

Notas Críticas sobre a Instrumentalização da Culpa

EDUARDO PITREZ DE AGUIAR CORRÊA

Professor da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Mestrando em Ciências Criminais na PUCRS, Advogado.

RESUMO: *O artigo analisa os influxos metodológicos que orientaram a construção conceitual da culpabilidade no Direito Penal, fazendo apontamentos críticos à sua atual feição instrumentalista. Para isso, após apresentar a evolução e a posição do princípio de culpa na estrutura da teoria (constitucional) do delito, aborda algumas das objeções suscitadas ao finalismo e as põe em relação com a concepção funcionalista roxiniana de culpabilidade.*

SUMÁRIO: *1 A posição de um princípio de culpa no Direito Penal: abordagem inicial; 2 O caminho de um princípio de culpa no Direito Penal: as teorias da culpabilidade; 2.1 Influxo naturalístico: a teoria psicológica da culpabilidade; 2.2 Influxo valorativo: a teoria normativa da culpabilidade; 2.3 Influxo ontológico: a teoria da culpabilidade do finalismo; 2.4 Influxo instrumental: a teoria funcionalista da culpabilidade; 3 Notas críticas sobre a instrumentalização da culpa; Considerações finais.*

1 A POSIÇÃO DE UM PRINCÍPIO DE CULPA NO DIREITO PENAL: ABORDAGEM INICIAL

O aprimoramento da civilização e da cultura determinou o abandono da concepção de uma responsabilização penal objetiva, com base no resultado naturalístico, independentemente da censurabilidade do fato praticado¹. Se bem que fruto de um aprimoramento civilizatório-cultural humanístico, não é claro na história o surgimento de um princípio de culpa².

Como adverte Zaffaroni, todavia, faz parte do Direito Penal primitivo³ responsabilizar o indivíduo meramente em razão da produção de um resultado, sem dar importância ao aspecto subjetivo da conduta⁴.

Daí que uma evolução do Direito Penal pode se dizer associada

a um princípio de culpa, a ponto de parecer adequado afirmar, com Liszt, que "é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal"5.

A compreensão de que o homem tem a faculdade de tomar posição frente aos acontecimentos e a uma ordem de valores, formando a sua vontade, foi determinante na construção da noção de culpabilidade, como elemento integrante do conceito de crime - *nullum crimen sine culpa*.

O *juízo de censura* penal, assim, tende a pressupor a capacidade do homem de se decidir livre e corretamente conforme o Direito, de modo a deslegitimar, em espaços civilizados, uma intervenção penal que não parta desta *premissa de liberdade*.

Um direito penal que assim se estrutura - sob o pressuposto da liberdade de escolha do homem - é, portanto, um direito penal de matriz antropológica, um direito penal "que concebe o homem como pessoa"6.

Nesse sentido, a concepção de Hassemer de que

o princípio da culpabilidade consiste na exclusão da responsabilidade pelo resultado e pelo risco e com isso expressa que o Direito Penal, diferentemente de outros âmbitos do Direito, precisa particularmente de pressupostos necessários de imputação. Não apenas a provocação de algum dano justifica uma pena, senão, antes de tudo, a responsabilidade de um ser humano, o "ter culpabilidade".7

De fato, desde a perspectiva da dignidade da pessoa humana, não parece ser possível, sem desbordar do Estado de Direito, sancionar o autor de um injusto típico em medida diversa ou mesmo na ausência de censurabilidade de sua conduta.

Neste contexto é que Pallazo atribui ao princípio da culpabilidade dupla "virtude" constitucional⁸, "ora inscrevendo-se como fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite da intervenção punitiva do Estado"⁹, operacionalizando-se no sistema penal, seja como critério subjetivo de imputação do ilícito típico, seja como critério de mensuração da sanção penal.

Figueiredo Dias, a propósito da posição do princípio, qualifica a culpabilidade como uma "máxima fundamental de todo o Direito Penal", assumindo a estatura de um "princípio implícito do sistema jurídico-constitucional"¹⁰. Derivada da dignidade da pessoa humana e com a função de limitar o intervencionismo estatal, a noção de culpabilidade assentaria-se na ideia fundamental de liberdade, o respeito à "autodeterminação da pessoa na sociedade, e, assim, como expressão da autonomia e da inviolabilidade na regência de sua conduta pessoal"¹¹.

Pressuposta tal liberdade, a culpabilidade assume a feição de *juízo de reprovabilidade* da conduta do autor, por não ter se motivado de acordo com a norma, quando era exigível que assim o fizesse. Com isso, a culpa *lato sensu* se aloca como elemento estruturante fundamental do delito, resguardando o imputado da intervenção jurídico-penal do Estado que não observe a esfera intransponível de sua condição enquanto pessoa.

