

1. Há neste mundo, onde se desenrola a difícil condição humana, dois tipos de pessoas: as que perderam o sorriso da infância na voragem do tempo e aquelas que o mantiveram e aprofundaram. *Claus Roxin*, o ilustre Professor de Direito Penal da prestigiada Universidade de Munique, é um desses privilegiados em que brilha um sorriso contagiante e se revela um entusiasmo indescritível na comunicação com os outros.

É um mistério saber por que razão alguém preserva no seu olhar o entusiasmo e o encantamento juvenis. Porém, esta juventude perene é, sem dúvida, um dom essencial para a Universidade, em que, como o hino académico refere, *juvenes ... sumus*.

Os professores, algo raros, que pelas suas qualidades pedagógicas e científicas atraem estudantes e investigadores justificam a autonomia da Universidade perante os diversos poderes e são a expressão de que a Universidade é o espaço privilegiado da tolerância, da comunicabilidade e de um ócio feliz e nunca um claustro de sacrifícios e de perseguições - ou seja, de cumprimento de penas.

2. *Claus Roxin* é um mestre do pensamento jurídico que marca o século que estamos deixando.

A sua obra não tem sido um mero desenvolvimento laborioso do pensamento já feito, o que já seria meritório, mas é uma daquelas raras obras que cria novos conceitos e suscita novos problemas, formulando, em si mesma, um universo de pensamento.

Gilles Deleuze, quando questiona a essência do pensamento filosófico, afirma que os filósofos não dialogam entre si, mas que cada um cria um mundo conceptual coerente. Também o verdadeiro pensamento, mesmo fora do âmbito da filosofia, é sempre uma reinvenção do mundo de que se parte.

Roxin concebe o sistema penal através do seu universo de conceitos. Pode falar-se no sistema penal segundo *Roxin*, como expressão de uma forma de entender o crime e a pena e um modo de acção em que o Direito Penal se reformula, em ruptura com a tradição de um modelo de culpa ética e em função das grandes decisões político-criminais do Estado de Direito democrático e solidarístico. As apostas na reaproximação entre a sociedade e a pessoa delinvente e na protecção de bens jurídicos fundamentais são as chaves de um sistema em que os fins democráticos e humanistas do Estado na sua prática punitiva modelam os critérios de responsabilidade, libertos de estigmas da tradição jurídica e de hábitos éticos vigentes mas não suficientemente discutidos.

Se em *Welzel*, seguramente também um grande autor de Direito Penal, o sistema penal pretende ser um mundo conceptual passivo, que apreende o espírito de uma ética da responsabilidade culturalmente enraizada, em *Roxin* tal sistema é a expressão de uma reformulação das condições pelas quais se justifica um Estado de pessoas livres e autónomas, isto é, uma proposta do sentido que há-de presidir à articulação das liberdades individuais segundo uma lei geral de liberdade de que nos fala *Kant* na primeira parte da *Metafísica dos Costumes*. *Roxin* propõe, no entanto, o sistema como *inventio* e não apenas como modelo explicativo da realidade, invenção das condições que hão-de justificar um poder punitivo e não apenas produto de condições pré-dadas.

Assim, os fundamentos de responsabilidade tradicionais são reformulados e os dogmas desfeitos. A culpa passa a ser limite, restrição justificada ela própria pela igualdade e pela dignidade humana, perdendo o seu papel de justificação última da responsabilidade penal. É racionalizado, deste modo, o que na culpa pode ser racionalizado, dentro dos limites de uma função consensual da culpa e independentemente da discussão infundável sobre o livre arbítrio. A culpa não serve os subjectivismos ou o autoritarismo moralista. O que nela há de necessário, consensual, positivo e indiscutível adquire autonomia e torna-se uma função de

travão e limite à necessidade da pena. Está inventada, deste modo, uma nova condição do poder punitivo - o respeito por esta função restritiva da culpa.

A condição essencial do poder punitivo é, no entanto, a protecção de bens jurídicos, definidos pela sua substância valorativa e não pelas convicções reinantes sobre a moralidade. Tais bens jurídicos são considerados na sua relação com um Estado de Direito ao serviço do livre desenvolvimento da pessoa e, por isso, são mutáveis em função da história, dos fins constitucionais e dos progressos do conhecimento empírico. O Direito Penal tem, assim, uma função directamente constitucional e, pela sua relação com o Estado de Direito, assume uma inevitável dimensão política. No Direito Penal joga-se, imediatamente, e não apenas como referência extrínseca, a política criminal, de modo que os pressupostos de responsabilidade têm uma dimensão político-criminal. Deste modo, por exemplo, o excesso de legítima defesa não censurável representa um grau de perigosidade menos intenso e a não censurabilidade da desistência voluntária na tentativa depende do perfil de perigosidade do agente.

