

RESPONSABILIDADE, NECESSIDADE DE PENA E AUTODETERMINAÇÃO: UMA PROPOSTA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA PARA AFASTAR A PUNIÇÃO DE INCRIMINAÇÕES SEM CONDUTA NUCLEAR

RESPONSIBILITY, DEMAND FOR PENALTY AND SELF-DETERMINATION: PROPOSAL FOR SUBJECTIVE IMPUTATION TO AVOID PUNISHMENT FOR INCRIMINATIONS WITHOUT NUCLEAR CONDUCT

*Leonardo Marcel de Oliveira*¹

PUC Minas

*Guilherme Colen*²

PUC Minas

Resumo

A imputação é uma instituição central na proposta teórica funcionalista de Claus Roxin. É por meio dela que se torna factível o desiderato funcionalista de aproximar a ciência penal da realidade social, porquanto é a partir da referida imputação que a política criminal penetra nas instituições do método penal de modo a conformá-las em sua interpretação no caso concreto. A particular ressignificação que Roxin propõe face a instituição da culpabilidade ao desenvolver a sua teoria da responsabilidade apresenta a necessidade da pena como novo desdobramento imputável necessário para censura pessoal na teoria do crime; dito critério dá ao julgador a possibilidade de excluir a imposição de pena ao autor de um injusto culpável, quando a sanção se

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Professor do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

revela preventivamente inócua. Ocorre que, com a abertura político-criminal da censura da culpabilidade, por meio da necessidade da pena, ao ser pelo autor alemão engendrada como imputação, torna-se uma compreensão casuística, cuja conformação normativa está subordinada ao critério reitor de todo o sistema, nomeadamente, a política criminal. Nessa sucessão de ideias, o artigo investiga a potência da imputação subjetiva no sistema funcionalista de Roxin como instituição que transcende o limiar da prevenção da pena como base material para exclusão de responsabilidade do autor de um injusto penal. Sustenta-se que ela se afirma verdadeiramente como abertura político-criminal constitucional, que fornece a possibilidade de solucionar os casos de tipos penais desprovidos de conduta nuclear, que se revelam como aporias ao serem enfrentados sob as lentes da estrutura não funcionalista da censura pessoal.

Palavras-chave

Imputação. Política criminal. Culpabilidade. Necessidade de pena. Tipo penal. Conduta nuclear.

Abstract

Imputation is a central institution in Claus Roxin's functionalist theoretical proposal. It is through it that the goal of bringing criminal science closer to social reality becomes feasible. Through this imputation, criminal policy penetrates the institutions of the criminal method in order to shape them in their interpretation of the specific case. In the redefinition that Roxin applies to culpability through his theory of responsibility, there is a recognition of the need for punishment as a new imputable unfolding whose integration into the theory of crime provides the judge with the possibility to exclude the imposition of punishment on the perpetrator of a culpable offense when the sanction proves to be preventively ineffective. The political-criminal opening of the censure of culpability through the need for punishment, being substantially conceived by the German author as imputation, turns the necessary attribution of punishment into a casuistic understanding whose normative shaping is subordinate to the guiding criterion of the entire system, namely criminal policy. In this succession of ideas, the article investigates the potency of subjective imputation in the Roxinian system as an institution that transcends the threshold of functionalist prevention as a material basis for excluding the responsibility of the perpetrator of a criminal offense, and truly asserts itself as

a constitutional criminal-political opening, providing the possibility to solve cases of penal types devoid of core conduct, which reveal themselves as aporias when faced under the lenses of the non-functionalist structure of personal censure.

Keywords

Imputation. Criminal Policy. Culpability. Necessity of punishment Typical conduct. Criminal type.

1. INTRODUÇÃO

A necessidade de pena como desdobramento imputável da culpabilidade é uma teorização de Roxin que busca, no método penal, abertura normativa político criminal da *censura pessoal*. Consigna-se que a referida necessidade de pena traduz uma imputação posterior ao perfazimento do injusto culpável; assim, como veículo interpretativo de imputação da censura pessoal, ela será conformada pelo princípio reitor do sistema, que é propriamente o *telos* para que se torne funcional, nomeadamente a política-criminal.

Roxin trabalha com diferentes princípios político criminais pertinentes às estruturas das instituições da teoria do crime que se referem, mas pressupondo a política criminal constitucional como único conceito pertinente ao Direito Penal. Com efeito, a abertura político criminal através da necessidade de pena não deve ser compreendida exclusivamente em função do critério pragmático e utilitarista de prevenção geral e especial, vez que o princípio reitor do sistema, a política criminal, impõe ao aplicador do direito que ele venha atribuir significado às instituições do método penal *em função dos princípios e garantias constitucionalmente assegurados*.

A necessidade de pena como juízo de imputação subjetiva ganha especial destaque quando a construção legislativa do tipo penal carece

da técnica científica adequada, tal como pode ser exemplificado nos tipos de infração que não se utilizam de um núcleo (verbo), que exprime um comportamento concreto, e ao seu lugar se incrimina um estado de ânimo ou de vida do sujeito ativo, aproximando a descrição legal sob a ameaça de uma penal do direito penal do autor.