2 O CAMINHO DE UM PRINCÍPIO DE CULPA NO DIREITO PENAL: AS TEORIAS DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, de fato, pode ser concebida como o conceito mais debatido da teoria do delito¹², sem que, ainda hoje, possa se dizer ultimado o seu processo de construção.

A consolidação da culpabilidade como categoria autônoma na teoria do delito surge no modelo clássico de Direito Penal, quando estabelecida a separação entre injusto e culpabilidade¹³, tendo recebido desde então sucessivas reformulações paralelamente às diversas concepções metodológicas do Direito Penal que àquele modelo sobrevieram.

A despeito de divergências conceituais, é possível agrupar, inicialmente, as principais teorias acerca da culpabilidade em psicológica, normativa e finalista¹⁴. Tais teorias dizem, fundamentalmente, sobre a culpabilidade como fundamento da intervenção penal, não tratando de sua indicada função limitadora da pena. Essa função, contudo, acabará sendo tomada como prevalente pela teoria funcionalista da culpabilidade, como teremos a oportunidade de abordar neste escrito.

Todavia, para que alcancemos uma possível compreensão das questões que se inserem no âmbito da culpabilidade e de seu viés funcional, uma breve digressão nas etapas que contribuíram para formatação da noção de culpa jurídico-penal se impõe.

2.1 Influxo naturalístico: a teoria psicológica da culpabilidade

Em um contexto de orientação segundo as ciências naturais, e buscando a sua constituição como Ciência, a doutrina penal clássica, no final do século XIX, compartimentou o delito em uma causalidade material, que daria lugar à antijuridicidade, e uma causalidade psíquica, determinante da culpabilidade.

Fundada em uma concepção do direito positivo-naturalista própria de seu tempo, a dogmática penal alemã, à época, com Liszt, Beling e Radbruch, entre outros, cindiu a estrutura do delito em elementos objetivos ou externos e subjetivos ou internos, agregando os primeiros no injusto e os segundos na culpabilidade¹⁵.

A culpabilidade era então concebida como a relação psicológica entre o agente e o fato, expressão da sua ligação subjetivo-intelectual com o resultado delituoso, tendo como espécies o dolo e a culpa *stricto sensu*. Tratava-se de mera descrição da relação psicológica do autor com o resultado, sem comportar nenhum juízo valorativo, concebida em paralelo à também descritiva relação física do autor com o resultado - a causalidade.

Não se compreendia, nesta quadra, a imputabilidade como formadora da culpabilidade, senão que um seu pressuposto. Ademais, integrava o dolo a consciência do imputado sobre a ilicitude de sua conduta, não se perquirindo sobre a exigibilidade de outra conduta no âmbito da culpa.

À teoria psicológica, construída sobre uma separação dicotômica entre os espaços objetivos e subjetivos do conceito de crime, foram objetadas, entre outras, as circunstâncias em que, mesmo presentes dolo ou culpa *stricto sensu*, se achava excluída a culpabilidade por força de lei, como no caso do estado de necessidade exculpante.

Foi Frank, em 1907, quem ponderou que, se o conceito de culpabilidade é formado por dolo e culpa, não é compreensível como poderia ser excluída a culpabilidade no estado de necessidade exculpante, em que o agente, embora desculpado, sabe o que faz.

Indicou, ademais, o equívoco da qualificação da imputabilidade como pressuposto da culpabilidade; é dizer, do dolo e da culpa *stricto sensu*, tendo em vista ser possível a um inimputável (doente mental) querer praticar uma ação ciente de que se trata de delito, de modo que a imputabilidade inserir-se-ia na culpabilidade, não sendo a ela antecedente¹⁶.

A teoria, por fim, não alcançava explicação para a omissão¹⁷ e mesmo para a culpa inconsciente, em que, de fato, não há relação psicológica alguma entre o autor e o resultado¹⁸, o que demonstraria, para Welzel, "ostensivamente" a inexistência da compreensão psicológica¹⁹.

2.2 Influxo valorativo: a teoria normativa da culpabilidade

Enquanto o contexto metodológico em que se inseriu a teoria psicológica da culpabilidade era o positivismo-naturalista, o surgimento de teorias normativas da culpabilidade se dá no ambiente de evocação valorativa do neokantismo, que ensejou a formação do conceito neoclássico de delito²⁰.

Sem retirar o dolo e a culpa do âmbito da culpabilidade, mas agregando elementos axiológicos, Frank atribuiu feição normativa à culpabilidade mediante a inserção do conceito de *reprovabilidade*.

Para o autor alemão, "a culpabilidade é reprovabilidade [...] deve-se imputar uma conduta proibida à culpabilidade de uma pessoa quando se pode reprová-la por haver nela incorrido"21.

