
Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil
Jan/Jun 2003

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUD ROXIN*

*Marco Aurelio Nunes da Silveira***

RESUMO

O presente trabalho se ocupa de uma breve análise do desenvolvimento do conceito de culpabilidade na teoria do delito, em relação a seu fundamento material, partindo de Welzel até ROXIN, a quem cabe uma redefinição da teoria da *dirigibilidade normativa*, que é digna de nota por, pelo menos, dois motivos: estabelece um critério empiricamente verificável para fundamentar a culpabilidade, superando as formulações metafísicas e deterministas anteriores e possibilita a realização da função política do princípio da culpabilidade, a limitação ao poder punitivo estatal, sendo compatível com o Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal – Teoria do delito - Culpabilidade - Funcionalismo.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende iniciar uma discussão sobre o problema central da culpabilidade, o problema de seu fundamento,² em especial sob a ótica do mestre alemão Claus Roxin – catedrático da Universidade de Munique – a quem se deve uma redefinição da teoria da dirigibilidade normativa,³ conforme veremos adiante. Para tanto, inicialmente, introduzir-se-á o conceito de culpabilidade através do estudo de sua evolução histórica. Em seguida, trataremos do conteúdo material do conceito normativo da culpabilidade, citando aqui o problema de seu fundamento. E, por fim, discorrer-se-á sobre a proposta de ROXIN para a culpabilidade, assentada sobre a dogmática funcionalista do Direito Penal, e em que medida pretende superar o problema de seu fundamento, que é o assunto de principal interesse neste trabalho.

*Este artigo foi apresentado como trabalho de encerramento das atividades do grupo de estudos de direito penal, sob o tema "O princípio da culpabilidade como limite ao poder punitivo do Estado", orientado pela professora Allana Campos Marques, Faculdades do Brasil, Curitiba, 2001.

**Bacharelado em Direito pela UniBrasil e em Ciência Contábeis pela Universidade Federal do Paraná

²SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 209.

³Segundo Juarez Cirino dos SANTOS (*A moderna teoria do fato punível*, p. 212) a teoria da dirigibilidade normativa foi originalmente concebida por NOLL, na obra *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, H. Mayer-FS, 1966.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUD ROXIN

2 CULPABILIDADE: O CONCEITO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A culpabilidade, descrita sucintamente, conforme a posição doutrinária dominante, presente no conceito *normativo* de culpabilidade, trata-se de um juízo de valor negativo ou reprovação (juízo de reprovabilidade) ao autor pela realização não justificada de um delito.⁴ Na doutrina penal hodierna admite-se elementarmente duas categorias do delito, o tipo de injusto, *objeto de valoração*, pois que *injusto* é a realização não justificada de uma conduta típica, e a culpabilidade, *juízo de valoração*, ou seja, é um juízo de reprovação sobre o sujeito que realiza conduta típica e antijurídica, o *tipo de injusto*. A culpabilidade se fundamenta na capacidade geral de compreender e de se orientar conforme a norma jurídica, o potencial ou real conhecimento da proibição do *tipo de injusto* e a condição de normalidade das circunstâncias relacionadas à realização do fato.⁵

Este, que é o conceito normativo de culpabilidade, é resultado de mais de um século de discussão sobre seu conteúdo, que se inicia com Liszt e Radbruch – representantes da corrente doutrinária chamada “naturalismo” –, durante o século XIX, através do conceito *psicológico* (relação psíquica entre autor e fato⁶), evoluindo, com Frank, Goldschmidt e Freudentahl – neokantismo –, no início do século XX, para o conceito *psicológico-normativo* (reprovabilidade por ausência de causas de inexigibilidade de conduta diversa⁷), tornando-se, com Welzel – finalismo –, no século XX, apenas conceito *normativo* (juízo de censura pela realização do injusto típico⁸), ao passo que hoje, encontra-se aparentemente mergulhado em crise indelével. Desta crise, surgem novas propostas, como a de Roxin,⁹ representante do sistema funcionalista, ou teleológico-racional do direito, que veremos adiante.