Ao se manifestar da maneira anteriormente descrita, resultará da problemática um óbice em relação aos elementos constitutivos reunidos na culpabilidade, porquanto foram todos engendrados para projetar uma censura do autor de uma ação determinada (típica). A necessidade de pena como desdobramento imputável da culpabilidade se apresenta, então, como hipótese possibilidade de solucioná-lo.

2. A IMPUTAÇÃO COMO INSTITUIÇÃO CONFORMAÇÃO DE TODO O SISTEMA DOGMÁTICO DA TEORIA DO CRIME EM CLAUS ROXIN.

Note-se que da afirmação posta, na qual se enuncia o conceito de imputação como base fundamental para o deslinde do método penal na proposta de Roxin, decorrerá necessariamente efeitos programáticos. Isso se dá porque o referido conceito de imputação será na proposta em tela a chave conceitual que dará coerência a todos os conceitos do sistema teórico do delito. Quer dizer, portanto, que tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade serão instituições cujo único sentido material possível será perfilado em função de uma teoria da imputação.

Roxin, em particular, fundamenta este critério na política criminal, enfatizando a importância de uma análise teleológica do injusto penal e a ressignificação da culpabilidade sob a ótica funcionalista. Necessário, portanto, compreender o papel deste critério no sistema de Claus Roxin, especialmente em sua fundamentação na política

criminal. Esta análise nos permite esclarecer a concepção de política criminal de Roxin e como ela teleologicamente harmoniza as instituições da dogmática penal.

Roxin reconhece a proteção subsidiária dos bens jurídicos indispensáveis para a vida em sociedade como a finalidade político criminal, em sentido mais amplo, do direito penal. Esse ponto inicial já se apresenta como profícuo espaço para o desenvolvimento de causas supraleais de exclusão de responsabilidade³. entender a diferenciação entre estas duas dimensões de imputação no contexto do direito penal.⁴ Consta-se nas considerações de Roxin que o conceito de injusto corresponderá ao resultado de uma valoração político criminal deduzida da tarefa fundamental do direito penal: proteger os indivíduos e a sociedade de riscos que são inadmissíveis por sua nocividade social.⁵. Conclui-se que por meio do critério do risco, portanto, a imputação objetiva consistirá no juízo que se projeta sobre a conduta realizada pelo agente e, a partir da atribuição de sentido jurídico penal, descortinará se ela tem pertinência penal, isto é, se efetivamente concorreram os requisitos necessários, em termo jurídico-penais, para convertê-la em um injusto penal. A imputação objetiva consiste no primeiro nível de valoração do método penal que envolve a avaliação própria de controle de comportamentos, onde serão considerados ilícitos os que ofereçam riscos proibidos aos bens jurídicos em face das normas jurídico-penais.⁶

³ROXIN 2000, P. 61/62.

⁴ROXIN 1998, P. 32. No mesmo sentido, consta-se nota sobre o tema em: ROXIN 1976, P. 209/210.

⁵ROXIN 2000. P. 45; também em ROXIN 2006. P. 68 e ss; ROXIN 1998, P. 32 e ss.

⁶“A imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é, portanto, uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que trabalha fundada numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança.” ROXIN

Tal como a metodologia funcionalista de Roxin exige que o injusto penal seja compreendido e estruturado de forma teleológica, alinhando-se ao princípio político-criminal a ele pertinente e os decorrentes critérios de imputação que dele decorrem, a culpabilidade, na sequência lógica do método penal, também prescinde de uma igual ressignificação dentro da visão funcionalista do autor.

Na seara do segundo nível de imputação, de cariz subjetivo, Roxin estabelece a teoria da responsabilidade como sua base material. Ele enfatiza que, no âmbito da censura pessoal do autor do delito, os critérios preventivos decorrentes da teoria pena são o princípio político-criminal fundamental pertinente. Assim, a culpabilidade mantém-se como um aspecto central da reprovação pessoal, mas não mais o seu fundamento, como será visto adiante. No entanto, não só a culpabilidade limita a censura pessoal do autor do injusto, vez que ela é agora complementada pela necessidade de prevenção da pena, o que leva a uma imputação subjetiva que introduz uma dupla limitação.⁷

3. NECESSIDADE DE PENA COMO ABERTURA POLÍTICO CRIMINAL EM FUNÇÃO DO AUTOR EM CLAUS ROXIN: A RESSIGNIFICACAO DA CULPABILIDADE A PARTIR DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE.

Roxin parte da estrutura da culpabilidade, vista como instituição penal cujo conteúdo encontra-se lastreado sobretudo na doutrina da exigibilidade, para reinterpretá-la dentro de um conceito maior, o qual representa a concretização no método penal de uma teoria do crime

2000, P. 72; igual conclusão chega o autor em: ROXIN 2006, P. 68; ROXIN 2021, P. 40.

