

## **Resenha do livro: "Problemas Fundamentais de Direito Penal" de Claus Roxin**

Teresa de Jesus Candeias,

Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

**Referência:** ROXIN, Claus, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, tradução em português Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (Textos I, II, III, IV, V,VI,VII e VIII), Maria Fernanda Palma (texto IX), Ana Isabel de Figueiredo (texto X),3ª edição, 1998, ISBN: 972-699-157-9.

### **I. Nota Introdutória**

A presente resenha propõe a realizar uma breve análise reflexiva da doutrina do Professor Doutor Claus Roxin. O autor iniciou os seus estudos em direito na Universidade de Hamburgo entre 1950 a 1954, onde se doutorou em 1956 e habilitou em 1962 em Direito e Processo Penal e Teoria Geral do Direito. Lecionou nas Universidades de Hamburgo, Göttingen e Munique, onde é professor catedrático em Direito de Processo Penal e diretor do respectivo Instituto de Direito Penal. Colaborou nos projetos alternativos de Código Penal (1966-1974), Lei de Execução das Penas (1963) e Reforma do Código de Processo Penal (1980).

### **II. Resenha da obra**

A obra está apresentada em dez capítulos e o formato que introduz cada capítulo é particularmente interessante, apresentando o conteúdo do mesmo, os objetivos, a finalidade e um resumo do capítulo.

No prefácio o autor indica que a presente obra reúne uma seleção representativa de estudos em Direito Penal elaborados entre 1962 e 1981, estudos que tratam de questões básicas da Política Criminal, da Reforma Penal e da Parte Geral da Teoria da Infracção.

No Capítulo I, é elaborada uma análise do sentido e limites da pena estatal, destacando a dicotomia entre a teoria da retribuição e a teoria da prevenção especial. Neste capítulo, Roxin constrói uma análise da teoria da retribuição, baseada na compensação da culpabilidade do autor através da imposição de um mal penal, que é limitada na sua eficácia e na moralidade. Em contrapartida, a teoria da prevenção especial, está focada na ressocialização e intimidação do delincente, o que levanta preocupações sobre a legitimidade do poder punitivo do Estado e a instrumentalização do ser humano. O autor critica a concepção da prevenção especial, exemplificada pela ineficácia da pena em deter criminosos profissionais e impulsivos ocasionais. Além disso, ressalta as objeções de princípios à teoria da prevenção geral, questionando a sua legitimidade política e a sua consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.

Roxin critica uma das posições de Bauer, na sua ideia de que a culpa no direito penal se aproxima "mais da luta contra as epidemias ou da regulação do fornecimento de gás e água, do que daquilo que se designa por ética ou moral". O autor considera esta ideia demasiado radical, o que levaria à desumanização das sanções estatais.

Enfatiza a natureza subsidiária do direito penal, argumentando que este só deve intervir quando os meios do direito civil ou público forem insuficientes para garantir uma vida em comum ordenada. Esta interpretação respeita a garantia constitucional da autonomia da pessoa e impõe limites ao poder punitivo do Estado. O autor defende que o Estado não possui legitimidade para tutelar moralmente o particular, e evidencia a importância de respeitar a autonomia da pessoa, mesmo durante a execução da pena. O autor levanta

questões éticas e morais relacionadas ao tratamento coativo dos indivíduos, destacando a proibição de intervenções que interfiram na estrutura da personalidade, mesmo que se argumente em favor da sua eficácia ressocializante. Ilustra essa questão mencionando exemplos como a castração de delinquentes sexuais e operações cerebrais realizadas contra a vontade do indivíduo. Outra questão mencionada neste capítulo é em relação à defesa da dignidade humana e da integridade pessoal do delinquente durante a execução da pena, na qual Roxin rejeita qualquer forma de tratamento coativo que viole a estrutura da personalidade do indivíduo, mesmo que possua supostos benefícios ressocializantes.

No Capítulo II, Roxin evidencia as principais posições de Franz Von Liszt e a sua concepção político-criminal do projeto alternativo; a teoria dos fins das penas; a culpa, penas e medidas em Liszt no projecto alternativo e as finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social no projecto alternativo.

