, no que concerne ao Direito Penal, a pena recortada isoladamente não passa de um mal irracional, e, tão somente obterá compreensão comunicativa e racionalidade quando analisada como reação que confirma uma norma ao contradizer, por meio de repressão, um fato que afronta aquela mesma norma jurídica.

*“A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social”*⁴²⁶. Assim, o delito é uma falha de comunicação imputável ao autor do fato, o qual lesa a própria sociedade ao confrontar a norma, tendo em vista que a sociedade é conformada normativamente. Portanto, a função da pena é de manutenção da identidade social e, não apenas constitui um meio para manter essa identidade, pois já é em si a própria manutenção. A pena, assim, tem um significado de autocomprovação.

Esta aproximação com a teoria dos sistemas, a qual considera o Direito como um sistema autopoietico, operacionalmente fechado, cuja pena significaria autocomprovação interna da comunicação normativa, rende à teoria de Jakobs diversas críticas. Como aponta Juan Ignacio Piña Rochefort, a identificação do método jakobesiano com a matriz sistêmica de Luhmann tributa à Jakobs *“extrapolações diretas das críticas dirigidas à teoria de Luhmann, como se o modo de incorporá-la que se efetuou fosse o único possível (e como se sua incorporação tivesse se verificado do modo mais ortodoxo imaginável). Sem necessidade de rodeios, este tema poderia ter sido desenvolvido de imediato em termos problemáticos: rende frutos suficientes o esforço de descrever o âmbito jurídico-penal em chave sistêmica? E, em caso que esta resposta seja afirmativa: é a teoria sistêmico-social de corte luhmanniano a única possível ou pode esta ser reformulada com o fim de aumentar sua capacidade descritiva em respeito ao sistema que aqui interessa? Ou, em outros termos, é possível uma aplicação diferente da teoria dos sistemas ao Direito?”*⁴²⁷.

⁴²⁵ Idem, p. 3.

⁴²⁶ Idem, p.4.

⁴²⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal...Op. Cit. p. 27.

Estas questões se descortinam justamente em razão de Luhmann ter motivado diversas críticas ao afirmar, em sua teoria dos sistemas, que a relevância da função implica a desvalorização dos elementos funcionais, na medida em que podem ser substituídos sem prejuízo para o sistema, desde que por outros que realizem atividades semelhantes. Nesse sentido, o conceito de pessoa como ente que realiza funções sistêmicas deságua na substitutividade do indivíduo. Atribui-se, portanto, à Luhmann e consequentemente a Jakobs, para os autores que os equiparam, o desvalor de instrumentalização do ser humano, considerado apenas sob a perspectiva do papel social que pode exercer.

Todavia, se as mesmas críticas talvez fossem pertinentes à Luhmann e à Jakobs, é possível verificar certo distanciamento teórico-conceitual entre ambos, também demarcados pelo próprio Günther Jakobs. Os conceitos de complexidade e contingência não apresentam grandes alterações na leitura de Jakobs. Já a questão das *expectativas cognitivas e normativas* é apresentada de forma diversa pelos autores. Enquanto Luhmann relaciona a primeira com a confirmação fática e a segunda com a confirmação normativa ocorrida através de sanção, conforme já visto⁴²⁸, para Jakobs a confirmação “normativa” de Luhmann também apresenta “*natureza cognitiva e compete à norma jurídica elaborar estratégias de reação a partir do conflito originado pela decepção cognitiva. A reação penal toma a experiência de desilusão como um corretivo para recobrar o respeito às normas (válidas) e não comprometer a harmonia da sociabilidade*”⁴²⁹.

Neste sentido a cisão entre estes conceitos nas teorias de Luhmann e Jakobs seria a seguinte: em Luhmann é cognitivo tudo o que depende de **confirmação imediata e fática**, em Jakobs é cognitivo tudo o que depende de **confirmação**, seja essa imediata e fática ou mediata e jurídica. Assim, é possível observar que se Jakobs empresta de Luhmann algumas expressões como “*expectativa*”, “*confirmação*” e “*comunicação*”, por exemplo, não as utiliza com o mesmo sentido atribuído pelo autor original, criando uma estrutura própria e interna em sua teoria.

⁴²⁸ Infra, p. 111 e ss.

⁴²⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 60.

Portanto, se se afirma que há alguma inspiração de Luhmann à obra de Jakobs, não é igualmente possível defender a existência de uma identidade absoluta apta a motivar uma total equiparação crítica dos dois autores, como parte da doutrina aponta⁴³⁰. E, deste modo, Eduardo Saad Diniz afirma que *“a identidade de sentido construída pela hiper-abstração desses modelos de referência não encontra correspondente em complexidade na doutrina dominante. Por esse motivo, não só a compreensão adequada do maior ou menor distanciamento entre Luhmann e Jakobs se faz necessária, mas também a precisão do que vem a ser a não-identidade da elevada abstração”*⁴³¹.

3.3.2. Referencial Filosófico de Hegel

Se existe alguma polêmica sobre a fundamentação luhmanniana da obra de Jakobs, parece haver maior consenso doutrinário sobre a influência de Hegel na construção da teoria da pena jakobesiana. Hegel define a pena como uma necessidade lógica de afirmação racional do Direito, isto pode ser encontrado na obra do próprio autor ou em estudos realizados sobre os seus escritos. Zaffaroni, por exemplo, reproduz o pensamento hegeliano com as seguintes palavras: *“se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito e (conforme a regras de que a negação da negação é uma*

⁴³⁰ Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Org.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales; estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 180 e ss.; E também: BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 8, 29/32, p.12 e ss, 1984.

⁴³¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 91.

afirmação) a pena seria uma afirmação do direito, que se imporia simplesmente pela necessária afirmação do mesmo”⁴³².

E, nesse mesmo sentido é possível verificar a pertinência teórica existente entre Hegel e Jakobs: *“a base teórico-conceitual de Jakobs para a imputação de responsabilidade é filosófica, com recurso à interpretação psicologizante dos princípios da filosofia do direito de Hegel. A pena é tomada no sentido hegeliano da contradição à quebra da norma, cujo sentido é manipulado tecnicamente pelas categorias da dogmática jurídico-penal*”⁴³³. Estas conclusões podem ser confirmadas a partir de uma breve leitura dos próprios autores: Hegel e Jakobs.

Da leitura de “Princípios da Filosofia do Direito” de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, extrai-se o seguinte: para o autor o delito seria uma *primeira coação* exercida violentamente pelo indivíduo livre que fere a própria existência da liberdade tomada em sentido concreto e acaba por lesionar o direito. Assim, o crime seria um *juízo negativo*⁴³⁴ em seu sentido e alcance. A subsistência do direito, tomado como forma universal, perpetuará mesmo diante da ocorrência de um crime, que significa a violação da norma com sentido negativo à coletividade e à vítima.

Desta forma, *“a violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito*”⁴³⁵. A partir desta premissa, Hegel constrói uma teoria da pena distinta das

⁴³² PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1- Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 248.

⁴³³ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 69.

⁴³⁴ HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2001, §95.

⁴³⁵ HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito...Op. Cit., §95. Nesse mesmo sentido: A negação do crime que afirma o Direito é consistente com a própria dialética hegeliana: “Hegel partia de uma inversão da concepção kantiana: o infinito não se opunha ao finito, mas o infinito era o único que tinha realidade, e o único infinito, para Hegel, era a razão. Logo, o único que é infinito é a razão. Aqui reside a característica romântica de seu pensamento. A razão desenvolve-se na história, fazendo avançar o espírito da humanidade, de maneira dialética (conceito platônico e orientalista), isto é, a razão vai contrapondo a cada tese a sua negação (antítese) sem que ambas se destruam,

perspectivas dominantes a sua época, definidas pelo próprio autor como de “*infeliz sorte*”⁴³⁶. Não eram poucas as potenciais fundamentações da repressão penal, desde o caráter retribucionista, até a perspectiva psicológica de contenção dos estímulos que geram o ato criminoso, chamados de “*excitação dos motivos sensíveis*”. Segundo Hegel, estas fundamentações perdiam de vista que a questão essencial a respeito da pena é a distinção entre o justo e o injusto, para o autor “*o crime, considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se*”⁴³⁷.

Hegel diverge da perspectiva contratualista e afirma o Estado como um ente superior aos indivíduos e que, portanto, não pode ter sua atuação de proteção do direito delimitada pelo acordo coletivo. Assim, a partir de uma perspectiva estatal seria um dever do Estado intervir pela manutenção do direito às custas da vida ou liberdade do infrator. Na perspectiva do indivíduo, a ação de contradição da norma expressa racionalidade formal ou o querer, independentemente de qualquer adesão contratual. Portanto, através da pena “*dignifica-se o criminoso como ser racional. Tal dignificação não existirá se o conceito e a extensão da pena não forem determinados pela natureza do ato criminoso*”⁴³⁸.

A pena dignifica o criminoso como ser racional, pois, pela **dialética** hegeliana, apenas a tese pode gerar ocasião para a antítese e conseqüente síntese. E a tese, negação do Direito, é emitida por aqueles indivíduos que alcançaram liberdade pela razão. Portanto a pena, na qualidade de antítese, surgiria como reconhecimento da dignidade e racionalidade humana: a imputação penal pressupõe um indivíduo racional⁴³⁹. “*Esta razão fazia avançar também uma tríade ao espírito da humanidade na História, e assim*

conservando-se em uma síntese”. PIRANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1- Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

⁴³⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito...Op. Cit., §99.

⁴³⁷ Idem, ibidem.

⁴³⁸ Idem., §100.

⁴³⁹ “À hegeliana, a repressibilidade em Jakobs vai do racional ao racional pelo irracional. Assim como na elaboração conceitual em Hegel, a afirmação do direito pelo reconhecimento é positiva, racional. A recuperação do sentido social e da validade da norma coloca individualidades em situação relacional de intersubjetividade, as quais reforçam as identidades e diferenças entre si na formação do reconhecimento”. SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 78.

*atravessava os três estágios: o subjetivo (tese), em que o homem alcança a liberdade ao tomar consciência de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (a antítese) em que o homem, já livre, relaciona-se com os outros homens; e o estágio absoluto (síntese), em que o espírito da humanidade eleva-se por sobre o mundo (...) ao espírito objetivo pertence o direito”*⁴⁴⁰.

Assim, nos estudos de Günther Jakobs a premissa de manutenção da identidade comunicativa da sociedade também encontra uma base *hegeliana*, na medida em que “*‘o delito é o irracional e a pena repõe a razão. Ela não é então um mal, mas sim a própria razão, ou seja, definida positivamente’*”⁴⁴¹. Desta forma, em Jakobs, a recuperação normativa do sentido negado pelo delito, ou a realização em plano comunicativo da prevenção geral positiva surge como “*reação racional à quebra da norma. Logo se tornam elementares para o sentido operacional da reação penal três momentos distintos: um primeiro momento de racionalidade, o sentido social determinado pela identidade normativa, um momento de irracionalidade, a quebra da norma – o delito -, e um último momento de reposição da racionalidade, a reação penal*”⁴⁴².

Em suma, para Hegel a imputação penal seria “*aquela necessária ligação que faz que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua mesma negação que se exprime como pena*”⁴⁴³. Tal preceito pode ser igualmente encontrado nos escritos de Günther Jakobs, especificamente em seu livro “*Sobre la teoria de la pena*”, contendo inclusive citações diretas a Hegel: “*pode-se dizer que o infrator da norma lesiona por igual aos demais e a si mesmo como pessoa: na terminologia de Hegel, isto se expressa que ‘a lesão’ foi ‘sofrida pela vontade existente em si’, e concretamente ‘tanto por esta vontade de quem lesiona como do lesionado e de todos’ (...)*a pena não se dirige nem

⁴⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 247.

⁴⁴¹ PAWLIK, Michael. Person, Subjekt, Bürger, 2004, p. 58 apud SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 77, 78.

⁴⁴² SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 78.

⁴⁴³ HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito...Op. Cit., §101.

em maior e nem em menor medida a ele que a todos os demais”⁴⁴⁴. Pode-se observar, portanto, que o fundamento da pena na prevenção geral positiva em Jakobs apresenta similaridades com a teoria de Hegel.

3.3.3. A Função do Direito em Relação Comunicativa: Prevenção Geral Positiva

Em linhas gerais, as premissas e conceitos essenciais do pensamento jakobesiano podem ser sintetizados da seguinte forma: 1. A função do sistema jurídico penal seria a de manutenção da identidade normativa por via simbólica e cognitiva, sem opção axiológica por um modelo político; 2. Esta manutenção ocorre em relação **comunicativa** na qual o delito seria a negação do Direito e a pena a afirmação jurídica da norma. A leitura de *Sociedade, Norma e Pessoa* e de *A Pena Estatal: Significado e Finalidade* de Günther Jakobs auxilia na compreensão mais aprofundada destas premissas. Nestes livros o autor apresenta a estrutura *neutra* do seu pensamento funcionalista, bem como as principais bases metodológicas que fundamentam os seus estudos.

Por ocasião da distinção realizada em itens anteriores⁴⁴⁵ entre as correntes funcionalistas de Munique e Bonn com base na definição da *função*⁴⁴⁶ que se atribui ao Direito Penal para cada movimento, verificou-se o seguinte: em Munique o funcionalismo é axiológico e teleológico, na medida em que defende a opção valorativa e manutenção jurídica de um determinado modelo de estado, qual seja, o democrático. Já em Bonn, escola que representa o funcionalismo de Günther Jakobs, um ordenamento jurídico funcional seria aquele que garante a identidade normativa da sociedade, sem preocupações de ordem política ou axiológica. Tal posicionamento confere a esta corrente funcionalista os títulos de radical, lógica ou sociológica. Por esta

⁴⁴⁴ JAKOBS, Günther. Sobre la teoría de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 23- 24.

⁴⁴⁵ Infra, p. 125 e ss.

⁴⁴⁶ Destaca-se que este é apenas um dos critérios, entre outros tantos a distinguir estas correntes funcionalistas.

perspectiva, o sistema jurídico penal se apresenta como um *sistema social parcial* encarregado da resolução de questões sociais voltadas à estabilização normativa por meio do ordenamento jurídico, para Jakobs “*é impossível separar o Direito Penal da sociedade*”⁴⁴⁷.

Sob este ponto de vista haveria correlação entre sociedade e Direito Penal, na medida em que este tem a função de manutenção da configuração social. Segundo Jakobs: “*cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada ao sistema social, do mesmo modo que inversamente o Direito Penal pode recordar à sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis. Por isso deve ser compatível com as condições da evolução. Nem o sistema social nem o sistema jurídico saltam por cima de sua própria sombra*”⁴⁴⁸.

A função do Direito seria garantir a identidade social e estes sistemas, social e jurídico, estariam inevitavelmente entrelaçados. Em Jakobs, a identidade da sociedade é determinada por meio de regras de configuração, ou seja, normas, as quais representam a construção de um contexto de **comunicação** que deve ser apto a manter sua estrutura perante modelos diversos⁴⁴⁹.

Assim, o funcionalismo jakobesiano se refere à proteção de normas jurídicas destinadas à manutenção de uma determinada sociedade e, não apenas se volta à proteção de quaisquer normas, mas sim tão somente àquelas essenciais. A questão que se descortina a partir deste ponto e que motiva diversas críticas seria a aptidão para confirmar qualquer estrutura social sem realizar a opção política prévia por um modelo. Nesse sentido, Jakobs aponta que o fato de o ordenamento jurídico refletir um sistema social que admite exceções e diferenciações entre as pessoas transcende o “*plano*

⁴⁴⁷ JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa...Op. Cit. p. 7 e ss.

⁴⁴⁸ Idem, p. 7-9.

⁴⁴⁹ Ressalta-se que esta comunicação que menciona Jakobs é estabelecida entre pessoas físicas, o autor considera que as pessoas jurídicas não possuem expressão de sentido com relevância comunicativa penal, esta é uma das razões pela qual o autor é refratário à responsabilização da pessoa jurídica. GÜNTHER, Jakobs. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: MONTEALEGRE LYNETTT, Eduardo (Coord.). El funcionalismo en Derecho Penal: libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 327-349.

interno do Direito Penal, e por isso, tampouco, pode alinhar-se o Direito Penal conforme um modelo que o intérprete estime como ideal social: não se trata do Direito Penal de uma sociedade desejável, mas de um Direito Penal daquela sociedade que gerou um sistema jurídico”⁴⁵⁰.

Como consequência da neutralidade axiológica do modelo de Günther Jakobs, o autor afirma que se é tendência da sociedade diminuir os direitos de liberdade, isso não será manifestado apenas por meio do Direito Penal, e, de qualquer maneira, a decisão quanto ao processo de criminalização seria política e não jurídico-penal. Ao Direito Penal caberia tão somente fornecer a valoração dessas medidas políticas como necessárias ou prejudiciais, mas seria impotente para determinar e conformar as alterações políticas de cunho valorativo.

Portanto, “*em Jakobs a violência de Estado é determinada pela ordem (Ordnung) e o sentido que essa ordem historicamente transmite. Qualquer haja sido a composição dos fatos ou época, a manutenção da ordem significa a garantia da existência do Estado pelo uso da força, mais ou menos legítimo, a variar conforme as exigências de efetividade: em tempos de guerra, recrudescimento da intervenção punitiva; a paz permite arrefecer*”⁴⁵¹. E, nesse sentido, a pena se dirige à manutenção da ordem, que, por sua vez, consubstancia uma estrutura normativa.

Assim, “*o problema da pena aporta em Jakobs como um problema de natureza normativa, que se dirige à reposição da ordem perturbada. A pena demonstra a medida necessária à preservação da estabilidade normativa afetada, o que permite conceituá-la como ‘reação à quebra da norma (Normbruch)’*”⁴⁵². O mecanismo a partir do qual a pena opera pode ser compreendido a partir dos efeitos sociais atingidos pelo delito e pela pena. O delito representa desorientação social, pois afronta uma norma que faz parte da realidade constitutiva da sociedade. Esta afronta traz dois tipos de consequências: 1. questionar à sociedade sobre o grau de vinculação das previsões

⁴⁵⁰ JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa...Op. Cit. p. 23.

⁴⁵¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 59.

⁴⁵² Idem, ibidem.

normativas, ou seja, uma norma violada ainda vale? e; 2. perturbar a assimilação cognitiva da normatividade, ou seja, qual seria a vantagem em observar normas se quem as viola não sofre danos?

Logo, em Jakobs, a pena apresenta dois significados e efeitos principais. O primeiro seria o *simbólico* de contradição à negação da norma. E o segundo seria o *cognitivo*, qual seja, a dor imposta pela pena transforma no plano da realidade o delito em dano, demonstrando o insucesso fático desta empreitada⁴⁵³. É possível, portanto, observar que para Jakobs a reposição da ordem perturbada se desdobra em duas dimensões. Todavia, não foi sempre este o posicionamento de Günther Jakobs a respeito da teoria da pena⁴⁵⁴.

Bernardo Feijóo Sanchez aponta que, em um primeiro momento o autor definia a pena como um mecanismo simbólico de influência psicológica nos membros da sociedade⁴⁵⁵. Posteriormente Jakobs teria evoluído para o conceito de pena como confirmação da identidade normativa social⁴⁵⁶. Em um terceiro momento, Günther Jakobs define a pena tanto como confirmação normativa simbólica quanto como reposição cognitiva da vigência das normas basilares à identidade social⁴⁵⁷. Em todos estes três momentos de desenvolvimento teórico do autor, é possível observar que o conceito central da teoria da pena em Günther Jakobs seria o de prevenção geral

⁴⁵³ JAKOBS, Günther. Prólogo. In: _____. La pena estatal: significado y finalidad. Madrid: Civitas, 2006, p. 12.

⁴⁵⁴ “En dicho proceso de reformulaciones de su teoría de la pena se pueden constatar esencialmente tres fases: una primera, hasta principios de los años noventa, que podría definirse como más psicologicista, y en la que la pena se tematiza sólo como prevención (infra A.); otra segunda, caracterizada por la identificación de su teoría de la pena con un concepto funcional de retribución (infra B.); y una tercera, que se ha venido perfilando en los últimos años, y que em síntesis supone en cierto modo una cognitización de la teoría de la pena (infra C)”. CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs- Estudio Preliminar. In. JAKOBS, Günther. La pena estatal...Op. Cit., p. 28.

⁴⁵⁵ Idem, ibidem.

⁴⁵⁶ Idem, p. 31

⁴⁵⁷ Idem, p. 53; um estudo detalhado sobre as três fases da teoria da pena em Günther Jakobs pode ser encontrado em: MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Do Delito à Imputação: A teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p 170 e ss.

positiva⁴⁵⁸, todavia também há a presença de uma perspectiva retributiva em seus aportes teóricos.

Logo, ao assumir um ponto de partida calcado na prevenção geral, a pena apresenta aptidão para demonstrar a validade normativa através da responsabilização criminal, a qual pressupõe um comportamento humano *competente* à violação da norma⁴⁵⁹. A razão disto está no fato de que apenas um comportamento emitido por uma pessoa dotada de competência para tal é capaz de assumir o sentido de negação normativa⁴⁶⁰. Esta questão será retomada e exposta de maneira pormenorizada quando do estudo da culpabilidade, no momento cumpre apenas observar que a atribuição de responsabilidade tem origem na *expectativa de um comportamento alheio* e esta também seria a origem das relações sociais e das próprias instituições⁴⁶¹.

A prevenção geral positiva surge fundamentada em uma estrutura de expectativas, *“a pena atende a uma teleologia própria e atua como fosse dotada de uma inteligência imanente, cujo sentido é estimulado pelo reconhecimento do reconhecimento”*⁴⁶². Logo, se é possível encontrar a base da proteção penal na manutenção de expectativa, por conseguinte a pena protege a própria confiança na

⁴⁵⁸ “El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva»”. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 47.

⁴⁵⁹ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 70. Nesse mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 60.

⁴⁶⁰ “Até aqui é possível sustentar que cada comportamento corresponde a um indicador de responsabilidade. Inclusive que a responsabilidade carrega em si a fundamentação do modelo de Jakobs, porque é ela que estabelece o conjunto de condições sobre o qual se fundamenta a cognição das expectativas”. SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 62.

⁴⁶¹ Idem, ibidem. Nesse mesmo sentido: SEARLE, John R. Mente, Linguagem e Sociedade...Op. Cit., p. 116.

⁴⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo em Direito...Op. Cit., p. 72.

norma, considerando que expectativas se conformam a partir da confiança na realização de um comportamento esperado.

Em suma, conforme observa Eduardo Saad Diniz: *“para uma síntese definitiva da teoria da pena de Jakobs: (1) confiança na norma; (2) fidelidade ao direito; (3) aceitação das consequências; em operação correspondem ao modelo da pena como ‘prevenção geral pelo reconhecimento da norma’*⁴⁶³. A confiança na norma estabelece a garantia da possibilidade de conformação de uma expectativa, assegurando a fidelidade ao direito em interação tautológica através do assentimento comunicativo quanto às consequências normativas⁴⁶⁴. Esta é a estrutura do conceito de prevenção geral positiva em Günther Jakobs, o qual consubstancia a premissa essencial do seu desenvolvimento teórico funcional.

3.3.4. Institutos Fundamentais do Direito Penal na Teoria de Günther Jakobs

A metodologia funcionalista de interpretação do ilícito e reconstrução da dogmática se pauta no entendimento de que o fenômeno normativo é uma construção sócio-jurídica com escopo funcional e sem referencial ontológico. Através deste método as teorias da pena, em especial a prevenção geral positiva, ganham relevo e influem na compreensão da teoria do crime. Em um direito penal funcional a pergunta “qual é a finalidade da pena” acaba por fornecer a base da resposta a outros questionamentos jurídico-penais. Assim, apresentar o fundamento da estrutura metodológica de Günther Jakobs é, necessariamente, discorrer sobre a função do direito e a teoria da pena.

⁴⁶³ Idem, p. 76.

⁴⁶⁴ “En este sentido, se habla de prevención general positiva, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento —por ello prevención general—, pero —por ello «positiva»— no mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural”. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...Op. Cit. p. 56.

O presente estudo procurou nos itens anteriores apresentar, ainda que sucintamente, essas premissas metodológicas, cabendo agora a discussão dos desdobramentos deste método à interpretação dos principais institutos penais em Günther Jakobs. Por defender uma teoria pela qual a principal função do direito seria a de estabilização normativa em relação a qualquer identidade social, embasado no conceito de prevenção geral positiva simbólica e cognitiva, as principais consequências teóricas desta estrutura metodológica são, de um modo geral, aquelas decorrentes da normativização do ordenamento jurídico.

Tendo em vista a impossibilidade da apresentação da totalidade da obra de Günther Jakobs e do estudo completo das influências da teoria da prevenção geral positiva para o autor, neste momento serão apresentados apenas alguns aspectos centrais à dogmática moderna remodelados em Jakobs sob influência de sua metodologia funcionalista, a saber, questões concernentes à teoria do bem jurídico e teoria da imputação. A culpabilidade será estudada especificamente no capítulo seguinte, por constituir o objeto central desta dissertação e exigir maior detalhamento.

Muito embora este não seja um tema pacífico⁴⁶⁵, a doutrina dominante defende que o aparato judicial existe para a proteção de bens jurídicos⁴⁶⁶. O conceito de bem jurídico surgiu na doutrina continental do Direito Penal com o Iluminismo, e veio

⁴⁶⁵ “Hay algo común a los postulados de este ‘moderno Derecho penal’: ya no se acomodan a la estructura tradicional del delito, basada en la lesión por un agente de una posición jurídicamente protegida de otra persona concreta y a quien se impone una pena por la producción de ese resultado. Y es debido a ello por lo que esa evolución arroja no pocas cuestiones de legitimidad, que han sido planteadas y que han generado una cada vez más intensa discusión sobre el principio actualmente vigente de legitimación de normas: la teoría del bien jurídico. Solo en un aspecto hay unanimidad: que dicha teoría, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación (‘de crítica del sistema [systemkritisches]), se halla en serias dificultades”. SEHER, Gerhard. “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). “La Teoría del Bien Jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?”. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 70. Nesse mesmo sentido: “Pero al mismo tiempo debería haber quedado claro que el bien jurídico por sí solo no puede conformar una teoría adecuada de la criminalización. Y la cuestión acerca de si deben existir criterios legítimos de criminalización más allá de la noción del bien jurídico, cuáles habrían de ser y donde habría que situar sus límites, dista mucho de estar resuelta”. Hirsch, Andrew Von. “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). “La Teoría del Bien Jurídico – Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?”. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 52.

⁴⁶⁶ Sobre esta questão Claus Roxin dedicou a redação de um livro: ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Nesse mesmo sentido: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. Revista Liberdades, São Paulo, n. 1, p. 16-29, mai./ago. 2009.

introduzir critérios de imputação baseados na relevância jurídica do valor ou bem tutelado. Assim, retirou-se o Direito do arbítrio dos soberanos por meio da delimitação da atuação do poder punitivo estatal, restringindo a intervenção deste aos casos em que fosse reconhecida a existência de um bem jurídico a ser protegido. Este conceito foi primeiramente mencionado nos estudos de Birnbaum, nos quais aparece em substituição à noção de direito subjetivo⁴⁶⁷.

Jakobs analisa criticamente a teoria do bem jurídico em sua obra *Sobre a normatização da dogmática jurídico penal* com bases nas premissas metodológicas acima discriminadas: “a conclusão (...) de acordo com a qual a pena deve ser entendida como uma contradição à desautorização da norma já preconfigura o resultado que seria obtido neste ponto: a pena não assegura bens jurídicos, e muito menos os repara, mas sim assegura a vigência da norma. A proteção de bens jurídicos, em todo o caso, se obterá como resultado mediato”⁴⁶⁸. Já no estudo do bem jurídico é possível observar como os institutos penais em Jakobs são reconstituídos sob a premissa essencial metodológica de que a função do Direito Penal seria a de assegurar a identidade normativa social.

Jakobs afirma que, segundo a teoria dos bens jurídicos, existiriam bens anteriores ou criados pelo ordenamento jurídico que deveriam ser protegidos por este. Todavia, os ‘bens jurídicos’, aqui impropriamente denominados, podem ser ameaçados ou efetivamente lesionados por eventos irrelevantes do ponto de vista jurídico penal: acidentes imprevisíveis, desastres naturais ou até mesmo processos biológicos. Para o supracitado autor, tais eventos não representam normativamente o que se poderia denominar de lesão a bens jurídicos, a despeito de a doutrina dominante afirmar o contrário, atribuindo apenas relevância penal às lesões causadas por condutas humanas⁴⁶⁹.

Esta conclusão de Jakobs, contrária à doutrina dominante, decorre da distinção que o autor traça entre “bem” e “bem jurídico”. Enquanto a doutrina denomina bens

⁴⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. Boletim IBCCRIM, ano 10, n.122, p. 14-15, jan. 2003.

⁴⁶⁸ JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...Op. Cit. p. 59.

⁴⁶⁹ Idem, p. 60.

jurídicos todos aqueles relevantes à humanidade, defendendo a imputação penal da lesão apenas quando causada pela intervenção humana culpável, Jakobs define que os objetos de relevância à sobrevivência humana seriam apenas bens, sendo que a alcunha “jurídico” deriva da criação de um direito. Assim, um bem jurídico seria um direito normativamente assegurado.

Ora, se o direito é princípio normativo regulador da relação entre pessoas: “*a ideia do Direito penal como proteção de bens jurídicos só pode significar que se protege a uma pessoa ou à generalidade, enquanto o coletivo imaginário de todas as pessoas, em sua relação com outra pessoa, contra a lesão dos direitos sobre os seus bens*”⁴⁷⁰. Logo, fica esclarecido como Günther Jakobs chega à conclusão de que o Direito Penal protege *imediatamente* a vigência da norma e *mediatamente* bens jurídicos.

Uma análise cuidadosa da obra de Jakobs permite perceber que o autor não exclui, de modo algum, a premissa de proteção a bens jurídicos, apenas a coloca em um segundo plano ou momento. O autor admite que a vigência da norma **não** é um fim em si mesmo, na medida em que as pessoas se organizam sob um ordenamento jurídico buscando sua liberdade ou bem estar⁴⁷¹. Todavia, a proteção da norma é o **primeiro** estágio da afirmação do Direito penal e, nesse sentido, a “*‘proteção de bens jurídicos’ não pode ser o supraconceito que o Direito penal persegue*”, na medida em que “*este conceito, portanto, é ao menos insuficiente no plano teórico, sem afirmar com esta crítica que o conceito de bem jurídico não possa plasmar em determinados âmbitos – mas apenas setorialmente – na estrutura da sociedade*”⁴⁷².

À semelhança do instituto do bem jurídico, a teoria da imputação objetiva também ocupa posição central nas discussões doutrinárias contemporâneas e goza de

⁴⁷⁰ Idem, p. 61.

⁴⁷¹ “Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar”. JAKOBS, Günther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal...Op. Cit. p. 54.

⁴⁷² Idem, p. 63.

maior aceitação⁴⁷³. Do ponto de vista lógico do estudo dos desdobramentos dogmáticos decorrentes da opção metodológica pela prevenção geral positiva como premissa fundamental do funcionalismo de Günther Jakobs, seria mais conveniente antecipar a análise da culpabilidade às observações sobre imputação objetiva, todavia, em virtude de a culpabilidade constituir o objeto específico do capítulo seguinte, sua discussão será deixada para o momento apropriado, realizando-se apenas as considerações imprescindíveis à compreensão do tema.

Conforme afirma Jakobs, ao assumir o Direito penal como uma estrutura comunicativa racional, admite-se também que o fato e a pena se desenvolvem no mesmo plano de sentido, “*de acordo com a perspectiva que aqui se defende, isto é, a teoria da prevenção geral positiva (...) o fato, enquanto expressão de sentido do autor, constitui um ataque à vigência da norma, e a pena, que é igualmente uma expressão de sentido, é a confirmação da vigência da norma*”⁴⁷⁴. A culpabilidade, por sua vez, significa competência para expressão de sentido reconhecido pelo Direito penal, sendo um pressuposto para a ação⁴⁷⁵, o que justificaria a antecipação lógica do seu estudo.

Tendo em vista a existência de um capítulo específico para o tratamento aprofundado das questões concernentes à teoria da culpabilidade em Jakobs, faz-se necessário deixar este tema para um estudo posterior, realizando tão somente a breve ressalva do posicionamento lógico da categoria da culpabilidade nos estudos de teoria do autor. Assim, em Jakobs, a função do Direito penal é a confirmação da identidade normativa social através da pena, que emite o sentido de confirmação da vigência da norma. A pena em si pressupõe perturbação dessa vigência por meio da ação, que tem, por sua vez, como pressuposto a competência para agir, qual seja, a culpabilidade.

Por outro lado, há outros requisitos *objetivos* que determinam a relevância jurídica de uma *ação culpável* e contribuem, portanto, para que a essa ação seja atribuído o sentido de desconfirmação normativa, ensejando punição penal. Jakobs

⁴⁷³ “Puede decirse en la actualidad que las reglas de la imputación objetiva, en virtud de las cuales se determina el significado de un comportamiento, están ampliamente reconocidas”. JAKOBS, Günther. Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Lima: Palestra Editores, 2000, p. 250.

⁴⁷⁴ Idem, p. 249. Cfr. JAKOBS, Günther. ¿Como protege el Derecho Penal y que es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: _____. Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal. Madrid: Civitas, 2003.

⁴⁷⁵ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 70.

afirma que: “a tentativa de matar alguém por meio de um disparo de arma de fogo tem o sentido de tentativa de homicídio, enquanto que a intenção de matar mediante orações não se entende com o sentido de homicídio”⁴⁷⁶. Logo, entre as regras jurídicas que delimitam o sentido normal ou criminoso de uma conduta, estariam as regras de imputação objetiva⁴⁷⁷.

Imputar objetivamente as consequências jurídicas de uma ação a alguém significa reconhecer que, apesar da existência de uma série de elementos que possam ocasionar perturbação social, aquela perturbação discutida em específico pode ser atribuída ao autor: “ao realizar-se a imputação, uma das razões (ou várias razões) se define como determinante, explicando deste modo que surgisse a perturbação”⁴⁷⁸. Por sua vez, o caráter objetivo da imputação é estabelecido na medida em que a valoração da situação típica não depende do subjetivismo do autor ou da vítima.

Segundo Jakobs, “o fato de que o Direito Penal moderno tenha desenvolvido no âmbito da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica (risco permitido, princípio de confiança, atuação a próprio risco e proibição de regresso, relativamente à qual se desenvolve uma discussão mais terminológica do que material) inspira-se num princípio **social-funcional** ou, ao menos, se acomoda a tal princípio”⁴⁷⁹. Isso porque, a imputação objetiva trata da delimitação da responsabilidade, tendo em vista que ninguém pode responder pela conduta do outro, mas pela sua própria conduta, na medida em que “as expectativas garantidas juridicamente só se vêem frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem ter em conta os aspectos individuais. Pois como essas expectativas (como todas) se dirigem a pessoas, vale dizer, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel”⁴⁸⁰.

Se a imputação tem um momento objetivo, também apresenta aspectos subjetivos, ainda que construídos normativamente, já evidenciados pelo próprio finalismo de Hans Welzel, e mantidos no funcionalismo de Günther Jakobs. Welzel já

⁴⁷⁶ JAKOBS, Günther. Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal...Op. Cit. p. 249.

⁴⁷⁷ Idem, p. 250.

⁴⁷⁸ Idem, ibidem.

⁴⁷⁹ JAKOBS, Günther. Sociedade, Norma e Pessoa...Op. Cit. p. 33, 34.

⁴⁸⁰ Idem, ibidem.

havia definido a ação como “expressão de sentido”, a consequência desta definição para a teoria finalista foi a transposição dos elementos subjetivos (dolo e culpa) para a tipicidade, a qual passaria a apresentar também um tipo subjetivo ao lado do objetivo⁴⁸¹. Em Welzel exprimir um sentido através da ação significaria “tomada de posição externa” com vistas a obtenção de resultados práticos, tendo em vista a possibilidade de previsão, isto porque a razão humana seria dotada de clarividência⁴⁸².

Todavia, Jakobs afirma que “*a ação como produção individualmente evitável de um resultado, e, com isto, como expressão de sentido*”⁴⁸³ já se mostra uma definição inadequada, devendo ser submetida a um esquema social de interpretação⁴⁸⁴. O raciocínio desenvolvido pelo autor seria o seguinte: se na ausência de qualquer razão jurídica justificante, alguma pessoa destrói coisa alheia, “*o sentido que se expressa não é somente ‘prefiro destruir a coisa do que deixá-la incólume’ (o que preferir o autor, em si mesmo, carece de interesse jurídico-penal), mas também ‘não conheço nenhuma norma que me vincule e proíba a destruição’, e esta sim é uma proposição que pertence ao contexto jurídico-penal*”⁴⁸⁵.

Portanto, diversamente de Welzel, Jakobs entende que o momento subjetivo da imputação, o qual indica expressão de sentido jurídico-penal não advém da “*manifestação do autor acerca de como se imagina a configuração da realidade, e sim na tomada de postura perante a validade da norma que pudesse lhe impedir de*

⁴⁸¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal – Parte General...Op. Cit. p. 62. Nesse mesmo sentido: JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 54.

⁴⁸² WELZEL, Hans. Derecho Penal – Parte General...Op. Cit. p. 36.

⁴⁸³ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 56.

⁴⁸⁴ “Welzel pretendia, como ele mesmo disse, substituir a concepção mecanicista dos causalistas; isso, entretanto, não poderia ser atingido simplesmente acrescentando determinados processos psicológicos individuais, isto é, a estrutura final, a previsão ou a previsibilidade (...). Welzel, entretanto, queria chegar à expressão de sentido, por isso deveria ter levado em consideração as condições em que se constitui um sentido, e para isso fosse necessário ao menos que avançasse desde a finalidade individual até um esquema de interpretação que não teria por que ter sido socialmente vinculante, mas que de alguma maneira teria que ter sido capaz de transmitir esse sentido”. JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 57.

