

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

**A CULPABILIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTISTA E INIBIDOR DA
MANUTENÇÃO DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO DECORRENTE DE ABUSOS
BASEADOS NO FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS.**

**THE CULPABILITY AS A GARANTISTA INSTRUMENT AND INHIBITOR
MAINTENANCE OF A STATE OF EXCEPTION RESULTING FROM BASED
ABUSES OF JAKOBS RADICAL FUNCTIONALISM.**

**Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha
Carlos Alberto Menezes**

Resumo

No Direito Penal Moderno, baseado na Dignidade da Pessoa Humana, a aplicação da pena passa por processo humanizador, pautado por critérios subjetivos, influenciados pela culpabilidade e garantismo, resguardadores dos direitos fundamentais. Na crise do conceito de livre-arbítrio, a culpabilidade enfraquece diante da teoria funcionalista, perante o funcionalismo radical sistêmico de Jakobs, pela estabilização da lei e fomentador da ideia de que os fins justificam os meios. Nesse sentido, a culpabilidade se mostra necessária na manutenção das garantias constitucionais, especialmente frente à atual tendência de efetivação de uma realidade de exceção, decorrente da ideia funcionalista de Direito Penal.

Palavras-chave: Direito penal constitucional, Dignidade da pessoa humana, Culpabilidade, Funcionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

In Modern Criminal Law, based on the Human Dignity, the application of the penalty involves humanizing process, based on subjective criteria, influenced by guilt and garantismo, resguardadores of fundamental rights. In the crisis of the concept of free will, guilt weakens before the functionalist theory to the systemic radical functionalism of Jakobs, the stabilization of the law and developer of the idea that the ends justify the means. In this sense, the guilt appears necessary in the maintenance of constitutional guarantees, especially against the current trend of execution of an exception reality, due to the functionalist idea of criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional criminal law, Human dignity, Culpability, Functionalism

1. INTRODUÇÃO.

Uma Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como função precípua trazer garantias mínimas para que direitos fundamentais como a liberdade sejam resguardados, tendo sempre o indivíduo e sua dignidade como pontos centrais e estruturais de todo o ordenamento jurídico.

Em que pese encontrarmos na Grécia antiga as primeiras construções acerca da pessoa humana como um ser dotado de dignidade (homem como medida de todas as coisas), foi com o pensamento iluminista que o conceito de dignidade da pessoa humana ganhou os contornos que hoje conhecemos.

Para Kant, “designa-se com este nome o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve ser tratada apenas como um meio, mas, sempre, como um fim em si mesma; ou seja, que o homem não deve jamais ser utilizado como meio, sem levar em conta que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si mesmo”.

Levando-se em conta essa ideia basilar de que a nossa Constituição Federal de 1988 alçou a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, exercendo uma tripla função ordenamental, quais sejam: fundamentadora, informando todo o sistema jurídico positivo do País; orientadora, estabelecendo metas ou finalidades pré-determinadas, tornando ilegítimas orientações normativas e jurisprudenciais que sigam sentido oposto ao indicado por tal Princípio; e crítica, no que se refere às condutas.

Vale ressaltar que a importância de tal Princípio, tanto no cenário constitucional, quanto no cenário internacional, deve ser estendida ao campo jurisprudencial e doutrinário, ratificando a íntima e indissociável relação existente entre ele e os direitos fundamentais considerados por cada Estado Soberano.

Considerando que todo o ordenamento jurídico deve obedecer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, indagamos se tal limite realmente é observado no âmbito do Direito Penal, especialmente no que toca à imputação objetiva e à doutrina funcionalista. Nessa esteira, vale ressaltar que, sob uma perspectiva constitucional garantista, o homem deixa de ser mero objeto da intervenção penal, para ter direitos contra o Estado, sendo o reconhecimento e o respeito a tais direitos indispensáveis a uma adequada intervenção penal.

Importante destacar que se faz necessário, para responder tal questão, pontuar qual seria a real razão do Direito Penal, bem como qual o papel da culpabilidade na tutela das garantias constitucionais penais, não podendo esquecer que somente o absoluto respeito à dignidade da pessoa humana permite atribuir a um Estado a adjetivação de “democrático de

Direito”.

É certo que quando tratamos de qualquer forma de intervenção punitiva haverá o afrontamento a algum direito fundamental, tal como a liberdade, mormente por serem caracterizados pela relatividade. Assim, falar em dignidade da pessoa humana no direito penal, mormente no que toca ao seu aspecto punitivo, não significa a não aplicação de pena para o infrator, mas sim a imputação de uma reprimenda razoável, moderada na sua finalidade, sempre respeitando, de forma sistemática os demais direitos penais.