3 O CONTEÚDO MATERIAL DO CONCEITO NORMATIVO DE CULPABILIDADE

Neste ponto, trataremos do problema mais discutido em relação à culpabilidade, o de seu fundamento, que se baseia, pela redefinição do finalismo, na *capacidade de livre decisão do sujeito*. A incidência desta *liberdade de vontade* no conceito de culpabilidade é, em relação ao fato, indemonstrável.¹⁰ Juarez Cirino dos Santos, sobre o fundamento da culpabilidade na *liberdade de vontade* afirma: “Se pena pressupõe

⁴SANTOS, op. cit., p. 204

⁵Ibid., p. 203.

⁶CONDE, Francisco Munoz. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares; Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 126

⁷Id.

⁸Id.

⁹SANTOS, op. cit., p. 204.

¹⁰Ibid., p. 209.

culpabilidade, e a reprovação de culpabilidade se assenta em fundamento indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena." E prossegue: "Por isso, o juízo de culpabilidade deixou de ser um juízo ontológico, que *descreveria* uma qualidade do sujeito, para ser um juízo normativo, que *atribui* uma qualidade ao sujeito".¹¹

Nesta mesma linha, Francisco Muñoz Conde, sobre o conceito tradicional de culpabilidade, diz que "é cientificamente indemonstrável, já que se baseia em argumentos indemonstráveis: a capacidade de se poder atuar de modo diverso daquele como realmente se atuou, fato em que se pode acreditar, mas que não se pode demonstrar". E também: "entre várias opções possíveis sempre se pode escolher, mas não sabemos quais foram as razões últimas que impulsionam a eleger por uma e outra opção. Por isso, não é possível fundamentar a culpabilidade em algo que não conhecemos suficientemente".¹²

Algumas das principais teorias que tentaram desenvolver uma definição para o conteúdo material da culpabilidade são: a teoria do *poder de agir diferente*; a teoria da *atitude interna juridicamente reprovada*; a teoria da *responsabilidade pelo próprio caráter*; a teoria da *culpabilidade como atribuição segundo as necessidades preventivas gerais*.

A teoria da dirigibilidade normativa, na redefinição de Roxin, âmago deste escrito, será tratada em ponto apartado, posto que faz-se mister introduzir alguns aspectos gerais sobre a concepção de culpabilidade para aquele autor.¹³

3.1 Teoria do poder de agir diferente

Esta teoria, que foi desenvolvida por Welzel e Kaufmann, entre outros, predomina na literatura e jurisprudência alemã, e em linhas gerais, fundamenta a culpabilidade, ou seja, a reprovação ao autor do injusto, no poder que se lhe atribui de agir de outro modo. O sujeito é reprovável, pois, podendo determinar-se por agir conforme o direito, decidiu agir contrariamente a ele.¹⁴ Hans Welzel afirma:

"La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido. En la falta de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: No es la decisión conforme a sentido en favor de lo malo, sine el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor".¹⁵

¹¹id.

¹²CONDE, op. cit., p.126-127.

¹³Vide tópico 4

¹⁴CONDE, op. cit., p. 210.

¹⁵WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte general* 11. Ed. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. Santiago: EJC, 1970, p. 209.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

À esta idéia de fundamentar a culpabilidade na capacidade atribuída de autodeterminação, que toma por verdadeira a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade¹⁶, surgem críticas, que demonstrar-se-ão através das emitidas por ROXIN, segundo quem, fracassa esta concepção porquanto o poder de atuar de outro modo do sujeito no momento do fato é indemonstrável. Segue-se pois interessante constatação do jurista: “si para la apreciación de culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no se puede constatar, entonces ello debería conducir siempre a la absolución en virtud del principio *“in dubio pro reo”*. En tal caso sería imposible un Derecho penal de la culpabilidad”.¹⁷

Os defensores da concepção do poder agir de outro modo, procuram sair desta consequência através da afirmação de que o poder do sujeito individual, é, senão, o poder da pessoa média que existe conforme a experiência, ou a capacidade da maioria das pessoas. A reprovação de culpabilidade contra o indivíduo se redefina assim: “El sujeto habría podido actuar de otro modo (...) en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, *otro en su lugar* habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto”.¹⁸ Roxin rechaça esta idéia, ao que apresentamos em suas próprias palavras: “Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, *pero que precisamente le faltan al sujeto*”.¹⁹ Isto não apenas padece de falta concretude lógica, como nega o ponto de partida de que ao sujeito é possível uma decisão livre.²⁰