⁴⁸⁵ Idem, p. 62.

atuar”⁴⁸⁶. Novamente, portanto, é possível regressar ao esquema jakobesiano que configura fato e sanção em uma estrutura comunicativa, na qual o fato significa negação da vigência da norma realizada culpavelmente e a pena representa a sua contradição.

Em suma, através dos institutos acima estudados fica demonstrada a possibilidade de observar na obra de Günther Jakobs os desdobramentos lógicos decorrentes da sua estrutura metodológica funcionalista, a partir da qual a prevenção geral positiva surge como protagonista em um Direito Penal que tem por função garantir a identidade normativa da sociedade *comunicativamente* estruturada. Ao colocar o modelo funcionalista de Jakobs em perspectiva neste terceiro capítulo foram firmadas as principais bases fundamentais à compreensão da teoria da culpabilidade do autor, questão que será o principal objeto do capítulo seguinte.

⁴⁸⁶ Idem, *ibidem*.

CAPÍTULO 4

REFERENCIAL DOGMÁTICO: FUNÇÕES DA CULPABILIDADE NO FUNCIONALISMO DE GÜNTHER JAKOBS

Günther Jakobs define ciência como “*o conjunto de conhecimentos ordenados em função de princípios*”, sendo que o princípio ordenador não consubstancia um elemento externo ao sistema, “*mas sim um esquema de interpretação dentro do qual os dados – que de outro modo estariam isolados – se ordenam reciprocamente, adquirindo só nesse momento o caráter de conhecimento*”⁴⁸⁷. Partindo dessa premissa, o próprio Direito Penal estaria organizado logicamente em conformidade com “princípios ordenadores” constitutivos de um dado critério de *interpretação* basilar ou *método*. No capítulo anterior foi apresentada a base metodológica do funcionalismo de Günther Jakobs, bem como a reorganização ou releitura de alguns institutos jurídicos fundamentais de acordo com a metodologia interpretativa adotada pelo autor.

Observa-se que a compreensão metodológica da obra de Jakobs é relevante ao embasamento da análise crítica final da culpabilidade sob o referencial “*função*”, na medida em que será discutido como Jakobs postula as funções da culpabilidade e, em que medida, estas *funções* definidas sob o prumo axiológico da democracia são atendidas pela teoria do autor. Por fim, a eleição do método funcionalista firma o referencial interpretativo do objeto de estudo aqui desenvolvido, qual seja, o conceito de culpabilidade será estudado a partir da premissa hermenêutica de que “*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*”⁴⁸⁸.

Esse capítulo é dedicado à compreensão específica da teoria da culpabilidade em Günther Jakobs, também condicionada à metodologia funcional anteriormente

⁴⁸⁷ JAKOBS, Günther. ¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 10.

⁴⁸⁸ Grifo nosso. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de ‘Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal’...Op. Cit. p.121.

apresentada. A corrente funcionalista em perspectiva geral apresenta a categoria de *função* como um dos pilares de sua estrutura basilar, cujos traços de relativismo, dependência e instrumentalidade implicam o abandono de categorias ontológicas⁴⁸⁹, com consequente normativização dos conceitos jurídicos, remetendo-os às finalidades do Direito.

Todavia, em Günther Jakobs essa normativização e funcionalização são acentuadas em virtude da ausência de um referencial axiológico-democrático limitador. Portanto, se o próprio funcionalismo já introduz modificações radicais à culpabilidade⁴⁹⁰ na tentativa de resolver sua crise histórica de *fundamentação*, o funcionalismo de Günther Jakobs vai além e constrói uma teoria, que, talvez não seja exagerado afirmar, possua o mais alto grau de normatividade⁴⁹¹ para explicar o fenômeno da culpabilidade, com base nos conceitos de competência e prevenção geral positiva.

Segundo Jacobo López Barja de Quiroga a “*culpabilidade constitui uma das partes mais polêmicas do sistema de Jakobs*”⁴⁹², por estar fundada eminentemente em critérios sociais de delimitação de competência delitiva⁴⁹³. Como o próprio Jakobs afirma: “*nem no campo das determinações físico-causais, nem mesmo naquelas*

⁴⁸⁹ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p 48.

⁴⁹⁰ “...dentro vários temas conflitantes, a culpabilidade centrou grandes atenções, corroborado ao fato de se tentar uma solução à crise perpetrada teoria normativa da culpabilidade, ou se se preferir na crise da fundamentação da culpabilidade, sendo empregados diversos artifícios, desde o seu abandono até a veiculação das teorias da prevenção geral positiva, acarretando, por conseguinte uma reformulação das relações entre dogmática penal e política criminal, ou entre dogmática penal e a sociologia, ou a colocação das ciências penais entre as ciências sociais, conforme, respectivamente, acenam Roxin, Jakobs e Hassemer”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 107.

⁴⁹¹ Claus Roxin ao comentar a primeira edição do Tratado de direito penal de Jakobs afirma tratar-se “da mais audaz e do esboço mais conseqüente de um sistema puramente teleológico existente até a presente data. Com ele Jakobs não só elaborou (...) a evolução dogmática dos últimos 20 anos. A amplitude de sua obra surpreende o leitor também com uma avalanche de reflexões originais que, de certo modo, antecipam os próximos 30 anos”. ROXIN, Claus. NJW, 1984, p. 2.270 apud GRECO, Luís. Prólogo in Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 120.

⁴⁹² JAKOBS, Günther. Dogmática de Derecho Penal y Configuración Normativa de la Sociedad. Madrid: Civitas, 2004, p. 12.

⁴⁹³ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 48

psíquico-causais é possível fundamentar a responsabilidade”⁴⁹⁴, mas sim nas próprias regras de imputação jurídico-sociais. E, por este motivo, qual seja, a potencial instrumentalização do indivíduo decorrente de uma perspectiva normativa funcional atrelada à imputação com viés *social* calcado na prevenção geral positiva, os desenvolvimentos sobre a culpabilidade na obra do autor são destinatários de diversas críticas, razão pela qual se faz ainda mais necessária uma compreensão cuidadosa dos exatos preceitos desta elaboração teórica.

Portanto, o presente capítulo tratará de uma das bases do objeto central do presente estudo, qual seja, a teoria da culpabilidade de Günther Jakobs, fornecendo o substrato essencial à crítica funcional pautada no referencial do Estado Democrático de Direito a ser empreendida no quinto e último capítulo, com consequente conclusão da proposta inicialmente apresentada.

4.1. Culpabilidade de Günther Jakobs: Conceito Material e Formal

Günther Jakobs aponta que a doutrina dominante classifica o princípio de culpabilidade como pressuposto para a aplicação *legítima* de pena estatal, por consubstanciar o produto de uma imputação reprovadora ⁴⁹⁵. O conceito de culpabilidade como reprovação pode ser compreendido na doutrina tanto formal como materialmente⁴⁹⁶, Jakobs segue esta distinção constituindo definição própria, pela qual a

⁴⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência*. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). *Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 30.

⁴⁹⁵ “o princípio da culpabilidade significa que a culpabilidade é um pressuposto necessário de legitimação da pena estatal. Por sua vez, a culpabilidade é o resultado de uma imputação reprovadora, no sentido de que a defraudação que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa (...). Provavelmente a formulação mais comum seja: a culpabilidade é reprovabilidade; numa linguagem coloquial, ter culpa”. JAKOBS, Günther. *O Princípio de Culpabilidade*. In: _____. *Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit.*, p. 11.

⁴⁹⁶ Entende-se culpabilidade material como o fundamento de conteúdo material da reprovação, sendo identificado pela maioria expressiva doutrina clássica, neokantista e finalista com o poder atuar de outro

culpabilidade formal teria como conteúdo a expressão da “*falta de fidelidade diante de normas jurídicas*” e a “*culpabilidade material é a falta de fidelidade perante normas legítimas*”⁴⁹⁷. O autor considera assim em dimensão formal a infidelidade normativa simplesmente manifestada, e, em dimensão material funda a culpabilidade na própria legitimidade e cogita interpretar tal conceito de duas formas: em relação à norma que está sendo desrespeitada, a qual se ilegítima não seria exigível⁴⁹⁸ e em relação à própria condição do autor como sujeito e pessoa⁴⁹⁹, que se não o fosse, seria inapto a emitir uma expressão de sentido legítima e, desta forma, não haveria legitimidade no reconhecimento da culpabilidade de um inimputável, por exemplo.

Todavia, para Jakobs, considerando que uma das principais funções do ordenamento jurídico seria a de permitir a estruturação social com base em contatos anônimos por meio de papéis sociais, estaria excluída a possibilidade de se considerar a autonomia do sujeito perante a validade normativa como base de legitimidade⁵⁰⁰. Logo,

modo. Já a culpabilidade formal seria a dimensão manifestada da motivação antijurídica reprovada. Assim, enquanto a culpabilidade material remete ao fundamento ou motivo do comportamento reprovado, a culpabilidade formal seria a própria reprovação do comportamento por sua dimensão externa. BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o Dilema da Culpabilidade Penal. Revista Liberdades, São Paulo: RT, n.8, p. 45-88, set/dez, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em: 04 mar. 2013. Neste sentido há diversas teorias sobre o fundamento da culpabilidade material, a saber, culpabilidade como poder atuar de outro modo, como atitude interna juridicamente desaprovada, como dever responder pelo próprio caráter, como atribuição segundo as necessidade preventivo gerais (...). ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General – Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Madrid: Civitas, 1997, pp. 798 e ss.

⁴⁹⁷ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 43.

⁴⁹⁸ “a atribuição da culpabilidade de que tratamos até o momento não tem, por conseguinte, mais peso que o valor da ordem que se pretende estabilizar; a culpabilidade dentro de um ordenamento que, por sua, não vale nada é uma culpabilidade exclusivamente formal”. Idem, p. 34.

⁴⁹⁹ “uma determinada ordem é um ordenamento jurídico ao menos para aquelas pessoas que ocupam dentro dele uma posição como pessoas (...) sendo que uma perturbação realizada por uma pessoa, isto é, o é precisamente pelo significado comunicativo de seu comportamento”. Idem, ibidem.

⁵⁰⁰ “não é possível que uma sociedade outorgue liberdade de comportamento e ao mesmo tempo dê a seus membros a opção de chegarem ou não com sua autodeterminação até ‘saber praticamente que a situação jurídica que está na base da relação jurídica concreta tem validade geral para o próprio sujeito’ (...). Mas, se na realidade não se considera seriamente a possibilidade de permanecer no estado natural, as pretensões de modificar o conteúdo do ordenamento somente podem se realizar mediante os

o autor exclui a possibilidade de discussão da legitimidade da norma para fundamentar seu descumprimento, na medida em que os interesses da sociedade civil não poderiam ser dissociados do próprio Estado. Assim, o conceito de legitimidade em Jakobs, também é normativo e deriva da consideração da cidadania como presunção de autodeterminação conforme o direito, construído em sentido social e não psicológico⁵⁰¹, logo a infidelidade ao direito manifestada seria presumida como violação legítima de norma e, portanto, indicadora da existência de culpabilidade material⁵⁰².

Assim, Jakobs acaba por colocar no centro do conceito de culpabilidade, tanto em perspectiva formal como material, a infidelidade ao Direito, definida normativamente como a falta de motivação jurídica determinante⁵⁰³. Nesse sentido o autor define culpabilidade como “*responsabilidade pela falta de motivação jurídica dominante em um comportamento antijurídico*”⁵⁰⁴. Todo o restante deste capítulo será dedicado à compreensão dos exatos termos e limites desta definição de culpabilidade de Günther Jakobs.

procedimentos previstos para isso, o que por sua vez significa: somente dentro do ordenamento, e não renegando-o”. Idem, p. 36, 37.

⁵⁰¹ “Enquanto seja possível demonstrar por meio do tratamento comunicativo da designação de culpabilidade a validade dessa definição, a compreensão social é que o delinquente é materialmente culpável, que seu fato é a expressão de uma autocontradição (ainda que não se deva entender de maneira psicológica); e então é considerado como um cidadão de pleno direito, e diante da perspectiva da qual tem lugar essa valoração não há alternativa no âmbito comunicativo. Ou seja: num sistema de imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade”. JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 37.

⁵⁰² “Enquanto seja possível demonstrar por meio do tratamento comunicativo da designação de culpabilidade a validade dessa definição, a compreensão social é que o delinquente é materialmente culpável, que seu fato é a expressão de uma autocontradição (ainda que não deva entender de maneira psicológica); e então é considerado como um cidadão de pleno direito, e diante da perspectiva da qual tem lugar essa valoração não há alternativa no âmbito comunicativo. Ou seja: num sistema de imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade”. Idem, ibidem.

⁵⁰³ “o autor de um ato antijurídico é culpável quando a ação antijurídica não indica apenas uma falta de motivação jurídica dominante (...), mas quando o autor é responsável pela falta. Essa responsabilidade existe quando falta disposição para se motivar de acordo com a norma correspondente e esse déficit não pode se fazer compreensível sem que afete a confiança geral na norma” JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 675.

⁵⁰⁴ Idem, ibidem.

A culpabilidade é, em termos dogmáticos, um instituto e um princípio. Na qualidade de instituto possui estruturação e funcionalidade sistêmica, ou seja, é dotada de natureza jurídica, fundamento, elementos e concretude conceitual. Na qualidade de princípio atua como um referencial axiológico para a elaboração normativa e tomada de decisões judiciais. Assim, visando à realização de um estudo panorâmico da culpabilidade em Günther Jakobs, a análise deste *instituto* na obra do autor perpassará pela compreensão de seu fundamento, origem histórica, naturezas jurídicas - como eventual componente do injusto ou pressuposto da pena -, e elementos que a compõem, respectivamente nos subitens abaixo, ou seja, questões concernentes à função específica ou intrasistêmica da culpabilidade, a saber, como esta se relaciona com os outros institutos para compor uma teoria da geral da imputação. Outrossim, será estudada a compreensão da culpabilidade como *princípio* em Jakobs, momento no qual será abordada a função sistêmica global deste instituto, ou seja, como a culpabilidade se relaciona com as funções do próprio Direito penal.

Cabe salientar que Günther Jakobs é um autor que remete as suas construções teóricas penais à estrutura de funcionamento da sociedade, trazendo para isto exemplos do cotidiano, dos costumes, da cultura e, até mesmo, da mitologia ou da literatura. Em cada item discutido serão reproduzidos os exemplos trazidos pelo próprio autor para facilitar a compreensão um tanto quanto singular dos temas apresentados.

4.1.1. Fundamento da Culpabilidade: A Competência

Como visto, uma das questões tormentosas na crise pós-moderna de fundamentação ontológica da realidade com reflexos para o Direito penal é, justamente, a possibilidade de autodeterminação ou livre-arbítrio, clássico fundamento da culpabilidade. O desenvolvimento da neurociência⁵⁰⁵ reacendeu o debate histórico entre

⁵⁰⁵ Las neurociencias, en gran medida gracias a las enormes posibilidades que ofrecen los nuevos métodos de experimentación y neuroimagen -tomografía por emisión de positrones (PET), resonancia magnética funcional o nuclear (RM o fMRI), magnetoencefalografía, etc.-, han sufrido un avance

determinismo e indeterminismo apontando uma potencial ausência de legitimidade para o Direito Penal da culpabilidade.

Günther Jakobs relembra que esta questão não é, de maneira alguma inovadora, sendo que Kant, hipoteticamente, *“já elaborava os poderosos avanços da neurociência em relação à possibilidade de antecipar o juízo, ao menos em alguns casos, sobre o que um indivíduo irá em seguida externar como comportamento de sua escolha”*⁵⁰⁶. Segundo Jakobs, se Kant afirmava que a previsibilidade do comportamento estaria sujeita à possibilidade de sua correspondente investigação, os neurocientistas, porque já podem investigar, defendem a consequente previsibilidade e determinabilidade da ação humana⁵⁰⁷.

Porém, para Jakobs a realidade normativa é distinta da realidade cognitiva e, muito embora os neurocientistas afirmem que a determinabilidade do comportamento implica ausência de legitimação para o Direito penal por afrontar o livre arbítrio, Jakobs se alinha a perspectiva cética ou agnóstica e contraria essa conclusão afirmando que os avanços da neurociência não afetam em nada o desenvolvimento jurídico penal por constituírem realidades distintas. Para o autor o fundamento da culpabilidade seria o

espectacular en los últimos años y nos han abierto la ilusionante posibilidad de conocer mejor lo que denominamos “naturaleza humana”. De tal manera que algún autor no ha tenido reparos en hablar de una “revolución neurocientífica”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Derecho...Op. Cit., p. 2.

⁵⁰⁶ “ ‘ todas as ações individuais (são) na aparência (Erscheinung) determinadas pelo seu caráter empírico e pelas outras causas que contribuem para a ordenação da natureza, e se pudéssemos investigar todos os fundamentos do seu arbítrio até o fundamento, então não haveria ação humana individual que não pudéssemos prever com certeza ou que não pudéssemos conhecer as suas condições prévias necessárias’ ”. JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação...Op. Cit., p. 24.

⁵⁰⁷ Idem, ibidem.

conceito de normativo de *competência*⁵⁰⁸ e não qualquer outro preceito metafísico ou ontológico⁵⁰⁹.

Günther Jakobs afirma que a sua teoria do Direito penal concorda com a neurociência no ponto em que *“os indivíduos (sentido essencial) não são livres nem em sua physis nem mesmo em seus estímulos físicos por meio voluntário ou involuntário; nessa medida a teoria do direito penal não se posiciona à diferença da moderna neurociência”*⁵¹⁰. Todavia, para o autor os neurocientistas parecem ignorar que a sociedade é algo distinto dos membros que a compõem, de modo que os processos físico-causais do *indivíduo* perdem relevância diante do conceito social normativo de *pessoa* como centro de imputação⁵¹¹. Logo, *“a culpabilidade formal pressupõe que o sujeito competente possa ser representado como pessoa, isto é, como titular de direitos e destinatário de obrigações”*⁵¹²

⁵⁰⁸ “esta competência é o equivalente na teoria do direito, o que na metafísica se chama de livre arbítrio”. JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 31.

⁵⁰⁹ “a função do princípio da culpabilidade é independente de qualquer decisão que se tome quanto à questão do livre-arbítrio; nem sequer depende de que tenha sentido formular essa questão. A culpabilidade é a falta de fidelidade ao direito manifestada”. Idem, p. 42.

⁵¹⁰ JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 40.

⁵¹¹ “A expectativa – e somente por isso é uma expectativa normativa – não se refere ao comportamento do ser humano como existe de fato, e sim ao ser humano como deve ser, isto é, estando motivado de maneira dominante para o cumprimento da norma. Por conseguinte, no marco dessa motivação, a pessoa é imaginada como portadora de um modelo (rol)”. JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 67.

⁵¹² JAKOBS, Günther. Fundamentos...Op. Cit., p. 42. Para ilustrar essa estrutura de imputação Jakobs cita o exemplo da autorregulação de um Estado Nação: “Em vários países que têm fronteiras comuns, os habitantes das zonas fronteiriças costumam de vez em quando organizar saques em alguns países vizinhos, produzindo ali um dano maior que o produto do roubo que levam para casa, fato que é indiferente aos saqueadores, já que o dano é suportado por estranhos. Os monarcas soberanos desses países, por ocasião de um encontro entre eles, chegam a um acordo para impedir essas atitudes no futuro e convencionam, como garantia da promessa, em pagar-se mutuamente uma multa equivalente ao dobro do dano produzido, no caso de, apesar de tudo, realizarem os saques. A situação melhora radicalmente, consequência das medidas imediatas dos monarcas; no encontro seguinte só existem poucas multas a pagar. Um dos monarcas, entretanto, nega-se absolutamente a pagar, alega que apesar de ter realizado imensos esforços não conseguiu meios suficientes para poder criar forças de polícia

Jakobs desenvolve uma teoria segundo a qual *“responsabilidade e liberdade devem ser levadas em conta como dupla face de uma medalha (...) a tarefa se deixa assim precisar na elaboração das condições físicas e psíquicas de cada comportamento e já nessa formulação se afirma necessariamente que a determinação explicada não vale para a forma de ser (Ist-Gestalt) dos indivíduos (isto é apenas determinado por processo físico-causal ou psíquico causal), mas sim unicamente por uma forma de dever (Soll-Gestalt)”*⁵¹³. Assim, o que é relevante para o direito não é comportamento individual tomado por si ou seus fatores causais de motivação, mas a possibilidade de orientação social com base nas expectativas de comportamento entre os membros da sociedade entendidos como *peessoas*⁵¹⁴.

Nesse sentido: *“uma sociedade normativamente estruturada relaciona-se não com os indivíduos, mas sim com as pessoas. Pessoas são os destinatários comunicativamente construídos de direitos e obrigações. A ordem normativa, o direito, é realizável na sociedade quando ela conduz a uma orientação real. Isso é o que na neurociência deve permanecer oculto, que ela investiga os indivíduos em vez de investigar a sociedade”*⁵¹⁵. Ora, a personalidade seria socialmente determinada e, em

consideráveis; por isso argumenta que lhe foi impossível manter sob controle os habitantes de suas zonas fronteiriças. Os demais lhe escutam e decidem, dada a incapacidade do país vizinho para administrar seu país com efetividade – por sua debilidade financeira –, dividi-lo entre eles e tratá-lo como província. Diante dessa possibilidade, o monarca finalmente paga. O filósofo da corte considera que é injusto ter que pagar uma multa por um comportamento que não foi livre, e que é indigno obedecer a tal requerimento de pagamento, mas o monarca contesta que sua liberdade de se auto-administrar vai além de tais considerações”. JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____ . Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 42-43.

⁵¹³ Aqui o conceito de “liberdade” é apresentado em sentido causal. JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 35.

⁵¹⁴ Idem, ibidem.

⁵¹⁵ Idem, 40. Nesse mesmo texto: “é pessoa quem é responsável; a capacidade de observância da norma será adscrita à pessoa, ou formulando de outra forma, é considerada livre ao pretender seguir fiel ao direito. Aqui o conceito de liberdade foi utilizado em sentido kelseniano, ou seja, constituída por meio de uma ordem normativa. KELSEN, Hans apud JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.) Teoria da Pena...Op. Cit., p. 35.

alguns aspectos, serviria à confirmação da própria identidade social na medida em que as pessoas são comunicativamente imputadas para manutenção da confiança jurídica.

Portanto, se o Direito é um sistema normativo *jurídico-social*, os seus institutos e conceitos estão revestidos do mesmo grau de normatividade institucionalizada. Para Jakobs não cabe perscrutar as razões biológico-causais de um comportamento com vistas a imputar ou responsabilizar um indivíduo, mas sim compreender quais são as expectativas sociais dirigidas às pessoas e mantê-las em uma estrutura comunicativa funcionalizada. É esta uma das consequências de se interpretar o Direito como um sistema social de *imputação* voltado à *prevenção geral positiva*. Logo, o conceito de culpabilidade teria como fundamento a **competência** *normativamente construída* de uma **pessoa** e não o livre-arbítrio de um indivíduo.

4.1.1.1. Origens da culpabilidade: imputação por competência e diferenciação entre responsabilidade objetiva e subjetiva

A compreensão da competência como fundamento da culpabilidade se torna mais clara na releitura de Jakobs concernente à contraposição entre responsabilidade subjetiva e objetiva, a qual contém uma explicação sociológica da origem histórica da culpabilidade. Segundo o autor “*a concepção atualmente importante, segundo a qual a culpabilidade deve ser culpabilidade pelo exercício da vontade, vem condicionada pelo desenvolvimento histórico*”⁵¹⁶. Isso porque, antes do surgimento do conceito *culpabilidade* existiria a *imputação*, ou seja, atribuíria-se a alguém a responsabilidade por um evento indesejado, ensejando punição. A culpabilidade consubstanciaria, então, uma das possíveis modalidades de imputação, na medida em que esta última seria um gênero, do qual a primeira é espécie.

⁵¹⁶ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 47.

Desta forma, “a responsabilidade pelo resultado e a responsabilidade culpabilista, que é aqui o tema principal, têm uma forte raiz comum: a explicação de perturbações da vida social por meio de imputação”⁵¹⁷. Todavia, historicamente, a responsabilidade pelo resultado antecede à culpabilista, em razão da estrutura de compreensão do mundo nas comunidades primitivas. A culpabilidade, em suas raízes, significa subjetivação da responsabilidade, no sentido de que o cumprimento da norma depende de dois tipos de “prestações” do indivíduo, uma prestação volitiva e uma prestação cognitiva: “se se consideram que as condições psíquicas devem estar cumpridas para que uma norma seja respeitada, obtém-se o seguinte resultado: para cumprir uma norma necessita-se, por um lado, de um motivo para respeitá-la e, por outro, a capacidade psíquica de encontrar e acatar a norma em questão”⁵¹⁸, ou seja, vontade (querer) e cognição (conhecer), respectivamente.

A responsabilidade pelo resultado não levava em consideração condições psíquicas, em específico no que tange à cognição dos possíveis efeitos ou circunstâncias atinentes ao evento criminoso, “não exista exoneração no caso em que o sujeito não pudesse conhecer”⁵¹⁹. Günther Jakobs exemplifica esta modalidade de imputação mesmo na ausência de conhecimento com três mitos em artigos distintos concernentes ao mesmo tema, que serão aqui reproduzidos: o mito de Loki e da lontra⁵²⁰, a lenda de Rosamunde e Albuin⁵²¹, e o mito de Édipo⁵²².

⁵¹⁷ Idem, p. 17.

⁵¹⁸ Idem, p. 13.

⁵¹⁹ Aqui “conhecer” refere-se às circunstâncias fáticas e não à norma. Idem, p. 15.

⁵²⁰ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 42, n.2, p.635, mai./ago., 1989..

⁵²¹ JAKOBS, Günther. El Lado Subjetivo del Hecho. In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.). Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs. Madrid: Aras Editores, 2005, p. 120.

⁵²² JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 17..

Segundo uma das lendas da mitologia nórdica⁵²³, Loki teria matado uma lontra em uma caçada, acompanhado de Odin e Honir. Ocorre que a lontra era um homem transformado e, quando o pai do animal percebeu o que denominou de “homicídio”, exigiu compensação monetária dos deuses, que assumiram a responsabilidade pelo crime e efetuaram o pagamento⁵²⁴. A partir desta lenda, e das duas que serão analisadas a seguir, Jakobs demonstra que a responsabilidade pelo resultado também depende de atribuição. De um ponto de vista estritamente causal o homem-lontra e Loki teriam participado em proporções iguais no resultado morte, *“em uma responsabilidade pelo resultado baseada na causalidade deveria atribuir-se tanto ao autor como à vítima”*⁵²⁵ a responsabilidade pelo evento, na medida em que, o fato de o homem escolher ter se transformado em lontra parece ter uma importância fundamental na construção do nexo de causalidade que leva ao evento morte. Todavia, não é isto que ocorre, em virtude de a causalidade física não constituir em sua estrutura um meio idôneo de responsabilização.

Segundo Jakobs, a adoção de uma causalidade estrita implicaria a impossibilidade de orientação social, em razão da consequente atribuição inexpressiva de responsabilidade a qualquer um que tivesse contato com a cadeia causal. Portanto, na lenda apresentada, *“não se trata de uma responsabilidade somente pela causação do resultado; mas sim define-se uma simples parte do nexo causal existente como única causação decisiva: tampouco a responsabilidade pelo resultado é simplesmente responsabilidade pela causação, mas sim responsabilidade por conta da imputação em uma causação”*⁵²⁶. Assim elege-se normativamente Loki como responsável em um evento no qual a lontra poderia igualmente arcar com as consequências jurídicas.

Isso fica ainda mais claro no exemplo que Jakobs busca na mitologia grega. Em “Édipo Rei” de Sófocles, o rei Layo foi avisado pelo oráculo que seu filho haveria de

⁵²³ BRUNNER, 1980, pp. 488 e ss. apud JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 635.

⁵²⁴ FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. As melhores histórias da mitologia nórdica. São Paulo: Artes e Ofício, 2010, p. 33 e ss.

⁵²⁵ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 635.

⁵²⁶ Idem, ibidem.

matá-lo e casar-se com a própria mãe, Jocasta. Layo busca fugir do destino e manda matar o recém-nascido Édipo, que acabou resgatado por seu pretenso executor. Passam-se os anos, Édipo reencontra o pai em uma encruzilhada sem saber quem era e, em um desentendimento, acaba por matá-lo. Ao chegar à cidade, casa-se com a própria mãe, também sem o saber, cumprindo a previsão do oráculo⁵²⁷.

Günther Jakobs interpreta este mito da seguinte forma: *“no exemplo: que Édipo causasse a morte de Layo, matando-o, e que Layo participasse na causa de sua própria morte ao ir ao local em que foi morto é o mesmo em uma concepção científico natural de causa: tanto um como outro são uma condição para o resultado. E, apesar de que não se considerava que Layo fosse um suicida, e sim que Édipo era um parricida, isso não pode explicar-se mediante a relação causal avaliativa entre ação e resultado, senão que pressupõe a existência de normas, como uma norma segundo a qual, em caso de concorrer – seja pela razão que for – a vida do pai com a do filho, deve ceder o filho. Não é a causação do resultado em si, e sim a vulneração da norma que constitui a perturbação social”*⁵²⁸.

O mesmo pode ser observado em uma coleção de lendas do século XIII de Jacobus de Voragine⁵²⁹, sobre a rainha Rosamunde e o rei Albuin. Diz a lenda que a rainha, profundamente ofendida com seu marido e procurando ocasião para matá-lo, passou-se por concubina de um dos duques do rei e deitou-se com o duque. No dia seguinte ela revelou sua verdadeira identidade e disse: *“...agora com certeza fez algo pelo que haverá de matar o rei ou morrer em suas mãos”*⁵³⁰. A imputação deste ato ao duque, na medida em que seria ele que deveria responder com a vida pelo feito e não a rainha, permite observar a responsabilização por um ato mesmo perante a ausência de possibilidade de cognição das circunstâncias fáticas pelo autor. A compreensão deste fenômeno apenas é possível, conforme destaca Jakobs, se se observar que há um

⁵²⁷ Cfr. SÓFOCLES. Édipo Rei. São Paulo: L&pm, 2011.

⁵²⁸ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 17.

⁵²⁹ JAKOBS, Günther. El Lado Subjetivo del Hecho In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.). Los Desafios...Op. Cit., 120.

⁵³⁰ Idem, ibidem.

conjunto normativo determinando a imputação, ou seja, há determinação valorativa de sobre quem a responsabilidade por determinados resultados deve recair, independentemente da participação consciente do indivíduo no curso causal, isto é denominado **competência** pela violação da norma⁵³¹.

Logo, Jakobs, através da releitura destas três lendas, defende que tanto a responsabilidade objetiva como a subjetiva tem por base essencial o fenômeno da imputação normativa por **competência**. O autor afirma: *“não é a causação do resultado em si, e sim a vulneração da norma que constitui a perturbação social. Da mesma maneira que ocorre no âmbito da responsabilidade culpabilista, determina-se por um procedimento normativo quem é **competente** para o resultado, e não por um curso natural, isto é, nem pela biologia, nem pela física, nem tampouco – o exposto aqui, ainda que seja supérfluo para a responsabilidade pelo resultado, é importante no que se refere à responsabilidade por culpabilidade – pela psicologia”*⁵³².

Ora, se tanto responsabilidade objetiva como responsabilidade por culpabilidade são modalidades de imputação que tem por base comum o conceito de *competência* para a violação de uma norma, pode-se concluir que a estrutura basilar de ambas é similar, a saber, imputação por competência, segundo o modelo defendido por Jakobs. Resta compreender o que motivou a transição de um modelo de imputação para o outro, ocasionando o surgimento e fortalecimento da responsabilidade subjetiva.

Para o autor a culpabilidade teria surgido como consequência da “desmistificação” do mundo, conceito trazido de Max Weber⁵³³, que significa a

⁵³¹ “de acuerdo con la concepción moderna, faltando dolo o imprudencia, no había nada nada que reprochar al duque, pero eso no lo considera determinante la leyenda, y si la barbaridad de que un vasallo del rey ha tenido comercio carnal con la esposa de éste: ello revoluciona el orden jerárquico, y, con ello, de la sociedad de los longobardos; esta ‘herida en el organismo de todas las relaciones vitales’ (Viktor Achter) sólo puede sanar si se elimina la contradicción que está en su base, y eso significa que uno de los dos, rey o duque, debe desaparecer de la tierra”. Idem, ibidem.

⁵³² JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 17.

⁵³³ M. Weber, *Gesammelte Aufsätze Wissenschaftslehre*, coord. por J. Winkelmann, 3. Ed., 1968, p. 582 e ss., 594. apud JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 15.

racionalização da relação entre homem e universo⁵³⁴. Quando o homem não podia compreender as forças atuantes na realidade, a *imputação* não seria pautada em critérios de racionalização da norma, mas apenas no cumprimento ou descumprimento estrito do preceito normativo sem concorrência necessária de vontade ou conhecimento do autor.

Assim os imperativos: “não se pode tirar a vida de outro homem sem justo motivo”, “não há justo motivo que justifique um filho tirar a vida do próprio pai”, ou “um homem deve defender a sua honra conjugal contra outro homem, sem responsabilização feminina”, como visto nos mitos de Loki, Édipo e Albuin, respectivamente, são imperativos *normativos* imputados pelo simples descumprimento, os quais já consubstanciam em seus preceitos *valoração* da cadeia causal, ou seja, impõem responsabilidade pelo resultado elegendo o sujeito *competente* em caso de violação: no caso de Loki, é competente quem tirou a vida alheia, em Édipo, a competência pela violação da norma em um parricídio é do filho e em Albuin a competência para a defesa da honra conjugal é masculina.

Estas normas poderiam ter o seu sentido comunicativamente afrontado sem que o autor tivesse a consciência ou intenção de fazê-lo, é o que Jakobs chama de possibilidade de alteração do mundo pela mão e não pela mente do ser humano⁵³⁵, ensejando a responsabilidade pelo resultado⁵³⁶. A razão da admissão desta estrutura de responsabilidade repousa no fato de que o próprio homem desconhecia as regras naturais que determinavam os eventos num mundo sensorial, todavia mesmo sem conhecê-las sofria e, portanto, devia aceitar os efeitos destas regras. Ora, os homens não

⁵³⁴ “O conceito moderno de culpabilidade é filho do mundo desmistificado. Essa desmistificação da realidade significa, utilizando as palavras de Max Weber, que, ‘se assim se quisesse, (...)poderiam se averiguar em qualquer momento as condições de vida às quais o sujeito está submetido, isto é: em princípio não existem forças misteriosas e incalculáveis que determinavam as condições de vida e com isso o sentido da existência humana. Esse sentido se entendia como sentido objetivo, isto é, como sentido que primeiro se encontrava no mundo exterior e depois na mente do ser humano e não o inverso”. JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In:_____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 15.

⁵³⁵ Idem, ibidem

⁵³⁶ “A responsabilidade pelo resultado não tem que ser necessariamente responsabilidade penal. No presente contexto, apenas o que é decisivo é que a responsabilidade expressa a defraudação pelo curso catastrófico do mundo, que tem sua razão determinante no comportamento errôneo, ou na mera existência errônea do sujeito responsável”. Idem, ibidem.

compreendiam os fatores que geravam a chuva, mas não aceitar a destruição da plantação por um precipitação excessiva fora de época seria impróprio, do mesmo modo que negar responsabilidade por falta de cognição ou controle do curso causal. Jakobs associa este fenômeno de responsabilidade pelo resultado com a aceitação do destino⁵³⁷.

Todavia com a racionalização ou *desmistificação* do universo o homem toma controle, ou tem a sensação de tomar controle, tanto do mundo como de si mesmo e se torna responsável pelo sentido que racionalmente confere às suas ações, sendo autor e não vítima do próprio destino⁵³⁸, esta seria em Jakobs a origem sociológica do conceito de culpabilidade. Segundo Günther Jakobs: “*como exposto, a inevitabilidade de um erro só constitui argumento no âmbito da imputação se se parte de que a realidade é passível de ser dominada; uma realidade concebida dessa maneira não necessita de imputação de consequências fortuitas*”⁵³⁹. Logo, conclui-se que é a própria percepção social da realidade que determina uma imputação nos moldes de responsabilidade por resultado ou por culpabilidade, sendo que estas duas instituições seriam funcionais a depender do momento histórico de evolução social⁵⁴⁰ ou da estrutura do ordenamento jurídico.

Cabe observar que a *racionalização* do mundo não implica a afirmação da descoberta da realidade ontológica da responsabilidade, no sentido de que antes da *desmistificação* a responsabilidade seria atribuída normativamente de forma “injusta” ou aleatória, e depois que o homem tomou consciência da possibilidade de controle

⁵³⁷ JAKOBS, Günther. El Lado Subjetivo del Hecho In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.). Los Desafios...Op. Cit., 120; JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In:_____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 20.

⁵³⁸ JAKOBS, Günther. El Lado Subjetivo del Hecho. In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.). Los Desafios...Op. Cit., 120.

⁵³⁹ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In:_____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 20.