Além da humanização da cominação e na execução da pena, ela deve deter seu caráter individualizado, sempre considerando os aspectos individuais do indivíduo, sob pena da menor e mais brandas das penas se tornar abusiva e inconstitucional, já que tais características estarão presentes todas as vezes que as garantias constitucionais penais e o princípio fundamental da pessoa humana não forem observados pelo aplicador da lei.

No entanto, percebe-se a existência de uma dissonância entre o plano do dever ser e do ser, verificando-se, na prática, um total desrespeito à proteção efetiva dos direitos do homem, em especial no plano do Direito Penal. Assim, para que haja legitimação do funcionalismo penal e de qualquer outra teoria que trate da estrutura do delito, bem como acerca da aplicação da pena, necessário se faz o seu apoio no Princípio da Dignidade Humana.

Diante de tal quadro, é de importância crucial entender a culpabilidade com base no citado Princípio Fundamental, colocando-a como limite intransponível para orientações funcionais do Direito Penal e da aplicação da pena, impedindo, desta forma, os abusos Estatais, mormente diante de uma sociedade que clama por justiça a qualquer custo, onde se aparenta prevalecer um equivocado ideal de que os fins justificam os meios, quaisquer que sejam eles, esquecendo-se que as garantias constitucionais penais devem ser observadas em todos os casos, não se esquecendo do fato de que acusados também são seres humanos como nós, imperfeitos, na sua essência e que não se deve incentivar um Direito Penal do Autor (Direito Penal de Exceção), para que tal situação não se torne uma regra penal dissonante dos Princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

2. RAZÕES DO DIREITO PENAL.

Quando se fala em Direito Penal e na pena não se deve esquecer que ambos são frutos da construção da cultura humana e, tendo em vista seu caráter variável, refletem o desejo humano. Desta forma, não há como afastar o Direito Penal da criminologia e da política criminal, uma vez que o primeiro nada mais é do que um fenômeno social.

Nesse quadro se tentou perquirir qual seria a justificação do Direito Penal e da pena, construindo-se algumas correntes com tal objetivo.

A primeira corrente, a abolicionista, não via nenhum sentido para a existência do Direito Penal, pregando sua total extinção. Tal pensamento encontrou barreiras, tais como ter uma base utópica de que a sociedade seria despida de conflitos intersubjetivos, ou que, caso existissem, poderiam ser superados por meros aparatos sociais ou morais; tinha falso aspecto garantista, já que a ausência de normas resvalaria em um modelo autoritário, despido do devido processo legal e de qualquer segurança para o homem.

A corrente absolutista ou retributiva entendia que a pena era um fim em si mesma e teve como expoentes Kant e Hegel, que entendiam, primeiramente, a pena como uma retribuição ética, justificando-se em virtude do vilipêndio da norma pelo “criminoso” e como forma de castigo: “O crime nega o direito, a pena nega o crime, logo, restabelece o direito”. Tal teoria traz, em si, o pecado de justificar o direito com o próprio direito, confundindo o campo normativo com a moral, terreno extremamente fértil para interesses escusos de utilização do direito como manutenção de núcleos de poder e resistência à quebra das desigualdades.

A Corrente utilitarista ou relativista da pena e do Direito Penal vem tratar a pena como instrumento voltado a um fim preventivo: geral negativo, através da intimidação dos outros para que evitem cometer o delito sob a coerção da pena que lhe segue; geral positivo, por meio da fixação de valores na sociedade, através da criminalização da lesão a estes e reafirmação da vigência das normas através da punição ao delito; especial negativo pela via da segregação do delincente do meio social para proteção dos “homens do bem”; e especial positivo, vendo na pena um meio de reeducação e reinserção social.

As justificativas das teorias preventivas especiais esbarram na confusão entre direito e moral, permitindo o julgamento do outro enquanto ser humano, determinando a personalidade que reputa adequada ou desviada do padrão estabelecido. Nesse sentido, permitir-se-ia, inclusive, aplicação da pena de morte e da segregação perpétua, no caso do Estado vislumbrar a aplicação dessas segregações como a única forma de se garantir a prevenção da prática do delito.

Assim, diante de tal quadro, percebe-se que o Direito Penal e a pena detém tríplice função, quais sejam: preventiva geral, estabilizadora do ordenamento jurídico e garantidora da ausência da vingança privada.

No que toca a função preventiva geral, devem a pena e o Direito Penal, tendo em vista seu caráter fragmentário e subsidiário, tutelarem bens jurídicos de vital importância,

visando buscar a estabilização social.