3.2 Teoria da atitude interna juridicamente reprovada

Fundada por Gallas, e adicionada por Jescheck e Weigend (atitude jurídica reprovada), além de Wessels e Beulke (atitude defeituosa), define a culpabilidade como a reprovação de uma atitude reprovável, ou defeituosa, do autor que se manifesta na lei.²¹ Variante da teoria do *poder de agir diferente*²² citada de seus autores por Roxin como: “En el ámbito de la culpabilidad se emite, ‘en una contemplación generalizadora, orientada por parámetros valorativos éticosociales’, un juicio de desvalor sobre la ‘actitud global del sujeto frente a las exigencias del Derecho’ actualizada en el hecho concreto”.²³

¹⁶ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 799.

¹⁷Ibid., p. 800.

¹⁸Id.

¹⁹Id. (grifo nosso)

²⁰Id.

²¹Id.

²²SANTOS, op. cit., p. 210-211.

²³ROXIN, op. cit., p. 800.

MARCO AURELIO NUNES DA SILVEIRA

Por Wessels, sobre o fundamento da culpabilidade: “É constituído pela capacidade do homem, de se decidir livre e corretamente entre o Direito e o Injusto. Só quando exista essa *liberdade de decisão* é que terá sentido se impor uma censura de culpabilidade contra o agente”.²⁴ E sobre o que ele chama de objeto de censura de culpabilidade: “É a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico”.²⁵ E o jurista sintetiza: “Culpabilidade significa, assim, a *censurabilidade do fato com consideração sobre o ânimo ativo juridicamente repreensível*”.²⁶ E ainda, “Assim, como o conteúdo de injusto depende do desvalor da conduta e do resultado, o *conteúdo de culpabilidade* torna-se estampado através do *desvalor do ânimo* relacionado com a concreta realização do tipo”.²⁷

Contrapondo esta concepção, afirma Roxin que, pelo fato de não indicar critério para desaprovar juridicamente a atitude interna do sujeito, não supera o caráter formal de reprovabilidade.²⁸ Além disto, o mestre alemão indica que em certos casos, a afirmação ou negação da culpabilidade não se pode explicar pela incorreção ou correção da atitude interna, ao que exemplifica: “en la imprudencia inconsciente la actitud interna del sujeto, que desde logo presupone una actitud o disposición consciente, no está dirigida a nada que sea contrário a valor; y a la inversa un asesino sexual puede mostrar una actitud interna extremadamente abyecta, aun cuando deba ser absuelto conforme al § 20 por falta de capacidad de inhibición”.^{29, 30}

Como contamos em Wessels, e como Juarez Cirino dos Santos afirma, esta teoria “também assume como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade”.³¹ Portanto, pesam ainda contra ela, as mesmas críticas tecidas quanto a teoria do *poder de agir diferente*.

²⁴WESSELS, Johanaes. *Direito Penal: Parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1976, p. 83.

²⁵Ibid., p. 84.

²⁶Id.

²⁷Id.

²⁸ROXIN, op. cit., p. 801.

²⁹O Código Penal alemão, em seu § 20, enuncia as hipóteses de inimputabilidade, que por conseguinte isentam de pena pela incapacidade do autor de compreender o injusto do fato, ou de atuar segundo esta compreensão. Dentre as quais, encontram-se as hipóteses de *perturbação da consciência* (por exemplo, embriaguez completa, esgotamento, cansaço, paixão em alto grau, etc.), *perturbação mental patológica* (psicoses endógenas, esquizofrenia, ciclotomia), *retardamento* ou era uma outra *grave anomalia mental* (psicopatias, neuroses, perturbação dos instintos, etc.). Exemplos extraídos de WESSELS, op. cit., p. 86.

³⁰ROXIN, op. cit., p. 801.