Franz Von Liszt propõe uma abordagem pragmática à justiça penal, realçando a necessidade e a eficácia da pena na manutenção da ordem social e na proteção da sociedade. Liszt salienta a teoria dos fins das penas e a sua importância de avaliar criteriosamente a utilidade das punições, defendendo a renúncia a medidas penais que se mostrem ineficazes ou prejudiciais. Liszt defende que a política social pode ser mais eficaz na prevenção do crime do que a mera aplicação de penas, um posicionamento que reflete os ideais iluministas. Liszt redefine o conceito de culpa, dissociando-o da liberdade de escolha e enfatizando a responsabilidade pelo resultado. Ressalta que a imputabilidade e a sanidade mental são fundamentais para determinar a culpabilidade de um indivíduo, destacando que aqueles que não são capazes de agir de acordo com os motivos normais não devem ser punidos.

Liszt acrescenta à discussão a relevância da função dual do direito penal na sociedade. Além de servir como um instrumento de controle social, o direito penal também atua como uma

barreira protetora contra possíveis abusos do Estado, garantindo os direitos individuais dos cidadãos, inclusive dos delinquentes. O autor salienta também a importância da ressocialização dos condenados, defendendo que o sistema penal deve se preocupar não apenas com a punição, mas também com a reintegração dos indivíduos na sociedade. Para essa finalidade, é necessário proporcionar oportunidades de trabalho e incentivar a responsabilidade pessoal dos condenados.

No Capítulo III, é analisada a questão da "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação". Este capítulo é dividido em duas partes: A primeira parte é alusiva à capacidade de rendimento do conceito jurídico-penal de ação, na segunda parte especifica a finalidade, tipicidade e culpa.

Roxin explora o conceito de ação, destacando a sua importância na teoria da culpa e na definição de ilicitude. O autor defende que a ação envolve o controle do processo causal em direção a um fim previamente determinado pela vontade, ressaltando a centralidade desse conceito na compreensão dos elementos constitutivos do crime.

Uma das críticas mais significativas apresentadas por Roxin neste capítulo, é dirigida à teoria finalista da ação, que, segundo o autor, não reconhece a existência de fatos dolosos omissivos. O autor questiona a essência dessa teoria, argumentando que ela falha em considerar adequadamente os casos em que a falta de ação pode resultar em consequências criminais. Discute a relevância do conceito de ação nos crimes negligentes, argumentando que a produção do resultado em tais casos não pode ser considerada ilícita ou típica, pois não atende aos requisitos de uma ação conforme definida pela teoria finalista.

No Capítulo IV, é referenciada a questão das "Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal". Roxin, neste capítulo, aborda o tema da imputação no contexto

jurídico-penal. O autor destaca a posição de Richard Honig, conforme exposta no seu ensaio "Kausalität und objektive Zurechnung", salientando a importância de estabelecer um critério de imputação geral e concretizável. Elabora uma distinção entre condutas que criam riscos juridicamente relevantes e aquelas que não o fazem. O autor ilustra esse ponto com o exemplo da diminuição do risco, argumentando que a conduta que reduz a probabilidade de lesão não pode ser considerada uma ofensa corporal, tendo em conta que não está orientada para a lesão da integridade corporal. Outro conceito fundamental defendido neste capítulo é a teoria da esfera de proteção da norma como critério de imputação. O autor explora a ideia de que essa teoria surge para casos em que o resultado decorre de uma criação de risco não permitida, mas ainda assim não é imputado, oferecendo uma abordagem alternativa e complementar às teorias tradicionais de imputação.

Do mesmo modo, elabora uma distinção entre os conceitos como a causa adequada, a ação e omissão perigosas relativamente ao resultado, e a importância de considerar a intenção do agente ao avaliar a imputação.

No Capítulo V, Roxin analisa a questão "Do Limite entre a Comissão e Omissão". Neste capítulo, é destacada a posição da autora Karla Engisch, que defende a concepção da ação como direcionamento de energia e omissão como ausência desse direcionamento serve como ponto de partida para uma reflexão mais ampla sobre a natureza das condutas criminosas.