Com isso, a culpabilidade passava a ser uma relação psicológica, expressa no dolo e na culpa, e um juízo de reprovação22, de feição normativa. Daí também ser conhecida a teoria como psicológico-normativa da culpabilidade, ou teoria complexa da culpabilidade.

Goldschmidt agregou desenvolvimento à teoria, definindo a reprovabilidade como uma infração a uma implícita *norma de dever*. Enquanto a *norma jurídica* relacionar-se-ia com a parte objetiva do injusto, a *norma de dever* diria com seu aspecto subjetivo e individual. A *norma de dever* imporia a cada um "dispor sua conduta interna de modo necessário para que possa corresponder com as exigências impostas pelo ordenamento jurídico a sua conduta externa"23. O dolo, psicologicamente concebido, seria, para Goldschmidt, um pressuposto da culpabilidade24.

Presente em Goldschmidt como a ideia reitora das causas de exculpação, a inexigibilidade mereceu desenvolvimento por Freudenthal, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sendo, então, concebida a culpabilidade como a reprovação do comportamento do autor quando podia e devia comportar-se conforme a norma²⁵. Na compreensão de Freudenthal, ainda hoje presente, de inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não seria reprovável a conduta quando, para não cometer o ilícito, "teria sido necessário um grau de capacidade de resistência que normalmente não se pode exigir a ninguém"²⁶.

Mezger deu à teoria seus contornos definitivos²⁷, compreendendo-a como o conjunto de pressupostos da pena que fundamenta a reprovabilidade da conduta do agente²⁸. No sentir do autor, o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, sendo, portanto, sempre culpável²⁹.

No entendimento normativo-psicológico da culpabilidade, o dolo era composto da voluntariedade (elemento volitivo), da previsão do fato (elemento intelectual) e da consciência atual da ilicitude (elemento normativo)³⁰.

Em sua conformação última, é possível compreender, pela teoria normativa (ou psicológico-normativa) da culpabilidade, como integrantes do juízo de reprovação os elementos: i) imputabilidade; ii) dolo ou a culpa; e iii) exigibilidade de outra conduta (poder agir de outro modo).

Contudo, a inserção do dolo, integrado pela consciência da ilicitude, na culpabilidade dava ensejo à perplexidade quando posta, *v.g.*, a situação do criminoso que, criado em ambiente social sem referenciais ético-jurídicos, praticava atos delituosos sem real consciência da antijuridicidade; portanto, sem dolo e culpabilidade. Do indivíduo de conduta mais reprovável, o criminoso habitual, excluir-se-ia a culpabilidade³¹.

Mezger, a propósito de solucionar a paradoxal consequência da teoria, elaborou a ideia de "culpabilidade pela condução da vida" (*Lebensführungsschuld*), em que o juízo de reprovação recairia não sobre o fato em si, mas sobre o agente, seu caráter e seu comportamento social³², inserindo perigosamente o juízo de reprovação estatal na personalidade do indivíduo.

2.3 Influxo ontológico: a teoria da culpabilidade do finalismo

A teoria normativa até aqui exposta não extraía, como se viu, os elementos psicológicos dolo e culpa do âmbito da culpabilidade, mas agregava ao conceito elementos normativos, atribuindo à ordem jurídica parte do juízo de reprovação que recai sobre o agente.

Uma tentativa de levar a normatividade da culpa às suas últimas consequências - portanto, em continuidade ao movimento valorativo iniciado sob o neokantismo -, retirando da culpabilidade todo o conteúdo psicológico até então presente, foi empreendida pelo finalismo, alcançando-se, com Welzel, depois de Alexander Graf zu Dohna e Hellmuth von Weber, nos anos 30 do século XX³³, a compreensão da culpabilidade sob a ótica do finalismo.

Não se trata, no modo de ver de Welzel, de mera opção teórica à construção finalista. Ao oposto, parte da pretendida apreensão da estrutura ontológica da ação humana³⁴, da sua natureza intencional-dirigida, orientada a um fim que lhe determina o sentido³⁵, conduzindo toda a construção sistemática da teoria do delito³⁶ a partir de uma realidade pré-jurídica.

Eliminando o conteúdo psicológico da culpabilidade, desde o entendimento de que o elemento intencional faz parte da ação, o finalismo aloca o dolo e a culpa no tipo. Com isso, passam a existir tipos dolosos e culposos, com dolo e culpa considerados como integrantes da ação e do injusto³⁷.

Esclareceu Welzel que

la culpa no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta. Es el reproche del proceso volitivo: en las acciones dolosas, la reprochabilidad de la decisión de cometer el hecho; en la producción no dolosa de resultados, el reproche por no haberlo evitado mediante una actividad regulada de modo finalista. ³⁸

A consciência da antijuridicidade, retirada do dolo, é concebida então como elemento autônomo da culpabilidade, a merecer apreciação normativa, no sentido de não se exigir do agente um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, mas sim a *potencialidade*, normativamente determinada, de o sujeito orientar-se conforme a norma³⁹, segundo um juízo leigo.