³¹SANTOS, op. cit., p. 211.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

3.3 Teoria da *responsabilidade pelo próprio caráter*

A teoria têm por principal predecessor Schopenhauer, e parte, sobre base determinista, da idéia de que cada qual é responsável pelo seu comportamento, fundamentado em características da personalidade. Roxin, citando aquele autor:

“una acción totalmente distinta... era perfectamente posible y podría haber sucedido, *con tal que él hubiera sido otro*: eso es lo único que há sido decisivo. A él naturalmente no le era posible ninguna outra acción, porque él es este y no otro porque él tiene un carácter así y así; pero en si misma... era posible. La responsabilidad, de la que es consciente, alcanza en primer lugar meramente... al hecho, pero en el fondo a *su carácter*: por *éste* se siente responsable y por *éste* le hacen también responsable los demás...”³²

A esta doutrina aderiram muitos outros partidários: Dohna, “*todos são responsáveis pelo que fazem como expressão da personalidade*”; Engisch, “*a responsabilidade pelo caráter implica o dever de tolerar a pena*”; Heinitz, “*todos respondem pelo que são, independentemente da multiplicidade de fatores condicionantes*”³³

Os autores desta doutrina salvam, em parte, a dificuldade com construções metafísicas (livre-arbítrio), afirmando Schopenhauer, que ela trás um caráter empírico completamente determinado.³⁴

A despeito disto, sofre certos problemas diante do *princípio da culpabilidade*, como enuncia, fundamentado em Roxin, Juarez Cirino dos Santos: “*culpabilidade pelo caráter é culpabilidade sem culpa; (...) identifica culpabilidade com responsabilidade social, supondo um direito penal com finalidades preventivas; culpabilidade como responsabilidade social preventiva anula o significado político de garantia individual (limitação ao poder de punir) atribuído ao princípio da culpabilidade*”³⁵

³²ROXIN, op. cit., p. 802.

³³Apud SANTOS, op. cit., p. 211.

³⁴ROXIN, op. cit., p. 803.

³⁵SANTOS, op. cit., p. 211.

MARCO AURELIO NUNES DA SILVEIRA

3.4 Teoria da culpabilidade como atribuição segundo as necessidades preventivas gerais

Esta concepção do conteúdo material da culpabilidade remonta ao *conceito funcional (racional-teleológico) da culpabilidade*, desenvolvido por Jakobs, em conexão com as concepções da teoria sistêmica de Luhmann. Esta ordem de idéias têm por conteúdo, conforme Jakobs, citado em Roxin, que somente o fim dá conteúdo ao conceito de culpabilidade, e este fim é posto na prevenção geral, Jakobs fala de “prevención general no en el sentido de intimidación, sino ejercicio en la fidelidad al Derecho”;³⁶ O principal fim da culpabilidade seria “la estabilización de la confianza en el ordenamento perturbada por la conducta delictiva”,³⁷ através da atribuição de reprovabilidade e da aplicação da punição correspondente que confirmaria “la corrección de la confianza en la corrección de una norma”.³⁸ Em síntese, o delito frustra as expectativas da comunidade jurídica, e esta frustração se compensa considerando-se a conduta frustrante culpável e castigando-a.³⁹

Sobre esta concepção, pesa a oposição de que abandona a função *restritiva ao poder de punir do Estado* do princípio da culpabilidade para servir à prevenção geral.⁴⁰ “Além de fundamentar a culpabilidade (e a punição) em circunstâncias externas ao autor, e não explicar a gênese do juízo de reprovação”, conforme acrescenta Juarez Cirino dos Santos.⁴¹

4A CULPABILIDADE EM ROXIN

Roxin é principal representante do discurso chamado teleológico, ou funcionalista, do Direito Penal. Esta, que é a corrente mais recente pensamento jurídico-penal, num resgate do neokantismo, verificado na vinculação de *valores retos* às categorias sistemáticas da teoria do delito, deduz que estas “devem complementar-se, desenvolver-se e sistematizar-se a partir de sua função político-criminal”.⁴²

³⁶Apud ROXIN, op. cit., p. 805.

³⁷Id.

³⁸Id.

³⁹Ibid., p. 806.

⁴⁰Id.

⁴¹SANTOS, op. cit., p. 212.