⁵⁴⁰ “a percepção social da realidade é a que determina sob que condições deve imputar-se, e se a presença de um erro resulta ser um obstáculo para isso, pode-se denominar a imputação de consequências de um comportamento culpável ‘princípio de culpabilidade’ e contrapô-lo à imputação do destino, sem que com isso, entretanto, possa excluir-se que em ambos os casos, tanto no da imputação de culpabilidade com no de imputação de destino, trate-se de instituições sociais que sejam ambas perfeitamente funcionais, dependendo do estágio de desenvolvimento da sociedade em questão”. Idem, ibidem.

racional dos cursos naturais a imputação por culpabilidade teria humanizado e justificado a responsabilização. É de se destacar que o controle racional da vontade ou da natureza também é - na mesma medida que a aceitação do destino o era - uma *percepção cultural humana*, a qual se encontra amplamente questionada atualmente na sociedade de risco e pela neurociência⁵⁴¹, com a consequente ampliação nos dias de hoje da responsabilidade pelo fortuito⁵⁴². Em suma, observa-se que o *fundamento* da culpabilidade em Günther Jakobs é o conceito de competência, equivalente normativo ao metafísico livre arbítrio.

A título de conclusão, o que distingue responsabilidade por culpabilidade de responsabilidade pelo resultado seria que no primeiro caso haveria admissão culpável da competência e no segundo a competência pela vulneração da norma é simplesmente atribuída e admitida como tal: “*como conclusão a este respeito: a ação, enquanto ‘admissão culpável da **competência** por uma lesão da vigência da norma’, é a **ação** em direito penal da **culpabilidade**. A versão ampliada ‘ação como admissão da **competência** por uma lesão de vigência da norma’ também abrange a ação em direito penal da responsabilidade pelo resultado*”⁵⁴³.

Assim, em ambas as modalidades de imputação elege-se uma *pessoa*, em sentido técnico, como centro de imputação normativa, sendo que na culpabilidade a imputação está limitada à vontade e consciência do imputado e, na responsabilidade pelo resultado a imputação ocorre pela simples violação da norma pelo sujeito. Competência seria, portanto, a determinação da pessoa, feixe de expectativas, como ente responsável pela manutenção da estabilidade normativa, às custas de quem a norma deve ser estabilizada, o que proporciona a comunicação simbólica das funções de prevenção geral positiva da pena.

⁵⁴¹ Infra, p.30 e ss.

⁵⁴² Infra, p 42 e ss.

⁵⁴³ Grifo nosso. JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 64.

4.1.2. Culpabilidade e Teoria da Ação: Separação entre Injusto e Culpabilidade

O penúltimo parágrafo acima introduz propositadamente, por meio de uma citação direta a Jakobs, a discussão deste item, qual seja, a relação entre ação e culpabilidade e a potencial unificação da teoria do injusto com a teoria da culpabilidade. Segundo Günther Jakobs o conceito de ação não tem contornos pré-jurídicos ou metafísicos, mas deve ser constituído dentro da sociedade⁵⁴⁴, deste modo, tanto a perspectiva causalista de Von Liszt⁵⁴⁵, como a teoria finalista de Hans Welzel⁵⁴⁶, seriam inadequadas para explicar o fenômeno jurídico da ação.

A interpretação da ação como um conceito social levanta a discussão, contrária à quase unanimidade da doutrina⁵⁴⁷, de se o estudo da ação deve ser considerado exclusivamente com relação à teoria do injusto ou se também se refere à teoria da culpabilidade e, nesse sentido, Jakobs questiona se “*a responsabilidade por culpabilidade faz parte da ação*”⁵⁴⁸.

Primeiramente, Jakobs demonstra que na realidade social a responsabilidade nem sempre pressupõe ação, seria o caso da responsabilidade por uma situação de fato ou pelo pertencimento a um grupo social. O autor cita o exemplo, comumente

⁵⁴⁴ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 45.

⁵⁴⁵ Idem, p. 51.

⁵⁴⁶ Idem, p. 53.

⁵⁴⁷ “Segundo a observação de Welzel, a decomposição do delito nos três elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade supõe ‘o passo mais importante da dogmática das umas, duas ou até três gerações’. E certamente, apesar de que é crescente o número de críticos a esse respeito, a categoria do delito consistente em um injusto independente da culpabilidade segue gozando de amplo reconhecimento na atual ciência alemã do direito penal: Jescheck e Weigend caracterizam-no como ‘eixo da teoria do delito’, e Schünemann o considera como parte daqueles conhecimentos dogmáticos que ‘conformam de maneira exemplar o alto nível da dogmática jurídico-penal de nosso tempo’”. PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 87.

⁵⁴⁸ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 46.

presenciado em sociedade, consubstanciado na responsabilização por *vis absoluta*: quando alguém perde o equilíbrio caminhando na rua e acaba levando consigo ao chão algum outro transeunte, é bastante natural que a primeira pessoa peça “desculpas” à segunda. Ora, se aquele que se desequilibrou não foi, de modo algum, culpado por isso, qual seria a razão do pedido de desculpas?

Günther Jakobs explica esta situação da seguinte forma: “*a responsabilidade (...) não pressupõe sempre algo que se pudesse razoavelmente chamar de ação. É que a responsabilidade pode também provir de como existe socialmente a pessoa responsável, precisamente como perturbador, como alguém que traz desgraça. Se isso se percebe ainda hoje na responsabilidade informal, não há nenhum obstáculo em princípio que impeça supor como possibilidade uma situação na responsabilidade formal atribuída pelo direito*”⁵⁴⁹. Todavia, Jakobs conclui que, muito embora seja possível admitir a possibilidade da existência de uma responsabilidade sem ação, não é esta a opção adotada pelos ordenamentos dos Estados modernos, pois “*ao falar do conceito de ação, já se produziu uma opinião do direito penal contrária de que exista responsabilidade pela mera existência e a favor de que a responsabilidade se produza por (...) organização*”⁵⁵⁰.

Com esta discussão o autor não pretende sugerir a criação de uma categoria jurídica totalmente disfuncional aos ordenamentos jurídicos democráticos, a saber, a responsabilidade pela existência, mas sim demonstrar que, levando em consideração o fato de haver existência informal de responsabilidade sem ação, talvez não seja a ação um pressuposto necessário da responsabilidade, mas apenas um componente desta última - à semelhança da culpabilidade - em determinada estrutura jurídica. Assim, pode-se observar do estudo até este momento apresentado que, para Günther Jakobs, os principais elementos da realidade normativa que deflagram a punição penal seriam, naturalmente, a própria norma e os *mecanismos de imputação*. Todavia, tais mecanismos aptos a dizer quando uma pessoa é responsável pela violação da norma nem sempre repousaram sobre as estruturas atualmente conhecidas: ação ou culpabilidade, apenas o fazem nos ordenamentos jurídicos democráticos modernos.

⁵⁴⁹ Idem, p. 47.

⁵⁵⁰ Idem, p 49.

Ressalta-se que a constatação de que a responsabilidade penal, em suas origens, poderia prescindir de estruturas como a culpabilidade ou a ação, apenas revela que a origem basilar da imposição penal seria a própria *imputação*, ou seja, a simples atribuição a alguém da responsabilidade por um fator externo negativo, estando este relacionado ou não com a conduta humana apta a gerar o resultado. A este respeito cabe lembrar a passagem de Jonas retratada na Bíblia, que retrata a forma como a sociedade da época interpretava desastres naturais e atribuía responsabilização. Um barco passava por uma grande tempestade interpretada pelos seus tripulantes como punição divina, nesta ocasião foi lançada a sorte sobre os tripulantes do barco para revelar quem era responsável por aquela tempestade, recaindo sobre Jonas, o qual foi lançado ao mar para aplacar a tempestade. Sem entrar no mérito religioso da questão, em sentido técnico-jurídico Jonas não teria praticado uma *ação* apta a gerar o resultado *tempestade*, mas foi responsabilizado por isto.

Assim, a responsabilidade penal em suas origens sociológicas ou antropológicas ainda não era dotada da complexidade encontrada hoje nos ordenamentos jurídicos modernos, tendo como elemento basilar a simples *imputação*, ou seja, a atribuição a alguém da responsabilidade por um resultado danoso conforme *quaisquer critérios*, inclusive a sorte. Observa-se que a ação e a culpabilidade seriam, portanto, *critérios* e *estruturas* de imputação presentes e *imprescindíveis* aos ordenamentos jurídicos modernos, cuja correlação ou relação de dependência deve ser investigada em conformidade com suas origens sociológicas, as quais indicam, segundo Günther Jakobs, que a culpabilidade seria elemento e pressuposto da ação com relevância penal.

Primeiramente, tendo em perspectiva que para o autor a culpabilidade seria a manifestação de *infidelidade normativa*, cabe compreender a estrutura do conceito de ação para Günther Jakobs. Segundo o autor, o conceito de ação é construído normativamente⁵⁵¹, ou seja, “a ação se converterá no que deve ser: uma tomada de

⁵⁵¹ “Ao contrário do que sugere o finalismo, na hora de combinar ser humano e curso causal por meio da imputação para obter a ação humana, isso não pode ser feito utilizando-se exclusivamente a antecipação psicológica individual de cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de que se conheça geralmente a existência de tais acontecimentos psicológicos individuais que produzem tal combinação: essa vinculação somente se obtém aplicando um esquema de interpretação, e a configuração determinante desse esquema deriva da construção da sociedade, e não de uma compreensão exclusivamente individual”. Idem, p. 58.

postura relevante no plano da comunicação, uma expressão de sentido comunicativamente relevante”⁵⁵². Assim, para o autor a ação não é a simples modificação da realidade externa, como o era na teoria mecanicista do naturalismo clássico, e também não constitui a expressão fática de sentido subjetivo apto à reconfiguração da realidade pela previsibilidade dos efeitos naturais, à semelhança do finalismo, mas sim representa, em sua essência, o significado comunicativo de determinada atitude externa, sendo que tal significado é determinado em conformidade com a *institucionalização* das regras de comportamento social, apresentando-se de forma puramente *normativa*, portanto.

Tal estrutura do agir seria apta a esclarecer a distinção entre um ato de homicídio ou de sacrifício humano realizado em sociedades privativas, por exemplo, na medida em que a ação seria determinada pelo seu potencial de sentido comunicativo socialmente normativizado e, se em desconformidade com o direito, representaria em seu conteúdo uma negação do reconhecimento da validade da norma. Desta forma, Jakobs observa que a ação expressa uma tomada de postura diante da configuração da realidade *social* ou, mais especificamente, diante da validade da norma, na medida em que, “*a expressão de sentido jurídico-penalmente relevante de uma ação injusta não está na manifestação do autor acerca de como se imagina a configuração da realidade, e sim na tomada de postura perante a validade da norma que aquela suporta de maneira inseparável: não reconhece nenhuma norma que pudesse lhe impedir de atuar*”⁵⁵³.

Assim, para Jakobs, a ação juridicamente relevante é aquela que emite o sentido de negação da vigência da norma⁵⁵⁴, ou seja, o autor de um crime de dano não pretende apenas danificar o patrimônio alheio, mas negar vigência a norma que o impede de fazê-lo. Logo, Jakobs conclui que: “*ação é objetivação da falta de reconhecimento da vigência da norma, isto é, a expressão no sentido de que a norma em questão não é a*

⁵⁵² Idem, p. 59.

⁵⁵³ Idem, p. 62.

⁵⁵⁴ “Apenas alguém que o direito reconheça a competência desde o ponto de vista comunicativo – com capacidade de imputabilidade – está em condições de agir de forma relevante em contrariedade aos comandos e proibições do direito”. PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 98.

máxima reitora. Expressão de sentido é um comportamento que conduz ou pode conduzir a um resultado delitivo externo e evitável, se este comportamento, de acordo com um juízo comunicativamente relevante, é ou poderia ser a razão determinante do delito externo”⁵⁵⁵.

Portanto Jakobs, ao considerar que o relevante para a avaliação de um comportamento não é qualquer questão física ou psíquica, mas sim o sentido que o comportamento emite, questiona se não seria conveniente retomar a teoria da imputação de Hegel que unifica injusto e culpabilidade, de modo que, agir seria equivalente a agir culpavelmente⁵⁵⁶. Isto porque, para o autor, a culpabilidade representaria as condições de emissão de sentido em conformidade com o Direito, apta a consubstanciar a falta de fidelidade normativa e, em contrapartida, a ação seria a efetiva expressão externa da negação da norma. A culpabilidade seria pressuposta à ação, compondo o injusto, em contraposição ao entendimento da doutrina dominante que defende a cisão entre estas categorias dogmáticas. Com vistas a enfrentar este questionamento o autor perscruta quais seriam as razões justificantes da cisão entre injusto, comportando a teoria da ação, e culpabilidade.

Um primeiro ponto favorável à distinção entre injusto e culpabilidade seriam as consequências sistêmico-dogmáticas desta cisão. Jakobs, citando as críticas, menciona *“a regulação da participação ou a aplicação de algumas causas de justificação”*⁵⁵⁷ dependeriam logicamente da separação doutrinária entre injusto e culpabilidade. Isto ocorreria pelos seguintes motivos: 1) a causa de justificação tem efeitos práticos distintos das causas de exclusão da culpabilidade, a saber, aquele que impede o exercício da legítima defesa, sem estar sob a mesma justificação, comete um ilícito, na medida em que a prática de uma conduta em conformidade com o direito, porque revestida do manto da justificação, deve ser tolerada por consubstanciar *exercício* de direito, em contrapartida, o inculpável atua antijuridicamente, de modo que, não haveria

⁵⁵⁵ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 64.

⁵⁵⁶ Idem, p. 68.

⁵⁵⁷ Idem, p.69.

dever de tolerância de sua ação⁵⁵⁸; 2) nesse mesmo sentido, a possibilidade jurídica da figura da participação dependeria da existência de um injusto objetivamente considerado independente da culpabilidade dos envolvidos no ato: *“novamente vê-se algo distinto também em relação aos preceitos da participação, os quais pressupõem como fato principal um ‘fato antijurídico’. Dessa interpretação deduz-se que o fato principal certamente deve ser antijurídico, mas não necessariamente também culpável”*⁵⁵⁹.

Todavia, Jakobs ressalta que *“essa razão é completamente formal”*⁵⁶⁰ e se refere exclusivamente ao fato de estas instituições terem uma dogmática própria, mas não remete à conformação sócio-jurídica dos institutos. Isto porque, no que tange à distinção entre causas de exclusão do ilícito e da culpabilidade, a existência ou não do dever de tolerância não versa sobre a *reprovação* voltada ao destinatário, ensejadora de pena. Logo, resistir à ação de um inimputável causadora de dano seria equivalente do *ponto de vista jurídico penal* a proteger-se contra os danos causados por um acidente natural, na medida em que, nem um desastre natural, nem a ação de um inimputável teriam o sentido comunicativo de crime.

De maneira análoga, no que concerne à questão da participação, por exemplo, seria possível argumentar a existência de autoria mediata no caso de coautor inculpável, de modo que sua ação não teria a relevância comunicativa de um injusto. Assim, Günther Jakobs conclui pela impossibilidade da ocorrência de um injusto não culpável, na medida em que, todo injusto como expressão de sentido pressupõe imposição de pena na qualidade de negação do sentido expressado pelo crime: não haveria crime sem

⁵⁵⁸ “Em vista das reflexões que acabam de ser expostas, a categoria do injusto independe da culpabilidade tem sua relevância, sobretudo, onde não se trata da consequência jurídica ‘pena’ – quer dizer, do castigo de um fato já cometido-, mas sim onde se está perante a questão de se em face de um autor que se dispõe a expor a perigo bens jurídicos alheios devem ser tomadas medidas de defesa, ou seja, nas oportunidades em que a finalidade do ato coativo é de natureza preventiva. Isto serve para distinguir as causas de justificação da exclusão da culpabilidade. Enquanto a ocorrência de uma causa de justificação tem como consequência o dever de tolerar a todos, as causas de exclusão da culpabilidade não trazem consigo tal consequência jurídica”. PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 103.

⁵⁵⁹ Idem, p. 106-107.

⁵⁶⁰ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 68.

pena segundo o autor, logo, em sentido análogo, não haveria injusto sem culpabilidade, na medida em que esta última é fundamento da pena. Esta consideração seria congruente com a estrutura dogmática das causas de justificação ou da participação, as quais também não determinam punição no caso de ausência de culpabilidade, tão somente valoram diversamente tais situações.

O segundo ponto contrário à unificação reside no argumento que “*a pessoa inculpável não está autorizada a matar ou coagir, ou conduzir em estado de embriaguez*”⁵⁶¹, tão somente é desculpada caso o faça, ou seja, o injusto existira independentemente da culpabilidade, pois o fato antijurídico seria uma categoria distinta do juízo de reprovação que recai sobre o autor. Contra esta ponderação, Jakobs ressalta que há diversos outros comportamentos de natureza civil ou administrativa que a pessoa inculpável não estaria igualmente autorizada a realizar, mas estas limitações não se relacionam com as finalidades de estabilização da ordem presente na pena aplicada pelo Direito penal, ou seja, o injusto *penal* em relação comunicativa pressupõe necessidade de estabilização normativa inexistente na ausência de culpabilidade, o que não ocorre em caso de injusto civil ou administrativo. Assim, Jakobs conclui que, pela universalidade do argumento ampliado a outros ramos jurídicos, este não poderia ser aplicado validamente para análises exclusivas ao universo penal.

O terceiro ponto contrário à unificação seria de natureza lógica, “*se alega que em todo caso a falta de culpabilidade, possibilidade de conhecer ou cumprir a norma, pressupõe que esta exista como tal, independentemente de sua cognoscibilidade, ou da possibilidade de cumpri-la, porque aquilo que é contrário à norma, o injusto, também pode existir independentemente*”⁵⁶² Segundo Jakobs, este argumento do ponto de vista lógico, levaria à conclusão que a “*separação entre o injusto como vulneração da norma e o caráter culpável do injusto como obrigação de responder pela vulneração é uma necessidade lógica*”⁵⁶³.

⁵⁶¹ Idem, ibidem.

⁵⁶² JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 69.

⁵⁶³ Idem, ibidem.

Todavia, Jakobs entende que este primeiro escalão, contendo o injusto somente, não abrange a função do Direito penal, isto porque não haveria uma lesão à vigência da norma com *significado jurídico* sem culpabilidade: “*somente quem atinge a norma de comportamento sendo responsável, isto é sendo culpável, vulnera essa norma, e nesta vulneração da norma é que se define a finalidade da pena, porque é essa vulneração na norma que constitui a lesão da vigência da norma*”⁵⁶⁴. Assim, Jakobs conclui que a ação, com efetiva relevância penal, seria “*converter-se a si mesmo em pessoa culpável*”⁵⁶⁵.

Esta parece ser uma conclusão análoga àquela encontrada nos estudos do bem jurídico apresentados no capítulo terceiro, qual seja, embora Jakobs reconheça a existência de bens, os bens jurídicos seriam apenas aqueles protegidos pelo Direito. Em sentido análogo, embora exista ação inculpável, apenas há relevância jurídica penal nas ações culpáveis, em virtude do seu caráter comunicativo de afronta à vigência da norma, ensejando consequente reposição normativa através da pena. Por este motivo, agir com sentido jurídico para o sistema comunicativo do direito seria equivalente a agir culpavelmente.

Conforme este conceito a ação teria incorporado a culpabilidade, de tal forma que ação poderia ser entendida juridicamente como converter-se em imputável culpavelmente, tendo o injusto como pressuposto⁵⁶⁶. Logo, para Jakobs, “*o comportamento, enquanto fato psicofísico, deve ser objetivamente imputável, evitável e culpável*”⁵⁶⁷, de modo que, apenas age com relevância comunicativa para o Direito penal a pessoa que atua culpavelmente, ocorrendo assim uma fusão entre teoria do injusto e culpabilidade por meio do conceito de ação.

⁵⁶⁴ Idem, p. 70.

⁵⁶⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶⁶ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 71.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem.

4.1.3. Culpabilidade e Teoria da Pena: Prevenção Geral Positiva

Se a discussão a respeito da relação entre culpabilidade em injusto é polêmica, a teoria jakobesiana das relações entre culpabilidade e prevenção geral positiva parece ser ainda mais criticada, especialmente no que tange ao potencial de instrumentalização do indivíduo, que será debatido em momento oportuno⁵⁶⁸. A doutrina funcionalista parece ser mais uniforme ao reconhecer a influência da culpabilidade na teoria da pena, em especial no tocante à relação com a prevenção geral positiva, todavia combate arduamente a possibilidade de identificação plena destes institutos nos moldes de Jakobs.

Conforme Günther Jakobs afirma, a prevenção geral positiva deve ser entendida como “*a garantia daquelas expectativas cuja firmeza frente à defraudação é necessária para a manutenção do ordenamento*”⁵⁶⁹. Portanto, para Jakobs prevenção geral positiva seria equivalente à emissão simbólica de sentido comunicativo realizado pela aplicação de uma pena, que corresponde à manutenção da vigência da norma *abstratamente*, por não haver possibilidade de verificação empírica.

A culpabilidade, por sua vez, equivale ao momento de emissão de sentido de negação da norma pelo autor, na medida em que, para Jakobs apenas as ações culpáveis têm relevância para o Direito penal. Assim, pode-se observar a correlação entre culpabilidade e prevenção geral positiva na qualidade de negação e afirmação em uma relação comunicativa de manutenção normativa: “*a pena vinculada à imputação como imputação por culpabilidade é, portanto, apenas a afirmação da imputação de um comportamento defeituoso (...) a pena marca, de maneira clara, o comportamento que se imputa com uma consequência penal, e incrementa as possibilidades que tal comportamento seja tomado como uma alternativa de comportamento inaceitável*”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Supra, p. 208.

⁵⁶⁹ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: _____. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 91.

⁵⁷⁰ Idem, p. 79.

Nesse sentido, Jakobs, a partir de uma perspectiva funcional do Direito penal nos ordenamentos jurídicos modernos, observa que a culpabilidade estaria vinculada ao alcance dos fins do Direito de tal forma que as teorias que criticam a culpabilidade como condição para a sanção penal seriam inadequadas. Tanto aquelas teorias que relegam à culpabilidade uma função meramente limitadora da pena, não tendo o condão de atuar como fundamento da imputação penal, como as teses que defendem a substituição da culpabilidade pela proporcionalidade⁵⁷¹ são criticadas pelo autor. Isso porque: *“também se o Direito penal se rege por motivos preventivos, a culpabilidade (como limite) deve corresponder em sua **totalidade** com a prevenção, ou, do contrário, anularia a prevenção até deixa-la sem efeito, e uma pena inefetiva, com segurança já não se encontra indicada sob um ponto de vista preventivo”*⁵⁷².

Logo, a culpabilidade não poderia ser vista como limite da punição ou ser substituída pelo conceito de proporcionalidade na medida em que a culpabilidade se identificaria *integralmente* com a prevenção geral positiva em relação sistêmico-comunicativa, pois a ação culpável consubstanciaria o momento de negação apto a motivar a afirmação jurídica da norma. Para Jakobs a única possibilidade de se excluir o binômio culpabilidade e prevenção geral positiva seria processar o conflito fora do sistema penal, ou seja, redefinindo-se o delito como algum tipo de infortúnio ou neutralizando o resultado de maneira cognitiva.

A linguagem comunicativa que define a estrutura do Direito penal atuaria em um sistema que soluciona conflitos ocasionados pela negação da norma, a qual apenas ocorre mediante culpabilidade, através da afirmação desta norma que corresponde funcionalmente à prevenção geral positiva representada pela imposição penal. A resolução do conflito de outra forma implicaria a adoção de outro sistema, que não o penal, ou seja: *“em tal caso, para resolver o conflito, as causas teriam que ser atribuídas a um sistema distinto do subsistema de quem atua, o que somente resulta*

⁵⁷¹ “alguns argumentam que a culpabilidade deveria melhor ser substituída pelo princípio de proporcionalidade, não se leva aí em consideração que a proporcionalidade não produz imputação alguma e que, por isso, sem o juízo de culpabilidade, não está certo qual sujeito, proporcionalmente há de se punir”. JAKOBS, Günther. Tratado...Op. Cit., p. 677.

⁵⁷² JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: _____. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 75.

*possível se ditos sistemas não tenham cumprido com as expectativas dirigidas a eles. Apenas quando exista a possibilidade de ‘processar’ o conflito de outra maneira, pode se firmar a exculpação”*⁵⁷³. Assim, Jakobs afirma que “*a finalidade confere conteúdo ao conceito de culpabilidade*”⁵⁷⁴, sendo que “*a imputação se efetua sem um objeto psíquico de referencia, determinando-se melhor em atenção a pontos de vista finais (teleológicos)*”⁵⁷⁵, os quais, para o autor estariam intimamente relacionados com as finalidades da pena de tal forma que seria possível identificar culpabilidade e prevenção geral positiva⁵⁷⁶.

Todavia, se este posicionamento sobre a relação entre culpabilidade e prevenção geral positiva é defendido abertamente no artigo “*Culpabilidade e Prevenção*” de Günther Jakobs, seria possível encontrar uma ponderação aparentemente atenuada sobre a correlação entre estes elementos no livro “*Tratado de Direito Penal*”, no qual o autor afirma que “*unicamente a partir da finalidade da pena não é possível derivar nenhuma teoria da culpabilidade*”⁵⁷⁷, mas também da própria constituição social.

É possível verificar que estas duas posturas apresentadas guardam relativa congruência mútua, na medida em que a finalidade da pena, no caso prevenção geral positiva, consubstancia um referencial funcional formal destituído, à princípio, de materialidade. Confirma-se normativamente a vigência da norma afrontada por meio pena, todavia este meio de interação seria inapto para revelar *per si* o conteúdo da norma ou a forma de responsabilidade. Assim a materialidade, tanto da norma, como da

⁵⁷³ Idem, p. 92.

⁵⁷⁴ Idem, p. 82.

⁵⁷⁵ Idem, p. 84.

⁵⁷⁶ Nesse sentido: “o conceito de culpabilidade deve ser, destarte, constituído funcionalmente, i. e., como conceito que apresenta um rendimento de regulamentação conforme uma determinada máxima de regulamentação (conforme as exigências da finalidade da pena) para uma sociedade de determinada constituição”. JAKOBS, Günther. *Tratado...* Op.cit. p. 693.

⁵⁷⁷ “Assim como a determinação do injusto depende da constituição da sociedade, na qual devem estar separados Direito e injusto, também o conteúdo da culpabilidade é determinado pela constituição social. Logo, finalidade da pena e constituição social não podem ser combinadas com quaisquer conteúdos, mas devem se adaptar uma à outra. Assim, por exemplo, uma sociedade que consuma contatos sociais de modo ritualizado não pode se referir, no Direito Penal, ao pretendido pelo indivíduo”. Idem, p. 676.

configuração da estrutura de responsabilização, seria ofertada pela constituição social *combinada com as finalidades da pena*.

Como visto, em uma sociedade primitiva a responsabilidade era imputada pelo resultado, já em um mundo desmistificado conformou-se a culpabilidade. Logo, é possível concluir que, para Jakobs, culpabilidade e prevenção geral positiva correspondem formalmente em relação comunicativa, mas no que tange à definição do conteúdo e da estrutura de responsabilização haveria interação necessária entre as finalidades da pena e a constituição social.

4.1.4. Elementos da Culpabilidade

Uma vez verificado o conceito de culpabilidade e suas relações com a teoria do injusto e a teoria da pena em Jakobs, cabe analisar, de um ponto de vista sistêmico-dogmático, os elementos deste instituto. Com frequência, a doutrina elenca a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa como *elementos* da culpabilidade, sendo estas partes componentes do todo conceitual, pouco se falando a respeito da questão concernente aos *requisitos*, entendidos como pressupostos lógicos, necessários e indispensáveis à imputação por culpabilidade. Todavia, Günther Jakobs distingue *requisitos positivos* da culpabilidade de *requisitos ou elementos* da parte subjetiva do fato⁵⁷⁸ compondo um “*tipo total de culpabilidade*” e não estrutura esta análise de maneira convencional⁵⁷⁹.

No tocante aos requisitos positivos do comportamento culpável: considera o injusto como pressuposto da culpabilidade⁵⁸⁰ no sentido de antecedente lógico do juízo

⁵⁷⁸ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 643 e ss.

⁵⁷⁹ JAKOBS, Günther. Tratado...Op.cit, p. 708 e ss.

⁵⁸⁰ “A culpabilidade pressupõe o injusto. O injusto é um comportamento típico evitável (doloso ou negligente), o qual não está justificado. Não existem particularidades para o injusto como elemento do tipo de culpabilidade”. Idem, p. 710.

de imputação e, portanto, situa o comportamento antijurídico no conjunto dos requisitos da culpabilidade; reconhece a imputabilidade como requisito expresso e a potencial consciência da ilicitude como requisito implícito contido na previsão genérica do “agir não respeitando o fundamento de validade das normas”; e, por fim, não apresenta a inexigibilidade de conduta diversa como requisito, mas como causa geral ou específica de exclusão da responsabilidade culpável, desta forma compreende que um comportamento carecedor dos requisitos da culpabilidade ou cuja atuação em conformidade com o direito não seria possível para o autor seria, consequentemente, inexigível.

Pode-se observar essa organização acima apresentada no seguinte excerto: *“requisitos positivos da culpabilidade são quatro elementos cumulativamente necessários: (a) o autor deve se comportar antijuridicamente; (b) ao mesmo tempo, ele deve ser imputável, i.e., um sujeito capaz de questionar a validade da norma; (c) ele deve agir não respeitando o fundamento de validade das normas; (d) dependendo do tipo de delito, devem eventualmente concorrer elementos especiais da culpabilidade. Um contexto escusante existe quando a obediência à norma não é exigível; esse é o caso quando a falta de motivação jurídica dominante, apesar da presença dos requisitos de culpabilidade, pode ser declarada desconsiderando-se o autor”*⁵⁸¹.

Assim, a inexigibilidade como hipótese genérica de exclusão da culpabilidade não poderia ser compreendida como pressuposto positivo ou condição de imputação por culpabilidade, tendo em vista a inexistência de condições negativas: *“falar de condições negativas é, antes, apenas uma metáfora de que a condição, em sua mudança para o positivo, excluiria a consequência”*⁵⁸². Logo, toda a norma teria a observância exigível e pressuposta, sendo a inexigibilidade por motivações específicas ou pela ausência de requisitos positivos de imputação, hipótese de *exclusão* da culpabilidade. Nesse sentido, a inexigibilidade teria duas feições: causa genérica de exclusão da imputação culpável pela carência dos requisitos positivos elencados no parágrafo anterior, ou hipótese específica de exculpação em razão da motivação dominante não comunicar infidelidade

⁵⁸¹ Idem, p. 676.

⁵⁸² JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 709.

ao direito. Todavia, em ambos os casos, a inexigibilidade surgiria como causa de exclusão e não como pressuposto da culpabilidade para Günther Jakobs.

Muito embora esta disposição dos requisitos da culpabilidade apresente-se como coerente e adequada do ponto de vista lógico do estudo da imputação culpável, não apresenta relevância teórica para o escopo pretendido neste trabalho. Estudar o item “comportamento antijurídico” implicaria retomar todas as considerações sobre tipicidade e antijuridicidade, o termo “agir não respeitando o fundamento de validade das normas” é excessivamente genérico para comportar uma análise concreta e a questão dos elementos especiais remeteria ao estudo dos crimes em espécie. Assim, neste momento, interessa o estudo do que o autor chama de “*tipo total de culpabilidade*”, que remete aos tradicionais e conhecidos pela doutrina como elementos da imputação por culpabilidade. Para Jakobs, o chamado “*tipo total de culpabilidade*”⁵⁸³ abrange: 1) o tipo de exculpação, o qual contém os elementos de inexigibilidade e; 2) o tipo de culpabilidade, que traduz os elementos positivos aptos a demonstrar motivação infiel ao direito, no caso imputabilidade e potencial consciência da ilicitude⁵⁸⁴.

Assim, da própria leitura da obra de Jakobs é possível perceber que o autor considera a existência e a separação de elementos do ato culpável ou dos aspectos subjetivos do fato em: imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade de conduta diversa, sendo esta, inclusive, a divisão e composição respectiva dos capítulos 2, 3 e 4 do livro *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade* do supracitado autor⁵⁸⁵. O autor apenas confere a estes elementos nomenclatura própria de “*tipo total de culpabilidade*”.

Nesse sentido Günther Jakobs também afirma que, no direito penal moderno, seriam “*ao menos três os requisitos que se exigem, configurando o chamado lado*

⁵⁸³ Idem, p. 708.

⁵⁸⁴ “o conjunto daqueles elementos que devem ser realizados para poderem constituir a infidelidade ao direito junto ao autor, ou seja, a motivação juridicamente falsa e a responsabilidade do autor por ela, configura o tipo de culpabilidade. Os elementos da inexigibilidade podem ser designados como tipo de exculpação. A ligação entre ambos resulta o tipo total de culpabilidade”. Idem, ibidem.

⁵⁸⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade*...Op. Cit. p. 743 e ss.

*subjetivo do fato, para que se possa afirmar a existência de um delito: (1) imputabilidade, (2) conhecimento ou ao menos cognoscibilidade de (a) realização do tipo assim como (b) do injusto, e (3) exigibilidade da observância da norma”*⁵⁸⁶. Pode-se observar, portanto, a existência de uma distinção entre “requisitos positivos da culpabilidade” e “tipo total de culpabilidade”, sendo que este último é estudado pela doutrina majoritária como “elementos da culpabilidade”.

Ora, a divisão entre requisitos da “culpabilidade” e o “tipo total de culpabilidade”, este último compondo os requisitos da parte “subjetiva do fato” pode ser compreendida da seguinte forma: 1) os requisitos representam aspectos necessários para que se possa cogitar a presença de culpabilidade. Assim, Jakobs entende como requisitos positivos da culpabilidade tudo o que pressupõe a sua conformação, sejam elementos objetivos, subjetivos ou normativos, como por exemplo, o comportamento antijurídico; 2) Já quanto “tipo total” que corresponde aos requisitos da parte subjetiva do fato, o autor nos remete àqueles elementos que compõem a estrutura de motivação ou, melhor dizendo, que são pressupostos do binômio: vontade e cognição, próprios da estrutura da responsabilização subjetiva, sendo que no artigo “*Sobre la función de la parte subjetiva del delito*”⁵⁸⁷ Jakobs inclui a estes elementos o dolo e a culpa.

Todavia, para o estudo da culpabilidade que interessa neste momento cabe aprofundar a análise justamente naqueles elementos tradicionalmente apresentados pela doutrina como componentes da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa estudados em perspectiva *funcional*. Portanto, o estudo que será desenvolvido adiante terá por principal enfoque o estudo da *função* dos elementos da culpabilidade em operação com o próprio conceito de culpabilidade em sentido genérico e remetido aos fins da pena.

⁵⁸⁶ JAKOBS, Günther. El Lado Subjetivo del Hecho. In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.). Los Desafios...Op. Cit., 119.

⁵⁸⁷ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en DP...Op. Cit, p. 635 e ss.

4.1.4.1. Imputabilidade

A imputabilidade é doutrinariamente e legalmente definida como a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme este entendimento. Segundo Günther Jakobs a inimputabilidade tem como fundamento a presunção de que algumas pessoas, por razões de idade ou de capacidade de compreensão, não poderiam ser imputadas, pois, segundo o autor, “*não são definidas como iguais e, por isso, não são **competentes** para questionar a validade da norma*”⁵⁸⁸. Logo, a imputabilidade remete à própria capacidade de culpabilidade⁵⁸⁹, por relacionar-se de maneira definitiva com a competência. A compreensão deste conceito remonta a retomada da interpretação do Direito como um esquema de comunicação, tendo o delito como negação da vigência da norma e a pena como confirmação normativa. Nesse sentido a imputação funcional pressupõe reconhecimento social de racionalidade e, portanto, atribuição de competência.

Pode-se observar que, segundo Jakobs, na perspectiva do indivíduo atuando como pessoa destinatária de um papel social que lhe confere competência para agir, a ação de contradição da norma expressa racionalidade formal ou o querer. Ressaltando-se que este “querer” não remete à possibilidade biológica de controle da vontade, mas sim a atribuição social de imputação por um esquema de interpretação do comportamento definido socialmente como racional, em sentido estritamente formal e não material. O pressuposto de dignificação da racionalidade reconhecida ou constituída normativamente através da pena, na medida em que a imposição penal pressupõe o reconhecimento da racionalidade do criminoso, tem origem na influência de Hegel à obra de Jakobs⁵⁹⁰.

Em Jakobs, a imputabilidade reconhece ou constitui a racionalidade *formal* ao destacar quais indivíduos são competentes para participar da estrutura jurídica de

⁵⁸⁸ JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 743.

⁵⁸⁹ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 643.

⁵⁹⁰ Infra, p.

comunicação. Nesse sentido o exemplo de Jakobs sobre a interpretação de um adulto referente ao comportamento infantil representa a estrutura da imputabilidade em relação comunicativa: *“se uma criança dá um golpe com um pequeno martelinho de madeira num grosso prego que se sobressai na metade de uma tábua, é possível que a criança atue dentro de um esquema de interpretação segundo o qual pretende pregar o prego na madeira (ainda que talvez isso seja um exagero racionalista do comportamento infantil). (...) É possível que uma pessoa adulta perceba o comportamento aplicado pela criança, mas não aceitará nem sua validade para ela mesma, nem sua validade para se comunicar com os demais, e sim que considerará como um esquema absolutamente inválido para o tratamento do assunto em si, isto é, para a atividade de pregar pregos”*⁵⁹¹.

Com isso Jakobs quer dizer que, por melhor que uma criança de três anos possa fixar um prego em uma tábua, essa ação não seria socialmente interpretada como a atividade típica de um carpinteiro e, conseqüentemente, ninguém que estivesse precisando contratar um profissional desta área consideraria a hipótese de celebrar um contrato de prestação de serviços com esta criança ao vê-la fixar pregos. Nesse mesmo sentido, quando um inimputável pratica um ato que pode ser enquadrado em alguma definição de um tipo penal, a sociedade não interpreta este ato como uma afronta à validade da norma, não sendo apto a questionar o sistema social de interpretação normativa por não constituir a emissão de sentido de negação do direito, do mesmo modo que uma criança não emite o sentido de realizar profissionalmente a atividade de carpintaria.