A separação da consciência da ilicitude do dolo segue a distinção, invocada por Welzel⁴⁰, entre objeto de valoração e valoração do objeto. O primeiro (objeto da valoração), "*que es valorado como culpable - la acción y la voluntad de acción - ha sido ya averiguado en la teoría de la acción y de lo injusto*", enquanto o segundo (valoração do objeto) é de que se trata na teoria da culpabilidade⁴¹.

Com isso, a culpabilidade passa a ser formada apenas por elementos de conteúdo puramente normativo: i) a imputabilidade; ii) a potencial consciência da antijuridicidade; e iii) a exigibilidade do agir conforme a norma⁴².

Como exemplo das consequências práticas da concepção que sustenta, Welzel⁴³ suscita o problema do erro de proibição, trazendo caso em que, na Alemanha dividida do pós-guerra, jovem grávida atravessa da Alemanha Oriental para a Ocidental e nesta tenta, sem sucesso, abortar feto que carrega. Na Alemanha comunista, ao oposto do lado ocidental, não se perseguia criminalmente a conduta, gerando, segundo Welzel, a concepção socialmente arraigada de que o aborto não seria jurídico-penalmente sancionável.

Ao adotar-se a concepção então vigente, de integração da consciência da antijuridicidade ao dolo, o crime doloso é necessariamente cometido com consciência da antijuridicidade. Quando em erro evitável o agente, sua ação é culposa, por não conformado, na integralidade, o dolo tal qual como concebido. Logo, no caso da jovem moça, alcançar-se-ia a conclusão de que teria cometido uma *tentativa culposa de aborto*, uma insuportável

contradição.

De modo distinto, aplicando-se a teoria finalista,

como el dolo del hecho pertenece a la acción, y la autora con conocimiento y voluntad de la acción ha querido abortar, ha cometido una tentativa dolosa de aborto, siendo indiferente si se ha equivocado o no sobre la antijuridicidad de su hacer. El error sobre la antijuridicidad no afecta la dolosidad del aborto, sino solamente la reprochabilidad de su decisión de aborto. [44](#)

Com a concepção finalista da culpabilidade, não se abandona nenhum dos elementos constitutivos do conceito na compreensão psicológico-normativa, havendo tão só uma adequada realocação dos institutos, na direção de uma maior objetivação do Direito Penal⁴⁵, e, por assim se entender, determinar a *natureza das coisas*. A culpabilidade assume, assim, o contorno puramente normativo de reprovação da formação da vontade, em um juízo sobre se o agente pudera formar sua decisão antijurídica de forma mais correta, adequada à norma; não no sentido abstrato do que faria um homem qualquer, no lugar do autor, mas sim, concretamente, se esse homem, na situação específica, poderia ter formado sua decisão de vontade de forma adequada à norma⁴⁶, podendo agir de outro modo.

2.4 Influxo instrumental: a teoria funcionalista da culpabilidade

Ao introduzirmos, neste escrito, o caminho das teorias da culpabilidade, referimos que as teorias a serem a seguir abordadas tratavam da culpabilidade como fundamento da intervenção penal, não tratando de sua função limitadora da pena, tomada como a base fundamental da culpabilidade somente pelo funcionalismo.

De fato, as consagradas teorias psicológica e normativa da culpabilidade, também a de vertente finalista, versavam a culpabilidade desde a perspectiva de fundamentar a intervenção jurídico-penal do Estado sobre o indivíduo, em uma ideia de retribuição ante a responsabilidade pelo fato. Parte-se, como se tentou demonstrar, do pressuposto de que os indivíduos têm capacidade de autodeterminação e, por isso, podem agir de modo distinto do contrário à norma.

Em uma tentativa de superar esforços causalistas e finalistas na sistematização do Direito Penal, Roxin propôs uma reestruturação do sistema de Direito Penal com base em valorações reitoras de caráter político-criminal⁴⁷. Ao penalista alemão seguiram-se

doutrinadores de nomeada⁴⁸, conduzindo a existência de inúmeras variáveis do pensamento funcional que, por questões metodológicas, não serão neste escrito enfrentadas. Interessa-nos a razão instrumental que lhes subjaz.

Sustenta o doutrinador da Escola de Munique que "a metodologia referida a valores do neokantismo" poderia ter construído uma imagem completamente nova do sistema jurídico penal se tivesse elegido as diretrizes político-criminais como critério de referência dos fenômenos dogmáticos⁴⁹.

Por sua vez, o finalismo, com seu "método dedutivo-axiomático de derivar soluções jurídicas de dados ontológicos", especialmente o conceito de ação, teria criado um sistema que, a despeito de afastar-se do modelo causal positivista, não concede espaço às finalidades político-criminais da dogmática⁵⁰.