No sistema de *Roxin*, todos os conceitos têm directamente um vector político-criminal. A acção, como expressão de personalidade - “*Persönlichkeitsäußerung*” - e não como realidade estrutural, causal ou final, tem a função de excluir tudo o que não se enquadra nas permissões e proibições penais. A tipicidade realiza as orientações selectivas, em abstracto, da prevenção geral e do princípio de culpa. A imputação objectiva exprime, exactamente, a contenção da protecção de bens jurídicos pelo princípio da culpa. O ilícito tem uma tripla dimensão político-criminal: solução de conflitos de interesses, ponto de ligação para as medidas de segurança e outros efeitos jurídicos e conexão do Direito Penal com a ordem jurídica no seu conjunto com a correspondente integração dos seus valores. A categoria da responsabilidade, de que a culpa é o principal pressuposto, realiza dogmaticamente os fins político-criminais das penas relativamente ao autor, respondendo à questão da sua punibilidade individual. As condições de punibilidade, por fim, exprimem a necessidade da pena de pontos de vista políticos, extrínsecos aos fins das penas.

Neste sistema orientado para valores e funções político-criminais, os conceitos deixaram de ser definições estáticas, segundo uma lógica teórica, para se tornarem modos de realização de objectivos, segundo uma perspectiva pragmática.

3. *Roxin* é um autor que reinventa o mundo para o tornar governável. Reinventa o Direito Penal para que ele permita a concretização na aplicação do Direito da

decisão político-criminal.

Na sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft im Strafrecht*, *Roxin* tem uma intuição magnífica sobre o valor instrumental dos conceitos. Esta capacidade de flexibilizar os conceitos ou de os reinventar, evitando paradoxais problemas dogmáticos, em que tantas vezes os juristas enredados na sua técnica caem, é uma importante contribuição para o pensamento jurídico europeu, que permitiu a comunicação criativa do pensamento dogmático de *Roxin*, desde logo, muito vincadamente, com os pensamentos jurídicos português, espanhol e italiano, e que projectou o autor em muitos outros países como o Japão e os Estados Unidos. Com efeito, se os conceitos são “domesticados”, surgem em primeiro plano ideias substanciais que são mais facilmente reprodutíveis na linguagem de outros Direitos.

Na obra que acabei de citar, *Roxin* não se conforma com o modo como a distinção tradicional entre autoria e participação resolve os casos difíceis. O autor de secretária, por exemplo, só poderia ser, na teoria tradicional, um participante, devido à execução dolosa do facto típico, em exclusivo, pelo autor material. Deste modo, uma realidade significativa da criminalidade contemporânea subtrair-se-ia aos conceitos tradicionais. *Roxin* explica-nos, então, que o conceito de domínio do facto, que segundo a doutrina exprimia a autoria, é um conceito aberto, cujo conteúdo exacto se constrói a partir da lógica de novos casos.

É contra o universo finito da lógica conceptual que *Roxin* liberta o conhecimento da realidade, impondo a sua especificidade a critérios pré-definidos. Não há, deste modo, legalidade da lógica conceptual que, na linha da jurisprudência dos conceitos, negue à significação de um fenómeno um enquadramento adequado e uma repercussão justa na responsabilidade penal.

4. Consequência desta contínua invenção que caracteriza o pensamento de *Roxin* é que aquele que entre, verdadeiramente, no seu universo, não irá reproduzir ideias, mas terá, necessariamente, aprendido a fazer dogmática. *Roxin* é um professor que não ensina coisas, mas ensina a pensar concretizando a bela máxima de *Heidegger* – *Wissen heisst lernen können* (isto é, saber significa poder aprender). De tal modo isso acontece que, segundo creio – e já há alguns anos afirmei num colóquio em sua homenagem, em Coimbra – o pensamento de *Roxin* permitiu, como sucede com o pensamento dos grandes mestres, desenvolvimentos muito diferenciados – se assim quiserem, de “esquerda” e de “direita”, para utilizar, simbolicamente, uma linguagem política

neste contexto. Na verdade, um pensamento que não congela ou esteriliza, como o de *Roxin* não permite imitações, mas apenas desenvolvimentos criativos.

Em Portugal, a influência de *Roxin* é notória. Desde *Figueiredo Dias*, decano dos penalistas portugueses, que com ele tem mantido um construtivo diálogo ao longo de décadas, a *Cortes Rosa*, seu colaborador durante anos na Universidade de Munique, passando pelos que foram pioneiros na divulgação das suas obras, como *Sousa e Brito* em Lisboa, e por todos aqueles que investigaram na Universidade de Munique, entre os quais modestamente me incluo, todos somos, afinal, tributários do pensamento do mestre.