⁷ ROXIN 2012, P. 11.

orientada a afirmação das finalidades preventivas da pena, o que permitirá, concretamente, a realização de uma política criminal do caso concreto.⁸

Consigna-se que a referida metodologia tem a pretensão de aproximar, a partir da política criminal, não só a categoria dogmática da culpabilidade, senão todos os elementos que sustentam o edifício teórico da teoria do crime, da realidade social: nomeadamente a tipicidade, a antijuridicidade e culpabilidade.⁹ Afirma-se como um dos objetivos construir uma ciência do direito penal orientada a *práxis*. Mas, destaca-se para o plano proposto na presente investigação, o papel do elemento que se segue ao injusto e se destaca como sustentação da censura penal da pessoa humana no direito penal. Esse elemento, que é a culpabilidade, será concretizado em sua ‘funcionalização’ por meio de uma imputação subjetiva. Essa imputação da censura pessoal se fundamentará na prevenção da pena aplicável ao autor do injusto penal em função do critério nomeado de necessidade de penal, que por sua vez é decorrência dogmática da teoria da responsabilidade desenvolvida por Roxin.

A proposta de Roxin se desenvolve a partir de uma crítica, onde o autor aponta as deficiências que teriam o condão de impossibilitar a permanência do *status quo* da doutrina da culpabilidade: precisamente o motivo para o novo empenho que se busca estabelecer como superação.

Roxin aponta que a doutrina não funcionalista do delito defende que a censura pessoal sobre o agente que realizou o injusto pressuporia uma avaliação do espaço de decisão interna do sujeito concreto, nomeadamente o livre-arbítrio. Entretanto, a base para imprimir essa

⁸ROXIN 2012, P. 9; ROXIN 2016, P. 54; ROXIN 1976, P. 201; ROXIN 2006, P. 68.

⁹ROXIN 2002, P. 59.

referida avaliação na culpabilidade, o livre-arbítrio, é um fenômeno desprovido de existência verificável, conforme aponta a ciência contemporânea; com efeito, sustentar a liberdade de vontade do agente concreto como fator de atribuição da censura pessoal é reputá-la existente ou não a partir dedução científica indemonstrável, o que, outrossim, é um óbice para sua refutação no âmbito da procedência de uma condenação sobre sua base.¹⁰

Nesse sentido, a interpretação funcionalista sustentada para culpabilidade tem na obra de ROXIN em conta um critério diverso para lhe atribuir fundamentação, que se articula não em uma base ontológica, mas em uma perspectiva normativa. Afirma-se, nesse panorama, que a liberdade não pode ser vista como realidade pré-jurídica, que remete ao mundo do ser; sequer prescinde ela de comprovação empírica, porque se constitui, na verdade, em um dado normativo, vez que é vista como um parâmetro teleológico decorrente da Constituição, a saber, de que todos sejam tratados como livres e responsáveis.¹¹

Nesse sentido, sobre a culpabilidade, conclui-se uma primeira reformulação apontada pelo autor. A liberdade de vontade, requisito cuja ausência afasta a censura pessoal do autor, não deve ser vista sob a perspectiva do livre arbítrio, porquanto é fenômeno cuja existência e comprovação concreta não são passíveis de demonstração, conforme aponta a ciência no tempo hodierno. A referida liberdade passa a ser uma questão essencialmente normativa, um postulado decorrente da Constituição. Nessa visão, conceitualmente, seria a culpabilidade, diz Roxin, agir de forma a contrariar o direito não obstante a sua

¹⁰ROXIN 1999, P. 407.

¹¹ROXIN 2006, P. 90; expressando no mesmo sentido ROXIN 1999, P.414; ROXIN 2007, P. 445.

acessibilidade normativa em relação à situação concretamente avaliada.¹²

Ainda sobre os fundamentos sedimentados à visão ‘tradicional’ da culpabilidade, Roxin ataca um outro vértice, que se refere a ideia de retribuição, historicamente vinculada a ela. Essa é na visão de Roxin uma outra dificuldade insuperável, que exigirá, portanto, abandonar a própria ideia de um conceito de culpabilidade que nela se apregoa.¹³¹⁴

Com efeito, sustenta Roxin que não existe uma possibilidade de semelhante consideração, pois a pena deve sempre, ao contrário, encontrar-se conectada com os fins sociais que a legitimam, e não fundamentos impertinentes com o Estado Social e Democrático de Direito, no qual a pena deve, necessariamente, ser relativa a fins socialmente úteis.¹⁵

É precisamente este o ponto de partida do autor para, também, elaborar a sua proposta original sobre a instituição do sistema teórico do delito em referência. Sustenta-se que a elaboração das instituições com extrema sofisticação teórico-dogmática se esqueceu das finalidades do direito penal, que estão substancialmente vinculadas à política criminal.¹⁶ O critério reitor normativo político criminal da censura pessoal, circunscrito à culpabilidade, encontra-se para o autor nas finalidades da pena. Por fins da pena Roxin compreende um fundamento baseado em uma teoria dialética como justificação da pena criminal.¹⁷ Seriam as finalidades da pena, portanto, exclusivamente

¹²ROXIN 2006, P. 87.