Assim, seria necessária a superação de tais modelos, reorientando-se a teoria do delito.

Alicerçado na proposta metodológica de referenciar os conceitos dogmáticos à política criminal⁵¹, Roxin parte da ideia de insuficiência do conceito de culpabilidade como fundamento da intervenção penal e, analisando as *funções* práticas que deve exercer a culpabilidade desde um ponto de vista político-criminal, propõe o abandono do conceito de culpabilidade como fundamento da retribuição, sugerindo sua estruturação com base exclusivamente na função de limitação da pena⁵²⁻⁵³.

A crítica roxiniana surge da oposição à compreensão de culpabilidade que se funda na ideia da liberdade de vontade, partindo do entendimento de que não é demonstrável, cientificamente e de modo seguro, que um delinquente tenha podido atuar de outro modo em determinado caso concreto, tornando frágil, e mesmo insustentável democraticamente, um juízo de culpa que se funde sobre um tal pressuposto empiricamente inverificável⁵⁴.

Enquanto o conceito de culpabilidade como fundamento da intervenção estatal retributiva, pela inverificabilidade empírica do poder-agir-de-outro-modo, causaria consequências desfavoráveis ao acusado - já que, sendo um fenômeno empírico que se não pode constatar, deveria implicar sempre absolvição pelo *in dubio pro reo*, o que não ocorre -, a manutenção do conceito de culpabilidade exclusivamente na sua função limitadora da pena somente seria passível de produzir, na visão de Roxin, efeitos benéficos a ele⁵⁵.

Para o autor, a missão do Direito Penal não pode estar em retribuir a culpabilidade, mas sim na ressocialização (prevenção especial) e nas exigências de prevenção geral, ambas demandas político-criminais. Como explica Figueiredo Dias, em adesão à compreensão teleológico-funcional, "a *função* que ao conceito de culpabilidade cabe no sistema do fato punível é por isso [...] uma *função limitadora do intervencionismo estatal*, visando a defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado"⁵⁶.

Assim, a culpabilidade, nessa perspectiva, vem determinada desde o ponto de vista dos *fins da pena*⁵⁷. Restando provadas a tipicidade e a ilicitude de um fato - conceitos esses também remodelados desde a metodologia funcionalista -, deve-se responder, no âmbito da culpabilidade, se a conduta merece uma pena⁵⁸.

A partir disso, Roxin identifica nas causas de exculpação (já existentes) valorações de ordem político-criminal do legislador.

Inicialmente, se o autor não podia evitar o resultado, por uma razão político-criminal, não há sentido em castigá-lo, quer por prevenção especial, quer por prevenção geral. Se a situação era inevitável, nas circunstâncias, a prevenção especial não será capaz de modificar o comportamento do agente nem a prevenção geral de afastar a coletividade do seu cometimento⁵⁹.

A mesma compreensão de *ineficácia da pena, segundo suas funções, para o caso*, responde, na compreensão do autor, o problema da inimputabilidade⁶⁰, já que a sanção corporal não será capaz de "curar" o insano nem afastar outros cidadãos, incapazes de orientar-se conforme a norma, do cometimento de delitos.

Aponta, ainda, Roxin que a exculpação do erro e da desistência da tentativa - que aloca na culpabilidade -, a imunidade de deputados e de Estados estrangeiros, a impunibilidade de crimes entre cônjuges, entre outras, somente se justificam desde a perspectiva da política criminal, na medida em que são todas hipóteses em que a aplicação da pena contrariaria outros interesses da coletividade ponderados pelo legislador, como, *v.g.*, a paz familiar, no caso dos cônjuges, e o funcionamento do Parlamento e as relações internacionais, na hipótese das imunidades⁶¹.

Por isso, defende o aperfeiçoamento do conceito normativo de culpabilidade em direção a um conceito normativo de *responsabilidade* - sem a adesão, no ponto, de Figueiredo Dias⁶². Para o penalista alemão, o conceito de reprovabilidade, essência da culpabilidade, não é suficiente para ultimar a configuração do crime e sua correspondente sanção, devendo à valoração de reprovabilidade (culpabilidade) da conduta agregar-se um juízo, político-criminalmente orientado, sobre a necessidade de aplicação de uma pena ao agente⁶³.

Nessa perspectiva, os pressupostos da *responsabilidade* seriam, em geral, a culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a normalidade da situação em que se atua (ausente em determinadas formas de perigo e no excesso de legítima defesa)⁶⁴. As causas de exculpação atuam, assim, como causas de exclusão da responsabilidade⁶⁵.