Logo, imputabilidade remete à relevância comunicativa do comportamento de uma pessoa sobre a qual recai atribuição de competência, que não é derivada da causalidade ou da finalidade, pois para Jakobs não se trata de um critério ontológico. Nesse sentido, a doutrina normalmente caracteriza a imputabilidade a partir de um critério bio-psicológico, todavia, Jakobs não partilha deste entendimento: *“a estrutura de ‘dois pisos’ baseada em estado e capacidade é amplamente caracterizada como método misto psicológico-biológico, o que, evidentemente, não se aplica ao assunto:*

⁵⁹¹ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____, Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 57.

nem o estado é biológico – quando muito, ele é, em alguns casos (em psicoses exógenas) fundamentado biologicamente – nem a capacidade é algo psicológico – ela é uma construção normativa. Trata-se de um método normativo-psicológico. Nisso, o psicológico refere-se aos estados, mas não deve ser compreendido no sentido da psicologia, excluindo-se a psiquiatria, e sim como designação do fato de que, na determinação dos estados, trata-se da compreensão de fenômenos psíquicos (e não biológicos). O normativo diz respeito à capacidade, a qual não é um estado psíquico, mas uma atribuição”⁵⁹².

Jakobs entende, portanto, que imputabilidade é atribuição normativo-psicológica de competência, na medida em que, *“a representação objetiva do resultado somente é relevante no plano da comunicação se está baseada em um esquema de interpretação comunicativamente relevante”⁵⁹³*. É possível concluir, portanto, que a imputabilidade interpretada em sentido funcional por Günther Jakobs na qualidade de atribuição de competência para afirmação ou negação normativa, não estaria calcada em critérios ontológicos, mas seria construída normativamente. Em suma, observa-se que a função da imputabilidade relativa ao conceito de culpabilidade, que busca definir a fidelidade ao ordenamento jurídico, seria a de designar a relevância comunicativa de um comportamento antijurídico, ou seja, distingue-se através da imputabilidade os agentes aptos a afrontar a vigência da norma.

4.1.4.2. Potencial Consciência da Ilcitude

⁵⁹² JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 745.

⁵⁹³ JAKOBS, Günther. O Conceito Jurídico-Penal de Ação. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 57.

A potencial consciência da ilicitude também é analisada por Günther Jakobs como um elemento que cumpre funções dentro do sistema penal. Pode-se entender consciência da ilicitude como o *erro acerca da existência da norma*⁵⁹⁴, sendo um erro de natureza cognitiva e não volitiva, portanto. Em linhas gerais, Jakobs afirma que “*o autor tem consciência do ilícito quando (A) o ilícito é de seu conhecimento (B), mais precisamente (C) atualmente no momento do ato e (D) de forma especificada, mesmo se (E) apenas ‘condicionado’*”⁵⁹⁵.

Isto quer dizer que a culpabilidade seria compreendida de modo elástico relativamente ao fato psíquico da consciência da norma, ou seja, nem sempre a falta de cognição exonera, dependendo da possibilidade individual de alcance do conhecimento normativo: “*a falta de consciência do ilícito pode, mas não tem que indicar indício de culpabilidade diminuída. Isso só é válido, evidentemente, nos moldes da consciência do ilícito faltante ou condicionada de modo evitável. Se estiver presente a consciência do ilícito e não for condicionada, a culpabilidade – na prática – nunca estará diminuída. Se houver ausência inevitável da consciência do ilícito, então não haverá culpabilidade alguma*”⁵⁹⁶.

Quanto à funcionalidade do instituto no tocante ao macrosistema de Direito penal, Jakobs aponta que a previsão normativa do erro sobre o direito é funcionalmente incompatível com alguns ordenamentos jurídicos: “*um ordenamento que – por exemplo – repouse predominantemente na tradição somente em muito poucos casos especiais poderá levar em consideração o argumento de que determinadas normas eram desconhecidas, já que, se este argumento é utilizado em massa, destrói a base: é evidente que neste caso não há tradição. Mais delicado ainda é esse tipo de erro no que se refere àqueles ordenamentos cuja legitimidade provém de sua evidência, seja*

⁵⁹⁴ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 20.

⁵⁹⁵ JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 789.

⁵⁹⁶ Idem, p. 775.

evidência racional de um ordenamento de direito natural, seja a evidência proveniente de relação divina”⁵⁹⁷.

Segundo Jakobs, a falta de funcionalidade em escusar a ausência de consciência sobre a ilicitude em alguns ordenamentos motivou a criação do brocardo *error iuris noceti* ou *ignorantia legis neminen excusat*, no sentido de que o erro sobre o direito não teria o condão de desculpar em nenhuma situação, na medida em que, quem está submetido a um ordenamento jurídico deve procurar conhecê-lo. Ora, esse postulado que, ou presume o conhecimento jurídico universal ou não exonera em caso de desconhecimento, seria adequado a algumas estruturas jurídicas como, por exemplo, a sociedade burguesa do século XIX.

A questão que se descortina trata de quem deve suportar o erro sobre o direito: se a generalidade, ao se admitir a ausência de consciência da ilicitude como exonerante, ou se o indivíduo, ao lhe imputar o erro sobre a norma. Em uma perspectiva funcional esta questão remete às estruturas fundamentais do ordenamento. Assim, na sociedade burguesa nascente, por exemplo, “*ao abandonarem-se as modalidades tradicionais de atividade econômica e gerar com isso uma necessidade de segurança na hora de manter contatos bastante anônimos, o risco de que os demais errassem acerca de suas obrigações jurídico-penais era intolerável; por isso, quem errava devia suportar o risco*”⁵⁹⁸. Todavia, estas condições não se mantêm no ordenamento jurídico atual, sendo que o Direito penal dos Estados contemporâneos entende que quem deve suportar o risco do desconhecimento da norma seria a generalidade e não o autor.

Günther Jakobs afirma que esta opção do legislador penal em exonerar o defeito quanto à cognição da norma é funcional atualmente nos ordenamentos dos Estados democráticos de direito. E essa funcionalidade da admissão da potencial consciência do ilícito como elemento da culpabilidade se deve:

1. em primeiro lugar, à valorização dos interesses individuais no pós-nacionalismo. Com a superação do modelo totalitário de Estado do nacional-socialismo

⁵⁹⁷ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 21.

⁵⁹⁸ Idem, p. 23.

e o fortalecimento da doutrina finalista neste momento histórico, a valorização do indivíduo apresentou-se relevante aos sistemas democráticos de direito e, nesse sentido, limitar a imputação à possibilidade de cognição normativa é consistente com a não-instrumentalização do imputado pelo ordenamento e consequente valorização das condições individuais;

2. em segundo lugar está o fato de o erro acerca da norma carecer de relevância penal, na medida em que, no âmbito das normas realmente relevantes *“ninguém erra, a não ser que apresente uma socialização bastante exótica”*⁵⁹⁹. Ora, a admissão da exoneração do defeito cognitivo não afrontaria a possibilidade de confirmação comunicativa das normas, pois a respeito do núcleo normativo essencial do ordenamento jurídico dificilmente se erra;

3. em terceiro lugar, a ausência de cognição normativa exclui a culpabilidade e não o dolo e, por meio dessa opção dogmática, o tribunal impede que *“o argumento de desconhecimento da norma converta-se em uma escusa cômoda, por meio de uma configuração estrita dos critérios de determinação na inevitabilidade”*⁶⁰⁰. Assim, a própria estrutura dogmática de absorção da potencial consciência da ilicitude pelo ordenamento evita a ocorrência de exoneração desproporcional e ampla;

4. em quarto lugar, pela ausência de afronta à legitimidade das normas dos Estados contemporâneos ao reconhecer a impossibilidade de cognição, no sentido que *“o reconhecimento da razão da vigência de um ordenamento positivo e o conhecimento de seu conteúdo são coisas distintas”*⁶⁰¹. Aqui Jakobs conclui que o conhecimento total das normas não é preceito funcional aos Estados democráticos de direito, tendo em vista que o reconhecimento da vigência das normas não se identifica com o reconhecimento de seu conteúdo como ocorreria nos ordenamentos baseados na tradição ou na evidência racional de seus preceitos, conforme já discutido acima.

⁵⁹⁹ Idem, ibidem.

⁶⁰⁰ Idem, p. 24.

⁶⁰¹ Idem, ibidem.

Nesse sentido Jakobs conclui que, muito embora a recepção da consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade determine que o risco do erro sobre o direito deva ser transferido para a coletividade e não para o indivíduo, esta previsão não é disfuncional. Isto porque, não haveria qualquer ofensa à legitimidade do ordenamento jurídico dos atuais Estados Democráticos de Direito, sendo compatível com a função global do princípio da culpabilidade de assegurar a fidelidade normativa⁶⁰², na medida em que, aquele que não conhece a norma não teria condições de ser fiel a ela.

4.1.4.3. Exigibilidade de Conduta Diversa

Conforme aponta a doutrina nacional, corroborando a teoria geral firmada internacionalmente: *“ambos, a culpabilidade e a pena, estruturam-se em torno de três exigências condicionadas pela realidade social, histórica e cultural: que o sujeito seja imputável, que conheça a proibição e que uma conduta alternativa lícita lhe seja exigível. Sobre estes pressupostos constroem-se as causas de exclusão da culpabilidade (Schuldausschließungsgründe): a imputabilidade, o erro de proibição inevitável e a inexigibilidade de outra conduta”*⁶⁰³.

Todavia, dos três pressupostos da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa firma-se como causa genérica de exclusão do juízo de culpabilidade.⁶⁰⁴ A razão disto pode se revelar em uma breve digressão: não é exigível que aquele que não possui compreensão da realidade ou capacidade de se determinar conforme esta compreensão –

⁶⁰² JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 25.

⁶⁰³ Idem, ibidem.

⁶⁰⁴ VELO, Joe Tennyson, O Juízo de Censura Penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 13.

inimputável⁶⁰⁵, portanto – se comporte de maneira diversa. Tampouco seria exigível a quem é desconhecedor do caráter ilícito do fato praticado que se comporte conforme o direito. Logo, inimputabilidade e erro de proibição seriam causas específicas e legais da fórmula genérica supralegal “inexigibilidade de conduta diversa”⁶⁰⁶.

Jakobs, da mesma maneira, afirma a existência de um contexto escusante geral quando a obediência à norma não é exigível⁶⁰⁷. Todavia, à semelhança da doutrina, o autor também entende a inexigibilidade de conduta diversa como requisito autônomo dotado de hipóteses específicas, definindo que: *“a culpabilidade está excluída (ou atenuada) quando o autor age em uma disposição escusante ou em um contexto escusante (inexigibilidade). A obediência à norma é inexigível quando a motivação não-jurídica do autor imputável e que despreza o fundamento de validade da norma pode ser explicada a partir de uma situação que, para o autor, é um infortúnio e que, geralmente, também é definida como infortúnio ou, porém, que pode ser imputada a uma outra pessoa”*⁶⁰⁸.

A exculpação no caso de inexigibilidade deriva da existência de uma motivação proveniente de uma situação especial⁶⁰⁹, na qual o autor se vê inserido de tal forma que a conduta criminosa lhe parece inevitável, ocasionando consequente ausência de reprovabilidade social por não configurar um contexto comunicativo de afronta à norma, ou, na linguagem jakobsiana, não haveria ausência de fidelidade normativa no caso de inexigibilidade. Para Jakobs: *“o caráter ameaçador da situação (em vez do*

⁶⁰⁵ Nesse sentido Jakobs aponta a capacidade de culpabilidade como a imputabilidade acrescida de exigibilidade: “capacidade de culpabilidade é, assim, imputabilidade mais exigibilidade por âmbitos”. JAKOBS, Günther. Tratado...Op. cit., p. 711.

⁶⁰⁶ “A inexigibilidade ocupa função de fundamento geral de exculpação. É o fundamento do juízo de reprovabilidade. Todos os casos de exculpação em verdade o são porque não se exige um comportamento do sujeito de acordo com a norma. Por vezes, não se exige do sujeito um comportamento de acordo com o ordenamento por ser inimputável (art. 27 do Código Penal) (...). De igual forma, não se exige um comportamento conforme o direito quando o sujeito não sabia que o fato praticado era ilícito (art. 21 do Código Penal)”. AZUMA, Felipe Cazu. Inexigibilidade de Conduta Conforme a Norma. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 82.

⁶⁰⁷ JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 676.

⁶⁰⁸ Idem, p. 714.

⁶⁰⁹ Idem, ibidem.

caráter ameaçador do autor), o qual surge, ao mesmo tempo, pela desobrigação do autor, resolve-se ao se demonstrar pela situação que esta seria um infortúnio da espécie que não se poderia nunca evitar”⁶¹⁰.

Assim, a análise da inexigibilidade de conduta diversa, em conformidade com os princípios de prevenção geral positiva que norteiam o conceito de culpabilidade como fidelidade ao ordenamento, permite observar a funcionalidade deste elemento. Considerando que a culpabilidade estaria presente no caso de infidelidade ao direito afirmada comunicativamente através do delito, se o autor se vê em uma situação na qual lhe é praticamente impossível cumprir o preceito normativo por imposição externa, sendo-lhe *inexigível*, portanto, agir conforme o direito, a culpabilidade estaria, consequentemente, ausente.

4.1.5. Função da Culpabilidade na Teoria de Günther Jakobs

A doutrina comumente determina o princípio de culpabilidade como condição para a aplicação legítima de uma pena sem a instrumentalização do ser humano. Desta forma, defende-se que a pena somente deve ser aplicada na medida e quando houver reprovação. Assim, Jakobs destaca que a jurisprudência e a grande maioria dos doutrinadores argumentam que *“a pena não deve reger-se exclusivamente pela utilidade pública que se espera dela, e sim que se deve manter dentro do marco da culpabilidade do autor (...). Resumindo: a proibição de vulnerar a dignidade deve limitar a otimização da utilidade da pena”⁶¹¹.*

⁶¹⁰ Idem, ibidem.

⁶¹¹ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 12.

Günther Jakobs conclui que se a pena, sem fundamentação pelo princípio da culpabilidade, é ilegítima, isto se deve à funcionalidade da própria culpabilidade⁶¹², ou seja, em um ordenamento jurídico funcional a restrição da finalidade preventiva geral positiva da pena somente é justificada pela aplicação de um princípio que possua, em si, função para o sistema. Segundo o autor, deve-se compreender qual é o fim que possui a culpabilidade⁶¹³ e para qual ordem social este princípio é condição de subsistência⁶¹⁴. Portanto, tendo estudado a culpabilidade como instituto, suas relações com a teoria do injusto, a teoria da pena e, finalmente, seus elementos, resta investigar as funções da culpabilidade como princípio na obra do supracitado autor.

Conforme preceitua Günther Jakobs, o Direito trata, dentre outras questões, de garantir as expectativas concernentes à realização de comportamentos sociais⁶¹⁵ ou expectativas normativas, propiciando a convivência em sociedade. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a organização social de condutas remete ao que é possível esperar validamente de outra pessoa e, o que, portanto está presumivelmente ou por atribuição na esfera de controle pessoal de terceiros⁶¹⁶. Isto remonta a questão da superação da responsabilidade por resultado pela responsabilidade calcada na culpabilidade.

⁶¹² “se é certo que a pena aporta algo para manutenção da ordem social, isto é, pode-se empregar utilmente, apesar de estar limitada, de acordo com o princípio da culpabilidade, pela culpabilidade, e, ademais, essa limitação é de certa importância, então a culpabilidade mesma contém uma finalidade”. Idem, p. 13.

⁶¹³ Aqui considerou-se tanto os escritos de Jakobs sobre a culpabilidade, como sobre a parte subjetiva do delito, porque o autor empreende uma certa equivalência funcional entre estes institutos, ou seja, no tocante à função, Jakobs considera que dolo, culpa, imputabilidade, inexigibilidade, consciência da ilicitude, ainda que interpretados normativamente, remetem à construção normativa de critérios subjetivos, tendo uma certa equivalência funcional: “El aspecto funcional de la parte subjetiva del hecho debe clarificarse más en base a los particulares elementos del tipo subjetivo y de la culpabilidad (aunque para la finalidad dela presente exposición no se trata de si los elementos subjetivos han de ordenarse en el tipo o en la culpabilidad, y cuáles en cada escalón, ni se tal distinción tiene sentido”. JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 639.

⁶¹⁴ Idem, ibidem.

⁶¹⁵ Idem, p. 633.

⁶¹⁶ “Una persona que desempeña un papel en la vida social no sólo es capaz jurídicamente, sino que tiene también derechos y deberes”. JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión en derecho penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El funcionalismo en Derecho penal: libro en homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73-90.

Em momentos anteriores já foi explorado que talvez a importância mais destacada do princípio da culpabilidade seria a de superação da responsabilidade estritamente objetiva⁶¹⁷. Para Jakobs essa superação também se dá por razões funcionais, na medida em que a organização do cotidiano depende de presunção de capacidade alheia, ainda que construída normativamente, e de correspondente responsabilização nesta proporção⁶¹⁸. Ora, se se considera como função do Direito garantir comportamentos através da manutenção normativa de expectativas, presume-se que esta estrutura opera na convivência cotidiana e basilar da sociedade, necessitando de institutos que correspondam funcionalmente à ordem normativa: a imputação por culpabilidade seria um destes institutos.

Em contrapartida, a responsabilidade objetiva ou pelo resultado não seria funcional porque, segundo Jakobs, não seria possível sempre reagir conforme as regras de imputação objetiva sem prejuízo pessoal e comunitário, por exemplo, aquele que em uma multidão recebe um empurrão não intencional vindo a cair e quiser reagir imputando penalmente este resultado ao seu causador, não estará agindo funcionalmente: *“quem em tal situação, julga a um autor sem atender a sua organização interna, parte de uma norma que não se adéqua ao âmbito que deve regular, qual seja, o cotidiano. A atribuição de consequências casuais à estabilização de expectativas cotidianas não é somente supérflua, mas também obstrutiva”*⁶¹⁹.

Para o Jakobs essa estrutura de responsabilização objetiva apenas é funcional diante de eventos não corriqueiros ou que regulem relações religiosas e míticas, o que ocorria quando o Direito era interpretado em um mundo ainda não racionalizado. Observa-se, portanto, em um ordenamento jurídico racional, ordenador de relações cotidianas, a necessidade de subjetivação normativa da *responsabilidade penal* ou de

⁶¹⁷ BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 436.

⁶¹⁸ “En una vida diaria en que las personas persiguen juntas proyectos o se basan, dividiendo el trabajo, sobre los rendimientos de otros, aquéllas deben exigir que se reconozcan límites a las propias capacidades y concedérselos a las capacidades de los otros si quieren alcanzar sus metas. Sólo en contactos sociales aislados y laxos puede prescindirse por completo de la organización interna del otro; a medida que los contactos son más frecuentes e intensos, esto llevaría, debido a las progresivas posibilidades de daño, al fracaso de proyectos propios”. JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit., p. 636.

⁶¹⁹ Idem, ibidem.

valoração desta subjetivação. A culpabilidade, como princípio histórico corolário da responsabilidade subjetiva, determina respeito à capacidade individual no momento da imputação ao considerar a motivação na prática do injusto, tendo em vista a racionalização das relações sociais operadas normativamente. Se a base do relacionamento social seria a constituição e institucionalização de expectativas sobre comportamentos, a própria constituição da expectativa pressupõe a capacidade racional, mesmo que construída normativamente, manifestada em vontade e cognição da pessoa destinatária de expectativas aptas a representar a motivação jurídica ou antijurídica do autor.

Jakobs considera que o Direito se ajusta, ainda que de maneira limitada, “à constituição individual do autor; se fosse de outra forma, ao autor não seria possível prescrever nada, mas tão somente seria registrado, ou, descrito o que ocorreu”⁶²⁰. Muito embora o Direito, pelo princípio da culpabilidade, ajuste-se às condições individuais do autor, emitindo prescrições de comportamentos evitáveis, esta individualidade não é considerada como um conjunto de dados particulares, mas sim uma organização normativa destes dados ou, melhor dizendo, a individualidade é considerada na medida em que a sociedade interpreta e define competência ou capacidade (imputabilidade), exonera defeitos cognitivos (potencial consciência do ilícito) ou situações invencíveis que levam ao descumprimento da norma (inexigibilidade de conduta diversa).

A responsabilidade por culpabilidade é, como visto, modalidade de imputação e, na qualidade de imputação, “pressupõe sempre uma parte de não intromissão na esfera do autor; se a este não é limitado em algum ponto o apelo à sua individualidade fática, não seria capaz de atribuição. Se trata, portanto, decisivamente, da delimitação da parte subjetiva de um fato: quando o autor pode valer da sua constituição para desculpar-se?, quando esta apelação é infrutífera e, conseqüentemente, quando uma constituição chega a implicar responsabilidade?”⁶²¹. Em outras palavras, qual seria o critério apto a definir a relevância normativa de aspectos subjetivos de motivação

⁶²⁰ Idem, p. 639.

⁶²¹ Idem, ibidem.

antijurídica no momento da imputação jurídico-penal, na medida em que a imputação é a face positiva da exoneração.

Considerando que a atribuição na esfera penal vai além dos papéis sociais específicos desempenhados⁶²², atingindo um conceito global ou universalizável de pessoa, Jakobs preconiza que *“somente se pode prescrever aquilo que em todo papel deve existir necessariamente. Este ‘comum’ é a disposição a cumprir a norma; porque não há papel social algum em que fica à disposição do autor satisfazer em menor medida o cumprimento do Direito, ou ainda, renuncia a este”*⁶²³. Assim, pode-se deduzir que o princípio da culpabilidade ou a parte subjetiva do delito- contendo dolo, culpa, imputabilidade, potencial consciência do ilícito e inexigibilidade de conduta diversa- elege a demonstração de fidelidade ao Direito revelada na motivação jurídica como critério central de imputação, conforme a teoria de Günther Jakobs.

Segundo o autor: *“a função a ser desempenhada pelo conceito de culpabilidade consiste em caracterizar o motivo do conflito como **motivação do autor**. Caso ocorra um déficit de motivação jurídica o autor deve, assim, ser punido”*⁶²⁴. O princípio da culpabilidade, portanto, apresenta-se como estrutura funcional de responsabilização em um mundo desmistificado por apresentar aspectos subjetivos ou de valoração da subjetivação, de natureza volitiva ou cognitiva, ainda que constituídos normativamente, da imputação penal, configurando diretriz da possibilidade de conformação de expectativas sobre a pessoa ao respeitar as condições do indivíduo de cumprimento da norma.

⁶²² Jakobs rechaça a possibilidade de adoção da responsabilidade por papel social em prol da responsabilidade por culpabilidade: “en el caso de la responsabilidad por el rol se depreciarían pues, las propiedades específicas de una culpabilidad dirigida a la persona individual en todos los casos. Este sería el precio a pagar para que en algunos casos, es decir, aquellos en que el rol desborda al individuo, no hubiera que renunciar a las garantías penales (...). Con ello debería quedar claro por qué el Derecho penal permite renunciar a la estandarización (8): no se trata de aquilatar un principio de culpabilidad jurídicamente apriorístico o de algo semejante, sino de que el precio a pagar por una estandarización sería muy alto. Este precio consistiría en un relajamiento de la carga del autor en todos los casos. Todo autor podría introducirse en otras posiciones; el habría fracasado, ciertamente, en un determinado rol, pero en otros exigiría, antes y después, ser tratado como si nada hubiera ocurrido”. Idem, p. 638, 639.

⁶²³ Idem, p. 639.

⁶²⁴ JAKOBS, Günther. Tratado...Op. Cit., p. 687-689.

A funcionalidade da imputação culpabilista reside no reconhecimento da capacidade individual de organização, sendo a pessoa competente para expressar fidelidade à norma e comportar-se juridicamente no cotidiano social. Assim, conclui-se que por esse princípio garante-se a própria possibilidade de prescrição normativa e a manutenção de expectativas, presumindo-se normativamente⁶²⁵, em contrapartida a constituição livre da organização individual sob normas, sendo que “*o sinalagma dessa liberdade é a obrigação de manter fidelidade ao ordenamento jurídico*”⁶²⁶. O princípio da culpabilidade, portanto, surge como mecanismo de equacionamento dos interesses sociais e possibilidades individuais ao confirmar, implicitamente e sem menção direta, a função de subjetivação da responsabilidade, não em sua perspectiva clássica original e naturalística, mas normativamente construída⁶²⁷.

No que tange às demais funções da culpabilidade, conforme verificado quando do estudo da relação entre culpabilidade e prevenção geral positiva⁶²⁸, Günther Jakobs considera a primordial função de fundamentação da pena pela culpabilidade, as quais corresponderiam em exata medida como sinalagmas da negação e correspondente confirmação comunicativa do Direito. Neste sentido, não seria possível verificar as

⁶²⁵ Cabe lembrar que Jakobs é adepto do determinismo naturalístico, assim a presunção de liberdade para o autor é normativa e socialmente construída. Cfr. GÜNTHER, Jakobs. Indivíduo e pessoa: Imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.). Teoria da pena, bem jurídico e imputação. São Paulo: LiberArs, 2012.

⁶²⁶ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 43.

⁶²⁷ Descata-se que Günther Jakobs não menciona expressamente e também não utiliza a expressão “subjetivação da responsabilidade”, a qual está semanticamente relacionada com o naturalismo dos clássicos que considerava a imputação subjetiva como o estabelecimento do vínculo psicológico entre conduta e resultado. Todavia, quando se menciona “subjetivação” nesta dissertação para fazer alusão a uma teoria pós-finalista alinhada ao funcionalismo, tal expressão não é utilizada em sentido clássico, mas contém a carga semântica de alusão a fatores subjetivos, ainda que normativamente construídos, para deflagrar o fenômeno da responsabilização. Esta percepção da presença de fatores subjetivos na teoria jakobesiana é confirmada por seu posicionamento no que tange à responsabilidade penal da pessoa jurídica: “la denominación ‘culpabilidad de la persona jurídica’ es, en si misma, contradictoria: la culpabilidad presupone identidad de la persona por **médio de la conciencia**, pero la identidad de la persona jurídica se determina a partir de su constitución”. JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: MONTEALEGRE LYNETTT, Eduardo (Coord.). El funcionalismo en Derecho Penal: libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 347.

⁶²⁸ Infra, p. 179 e ss.

funções de limitação ou graduação da pena pela culpabilidade, pois estas categorias – culpabilidade e prevenção geral positiva – corresponderiam exatamente. Logo, é possível observar da leitura da obra de Günther Jakobs a tendência do autor em reconhecer expressamente apenas a função de fundamentação da pena pela culpabilidade e implicitamente a subjetivação da responsabilidade, embora esta expressão “subjetivação” não seja transcrita nestes termos pelo autor, encontrando-se um equivalente na afirmação do respeito à “constituição individual do autor”. Esta discussão será retomada em profundidade no próximo capítulo, que tem por objeto específico a análise das funções da culpabilidade⁶²⁹.

4.2. Posicionamentos Críticos

A origem do termo crítica é atribuída aos gregos e significaria “*capacidade para fazer julgamentos*”⁶³⁰. A expressão crítica também teria aparecido no mito de Penélope, esposa de Ulisses, que esperou por vinte anos o retorno do marido da Guerra de Tróia. Todavia, como o pai de Penélope considerava que Ulisses estaria morto, pressionou a filha a se casar novamente. Assim, Penélope disse que apenas se casaria quando terminasse de tecer um sudário, porém, como ainda aguardava o retorno do seu marido, ela tecia durante o dia e desfazia o trabalho realizado durante a noite⁶³¹. Esta atividade de construção e desconstrução de um objeto foi denominada na mitologia de *análise crítica*.

Os itens anteriores foram dedicados exclusivamente a elucidar a construção da teoria da culpabilidade em Günther Jakobs, este item será dedicado à avaliação construtiva e desconstrutiva das conclusões que Jakobs apresentou a respeito da

⁶²⁹ Supra, p. 217.

⁶³⁰ CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010. p. 67.

⁶³¹ Cfr. HOMERO. A Odisséia. São Paulo: Martin Claret, 1995.

responsabilidade por culpabilidade. Segundo Foucault a crítica existe funcionalmente em relação a um objeto, tendo por função, além da verificação de eventuais imprecisões teóricas, a identificação de virtudes⁶³². Conclui-se, portanto, que à semelhança do mito de Penélope, a análise possui uma função ambivalente: desconstrução e também construção crítica do objeto. Desta forma a teoria de Jakobs será analisada criticamente, o que engloba tanto as posições doutrinárias voltadas à negação de suas conclusões ou premissas teóricas, como aqueles estudos que concordam ou confirmam seu posicionamento sobre a culpabilidade.

Com vistas a empreender um estudo abrangente, a crítica concernente à obra de Jakobs no que tange à culpabilidade será subdividida entre os subtemas mais polêmicos que o autor aborda, quais sejam, a divisão entre injusto e culpabilidade⁶³³ e a questão da identificação da culpabilidade com a prevenção geral positiva⁶³⁴ e, por fim, talvez o aspecto mais destacado das conclusões de Jakobs pela crítica da doutrina: o conceito de culpabilidade e a questão da desconsideração das capacidade individuais ou eventual instrumentalização dos indivíduos⁶³⁵, potencialmente decorrente da adoção da proposta de Jakobs sobre a culpabilidade.

4.2.1. Teoria da Ação: Sobre a Separação entre Injusto e Culpabilidade

⁶³² “Além disso, a crítica existe apenas em relação a outra coisa que não ela mesma: ela é instrumento, meio para um dever ou uma verdade que ela não saberá e que ela não será, ela é um olhar sobre um domínio onde quer desempenhar o papel de polícia e onde não é capaz de fazer a lei. Tudo isso faz dela uma função que está subordinada por relação ao que constituem positivamente a filosofia, a ciência, a política, a moral, o direito, a literatura etc. E, ao mesmo tempo, quais que sejam os prazeres ou as compensações que acompanham essa curiosa atividade de crítica, parece que ela traz, de modo suficientemente regular, quase sempre, não somente alguma rigidez de utilidade que ela reivindica, mas também que ela seja subtendida por uma sorte de imperativo mais geral - mais geral ainda que aquela de afastar os erros. Há alguma coisa na crítica que se aparenta à virtude. E de uma certa maneira, o que eu gostaria de dizer a vocês era da atitude crítica como virtude em geral.” FOUCAULT, Michael. Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung. Bulletin de la Société française de philosophie, vol. 82, n. 2, p. 37, avr/juin 1990.

⁶³³ Supra, p. 201.

⁶³⁴ Supra, p. 208.

⁶³⁵ Supra, p. 210.

Se Jakobs, acompanhado pela doutrina, afirma que a fundamentação da culpabilidade estaria calcada em fatores normativos, as demais conclusões dogmáticas derivadas desta premissa sobre a natureza social da culpabilidade não encontram respaldo pela chamada doutrina dominante. A questão da distinção entre culpabilidade e injusto é uma delas. Segundo Roxin, a fusão entre injusto e culpabilidade na teoria de Jakobs se deve à interpretação jakobesiana de delito como lesão à vigência da norma, *“ou seja, se há crime somente pelo não reconhecimento da validade da norma, isto pressupõe um autor culpável pela sua conduta. A ação de um doente mental, por exemplo, não é uma desatenção à validade da norma, mas sim um resultado ‘de pessoa como ser natural’..., não como um competente transmissor de sentido participante da comunicação”*.⁶³⁶

A separação histórico-doutrinária entre injusto e culpabilidade, em contrapartida, pode ser compreendida a partir da divisão categórica entre *fato* e *autor do fato*, ou seja, *“entre um evento perturbador ‘desaprovado juridicamente’ ou ‘valorado negativamente’ e o sujeito responsável por semelhante fato”*⁶³⁷. Nesse mesmo sentido Schünemann afirma serem instâncias de valoração distintas a lesividade social de uma conduta, por um lado, que remete às expectativas da vítima em relação aos seus bens, e a evitabilidade individual com consequente reprovação, por outro lado, a indicar as possibilidades de cumprimento da norma pelo autor do fato⁶³⁸. O próprio Welzel teria afirmado em uma conferência no Japão a possibilidade de observar na *“decomposição do delito nos três elementos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade o mais importante progresso dogmático das últimas duas ou três gerações”*⁶³⁹.

⁶³⁶ JAKOBS, Günther. Festschrift für Seiji Saito. 2003, p. 864 apud ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 60.

⁶³⁷ LESCH, Heiko Hartmurt. Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid: Marcial Pons, p. 253-254, Julio 2000.

⁶³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. Revista Peruana de Ciencias, n.18, p. 382, 2006.

⁶³⁹ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 64. Nesse mesmo sentido: “Lo cual se debe a que el hallazgo, o quizás debiera decirse el descubrimiento, del injusto y de la culpabilidad como elementos diferenciados del sistema jurídico-penal constituye, en

Injusto e culpabilidade se tornaram a principal chave dogmática de cisão entre autor e fato desde que a divisão entre fatos objetivos e subjetivos perderam o potencial explicativo com a inclusão do dolo na tipicidade⁶⁴⁰. Segundo a doutrina dominante esta cisão teria relevância sistêmico-dogmática e função na estruturação teórica do Direito penal, além de estar em consonância com a legislação⁶⁴¹. O Código Penal Brasileiro, por exemplo, define as excludentes de ilicitude no artigo 23 e seguintes, destinando um título próprio para as causas que excluem a culpabilidade.

Todavia, deixando as questões de formalidade e técnica legislativa à parte, Schünemann afirma que a distinção entre injusto e culpabilidade deve estar fundada na *função* intrasistêmica desta cisão⁶⁴², ou seja, na necessidade lógica existente dentro do sistema penal de distinguir excludentes de culpabilidade de causas justificantes, ou de compreender uma contribuição culpavelmente distinta na participação delitiva, dentre outros efeitos dogmáticos decorrentes desta cisão.

Roxin também concorda que esta seria a justificativa mais relevante para a divisão entre as categorias dogmáticas: *“a separação entre injusto e culpabilidade presente no Direito penal vigente tem um alto valor explicativo, pois um grande número*

palabras de Hans Welzel, el avance dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones”. SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad...Op. Cit., p. 368.

⁶⁴⁰ “porque con esta distinción injusto y culpabilidad se funcionalizan por igual desde el punto de vista de los fines de la pena, no resultando fácil encontrar un criterio de escalonamiento inequívoco, sobre todo desde la inclusión del dolo en el tipo de injusto, ya que con esta inclusión, criterios puramente externos, como por ejemplo la distinción entre hechos objetivos y subjetivos, han perdido toda capacidad delimitadora”. SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad...Op. Cit., p. 371.

⁶⁴¹ “com a reunião de injusto e culpabilidade diminuem-se algumas diferenças reais essenciais. São duas coisas diferentes se uma conduta é punida penalmente como lesão ao bem jurídico e se a violação desta proibição deve ser, em todos os casos, sancionada com uma pena (...). A tese de que não há injusto não culpável infringe a Lei de várias formas. O Código Penal alemão distingue nitidamente entre as condutas que não são ‘antijurídicas’ (§§32, 34 do Código Penal alemão) outras que são cometidas ‘sem culpabilidade’ (§§17, 20 do Código Penal alemão)”. ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 64,65. Nesse mesmo sentido Schünemann afirma a “función de la delimitación de injusto y culpabilidad” SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad...Op. Cit., p. 368.

⁶⁴² “el ordenamiento jurídico debe partir en su conformación conceptual de la referencia teleológica (la función), no pudiendo proceder de otra manera, especialmente ante conceptos intrasistemáticos artificiales de un nivel de abstracción muy elevado, como por ejemplo el de injusto y el de culpabilidad”. Idem, ibidem.

de resultados depende dela”⁶⁴³. Um destes citados “resultados práticos” seria, por exemplo, a questão da lesão de bem alheio em legítima defesa ou por conta de capacidade mental alterada: os efeitos jurídicos seriam muito distintos para os casos abrangidos por uma excludente de antijuridicidade ou, por outro lado, para as hipóteses de ausência de culpabilidade⁶⁴⁴. Nesse mesmo sentido, a dogmática do erro de proibição dependeria logicamente da existência de uma norma, distinta da cognição do sujeito, a respeito da qual este se equivocaria. E, por fim, a dinâmica da participação delitiva também é um resultado dogmático que dependeria da cisão entre injusto e culpabilidade ao se admitir diferentes graus de culpabilidade entre os partícipes que, no entanto, concorrem para a prática do mesmo crime.

Quanto a esta questão de estruturação sistêmica da dogmática, o próprio Jakobs já se manifestou no sentido de que *“vinculam-se consequências de caráter aparentemente sistemático ao juízo de injusto como no tocante a regulação da participação ou para aplicação de algumas causas de justificação. Essa razão é completamente formal; estas instituições deveriam dispor de uma sistemática própria”*⁶⁴⁵. Pode-se depreender deste excerto que, para Jakobs, a existência de uma dogmática própria e efeitos jurídicos específicos de cada instituto penal independem da estruturação teórica correlativa destes institutos, ou seja, segundo o autor a participação e as causas de justificação devem dispor de uma dogmática própria que não deveria variar de acordo com a união ou cisão entre injusto e culpabilidade.

O posicionamento teórico de Jakobs nesta questão foi apresentado em itens anteriores⁶⁴⁶, bem como a resposta apresentada pelo autor a diversos posicionamentos contrários à fusão entre injusto e culpabilidade. Cabe destacar que a construção funcionalmente mais proeminente do impasse aqui apresentado se dá nos termos acima

⁶⁴³ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 65.