¹³ROXIN 2002, P. 89 e ss.

¹⁴ROXIN 2013, P. 14.

¹⁵ROXIN 1999, P. 407.

¹⁶SIQUEIRA 2017, P. 278.

¹⁷ROXIN, 2012, P. 9 e ss.

preventivas; ou seja, abandona-se qualquer referência, ainda que mitigada, a ideia de retribuição como seu fundamento.¹⁸

Ao elaborar a teoria da responsabilidade como fundamento da censura pessoal, a culpabilidade passa a ser, portanto, uma instituição teleologicamente orientada aos fins preventivos da pena, em consideração de um paradigma de Estado Democrático de Direito. Posto que a estrutura normativa do direito penal passará pelo reconhecimento de que o homem, em suas decisões, seja considerado como livres, igualmente verdade que ele sempre recorre a valores para se motivar, sendo, portanto, valiosos os seus atos e as suas condutas. O direito penal não pode se ver alheio a este dado, pois tomando-o como pressuposto, atuará mediante o estabelecimento de padrões de condutas esperadas, estas sempre em busca da proteção subsidiária dos bens jurídicos, sendo as normas, portanto, estruturadas com fito de motivar os indivíduos que possam desenvolver o seu círculo pessoal em observância aos referidos padrões, que buscam a tranquilidade social e um espaço pleno de liberdade comum a todos.¹⁹ É também dessa sensação de expectativa de cumprimento das normas, que tem o escopo de promover um objetivo social, que nasce a pretensão legítima de afirmar uma pena criminal a quem as descumpre, porquanto ao fazê-lo incute em relação à coletividade em geral uma quebra de expectativas, que se converte em insegurança em relação aos seus efeitos: se essa ruptura não for reparada com a atuação do direito penal, prosperará uma sensação de ausência de coercibilidade e a norma própria perderia em relação aos demais a possibilidade de incutir motivação em suas respectivas condutas.²⁰

¹⁸ROXIN 1993, p. 32

¹⁹ROXIN 1999. P. 415-416; ROXIN 2012. P. 9.

²⁰ROXIN 2016, P. 54

Roxin dá a ela uma nova roupagem em seus fundamentos como resultado prático de sua funcionalização, que repercute diretamente na sua estrutura dogmática. trata-se de um desenvolvimento decorrente da união entre as questões dogmáticas de censura pessoal e política criminal, que traduz a elaboração de sua teoria da responsabilidade²¹. Sobre o tema, afirma o autor:²²

Nota-se que a partir da culpabilidade, agora depurada da retribuição e da base ontológica que antes lhe sustentava, integra-se o critério reitor funcionalista daquela mencionada censura pessoal: o princípio político criminal vinculado às finalidades preventivas da pena. Será propriamente o limite da imputação de responsabilidade por meio da pena preventiva. Resultará conceitualmente, como dito anteriormente, como a realização do injusto pelo autor em que pese ter este, no caso concreto, acessibilidade normativa.

Nessa nova roupagem, a culpabilidade representará uma instituição com função exclusivamente protetiva; terá aqui uma função no sistema, baseada em um princípio político criminal, que conformará da interpretação da censura pessoal no âmbito da imputação subjetiva do autor de um caso concreto, que consistirá em limitar os excessos que possivelmente possam decorrer de penas preventivamente indicadas, e neste prisma tidas como sanções legítimas, a serem impostas ao autor; mas a finalidade preventiva da pena, como critério utilitarista que visa o benefício social em face do sofrimento imposto ao agente, pode facilmente revelar como socialmente indicada uma pena materialmente inconsistente do ponto de vista político criminal, isto é, contrária ao conteúdo protetivo da culpabilidade e aos princípios constitucionalmente assegurados. São situações que o autor

²¹ROXIN 2010, P. 43.

²²ROXIN 2012. P. 11.

deve ser afastado de qualquer incidência penal sancionatória, vez que a política criminal defendida por Roxin já integra como pressuposto do próprio conceito uma visão que encampa as garantias historicamente integradas ao direito penal (culpabilidade, legalidade etc.) e o respeito absoluto ao conteúdo da Constituição.

Afirma propor a nova denominação, responsabilidade, precisamente porque é incluído uma nova dimensão necessária para referida imputação, que transcende na reprovação pessoal o conteúdo delimitado pela culpabilidade. Nesse sentido,

O direito penal deve recorrer para cumprir com a legitimidade da *proteção subsidiária* que lhe é pertinente. O direito penal não é um bastião da moral, não está a serviço da afirmação de pretensão de grupos ou de determinadas pessoas; partir de uma visão que ela detém também um cariz social a ser cumprido, para assim se impor de forma legítima.²³

Assim, nota-se que recorre tal desdobramento imputável a uma fundamentação anterior, que transcende a questão posta a culpabilidade do autor em sentido estrito. É que na atual ideia que sustenta a própria atuação do estado, compreendido em um modelo de rasgo Social e Democrático de Direito²⁴, só existe uma atuação legítima de sua tarefa regulatória, onde se inclui a de estabelecer incriminações, se atua nesse sentido unicamente para perseguir fins sociais, em função do benefício de todos e cada um.²⁵ Não obstante, a necessidade de pena não pode ser vista unicamente como desdobramento imputável tendente a excluir a imputação subjetiva de um injusto culpável por *questões preventivas* extraídas da teoria da pena. Isso porque a ‘funcionalização’ da culpabilidade pressupõe, como visto, a

²³ ROXIN 2009, P. 17.