⁴²SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1996, p. 64.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

A responsabilidade pelo comportamento do autor, para Roxin, não depende apenas da culpabilidade, mas também da necessidade preventiva da pena.⁴³ Este é o conteúdo da categoria sistemática do delito chamada “responsabilidade”, que para o jurista ocupa a tradicional posição da culpabilidade, cabendo a esta um subnível da responsabilidade.⁴⁴

Desde logo, entretanto, importa esclarecer – ainda que em breve aprofundaremos esta abordagem – que Roxin não pretende que se possa excluir a responsabilidade pelo resultado com uma fundamentação meramente preventiva da pena⁴⁵, mas sim, nas “possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma”.⁴⁶ Adotando, pois, a finalidade da pena, a característica de um critério político-criminal, que visa descobrir, se, do ponto de vista dos fins preventivos do Direito Penal, é ou não necessária uma pena, culminando na exclusão da responsabilidade nos casos em que, com base naqueles critérios, não se considere necessária a pena.⁴⁷

A responsabilidade depende, somados ao injusto, da *culpabilidade* do sujeito, e da *necessidade preventiva* da sanção penal.⁴⁸ O sujeito atua culpavelmente “cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”,⁴⁹ e sobre o fim da pena, “una actuación de este modo culpable precisa en el caso normal de sanción penal también por razones preventivas”.

O fato de que, junto à falta de culpabilidade, a falta de necessidade preventiva da pena poderia conduzir à exclusão da responsabilidade, não resulta na entrega desta categoria do delito à mercê da insegurança jurídica, pois não se intende dar ao julgador a possibilidade de uma isenção de pena baseada em suas próprias representações político-criminais, mas sim, que esta deve basear-se nas hipóteses preventivas que servem de base para a lei. Por outro lado, também não é verdadeiro que os efeitos protetores do Estado de Direito do princípio da culpabilidade seriam afetados, pois, segundo a opinião do mestre alemão, a pena pressupõe *sempre* culpabilidade, posto que nenhuma necessidade preventiva, por

⁴³ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. Juan Bustos Ramírez; Hernán Hormazábal Malareé. Barcelona: PPU, 1992, p. 115.

⁴⁴SCHÜNEMANN, op. cit., p. 66.

⁴⁵ROXIN, op. cit., p. 793.

⁴⁶Ibid., p. 807.

⁴⁷Ibid., p. 793.

⁴⁸Ibid., p. 792.

⁴⁹Id.

MARCO AURELIO NUNES DA SILVEIRA

maior que fosse, poderia justificar uma sanção penal que contradiga o princípio da culpabilidade, mas cabe a ela o papel de *pressuposto adicional* da punibilidade.⁵⁰ Assim, a culpabilidade é um elemento constitutivo, junto à necessidade preventiva, do que se chama responsabilidade. Para Roxin, o “reconocimiento de la necesidad preventiva significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho Penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que (...) sea preventivamente imprescindible”.⁵¹ A pena pode ser excluída, mesmo que se considere o fato culpável, se as necessidades preventivas fazem desnecessária sua aplicação, ou mesmo, desaconselhável. A pena não terá, então, caráter de retribuição. Neste sentido Roxin afirma que “esta no há de estar necesariamente ligada a la retribución y los reproches morales, que resultan de todos modos políticocriminalmente cuestionables”.⁵²

Em síntese, o autor de um injusto penal é culpável quando está presente o elemento *empírico*, capacidade de autodireção, e o elemento *normativo*, possibilidade de comportamento conforme ao direito, e, complementando o que o autor chamou de responsabilidade, quando soma-se a isto, – logo não exclusivamente – o fato de ser preventivamente imprescindível a pena.⁵³

Expostas estas concisas considerações quanto à responsabilidade jurídico-penal, e seus pressupostos para Roxin,⁵⁴ certamente adequadas às limitações deste trabalho, voltamos a discutir, o problema da fundamentação do princípio da culpabilidade.

4.1 Teoria da *dirigibilidade normativa*

Teoria (normative Ansprechbarkeit), originalmente concebida por Noll, estabelece o fundamento da culpabilidade, segundo Liszt, na *normal determinabilidade através de motivos*⁵⁵, conforme Albrecht, no *estado psíquico disponível ao apelo da norma* existente na maioria dos *adultos saudáveis*, e, por Roxin, recebeu a redefinição de que trataremos agora.⁵⁶

⁵⁰Ibid., p. 791-794.

⁵¹Ibid., p. 793.

⁵²Ibid., p. 810.

⁵³Ibid., p. 791-794.

⁵⁴Para um maior aprofundamento neste tema, ROXIN, op. cit., § 19 n. 1-7, p. 791-794.

⁵⁵LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. Madrid: Editorial Reus, 1927, vol. 2. p. 376.