É elaborada uma análise dos designados "crimes impróprios de omissão" e a sua relação com o conceito do "imperativo do garante". O autor destaca diferentes conceitos e posições de diversos autores, como as de Grünwald, Armin Kaufmann e Overbeck, oferecendo ao leitor uma compreensão mais profunda das nuances envolvidas na atribuição de responsabilidade penal em casos de omissão. Salienta a complexa interseção entre a ação e a inação no contexto dos crimes de omissão, e destaca uma forma particular de omissão através da

participação ativa em um crime de omissão, na qual os indivíduos incentivam e fortalecem, por meio de palavras ou ações, a decisão criminosa de outro que permanece inativo. Esse conceito é ilustrado mediante exemplos claros, como o caso de instigar alguém a não remeter uma carta secreta planejando uma traição. Uma distinção crucial é feita entre a omissão impune através de fazer e a desistência da tentativa de impedir o resultado que não era juridicamente obrigatório. O autor argumenta que a cumplicidade na desistência da tentativa de impedir o resultado não pode ser punida quando o agente não está obrigado a agir. Roxin contrasta essa situação com comportamentos atribuídos aos tipos comissivos, onde a ação direta resulta em consequências criminais, mesmo que o agente não estivesse obrigado legal em agir.

O Capítulo VI do livro aborda o tema das restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa, explorando o princípio de proteção e defesa do direito como fundamento dessa prerrogativa. Roxin parte do reconhecimento de que os limites para o exercício da defesa devem ser estabelecidos a partir dos princípios subjacentes ao direito de legítima defesa, especialmente os princípios de proteção e defesa do direito.

Um aspecto relevante destacado por Roxin é a concepção de que a legítima defesa não se limita apenas à proteção do agredido, mas também inclui a defesa do próprio direito. O autor defende que aquele que repele uma agressão ilícita não está apenas a proteger um bem em concreto, o que impede também que o ordenamento jurídico supra pessoal seja lesado. Reforça ainda o papel do legislador ao considerar o valor da defesa e da supremacia do direito frente ao ilícito. Roxin demonstra como a legislação muitas vezes favorece a defesa, refletindo a importância atribuída à preservação do ordenamento jurídico e à proteção dos direitos individuais e coletivos.

Também defende que o legislador, ao estabelecer o direito de legítima defesa, procura um equilíbrio entre a prevenção especial e a prevenção geral. O autor sustenta que a defesa por parte dos agredidos não apenas visa proteger o indivíduo atacado, mas também serve como um mecanismo de dissuasão para o agressor, contribuindo assim para a segurança pública.

Um dos pontos principais abordados por Roxin neste capítulo, é a questão da agressão provocada culposamente pelo próprio agredido. O autor critica a posição da doutrina dominante, que nega o direito de legítima defesa nos casos de provocação intencional. Roxin defende que no caso de uma pessoa que deliberadamente provocar uma situação de perigo não merece proteção legal quando age em autodefesa subsequente. Enfatiza que a legítima defesa só é justificada quando existe uma agressão ilícita iminente e não quando alguém provoca deliberadamente a situação de perigo.

Analisa de forma detalhada sobre a questão da tentativa nos crimes omissos impróprios, e demonstra a sua posição com um exemplo vívido: o abandono de um recém-nascido pelos pais sem qualquer proteção, com o intuito de que a criança morra. O autor apresenta uma abordagem intrincada sobre a tentativa que pode ser considerada concluída em casos de omissão. Ele defende que, ao considerarmos as tentativas de omissão como tentativas acabadas, o autor já não pode alcançar impunidade apenas finalizando a ação, mas sim por meio de uma ação ativa para evitar o resultado, e, no exemplo citado, a tentativa ocorre no momento em que os pais abandonam a criança sem proteção. Neste caso já se subtraiu ao domínio imediato, e um eventual retorno e salvamento só poderiam ser interpretado como desistência.

No Capítulo VII, Roxin examina a relação entre negligência e resultado, destacando a importância desse elemento na fundamentação da responsabilidade penal. O autor critica a teoria do nexo, argumentando que essa teoria poderá desencadear um resultado injusto,

especialmente quando existem dúvidas sobre o processo causal que fundamenta a conduta conforme ao ordenado.