Quanto à função estabilizadora, tal finalidade recebe a crítica de dar ao Direito Penal um aspecto extremamente utilitarista, de satisfação à sociedade. Porém, tal crítica não deve ser aplicada à estabilização em si, mas aos limites desta função, que, quando excedidos, podem gerar abusos e ofensa às garantias constitucionais.

Ao se definir pela possibilidade de se atribuir a responsabilidade penal a um indivíduo, tal situação deverá ser feita respeitando a dignidade da pessoa humana, afastando-se, desta forma, um aspecto apenas lógico e funcional. Com isso não se quer negar que na estabilização da sociedade através da manutenção da confiança no ordenamento jurídico existe um caráter político do Direito Penal.

Nessa esteira, o que não pode acontecer é a utilização desta fundamentação de forma isolada e extremista, tutelando de forma equivocada hipóteses excepcionais, onde os direitos fundamentais não são observados, colocando o homem como meio e não como um fim em si mesmo. Pensar de forma diferente, desconhecendo limites à função do Direito Penal e das penas é balizar um caminho no sentido de um Estado autoritário e repressivo, transformando os homens e o cerceamento de seus direitos em simples instrumentos na busca de interesses políticos, apequenando e estigmatizando o homem como instrumento e não, como deveria ser, como o fim a ser atingido pelo Direito Penal.

No que se refere à garantia ao réu acerca da inexistência da vingança privada, a ausência do Direito Penal, como pregam os abolicionistas, não suprimiria a existência de conflitos de interesses, que passariam a ser solucionados na esfera privada, o que se revela, na maioria das vezes em que foi exercida, injusta, por inúmeros fatores, seja no que toca à diferença de força econômica, política e/ou social entre as partes envolvidas, seja no que se refere à influência que a mídia exerce sobre a opinião popular.

Neste caso o direito exerce o papel de dupla garantia ao acusado, seja frente à possibilidade de vingança privada, seja frente ao autoritarismo estatal, mormente considerando o respeito e o exercício das garantias penais e processuais penais.

Assim, diante desta tríplice função, constata-se a relevante importância da existência de um limite ao funcionalismo penal, como forma de se inibir abusos estatais diante da ficta pecha da estabilidade social buscada a qualquer custo e se conter a efetivação de arbitrariedades típicas de um Estado de Exceção. Nessa toada, a culpabilidade, como elemento integrante do crime e medida da pena, assume tal papel inibidor, desde que se atenda ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3. A CULPABILIDADE E SUA FUNÇÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Diante do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, necessário se faz reconhecer os direitos fundamentais para garantir ao homem ser tratado como um ser digno, reconhecendo-o como pessoa, cujos direitos devem ser respeitados pelos outros homens, bem como pelo Estado. Esse plexo de direitos afetam a própria condição humana, especialmente em relação às repercussões de uma eventual intervenção penal.

Nessa toada, os direitos fundamentais servem para limitar o poder punitivo do Estado, não devendo este se ater apenas ao Princípio da Legalidade, já que a aplicação das leis, de forma isolada e sem voltar os olhos para outros princípios penais, não significa a preservação das garantias penais, mormente diante da constatação de que, na história da humanidade, inúmeras atrocidades foram realizadas tendo como respaldo a lei vigente.

A culpabilidade é um dos elementos do crime, detendo caráter limitador da pena, obedecendo a critérios de imputação pessoal, respeitando a dignidade da pessoa humana, demonstrando, desta forma, seu caráter eminentemente garantista. Sua importância reside no fato de que se trata da principal garantia de que o Estado somente poderá aplicar uma pena às condutas que o autor poderia ter evitado, considerando aspectos pessoais do acusado. Segundo Zaffaroni “o princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do Estado de Direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa”.

A culpabilidade é a base que sustenta o Direito Penal moderno, que deve ser visto e aplicado de acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, servindo de fundamento e limite da imputação, subjetivando os critérios de aplicação da pena. Assim, a pena não pode ser imposta levando em consideração apenas a ideia de resposta adequada às necessidades sociais, mas, inclusive, deve ser uma resposta justa, sempre considerando a individualização do homem e da situação fática. Os direitos dos homens não podem ser violados para assegurar determinados interesses políticos e sociais, sob pena de se fomentar um direito de exceção, onde cada vez mais os direitos fundamentais do indivíduo serão colocados em segundo plano sob a justificativa da pacificação social.