⁵⁶SANTOS, op. cit., p. 213.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

Na definição de Roxin, culpabilidade é a atuação injusta de sujeito capaz de se comportar conforme a norma:

"hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles 'posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma', cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto"⁵⁷

Fundamenta, pois, a censura de culpabilidade à prática de um injusto penal, na possibilidade de decisão orientada conforme a norma, em um sujeito que estava, no momento do fato, disponível, psiquicamente, à chamada da norma (dirigibilidade).

Parma cita um exemplo de Roxin para exemplificar este critério:

"Roxin, dice: '... parto de la premisa de que es un delito cruzar una calle con semáforo en rojo, y veo que ustedes se detienen ante cada semáforo en rojo hasta que se pone verde, pero al final, porque tiene apuro para tomar un tren, cruzan corriendo una calle con el semáforo en rojo; entonces ustedes han actuado culpablemente'. Se debe afirmar tanto el elemento intelectual como el volitivo de la reacción normativa, porque su actitud inicial regular, de permanecer detenidos en caso de 'rojo', indica claramente que ustedes *comprenden el mensaje de la norma*: 'en caso de rojo, hay que detenerse' y pueden conducir su acción de acuerdo a esta indicación. Ustedes son capaces de reaccionar normativamente. Si ustedes, a pesar de ello, cruzan la calle, actúan culpablemente"⁵⁸

Segundo Roxin, não se trata de hipótese indemonstrável, como como afirma quanto às teorias indeterministas estudadas acima, e sim, de um fenômeno cientificamente empírico. Albrecht, citado por Roxin afirma: "pues la Psicología y la Psiquiatría desarrollan cada vez en mayor medida criterios de enjuiciamiento con los cuales se pueden constatar empíricamente las restricciones de la capacidad de autocontrol y medir su gravedad"⁵⁹. Não se pretende provar a *dirigibilidade normativa* no sentido do livre arbítrio, mas parte-se da idéia de que o sujeito possui a *capacidade* de se comportar conforme a norma e não se orienta de acordo com

⁵⁷ROXIN, op. cit., p. 807.

⁵⁸PARMA, Carlos. *Culpabilidad. Lineamientos para su estudio*. Mendoza: Cuyo, 1997. p. 147-148.

⁵⁹ROXIN, op. cit., p. 807.

MARCO AURELIO NUNES DA SILVEIRA

algumas das alternativas que lhe eram psicologicamente *dirigíveis* conforme a norma, sendo considerado culpável.⁶⁰ A esta ordem de idéias de nada importa se a atuação é livre ou determinada, pois parte de um pressuposto completamente independente desta questão.

Eis uma importante característica desta concepção, que trata da fundamentação da culpabilidade em ponto diverso do livre-arbítrio, o que acontece sem que se adote idéias deterministas.

Roxin imagina que sua concepção do conteúdo material da culpabilidade seria aceitável tanto no meio determinista, como no indeterminista. Diz o professor, que os indeterministas interpretarão sua suposição de liberdade empiricamente acertada, e que sua concepção é aceitável, também, pelos deterministas, bem como pelos agnósticos, que se declaram desconhecedores da existência ou não de livre arbítrio (como se declara o próprio mestre), pois não afirma que o sujeito efetivamente poderia agir de outro modo – hipótese indemonstrável –, mas sim que, quando exista uma capacidade de controle intacta e conseqüente *dirigibilidade normativa*, possibilidade de comportamento conforme a norma, *se lhe trata como se fosse livre*.⁶¹ Sua concepção de suposição de liberdade é “una aserción normativa, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales”,⁶² e conseqüentemente a margem da discussão filosófica e das ciências naturais sobre o livre-arbítrio.

A culpabilidade seria, pois, formada pelo elemento *empírico* da *capacidade* de autodireção e pelo elemento *normativo* da *possibilidade* de comportamento conforme ao direito.⁶³ Roxin afirma que sua concepção de culpabilidade não se coaduna com hipóteses indeterministas de reprovação moral, e tampouco com um sistema jurídico-penal preventivo por definição:

“se atribuye normativamente – en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición determinista – la (...) posibilidad de conducta conforme a Derecho. Si se parte de la base de que la cuestión del efectivo poder de actuar de otro modo sigue sin poder responderse, entonces tal concepto de culpabilidad resulta sin duda inadecuado para legitimar el que se cargue al sujeto con una retribución y reproches morales. El mismo sólo fundamenta el deber jurídicopenal de responder por la conducta social incorrecta y previene de ingerencias más intensas, que serían posibles en virtud de un puro Derecho preventivo”.⁶⁴

⁶⁰Ibid., p. 807-808.