Uma das principais críticas de Roxin à teoria do nexó é a sua incapacidade de resolver problemas práticos e teóricos de forma satisfatória. O autor observa que essa teoria muitas vezes força uma escolha entre absolver aqueles que agem infringindo o dever de cuidado, mesmo que o resultado fosse evitável, ou condenar uma conduta considerada justa pela maioria, mas que não pode ser fundamentada teoricamente como uma presunção de culpa aceitável.

Também destaca a concepção de Kaufmann em relação aos crimes negligentes, onde o autor fundamenta que o desvalor da ação por si só não é suficiente para justificar a punibilidade. Segundo Kaufmann, mesmo que uma conduta possua desvalor da ação, se não houver desvalor do resultado, essa situação assemelha-se à tentativa, e no caso da negligência, não é punida.

Outra questão sobre a teoria do nexó, em que autor considera o que teria acontecido com uma conduta conforme à prescrição legal para determinar a existência de uma relação entre a violação do dever e o resultado. Roxin, contrasta essa teoria com a perspectiva de Kaufmann, em que defende que a punibilidade também depende de acontecimentos que não se produziram.

No Capítulo VIII, é examinada a questão "Sobre o fim da proteção da norma nos crimes negligentes". Neste Capítulo, Roxin salienta a posição de Gallas sobre a autoria nos crimes negligentes de resultado. Gallas defende que no domínio dos crimes negligentes de resultado, a autoria só se pode determinar causalmente. Tal significa desde logo que nestes crimes, não

se pode distinguir a autoria da participação. Roxin critica esta posição, salientando a necessidade de uma delimitação normativa da moldura de responsabilidade.

Um dos aspectos abordados neste capítulo é sobre a contribuição negligente para suicídios, autolesões e autocolocação em perigo. O autor fundamenta que a responsabilidade por negligência nunca deve exceder a responsabilidade por dolo, destacando a importância de considerar o estado de espírito do agente ao avaliar sua conduta. O autor ilustra essa ideia através de um exemplo, demonstrando que não se deve impor uma pena por negligência quando a vítima se recusa a receber ajuda.

Roxin evidencia a questão complexa da colocação em perigo de terceiros aceita pelos próprios, referindo-se à monografia seminal de Hans Stoll sobre o "agir por risco próprio". O autor defende uma análise cuidadosa dos critérios legais de valoração para determinar se a responsabilidade por negligência deve ser negada quando a colocação em perigo de terceiros equivale, em todos os aspectos relevantes, a uma autocolocação em perigo.

Também examina os danos decorrentes posteriormente, especialmente em casos de ofensas corporais e homicídio, especifica a questão teleológica e as dificuldades de delimitação associadas, destacando a necessidade de uma abordagem sistemática para resolver esses problemas. Citando Rodolphi, Roxin argumenta a favor da responsabilidade por negligência do primeiro causador, mesmo na ausência de culpa da vítima.

Do mesmo modo, menciona os casos em que ocorre um segundo dano, destacando a complexidade da imputação jurídico-penal dessas consequências ao primeiro causante. O autor utiliza exemplos concretos, como os danos causados pelo choque emocional de terceiros ao tomarem conhecimento da morte ou lesões de uma pessoa próxima. Ao questionar os limites da responsabilidade penal nos casos de crimes negligentes, defende que

imputar jurídica e penalmente tais consequências ao primeiro causante pode ser uma extensão injustificada da responsabilidade, especialmente quando os danos secundários não são imprevisíveis.

O Capítulo IX, o autor examina a questão da "Resolução do fato e começo da execução na tentativa". É elaborada uma análise detalhada sobre a natureza e os elementos essenciais da tentativa no direito penal. Apresenta uma discussão sobre a teoria da impressão, que combina aspectos subjetivos e objetivos na avaliação jurídica do comportamento humano. Destaca-se a distinção entre a inclinação para o fato, a resolução de fundamentos factuais conscientemente incertos e a resolução com reserva de desistência, oferecendo uma análise clara e meticulosa dessas nuances conceituais.