²⁴ ROXIN 2008, P. 330; ROXIN 2006, P. 66 e ss.

²⁵ ROXIN 1991, P. 26; ROXIN 2016, P. 54.

ressignificação de seu próprio fundamento, de forma a torná-lo correspondente teleologicamente à luz de um tratamento político criminal. Existe, porém, um pressuposto fundamental, que se apresenta como anterior de qualquer critério valorativo reitor político criminal no sistema de Roxin²⁶, que deve ser levado a efeito na conformação das instituições, seja esta imputação objetiva ou subjetiva. Esse mencionado pressuposto é a base material imanente as garantias jurídico-penais e também constitucionais que decorrem da substância normativa do atual modelo de Estado Social e Democrático de Direito.²⁷ Porquanto é a pertinência material com a orientação normativa subjacente a toda democracia constitucional e pluralista o primeiro e mais fundamental aspecto para legitimidade de qualquer proposição dogmática, a necessidade de pena busca uma legitimidade social, mas igualmente estabelece por meio dela um filtro normativo-constitucional, que é uma contingência para que se proceda de forma legítima a infligção de pena a um autor culpável. Serão, portanto, culpabilidade (como limitação necessária, mas não suficiente) e Necessidade de Pena (imputação normativa critérios preventivos da pena baseados em Política Criminal e do conteúdo da Constituição) os elementos fundantes da novel categoria da Responsabilidade.²⁸ sobre o último aspecto. pode ser situação esclarecida através de exemplo fornecido por Roxin, e assim permitir arrematar a questão:

²⁶ ROXIN 2000, P. 73; ROXIN 1976, P. 201.

²⁷ Nesse sentido, afirma-se que: “La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho.” ROXIN 2008, 331. Frisa-se que próprio Roxin sentencia que a necessidade de pena deve ser vista como regra geral como um critério de interpretação vinculante ao intérprete e aplicador do direito. ROXIN 2016, P. 54.

²⁸ ROXIN 1999, P. 421.

Quando me esforcei em extrair de direitos fundamentais, como a liberdade de crença e consciência (art. 4 GG) ou a liberdade de opinião e associação (arts. 5 e 8 GG), possibilidades de exculpação jurídico-penais, isso tem significado programático: uma política criminal que deseje fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos. Onde isso não ocorre, os preceitos e interpretações não passam de elementos de exercício do poder, mas não são normas ou conhecimentos jurídicos²⁹

Note-se que a teoria da responsabilidade de Roxin é frutífera porque permite ao julgador uma correção valorativa de aplicações arbitrárias de pena através de uma correção valorativa na própria sentença. Com efeito, representa um movimento original e garantista, vez que se busca a constitucionalização do direito penal a partir da sua integração com *os direitos e garantias constitucionalmente assegurados*.

Nesse panorama, tem-se no tempo hodierno reconhecido o direito à autodeterminação como a expressão jurídica de reconhecido e tutela da capacidade de escolha autônoma do indivíduo³⁰. A autodeterminação como direito foi uma garantia engendrada, em suas

²⁹ROXIN 2006, P. 66; ROXIN 1999, P. 421. Trata o autor de forma verticalizara nos casos de objeção de consciência e desobediência civil: ROXIN 2006, P. 74, bem como 91 e ss.

³⁰ “diritto all'autodeterminazione, nel linguaggio corrente, è il riconoscimento della capacità di scelta autonoma ed indipendente dell'individuo (...).”: MANGIAMELI 2009, P. 1; Sobre o tema, consta-se também igual disposição do autor em: MANGIAMELI 2022, P. 54.

raízes históricas, em um marco temporal determinado, tardio em relação a garantia liberal da liberdade, nomeadamente a partir da afirmação dos movimentos sociais feministas do século XX³¹, que no plano político e social representou empenho pelo reconhecimento e afirmação dos direitos civis e sociais das mulheres. Agata Amato destaca, ao tratar desta interseção, que a noção de universalidade dos direitos humanos está intrinsecamente ligada ao direito fundamental ora versado, que acompanha esse conceito: a autodeterminação dos povos³².

há uma pluralidade de estruturas em relação às disposições expressas, mas constituições dos Estados, sendo a autodeterminação pessoal no mais das vezes um princípio patente como expressa normativa, isto é, de necessária afirmação pelo significado que expressa determinada Constituição. Por exemplo, a Constituição Italiana não prevê *expressamente* a autodeterminação como um direito reconhecido; não obstante, conforme observa o autor anteriormente mencionado, não se pode afirmar que decorre disso considerar que ela foi desnaturada daquela carta, vez que é possível inferi-la como um cânone histórico-normativo da Constituição italiana³³.