Assim, resta evidente que exerce a culpabilidade tanto a finalidade de dar fundamento à pena, individualizando-a, bem como exercer papel limitador diante do “jus puniendi” do Estado, devendo sempre estar orientada nas ideias garantistas previstas em um Estado de Direito, exercendo importante papel no avanço para a derrocada de aplicação do

Direito Penal do inimigo, para enfraquecimento de Estados de Exceção e do indesejável ressurgimento da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Penal.

A culpabilidade detém uma pluralidade de contextos e, na sua função garantidora, exclui a responsabilidade objetiva através da análise de aspectos subjetivos do caso concreto. Ademais, a culpabilidade deve ser analisada apenas constatando a presença do injusto, não se podendo falar em culpabilidade do autor, mas, pelo fato, evitando a ideia do Direito Penal do inimigo. Tendo em vista deter caráter garantista, a culpabilidade não poderá incrementar o merecimento da pena, apenas lhe sendo permitido mantê-lo, limitá-lo, diminuí-lo ou excluí-lo quando não existir capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude ou exigibilidade de conduta diversa.

No decorrer do desenvolvimento da teoria do crime, algumas correntes foram desenvolvidas acerca da culpabilidade. A Teoria Psicológica, tendo em Liszt e Beling seus expoentes, fundamenta a culpabilidade conforme o causalismo naturalista. Todos os elementos objetivos do crime estariam localizados no injusto e todo o subjetivo estaria compreendido na culpabilidade, que compreenderia o nexos psicológico entre o sujeito ativo e o resultado do crime, sendo elemento interno do autor do fato. Assim, o dolo e a culpa estariam na culpabilidade, posição essa criticada, uma vez que um indivíduo poderia agir com dolo, mas sem culpabilidade.

No que toca a Teoria Normativa, a mesma é dividida entre a Teoria Psicológica Normativa (Richard Frank), de origem causalista e a Teoria Normativa Pura, recepcionada pelo finalismo de Hans Welzel. Na primeira, a relação psicológica (dolo e culpa) não esgotava o conteúdo da culpabilidade, mas consistiria em um de seus elementos. Seria necessário além do elemento empírico, uma valoração, já que o ser humano é dotado de autodeterminação. O fato criminoso seria uma opção pessoal, em vez de seguir outro caminho possível. Assim, a culpabilidade era formada por elementos normativos e psíquicos, que, constatados, habilitariam a aplicação da pena.

No que toca a Teoria Normativa Pura, a culpabilidade se vê despojada do elemento psicológico, conservando os elementos normativos. O conceito de dolo mau dos causalistas (conhecer e querer o resultado e o caráter antijurídico da conduta) foi substituído pelo dolo natural (conhecer e querer o resultado), deixando, na culpabilidade, a consciência da ilicitude do fato. A culpabilidade seria a reprovação da conduta de quem realizou um injusto, atuando de forma contrária às exigências do ordenamento jurídico. Há uma valoração individualizada, levando-se em conta cada sujeito em particular, cada situação concreta e as circunstâncias do sujeito no momento do fato.

Porém, verificou-se no decorrer da caminhada da teoria do crime uma crise acerca do conceito da culpabilidade no que toca à possibilidade de comprovação do que seja livre-arbítrio, questionando-se a base do conceito normativo de culpabilidade, uma vez que se passou a defender a ideia de que tal prova seria de difícil ou impossível demonstração.

Diante de tal quadro, a ideia de um Direito Penal baseado na culpabilidade, fundado no homem livre e consciente, de base garantista e contra o absolutismo estatal, passa a ceder espaço a um Direito Penal voltado para a defesa social e a prevenção efetiva dos delitos.

No princípio do Século XXI, a característica dominante da moderna dogmática jurídico-penal é a “teleológica-valorativa”, com tendência normatizadora das categorias do sistema do delito, vinculada a finalidades de política criminal. Assim, alguns autores alemães passaram a basear a culpabilidade em um critério social comparativo, afirmando que, apesar da liberdade de decisão não poder ser demonstrada, não se pode abrir mão dela como fundamento da pena, passando a considerar a representação do livre-arbítrio, tendo como base o homem médio.

Foi nesse contexto de argumentação acerca da dificuldade de se fazer a prova do livre-arbítrio que surgiu uma nova proposta dogmática intitulada de funcionalismo.

3. O FUNCIONALISMO E SUA CRÍTICA DIANTE DOS PRECEITOS GARANTISTAS E CONSTITUCIONAIS.

Diante de tal contexto, importante tratar do funcionalismo, que acaba por colocar em cheque a própria culpabilidade. É certo que tal teoria do delito visa, comprovada a existência de seus requisitos, aniquilar a tipicidade da conduta em análise, eliminando a existência do crime logo na análise do primeiro elemento do crime, sendo este considerado fato típico, antijurídico e culpável.