⁶⁴⁴ “está claro que se trata de cuestiones pertenecientes a planos valorativos totalmente distintos si alguien lesiona un bien jurídico en legítima defensa (sejif defense), o en estado de enajenación mental (insanity), de donde también derivan consecuencias jurídicas distintas, por ejemplo nel ámbito de la responsabilidad del partícipe”. SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad...Op. Cit., p. 383.

⁶⁴⁵ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 69.

⁶⁴⁶ Infra, p. 171 e ss.

destacados, qual seja, para a doutrina dominante a cisão entre injusto e culpabilidade possui razões sistêmico-dogmáticas que devem ser consideradas. Jakobs, por sua vez, entende que esta questão é exclusivamente formal relacionada à estruturação teórica dos institutos, que podem ter uma constituição sistêmica própria alheia à cisão entre injusto e culpabilidade⁶⁴⁷.

Em consonância aos estudos de Jakobs sobre este tema, encontram-se as teorias de Heiko Hartmut Lesch e Michael Pawlik. Para Lesch: *“em uma definição funcional do injusto penal, este não se define como modificação empírica e real do mundo exterior, mas sim como comunicação, como expressão de sentido de uma pessoa formalmente racional e o sentido expressado não pode se verificar sem levar em conta essa pessoa. Dito brevemente: o fato não pode se separar do autor e a imputação penal não serve para construir uma vinculação entre fato e autor, mas sim para estabelecer o que é na realidade um fato. A culpabilidade penal não significa outra coisa que não o próprio injusto penal”*⁶⁴⁸.

Nesse mesmo sentido Michael Pawlik argumenta que a distinção entre injusto e culpabilidade tem origem histórica e é, portanto, passageira e mutável. O autor entende que *“a tradicional diferenciação entre injusto e culpabilidade, ao contrário da opinião absolutamente dominante, não pertence ‘à essência eterna de qualquer dogmática jurídico penal’”*⁶⁴⁹. Pawlik, ademais, defende que esta fusão não traz qualquer dificuldade sistêmico-dogmática, *“ao contrário, a renúncia a essa categoria agudiza a visão em relação às diferenças sistemáticas entre as instituições jurídicas que estão em jogo e possibilita com isso um tratamento mais adequado das questões materiais concretas”*⁶⁵⁰.

No que concerne a esta discussão, seria relevante a apresentação de um posicionamento próprio deste trabalho. Tomando como ponto de partida uma análise

⁶⁴⁷ JAKOBS, Günther. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p.

⁶⁴⁸ LESCH, Heiko Hartmut. Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid: Marcial Pons, Julio, 2000, p. 268.

⁶⁴⁹ PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 108.

⁶⁵⁰ Idem, ibidem.

científica, a reunião entre injusto e culpabilidade parece decorrência lógica da premissa essencial do desenvolvimento teórico de Günther Jakobs, qual seja, o Direito atuaria em uma relação comunicativa pautada pela prevenção geral positiva e estabelecida entre negação da norma pelo delito e afirmação normativa por meio da pena. Assim, apenas o delito seria ocasião para imposição de pena e *todo* delito teria como consequência necessária a punição.

Ora, levando em conta a premissa de relação comunicativa contida na teoria de Jakobs, seria bastante natural a unificação entre injusto e culpabilidade, na medida em que apenas há imposição de pena aos injustos culpáveis e, para o autor, todo injusto requer pena, logo a culpabilidade seria a comunicação da falta de motivação jurídica que enseja punição e caracteriza o injusto. Assim, a reunião entre injusto e culpabilidade é uma *abstração* teórica que serve à conformação lógica da teoria jakobesiana. Porém, qualquer estrutura classificatória não tem o condão de ser boa ou ruim, mas sim, essencialmente, útil ou inútil.

Portanto, a discussão da reunião entre injusto e culpabilidade deve trazer em seu cerne primordial a questão dos *efeitos* sistêmico-dogmáticos desta propositura. Observa-se que, por um lado, a doutrina de Claus Roxin, Schunemann, Hassemer, dentre outros, destaca que diversas construções sistêmicas dependem da separação entre injusto e culpabilidade: participação, causas de justificação, erro de proibição; por outro lado Jakobs, Pawlik e Lesch apontam que tais distinções não seriam prejudicadas, mas realizadas de outra forma, ou até de maneira mais clara, quando da avaliação da necessidade de pena.

Explica-se: enquanto a doutrina dominante distingue as causas de justificação das escusantes por meio do injusto, no primeiro caso não haveria injusto e no segundo caso haveria injusto inculpável, Jakobs e seus discípulos distinguem estas situações da seguinte forma: no primeiro caso não haveria injusto por ausência de antijuridicidade e no segundo caso não haveria injusto por ausência de culpabilidade, sendo que cada categoria possuiria estruturação sistêmica própria, com efeitos específicos, tais como a possibilidade ou não de oposição à ação justificada ou escusada. No caso da participação, em Jakobs, os inculpáveis partícipes não cometeriam crime – autoria mediata; já para a doutrina dominante todos cometeriam o *mesmo* crime, apenas teriam

imposição de pena diversa de acordo com a culpabilidade individual, ou seja, em efeitos dogmáticos as duas posturas levam à mesma solução.

No que tange ao erro de proibição, Jakobs não nega a existência da norma como uma realidade distinta do sujeito e que pode ser objeto de cognição, apenas ressalta que a atuação contrária à norma com significado e efeitos jurídicos será, tão somente, a atuação culpável, o que justifica o ingresso da culpabilidade na análise do injusto. E assim por diante, em uma postura teórica ou outra os *efeitos dogmáticos* são praticamente os mesmos e, tão somente, são explicados por um mecanismo lógico diverso. Logo, conclui-se que tanto a construção jakobesiana concernente à unificação entre injusto e culpabilidade, como a construção clássica que distingue estas categorias teriam *efeitos* jurídicos idênticos ou similares.

Assim, apenas parece ser mais acertado optar pela cisão destes institutos em razão da melhor estruturação dogmática desta opção interpretativa, em virtude de seu cuidadoso desenvolvimento e elaboração histórica. A teoria de Jakobs ainda não responde algumas questões de cunho dogmático, ou não responde com o devido pormenor que o tema requer por motivos de relativa novidade histórica que não permitiram aos adeptos desta corrente o esgotamento do tema. Alguns exemplos destas questões são: qual seria a natureza jurídica da conduta antijurídica, mas inculpável, já que não pode ser classificada como injusto penal, seria sempre um ilícito administrativo ou civil? A fusão da teoria do injusto com a teoria da culpabilidade necessariamente obsta a distinção entre fato típico, antijurídico e culpável ou tão somente estas três categorias são reconhecidas como distintas embora fundidas no conceito global de injusto? E, nesse sentido, quais seriam os efeitos penais de um injusto civil ou administrativo? O que justificaria o tratamento dogmático diverso entre fato antijurídico e fato culpável se não a ausência de injusto no primeiro caso, seria a manutenção da cisão entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade? Dentre diversas outras questões que deveriam ser aprofundadas com algum pormenor. Nesse sentido, tendo em vista que a unificação ou separação entre injusto e culpabilidade parecem produzir o mesmo resultado dogmático, a opção pela cisão vem justificada por sua melhor elaboração teórica e lógica, fruto de anos de desenvolvimento histórico.

4.2.2. Teoria da Pena: Sobre a Prevenção Geral Positiva e Instrumentalização dos Indivíduos

Outra questão polêmica a respeito da teoria da culpabilidade em Günther Jakobs trata da relação entre prevenção geral positiva e responsabilidade culpável. Conforme já foi estudado, a teoria de Günther Jakobs pressupõe uma relação comunicativa entre a infração ao ordenamento jurídico e a correspondente resposta em forma de pena. Nesse sentido a pena confirma a vigência da norma, prevenção geral positiva, perante um ato questionador desta vigência e carecedor de fidelidade normativa, ato culpável. Apenas a culpabilidade dá ocasião para a imposição de pena, desta forma constitui *“o elemento central da teoria jurídica do delito, sendo o resto das questões meros indicadores da culpabilidade. Só interessa, em definitivo, se o Estado pode ou não impor uma pena”*⁶⁵¹.

Em contrapartida, a culpabilidade é em si fundamentada em razões sociais, a partir da delimitação do sujeito comunicativamente competente para a violação da norma, na medida em que, *“a autonomia é atribuída como capacidade, no caso de ser proveitoso, e somente poderá faltar quando for possível a solução do conflito de outra maneira”*⁶⁵². Dessa forma, a culpabilidade derivaria das próprias expectativas de prevenção geral⁶⁵³, socialmente constituídas. Muitos autores concluem, a partir disso, que para Jakobs *“a culpabilidade deve ser determinada de acordo com a conveniência legislativa e não segundo a capacidade individual do autor”*⁶⁵⁴.

A relação entre culpabilidade e prevenção em Jakobs consubstancia um dos aspectos mais polêmicos de sua teoria⁶⁵⁵. Segundo Jescheck, essa correlação entre culpabilidade e finalidade preventiva da pena elimina o conceito de justiça individual,

⁶⁵¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. Buenos Aires: Bd F, 2007, p. 617.

⁶⁵² JAKOBS, Günther. Culpabilidade e Prevenção...Op. Cit., p. 12.

⁶⁵³ JAKOBS, Günther. Tratado de Derecho Penal...Op. Cit., p. 579.

⁶⁵⁴ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 65.

⁶⁵⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁRES GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 77.

por prejudicar a análise da responsabilidade pessoal no cometimento de crimes⁶⁵⁶, com consequente desrespeito à dignidade da pessoa humana e sua correspondente instrumentalização.

No tocante a esta questão da instrumentalização do indivíduo, Roxin aponta que *“Jakobs pretende punir também o autor quando este não teve qualquer possibilidade de se comportar licitamente, quando isto resultar ‘útil’ no sentido de cumprir a tarefa de orientação da norma. Há tempos constatei a Jakobs que por esta proposta se alcança justamente aquilo que o Direito penal deveria impedir: que a pena, que deveria depender das capacidades derivadas da responsabilidade do autor, dependesse apenas de assegurar as necessidades sociais. Isto conduziria a uma instrumentalização do indivíduo, o que violaria a dignidade humana”*⁶⁵⁷.

Ademais, a crítica ainda destaca a possibilidade de maleabilidade na reestruturação sócio-jurídica do conceito de culpabilidade em Jakobs e sua manipulação ilimitada para atender o interesse de qualquer estrutura jurídica. Nesse sentido, além de possibilitar ao ordenamento suprimir a consideração ao indivíduo, a teoria de Jakobs permitiria a validação de qualquer interesse social, legítimo ou ilegítimo, por via jurídica, em detrimento das capacidades individuais. Zaffaroni, por exemplo, se refere ao Direito penal de Günther Jakobs como transpersonalista⁶⁵⁸, em razão de atribuir maior relevância para o sistema do direito penal do que ao indivíduo submetido a este.

Talvez o aspecto mais relevante da crítica ao conceito de culpabilidade e prevenção em Jakobs para este trabalho seria justamente aquele concernente à função da culpabilidade como princípio e fator de limitação do poder punitivo estatal. Roxin afirma que a partir da doutrina de Jakobs não é possível obter as consequências-dogmáticas adequadas para um Estado Democrático de Direito⁶⁵⁹. Nesse mesmo sentido, Fábio Guedes de Paula Machado afirma que *“um Direito Penal interpretado*

⁶⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico-penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia, n.5, p. 15, 2003.

⁶⁵⁷ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 64, 65.

⁶⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. La culpabilidad en el siglo XXI. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.7, n. 28, p.63, 1999.

⁶⁵⁹ ROXIN, Claus. ¿Que queda del principio de la culpabilidad en Derecho Penal?. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 30, p.683, 1986.

em sentido puramente preventivo-geral faz com que a culpabilidade perca a sua função mais importante nos dias atuais, qual seja, a de fixar um limite ao poder punitivo do Estado, ou à necessidade de reafirmação do Direito Penal, protegendo o indivíduo de excessos preventivos através do princípio de que a pena não pode nunca ultrapassar a medida da culpabilidade”⁶⁶⁰.

Em suma, é possível sintetizar a crítica à identificação entre culpabilidade e prevenção geral positiva presente na obra de Jakobs da seguinte forma: 1) a definição exclusiva de fatores preventivos como conformadores da culpabilidade não constitui critério funcionalmente eficaz para limitação e legitimação do poder punitivo estatal, permitindo uma ampliação irrestrita da punição e, 2) em decorrência disso o indivíduo seria instrumentalizado para atender necessidades preventivas, sem consideração de suas reais capacidades subjetivas de evitibilidade do fato criminoso, o que violaria a dignidade da pessoa humana.

4.3. Respostas de Günther Jakobs e Análise da Crítica Doutrinária

Este item tem por proposta a análise da crítica dirigida pela doutrina à Günther Jakobs, bem como apresentar as respostas do autor a estas questões. Considerando que a doutrina e Jakobs concordam sobre a questão entre culpabilidade e neurociência, com consequente origem normativa do instituto da responsabilidade culpável, e, ademais, observando que a contra-argumentação jakobsiana concernente à questão da separação entre injusto e culpabilidade já foi oportunamente apresentada⁶⁶¹, o aspecto essencial a ser aqui discutido será a relação entre o conceito de culpabilidade, prevenção geral positiva e injusto, com vistas a destacar especificamente a eventual instrumentalização dos seres humanos na teoria de Jakobs apontada pela crítica.

⁶⁶⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 162.

⁶⁶¹ Infra, p. 171 e ss.

Segundo a teoria de Jakobs, “*num sistema de imputação em funcionamento fica excluído que se conceba o destinatário da imputação antes da sociedade*”⁶⁶², a partir desta premissa o autor nomativiza os conceitos dogmático-penais, dentre eles a culpabilidade. Todavia, não se pode confundir a compreensão do indivíduo dentro e depois da sociedade com a exclusão de critérios de capacidade individual, os quais são construídos normativamente a partir desta estrutura de imputação. O próprio Roxin, ao criticar a fusão entre injusto e culpabilidade de Jakobs argumenta o seguinte: “*a objeção de que ninguém deve ser obrigado além de suas **capacidades** não se sustenta. O ordenamento jurídico pode e deve obrigar **sem considerar a pessoa**, e somente se preocupar com que ninguém seja punido se tais obrigações não possam ser seguidas. Mesmo um assassino enfermo mental viola a proibição de matar. Pode-se apenas não reprová-lo*”⁶⁶³.

Ora, com isto pode-se concluir que na teoria de Roxin, a qual separa culpabilidade e injusto, a obrigação de seguir a norma existe independente das capacidades individuais, sendo que a ausência de possibilidade individual para se comportar conforme a norma é, apenas, obstáculo à punição. Já para a teoria de Jakobs, na qual há a fusão entre injusto e culpabilidade, sendo esta última o estágio de análise mais relevante para o Direito penal, na medida em que determina a imposição ou não de pena, não existe obrigação sem capacidade ou, melhor dizendo, sem competência para ferir a norma, tendo em vista que pena e injusto estão em uma relação comunicativa de correspondente afirmação e negação da norma. Sob este específico prisma, a teoria de Jakobs parece levar em maior consideração a capacidade, ou aptidão comunicativa sintetizada normativamente na constituição da competência, para imputação do que os autores que defendem a cisão entre injusto e culpabilidade.

Naturalmente, não é possível ignorar que em Günther Jakobs as próprias “capacidades individuais” são definidas normativamente, ou seja, em alguma medida a responsabilidade por culpabilidade seria construída com base no que a *sociedade pressupõe* que o indivíduo seja capaz de evitar ou realizar. Nesse sentido, o sujeito é

⁶⁶² JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 37.

⁶⁶³ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITOS, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 65.

construído segundo parâmetros sociais e a pena é aplicada para garantir expectativas igualmente sociais, consubstanciando a realização da prevenção geral positiva. Consequentemente, aponta-se pela doutrina a ocorrência de instrumentalização do sujeito, na medida em que este é construído socialmente e punido para garantir anseios sociais.

Contra esta análise crítica doutrinária Jakobs argumenta o seguinte: *“as críticas que frequentemente se formulam à concepção aqui exposta, no sentido que com ela se instrumentaliza o cidadão que irá ser submetido a uma pena, provavelmente não percebam que somente se trata da descrição das condições de funcionamento de toda a sociedade; uma descrição não instrumentaliza, e sim em todo caso descobre instrumentalizações existentes há muito tempo. Bem é certo que a descrição pode desiludir, e neste sentido tampouco falta a objeção de que esta concepção tira à luz determinadas funções que deveriam ‘em essência permanecer latentes’. Essa afirmação, se fosse correta, se é que suportaria uma instrumentalização dos cidadãos que irão ser submetidos à pena, concretamente implicaria que se **ocultaria-lhes a estrutura de sua submissão para evitar que intentassem sair violentamente dela. A dignidade humana, se tem um conteúdo mínimo, é desde logo incompatível com tal proibição de esclarecer a lógica de comunicação. Ademais, esclarecer que o falho da culpabilidade não se refere ao indivíduo em seu próprio ser, e sim a uma pessoa social, isto é, que os sistemas sociais têm determinadas condições de subsistência às que ninguém pode subtrair etc., dificilmente pode levar ninguém a se apartar da sociedade – onde se dirigiria? -, especialmente se ao mesmo tempo se compreendem que essas relações sempre fundamentam culpabilidade e pena**”*⁶⁶⁴.

Apesar da extensão do excerto apresentado, a argumentação de Jakobs foi integralmente reproduzida aqui justamente porque a doutrina tende a isolar trechos deste raciocínio do autor e subtraí-los da perspectiva global para atender uma finalidade exclusivamente de crítica desconstrutiva⁶⁶⁵, o que fugiria da proposta apresentada por este trabalho. Primeiramente, cabe ressaltar que as conclusões atingidas por Günther Jakobs são decorrentes de uma opção metodológica de interpretar os institutos jurídicos

⁶⁶⁴ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 37-38.

⁶⁶⁵ ROXIN, Claus. Prólogo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro...Op. Cit., p. 66.

sob o critério de neutralidade axiológica funcional. Pode-se observar que, para o autor o Direito é um dado jurídico ou construído social, ou seja, o doutrinador apenas explica uma determinada realidade, porém não a modifica, na medida em que esta já resta construída socialmente.

Assim, uma questão essencial a ser debatida no estudo da obra de Jakobs será, inevitavelmente, sua *metodologia*. Quando o autor afirma que uma descrição não instrumentaliza, simplesmente revela que instrumentalizações são realizadas, é possível verificar uma neutralidade axiológica nos moldes de um positivismo kelseniano, com clara separação entre direito e política⁶⁶⁶. Não é esta a opção metodológica da maior parte da doutrina, a qual defende o potencial construtivo do doutrinador do Direito e, portanto, o consequente compromisso social inerente a qualquer reflexão jurídica. Nesse sentido Tércio Sampaio Ferraz Júnior defende ser a doutrina *fonte* do Direito⁶⁶⁷, na medida em que tem o potencial de criar a realidade normativa e não apenas estudá-la de maneira neutra. Do mesmo modo Schünemann advoga pela necessidade de o doutrinador refletir sobre os potenciais efeitos de sua teoria antes de defendê-la⁶⁶⁸.

Logo, a questão sobre se a teoria da culpabilidade de Jakobs instrumentaliza os seres humanos ou, somente, revela que instrumentalizações são realizadas perpassa uma questão anterior de *método*, qual seja, se o Direito seria um dado a ser interpretado pelo doutrinador ou um construído da doutrina. Jakobs opta pela primeira opção e, ademais prossegue afirmando que ocultar as reais estruturas de funcionamento do Direito, omitir as instrumentalizações que são funcionalmente realizadas pelo ordenamento jurídico do Estado *histórico* ou *real* de direito implicaria, *per si*, violação da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que ocultar a estrutura de submissão impediria que o cidadão buscasse a libertação desta.

Todavia, é de se observar que Günther Jakobs não é um autor que pode ser considerado como filiado a uma interpretação *crítica* do Direito penal, com vistas a

⁶⁶⁶ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 195 e ss.

⁶⁶⁷ As opiniões jurídico-acadêmicas “ não constituem meras explicações de fenômenos, mas se tornam, na prática, doutrina, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito”. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9 -18.

⁶⁶⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 45, out-dez, 2003.

reconstrução do sistema. Seria inadequado pressupor que a obra jakobsiana estaria voltada à conscientização do indivíduo de sua condição de dominado para que pudesse rompê-la. Conforme é possível verificar da continuação da leitura do excerto apresentado, Jakobs pressupõe a impossibilidade do rompimento total dos vínculos sociais, os quais seriam *condições de subsistência* permanentes. Portanto, em termos metodológicos, Jakobs adotaria uma postura *descritiva, axiologicamente neutra, afastada de orientações políticas, empiricamente livre* e, em certa medida, conformada perante a realidade que descreve.

Nesse contexto, o compromisso científico em Jakobs seria anterior a qualquer postura ideológica. Portanto, a discussão sobre a eventual instrumentalização dos indivíduos seria subsequente a uma discussão de método, tendo como questão central a possibilidade de uma teoria explicativa da realidade instrumentalizar. No que tange a este tópico, parece ser mais adequado adotar uma postura intermediária para afirmar que o Direito é, ao mesmo tempo, um construído pela doutrina e um dado a ser estudado, sendo esta diferença revelada pelos campos da sociologia jurídica e da política-criminal, a primeira com um viés mais descritivo e a segunda, construtivo. Neste sentido, parece que a obra de Günther Jakobs possui maior enfoque sociológico do que político, por estar alinhada com a explicação histórico-social da conformação das estruturas dogmáticas e não se ocupar dos efeitos *políticos* de uma construção sistêmica.

O autor não elabora sua obra procurando redefinir politicamente as categorias dogmáticas em razão dos efeitos almejados no campo do combate à criminalidade ou da adequação à democracia. Até mesmo quando da defesa do polêmico Direito Penal do Inimigo⁶⁶⁹ o autor não defende a *criação ou concepção* de um Direito penal aplicado aos inimigos, apenas constata sua *existência* no Estado Histórico de Direito, destacando a necessidade de correspondente *cisão* em relação ao Direito Penal do cidadão. Jakobs não oferece uma análise política, mas sim uma análise sociológica equivocada do ponto de vista político democrático, na medida em que a existência real de um Direito de exceção aplicado para alguns apenas indica a necessidade de sua supressão para a restauração da democracia, em conformidade com os ditames do Estado Democrático de

⁶⁶⁹ JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19-49.

Direito, mas nunca deveria indicar qualquer necessidade de formalização destes instrumentos de restrição de direitos fundamentais.

Assim a obra de Jakobs talvez deva ser interpretada como uma interessante forma de compreensão das estruturas jurídicas consoante com o construtivismo da linguagem e a sociologia dos sistemas, mas não como um marco de reconstrução da dogmática-penal de acordo com a ideologia democrática. Muito embora seja oportuno relembrar a ressalva de que algumas obras de raiz sistêmica e sociológica foram concebidas ideologicamente na democracia e se assemelham com a obra de Günther Jakobs pela raiz metodológica comum calcada na filosofia da linguagem e na teoria sistêmica, sendo possível encontrar versões democráticas da aplicação das estruturas metodológicas também adotadas por Jakobs: é o caso das obras de Habermas e Klaus Günther⁶⁷⁰. Portanto, não é possível afirmar uma incompatibilidade entre o método de Jakobs e a democracia, o autor apenas optou por uma linha axiologicamente neutra em sua obra.

Assim, no que tange ao tema da descrição de realidades jurídicas de instrumentalização do indivíduo na teoria de Günther Jakobs, é de se destacar que cabe ao intérprete a responsabilidade de ler esta obra de acordo com o método proposto pelo autor: *descritivo* e *axiologicamente neutro*. Günther Jakobs fornece interessantes diagnósticos, explicações históricas e sistematizações dogmáticas, todavia por não apresentar um posicionamento *político* e *ideológico* definido, não seria possível utilizar tal obra para reconstruções dogmáticas de natureza político-criminal, justamente porque uma descrição sistêmica e formal serviria a qualquer ideologia. Porém, em termos metodológicos, não parece que uma obra aproximada de análises sociológicas, com o escopo de compreensão das estruturas jurídicas a partir da análise da dinâmica social e descrição do funcionamento sistêmico, seja menos relevante para a dogmática do que obras de clara orientação política, tão somente as primeiras devem ser interpretadas com maior cuidado e *sem qualquer aposição de plataforma política totalitária*.

⁶⁷⁰ Neste sentido há autores que afirmam que a segunda fase da teoria da pena de Günther Jakobs se aproxima da teoria de Habermas. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Do Delito à Imputação: A teoria da imputação de Günther Jakobs na Dogmática Penal Contemporânea. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 170 e ss.

Todavia, considerando o objeto inicialmente proposto, cabe retomar a discussão inicial, em uma abordagem crítica específica e paralela à da doutrina. Abordagem esta que pretende responder a partir de uma análise sistêmico-dogmática, mas com inspiração político-criminal: quais seriam as funções da culpabilidade em um Estado democrático de Direito, se a teoria de Jakobs é funcionalmente compatível com este modelo de Estado e, por fim, como analisar e limitar a questão da expansão penal a partir de um juízo de culpabilidade. Este enfoque busca retomar a crítica à teoria de Jakobs sob outros pressupostos. Isto porque a questão da instrumentalização do indivíduo e da pertinência democrática de uma obra pode ser, também, adequadamente apreciada sob o prisma dos efeitos funcionais da teoria apresentada pelo autor, e não apenas a partir da orientação política de suas premissas teórico-metodológicas. A este tema será dedicado o próximo capítulo.

CAPÍTULO 5

REFERENCIAL AXIOLÓGICO: FUNÇÕES DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio da culpabilidade, que remonta à Idade Média, foi inicialmente desenvolvido pelo Direito canônico⁶⁷¹ e acolhido dogmaticamente pelos clássicos inspirados pelos estudos de Jhering. Segundo Schünemann, o singular e relevante significado da culpabilidade *“não se baseia na profunda dimensão histórica como tal, mas sim na circunstância de que toda modificação cultural dos últimos mil anos pôs em relevo cada vez mais claramente e sublinhou cada vez mais a correção e importância do princípio de culpabilidade”*⁶⁷². Com isto se observa que o desenvolvimento histórico deste instituto teria sido resultado de uma alteração *cultural*, que como visto, Günther Jakobs identifica, por meio da leitura de Weber, com a modificação da racionalidade correspondente à desmistificação do universo⁶⁷³.

A função central da culpabilidade, em virtude da alteração de racionalidade histórica, seria, portanto, a de legitimar a aplicação da pena ao limitar a responsabilidade à capacidade individual de motivação conforme o Direito⁶⁷⁴, na medida em que o homem poderia prever ou controlar, ao menos minimamente, o resultado de suas ações, não sendo mais interpretado como uma mera vítima do destino que deveria assumir a responsabilidade pelo resultado⁶⁷⁵. Essa necessidade legitimação da pena por meio da culpabilidade está filosoficamente relacionada com o

⁶⁷¹ Kuttner. Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregar IX, 1935 apud SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal...Op. Cit., p. 24.

⁶⁷² SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal...Op. Cit., p. 24.

⁶⁷³ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit p. 34.

⁶⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal...Op. Cit., p. 24.

⁶⁷⁵ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit, p. 48.

reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na medida em que não seria possível utilizar o ser humano para legitimar qualquer fim social, sendo o indivíduo um fim em si mesmo⁶⁷⁶.

Todavia, nas últimas décadas, o princípio de culpabilidade tem sofrido alguns reveses⁶⁷⁷, aos quais Schünemann se refere como: o surpreendente fenômeno de que, após a ampla aceitação da culpabilidade pela dogmática penal, esta venha a ser questionada no que concerne a sua *funcionalidade*⁶⁷⁸. Segundo o autor “*as teorias da pena fundadas na ideia de retribuição e culpabilidade tropeçaram com a resistência realizada pelos cada vez mais numerosos defensores de um Direito penal puramente preventivo. Nos últimos tempos chegou a ser seriamente discutido se o princípio de culpabilidade não deveria ser retirado do sistema de Direito penal*”⁶⁷⁹.

Verifica-se assim, que o contexto de expansão normativa penal⁶⁸⁰ próprio da sociedade do risco, no qual as necessidades de acautelamento social são colocadas adiante das reais possibilidades de evitabilidade ou motivação jurídica do indivíduo, reforçadas pelo gravame da negação neurocientífica do indeterminismo, ensejam o questionamento doutrinário da responsabilidade culpável. Neste diapasão, se torna relevante a discussão a respeito das funções do princípio de culpabilidade em um Direito penal pós-moderno preventivo⁶⁸¹, tanto com vistas a delimitar critérios específicos de análise crítica da teoria da culpabilidade de Günther Jakobs, como para firmar os limites normativos de contensão, compreensão e avaliação do normativismo funcionalista permeado pela expansão penal.

⁶⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal...Op. Cit., p. 24.

⁶⁷⁷ Idem, ibidem.

⁶⁷⁸ “me refiero al sorprendente fenómeno de que el principio de culpabilidad, después de haber necesitado siglos para su plena realización y aceptación como principio jurídico-penal fundamental ‘kat exojen’, en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y a estimarse supérfluo e incluso nocivo”. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In:____. (Org.). El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales- Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 180.

⁶⁷⁹ Idem, p. 181- 182.

⁶⁸⁰ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. La Expansión...Op. Cit., p. 22 e ss.

⁶⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad...Op. Cit., p. 184 e ss.

Todavia, antes de adentrar ao questionamento específico sobre a funcionalidade da responsabilidade culpável, faz-se necessário relembrar em que consiste o próprio conceito de função a ser adotado como referencial teórico para análise crítica do instituto da culpabilidade, estudo que será desenvolvido no primeiro subitem do presente capítulo. Posteriormente, em um segundo momento, serão analisadas as potenciais alterações históricas da função da culpabilidade. O terceiro subitem será dedicado à exposição da opinião da doutrina alinhada ao Estado Democrático de Direito no que tange ao tema das *funções* do conceito de culpabilidade⁶⁸², com a correspondente conclusão concernente ao conteúdo e escopo destas funções. E, por fim, será feita uma releitura final da obra de Jakobs sob o referencial crítico funcional apresentado, concluindo a análise inicialmente proposta sobre as funções da culpabilidade em um Direito penal preventivo alinhado com a democracia.

A eleição do critério funcional como parâmetro crítico na pós-modernidade, que restou justificada no primeiro capítulo⁶⁸³ e desenvolvida no terceiro capítulo⁶⁸⁴, permite observar a reconstrução da culpabilidade em um contexto de quebra da racionalidade moderna que originou este instituto, possibilitando, em alguma medida, a compreensão e avaliação crítica do fenômeno da expansão da imputação. Observar se e em que medida a teoria da culpabilidade de Günther Jakobs corrobora com um contexto expansivo de desvalorização do indivíduo e desatende as funções historicamente atribuídas à culpabilidade possibilita uma releitura crítica, cujo alcance das conclusões ultrapassa os limites do estudo teórico específico da obra de Günther Jakobs e atinge questões gerais do instituto da culpabilidade na pós-modernidade.

⁶⁸² Cfr. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en derecho penal. Madrid: Reus, 1981; GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 6, n.24, p. 81-92, out./dez.,1998.; SCHÜNEMANN, Bernd. La culpabilidad: estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoría del delito. Madrid: Tecnos, 1991; MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975, entre outras obras.

⁶⁸³ Infra, p. 53.

⁶⁸⁴ Infra, p. 115.

5.1. Retomada do Conceito de Função para a Análise da Culpabilidade

A título de introdução à discussão das funções da culpabilidade na pós-modernidade, cabe lembrar as principais características do conceito de função, já apresentadas no capítulo terceiro⁶⁸⁵, com o escopo de delinear o objeto de estudo sob análise. Primeiramente, é de se destacar que *função* é um conceito dotado de *instrumentalidade, relativização e dependência*, na medida em que consubstancia em si um critério de análise integrada de fatores em desenvolvimento, ou seja, o termo função não possui concretude própria, mas sim caracteriza uma forma de avaliação da correlação entre partículas que interagem buscando alcançar uma finalidade.

Uma análise funcional em perspectiva sistêmica pode ser realizada de duas formas: 1) abstraindo as *consequências* externas do alcance da *finalidade*. No sistema jurídico-penal tal proposição poderia ser explicada da seguinte forma: tomando como finalidade o acautelamento social, a prevenção geral positiva pode se realizar com a aceitação da consequência de instrumentalização dos indivíduos em violação dos valores democráticos, no caso a finalidade seria procurada sem considerar as consequências para tal; 2) ou em perspectiva oposta, por meio do redirecionamento da função para o alcance específico de consequências desejadas, além de atender a finalidade geral e primária do sistema integrado⁶⁸⁶, ou seja, seria possível atender anseios de prevenção geral positiva dentro dos limites funcionais de um Estado Democrático de Direito. Em Direito Penal, a primeira postura seria aquela de uma análise axiologicamente neutra, a segunda seria própria de uma análise valorativa e comprometida com as consequências político-criminais dos resultados alcançados em uma estrutura funcional, esta última postura é defendida por Claus Roxin.

Pode-se exemplificar o raciocínio abstrato acima exposto da seguinte forma: admitindo-se que a finalidade do Direito seja a conservação da ordem social a partir da garantia de expectativas normativamente institucionalizadas, pode-se legitimar dentro

⁶⁸⁵ Idem, ibidem.

⁶⁸⁶ São estes os dois sentidos de função delineados por Edwards que motivaram o início do estudo do funcionalismo em sociologia, a este respeito, conforme já foi citado no capítulo terceiro, versa um dos parágrafos iniciais sobre metodologia a “A Divisão do Trabalho Social” de Durkeim. DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social. São Paulo: Nova Granada, 1978, p. 23.

desta finalidade de manutenção da ordem tanto de uma estrutura democrática como de qualquer estrutura política de governo. Escolher confirmar apenas a manutenção da ordem em uma democracia implica valorar as consequências e redirecionar axiologicamente o alcance da finalidade almejada, seria este o segundo tipo de análise sistêmico-funcional apresentado no parágrafo anterior. Já aferir a função de um sistema pela simples finalidade mediata que se busca, no caso do exemplo acima, a legitimação de qualquer estrutura político-normativa que garanta a ordem, corresponderia ao primeiro tipo de análise-sistêmica do parágrafo acima, a saber, uma perspectiva axiologicamente neutra.

Em linhas gerais, é possível observar a correspondência entre os traços da metodologia adotada por Günther Jakobs com a neutralidade axiológica, qual seja, a análise do funcionamento do sistema abstração feita às consequências colaterais ou político-criminais da manutenção da ordem. A opção metodológica do estudo aqui desenvolvido é pelo segundo sentido de função, o qual analisa tanto a finalidade como as consequências alcançadas a partir de uma análise valorativa comprometida com valores democráticos. Isto com vistas a construir um parâmetro de análise crítica efetivo à teoria de Jakobs, partindo-se de uma opção metodológica distinta daquela adotada pelo autor.

Esta análise funcional com perspectiva político-criminal será dirigida especificamente à posição do instituto da *culpabilidade* na estrutura do sistema jurídico. Cabe lembrar que função indica a relação de dependência entre as partes de um sistema e, nesse sentido há algumas premissas derivadas da característica de relatividade, instrumentalidade e dependência da função, quais sejam: 1) institutos análogos podem realizar funções semelhantes; 2) a codependência estrutural dos institutos aumenta conjuntamente com a complexidade do sistema; 3) a manutenção de um determinado componente no sistema depende da manutenção de sua funcionalidade; 4) a relevância da função exercida por um instituto independe sua estrutura ontológica, a qual é firmada como substrato e não determinante da construção normativa, no caso, a questão essencial é a finalidade alcançada pelo elemento e não sua essência; 5) e, por

fim, nesse mesmo sentido, um instituto pode ser ou se tornar funcional ou disfuncional para um sistema na medida em que este sistema progride⁶⁸⁷.

Assim, observando a questão da possibilidade de reversibilidade e progressão sistêmica, é de se considerar em primeiro lugar se as funções da culpabilidade variaram historicamente, especialmente ao relembrar que este instituto dogmático foi o que mais sofreu alterações durante o desenvolvimento da teoria do delito. Esta questão envolve a análise da eventual existência de algum outro instituto que cumpra atualmente as funções da culpabilidade, ou inclusive, se esta categoria ainda apresenta relevância para o sistema no atual estágio de desenvolvimento da dogmática.

Ato contínuo, a próxima questão versaria a respeito das funções da culpabilidade no Estado democrático de Direito, na medida em que um instituto estaria ordenado de acordo com as finalidades do sistema no qual está inserido e, no caso, o estudo da culpabilidade será realizado a partir do viés axiológico da democracia, lembrando que esta é uma análise essencialmente normativa, porém não seria empiricamente livre.

5.2. Potenciais Alterações Históricas da Função da Culpabilidade

Em perspectiva histórica, o desenvolvimento da teoria da culpabilidade apresentou uma progressiva normativização que paulatinamente deslocou o eixo de equilíbrio do instituto da responsabilidade culpável, inicialmente situado no reconhecimento das possibilidades e motivações individuais, para os ditames sociais de prevenção geral positiva, conforme já foi visto no capítulo segundo⁶⁸⁸. O resultado prático desta realidade normativa para o tema das funções do princípio da culpabilidade seria o aparente enfraquecimento da função original e histórica de subjetivação da responsabilidade com o correspondente fortalecimento das funções relacionadas à imposição de pena, quais sejam, função de fundamentação, limitação e graduação da sanção penal.

⁶⁸⁷ *Infra*, p. 115 e ss.

⁶⁸⁸ *Infra*, p. 94 e ss.