No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora não reduza a termo reconhecimento de um direito fundamental expressamente grafado sob o nome de direito à

³¹MANGIAMELI 2009, P. 1.

³²AMATO 2022, P.80.

³³Justifica o autor que isso se dá porque, não obstante não exista previsão expressa literalmente do direito à autodeterminação em sede da Constituição italiana, pode-se inferir aquele direito como cânone histórico-normativo diante de confluência de figuras expressas no texto constitucional que dizem respeito às faculdades da pessoa e as qualificou juridicamente como direitos e liberdades, o que se verifica segmentado com conforme diversas disciplinas particulares. MANGIAMELI 2009, P. 3.

autodeterminação pessoal, o faz muitas vezes existente de forma implícita. Alguns exemplos podem ser objeto de transcrição. Já no Preâmbulo da Constituição: Declara os valores supremos de uma sociedade democrática, onde inclui explícito o valor da *liberdade* e a igualdade; de menção necessária que também enuncia em seu Artigo 1º, inciso III, onde se afirma a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a autonomia para sua plenitude; artigo 5³⁴ a igualdade de todos perante a lei, garante a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade; já o inciso VI do mesmo artigo, dispõe a *inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença*, refletindo diretamente o princípio da autodeterminação pessoal.

No tempo hodierno, afora a digressão normativa anteriormente realizada, quando nos referimos ao direito fundamental à autodeterminação pessoal, a sua compreensão encontra-se substancialmente vinculada à própria ideia de Estado Social e Democrático de direito. Diz-se substancialmente vinculada porquanto não é possível pensar neste modelo de Estado sem que aquele direito esteja sob tutela em toda a sua extensão, e isso é uma decorrência do próprio sentido que se expressa a partir dessa visão modular de organização social democrática. Nesse sentido, veja-se:

Pero la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pre- tende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social —esto es, que tome partido efectivo en la vida social— al servicio de todos los ciuda- danos. En cuanto social y democrático,

tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad «real» —oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos— como «formal» —cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo— para los ciudadanos.³⁵

O Estado Social é Democrático de direito se apresenta como uma expressão de sentido relacionada atuação do referido Estado como instituição dentro do atual desenvolvimento civilizatório das sociedades democráticas ocidentais, ambiente político que submete a atuação estatal legítima a força normativa de uma constituição rígida cujo conteúdo coaduna e busca a perenização da afirmação histórica dos direitos humanos. Dentro dessa conjuntura, estas garantias são revestidas de uma função determinada pela concretização real de um ambiente plural e democrático, que repercute condicionando o sentido de atuação do Estado. Impõe-se também, nessa conjuntura, que o Estado somente pode atuar se revelar o exercício de uma função socialmente legítima³⁶, isto é, pode atuar quando, além de respeitar os direitos humanos, transcende o ato as raias do socialmente útil para o social, que envolve a pessoa do cidadão.³⁷

³⁵ MIR PUIG, P. 34.

³⁶ ROXIN 2016, p. 114.

³⁷ Parafraseando BRANDÃO, cumpre destacar que não é outra conclusão diferente de que no Brasil é de plena vigência um modelo de Estado Social e Democrático de

O Direito Penal encontra-se submetido em toda a sua extensão pelos princípios imanentes a uma democracia pluralista e ao Estado social e democrático de Direito, os quais se encontram descritos nas Cartas Políticas dos Estados. A autodeterminação pessoal como direito fundamental torna inócua qualquer pretensão legislativa cuja pretensão seja incriminar comportamentos “ímorais” (isto é, de acordo com alguma moralidade ideológica que se pretenda afirmar!). A imposição coativa de estados de vida, escolhas de vida e de princípios éticos às pessoas, sem qualquer amparo à ofensividade e a finalidades (constitucional legítimas e) socialmente úteis é o mais típico comportamento de estados totalitários. Autodeterminação significa precisamente franquear a todos e a cada o livre desenvolvimento de sua personalidade (e não a de outrem). Com efeito, todo tipo penal cuja conduta incriminada, objeto de regulação, é desprovida de ofensividade, é um rebento autoritário que busca, em última instância, a tutela moral de alguns em face da retificação compulsória da autodeterminação e da personalidade daqueles que pensam diferente, diferente. Como não é possível que uma normal penal contrarie (lógica e axiologicamente) a Constituição, qualquer determinação penal desse cariz que formalmente encontra-se vigente não tem nenhuma força vinculante.