A questão que se impõe é que, não afastada a tipicidade, a citada teoria também traz em si o risco da eliminação do real fim da culpabilidade, colocando não só a sua existência em risco, mas também todo o sistema de garantias penais.

O funcionalismo não orienta seus sistemas na realidade do ser, como no causalismo e no finalismo e sim na função e finalidade do Direito Penal, tendo em Claus Roxin e Gunther Jakobs seus principais representantes, que, após iniciarem suas teorias no mesmo sentido, partiram em caminhos distintos na medida que desenvolveram seus projetos.

Para o funcionalismo é importante saber para que serve o direito. As variações do funcionalismo penal estão baseadas no funcionalismo estrutural de Parsons, que gerou o

funcionalismo teleológico, valorativo, “moderado”, consagrado por Roxin, e outro, de base originária no funcionalismo sistêmico de Luhman, normativo, estratégico, “radical”, encabeçado por Jakobs.

Assim, para Roxin, cada categoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) deve ser examinada “sob ângulo da sua política criminal”. Assim, enquanto a tarefa do Direito Penal é o injusto jurídico-penal, a concreta imposição da pena deriva da culpabilidade. Direito Penal e pena devem ser distinguidos, enquanto o primeiro se dirige a todos os cidadãos, com suas promessas de proteção; a pena concreta, ao contrário, encontra primeiramente o delinquente e somente tem efeitos mediatos frente aos demais cidadãos.

Nessa senda, para Roxin a função do Direito Penal é de garantidor aos cidadãos de uma convivência pacífica e harmoniosa, respeitando-se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Tal função será exercida através da proteção de determinados bens jurídicos, de forma subsidiária, quando outros ramos do direito (civil, administrativo ou políticas sociais) não possam cumprir tal função.

Diante de tal política criminal chega-se a conclusão de que disposições penais meramente moralistas ou paternalistas são inadmissíveis porque tais comportamentos não trazem nenhuma lesão a bens jurídicos de terceiros. Como exemplo, Roxin coloca que os atos homossexuais ou o comportamento sexual desviante de pessoas adultas não podem ser punidos porque não prejudicam todos os participantes do contrato social, nem violam qualquer bem jurídico.

Para Roxin a culpabilidade e sua função estão associadas ao conceito de prevenção. A punição não dependeria apenas da culpabilidade, mas também da necessidade de prevenção de futuros crimes, a partir do ponto em que se entenda o Direito Penal como instrumento de direcionamento e controle social, que persegue apenas fins sociais. Uma teoria da retribuição, em que a imposição e a medida da pena não dependem das necessidades sociais, não tem legitimidade social.

Ainda na concepção adotada por Roxin, a culpabilidade limita o poder do Estado de punir, garantindo ao cidadão um âmbito adequado de liberdade pessoal contra os interesses de segurança do Estado. Para ele a pena dependeria das necessidades preventivas, além da culpabilidade do autor, implicando em dupla limitação na sua aplicação. Não se deveria exceder o nível de culpabilidade, nem ultrapassar a necessidade de prevenção. Coloca o livre-arbítrio, ideia intimamente ligada a culpabilidade, como algo compatível com a ideia de normatividade responsável. A necessidade preventiva não substitui o requisito de culpabilidade, são requisitos distintos, que se limitam mutuamente. A necessidade preventiva

funcionaria como um elemento a mais na garantia de que o Estado não exercerá o seu poder punitivo em excesso.

A pena seria imposta ao cidadão porque ele é responsável e, para tanto, deve ter tido a possibilidade de se atuar com liberdade. Porém, reconhece que o conceito de livre-arbítrio e o poder de atuar de outra maneira não são demonstráveis empiricamente. Assim, para fugir da problemática da comprovação da liberdade, recorre a um conceito empírico normativo de culpabilidade, tendo como base a constatação na capacidade de controlar impulsos psíquicos, acompanhada da dirigibilidade normativa, através da análise da possibilidade de conformação da norma ao caso concreto.

Segundo Roxin, a análise da culpabilidade não seria nem um estado real, nem uma imputação e não estaria localizada nem na cabeça do autor, nem na do julgador.