Contra a crítica de que a orientação político-criminal que sustenta poderia violar os pressupostos constitutivos do Estado de Direito que conformam a culpabilidade tal qual como até então concebida, adverte Roxin que sua concepção não diminui a exigência de culpabilidade, senão que a ela adiciona um componente, a necessidade de sanção penal, desde a teoria dos fins da pena. Para o autor, "nenhuma necessidade preventiva de penalização, por maior que seja, pode justificar uma sanção penal que contradiga o princípio

da culpabilidade"66-67.

A questão, que nos parece permanecer obscura, é: *de que modo elementos do delito construído desde uma orientação político-criminal podem evitar tais circunstâncias?*

3 NOTAS CRÍTICAS SOBRE A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA CULPA

O contexto histórico-dogmático em que se inseriu o surgimento do funcionalismo pode trazer importantes indicativos acerca dos limites e das possibilidades da teoria que pretende orientar o sistema de Direito Penal pela política criminal.

Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado ou apoiado o nazismo, há uma natural associação das compreensões dogmáticas contemporâneas ao regime nacional-socialista com os influxos ideológicos que permitiram o surgimento do regime de opressão⁶⁸, como, v.g., o positivismo. Afinal, o direito havia fracassado.

O funcionalismo, já no pós-guerra, em um ambiente de superação de toda construção anterior ao regime nazista - e do positivismo que lhes era imputado -, procurou superar o atribuído excesso de ontologização do finalismo - ainda uma teoria do Direito Penal de insuperável densidade -, bem como a fixação da dogmática penal na construção de estruturas lógico-dedutivas em forma sistemática.

Como salienta Hassemer, o finalismo apresentava-se como

um saber homogêneo sobre nada menos que o núcleo do Direito Penal - ação, antijuridicidade e culpa -, trazendo a firme convicção de que este saber se assentava sobre o ser. [...] O legislador não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o regramento justo, podia apenas acolhê-lo ou rejeitá-lo, encontrá-lo ou perdê-lo. ⁶⁹

Contudo, tal compreensão hermética dos conceitos científicos recebia a pecha de não permitir qualquer diálogo com a política criminal, sobretudo face à "pretensão à imutabilidade dos enunciados normativos"⁷⁰ - coerentemente, aliás, com o entendimento de que correspondiam à apreensão da *natureza das coisas*⁷¹.

Sobre a crítica a um excesso de dogmatismo surge, então, a

alternativa de reflexão penal que pretende modificar a construção abstrata e lógico-dedutiva do Direito Penal para uma *justificação pelos efeitos* a serem produzidos pela intervenção penal, permitindo a inserção do empirismo na teoria do delito⁷².

Como explicita Roxin na sua introdução à *Política criminal e sistema de direito penal*⁷³, as divergências teóricas sustentadas por causalistas e finalistas teriam se desenvolvido dentro dos "estritos limites do positivismo", segundo o qual a única tarefa do jurista seria interpretar o Direito positivo e desenvolver um sistema fechado, enquanto considerações de índole político-criminal constituiriam objeto de outra ciência.

Partindo desse pressuposto, o funcionalismo, em nítida pretensão de rompimento do paradigma anterior, não só propõe o equívoco do dualismo antagônico proposto por Liszt⁷⁴ - dogmática como barreira da política criminal -, mas sugere que as estruturas da teoria do delito devem construir-se segundo sua função político-criminal, verdadeiramente invertendo a base metodológica com que até então trabalhavam as precitadas teorias do delito.

É preciso ter presente que tanto o causalismo como o finalismo são, certamente, teorias passíveis de objeções, como obras que são do conhecimento humano.

Contudo, uma objeção que parece não se ajustar ao finalismo é a de constituir-se em uma doutrina absolutamente positivista. O próprio Welzel salientou que sua construção dogmática da teoria do delito estava em posição "diametralmente oposta" à concepção positivista do direito e da ciência jurídica. Para o doutrinador alemão,

é crença errônea positivista a que supõe que o direito e sua integridade é um produto do legislador; que o legislador pode administrar arbitrariamente a matéria jurídica e que a dogmática é, portanto, só a elaboração técnica desta matéria jurídica "casual". Se isto fosse certo, então estariam acertadas as palavras do Procurador do Estado, von Kirchmann, sobre a ciência jurídica: "Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em inúteis documentos impressos".⁷⁵

De fato, mais do que o discurso justificador de Welzel, a própria pretensão ontológica do finalismo não é adequada a uma adjetivação

positivista, eis que renega a plenipotência legislativa, pressupondo a existência de limites substanciais ao legislador - encontrado na natureza das coisas -, cujo conhecimento "é a missão de uma tarefa científica em Direito Penal"76.

Como Roxin, também Welzel atribuiu às teorias tradicionais a possibilidade do surgimento do nacional-socialismo, por intermédio da apropriação de conceitos jurídicos, para subvertê-los e aproveitá-los em seu benefício⁷⁷. Mas, para o finalista, é nas doutrinas utilitárias e naturalistas - *não nas ontológicas* - que se encontram os elementos teóricos próprios ao surgimento do regime totalitário⁷⁸.