A Constitucionalização do Direito Penal, portanto, não é uma opção, mas a única possível. Pelo menos em uma Democracia Constitucional. Nesse sentido, parafraseando Burchard, “Los fundamentos generales de la constitucionalización del Derecho penal tampoco requieren muchas palabras. El concepto de constitucionalización se ha hecho muy popular. Yo lo utilizo de forma analítica para expresar una

obviedad: El Derecho penal, de rango inferior, está vinculado a las leyes de rango superior, sobre todo el Derecho europeo y el Derecho constitucional.”³⁸

A integração da autodeterminação como garantia constitucionalmente assegurada integra a necessidade de pena porque ela representa um desdobramento imputável conformado pelo critério reitor do conceito de política criminal que a conforma também a partir dos direitos e garantias fundamentais, conforme já sustentou o próprio Roxin ao tratar da exclusão de imputação subjetiva nos casos de delitos de objeção de consciência. Como se consta, ao enfrentar a questão posta, o autor alemão sentencia enfaticamente que todo princípio normativo reitor político criminal em seu sistema já integram em si, da forma mais imediata, os direitos humanos e os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito

A necessidade de pena é adequada para, com base na autodeterminação pessoal, oferecer ao julgador um caminho metodológico legítimo para realizar uma imputação subjetiva. Esta imputação pode resultar na exclusão da responsabilidade penal em delitos cuja tipificação se aproxima de um direito penal do autor, especialmente quando se prescinde de uma conduta nuclear para incriminar um estado de vida ou de ânimo.

Finalmente, é essencial destacar a relevância prática desta investigação e suas conclusões, especialmente no contexto brasileiro. Um exemplo notável é a contravenção penal de vadiagem, conforme estipulado no Artigo 59 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). Com as conclusões alcançadas neste estudo, o aplicador do direito possui uma alternativa legítima para afastar a aplicação de uma pena em casos concretos, evidenciando a

³⁸ BURCHARD 2016, P.

aplicabilidade e a relevância deste estudo para além das discussões teóricas, impactando diretamente a práxis jurídica.

4. CONCLUSÃO

Consigna-se que a legalidade se revela não como uma característica da ciência do direito penal, senão sua própria missão e o seu objetivo³⁹. Com efeito, de forma substancialmente diferente dos demais ramos da ciência do direito, a técnica penal impõe de forma vinculante ao legislador o uso da linguagem de maneira determinada e precisa, porquanto o adequado exercício da atividade criativa da Lei, o qual prescindirá da adequada escolha dos signos linguísticos cuja estrutura e essência expresse com exatidão o marco semântico do comportamento ali incriminado, consiste no primeiro pressuposto para posterior deslinde do método penal, tal como este decorre do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Entretanto, a dinâmica supracitada perde sua efetividade quando a técnica penal é relativizada pelo legislador, ao estabelecer de maneira ineficaz o padrão de comportamento incriminado. Essa atividade deficiente implicará perdas de garantias, e por isso constitui o primeiro indicativo da crise do sistema penal ao se unir com uma diferente dimensão, mas daquela decorrente, que se põe na *práxis*.⁴⁰

Tal fator é determinante no fenômeno que caracteriza a crise do sistema de Direito Penal contemporâneo. A deficiência reside na determinação imprecisa dos signos linguísticos ao tipificar uma conduta na lei penal e ao vinculá-la à respectiva sanção jurídica. Há uma necessidade de ultrapassar o limiar da formalidade e da

³⁹ HASSEMER 1998, P. 16.

⁴⁰ BRANDÃO 2012, P. 20/21.

objetividade vaga presente na definição legal da conduta, para realizar uma correção valorativa da decisão, alinhada com a essência das instituições que compõem o direito penal, assim como com os princípios e garantias constitucionalmente assegurados.

O ponto central desta faceta da crise é que, além da evidente ausência de uma base material de legitimidade, que requer uma atuação proativa no momento da aplicação do direito, como salienta Cláudio Brandão⁴¹, frequentemente observa-se também uma alienação técnica do operador do direito. Esta alienação, ao se associar ao primeiro aspecto político, constitui uma verdadeira contradição, revelando a complexidade e os desafios enfrentados no âmbito do Direito Penal contemporâneo.

Na conjuntura desta análise, observa-se que o fenômeno em questão se desdobra em múltiplas facetas dentro do arcabouço de um sistema jurídico determinado. Uma dessas facetas, de particular relevância, é a que culmina na configuração de tipos penais que espelham um 'direito penal do autor'. Neste cenário, a deficiência técnica do legislador na elaboração penal se traduz na formulação de incriminações cuja descrição, veiculada pelos signos linguísticos, não logra especificar de maneira clara e inequívoca uma conduta central, articulada por um verbo. Ao invés, o que se observa é a prevalência de incriminações ancoradas em aspectos da vida pessoal ou escolhas individuais, deslocando o eixo da análise da ação para a figura do autor. Frisa-se que os efeitos da problemática não são sentidos de forma restrita na tipicidade, vez que também a censura pessoal se baseia na definição conceitual do tipo para emitir as valorações sobre o autor da conduta que nele se descreve.

⁴¹ BRANDÃO 2014, P.60; BRANDÃO 2012, P. 20 E ss; BRANDÃO 2023, P.