A culpabilidade surgiu inicialmente na escola clássica como psicológica, tendo por principal escopo realizar a subjetivação da responsabilidade por meio do estabelecimento do liame subjetivo apto a conectar autor e fato. Neste período histórico o conteúdo da imputação culpabilística era definido por: dolo, o qual incluía a potencial consciência da ilicitude, culpa e imputabilidade. Com o neokantismo houve a descoberta dos aspectos valorativos da relação de imputação, conformando-se com mais clareza o juízo de reprovabilidade exercido pela responsabilidade culpável ao ser descoberta a inexigibilidade de conduta diversa como categoria escusante da imputação penal. Assim, ficou revelado o importante papel da culpabilidade na fundamentação, limitação e graduação de pena.

No finalismo, com a distinção entre objeto da valoração, contendo o liame psíquico-normativo doloso ou culposo, e valoração do objeto, a definir os elementos de motivação da conduta aptos a exonerar a responsabilidade, o instituto da culpabilidade acabou tendo o deslocamento dos elementos dolo natural e culpa para a tipicidade, passando a conter a imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade de conduta diversa em seu rol de escusantes. Com esta configuração a culpabilidade acabou sendo identificada atualmente com a reprovabilidade, e o juízo de evitabilidade individual da conduta passou para a tipicidade⁶⁸⁹. Estas alterações dogmáticas trazidas pelo finalismo provocaram a discussão sobre o esvaziamento da culpabilidade com a eventual e potencial perda da função de subjetivação.

Todavia, seria necessário observar que a transposição do dolo natural e culpa para a tipicidade não implicou perda funcional de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade. Isso porque, se ao estudar o conceito de função foi possível observar que um elemento pode se tornar disfuncional em razão de ver sua função exercida por outro componente do sistema, também foi possível observar que a codependência estrutural dos institutos aumenta com a complexidade sistêmica. A alteração da posição dogmática do dolo natural e da culpa foi resultado de um aumento de complexidade para o sistema dogmático-penal, com consequente incremento de dependência entre os elementos do crime.

⁶⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo...Op. Cit., p. 190 e ss.

Günther Jakobs destaca que, mesmo na leitura tradicional da dogmática, o juízo de culpabilidade depende da realização de um fato antijurídico⁶⁹⁰, de modo que consubstancia a última esfera de análise dogmática para a imposição de pena, e cumula em si os juízos de tipicidade e antijuridicidade anteriormente realizados⁶⁹¹. Outrossim, a análise de subjetivação que, em última instância traduz a evitabilidade individual concernente à realização de um ilícito e a reprovabilidade pela motivação antijurídica na realização deste fato, engloba a análise de dolo, culpa, imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade, na medida em que todos esses elementos tratam de momentos ou aspectos que envolvem alguma subjetividade no fato-crime representada ou pela evitabilidade subjetiva conduta ou pela motivação antijurídica da conduta, ainda que construídas normativamente.

Nesse sentido, quando Jakobs fala em “função da parte subjetiva do delito” engloba em seu artigo um estudo destes elementos citados acima, desde considerações sobre o dolo, até questões específicas de inexigibilidade de conduta diversa⁶⁹². Logo, a retirada de dolo e culpa da culpabilidade não representou a exclusão de qualquer análise subjetiva do ilícito realizada através deste instituto, por dois motivos: 1) foram mantidos na culpabilidade os elementos de motivação da conduta dolosa ou culposa; 2) o deslocamento de dolo e culpa para a tipicidade, torna estes elementos pressupostos quando da análise da culpabilidade, tendo em vista que apenas um fato típico e antijurídico pode ser culpável.

Assim, é possível advogar pela manutenção da função de subjetivação de responsabilidade na culpabilidade mesmo após as modificações dogmáticas causadas pelo finalismo. Todavia, cabe ressaltar que a carga semântica inicialmente atribuída ao termo “subjetivação” da responsabilidade indicava, na teoria clássica do delito, o liame subjetivo construído em termos naturalísticos, na qualidade de biológica ou psicologicamente conformado. Com a evolução da normatividade não seria mais adequado utilizar o termo subjetivação com a mesma carga semântica, porque ficou compreendido que os elementos subjetivos, ainda que contenham um substrato

⁶⁹⁰ JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 675.

⁶⁹¹ Idem, ibidem.

⁶⁹² JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito...Op. Cit.p. 635 e ss.

ontológico, seriam normativamente construídos. Por esta razão, qual seja, a alteração de sentido do termo empregado, opta-se por substituir a expressão “subjetivação” por “mínimo empírico de evitabilidade ou motivação subjetiva normativamente construído”⁶⁹³, especialmente para definir as teorias da culpabilidade do pós-finalismo.

Observa-se que as funções atribuídas à culpabilidade não apresentam tanto variação como aprimoramento histórico, ou seja, as funções de subjetivação⁶⁹⁴, limitação, graduação e fundamentação da pena adquiriram complexidade com a sucessão de discussões histórico-doutrinárias sobre este instituto, mas não perderam a importância, apenas passaram a ser interpretadas de maneira diversa. Em linhas gerais, a ampliação da concepção normativa da culpabilidade verificada no transcorrer da história deste instituto⁶⁹⁵ revelou e fortaleceu as funções latentes da culpabilidade relacionadas a aspectos sociais da reprovação, correspondentes à análise de fundamentação, limitação e dosimetria da pena, as quais encontraram bases firmes no estudo da culpabilidade. Já a função de subjetivação da responsabilidade adquiriu novos contornos após o finalismo de Welzel, que permitem observar a relevância da culpabilidade como princípio reitor da dignidade da pessoa humana por respeitar as possibilidades individuais de seguir a norma, considerando as *motivações* escusantes do comportamento individual quando da imputação penal, construídas sob bases normativas.

Logo, é possível observar em perspectiva histórica, que o desenvolvimento dogmático penal apenas revelou e aprofundou o estudo concernente às diversas funções do instituto da culpabilidade, as quais estão relacionadas com a reprovabilidade social

⁶⁹³ Sempre que a expressão subjetivação da responsabilidade for utilizada para fazer referência a alguma teoria relacionada ao funcionalismo, a carga semântica que se pretende imprimir ao conceito será de “consideração de um mínimo empírico de motivação subjetiva ou evitabilidade normativamente construído”. Isso porque as teorias funcionalistas, por estabelecerem a impossibilidade de realidades pré-jurídicas ou metafísicas impactarem a conformação de estruturas normativas, não poderiam ser propriamente relacionadas com o conceito de “subjetivação” contendo a carga semântica de relação naturalística psíquica ou biológica entre autor e conduta. Ressalta-se que o funcionalismo, especialmente em Günther Jakobs, representou justamente um avanço do excesso de subjetivação que o finalismo havia legado à teoria do delito. Cfr. MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do Delito à Imputação: A teoria da imputação de Günther Jakobs na Dogmática Penal Contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 115 e ss.

⁶⁹⁴ Agora entendida como evitabilidade ou motivação subjetivas ainda que normativamente construídas, apta a legitimar a imposição de pena.

⁶⁹⁵ *Infra*, p. 60 e ss.

diante da evitabilidade individual fundamentada na possibilidade de motivação jurídica⁶⁹⁶. A potencial análise da culpabilidade como instituto disfuncional ou a eventual diminuição ou supressão de funções atribuídas à culpabilidade está presente em posições *isoladas* de alguns doutrinadores⁶⁹⁷. Portanto, atualmente, o estudo das alterações funcionais da culpabilidade seria mais temático e autoral do que propriamente histórico.

Em Günther Jakobs, por exemplo, a culpabilidade não seria critério de limitação ao poder punitivo estatal, caracterizaria ocasião para aplicação da pena e não surgiria como instrumento de restrição penal, na medida em que se identifica com a própria prevenção geral positiva⁶⁹⁸. Já em Roxin a culpabilidade seria critério de limitação da imputação por excelência. Logo, faz-se necessário um estudo específico das funções da culpabilidade em autores orientados conforme o Estado democrático de direito, ainda que resumido e com a seleção amostral de algumas obras, com o escopo de investigar a possibilidade de identificação de algum padrão apto a esclarecer tais funções do juízo de imputação culpabilístico sob o prumo axiológico da democracia.

5.3. Função da Culpabilidade em Teorias Alinhadas ao Estado Democrático de Direito

Como bem destaca Davi de Paiva Costa Tangerino: *“a função que a culpabilidade vier a ocupar na teoria do delito dependerá diretamente da missão conferida ao Direito penal, oscilando (...) entre posições mais próximas das finalidades*

⁶⁹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo...Op. Cit., pp. 185 e ss..

⁶⁹⁷ Exemplo seria a posição de Enrique Gimbernat Ordeig sobre o tema. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene um futuro la dogmática jurídicopenal?. In: __. Estudios de Derecho Penal, 3ª Ed. Madrid: Ed. Civitas, 1990.

⁶⁹⁸ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: __. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 91.

de garantia e aquelas mais orientadas à prevenção”⁶⁹⁹. Ora, é possível observar que a doutrina não é pacífica ou unânime no que concerne à função da culpabilidade, não raro cada autor apresenta peculiaridades em sua construção doutrinária que indicam a complexidade do tema. Todavia, em linhas gerais, nota-se a existência de uma tensão entre as teorias de vertente garantista, que privilegiam as liberdades individuais e aquelas correntes que identificam a função do Direito penal com a manutenção da ordem, orientando a estrutura jurídica penal a finalidades preventivas⁷⁰⁰.

Considerando a proposta de identificar as funções da culpabilidade para aquelas teorias que estruturam o Direito penal com vistas à manutenção de um Estado democrático sem desconsiderar as finalidades preventivas da pena, o escopo deste item será apresentar sinteticamente alguns posicionamentos doutrinários concernentes a uma análise funcional da culpabilidade com perspectiva democrática, quais sejam, as teorias de Claus Roxin, Bernd Schünemann, Jünger Habermas, Klaus Günther, Urs Kindhäuser, Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig e Bustos Ramírez.

Destaca-se que a seleção amostral destes autores se justifica pela representatividade de três tendências contemporâneas de estudo das funções da culpabilidade: a primeira tendência representada pelas teorias que fundam a função da culpabilidade na limitação da intervenção penal; a segunda orientação encontraria na função de fundamentação da pena a principal estruturação da culpabilidade; e a terceira tendência está alinhada a um maior ecletismo no estudo das funções da culpabilidade por considerar a presença de todas as funções com a predominância ou da função de limitação ou de fundamentação da pena. Ademais se ressalta que, tendo em vista a impossibilidade de realizar um estudo aprofundado da teoria da culpabilidade na obra de cada autor, será apresentada uma análise bastante resumida e concentrada especificamente no tema das funções da culpabilidade, sem consideração de outras interações sistêmicas deste instituto por fugirem ao escopo final deste trabalho⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade. São Paulo: Elsevier Editora, 2011, p. 185.

⁷⁰⁰ Idem, *ibidem*.

⁷⁰¹ Um maior aprofundamento na teoria da culpabilidade para cada autor apresentado pode ser encontrado na leitura direta das obras citadas em nota de rodapé.

5.3.1. Função da Culpabilidade em Claus Roxin

Claus Roxin é conhecido por inaugurar o funcionalismo moderado, que alinha a função do Direito penal à política criminal voltada a assegurar o desenvolvimento efetivo de um Estado democrático de Direito⁷⁰². Nesse sentido, o autor extrai dos princípios político-criminais e da teoria dos fins da pena a fundamentação da culpabilidade⁷⁰³. Roxin é refratário à teoria da retribuição, por considerá-la instrumentalizadora do ser humano e incompatível com a democracia⁷⁰⁴.

Em contrapartida, o autor busca nos critérios preventivos gerais e especiais positivos ou negativos⁷⁰⁵ os reais fundamentos da punição, porém, diversamente de Günther Jakobs, Roxin apenas defende a adoção da prevenção geral positiva como critério de exclusão e não de inclusão da responsabilidade⁷⁰⁶. Desta forma, a culpabilidade seria um elemento integrante da categoria genérica da responsabilidade penal ao lado do segundo elemento, denominado pelo autor de: necessidades preventivas da pena⁷⁰⁷. Apenas a presença cumulativa de culpabilidade e necessidades

⁷⁰² “Então, qual é a função do Direito penal, a partir da qual vou extrair a estrutura do injusto? Utilizando as palavras mais simples, a tarefa do Direito penal é garantir aos cidadãos uma convivência pacífica e harmoniosa respeitando-se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso decorre dos princípios da nossa Constituição, mas também dos fundamentos teórico-estatais da democracia”. ROXIN, Claus. Prológo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 49; Cfr. ROXIN, Claus. Política Criminal y sistema de Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1972, p. 33.

⁷⁰³ ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal...Op. Cit., p. 70.

⁷⁰⁴ Idem, p. 126. Nesse mesmo sentido: “a teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia”. ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Revista de Direito Penal, n.11-12, p. 9, jul./dez., 1973.

⁷⁰⁵ “Pois, uma teoria da pena que considera como essência da mesma o ‘irrogar um mal’, não conduz a nenhum caminho para uma execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito. A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial”. Idem, ibidem.

⁷⁰⁶ ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal...Op. Cit, p. 151.

⁷⁰⁷ “...posteriormente à categoria do injusto, o que se chama de culpabilidade, na realidade, consiste não só da culpabilidade, mas também de um segundo requisito: a necessidade de prevenção da pena.

preventivas da pena poderia ensejar responsabilidade penal para Claus Roxin⁷⁰⁸. Assim, a culpabilidade, *per si*, seria insuficiente para fundamentar a imposição punitiva.

Consequentemente, pode-se concluir que as funções da culpabilidade na teoria de Claus Roxin seriam aquelas voltadas à: 1) *subjetivação da responsabilidade*, função implícita na obra do autor observada como o reconhecimento de um mínimo empírico de motivação subjetiva e evitabilidade normativamente construídos, no sentido de analisar exclusivamente de aspectos relacionados à capacidade individual⁷⁰⁹ e nunca considerar prevenção geral positiva *dentro do juízo de culpabilidade*, a qual consubstancia um critério paralelo de exclusão da punição; 2) *limitação da pena*, afirmada expressamente como a principal função do princípio, voltada à restrição da intervenção injustificada e desmedida do Estado na esfera individual, corolária da democracia⁷¹⁰. Segundo o autor, a culpabilidade não cumularia as funções de fundamentação e graduação da pena, as quais estariam relacionadas com a prevenção geral positiva, e consubstanciaria um critério de exclusiva atenuação ou limitação punitiva⁷¹¹, sendo parâmetro para graduação da sanção penal o fato concreto em si⁷¹².

Portanto, chamo essa categoria de ‘responsabilidade’ e a faço depender igualmente dedois elementos: da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena”. ROXIN, Claus. Prológo. In: BRITO, Alexis Couto et al. Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 55.

⁷⁰⁸ ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal...Op. Cit, p. 155.

⁷⁰⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal – parte general, tomo I – Fundamentos. A estrutura do delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 810 e ss.

⁷¹⁰ “ A segunda função do conceito de culpabilidade é de índole contrária: consiste e, que limita a pena, ou seja, põe uma barreira à faculdade de intervenção estatal, pois a medida de culpabilidade indica o limite superior da pena (...) impede uma ingerência mais severa em sua liberdade pessoal (do delinquente), por razões preventivas, que o limite a que corresponda a sua culpabilidade (...). Minha tese (...) consiste em que o conceito da culpabilidade como fundamento da retribuição não é idôneo e deveria ser abandonado, enquanto que o conceito de culpabilidade como princípio limitativo da pena deve manter-se, e que nesta função é possível fundamentá-lo teoricamente”.. ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena...Op. Cit.,, p. 8.

⁷¹¹ “Quando alguém causa um acidente de trânsito por um ligeiro descuido, aplicar uma pena severa pode ser muito adequando por razões de prevenção geral. Todavia, o princípio da culpabilidade obriga a imposição de uma pena exígua para uma ligeira negligência e, dente modo, impede que a liberdade do indivíduo seja sacrificada pelo interesse da intimidação geral”. Idem, p. 10.

⁷¹² Nesse sentido Roxin reduz a culpabilidade apenas à função de limitação à imposição de pena:“O curso do meu pensamento se orienta então a desligar o conceito de culpabilidade do conceito da retribuição, geralmente considerados unidos indissolavelmente, e a utilizá-lo somente na medida em

5.3.2. Função da Culpabilidade em Bernd Schünemann

Bernd Schünemann, na qualidade de discípulo de Claus Roxin, constrói uma teoria sobre a função da culpabilidade que em muito se assemelha aos preceitos acima estudados. O funcionalismo, por direcionar o Direito Penal às finalidades de acautelamento social, restringe a retribuição como fundamento da pena⁷¹³, mas como Schünemann ressalta, isto não implica a supressão do princípio da culpabilidade e sim a alteração de suas funções, no mesmo sentido que preconiza Roxin.

O primeiro aspecto a ser considerado é que estes autores desenvolvem a dogmática a partir de uma orientação político-criminal pautada pelos ditames da democracia. Assim, seria antidemocrático fundamentar a pena com base em princípios retribucionistas, sendo a punição justificada pelas finalidades preventivas. A conclusão natural pautada nesta premissa seria a impossibilidade de a culpabilidade ter a função de fundamento da pena, na medida em que ser o indivíduo responsável pelo cometimento de um crime apenas teria o condão de justificar a pena sob uma óptica retribucionista. Em contrapartida, em um ordenamento preventivo, o que fundamentaria a imposição de pena seriam as necessidades de prevenção geral positiva surgidas na sociedade em decorrência da realização de um delito.

Logo, nada justificaria a punição por um ato criminoso na *ausência* de necessidade social, o que torna a prevenção geral positiva o verdadeiro *fundamento* da sanção penal. De maneira análoga a culpabilidade não teria o condão de graduar a pena, considerando que esta graduação seria estabelecida pelos próprios ditames preventivo-sociais com base no fato concreto em si. Assim, caberia ao princípio da culpabilidade a função essencial de *limitação* da punição em respeito à dignidade da pessoa humana,

que sirva para restringir o poder punitivo do Estado. Mediante essa redução do conceito de **culpabilidade a uma só de suas funções tradicionais**, não fica ele sujeito, a meu ver, a qualquer objeção fundada”. Idem, p. 11 e ss. Todavia em seu livro de Direito Penal ainda tece considerações a respeito da culpabilidade como fundamento ou critério de graduação da pena, mesmo que mencionando a obra de outros autores. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 813, 814.

⁷¹³ Cabe lembrar que a pena para Günther Jakobs também possui caráter retributivo, elaborado em sua “terceira fase” da teoria da pena, na medida em que a reposição cognitiva da ordem implicaria imposição de sanção física com vistas a enunciar a consequência da violação normativa.

que, por circunscrever a punição ao efetivo grau de responsabilidade individual no cometimento do crime, o que impediria a instrumentalização do ser humano de acordo com os anseios sociais⁷¹⁴.

5.3.3. Habermas e o agir comunicativo

Habermas é filósofo e sociólogo alemão, de modo que seus estudos não estão voltados diretamente para o Direito penal. A importância em mencionar Jürgen Habermas em um estudo sobre a culpabilidade no Estado democrático de direito reside justamente no posicionamento democrático do trabalho deste autor, o qual inspirou alguns penalistas. Habermas é conhecido pela sua teoria do agir comunicativo⁷¹⁵, baseada na construção democrática a partir do consenso social. Nesse sentido, o conceito material de culpabilidade estaria fundamentado na possibilidade de participação democrática⁷¹⁶. Logo, as normas vinculam e devem ser obedecidas na medida em que o cidadão possa participar, ainda que representativamente, de seu

⁷¹⁴ “En suma, mis consideraciones sobre la función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo han conducido, ante todo, a tres conclusiones. En primer lugar, que el abandono del Derecho penal retributivo no implica de por sí, en absoluto, el abandono de la noción de culpabilidad, que puede continuar manteniéndose contra la crítica del determinismo. En segundo lugar, que debe mantenerse la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho penal con la categoría de la responsabilidad. Y, en tercer lugar, que la abolición del Derecho penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la medición de la pena, de modo que en lugar de una pena por la culpabilidad, concebida en el sentido de la teoría del espacio de juego, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena. En esta versión reducida, como principio limitativo, el dogma de la culpabilidad no sólo es, en la actualidad, adecuado a los tiempos, sino que resulta incluso irrenunciable”. SCHUNEMANN, Bernd. La función...Op. Cit., p. 178.

⁷¹⁵ HABERMAS, Jünger. Consciência Moral e o Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 143 e ss.; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Culpabilidade e reprovação penal. São Paulo: Sugestões Literárias – Saraiva, 1994, p. 11

⁷¹⁶ Idem, ibidem.

processo de elaboração. A reprovação penal, portanto, estaria calcada no dissenso e na competência comunicativa⁷¹⁷ dos integrantes de uma determinada sociedade.

As funções da culpabilidade na teoria de Habermas são mais pressupostas do que efetivamente construídas pelo autor, tendo em vista que este não realiza estudos voltados diretamente para o Direito penal. A teoria de Habermas tem o enfoque específico de legitimação democrática das relações sociais. Pode-se falar, a partir de uma análise lógica que, segundo a teoria do autor seria possível pressupor somente a função de fundamentação da pena pela culpabilidade, no sentido de que, apenas a participação democrática seria apta a legitimar o comprometimento comunicativo do indivíduo em seguir a norma e, conseqüentemente, a imposição de pena decorrente da violação desta norma ou, em outras palavras, o dissenso comunicativo.

5.3.4. Função da Culpabilidade em Klaus Günther

Klaus Günther tem sua teoria da culpabilidade baseada nos estudos de Habermas e, desta forma, entende a culpabilidade normativa como atribuição de sentido construído em um processo democrático. Portanto, culpável será a pessoa deliberativa que participa de um grupo social e possui capacidade crítica sobre sua própria conduta e, também, sobre as condutas alheias, o que consubstancia, em certo sentido, o conteúdo da reprovabilidade de ações culpáveis. O autor não trabalha com o conceito de liberdade em seu sentido filosófico ou biológico, mas sim em perspectiva política.

A imputabilidade, para Klaus Günther tem origem na liberdade comunicativa da pessoa em seu agir político e social⁷¹⁸. Logo, de maneira análoga a Habermas, a função da culpabilidade pode ser identificada na fundamentação da pena a partir da legitimação da imputação penal pelo exercício da democracia e, nesse sentido, pode-se também notar a presença indireta e implícita de uma função de subjetivação da responsabilidade

⁷¹⁷ Lembrando que a segunda fase da teoria da pena de Jakobs em muito se assemelha com as premissas habermasianas. Supra, nota 727.

⁷¹⁸ GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e do futuro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 6, n. 24, p. 81-92, out./dez., 1998.

fundada, justamente, na capacidade crítica da pessoa deliberativa e tendo por conteúdo o reconhecimento de um mínimo empírico de vontade subjetiva apta a consolidar a manifestação deliberativa democrática.

5.3.5. Função da Culpabilidade em Urs Kindhäuser

Kindhäuser caminha em um sentido um tanto quanto próximo ao de Klaus Günther, para o autor a culpabilidade não pode ser definida fora do Estado Democrático de Direito e deve ser relacionada com os papéis sociais que uma pessoa assume na sociedade democraticamente constituída. Estes papéis sociais seriam de dois tipos, o primeiro como destinatário da norma e cumpridor do dever, e o segundo como verdadeiro autor da norma através da participação democrática⁷¹⁹. Assim, para o citado autor a principal função da culpabilidade seria a de fundamentação da pena, na medida em que a culpabilidade não estaria fundada na autodeterminação, mas sim na autonomia do cidadão de, na qualidade de participante da democracia, assumir responsabilidade e decidir, a partir de um processo legislativo, as normas sob as quais estaria submetido⁷²⁰.

Para os fins deste trabalho seria importante mencionar que Urs Kindhäuser, na esteira do desenvolvimento normativo da culpabilidade, nega a possibilidade de

⁷¹⁹ “Dicho de otro modo: la culpabilidad jurídico-penal se encuentra referida a los roles jurídicamente configurados que el autor asume en una sociedad democráticamente constituida. En el Estado democrático de derecho, la persona de derecho aparece como portadora de dos roles: de una parte, ella se encuentra formalmente sometida a las proposiciones jurídicas de deber y como tal es destinataria potencial de normas jurídicas. Pero, de otra, como ciudadano del Estado ella también está habilitada para intervenir públicamente, a través de la manifestación de opiniones, de la emisión del sufragio y demás, en la producción y modificación de normas, perteneciendo así potencialmente al círculo de los autores de la norma”. KINDHÄUSER, Urs. Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.17, n.78, p. 77-78, 2009.

⁷²⁰ “Las causas de exculpación y de exclusión de la culpabilidad también son reglas jurídicas establecidas a través del proceso legislativo democrático. En su rol de ciudadanos del Estado, los miembros de una sociedad democráticamente constituída asumen la responsabilidad por cómo y en qué medida ellos han de quedar vinculados a las normas, es decir, por cómo han de atribuirse responsabilidad por la contravención de normas”. *Idem*, p. 92.

fundamentação empírica da culpabilidade na autodeterminação⁷²¹. Todavia, no mesmo artigo o autor afirma o seguinte *“a razão pela qual reagimos negativamente diante do autor pela violação da norma não pode ser vista como comportamento desarrazoado. Desde esta perspectiva, a reprovação da culpabilidade não tem por objeto uma decisão irracional. Antes, a razão pela qual reagimos negativamente ao autor pela violação da norma se encontra precisamente em que este descansa, a princípio, em um cálculo racional direcionado a fins e não, em contrapartida, por exemplo, em uma debilidade mental que necessidade de tratamento médico”*⁷²².

Nesse sentido, o autor entende que a capacidade de culpabilidade deriva da *pressuposição* na vida cotidiana que o autor poderia seguir uma norma relevante⁷²³. Logo, muito embora Kindhäuser não afirme isto expressamente, é possível perceber o despontar de uma função de subjetivação da responsabilidade em sua teoria, entendida como um mínimo empírico de vontade subjetiva normativamente construída e apta a legitimar a imposição de pena, ao lado da principal função de fundamentação da pena pela legitimidade decorrente da participação democrática na elaboração da norma.

5.3.6. Função da Culpabilidade em Muñoz Conde

Muñoz Conde também enfrenta os problemas decorrentes da crise de fundamentação ontológica da culpabilidade, e conclui que a reconstrução do conceito de

⁷²¹ Kindhäuser cita uma decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “el ser humano estaría, en tanto ser humano, provisto de autodeterminación libre, responsable y ética, y por ello estaría en posición de decidirse a favor del derecho y contra el injusto”, o autor faz a respeito desta afirmação a seguinte consideração: “en modo alguno quisiera yo afirmar sin más que esta tesis es falsa. Más bien, pienso que es errado hacer descansar la culpabilidad jurídico-penal en una tesis tal. Pues esta tesis no sólo es altamente controversial tanto filosófica como antropológicamente, sino que ha sido decisivamente puesta em duda por la neurobiología más reciente”. Idem, p. 77.

⁷²² Idem, p. 83.

⁷²³ “el punto de partida fue la afirmación de que tanto em la vida cotidiana como en el contexto del derecho penal no hacemos depender la atribución de responsabilidad de una comprobación positiva de la capacidad de seguir normas relevantes. Antes bien, damos esta capacidad por supuesta y sólo la tenemos por excluída bajo determinadas condiciones especiales”. Idem, p. 90.

culpabilidade a partir de uma visão social⁷²⁴ teria a aptidão de manter sua relevância funcional como instituto dogmático e princípio jurídico-penal. Para o autor a culpabilidade é o elemento responsável por demonstrar a capacidade de o infrator apresentar ou não motivação da conduta conforme as normas jurídicas⁷²⁵.

Nesse sentido, Muñoz Conde substitui o poder-agir de outro modo pelo poder abster-se de agir com base na *motivação* jurídica, pautado segundo critérios sociais de normatização⁷²⁶. De maneira geral, pode-se notar que as principais funções da culpabilidade para este autor seriam aquelas de: 1) subjetivação da responsabilidade, entendida como um mínimo empírico de evitabilidade e motivação subjetiva normativamente construídos, no sentido que uma conduta só pode ser punida se o infrator apresentar capacidade de se motivar conforme a norma e; 2) fundamentação da pena, na medida em que a culpabilidade teria o condão de legitimar e justificar a aplicação de medidas punitivas⁷²⁷.

Muñoz Conde apresenta um esboço de negação da possibilidade de limitação da pena pela culpabilidade, por considerar que “*a pena adequada à culpabilidade pode ser efetivamente insuficiente para cumprir as funções preventivas, geral e especial que deve cumprir o Direito Penal*”⁷²⁸. Isto se deve, principalmente pela identificação do autor com a corrente do funcionalismo penal, em específico no que tange ao pilar do construtivismo linguístico sociológico que considera a comunicação como estrutura basilar apta a conferir significado às ações humanas, este posicionamento fica claro quando da definição comunicativa do conceito de ação penal⁷²⁹.

⁷²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del delito. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 124.

⁷²⁵ Idem, ibidem.

⁷²⁶ Necessário ressaltar que Muñoz Conde tornou-se funcionalista apenas na segunda fase de sua teoria e passou a considerar questões de prevenção geral positiva.

⁷²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del delito. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 121 e ss.

⁷²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal, v.12, p. 41-58, 1980.

⁷²⁹ CHIESA, Luis Ernesto; MUÑOZ CONDE, Francisco. A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico do Direito Penal. Revista Justiça e Sistema Criminal do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE – Centro Universitário Franciscano, n. 1. Disponível em: <<http://www.sistemacriminal.org/artigos/revista%20n.%201.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

Assim, de certa maneira e em alguns aspectos, o cerne comunicativo presente na última fase da teoria de Muñoz Conde, autor cuja obra está alinhada à democracia⁷³⁰, revela aproximações com o funcionalismo de Günther Jakobs, justamente em razão da raiz metodológica comum⁷³¹. Este também é o caso da obra de Klaus Günther e Urs Kindhäuser, de modo que, não coincidentemente os quatro autores apresentam em sua obra, de maneira mais acentuada e fortalecida, a defesa das funções de fundamentação da pena pela culpabilidade e, implicitamente, a função de subjetivação exercida no mesmo instituto, entendida como um mínimo empírico apto a legitimar a vontade expressada democraticamente. A principal razão disso é que a culpabilidade nas teorias com base na comunicação social surge como um importante instituto apto a sustentar a emissão comunicativa de sentido pelo autor ao praticar o delito como ensejadora de punição, seja por calcar democraticamente o compromisso político de atuação conforme o direito ou por comunicar a negação através do injusto culpável⁷³² da mesma premissa normativa que o autor, partícipe da sociedade, estaria comprometido a cumprir.

5.3.7. Função da Culpabilidade em Santiago Mir Puig

Santiago Mir Puig, por sua vez, propõe a substituição do termo “culpabilidade” por imputação pessoal⁷³³, em razão de o primeiro possuir um caráter moralizante e impróprio a uma imputação jurídica. Segundo o autor, a adequação da imputação

⁷³⁰ Aqui vale relembra a crítica dirigida pelo autor a teorias tendentes a confirmar o nacional-socialismo. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

⁷³¹ Há autores inclusive que encontram fases da teoria de Jakobs que estariam alinhadas à tendência habermasiana de legitimação democrática. “Não obstante, acreditamos igualmente que as formulações de Jakobs na segunda fase de sua teoria são compatíveis e podem ser incorporadas a um modelo de legitimação de inspiração habermasiana, no qual os processos democráticos de tomada de decisões não são mais pensados como externos aos processos de imputação”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Do delito...Op. Cit.* p. 333.

⁷³² Ressaltando-se que, na teoria de Günther Jakobs, o “injusto culpável” seria descrito simplesmente como injusto pela fusão defendida em teoria da ação e culpabilidade.

⁷³³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 4ª Ed., Barcelona: Tecfoto, 1996, p. 111.

pessoal aos valores do Estado democrático de direito necessariamente implicam o abandono de fundamentações retributivas da pena em prol da adoção de perspectivas preventivas gerais em sentido positivo ou negativo⁷³⁴.

Mir Puig considera que, em uma dimensão democrática, o Direito penal teria por função proteger os interesses sociais e não simplesmente as normas constituídas, nesse sentido a legitimidade da imputação penal pressupõe o consenso social derivado da valoração normativa realizada pelos cidadãos, que apenas pode ser constituído na presença de capacidade pessoal para o cumprimento dos preceitos normativos⁷³⁵. Assim, na teoria de Mir Puig, à semelhança de Claus Roxin, é possível encontrar elementos normativos e empíricos de legitimação da imputação.

A função da culpabilidade na teoria de Mir Puig pode ser compreendida, em certo sentido, como subjetivação da responsabilidade, entendida como a reconhecimento de um mínimo empírico de evitabilidade ou motivação subjetiva construído normativamente, na medida em que considera indispensável a capacidade de se motivar conforme a norma para a ocorrência de imputação penal. Todavia, o autor considera que esta motivação normativa é critério para verificação do juízo da imputação do injusto, e não de imposição de pena. Nesse sentido, pode-se depreender que para Mir Puig a culpabilidade ou a imputação pessoal não teria o condão de exercer a função de fundamentação, limitação ou graduação da pena a ser aplicada⁷³⁶.

5.3.8. Função da Culpabilidade em Bustos Ramirez

Bustos Ramirez considera que a culpabilidade seria o momento de ponderação da “autonomia ética” da pessoa perante o direito penal, e esta análise seria posterior à

⁷³⁴ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el estado democrático de derecho. Barcelona: Ariel, 1994, p. 79.

⁷³⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal – parte general...Op. cit., p. 529.

⁷³⁶ MIR PUIG, Santiago. El derecho penal en el estado democrático de derecho...Op. Cit., pp. 89 e ss.

conclusão pelo cometimento de um injusto⁷³⁷. Logo, a presença da culpabilidade implica reconhecimento de responsabilidade pelo cometimento de um ilícito⁷³⁸ e consequente exigibilidade de um comportamento jurídico. Bustos Ramírez não considera expressamente critérios ontológicos para a delimitação do juízo de culpa e o remete aos fins da pena, na qualidade de pressuposto da imposição de sanção⁷³⁹. Cabe ressaltar que o autor também orienta sua teoria conforme os princípios de um Estado democrático de direito, de modo que fundamenta a responsabilidade culpável no necessário reconhecimento da dignidade da pessoa humana⁷⁴⁰.

Para Bustos Ramírez, em consonância com as conclusões alcançadas por Claus Roxin e seus discípulos, a culpabilidade tem a clara função de limitar o poder punitivo estatal e também atende indiretamente à função de subjetivação da responsabilidade na medida em que determina quem pode ser considerado autor de um crime, ainda que a construção da motivação subjetiva seja normativa. Nos escritos do autor também é possível observar, ainda que implicitamente, a função de fundamentação e graduação da pena, sendo que uma culpabilidade diminuída ensejaria consequente redução da sanção a ser aplicada ao autor⁷⁴¹.

5.4. A Diversidade de Funções da Culpabilidade e a Eleição de um Parâmetro Funcional Alinhado à Democracia

Conforme foi possível observar, de maneira geral, os doutrinadores alinhados à eleição de um referencial democrático como missão do Direito penal cancelam, de

⁷³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal. Madrid: Trotta, 1997, p. 139.

⁷³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Nuevo sistema de derecho penal. Madrid: Trotta, 2004, p. 125.

⁷³⁹ Idem, ibidem.

⁷⁴⁰ Idem, ibidem.

⁷⁴¹ Idem, p. 131.

maneira não concomitante e resguardando as variações teóricas, praticamente todas as funções da culpabilidade interpretadas em consonância com o Estado Democrático de Direito: subjetivação da responsabilidade, limitação ao poder punitivo estatal, fundamentação e dosimetria da pena⁷⁴².

A partir de uma perspectiva democrática, todas estas funções elencadas para a culpabilidade estão direcionadas a garantir uma adequada ponderação entre as possibilidades individuais, condensadas na análise, ainda que normativa, de “evitabilidade” e “motivação”, por um lado, e necessidades preventivas sociais traduzidas no elemento de “reprovabilidade” constante do juízo de culpa e, por outro lado.

Porém, em linhas gerais, é possível observar três grandes tendências nos autores atuais, no que concerne ao desenvolvimento do tema das funções da culpabilidade. A primeira tendência é representada por Roxin e seus discípulos, os quais consideram que a primordial função da culpabilidade em um Direito penal preventivo seria a de *limitação* do sancionamento penal, em respeito à dignidade da pessoa humana. A segunda tendência pode ser encontrada nos autores alemães com inspiração em Habermas, os quais partem da participação democrática como base de legitimação das relações sociais pautadas no “agir comunicativo” da “pessoa deliberativa” e, assim a culpabilidade surgiria como *fundamento* de legitimação democrática da pena.

Esta segunda tendência, que aponta a função de fundamentação da pena como a principal função da culpabilidade em muito se assemelha com a teoria de Günther Jakobs⁷⁴³, na medida em que também considera a relação de imposição de pena como *comunicativa*, na qual a culpabilidade seria um fundamento à sanção. A divergência transparece, tão somente, em razão de as teorias pautadas em Habermas desenvolverem uma premissa de participação democrática como base de legitimação da culpabilidade. A terceira tendência seria o ecletismo demonstrado pelos autores que origem hispânica, que ora se aproximam das conclusões chegadas por Roxin, ora transitam em variações da teoria comunicativa habermasiana de legitimação democrática por participação

⁷⁴² Em conformidade com as funções elencadas por Fabio Guedes de Paula Machado. MACHADO, Fabio Guedes de Paula. Culpabilidade no Direito Penal...Op. Cit. p. 23.

⁷⁴³ Especialmente na segunda fase de sua teoria da pena.

social, ora mencionam aspectos subjetivo-sociais de capacidade como parâmetro funcional da responsabilidade culpável.