Justamente na ontologização que a escusa da pecha do positivismo é que se encontra, também, a crítica à teoria finalista. Engisch já formulara, em 1961, sobre a pretensão da doutrina de traduzir normativamente a natureza das coisas, um decisivo questionamento:

Onde termina a estrutura do ser e onde se insere o foco da valoração? Quais são os critérios com base nos quais nós podemos decidir se e o que, na constatação da 'natureza pessoal' do ser humano, deva ser creditado na conta da realidade preexistente ou na conta da valoração jurídica?⁷⁹

De fato, o pressuposto metodológico de definir a natureza do ser, orientado por uma lógica de separação sujeito-objeto, pode conduzir a excessos teoréticos, acaso descuidadas realidades nas quais se pretende aplicar o Direito Penal e a advertência, hoje conhecida, da parcela de constituição do objeto pelo sujeito que lhe *atribui* sentido. Ademais, a experiência de sentido que ocorre na compreensão encerra sempre um momento de aplicação⁸⁰.

Se não é possível imputar ao finalismo, como se pretendeu demonstrar, por decorrência de sua base ontológica (pré-jurídica), a pecha de uma doutrina positivista, por outro lado, parece ser adequado encontrar na doutrina de Welzel - no ponto, influenciado pelo espírito de uma época - um traço outro do positivismo: a pretensão de afastar o Direito da política e da moral⁸¹.

Contudo, longe isso está de significar que a teoria do delito deva, diante dessas constatações, (re)modelar suas estruturas segundo funções político-criminais que forem atribuídas a seus

elementos.

A doutrina funcionalista, de fato, parece ter o mérito de advertir a dogmática para os excessos ontológicos que, em última instância, podem conduzir o Direito Penal a uma ilegítima dissociação da realidade sobre a qual se pretende aplicar. Em verdade, a construção de teorias dotadas de alto grau de coerência interna não garante a correção de sua aplicabilidade no conflito de necessidades reais.

Todavia, se é certo que uma sensibilidade à política criminal, ou mesmo um diálogo com orientações práticas, se faz necessário, isso não significa que devam ser instrumentalizados os elementos estruturantes do delito para que sirvam à política criminal, esvaziando a dogmática de seu espaço metodológico próprio.

No que toca ao elemento do delito sobre o qual se debruça a presente reflexão, a culpabilidade - que tem a sua construção estruturada na liberdade do homem dotado de vontade -, sua perspectiva funcional, desde logo encontra a conhecida objeção kantiana ao utilitarismo penal, de que nenhum homem pode ser instrumentalizado para a realização de fins que lhe são alheios.

Em sendo na culpabilidade, em seu sentido tradicional, que se manifesta fundamentalmente a consideração do "homem como pessoa", é nela que se faz sentir, de maneira mais contundente, o déficit ético-valorativo do funcionalismo e o próprio esvaziamento do conceito na esteira da opção metodológica.

De início, a própria finalidade de que parte a teoria não é segura (como acusadamente não era o livre-arbítrio), na medida em que nos parece ainda não esclarecidos efetivamente os efeitos de prevenção geral e especial causados pela intervenção estatal-penal, e, como matéria de difícil comprovação empírica, somente construções teóricas podem fundamentá-la, incidindo a teoria no mesmo caráter dogmático que pretende combater.

Outra e já apontada⁸² implicação da teoria funcional é a de um baralhamento do fenômeno e da sua consequência. A existência do delito passa a ser condicionada pela pertinência da aplicação da sanção a ele correspondente, metamorfoseando-se o princípio para um perigoso *nullum crimen sine poena*.

De resultado, o que se conformava como um juízo de valoração sobre a formação da vontade do indivíduo, respeitada sua natureza humana, tanto como razão eximente como razão da sanção, passa a

ser um juízo de pertinência sobre prestar-se este homem à função social de prevenção de delitos.

O homem, assim um instrumento, segue os passos dos elementos funcionalizados do delito: esvazia-se de sentido. Como na advertência de Castanheira Neves à visão funcional do Direito, reduz-se o homem "à imanente titularidade de estratégias de interesses que lhe permitirão uma existência formalmente calculada, e nada mais"83.

Estabelecer a culpabilidade segundo a conveniência da pena pode conduzir, ademais, a resultados desajustados, tanto no sentido da aplicação quanto da não aplicação de pena quando, desde o horizonte de compreensão que adotamos, pareceria adequada a intervenção penal.