Podemos enxergar, na ideia de Roxin, a finalidade garantista, por entender que deixar a análise do que seja o livre-arbítrio nas mãos do juiz, sem qualquer parâmetro para tanto, é conceder excessivo e ilimitado poder ao Estado. A necessidade preventiva, estabelecida pela lei, não pode ser substituída pela necessidade preventiva pessoal e arbitrária do juiz, levando-se em consideração seu critério de justiça. Ou seja, não importa qual a necessidade preventiva em questão, os limites da culpa não podem ser ultrapassados, sob pena de serem tomadas medidas abusivas pelo Estado.

Em que pese ter como base ideia garantista, Roxin peca na sua teoria ao restringir o livre-arbítrio à ideia de normatividade responsável, esvaziando-se as representações político-criminais do juiz ao limitar seus parâmetros ao contido na lei. Desta forma, a ideia de inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade fica prejudicada, levando-se em consideração a falsa ideia que a inexistência de uma exequibilidade normativa traria insegurança jurídica, uma vez que não haveria como se aferir e provar o livre-arbítrio. Assim, a culpabilidade perde a sua força de instrumento da concretização das garantias constitucionais penais, ao ser apresentada com funções parciais e limitadoras, surgindo com tal pensamento violação da dignidade da pessoa humana.

Se no funcionalismo moderado de Roxin a relação entre culpabilidade e prevenção já se mostra estreita, tendo em vista a redução da finalidade da culpabilidade na teoria do crime, no funcionalismo radical de Jakobs verifica-se uma total extirpação da culpabilidade, tendo em vista o seu esvaziamento pelas necessidades preventivas, o que gera uma instabilidade jurídica incompatível com os preceitos penais da atualidade.

Assim, no que toca ao funcionalismo radical de Jakobs, verifica-se uma renúncia às ideias de política criminal, para adotar uma proposta de sistema penal de razão teórica,

somente de estabilização da norma, não importando o seu conteúdo. Para ele a tarefa do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a manutenção e a ratificação da vigência da norma, sendo esta esquema determinante de interpretação do mundo, permitindo que expectativas sejam orientadas no âmbito do contrato social.

O Direito Penal teria uma relação íntima com a estabilização dos conflitos através do resgate da confiança normativa, violada pela infração penal. Todo essa sistemática e a existência de tais conflitos sociais ocorrem porque há expectativa de que a outra parte respeitará a norma vigente, sendo o crime a negação da norma e a pena a reafirmação da sua vigência.

Para Jakobs a sociedade foi criada por normas, devendo mantê-las, uma vez que nelas acredita estar a sua garantia. O crime seria um defeito de comunicação, uma manifestação de infidelidade ao Direito. Assim, o juízo de culpabilidade estaria ligado à falta de consideração da norma pelo autor. A culpabilidade é vista como infidelidade ao Direito, sendo irrelevante o estado psíquico do autor para a formação de um juízo acerca dela. A culpabilidade é medida pelo contexto normativo, pela concreta estrutura social e não pelo contexto dos fatos psíquicos.

Jakobs afasta da culpabilidade o conceito de livre-arbítrio, por se tratar de conceito longe da dimensão social. Ao tratar da culpabilidade e da liberdade e a relação existente entre elas, define que o âmbito em que o autor pode ser culpável não deixa de ser livre, mas não no sentido do livre-arbítrio, de autodeterminação, mas no sentido de falta de obstáculos juridicamente relevantes para seus atos. Para Jakobs o conceito de livre-arbítrio é irrelevante para a sua tese, já que desprovido de caráter social.

Assim, no que toca à culpabilidade, para Jakobs o essencial é a prevenção geral positiva, ou seja, a constatação da vigência da norma, que, lesionada pelo autor, volta a ser fortalecida com a imposição da pena, já que a culpabilidade corresponderia a uma infidelidade ao Direito.

Nesse sentido, verifica-se um grande problema, muito maior do que o esvaziamento da culpabilidade relativamente às suas exculpantes, já que estas existiriam em um contexto em que não se poderia exigir que se obedecesse à norma. A culpabilidade passaria a ser substituída pela necessidade preventiva geral da pena, perdendo a sua função ontológica e de limite de adstrição de responsabilidade penal, deixando de se considerar, no momento da aplicação da pena, as condições e atributos individuais, perdendo o seu sentido garantista.

Tal posicionamento coloca em risco os princípios fundamentais de um Direito Penal baseado no Estado de Direito, já que sem a culpabilidade não haveria limites à pena, o que

poderia ensejar a aplicação de qualquer pena e qualquer medida, caso tal situação fosse necessária à estabilização da norma.