Assim, é de se observar que mesmo os autores que estabelecem suas teorias sob o referencial axiológico da democracia não apresentam homogeneidade no que tange ao tema das funções da culpabilidade. Logo, faz-se necessário construir um posicionamento próprio concernente às funções da culpabilidade no Estado Democrático de Direito. Destaca-se que o Estado Brasileiro está alinhado ao referencial da democracia, consolidando como um de seus fundamentos o reconhecimento da dignidade a pessoa humana⁷⁴⁴.

O conceito de dignidade humana surgiu em estudos teológicos concernentes à conformação divina da natureza humana, tendo por origem etmológica atribuição de mérito e reconhecimento do respeito ou decoro apropriado a cada um⁷⁴⁵. Posteriormente o princípio de dignidade foi relacionado com a consideração da autonomia e liberdade humanas⁷⁴⁶. Nesta esteira de considerações, o conceito de culpabilidade surgiu historicamente como decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana: *“o princípio da dignidade humana constitui o princípio da culpabilidade no direito penal, que, por sua vez, confere concretude e especificidade àquele. Isto porque a culpabilidade impõe a exclusão da responsabilidade objetiva, bem como o juízo sobre a reprovação da conduta para que ela possa ser considerada típica, determinando o respeito ao núcleo de autonomia e liberdade humanas como pressuposto lógico para a aplicação da pena”*⁷⁴⁷.

É bem verdade que a culpabilidade sofreu seguidas crises de fundamentação que a afastaram progressivamente de sua raiz empírica para calcá-la em razões

⁷⁴⁴ Art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Cfr. COSTA, Helena Regina Lobo. A Dignidade Humana – teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁴⁵ “Dignus, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo decet (é conveniente, é apropriado) e ao substantivo decor (decência, decoro). No sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: dignus laude, dignus supplicio. O substantivo dignitas, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significava mérito e indicava também cargo honorífico no Estado”. COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direito Humanos. Consulex, n. 48, São Paulo, p. 55, dez. 2000.

⁷⁴⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. Op. Cit., p. 22 e ss.

⁷⁴⁷ Idem, p. 122.

exclusivamente preventivas. Todavia, conforme será esclarecido adiante⁷⁴⁸ esta dissertação entende que a constituição normativa da culpabilidade não é incompatível com sua origem empírica e, ademais, considera que tal origem fundada na natureza humana não estaria completamente afrontada de modo a justificar sua completa negação. Assim, acompanhando o entendimento de Helena Regina Lobo da Costa, considera-se que fundamentar a culpabilidade tão somente em critérios preventivos afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, gerando consequente *déficit* de legitimidade⁷⁴⁹.

Logo, a culpabilidade possui um mínimo empírico de fundamentação na capacidade humana⁷⁵⁰, ainda que construída normativamente, o que permite afirmar que a função de subjetivação da responsabilidade permanece como corolário da imputação culpabilística. Portanto, conforme o entendimento esposado nesta dissertação, aquelas teorias que não apresentam um mínimo empírico de capacidade a fundamentar a culpabilidade não estariam completamente alinhadas aos princípios da democracia por desvincularem tal instituto do princípio da dignidade humana. Naturalmente que, em um Direito penal funcional construído normativamente, o referencial ontológico e pré-jurídico não constitui o normativo. Assim, quando se fala em “subjetivação da responsabilidade” não se pretende afirmar que a responsabilidade estaria construída exclusivamente em fatores subjetivos, mas sim que há o reconhecimento da subjetivação como mínimo empírico de vontade ou capacidade individual que subjaz à realidade construída normativamente.

Ademais, ainda em consonância com os estudos de Helena Regina Lobo da Costa, afirma-se que em um Estado democrático de direito também deve ser reconhecida a função de limitação da punição penal culpabilidade: *“deve-se ressaltar que a culpabilidade é (...) também um critério para a limitação da pena. O princípio da*

⁷⁴⁸ Supra, p. 244 e ss.

⁷⁴⁹ “No entanto, a culpabilidade fundada em razões de prevenção perde por completo sua função legitimadora, pois não tem o condão de impor um limite ético ao poder punitivo estatal. A reconstrução do conceito de culpabilidade é, portanto, essencial, e o papel a ser desempenhado pelo princípio da dignidade humana nesta reconstrução é indubitavelmente de grande relevância (...) existe um conteúdo material mínimo que precisa ser observado por qualquer conceito de culpabilidade que se pretenda respeitador da dignidade”. COSTA, Helena Regina Lobo. Op. Cit., p. 129.

⁷⁵⁰ Idem, ibidem.

dignidade humana estabelece que a medida da pena deve ser balizada pelo princípio da culpabilidade, não se podendo aplicar, com fundamento em necessidades preventivas, penas superiores àquela proporcional à culpabilidade”⁷⁵¹. Logo, ainda que as necessidades de prevenção geral positiva indiquem que apenas uma sanção penal muito alta ou a pena de morte seria apta a comunicar à sociedade a confirmação do Direito, o limite da culpabilidade deve intervir para determinar a imposição penal em conformidade com a dignidade humana.

Assim, cabe destacar que alinhar culpabilidade com o referencial democrático implica, de uma maneira mais evidente, reconhecer especialmente as funções de limitação do poder estatal e de subjetivação da responsabilidade, que subjaz à normatização pelo reconhecimento e construção normativa das capacidades individuais para evitar o ilícito e se motivar conforme a norma, sem excluir, entretanto as funções de fundamentação e dosimetria da pena⁷⁵². Isto porque, os valores da democracia remontam à valorização do sujeito, no sentido de perscrutar suas reais possibilidades de agir conforme o Direito, bem como buscam limitar a intervenção penal na esfera individual ao estritamente razoável.

Por fim, é de se observar o seguinte: via de regra, quase todos os autores inseridos no momento histórico atual *não* mencionam expressamente a função de subjetivação da responsabilidade, que resta *presumida logicamente* na maioria dos escritos. Isto se deve a três motivos essenciais:

1) o primeiro motivo seria o contágio que os estudos neurocientíficos causaram aos penalistas, tendo em vista que os doutrinadores de direito penal adotaram a respeito deste tema um posicionamento que não seria inadequado chamar de cético-crédulo, porque, se por um lado afirmam que o determinismo é irrelevante para a culpabilidade por esta regular uma realidade normativa, por outro lado, não negam a premissa determinista. Assim, os penalistas são céticos quanto aos efeitos que o determinismo causaria ao Direito penal, mas crédulos no que tange ao próprio determinismo. O resultado disto é quase intuitivo, se somos seres determinados não faria qualquer sentido

⁷⁵¹ Idem, p. 130.

⁷⁵² Supra, p. 256.

falar em subjetivação da responsabilidade porque esta não existe, a culpabilidade seria pautada unicamente em fatores normativos e não individuais⁷⁵³;

2) o segundo motivo seria a obinubilação desta função da culpabilidade pelo finalismo, não porque a própria teoria finalista tenha transportado a função de subjetivação para a tipicidade e suprimido esta do juízo da culpabilidade como visto no item “potenciais alterações históricas das funções da culpabilidade”⁷⁵⁴, mas principalmente porque foi esta a *percepção* de boa parte da doutrina;

3) o terceiro motivo seria o protagonismo das finalidades da pena em um Direito penal normativista, funcionalista e preventivo, que na teoria da culpabilidade gerou o fortalecimento das funções relacionadas com a imposição de pena: graduação, limitação e fundamentação da pena. Todavia, tal contexto não afeta apenas a culpabilidade mas toda a teoria do delito. Como já foi visto nos capítulos anteriores, a progressiva normativização do Direito com a correspondente valorização das necessidades sociais desloca o ponto de equilíbrio do Direito penal das possibilidades individuais, que são ontológicas ou empíricas, ainda que normativamente construídas, em direção às necessidades sociais que são normativas e estão diretamente relacionadas com as finalidades da pena em um Direito penal pautado pela *função* social.

Assim, não seria possível apresentar a conclusão desta dissertação sobre as funções da culpabilidade sem enfrentar com alguma atenção cada um destes aspectos acima destacados, os quais correspondem aos subitens desenvolvidos a seguir. Destaca-se que as análises subsequentes já inauguram o momento conclusivo desta dissertação, de modo que estão inspiradas nas obras consultadas, mas já comportam posicionamento próprio deste trabalho.

⁷⁵³ “A culpabilidade humana pressupõe que o agente poderia haver atuado de maneira diversa. Uma ‘liberdade de vontade deste tipo não existe, ou pelo menos – o que é discutido – não se pode cientificamente provar”. ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena...Op. Cit., p. 7.

⁷⁵⁴ Infra, p. 222 e ss.

5.4.1. Fundamento da Culpabilidade e Neurociência

Conforme já foi apresentado no capítulo primeiro, a neurociência veio reacender o debate histórico entre determinismo e indeterminismo questionando a legitimidade da culpabilidade, na medida em que todas as decisões tomadas pelo ser humano seriam resultados de estímulos nervosos bio-quimicamente predeterminados. No universo jurídico, de maneira geral, a reação da doutrina penal a este questionamento científico foi aprofundar os estudos sobre a origem normativa da culpabilidade, tomando a premissa determinista como adequada e considerável, mas irrelevante para o mundo das normas. A análise do fundamento da culpabilidade em contraposição aos avanços da neurociência permite observar que boa parte dos doutrinadores, dentre eles Günther Jakobs, corroboram a análise normativa da culpabilidade, aproximando o conceito de culpabilidade e prevenção geral positiva⁷⁵⁵. Outrossim, estes autores afirmam a necessária cisão epistemológica entre ciências biológicas e ciências jurídicas, com especial destaque para a normatividade desta última.

Todavia, necessário se faz considerar com algum pormenor o alcance desta separação de natureza científica entre neurociência e direito, tendo em vista a sua relevância para o tema das funções da culpabilidade. Primeiramente, muito embora a neurociência tenha reacendido o debate entre determinismo e indeterminismo⁷⁵⁶ no Direito Penal, cabe destacar que esta questão não está completamente pacificada entre os neurocientistas. Há uma divergência a respeito da possibilidade de presunção absoluta da derivação da consciência exclusivamente de funções cerebrais, no sentido

⁷⁵⁵ “Una vez reconocido esto, no es forzada la conclusión de que la imputabilidad individual y la prevención de integración se encuentran en una relación de mutación recíproca. Así pues, podemos renunciar tranquilamente al concepto de culpabilidad (como fundamento de la pena)”. ACHENBACH, Hans. Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones Fundamentales. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 146.

⁷⁵⁶ “El viejo debate sobre determinismo e indeterminismo se ha vuelto extraordinariamente actual a la luz de las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la Neurobiología, que parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad es una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de Voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal – Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, p. 30.

de que o que constitui um indivíduo não seria necessariamente determinado por impulsos neurais⁷⁵⁷. Assim, a psicologia possui vertentes de estudo que diferenciam a “mente” representando a consciência, do “cérebro” a representar os processos neurobiológicos⁷⁵⁸.

Porém, sem adentrar em detalhes e divergências próprios da psicologia e da neurologia, tomando a questão em termos jurídicos, é de se observar que a crítica da neurociência à imputação penal subjetiva contribuiu para a ampliação das perspectivas normativas de fundamentação da culpabilidade. Como destaca Eduardo Crespo: *“é possível dizer que as novas investigações e descobertas confirmam em boa medida os presságios que alguns autores fizeram há tempos, todavia continua sendo pouco provável que a configuração atual do Direito Penal se transforme radicalmente, ainda que talvez os novos conhecimentos sobre o comportamento humano tenham o potencial de transformá-lo: por exemplo, quanto ao alcance concreto normativo das causas de inimputabilidade e das correspondentes propostas de lege ferenda. A culpabilidade, em definitivo, não deixa de ser em última instância uma “construção” social e não algo que possa ser deduzido da disposição subjetiva do autor”*⁷⁵⁹.

Nesse sentido a doutrina dominante defende a cisão *epistemológica* entre as ciências da natureza e as ciências da cultura, considerando as conclusões da neurociência irrelevantes ao Direito. A aplicação acrítica das premissas de uma ciência em outra é

⁷⁵⁷ “Los académicos han señalado contundentemente las formas en que la neurociencia puede y debe, o potencialmente podrá, ayudarnos a entender estas cuestiones doctrinales fundamentales.109 Estas pretensiones normalmente confunden las propiedades de las personas con las propiedades de los cerebros”. PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, p. 23.

⁷⁵⁸ Idem, ibidem. Nesse sentido, a corrente dominante que nega a legitimidade à culpabilidade deduz a consciência das funções neurais: “Gerhard Roth. Ha escrito13 que “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”. Es ésta una descripción precisa y lúcida del diagnóstico de que tan sólo nos imaginamos el libre albedrío: antes del “acto consciente” estará, conforme a esta opinión, el proceso neuronal, determinándolo. Y no puede ser peor la cosa. Nuestra decisión de actuar no es tal, sólo hace como si lo fuera. En realidad, es una consecuencia determinada por procesos neuronales. En este cajón no hay espacio para la libertad de voluntad, ni siquiera para una conciencia intermitente”. HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, p. 6.

⁷⁵⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de Voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal – Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal...Op. Cit., p. 30.

denominada pela doutrina de erro categórico⁷⁶⁰. O erro categórico pode ser entendido como decorrência da violação de um princípio da teoria do conhecimento, qual seja, *“toda ciência só vê aquilo que seus instrumentos permitem acessar, e encontra uma resposta unicamente ali onde seus instrumentos permitem uma pergunta que corresponda à resposta no plano categórico. O que é o instrumentário de uma ciência fica determinado no plano formal. Se uma ciência atua fora do âmbito que lhe é acessível confunde as categorias e cria caos”*⁷⁶¹.

Hassemer constrói seu conceito de erro categórico na relação entre neurociência e direito nos seguintes termos: *“este erro consiste na suposição de que as ciências de método empírico poderiam julgar cientificamente se outras ciências estão autorizadas a desenvolver um conceito de liberdade ou não, ou seja: se existe liberdade ou não. Essa suposição tem como pressuposto necessário a existência de hegemonia entre as ciências e esta hegemonia não existe”*⁷⁶². Desde modo, conclui-se que o Direito teria autoridade para construir seus próprios conceitos em uma estrutura normativa, independente das ciências da natureza.

Assim, a afirmação da responsabilidade subjetiva pelo Direito, que pode ser entendida como a conexão entre um evento e a vontade atrelada ao conhecimento de um indivíduo que concorre para este evento, com sua correspondente motivação, teria origem, conformação e fundamentos calcados em razões sociais⁷⁶³, muito embora

⁷⁶⁰ Hay un pecado mortal en el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia. Lo denomino “error categorial” y veo que es frecuentemente cometido por biólogos humanos arrogantes, pero también, en no pocas ocasiones, por penalistas asustados. Los biólogos humanos incurrir en este pecado mortal mediante su convicción de que los resultados por ellos alcanzados falsan la posibilidad del libre albedrío y de la responsabilidad; los científicos del Derecho Penal cometen ese pecado mediante su convicción de que los biólogos humanos tienen razón, por lo que habría de remodelar el Derecho Penal y medir ex novo el conocimiento necesario para el proceso penal. HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal...Op. Cit., p. 6.

⁷⁶¹ Idem, ibidem.

⁷⁶² Idem, p. 8.

⁷⁶³ “Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”. Idem, p. 9.

encontre limitações psicológicas, como o próprio Jakobs reconhece em sua teoria psicológico-normativa da imputabilidade⁷⁶⁴. Ora, desta forma é possível verificar certa concordância doutrinária no sentido de que a neurociência pode ter influência na delimitação jurídica da inimputabilidade por causas patológicas, biológicas ou psicológicas, mas não influencia a constituição das causas jurídicas de imputação, ou seja, apresenta critérios negativos de exclusão, mas não de deslegitimação da culpabilidade⁷⁶⁵.

Logo, observa-se que a doutrina corrobora a fundamentação normativa da culpabilidade, no sentido de que *“responsabilidade e imputação não descansam em conhecimentos da biologia humana, mas sim em razões sociais. Não sobrevivem por ignorância e irracionalidade, mas sim por conhecimento e experiência. Apenas se abrem a uma consideração empírica na medida em que esta perspectiva tenha a visão aberta ao social e ao normativo: na medida em que possa ver que os seres humanos tratam entre si através de uma atribuição recíproca de responsabilidade, e na medida em que possa compreender que têm boas razões para fazê-lo”*⁷⁶⁶. Da mesma forma, Bernardo Feijóo Sanchez defende que a culpabilidade estaria construída pelo reconhecimento social e intersubjetivo de uma capacidade de auto-determinação socialmente estruturada⁷⁶⁷.

Todavia, como visto na citação acima, a afirmação de que o fundamento da culpabilidade seria normativo e, conseqüentemente, que os estudos de neurociência não teriam o condão de questionar a imputação culpável em seara penal, é algo distinto de afirmar que a culpabilidade penal não teria lastro empírico combinado com o

⁷⁶⁴ JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade...Op. Cit. p. 675.

⁷⁶⁵ HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal...Op. Cit., p. 10.

⁷⁶⁶ Idem, ibidem.

⁷⁶⁷ Una podría ser, partiendo de una teoría comunicativa de la imputación jurídico-penal, ¿Pueden las acciones humanas comunicar a pesar de que los procesos mentales que dan lugar a las mismas se puedan explicar científicamente? Mi opinión, que paso a esbozar, es que sí. Si ser libre se ha entendido tradicionalmente no como carecer de causas determinantes de la propia acción (ya hemos visto que en ese caso no se podría hablar de libertad sino de aleatoriedad), sino ser uno mismo la causa, en sentido jurídico ello significa que la culpabilidad tiene que ver con la capacidad de autodeterminación, es decir, la libertad de auto-organización. Ello no representa problemas si **la culpabilidad jurídico-penal queda construida sobre la capacidad de autodeterminación como reconocimiento social o intersubjetivo**. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Derecho Penal y Neurociencias. Una relación tormentosa...Op. Cit. p. 42.

fundamento normativo. Alguns penalistas não levam em conta esta distinção e desconsideram a realidade empírica como apta a legitimar a imputação, de tal modo que, ao desviar da questão colocada pela neurociência, acabam por prejudicar a visualização da função de subjetivação da responsabilidade por calcar a culpabilidade unicamente em fatores normativo-sociais sem qualquer mínimo empírico subjacente na natureza humana.

Assim, o questionamento da fundamentação ontológica da responsabilidade culpável, bem como a crise de legitimidade deflagrada pelos estudos de neurociência sobre a liberdade, vem gerando alguma dificuldade na visualização desta principal e primária função de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade em um Direito penal preventivo. Isto porque a neurociência impulsionou os doutrinadores do direito a reconhecer a *normativização* do próprio juízo de capacidade individual, no sentido que não seria exatamente a comprovação da liberdade que determina juridicamente a presença de capacidade individual na realização de um delito, mas sim o consenso social sobre a construção normativa do que seria juridicamente relevante para se reconhecer essa tal capacidade do indivíduo.

Tendo em vista o exposto acima, alguma discussão sobre o fundamento *empírico* de legitimidade da culpabilidade se faz relevante, justamente para ser verificada a existência da função de subjetivação da responsabilidade em um Direito essencialmente normativo. A neurociência nega a possibilidade de liberdade, mas não esclarece em que exato limite faz esta negação. Aqui não seria possível adentrar profundamente nesta discussão que é de índole filosófica, porém cabe ressaltar que, como afirmam os autores que defendem o erro categórico decorrente da confusão entre os objetos de distintas ciências, a neurociência não seria mais qualificada do que a filosofia para debater questões sobre a liberdade.

Esta ausência de legitimidade deriva da própria extensão da cisão epistemológica entre as ciências, que permite aprofundar a noção de erro categórico. Como visto Hassemer e diversos outros autores afirmam que seria equivocado estender as conclusões alcançadas em um ramo científico para outro ramo, isto porque a distinção metodológica impediria que tal empreitada fosse realizada validamente. Todavia, do ponto de vista filosófico, seria igualmente equivocado *considerar* as conclusões neurocientíficas corretas para definir um conceito absoluto de liberdade,

ainda que se reconheça a sua inaplicabilidade para o Direito. Assim, as premissas da neurociência não seriam apenas inaplicáveis ao universo jurídico, mas também imprecisas para proporcionar conclusões de cunho filosófico sobre a liberdade.

Tal conclusão está fundamentada no fato de a própria filosofia já ter questionado a efetividade conclusiva das ciências “empiricamente comprováveis” tanto no campo das exatas como no campo da biologia. Os filósofos observaram que a atividade científica exata é, em certa medida, tautológica: as regras são criadas para adequarem-se à experiência, e a experiência confirma as regras criadas especialmente para si. Esta constatação leva a dúvida filosófica para o cerne das ciências exatas ou biológicas, na medida em que *“os métodos dos processos naturais podem ser imitados, o que não significa que estes métodos tenham qualquer sentido para os homens”*⁷⁶⁸. Desta forma ocorre a separação definitiva entre verdade científica e verdade filosófica, sendo que *“a verdade científica não só não precisa ser eterna, como não precisa sequer ser compreensível ou adequada ao raciocínio humano”*⁷⁶⁹.

Logo, ainda que os neurocientistas descubram como estimular, reproduzir, explicar e até condicionar o comportamento humano por indução neurológica em laboratório, a *imitação* deste processo biológico nada diz a respeito da *origem das decisões*. Naturalmente que um comportamento fabricado em laboratório é determinado, mas será que o sujeito agiria da mesma forma se não fosse induzido? E qual seria a origem desta outra decisão? O que estimula o estímulo neurológico que gera a decisão? E o que explicaria um criminoso decidir por roubar um dia, roubar e matar a vítima em outro dia ou desistir de praticar qualquer delito em um terceiro dia, apenas o determinismo? Ou será que esta pessoa não teria algum nível de *capacidade* de decisão?

De maneira análoga o caso do pedófilo que teve seus impulsos sexuais arrefecidos pela remoção de um tumor no cérebro, pouco tem a dizer a respeito das causas deste comportamento: o tumor causaria estes desejos sexuais ou apenas reprimiria os mecanismos orgânicos de contenção destes impulsos? Ora, não seria outra a causa da existência da “embriaguez preordenada”: o álcool atrapalha a ação da parte do sistema nervoso responsável justamente pela inibição. Se o álcool causa este efeito é porque tal mecanismo neurológico de contenção de impulsos, tidos como

⁷⁶⁸ Idem, p. 304.

⁷⁶⁹ Idem, p. 303.

constrangedores, antissociais ou inadequados, existe. É empírico que alguém sob efeito de álcool age de maneira diversa do que comumente agiria. Enfim, há muitas perguntas a serem respondidas pelos cientistas que pouco poderiam influenciar o fundamento da culpabilidade, e sim apenas teriam o condão de alterar ou precisar a noção de imputabilidade. Assim, o conceito expandido de erro categórico revela que pouco a neurociência tem a falar sobre questões filosóficas de liberdade ou capacidade, justamente em razão da *limitação* de seu campo de atividade, no sentido de que a imitação de um processo biológico é meramente tautológica.

Porém, não se pretende afirmar aqui que somos seres livres, tão somente que é muito difícil chegar a qualquer conclusão sobre este tema tanto em neurociência como em filosofia, e que cada ciência tem autoridade para construir suas próprias conclusões em seu respectivo campo de atuação. Tão somente se afirma que qualquer descoberta ocorrida no campo científico sobre a liberdade, não poderia ser estendida descuidadamente para o campo filosófico. Todavia, ainda que seja possível negar a liberdade em neurociência, isto não possuiria reflexos no conceito de capacidade, entendida como aptidão para decodificar comandos e seguir normas: tal aptidão é algo muito distinto da liberdade. Por esta interpretação, seríamos seres “determinados” a ser capazes, enquanto outros não seriam, ora esta é a distinção entre imputabilidade e inimputabilidade.

Logo, cabe ao Direito construir o seu próprio fundamento empírico da culpabilidade, que talvez esteja melhor relacionado com a capacidade do que propriamente com questões deterministas de liberdade⁷⁷⁰. Assim, o fundamento da culpabilidade no Direito penal seria, para este trabalho, uma capacidade estruturada empiricamente e constituída normativamente em sentido sociológico e filosófico. Em gnoseologia o conhecimento pode ser de ordem empírica ou racional, o primeiro seria aquele oriundo da observação dos acontecimentos em um mundo sensorial, o segundo

⁷⁷⁰ Claus Roxin compartilha deste entendimento: “No âmbito da culpabilidade, ele rebate o desafio das neurociências ao conceito tradicional de culpabilidade, afirmando que a culpabilidade independe de uma livre vontade em sentido filosófico, mas simplesmente consiste na capacidade de ser destinatário de normas”. Roxin, AT I § 19 nm. 43 e ss apud GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, mai./ago., 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/87-ARTIGO#_ftn113>. Acesso em: 21 jun. 2012.

seria aquele referente ao alcance racional de conclusões necessárias ainda que abstratas e não originadas da realidade.

A capacidade humana - aqui ressalta-se *capacidade* e não *liberdade* - parece ser um fato empírico: um adulto tem, de maneira geral, na medida em que normas trabalham com generalizações, maior controle sobre suas vontades do que uma criança. Crianças demoram inclusive para ter alguma consciência sobre seus processos biológicos, no sentido de compreender se o que sentem é sono ou fome, antes de um ano de idade uma criança não consegue comer sem o auxílio de um adulto: isto é *empírico*. Do mesmo modo um enfermo mental parece ter capacidade reduzida em relação a um adulto saudável, ninguém ofereceria um cargo de gerência de uma empresa a uma pessoa que após um minuto não consegue se lembrar do que aconteceu no instante anterior: isto é *empírico*. Logo, a capacidade com fins normativos seria um dado empírico-social, que não estaria necessariamente relacionada com questões neurocientíficas sobre a liberdade, mas sim com a aptidão para cumprir regras institucionalizadas e conviver em sociedade. Parece ser isto o que Jakobs pretende dizer ao mencionar Hegel e a definição do outro como “igual”⁷⁷¹.

Todavia, a origem empírica do conhecimento é base e não determinante ou condicionante de sua regulação normativa. Logo, em Direito, os conceitos são parte empíricos e parte normativos, o lastro empírico seria completado normativamente, nos moldes definidos na teoria de Searle, já apresentada no capítulo primeiro⁷⁷². Nesse sentido, se é possível verificar empiricamente que adultos possuem maior capacidade do que crianças para compreender e seguir normas de uma maneira geral, não é igualmente possível precisar a partir de qual idade um jovem adquire capacidade própria à responsabilização penal adulta. A decisão sobre a idade que define maioridade penal é *normativa*. Do mesmo modo, se alguém com disparidade funções mentais em relação a um adulto saudável apresenta menor capacidade, não seria igualmente possível definir em que medida esse *déficit* de capacidade inibe a responsabilização penal: esta é uma decisão normativa. Logo, este trabalho opta pelo entendimento de que o fundamento da

⁷⁷¹ *Infra*, p. 186 e ss.

⁷⁷² *Infra*, p. 53 e ss.

culpabilidade seria normativo, com lastro empírico nas capacidades individuais normativamente construídas, mas empiricamente verificáveis.

Portanto, ainda que, em última instância, a decisão sobre a existência ou não de capacidade individual seja normativa, o desejável seria a tentativa de maior aproximação possível da realidade empírica quando da imputação penal e nisto a neurociência pode ser de grande auxílio ao Direito Penal. Logo, a partir da fundamentação empírico-normativa da culpabilidade, seria perfeitamente possível sustentar a função de subjetivação da responsabilidade culpável, no sentido de perscrutar as condições individuais de motivação antijurídica, lastreadas empiricamente ainda que normativamente construídas. Busca-se evitar assim que resida “*a culpabilidade de uma pessoa (...) unicamente na mente de outros*”⁷⁷³.

5.4.2. Função de Subjetivação da Responsabilidade

Ao afirmar um lastro empírico como fundamento da culpabilidade ao lado dos fatores normativo-sociais é possível visualizar com mais clareza a manutenção da função de subjetivação da responsabilidade pela imputação culpável, na medida em que a reprovação teria origem na capacidade individual, com fundamento empírico e elaboração normativa. Todavia, resta ainda analisar com maior pormenor considerações de *como* a culpabilidade exerce função de subjetivação da responsabilidade, especialmente após as alterações na estrutura dogmática do delito trazidas pela escola finalista. Como já foi visto no item “potenciais alterações históricas da culpabilidade”⁷⁷⁴, o finalismo não suprimiu a possibilidade de subjetivação da responsabilidade pela culpabilidade, porém ainda é necessário um maior detalhamento próprio à conclusão deste trabalho no que tange a este tema.

O finalismo, ao transferir dolo e culpa para a tipicidade, procurou distinguir a conduta dos motivos desta conduta, ou seja, o objeto da valoração da valoração do

⁷⁷³ ROSENFELD, ZStW, 32, p. 466 segs. apud JAKOBS, Günther. Tratado...Op. Cit., p. 683.

⁷⁷⁴ Infra, p. 222 e ss.

objeto. Neste sentido a conduta composta por tipo objetivo e subjetivo corresponderia ao objeto da valoração contido no juízo de tipicidade, já a culpabilidade corresponderia à valoração do objeto. As razões disto não são difíceis de compreender, considerando que a conduta tem *sentido social*, apenas seria possível cogitar a ocorrência de um crime se este pudesse ser subjetivamente evitável pelo autor, seja pelo descumprimento de um dever de cuidado – culpa –, ou pelo redirecionamento da vontade atrelada ao conhecimento fático – dolo. Todavia, a conduta representada pela realização dolosa ou culposa de um fato é algo muito distinto dos motivos que levaram a realização desta conduta.

Logo, o cometimento de um homicídio, por exemplo, seria uma conduta a ser valorada: objeto da valoração contido na tipicidade. Em contrapartida, os motivos que levaram ao cometimento deste homicídio corresponderiam à valoração do objeto próprio da culpabilidade: se o crime foi cometido em um surto psicótico, no qual o sujeito acreditava estar reagindo contra uma agressão – inimputabilidade como motivação do crime; se se tratava de um ritual de sacrifício compatível com as normas de uma sociedade indígena – falta de consciência sobre a ilicitude como motivo da conduta criminosa; ou ainda se o crime foi cometido em um jogo sádico traçado entre torturador e duas vítimas, no qual o primeiro afirmou que deixaria uma das vítimas viver se esta executasse a outra – coação moral irresistível ou inexigibilidade de conduta diversa como motivo do delito.

É inquestionável que nos três casos está-se diante da conduta de “matar alguém”, o que difere entre estas situações é o motivo a explicar tal conduta, o qual em todos os casos apresentados seria considerado como escusante na doutrina penal. Enfim, esta é a estrutura dogmática apresentada pelo finalismo de Welzel. Todavia, esta posição doutrinária merece alguma reflexão⁷⁷⁵. Esta dissertação, inspirada nas reflexões de Jakobs sobre a “parte subjetiva do delito”⁷⁷⁶ e Roxin sobre a dupla presença do dolo na

⁷⁷⁵ “Contudo, essa diferenciação entre objeto e motivo da repreensão não resolve o problema do enquadramento da relação subjetiva com o injusto: ela não faz parte do dolo, e mesmo repreensibilidade, ou seja, culpabilidade, ela também não é”. JAKOBS, Günther. Tratado...Op. Cit., p. 684, 685.

⁷⁷⁶ GÜNTHER, Jakobs. El Lado Subjetivo del Hecho. In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.) Los Desafios del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs. Madrid: Aras Editores, 2005.

tipicidade e na culpabilidade⁷⁷⁷, adota o seguinte posicionamento: tanto a conduta, como o motivo da conduta, consubstanciam o “objeto subjetivo de valoração”, já a “valoração do objeto” corresponderia à reprovação ou reação valorativa social diante do binômio “conduta e motivo”, ou seja, se a sociedade valora como exonerantes ou agravantes esta combinação de fatores.

Assim, a tipicidade conteria a conduta subjetiva como objeto de valoração apto a exonerar, atenuar ou agravar a responsabilidade, tendo em vista que um delito culposos é menos reprovável e merece menor imposição de pena do que um delito doloso e, ademais, a ausência de dolo exonera a imposição de pena quando não há previsão do crime na modalidade culposa: isto pode ser verificado na parte especial do Código Penal quando da fixação da pena para cada espécie de crime. A culpabilidade conteria os motivos da conduta que teriam o condão de atenuar ou exonerar a responsabilidade penal, tendo em vista que a potencial consciência da ilicitude pode ser causa de exclusão da culpabilidade ou de diminuição de pena conforme a teoria elástica de Günther Jakobs⁷⁷⁸. Todavia estas categorias não esgotariam em si os motivos subjetivos, os quais também se apresentam em algumas agravantes, atenuantes, causas de aumento, diminuição ou qualificadoras, que conteriam estruturas de motivação subjetiva aptas a agravar ou atenuar a reprovação, ensejando maior ou menor imposição de pena⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ ROXIN, Claus. Derecho...p. 583 e ss.; Cfr. ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; E ainda: E ainda, Luiz Flávio Gomes comentando a obra de Claus Roxin: “sobre se o dolo ‘pertence’ ao tipo ou à culpabilidade, é, portanto, um problema aparente. O dolo é essencial para o tipo, porque sem ele não se pode precisar na forma que exige o estado de Direito a descrição legal do delito; porém, é igualmente relevante para a culpabilidade, porque deve delimitar a forma mais grave da culpabilidade da mais leve (a imprudência) e por isso deve configurar-se seu conteúdo de acordo com os princípios valorativos destas categorias”. GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001; Este também é o entendimento dos partidários da teoria social da ação: “desta teoria resulta a dupla posição do dolo e da culpa, pois estes, além de integrarem o tipo, são importantes para a censura de culpabilidade”. PAULA, Juliana Caetano. Breve análise da evolução teórica do conceito de culpabilidade. MPMG Jurídica, ano II, n. 7, p. 50, out./nov./dez., 2006.

⁷⁷⁸ Infra, p. 189 e ss.

⁷⁷⁹ Um raciocínio semelhante a este é possível encontrar no livro de Direito Penal de Claus Roxin, citando a teoria de Achenbach: “no obstante, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no están completamente aisladas una de outra. La asequibilidad normativa, que decide sobre la culpabilidad para la fundamentación de la pena, repercute, en el caso de su disminución según el §21, también en la culpabilidad para la medición de la pena. Por otro lado, características de la culpabilidad como ‘desconsideradamente’ (§315 c I nº 2) o ‘por

Nesse sentido, tanto a culpabilidade como algumas qualificadoras, atenuantes/agravantes e causas de diminuição/aumento contém em si motivos subjetivos do crime, que consubstanciam *objeto de valoração* e ensejam reprovação diferenciada. Todavia, enquanto a culpabilidade traz o principal rol de motivos apto a *dispensar* ou *graduar* a aplicação de sanção penal, os demais institutos penais citados e estudados na teoria da pena trazem em si o rol de motivos, objetos de valoração, aptos tão somente a *graduar* a sanção aplicada. Porém, em todos os casos estamos diante de motivos da conduta utilizados como parâmetro de valoração ou reprovação e que, portanto, consubstanciam objeto de valoração.

Outro raciocínio que esclarece melhor este posicionamento seria o seguinte: a distinção entre objeto e valor também pode ser visualizada pela natureza transitória deste último em relação à relativa perpetuidade do primeiro. O desconhecimento da norma sempre será um possível motivo para o cometimento de um crime, o que varia será a valoração contida em cada ordenamento jurídico de se este motivo pode ser interpretado do ponto de vista valorativo da reprovabilidade como exonerante da responsabilidade penal ou não. Nesse sentido, Welzel acertou em dizer que a culpabilidade contém a “valoração do objeto”, tão somente porque este instituto traz em sua estrutura o rol de objetos ou motivos valorados como potenciais exonerantes de responsabilidade penal, consubstanciando em si um rol de objetos já valorados, ou seja, representa a valoração dos motivos/objetos considerados exonerantes. Assim, ao vislumbrar a culpabilidade é possível verificar quais motivos subjetivos da conduta tal ordenamento jurídico valora como escusantes do ilícito.

Logo, dolo e culpa - como elementos subjetivos da conduta - imputabilidade, potencial consciência do ilícito e exigibilidade de conduta diversa – como motivos da conduta, ao lado de “sob forte emoção”, por exemplo, consubstanciam em si objetos de valoração aptos a merecer maior ou menor reprovação impactando a imposição de pena e a graduação da punição. Um início deste esboço teórico, direcionado a posicionar dolo e culpa lado a lado aos motivos subjetivos de reprovação, pode ser encontrado, embora

brutalidad’ (§17, nº 2 TierSchG) pueden emplearse por el legislador en casos excepcionales para la fundamentación de la pena, aunque no tenga nada que ver con la asequibilidad normativa, sino que designen grados elevados de culpabilidad. Sucede entonces que la punibilidad no se produce con la simple culpabilidad dolosa, sino sólo con un grado elevado de culpabilidad”. ROXIN, Claus. Derecho Penal...Op. Cit., p. 814.

formulado de maneira diversa entre os autores, nas teorias de Claus Roxin e Günther Jakobs. Roxin afirma que dolo e culpa estariam tanto na tipicidade como na culpabilidade, na medida em que consubstanciam simultaneamente elemento da conduta e critério de reprovabilidade⁷⁸⁰. Já Jakobs, como visto anteriormente, afirma que todos os escalões anteriores do delito estão cumulados na culpabilidade como estrutura de valoração e, assim, não haveria necessidade de alocar dolo e culpa em duas categorias da teoria do crime, na medida em que a culpabilidade abrange as categorias anteriores⁷⁸¹.