Note-se que a necessidade de pena é colocada como fundamento da pena porque ela representa no sistema da dogmática penal da teoria do crime o *ponto de encontro entre a política criminal e a pessoa que ali figura como autor do delito*. Com efeito, a funcionalização da culpabilidade se dá a partir do critério da necessidade de pena, que a transcende para no método penal se assentar como veículo de abertura político criminal da censura pessoal.

Prevenção geral e prevenção especial são conteúdo da necessidade de pena como desdobramento imputável. Esta substância, a ser imputada ao autor culpável, é uma imposição do próprio critério reitor normativo político criminal eleito por Roxin para harmonizar as instituições destinadas a censura pessoal no método penal: é ele precisamente a teoria dos fins da pena. Nesse sentido, o juízo imputação será uma atribuição de significado em função do critério normativo político criminal.

Enfatiza-se, nesse vértice de manifestação do fenômeno da alienação técnica do legislador, especial implicação que tais desdobramentos poderiam acarretar em relação aos prejuízos garantistas e humanitários, vez que ao esvaziar o preceito de uma conduta definida conceitualmente como o próprio delito cria-se um obstáculo para incidência das próprias instituições penais e a consequência possibilidade de exclusão de uma pena ilegítima considerando que todas as categorias do método penal foram criadas e desenvolvidas em função da referida ação

Consta-se que proposta de Roxin é por ele próprio caracterizada por um conceito de política criminal que já integra em sua base, como pressuposto elementar e de forma inseparável, os direitos fundamentais e os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. Decorrencia lógica, portanto, que a correta conformação da interpretação das instituições penais que a política criminal efetua ao

direcionar quanto a imputação das instituições dogmáticas aos seus respectivos objetos, portanto, será também carregada pelos referidos direitos fundamentais e os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. O próprio autor alemão trata de desenvolver diversos grupos de casos nos quais, a partir do conteúdo da Constituição, sustentou a possibilidade de uma imputação subjetiva para exclusão da responsabilidade, por ausência de necessidade de pena. Assim o fez, por exemplo, em relação aos delitos de objeção de consciência.

Ressalte-se que a pretérita análise do significado que a autodeterminação pessoal detém no contexto do Estado Social e Democrático de Direito revelou que ela constitui um direito constitucionalmente assegurado. No Brasil é plenamente vigente, na própria Constituição, as diretivas desse referido paradigma de Estado, também é decorrência lógica que a autodeterminação pessoal integra a substância de tutela da Constituição pátria, no quilate de garantia fundamental.

Com efeito, do exposto resulta que a necessidade de pena se revela como critério de imputação funcionalista plenamente legítimo para em um caso concreto sustentar a exclusão da responsabilidade penal de um eventual autor culpável em relação de qualquer incriminação cuja ameaça de pena recaia sobre uma escolha de vida ou estado de ânimo, vez que a autodeterminação será um obstáculo político criminal que conformará a interpretação das instituições do método penal em virtude de, como garantia fundamental que é, encontrar-se de forma inseparável de dito conceito.

Referências

AMATO, Agata. I diritti umani tra teoria e prassi. Torino:Giapicchelli. 2022.

BRANDÃO, Cláudio. Epistemologia do Direito Penal: primeiras notas. *Delictae*. Vol. 7, Nº12, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. Sequência. Florianópolis, n. 68, jun. 2013.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina. 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal: Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. Disponível em: [URL]. Acesso em: [data de acesso]. Edição digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 8, pp. 173-186, 1990.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. InDret: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, n. 2, p. 1-14, abr. 2011. Disponível em: www.indret.com. Acesso em: [26/12/2023].

MANGIAMELI, Stelio. Autodeterminação: um direito constitucional? Revista IUJ – In Utroque Jure. Vol. 1, Nº1, 2022.

MANGIAMELI, Stelio. Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale? Relazione tenuta al IV Laboratorio Sublacense su «La

comunità familiare e le scelte di fine vita»; Abbazia di Santa Scolastica – Subiaco, 3-5 luglio 2009. Disponível em: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0148_mangiameli.pdf. Acesso em: [data de acesso].

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2003, núm. 05-05.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas. 1997.

ROXIN, Claus. *Dogmática penal y Política criminal*. LIMA: Editorial Moreno. 1998.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4. 2012.

ROXIN, Claus. *La teoria del delito en la discusión actual*. Tomo I. Lima; Lince: Grijley. 2016.cn

ROXIN, Claus. Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. In: ROXIN, Claus; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario;

[et al.]. *Determinacion Judicial De La Pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (Editores). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana*. Göttingen: Göttingen University Press, 2016.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política-criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo blanch. 2000.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, n. 1, p. 8-43, jan.-mar. 2013.

SCHÜNNEMANN, Bernd (compilador) et al. "El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales". *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2. Ed. Buenos Aires: B de F. 2012.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Crisis del sistema dogmático del delito? Cuadernos de Conferencias e Artículos*. N.º 40. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación em Filosofía y Derecho.2007.