Hans J. Hirsch faz a seguinte crítica “se somente necessidades preventivas de estabilização da norma formam o parâmetro de conteúdo, disso resulta, finalmente, uma possibilidade total de manipular o conteúdo da culpabilidade. Tal princípio não pode, portanto, ter uma função orientadora para a conformação do Direito Penal. Isto poderia levar ao desenvolvimento de uma estrutura quase universal e arbitrariamente adaptável, que também poderia ser utilizada por regimes antijurídicos. A função de garantia e proteção do conceito de culpabilidade como 'carta magna' do infrator à norma perde-se totalmente”.

Verifica-se, desta forma, que o conteúdo da culpabilidade se vê também determinado pela constituição social, dependendo da estrutura e necessidades da sociedade, gerando grande risco de atentado às garantias constitucionais e efetivação de um Estado de Exceção, onde os fins justificam os meios, mormente diante de uma sociedade que clama por “justiça” a qualquer custo.

A culpabilidade perde seu conteúdo material, sendo esvaziada a ponto de culminar na desnecessidade da sua existência, já que acaba sendo pré-definida em graus de tolerância estatal por aquilo que se entendem qualidades pessoais necessárias à estabilização social e recuperação da credibilidade normativa. Verifica-se, com isso, a perda do caráter individualizador da pena, já que a culpabilidade do indivíduo é deslocada para a norma, que representa a expectativa social.

Outro grande perigo desse pensamento, considerando a perda da necessidade de culpabilidade para aplicação da pena, é que pensando-a como funcionalmente útil e necessária, na perspectiva preventiva geral, poder-se-ia chegar ao absurdo de se aplicar a pena a inimputáveis e até mesmo crianças perigosas, havendo um retorno à responsabilidade pelo resultado.

Para Jakobs as expectativas seriam normativas devendo ser estabilizadas a qualquer custo, colocando-se de lado o conceito de justiça. O que se deve ter em mente é que a CF/88 tem na justiça um dos seus objetivos fundamentais, não devendo ser esquecida, mormente levando-se em consideração que o Direito Penal deve ser construído com base nos preceitos constitucionais, tendo nestes os seus limites.

A Constituição tem a função de colocar os limites ao Direito Penal e levando-se em consideração que o primado da justiça é posto pela norma constitucional, não haveria qualquer impedimento ao surgimento de novas hipóteses exculpantes diante da lacuna legal frente a situações concretas. Vale ressaltar, no entanto, que tal situação contrariaria o quanto

posto por Jakobs, de que a norma atingida deveria ser restabelecida a qualquer custo, resguardando as garantias penais do indivíduo, já que as decisões tomadas levariam em conta os valores supremos como liberdade, segurança e justiça.

Em referência à inexigibilidade, o conceito trazido pela nossa CF/88 é limitado diante dos preceitos constitucionais, sendo necessária a análise do caso concreto, sempre levando em consideração os preceitos constitucionais, as ideias de justiça e liberdade, tratando-as no campo da argumentação. Relativamente à sua aplicação diante da Teoria da Imputação Objetiva, verifica-se a sua possibilidade limitada, para Roxin (aplicável nos delitos culposos) e inutilidade, para Jakobs, já que este tem o restabelecimento da norma afetada como base da sua teoria, limitando as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

Isso acontece porque para o funcionalismo sistêmico há um conceito fechado de necessidade de reafirmação da norma para a sobrevivência do sistema jurídico, sem qualquer comprovação de que a pena efetivamente contribuiu para a produção de efeitos preventivos gerais. Verifica-se uma dificuldade de se vislumbrar hipóteses supralegais de exculpantes, já que a pena só poderia ser excluída quanto tal fato não atingisse a estabilização social.

Ao defender hipóteses extranormativas de inexigibilidade de conduta diversa, não se quer fugir da norma penal, mas sim completá-la nas suas lacunas, levando-se em consideração o que está previsto na Constituição. Nas hipóteses previstas pela lei penal, a mesma deve ser aplicada, porém, não havendo tal previsão, leva-se em conta o caso concreto, bem como as normas constitucionais, não se afastando da ideia de positividade do Direito Penal.

A busca da justiça, aqui pensada na sua forma mais genuína, livre de interferências midiáticas, ou de pré-conceitos, não pode ser paralisada pela justificativa de ausência normativa que justifique a adoção de exculpantes neste sentido, sob pena de resvalarmos numa punição com base em uma responsabilidade objetiva, principalmente deixando de lado a pesquisa sobre as causas subjetivas que impulsionaram a sua conduta. O conceito de inexigibilidade não pode ser separado da análise do interior do indivíduo, principalmente diante de casos onde a capacidade de autodeterminação é reduzida ou inexistente.