Assim os elementos e os motivos subjetivos da conduta seriam objetos de valor, sendo o valor em si fator social de reprovação. Logo, a culpabilidade exerce, mas não exerce sozinha, a função de subjetivação da responsabilidade, a divide com a tipicidade e com as agravantes/atenuantes, qualificadoras ou causas de aumento/diminuição. A subjetivação ou verificação das condições e razões subjetivas do ilícito normativamente construídas, portanto, seria interpretada no sentido de aproximação do fato-crime à conduta e motivos individuais para, a partir desta aproximação do fato à realidade subjetiva ou condições do sujeito, realizar-se o juízo de reprovação. Destacando que reprovação e subjetivação foram historicamente e ainda são exercidas na culpabilidade.

5.4.3. Função de fundamentação, graduação e limitação da pena

Como visto, não há uniformidade teórica no que concerne ao tema da relação entre as funções da culpabilidade e a pena. As doutrinas funcionalistas pautadas na política criminal em um Estado Democrático de Direito, que radicam a estrutura do delito em fatores preventivos rejeitando perspectivas retribucionistas⁷⁸², via de regra, consideram que fundamentar ou graduar a reprovação em função da conduta ou

⁷⁸⁰ Infra, nota 773.

⁷⁸¹ Infra, p. 222 e ss.

⁷⁸² Relembrando que a teoria de Jakobs não se enquadra nesta hipótese por possuir alguns fatores retributivos, em específico em sua terceira fase da teoria da pena.

motivação seria afirmar a pena como a medida de retribuição de uma conduta antijurídica e, portanto, inadequado. Assim, tais teorias, especialmente a de Claus Roxin e seus discípulos, pautam a punição exclusivamente em fatores preventivo-sociais, sendo o ilícito medida de graduação e a prevenção geral positiva fator de fundamentação da sanção. A culpabilidade teria exclusivamente a função de limitação da intervenção punitiva.

Já as teorias comunicativas, dentre elas a de Jakobs ou aquelas inspiradas nos estudos de Hassemer, consideram a culpabilidade principalmente como fundamento da punição, seja por legitimação democrática do processo comunicativo traçado entre sanção e delito, no caso da influência de Hassemer em Klaus Günther e Kindhäuser, seja por a pena ser considerada a comunicação de afirmação do direito fundamentada na correspondente negação culpável da norma, como na teoria de Jakobs⁷⁸³ sob influência hegeliana. Todavia, neste trabalho, conforme demonstrado nos itens anteriores, opta-se por considerar que a subjetivação da responsabilidade normativamente construída seria a principal função da culpabilidade em um Estado Democrático de Direito ao lado da limitação da intervenção punitiva, o que o conduz a conclusões um tanto quanto distintas.

Primeiramente, é de se observar que um Direito penal preventivo coloca como protagonistas das funções da culpabilidade aquelas relacionadas à imposição penal. É bem verdade que os autores divergem sobre quais seriam estas funções, Roxin fala de limitação da pena, Jakobs fundado na manutenção comunicativa da ordem jurídica fala na função de fundamentação e Klaus Günther, fundado na legitimidade comunicativo-democrático de um Estado de Direito, menciona também a fundamentação da pena. Todavia, de maneira geral, orientar o Direito conforme finalidades de prevenção geral positiva é conferir relevância às finalidades da pena e à valoração social.

Em contrapartida, aqui é considerado que um Estado Democrático de Direito está orientado a respeitar preferencialmente o indivíduo e a dignidade da pessoa humana, atendendo às necessidades sociais na medida em que estas não afrontarem o princípio de dignidade. Assim, a culpabilidade teria a função essencial de identificar as motivações subjetivas normativamente construídas, função de subjetivação portanto,

⁷⁸³ Ressaltando-se que a segunda fase da teoria da pena de Jakobs se aproxima das premissas habermasianas.

para a partir desta consideração verificar a reprovabilidade social e a delimitação da pena. Com isto não se postula um retrocesso ao Direito penal retributivo, mas sim se considera que as necessidades de acautelamento social apenas surgem se houver perturbação da estrutura social *atribuível culpavelmente* a um indivíduo, considerado responsável por não apresentar uma motivação subjetiva excusante para tal.

Assim, à semelhança de Jakobs, mas não pelas mesmas justificativas, conclui-se que a culpabilidade é ocasião para a prevenção, na medida em que apenas um fato antijurídico e culpável pode deflagrar e legitimar a satisfação de necessidades de prevenção geral positiva. Em entendimento contrário ao de Claus Roxin, considera-se aqui que a prevenção não teria o condão de por si só legitimar e fundamentar a pena, a qual apenas seria fundamentada na ocorrência de um ilícito culpavelmente imputado. Portanto, quanto às funções apontadas para a culpabilidade, é de se observar que estas estão distribuídas no binômio: 1) reprovabilidade interpretada como valoração do objeto, envolvendo parâmetros e valores sociais e; 2) evitabilidade e motivação, envolvendo parâmetro de análise individual na culpabilidade, entendidos como objeto da valoração normativamente construído⁷⁸⁴.

Se a função de subjetivação da responsabilidade consubstanciada normativamente está relacionada com o juízo de evitabilidade individual e motivação para o delito, a função de dosimetria está relacionada com parâmetros valorativos de reprovação deflagrados pela motivação subjetiva apresentada. No mesmo sentido a limitação e a fundamentação da pena transitam entre aspectos subjetivos e sociais, na medida em que ninguém pode ser punido além de sua culpabilidade, entendida como liame subjetivo que delimita a punição à medida da dignidade humana. Logo a “medida subjetiva da culpabilidade normativamente construída” traduziria o critério central de limitação, graduação e fundamentação da pena. Sem que com isto se afirme uma perspectiva retributiva pela qual “o mal da pena” corresponda ao “mal do delito”, mas sim considerando que apenas o delito é ocasião legítima a despertar a necessidade de atender as finalidade de prevenção geral positiva, as quais devem ser satisfeitas *na medida* do delito subjetivamente imputável e não além dele.

⁷⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo...Op. Cit., p. 180.

Portanto, a culpabilidade assumiria sua *principal função histórica*, qual seja, *subjetivação da responsabilidade penal consubstancia em perspectiva normativa*, na medida em que o autor só poderia ser responsabilizado pelos fatos que prever e, em alguma medida, controlar, desde que motivados de forma antijurídica. Todas as demais funções da culpabilidade parecem derivar desta primeira, no seguinte sentido:

- 1) a pena seria *limitada* de acordo com a geração culpável do resultado e a reprovabilidade decorrente da valoração da possibilidade de controle da vontade motivada antijuridicamente pelo indivíduo, reprovação realizada com base na subjetivação normativa, portanto;
- 2) de maneira análoga a punição seria *graduada* pela reprovação pautada na infidelidade jurídica subjetivamente manifestada⁷⁸⁵ pelo autor quando da prática do crime, o que também é, em última instância *graduação* da sanção conforme as motivações individuais, no sentido de cognição e voluntariedade antijuridicamente motivadas;
- 3) e, por fim, a pena seria *fundamentada* pela reprovabilidade calcada na possibilidade de agir de outro modo, abster-se de agir ou manifestação comunicativa de infidelidade ao Direito, o que também é, para as diferentes teorias aqui apresentadas uma forma de subjetivação, na medida em que remetem à capacidade individual normativamente construída no seguinte sentido: quem manifesta infidelidade ao Direito tem como pressuposto a capacidade ou competência para manifestar algo⁷⁸⁶.

Assim, em suma e à título de retomada, é bem verdade que o neokantismo descobriu o caráter de *reprovabilidade* presente na culpabilidade, o qual consubstancia um elemento *social* de *valoração* da *evitabilidade e motivação individual*. Porém, cabe lembrar a distinção realizada por Welzel entre valoração do objeto e objeto da valoração, com uma pequena adaptação para adotar a teoria de Jakobs ou Roxin segundo a qual são elementos subjetivos do injusto e objetos de reprovação igualmente dolo, culpa, capacidade individual normativizada pela imputabilidade, conhecimento do ilícito normativizado pela potencial consciência da ilicitude e circunstâncias externas

⁷⁸⁵ Aqui utilizou-se o conceito de culpabilidade de Jakobs.

⁷⁸⁶ *Infra*, p. 194 e ss.

que viciam a vontade normativizadas na exigibilidade de conduta diversa, ao lado dos fatores de motivação subjetivas constantes das agravantes, atenuantes, causas de aumento, diminuição e qualificadoras. Todos esses elementos podem ser interpretados como objetos de valoração social que, por indicar maior ou menor evitabilidade do fato e motivação antijurídica, acarretam em maior ou menor *valoração* de reprovabilidade. Desta forma as condições de evitabilidade e motivação individual do fato podem ser igualmente interpretadas como objeto de valoração, sendo a reprovabilidade em si a valoração do objeto.

Logo, 1) estando as funções de limitação, graduação e fundamentação da pena relacionadas com a reprovabilidade realizada a partir da evitabilidade e motivação subjetiva construídas normativamente, em um Direito penal interpretado preventivamente ou, em outras palavras, alinhado aos interesses sociais de punição, e, 2) estando a evitabilidade e motivação relacionadas com a capacidade individual e, portanto com o momento de subjetivação normativa da responsabilidade penal; parece ser exercício de mera retórica escolher uma ou outra função para a culpabilidade, no sentido que inevitavelmente a pena seria limitada, graduada e fundamentada *social e normativamente* com base nas condições subjetivas decorrentes das capacidades individuais presentes no momento da ação, ainda que normativamente definidas, tendo em vista que a definição normativa do momento de subjetivação não contraria o lastro empírico que lhe é anterior⁷⁸⁷.

Nesse sentido, estas funções estariam sistematicamente correlacionadas e significariam dois momentos de valoração distintos no juízo de culpabilidade, sendo que a função de subjetivação da responsabilidade representaria o objeto de valoração e as funções de limitação, graduação e fundamentação da pena representariam o momento de valoração do objeto consubstanciado no grau de reprovabilidade social.

⁷⁸⁷ Infra, p. 244 e ss.

5.5. Funções da Culpabilidade e Releitura Crítica da Teoria de Günther Jakobs

É bem verdade que a teoria da culpabilidade em Günther Jakobs desperta diversas críticas em razão de seus pressupostos normativos que seriam mecanismos potenciais de instrumentalização do indivíduo. Todavia, em uma racionalidade pós-moderna sob uma óptica normativa funcional⁷⁸⁸, os efeitos dogmáticos de uma teoria adquirem relevância diante de seus pressupostos. Portanto, a proposta deste item final seria, justamente, realizar uma análise crítica das funções da culpabilidade segundo a teoria de Günther Jakobs com vistas a destacar os eventuais resultados práticos desta perspectiva teórica.

Primeiramente, no tocante à função de subjetivação normativa da responsabilidade é possível notar que a estrutura comunicativa presente no desenvolvimento teórico do autor pressupõe que o sistema jurídico atue como garante das expectativas sociais, proporcionando a manutenção da continuidade funcional das interações sócio-jurídicas⁷⁸⁹. Assim, Jakobs observa que qualquer exigência que transcenda as capacidades individuais não seria funcional para a organização social em um mundo desmistificado, tendo em vista a impossibilidade individual de atender as expectativas normativas construídas⁷⁹⁰. O autor afirma que qualquer pessoa que se comporte no sentido de exigir do outro mais do que seria possível cumprir, estaria destinado a sofrer a *poena natural* derivada da necessária frustração desta expectativa mal elaborada⁷⁹¹.

Nesse sentido, o conceito de competência desenvolvido pelo autor para explicar a fundamentação normativa da culpabilidade em uma estrutura funcional é construído no formato de “competência pela ação culpável” nos estados racionais⁷⁹², na qualidade de estrutura necessária para a garantia de expectativas. De fato, o próprio conceito de

⁷⁸⁸ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 11.

⁷⁸⁹ JAKOBS, Günther. O Princípio de Culpabilidade. In: _____. Fundamentos do Direito Penal...Op. Cit., p. 15 e ss.

⁷⁹⁰ Idem, ibidem.

⁷⁹¹ Idem, ibidem.

⁷⁹² Idem, ibidem.

“capacidade individual” é construído normativamente, sob o pressuposto de que a crença na racionalidade e nas possibilidades de auto-contenção do indivíduo também seria estruturada culturalmente⁷⁹³. Todavia, esta premissa não inibe, *per si*, a possibilidade *implícita* de visualizar a função de subjetivação da responsabilidade na teoria da culpabilidade de Günther Jakobs⁷⁹⁴, muito embora esteja construída *exclusivamente* de um ponto de vista *normativo*.

Outra questão polêmica para a doutrina seria aquela concernente às funções de graduação, limitação, fundamentação da pena no juízo de culpabilidade. Primeiramente, destaca-se que Jakobs deriva a culpabilidade diretamente das necessidades de prevenção geral positiva⁷⁹⁵ e da configuração social. Logo, neste sentido não há de se falar limitação ou graduação da pena pela culpabilidade, na medida em que culpabilidade e pena tem a exata correspondência comunicativa⁷⁹⁶ com as necessidades de prevenção, conforme a teoria funcional sistêmica do autor. Logo, o autor rechaça de plano uma das funções mais destacadas para a culpabilidade em um Estado democrático de direito, qual seja, a de limitação da intervenção penal em respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, em linhas gerais, é possível notar que para Günther Jakobs a culpabilidade teria as seguintes funções: 1) subjetivação da responsabilidade, no sentido de consideração das condições subjetivas construídas normativamente, presumidas a partir da análise da compreensão normativa das capacidades individuais, e 2) fundamentação da imposição penal conforme critérios de prevenção geral positiva. Já em um Estado democrático de direito, as funções da culpabilidade mais destacadas, como visto, seriam aquelas relacionadas à subjetivação da responsabilidade consubstanciada em perspectiva normativa e, principalmente, *limitação* do poder punitivo Estatal. A partir desta análise de efeitos funcionais das conclusões teóricas sobre a culpabilidade ora em debate é possível concluir, em consonância com a doutrina

⁷⁹³ Idem, *ibidem*.

⁷⁹⁴ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en DP...Op. Cit., p. 635.

⁷⁹⁵ JAKOBS, Günther. Culpabilidad y Prevención. In: _____. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 91.

⁷⁹⁶ Idem, *ibidem*.

majoritária, que a teoria de Günther Jakobs não seria plenamente compatível com um Estado democrático de direito. Todavia, algumas considerações conclusivas sobre o tema ainda se fazem necessárias.

Se até já foram apresentadas as principais conclusões doutrinárias a respeito do tema *funções da culpabilidade* e as correspondentes críticas ao conceito de culpabilidade na obra de Günther Jakobs, necessário se faz valorar e organizar estas construções teóricas a partir de uma perspectiva autônoma concernente ao momento conclusivo próprio e específico ao objeto deste trabalho. Conforme foi ressaltada, a culpabilidade no Estado democrático de direito, de acordo com as conclusões desta dissertação, apresenta concomitantemente as funções de subjetivação, limitação, graduação e fundamentação da pena, sendo as três últimas derivadas da primeira e complementadas pelas necessidades sociais de confirmação normativa representada pela prevenção geral positiva.

Até mesmo a teoria de Günther Jakobs não consegue desviar plenamente desta conclusão, isto porque se para o autor, o Direito penal dos Estados racionais é aquele que define a *competência* para ser cometer um fato antijurídico pela *culpabilidade*, a culpabilidade limita a imposição da pena como pressuposto lógico de sua aplicação: o que fundamenta, igualmente limita. Um exemplo de Direito Processual Civil pode auxiliar na compreensão destes conceitos, a *competência* de um juiz para o julgamento de uma causa é *fundamentada e limitada* pela legislação, no sentido que um juiz extrai sua competência da previsão legal, mas não pode julgar *além* daquela delimitação específica. Jakobs afirma que a base da atribuição penal de responsabilidade é um juízo de *imputação*, o qual, por sua vez seria pautado pela culpabilidade, mas poderia ser pautado em critérios objetivos ou no exercício de papéis sociais. A eleição da culpabilidade como critério de imputação penal é, em si, uma maneira de limitação da pena, a qual poderia ser expandida para admitir responsabilidade objetiva, porém **não** o é, sendo *limitada e fundamentada* pela culpabilidade.

Embora o autor negue expressamente que a limitação da pena seja uma das funções da culpabilidade, essa negativa parece ser, ao menos parcialmente, incongruente com suas próprias premissas teóricas. Porém, cabe notar que quando Jakobs retira a *função de limitação* ou *graduação da pena* à culpabilidade, o que ele pretende afirmar é algo um tanto quanto distinto. Na teoria de Jakobs, analogamente aos

estudos de Hegel, a culpabilidade não limitaria ou graduaria a pena quanto à qualidade ou quantidade, critérios que estariam integralmente definidos pelas necessidades de prevenção geral positiva. Portanto, pode-se notar a presença de duas espécies distintas de limitação da imposição de sanção penal pela culpabilidade, a primeira seria a limitação no sentido de adstrição da punição à culpabilidade, compatível com a função de *fundamentação da pena* e a segunda seria a limitação no sentido de *graduação* tanto em quantidade como em espécie penal⁷⁹⁷. O que Jakobs defende é a ausência de *limitação da pena* pela culpabilidade nesse segundo sentido.

Porém, ainda assim esta conclusão parece não ser totalmente congruente, pelo seguinte motivo: Jakobs adota a teoria elástica da potencial consciência da ilicitude, o que significa que o grau de consciência ou de possibilidade de buscar informações para adquirir a consciência do ilícito seria relevante para a decisão sobre a completa exoneração de aplicação de sanção, a atenuação da pena a ser aplicada ou a manutenção integral da sanção prevista no tipo⁷⁹⁸. Ora, isto parece ser *limitação* da pena no sentido de *graduação* da sanção pela culpabilidade, pelo menos no que se refere ao critério de “quantidade” da atribuição de pena. Assim, conclui-se que até mesmo Günther Jakobs, um autor que defende o normativismo livre de lastro empírico e sem compromisso ideológico, não consegue negar completamente as funções de *limitação* e *graduação* da pena pela culpabilidade ou, ao menos, não consegue negá-las sem deixar transparecer algumas incongruências.

Nesse sentido, esta dissertação conclui que a principal função da culpabilidade em um Estado Democrático de Direito seria a de *subjetivação da responsabilidade*, ainda que construída normativamente⁷⁹⁹, compatível com um juízo de evitabilidade e

⁷⁹⁷ Essa distinção do princípio da culpabilidade no exercício da função de fundamentação ou graduação pode ser encontrada no livro de Direito Penal de Claus Roxin, citando a obra de Achenbach: “De esta culpabilidad para la fundamentación de la pena, del ‘sí’ de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena se trata en el concepto sistemático jurídicopenal de culpabilidad, del que aquí nos ocupamos. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al ‘conjunto de momentos que poseen relevância para la magnitud de la pena en el caso concreto’. Ambos conceptos han de separarse, porque poseen presupuestos distintos”. Achenbach, 1974, 4 apud ROXIN, Claus. Derecho Penal...Op. Cit., p. 814.

⁷⁹⁸ Infra, p. 189 e ss.

⁷⁹⁹ Infra, p.244 e ss.

motivação, alinhado com a análise das capacidades individuais estruturadas em perspectiva normativa com lastro empírico, porém as funções de *limitação*, *graduação* e *fundamentação* da pena pela culpabilidade seriam funções correlatas, necessárias e próprias do momento valorativo composto pelo juízo de reprovabilidade, alinhado com as necessidades preventivas sociais. Portanto, o potencial democrático e de contenção da expansão penal em qualquer teoria concernente à culpabilidade seria o reconhecimento da função de *limitação da punição* à dignidade da pessoa humana plasmada no princípio de culpabilidade e *subjetivação da responsabilidade*, no sentido de reconhecimento da dignidade da pessoa humana através de suas possibilidades individuais de cumprimento da norma, ainda que não função não esteja afirmada expressamente na elaboração teórica, sendo identificada pela menção às condições individuais para atendimento da premissa normativa.

Assim, a título de conclusão, em um Direito penal pós-moderno as principais funções da culpabilidade, essenciais como mecanismo de contenção da expansão penal, seriam a funções de limitação da punição e de subjetivação da responsabilidade, esta última pautada empiricamente no conceito de capacidade individual construído normativamente na qualidade de juízo de evitabilidade e motivação. Ressaltando-se que, até mesmo um autor filiado ao normativismo extremo, como Günther Jakobs, reconhece esta primordial função à culpabilidade, na medida em que afirma não seria possível constituir uma expectativa normativa além das reais possibilidades de orientação dos indivíduos conforme a norma⁸⁰⁰. E, em uma democracia, que tem como principal escopo da valorização da pessoa humana, seria especialmente a análise das possibilidades subjetivas, empiricamente lastreadas e normativamente coonstruídas, que devem ser verificadas e desenvolvidas teoricamente no estudo do princípio da culpabilidade como um mecanismo de contenção de um Direito penal expansivo até então pautado e fundamentado principalmente em necessidades preventivo-sociais.

⁸⁰⁰ Infra, p. 194 e ss.

CONCLUSÃO

Sob o título “*Culpabilidade e Função: Análise Crítica da Teoria da Culpabilidade em Günther Jakobs*” esta dissertação procurou compreender e valorar as reconstruções dogmáticas e político-criminais do instituto da culpabilidade decorrentes do desenvolvimento teórico do Direito Penal no contexto histórico pós-moderno da sociedade de riscos. Tal proposta foi desenvolvida adotando-se como base de estudo o conceito de culpabilidade constante na obra de Günther Jakobs, criticado sob a chave metodológica consubstanciada no referencial “função”.

Primeiramente, no que tange ao desenvolvimento do objeto de estudo, observou-se que o Direito, na qualidade de fenômeno jurídico e sócio-cultural, está sujeito a constantes modificações e readequações históricas de seu objeto. Desta forma, o instituto da culpabilidade também sofre modificações em seu conteúdo e sentido como consequência das alterações culturais de determinada sociedade. A culpabilidade surgiu como fruto da racionalidade moderna de desmistificação do mundo, e passou a determinar um critério de atribuição de responsabilidade relacionado com a valorização da dignidade humana por apenas permitir a imputação àqueles indivíduos que teriam possibilidade de concorrer subjetivamente para realização do fato-crime.

Assim, a culpabilidade em sua primeira configuração teórico-dogmática continha os critérios subjetivos de imputação: dolo e culpa, atrelados à imputabilidade, sendo esta a chamada teoria psicológica da culpabilidade. Com a evolução histórica do instituto, a culpabilidade interpretada em perspectiva normativa passou a conter apenas a valoração das motivações subjetivas de manifestação da fidelidade normativa consideradas exonerantes, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Todavia, esta dissertação conclui que estes elementos, mesmo configurados normativamente, ainda representam estruturas aptas a cumprir a função de subjetivação do injusto. Assim, pode-se estruturar sucintamente as conclusões alcançadas por este trabalho na seguinte sequência lógica:

- 1- A crise da culpabilidade presente na dogmática atual se deve tanto aos avanços da neurociência que questionam a liberdade humana e adotam uma perspectiva

determinista, como à alteração da racionalidade moderna para a racionalidade pós-moderna, que preconiza a impossibilidade de controle humano sobre o resultado de suas ações na chamada sociedade de risco. Assim, fatores de insegurança social deflagram um fenômeno expansivo de progressiva normativização funcional, o qual alcança o instituto da culpabilidade.

- 2- A pós-modernidade representou a impulsão dos problemas, antes solucionados em via cognitiva, para o universo normativo, com consequente expansão da imputação penal, apta apenas a apresentar soluções simbólicas e não efetivas aos problemas de criminalidade relacionados à sociedade de riscos. Desta forma, conclui-se que o questionamento e a crise da culpabilidade apresenta relação com o expansionismo penal, na medida em que o instituto da culpabilidade exerce importante função da limitação da responsabilização penal por atrelá-la às possibilidades subjetivas do indivíduo, ainda que normativamente construídas, e um direito penal expansionista- simbólico fundamenta a punição exclusivamente na prevenção geral positiva representada pelo acautelamento das necessidades sociais.
- 3- Desta forma, conclui-se que a normativização não só dos *elementos* da culpabilidade, mas também de seu *fundamento*, por destituir este instituto de critérios pré ou metajurídicos de fundamentação e apresentar referencial social pautado na prevenção geral positiva como fundamento normativo do princípio da culpabilidade, desatente às funções históricas de subjetivação normativa e limitação da responsabilidade penal exercidas pelo supracitado princípio. Assim, a plena identificação entre culpabilidade e prevenção geral positiva, como na teoria de Jakobs ou, a fundamentação da pena pela prevenção, como na teoria de Roxin, não apresentam instrumentos aptos para o controle da expansão penal e realização dos valores correspondentes ao Estado Democrático de Direito, consubstanciados na consideração da dignidade da pessoa humana e contenção da intervenção punitiva desmedida.
- 4- A teoria da culpabilidade de Günther Jakobs representa um normativismo extremo desapegado de critérios empíricos para a configuração da culpabilidade, que, por relacionar a culpabilidade exclusivamente à prevenção geral positiva, nega a funções de limitação do sancionamento penal realizado por este instituto

e, nesse sentido, desatende ao referencial político-criminal de um Estado Democrático de Direito. Todavia, conclui-se que, muito embora Günther Jakobs negue expressamente as funções de limitação e dosimetria da pena realizadas pela culpabilidade, é possível verificar em sua obra inconsistências teóricas aptas a confirmar a presença destas funções no instituto, exemplo disto é a teoria elástica da potencial consciência da ilicitude.

- 5- Conclui-se que, até mesmo uma teoria pautada por um normativismo extremo, como é a de Günther Jakobs, não pretende negar a função de subjetivação da responsabilidade, normativamente consubstanciada, na modalidade de imputação por culpabilidade. O autor reconhece esta função implicitamente ao afirmar que a organização das expectativas normativas depende do que se pode exigir razoavelmente das pessoas, e esta exigência varia de acordo com as capacidades individuais do imputado.
- 6- Desta forma, esta dissertação conclui que as principais funções da culpabilidade, essencial como critério legítimo de contenção de uma expansão penal com finalidades simbólicas de acautelamento social, seriam as funções de limitação da punição de subjetivação da responsabilidade, a qual representa um lastro empírico - de vinculação às capacidades individuais - na construção normativa do instituto da culpabilidade. As demais funções de fundamentação e graduação da pena seriam funções relacionadas ao juízo de reprovação, as quais se manifestariam como correlatas, necessárias e derivadas do momento de subjetivação normativa e de necessidades de prevenção geral positiva, e também representam importantes referenciais para a consecução dos valores de um Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. In: SCHÜNNEMANN, Bernd (Org.). *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones Fundamentales*. Buenos Aires: BdeF, 2012.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Livro V, XXV e XXVI, São Paulo: Victor Civita, 1984.

AZUMA, Felipe Cazu. *Inexigibilidade de Conduta Conforme a Norma*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Culpabilidade y Prevención en la Fundamentación de Derecho Penal Español Latinoamericano*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.6, 1979. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/669585.pdf> . Acesso em: 21/04/2012.

BADIOU, Alain. *O século*. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 24, p.533-551, 1984.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1983.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 1, p.16-29, mai./ago, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade Risco- Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al. *Historia de la ciencia del Derecho Penal*. In: ____ (Org.). *Manual de Derecho Penal*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na Pós-Modernidade (e reflexões frankfurtianas)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: RT, 2007.

____. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli (coords.). *Direito Penal Contemporâneo- Questões Controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO, Alexis Couto; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, Willian Terra de. *Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. São Paulo: RT, 2011.

BUSATO, Paulo César. *Apontamentos sobre o Dilema da Culpabilidade Penal*. Revista Liberdades, São Paulo: RT, n.8, p. 45-88, set/dez, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 14 de junho de 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1986.

____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta, 1997.

____. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

CAGLIARI, José Francisco. *O Dolo e a Culpa na Evolução do Conceito de Culpabilidade*. Campinas: Bookseller, 2006.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias – Saraiva, 1994.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs – Estudio Preliminar*. In: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006.

_____.; JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Peru: Palestra, 2000.

_____.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁRES GONZÁLES, Carlos. *Um nuevo sistema de derecho penal-Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

CARRARA, Francesco. *Dedicatória*. In: _____. *Programa del curso di diritto criminale*. LUCCA Tipografia Giusti, 1877.

_____. *Programa del curso di diritto criminale*. LUCCA Tipografia Giusti, 1877.

CHIESA, Luis Ernesto; MUNÓZ CONDE, Francisco. *A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico do Direito Penal*. Revista Justiça e Sistema Criminal do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal da FAE – Centro Universitário Franciscano, n. 1. Disponível em: <<http://www.sistemacriminal.org/artigos/revista%20n.%201.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Consulex, n.48, São Paulo, p.52-61, dez. 2000.

COMTE, Auguste. *Catecismo Positivista*. São Paulo: Abril, 1978.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *Wittgenstein: linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo. *A Dignidade Humana – teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Libertad de Voluntad, investigación sobre el cérebro y responsabilidad penal – Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3894965>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editores, 1995.

_____. *Sobre a construção dogmática do fato punível*. In: _____. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DABBS, J. M. Jr. *Testosterone and the concept of dominance*. Behavioral and Brain Sciences, n. 21, p. 353-397, 1998.

DABBS, J. M. Jr., e DABBS, M. G. *Heroes, Rogues and Lovers: Testosterone and Behavior*. New York: McGraw-Hill, 2000.

DURKHEIM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Nova Granada, 1978.

_____. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1964.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal y Neurociencias: ¿Una relación tormentosa?* InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2011. Disponível em: < <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=73543>>. Acesso em 04 mai. 2011.

_____. *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: BdeF, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRI, Enrico. *Principio del Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus, 1927.

FERNANDES, Florestan. *Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

FERNÁNDEZ D., Gonzalo. *Culpabilidad Normativa y Exigibilidad*. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003.

_____. *La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad*. In: FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2000.

FEUERBACH. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michael. Qu'est-ce que la critique? Critique et *Aufklärung*. *Bulletin de la Société française de philosophie*, v. 84, n. 2, p. 37-56, avr./juin. 1990.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. *As melhores histórias da mitologia nórdica*. São Paulo: Artes e Ofício, 2010.

FRANK, Reinhard. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1997.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. v.1, tomo 1, São Paulo: Max Limonad, 1975.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal -Introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. *Conceito e Método da Ciência do Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*. In: _____. *Estudios de Derecho Penal*. 3. ed., Madrid: Ed. Civitas, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Proporcionalidade e a Tríplice Função da culpabilidade no Direito Penal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 107, p. 10-12, out.2001.

GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito - Em comemoração aos trinta anos de 'Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal'*. São Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out/dez, 2000.

_____. *Prefácio*. In: JAKOBS, Günther. *Fundamentos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____.; LEITE, Alaor. *Claus Roxin, 80 anos*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, mai./ago., 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/87-ARTIGO#_ftn113>. Acesso em: 21 jun. 2012.

GRISPIGNI, Filippo. *Diritto penale italiano*. Roma: Ed. Dott. A. Giuffrè, 1952.

GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no direito penal atual e no futuro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 6, n.24, p. 79-92, out./dez.,1998.

HABERMAS, Jünger. *Consciência Moral e o Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Características do Moderno Direito Penal e Processual Penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18, p.144-157, fev./mar., 2003.

_____. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Neurociencias y Culpabilidad en Derecho Penal*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2003. Disponível em: <http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=40>. Acesso em: 07 jan. 2011.

HEGEL, Georg Wilhem Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1992.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HIRSCH, Andrew Von. “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). “La Teoría del Bien Jurídico – ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?”. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HOMERO. *A Odisséia*. São Paulo: Martin Claret, 1995.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1998.

JAKOBS, Günther. *Bases para una teoria funcional del derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2000.

_____. *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____. *¿Como protege el Derecho Penal y que es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*. In: _____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Culpabilidad y Prevención*. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

_____. *Derecho Penal – parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dogmática de Derecho Penal y Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *Dolus Malus*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2009 ,p. 4. Disponible em: <http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=1&fc=115&sn=24>. Acesso em: 18 abr. 2012.

_____. *El concepto jurídico-penal de acción*. In:_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: AdHoc, 1996.

_____. *El concepto jurídico-penal de acción*. Revista Peruana de Ciencias Penais, Lima, n. 3, p. 67-98, jan./jul., 1994.

_____. *El Lado Subjetivo del Hecho*. In: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; YACOBUECCI, Guillermo Jorge; JAKOBS, Günther (Orgs.) *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI: Libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Madrid: Aras Editores, 2005.

_____. *El principio de culpabilidad*. In: ADPCP, Tomo XLV, Fascículo III, p. 1051-1083, 1992.

_____. *El principio de culpabilidad*. In:_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: AdHoc, 1996.

_____. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os Resultados da Moderna Neurociência*. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Orgs.) *Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. *Individuum und Person Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*. ZStW, Heft 2, p. 247-289, 2005.

_____. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006.

_____. *O conceito jurídico penal de ação*. In: _____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *O princípio de culpabilidade*. In: _____. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Personalidad y exclusión en derecho penal*. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El funcionalismo en Derecho penal: libro en homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 73-90.

_____. *Prólogo*. In: _____. *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas, 2006.

_____. *¿Punibilidad de las personas jurídicas?* In: MONTEALEGRE LYNETTT, Eduardo (Coord.). *El funcionalismo en Derecho Penal: libro en homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 327-349.

_____. *Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 42, n.2, p.633-652, mai./ago., 1989.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

_____. *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 6, 1ª ed. , São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Teoria e Prática da Intervenção*. Coleção de Estudos de Direito Penal, v. 8. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Tratado de Direito Penal – Teoria do Injusto e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009,

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico-penal de culpabilidad en Alemania y Austria*. Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia, n.5, 2003. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2012.

_____. *Tratado de Derecho Penal-Parte General*. Granada: Comares Editorial, 1993.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.17, n.78, p.75-92, 2009.

LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid, n.6, p. 253-271, jul., 2000.

LISZT, Frans von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Madrid: Editorial Reus, 1926.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, v. 3- Do Século XX à Pós-Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Ecological Commucation*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1987.

_____. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A função da culpabilidade no Direito Penal contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

_____. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do Delito à Imputação: A teoria da imputação de Günther Jakobs na Dogmática Penal Contemporânea*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

_____. *Sociedade de Risco e Reflexividade- uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal- Volume I*. São Paulo: Millenium, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 4ª Ed., Barcelona: Tecfoto, 1996.

_____. *El derecho penal en el estado democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Límites del Normativismo en Derecho Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.07-18, 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

MONTEALEGRE LYNETT. Eduardo. *Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs*. In: ____ (coord.). *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MORIN, Edgar. *Réforme de pensée, transdisciplinarité, réforme del'Université*. Pluriversu, 1997. Disponível em: <<http://ciret-transdisciplinarity.org/bulletin/b12c1.php>>. Acesso em: 04/05/2012.

MOTTA, Paulo Armando. *Genética Humana aplicada à Psicologia e toda área Biomédica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Cuadernos de Política Criminal, v.12, pp. 41-58, 1980.

_____. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

_____. *Introducción al derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. *Teoria General del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

NEVES, Antònio Castanheira. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNEZ C., Ricardo. *Bosquejo de la Culpabilidad*. In: GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2002.

PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. *Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, 2010. Disponível em: <http://www.indret.com/ca/dret_penal/8/?&sa=10&fc=158&sn=40>. Acesso em: 12 out. 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

PAULA, Juliana Caetano. *Breve análise da evolução teórica do conceito de culpabilidade*. MPMG Jurídica, ano II, n. 7, p. 49-50, out./nov./dez., 2006.

PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. São Paulo: LiberArs, 2012.

PETROCELLI, Biagio. *Reexame dos elementos do crime*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, v. 2, n. 8, p. 19-77, jan./mar., 1965.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol Social y Sistema de Imputación- Una Aproximación Sociológica a la Función del Derecho Penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RADCLIFFE-BROWN, A.R. *Estructura y Función en La Sociedad Primitiva*. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, 1986.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE JR., Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971.

RODRIGUEZ MASILLA, Dario. *Prefácio*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1987.

ROXIN, Claus. *A Culpabilidade como Critério Limitativo da Pena*. Revista de Direito Penal, n.11-12, p. 7-20, jul./dez.,1973.

_____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Culpabilidad y Prevención em derecho penal*. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho Penal – Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *El desarrollo del derecho penal y el siguiente siglo*. In: _____. *Dogmática Penal y política Criminal*. Lima: IDEMSA, 1998.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*. RCP, Santiago, n.1, p. 16-29, 1973.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Universidade de Direito e Ciência, 1993.

_____. *Prólogo*. In: BRITO, Alexis Couto et al. *Direito Penal Brasileiro Parte Geral – Princípios Fundamentais e Sistema*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *¿Que queda del principio de la culpabilidad en Derecho Penal?*. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 30, p.671-692, 1986.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *O Sentido Operacional dos Conceitos de Pessoa e Inimigo*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC Luhmenn Juris, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística General*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1945.

SCHÜNNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*. Revista Peruana de Ciencias, Lima, n.18, p. 367-413, 2006.

_____. *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*. In: _____. (Org.). *El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales- Estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario*. Buenos Aires: BdeF, 2012.

_____. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.11, n. 44, p. 11-33, out./dez., 2003.

SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del Bien Jurídico- ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal- Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A Construção do Bem Jurídico Espiritualizado e suas Críticas Fundamentais*. Boletim IBCCRIM, v. 122, p. 14-15, 2003.

_____. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: RT, 2006.

SÓFOCLES. *Édipo Rei*. São Paulo: L&PM, 2011.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal parte general I*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1976.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito (variações e tendências)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora UNB, 2009.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal- Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1985.

_____. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal – Una Introducción a la doctrina de la acción finalista*. Madrid: Julio Cesar Fairs Editor, 2004.

_____. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Laguna: Aguilar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ensayo Preliminar*. In: FEUERBACH. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

_____. *La culpabilidad en el siglo XXI*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.7, n. 28, p.56-71, 1999.