⁶¹Ibid., p. 808.

⁶²Id.

⁶³Id. Aliás, como o próprio autor afirma, a maioria da doutrina jurídica contemporânea, mesmo indeterminista, assim entende em relação ao livre-arbítrio.

⁶⁴Ibid., p. 810.

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

Assim, afirma que “esse concepto de culpabilidad tiene la ventaja de que se corresponde con la concepción que restringe el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente”.⁶⁵ E “el concepto de culpabilidad aquí defendido se apoya, por tanto en una justificación social de la pena”,⁶⁶ assemelhando-se a concepções de alguns defensores da culpabilidade pelo caráter e ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs, porém, preservando melhor a função de “garante” do Estado de Direito do princípio da culpabilidade. Isto porque, ele não depende necessidades preventivas gerais ou especiais vagas e variantes, mas da capacidade do sujeito de se orientar conforme a norma, – critério suscetível de constatação científica – que põe um limite ao poder punitivo do Estado.

Quando um delinqüente por instinto passional ou patológico, não é suscetível à chamada da norma, no momento do fato, deve ser absolvido. As necessidades estatais, se legítimas para culminar em pena sobre este sujeito, devem fazê-la através de uma fundamentação adicional, que resulte numa medida de segurança, porém, isto não deve repercutir no conceito de culpabilidade.⁶⁷

Em síntese, a culpabilidade conceituada com base neste conteúdo material, conforme Santos, cumpre simultaneamente as tarefas de preservar a função de garantia política do princípio da culpabilidade, impondo limites ao poder punitivo do Estado, e de fundamentar a responsabilidade pelo comportamento anti-social. E importa reafirmar que a indicação da gênese desta responsabilidade pessoal não se fundamenta em pressupostos metafísicos indemonstráveis.⁶⁸

4.2 Posição da doutrina roxiniana na discussão sobre o conteúdo material de culpabilidade

O quadro a seguir demonstra graficamente a posição da doutrina de Roxin, em relação as demais teorias que tratam do fundamento da culpabilidade:

⁶⁵Ibid., p. 810-811.

⁶⁶Ibid., p. 811.

⁶⁷Id.

⁶⁸SANTOS, op. cit., p. 213.

FIGURA 1 - POSIÇÃO DA DOUTRINA ROXINIANA NA DISCUSSÃO DO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE



FONTE: PARMA, Carlos. *Culpabilidad*, p. 119

4.3 Exemplos da tese de Roxin

Parma cita exemplos elaborados por Roxin :⁶⁹

a) "Suponha-se que diante de um caso de iminente perigo de epidemia, se dita uma lei segundo a qual, sob sanção, todos estão obrigados a vacinar-se contra a cólera. Se alguém se nega a tomar esta vacina, por razões de consciência, *é culpável*⁷⁰. Porém, ele pode invocar uma garantia constitucional. Se se considerar a importância da garantia em face ao dano iminente, o sujeito pode ser desculpadado se sua negativa, por ser um caso isolado, não representar perigo à saúde pública. *Não existe necessidade preventiva de castigo, e isto permite a tolerância estatal e a exclusão da responsabilidade*".

⁶⁹PARMA, op. cit., p. 155-156.

⁷⁰Posto que reconhece a chamada da norma, – é capaz de autodireção – e é possível que se oriente conforme o Direito

O FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: A TEORIA DA DIRIGIBILIDADE NORMATIVA DE CLAUS ROXIN

b) “Este é um fato real: ‘membros de um movimento pacifista, para protestar contra o rearmamento, entraram em um terreno militar norte-americano abandonado, porém cercado, e puseram lá ovelhas e plantaram um bosque. Esta ação, independentemente de sua boa motivação, era lamentavelmente uma violação de domicílio punível, e por este delito, e pelos danos na cerca, os pacifistas foram castigados. Se segue-se minha concepção, se poderia haver concedido aqui uma exclusão de responsabilidade. *Mesmo que sejam considerados culpáveis, no sentido da lei*’⁷¹, e posto que se moviam no âmbito de proteção constitucional da liberdade de opinião e reunião, e que não se ocasionou um dano considerável, se lhes poderia ser concedida benevolência’.⁷²