Na primeira perspectiva, casos há em que uma análise fundada nos fins da pena - prevenção geral e especial - pode recomendar - desde este ponto de vista - uma intervenção penal antecipada sobre o indivíduo, autorizando que se imiscua o Estado na sua personalidade, nos seus planos e na sua formação moral, sobretudo porque se justifica, sob um ponto de vista instrumental, evitar que esse indivíduo cometa delitos e que sirva a intervenção de exemplo para os demais. Não é outra a perspectiva do Direito Penal do terror e do inimigo.

É certo que tanto Roxin como Figueiredo Dias não defendem diretamente, de fato, tal extremo. Mas é esta, sem dúvida, uma consequência desde logo perceptível da opção metodológica de orientar o conceito de crime por exigências de prevenção, que não pode ser abandonada, casuisticamente, a evitar seus próprios resultados.

Na outra perspectiva, também um indivíduo que cometa um delito em circunstâncias irrepitíveis pode não ter recomendada, sob um ponto de vista político-criminal, a intervenção penal, embora possa ser reprovável, desde um juízo normativo-valorativo sobre a formação de sua vontade, uma retribuição penal, o que conduziria, na prevalência da teoria funcional, a um lapso de punibilidade.

É possível conceber, outrossim, anomalias sistêmicas próprias a tal modo de compreender o Direito Penal. De fato, em uma perspectiva funcional, considerando o interesse político-criminal na diminuição das taxas de mortalidade no trânsito brasileiro, v.g. 84, não haveria impedimento para que um homicídio culposo no trânsito fosse apenado com sanção mais severa do que um homicídio doloso simples, na medida em que é possível conceber, na realidade

nacional, mais acentuadas as exigências sociais de prevenção no delito de trânsito do que em uma série de homicídios que ocorrem em regra circunstancialmente.

Não vemos razão para que uma culpabilidade que se orientasse segundo os fins da pena (prevenção) não pudesse conduzir a tal consequência.

Isso porque é próprio da visão instrumental de mundo que as categorias de ação e de comportamento deixem de ser as do bem, do justo, da validade, para serem as do útil, do funcional, do eficiente, da *performance*⁸⁵, todos horizontes de compreensão da razão tecnicista que assolam o pensamento moderno. A culpabilidade, como valoração da conduta (boa, justa, válida, intencional, não intencional), passa a constituir-se na aferição da funcionalidade, da eficiência da aplicação da sanção penal sobre o indivíduo em nome da *performance* do sistema.

Por fim, a identificação das causas de exculpação existentes como juízos político-criminais do legislador insere a teoria justamente no contexto positivista que pretende combater, na medida em que "supõe que o Direito e sua integridade são um produto do legislador"⁸⁶.

Todas as barreiras que se encontrem aos apontados possíveis resultados da teoria funcional levada às suas últimas consequências não se podem encontrar na política criminal, mas no conteúdo imanente dos elementos estruturantes do delito, construídos desde uma perspectiva ético-valorativa, própria ao espaço da dogmática. E nisso parece se desvelar o equívoco em vislumbrar que as categorias do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) devam "*sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal*"⁸⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso compreender os antecedentes históricos e os espíritos de época que, em regra, se desvelam como pré-compreensões presentes nas teorias jurídicas. A verificação de tais elementos permite evitar, por um lado, adesões irrefletidas e, por outro, extrair das construções elementos que possam contribuir para a evolução da ciência jurídica, também certamente contaminados pelo que consideremos evolução desde nossas pré-compreensões e de

nosso tempo, datando os nossos próprios sentimentos.

Parece válida, já dissemos, a construção funcionalista como advertência, ao seu tempo, para eventuais excessos teóricos possíveis a uma doutrina que não se permita reflexões político-criminais. É preciso identificar, hoje, para justificar ainda a crítica, quem sustentaria tal isolamento incondicional.

Contudo, uma culpabilidade construída por referência à política criminal não consegue, em suas últimas consequências - salvo subvertendo-se, quando em apuros, o conceito de política criminal -, evitar a utilização do homem como instrumento do perigoso e camaleônico "interesse coletivo", sendo irrenunciável o espaço dogmático responsável pela construção científica dos elementos da teoria do delito orientados ao respeito pelo homem enquanto dotado de valor imanente.

A experiência histórica demonstra que o modo de pensar utilitarista no Direito, sobretudo no âmbito penal, conduz a regimes de opressão e de desrespeito às liberdades individuais, justificando, sob o manto de um discurso de defesa social, agressões à dignidade da pessoa humana. Justamente na esteira da afirmação do valor imanente do indivíduo enquanto tal - e não do que para ele serve - é que se construiu o Estado Democrático de Direito, ao qual, cremos, ninguém ousaria renunciar.

Sem quaisquer pretensões conclusivas - senão que antes, preliminarmente, investigatórias -, parece plausível identificar no valor imanente do ser o referencial para a construção de uma teoria do delito ético-valorativamente fundada, sem abandonar a advertência de que seja consequencialmente responsável.