Não se pode afirmar que, com tal atitude, está se abrindo mão da segurança jurídica em nome da justiça, mesmo porque a segurança jurídica é essencial no Direito Penal vigente em um Estado de Direito, como forma de se evitar a instalação de um Estado de Exceção, protegendo os direitos fundamentais do próprio acusado e da sociedade. Vale ressaltar, por fim, que o citado conceito de inexigibilidade de conduta diversa, não estaria indicando o esquecimento da necessidade da sua positivação penal, já que sua base jurídica estaria fundamentada na Constituição, norma máxima de um Estado de Direito.

4. CONCLUSÃO.

A culpabilidade deve ser analisada como elemento essencial ao garantismo penal e, para tanto, deve ser verificada no caso concreto, não cabendo uma apreciação abstrata, com base na ideia do homem médio, já que, em tal caso, cada juiz terá o seu conceito de homem médio, deixando de lado as peculiaridades do caso concreto. Culpabilidade deve ser avaliada diante do fato, nunca diante do autor, sob pena de se ferir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, considerando os primados da justiça e da liberdade, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem que ser considerado como vetor hermenêutico e legitimador da atuação Estatal em relação à aplicação da pena.

Verifica-se nos preceitos funcionalistas, mormente quanto tratamos do modelo sistêmico de Jakobs, um esvaziamento da culpabilidade, chegando ao extremo da sua dispensabilidade. Por se tratar de elemento garantista, através do qual são observadas as características individuais do agente do fato no momento da aplicação da pena, percebe-se que o conceito funcional de culpabilidade defendido por Jakobs acaba por instrumentalizar o homem no que toca a concretização da finalidade punitiva estatal.

A culpabilidade funcional não observa as condições e atributos individuais do homem e tem como foco a conformação normativa, verificando-se, com isso, a ausência de limites no poder punitivo estatal, já que a pena, detendo a função de restauradora da confiança da sociedade na norma, não dependeria de qualquer requisito material para ser imposta.

Verifica-se que a conformação entre as finalidades da pena e a constituição social, baseada em uma ideia de igualdade, era o fundamento da culpabilidade para o funcionalismo sistêmico, que, com isso, demonstrava uma base generalizada para a aplicação da pena, contrariando princípios constitucionais penais, dentre os quais o da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, onde o homem, diante do primado da Dignidade da Pessoa Humana, deve ser tratado com prioridade, deve ser o sistema serviente na garantia dos seus direitos. Assim, não se pode imaginar a utilização do homem como instrumento para a estabilização da ordem normativa e social, renegando-o a condição de objeto, sob pena de se aceitar a violação de direitos e garantias fundamentais penais para garantir os fins almejados pelo Estado.

Aceitar o preceito funcionalista acerca da culpabilidade e da exculpação é coadunar com forte risco de se estabelecer um Estado de Exceção, onde os parâmetros para a aplicação

da pena variarão a partir de necessidades fluidas da sociedade, mormente diante da atual conjectura midiática, onde se chega a fomentar a não concretização da justiça em sede de um verdadeiro culto ao ódio, onde os fatos mais veiculados nos meios de comunicação, provavelmente, receberão uma reprimenda mais severa, enquanto àqueles esquecidos pela imprensa passarão despercebidos aos olhos da sociedade, detendo maior chande da observância dos ditames constitucionais no momento da aplicação da pena.

Levando-se em consideração os preceitos do funcionalismo, para que os mesmos encontrem legitimidade diante do Estado de Direito, deverão observar o constante na Constituição, sob pena de se acabar por legitimar a responsabilidade penal objetiva, o direito penal do inimigo, bem como o Estado de Exceção, sob leviana argumentação de prevenção e pacificação social, pelo que não se pode transformar o homem em mero instrumento na busca e obtenção das finalidades político-criminais.

Entre o Funcionalismo Penal e a política garantista sempre existirá uma zona de tensão, que deverá ser solucionada pela culpabilidade, devendo-se analisar o fato concreto, limitando-se a pretensão punitiva, podendo-se reduzir a pena abaixo do mínimo legal desde que assim atenda à função preventiva do Direito Penal. O funcionalismo, para se enquadrar nos preceitos de um Estado de Direito, deve ser enxergado à luz dos preceitos constitucionais, tendo, na culpabilidade, a forma de se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e às garantias constitucionais penais, sendo pois, barreira intransponível.

5. BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, Ed. Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saraiva de legislação).

LIMA, George Marmelstein. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer e outros. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Conceito Material de Culpabilidade. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto e face da dignidade da pessoa

humana. Editora Jus Podivm. Salvador. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistemas. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Cosntitucional. 4ª edição. Editora Saraiva. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.