É elaborada uma definição precisa da resolução do fato como um elemento fundamental para caracterizar a tentativa punível. O autor salienta que a presença da vontade de cometer o crime é essencial, delimitando cuidadosamente a linha entre a resolução e a não resolução do fato. Ao identificar três grupos de casos que envolvem diferentes graus de resolução, o autor oferece uma estrutura conceitual sólida para a compreensão da tentativa no contexto jurídico.

Roxin aborda questões complexas relacionadas à tentativa de crime, discute a diferença entre tentativa acabada e não acabada, destacando a importância da perturbação das esferas e da conexão temporal entre a ação do autor e a produção pretendida do resultado.

Um dos pontos cruciais abordados por Roxin é a distinção entre tentativa acabada em sentido estrito e tentativa na autoria mediata. O autor no seu livro defende que, na tentativa acabada, existe um começo da execução, enquanto na autoria mediata, a questão central envolve apenas as figuras do instrumento doloso sem qualificação.

Igualmente menciona a concepção da tentativa de colocação em perigo da vítima, destacando a importância do desligamento do acontecimento da própria esfera de domínio e a sua relação com a causalidade natural.

No Capítulo X, Roxin aborda o conceito de tentativa falhada, uma vez que, não é um conceito expressamente mencionado no Código Penal Alemão, no qual o autor define como um conceito autônomo. O autor elabora uma distinção entre tentativa falhada e desistência, destacando que ambas as formas de desistência, voluntária e involuntária, caracterizam-se pelo fato de o agente desistir da tentativa.

Um dos pontos-chave discutidos por Roxin é a relação entre tentativa falhada e tentativa impossível. Enquanto a tentativa impossível não é bem-sucedida por razões objetivas, a tentativa falhada é distinguida principalmente pela suspensão da execução devido a uma avaliação subjetiva do agente. Ele enfatiza que na tentativa falhada, a desistência só é possível se o agente pudesse prosseguir os atos de execução, destacando a importância da consciência do agente sobre a possibilidade de sucesso do crime. Critica a posição de Welzel, afirmando que este sacrifica a autonomia da tentativa falhada em relação aos casos de desistência e torna o conceito demasiado amplo.

Do mesmo modo, menciona as questões terminológicas relacionadas à desistência involuntária, argumentando que sem o abandono da execução, não há desistência. O autor critica esta terminologia que sugere a existência de uma desistência involuntária, afirmando que o resultado final é o mesmo, pois, dada a clareza dos casos, é improvável que alguém admita a desistência voluntária. Aborda a questão da execução retomada em casos de tentativa falhada, e defende que a identidade do objeto da ação não corresponde ao plano, diferenciando a desistência da renúncia ao resultado da ação. Evidencia de que a renúncia ocorre quando o agente percebe que o resultado desejado é inalcançável, apesar da

possibilidade de concluir o ato típico. O autor explora o problema da execução retomada, onde o agente inicialmente não alcança o resultado desejado, mas renuncia a outros esforços promissores para alcançar o fato. O autor é a favor da admissão de uma tentativa falhada em casos de impossibilidade modal, quando a natureza e o modo de execução do fato são parte integrante do plano. A teoria do ato isolado é discutida, na qual cada ato parcial que o agente considerava apenas eventualmente apropriado para alcançar o fim desejado fundamenta uma tentativa autônoma e falhada, caso o agente não atinja os seus objetivos.

### **III. Conclusão**

Em conclusão, os "Problemas Fundamentais de Direito Penal" se destaca como uma obra de referência que proporciona uma análise crítica e aprofundada das bases teóricas e práticas do Direito Penal. Apesar da densidade e da complexidade dos temas tratados, a obra se revela fundamental para estudantes e profissionais do Direito, oferecendo uma base sólida para o debate e a compreensão das diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que permeiam o campo penal. A análise crítica das teorias existentes e a apresentação de argumentos embasados enriquecem o debate acadêmico e contribuem para o desenvolvimento de um sistema penal mais justo e eficaz.

Assim, os "Problemas Fundamentais de Direito Penal" representa não apenas uma leitura recomendada, mas uma fonte essencial para a formação e o aprimoramento dos estudos jurídicos, estimulando a reflexão constante sobre os desafios e as possibilidades de aprimoramento do sistema de justiça penal em busca de uma sociedade mais justa e equitativa.