4.4 CRÍTICAS À TESE DE ROXIN NA DOUTRINA BRASILEIRA

Dentre algumas críticas que se percebe nos manuais de Direito Penal brasileiros de mais recentes publicação, mencionam-se críticas à teoria da *dirigibilidade normativa*, seja em nome próprio, ou mencionando-se posições de terceiros.⁷³

Entretanto, a que mais chamou a atenção do autor deste trabalho foi a constante da obra de Zaffaroni e Pierangeli,⁷⁴ que consiste, da parte destes renomados juristas sul-americanos, na afirmação de que Roxin sustentou a fundamentação da culpabilidade em um mero critério político a partir da finalidade da pena (quando a pena não cumprir seu fim no caso concreto, já não teria sentido aplicá-la). No contexto, os autores consideram que esta fundamentação inverte a colocação geral da questão, pois o que se pergunta é se há delito para saber se deve-se aplicar a pena, e não o contrário.

Com relação a isto, cabe observar, que a crítica dirigida por aqueles juristas trata-se de um equívoco, pois, como vimos durante a exposição do conceito de culpabilidade para Roxin, e se clarificou através da apresentação dos exemplos, na verdade, para este autor, o fundamento da culpabilidade *não é o fim da pena*, mas sim o conteúdo da teoria da *dirigibilidade normativa*, em síntese, a capacidade de autodireção (elemento empírico) e a possibilidade de comportamento conforme ao Direito (elemento normativo). E ainda, para Roxin, à finalidade da pena, em sua ligação com a culpabilidade, cabe a esta um *eventual* favorecimento do agente, em função da inexistência de necessidade preventiva, e que isto se trata de um pressuposto adicional do que, segundo esta concepção, é chamado de *responsabilidade*, e não da culpabilidade, que se rege segundo a *dirigibilidade normativa*.

Deste modo, é digno de nota que a crítica apresentada por aqueles respeitados autores não se sustenta.

⁷¹Neste exemplo também são considerados culpáveis os agentes, em função da capacidade de orientação conforme a norma, como no exemplo anterior.

⁷²No sentido de exclusão de responsabilidade fundamentada na inexistência de necessidade preventiva.

⁷³Por exemplo, verificar SANTOS, op. cit., p. 213.

⁷⁴ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 611.

5 CONCLUSÕES

O tema é profundo, e pode suscitar discussões muito mais complexas, entretanto, pode-se observar que após séculos de evolução, de uma teoria que se encontra numa posição de destaque em um dos mais importantes ramos do Direito, a teoria do delito, podem haver ainda tantos focos de intrincadas controvérsias e crises dogmáticas insuperáveis.

Quanto a concepção roxiniana de culpabilidade, conforme apresentada, pode-se concluir, que se trata de um certo avanço em meio a muitos anos de debates controvertidos. É certo que qualquer conceito apresentado no âmbito de uma das ciências que residam no mundo do dever-ser, seja recebido com inúmeras contraposições de todos os lados⁷⁵, e isto é inclusive parte do processo natural de desenvolvimento do conhecimento humano.⁷⁶ Apesar disto, em especial pela interessante proposta para a solução de um problema que geralmente era debatido de posições extremadas, determinismo e indeterminismo, a apresentação de uma concepção de meio termo pode dar início a uma significativa evolução desta categoria do crime. Além do mais, merece consideração a doutrina de ROXIN, simplesmente por tentar preservar a função que cabe ao princípio da culpabilidade em um Estado de Direito, de limite ao poder de punir estatal. No tema do fundamento da culpabilidade, de acordo com o enunciado na teoria da *dirigibilidade normativa*, por todo o exposto, entende-se que ela é capaz de apresentar interessante proposta à definição do fundamento da culpabilidade, se aceitarmos que o direito deve permanecer à margem da disputa filosófica relacionada com a liberdade de determinação, adotando para o Direito, conceitos de possível explicação e orientados a garantia dos direitos mais caros ao homem e ao corpo social.

⁷⁵ROXIN, op. cit., p. 808-809.

⁷⁶MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 238-239.