5. Uma característica marcante do pensamento de *Roxin* é o trabalho sobre casos e a atenção constante à jurisprudência.

Não há obra alguma de *Roxin* em que a vida não irrompa nos seus múltiplos casos, evitando o discurso puramente abstracto. *Roxin* ensina a pensar com os casos penais, extraindo deles, na sua significação social, a possibilidade regulativa das normas. Quem desliga a máquina que mantém as funções vegetativas de uma pessoa, quando a situação se tornou irreversível, não realiza uma acção homicida, mas apenas uma omissão por fazer, exclusivamente punível se houver posição de garante (e impune na medida em que a situação já não caiba no âmbito de protecção da vida). A acção deixa de ser um conteúdo fixo e transcendental para se tornar um conceito funcional representativo do que a norma reclama do seu destinatário. Quem desliga a máquina, naqueles casos, apenas não mantém uma vida vegetativa e artificial, apenas não a prolonga apesar de agir.

Todo o estudante compreende estas ideias, aparentemente simples, porque elas, embora articulem elementos contrários, afastando-nos da linguagem natural, exprimem uma proposta dógmática profundamente racional e significativa.

6. O pensamento penal de *Roxin* refere a realidade penal a um sistema articulado que é, simultaneamente, uma proposta de política criminal. Não se limita, como já se referiu, a descrever o sistema penal, mas reestrutura a sua lógica e constrói conceitos em função de um projecto de política criminal do Estado de Direito democrático e solidarístico.

Esta dimensão política de *Roxin* não o leva, porém, a qualquer voluntarismo, mas corresponde, antes, ao desenvolvimento interpretativo de valores constitucionais com substância valorativa, como a dignidade da pessoa, a

necessidade da pena e a protecção de bens jurídicos. Aliás, a dimensão constitucional do Direito Penal é acentuada e questionada na obra de *Roxin* que, à pergunta fundamental sobre a existência de uma obrigação constitucional de criminalizar, responde negativamente, com a consciência do valor relativo dos meios punitivos na política social do Estado de Direito.

Racionalismo e humanismo solidarístico são traços marcantes da obra de *Roxin*, que, a propósito de uma das mais difíceis questões do nosso tempo, o aborto, revela uma lucidez e uma coerência extraordinárias. O modo como interpreta a sociedade punitiva e des-solidária a propósito da indicação social no aborto é de uma grande coragem e consistência ética, demonstrando, na minha interpretação do seu pensamento, que a exclusão da punibilidade em tais casos seria a verdadeira expressão de uma culpa colectiva e de uma incapacidade da sociedade assumir a protecção do nascituro.

Neste terreno dos limites da vida, *Roxin* não deixa de enfrentar a terrível questão da eutanásia, num dos seus mais recentes textos. Aí, permanece fiel à posição do projecto alternativo do Código Penal alemão de que foi um dos autores, proposta hoje já bastante moderada, se confrontada com propostas mais radicais de descriminalização. Segundo ela, o tribunal, em casos limite, poderia dispensar da pena, quando a morte servir para terminar com um estado de sofrimento não mais suportável, que não pode ser minorado com os meios existentes. Em tais casos extremos, admite também *Roxin* uma exclusão da responsabilidade por força de uma decisão de consciência.

Cultor de um pensamento tolerante, moderado, lúcido, criativo e solidário, *Roxin* é a imagem do penalista dos finais do século XX, que não se fecha em valores sobre-humanos e não utiliza uma lógica de absolutos, mas que se orienta pela imagem concretizada, empiricamente pressentida, da dignidade da pessoa. Tolerância e humanismo criativo constituem o *ex-libris* da escola de *Roxin*, que converte em seus alunos muitos dos jovens que passam pela Universidade portuguesa.

Certas pessoas, como *Roxin*, têm a capacidade de permitir que nos outros se revele o melhor de si mesmos. Tal como *Ortega y Gasset* afirma, quando se interroga sobre as razões que levam os espíritos simples a reconhecer as ideias inteligentes dos superiormente dotados, também é esta capacidade que temos de perceber e distinguir um grande pensamento daquele que foi apenas luz fugaz no seu tempo, que nos leva a homenagear *Roxin* e a sua obra.

É aquilo que conseguimos identificar como melhor no espírito universitário que aqui se revela: um pensamento forte, corajoso e tolerante, que nos orienta nos tempos inseguros e de mudança em que vivemos.

7. Não posso, porém, terminar esta referência aos traços da obra de *Roxin* sem uma alusão ao relacionamento que estabelece entre literatura e Direito Penal.

Admirador de um romance de aventura, profundamente enraizado na Alemanha, o romance de Karl May, *Roxin* não deixa de pesquisar esse filão, que é o da expressão no romance dos problemas do Direito. *Roxin* não separa da ciência que pratica outras experiências do conhecimento. No seu sorriso inimitável transparece, certamente, a imagem de um homem que realiza com gosto a sua vida. É esse, talvez, o seu mistério.