

A FUNÇÃO DA CULPABILIDADE NO PENSAMENTO DE CLAUD ROXIN

THE FUNCTION OF CULPABILITY IN THE THINKING OF CLAUS ROXIN

Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira¹
Faculdade Damas

Resumo

O presente trabalho pretende discutir a função da culpabilidade na obra de Claus Roxin. O autor, em virtude da abertura proporcionada pela política criminal, pretende funcionalizar o conceito de culpabilidade inserindo-o dentro de um elemento mais amplo, a responsabilidade. Dentro do conceito de responsabilidade também faz parte como elemento a necessidade de pena, ou, melhor dizendo, a prevenção geral positiva. Assim, a culpabilidade ficaria reduzida ao papel de limitar o poder de punir do estado, estabelecendo apenas o limite máximo da pena privativa de liberdade aplicada no caso em concreto. Todavia, defende-se a hipótese que a função de contenção do poder de punir na visão do funcionalista é apenas simbólica e, no fundo, no momento da medida da pena, a culpabilidade é relegada a segundo plano e fica completamente submetida a questões de prevenção geral e especial.

Palavras-chaves

Culpabilidade. Roxin. Pena.

Abstract

The present work intends to discuss the function of culpability in the work of Claus Roxin. The author, by virtue of the openness provided by criminal politics, intends to functionalize the concept of culpability by inserting it within a broader element, responsibility. Within the concept of responsibility, the need for punishment, general positive prevention, is also part of the concept of responsibility. Thus, culpability would be reduced to the role of limiting the State's power to punish, setting only the maximum limit of the punishment in the particular case. However, the hypothesis is defended that the function of containing the power to punish in the functionalist's view is only symbolic and, at bottom, at the moment of the measure of punishment, culpability is relegated to the background and is completely rejected to questions of prevention general and special.

Keywords

Culpability. Roxin. Punishment

¹Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutor em Direito pela UFPE.

1. Introdução: a necessária vinculação entre o direito penal e a política criminal.

Ao discorrer sobre a culpabilidade, o sistema funcionalista estabelece uma mudança substancial em relação à desenvolvida pelo finalismo. Roxin nos chama a atenção para um aspecto bastante negligenciado pela doutrina até aquele momento: tínhamos elaborado construções dogmáticas altamente sofisticadas do ponto de vista sistemático, contudo não percebemos que o direito penal deveria ser moldado por questões de política criminal, seguindo aqui na contramão do clássico pensamento que tem em Franz Von Liszt o seu maior expoente².

O importantíssimo programa de marburgo³ é, muito provavelmente, a mais importante obra do penalista alemão, apesar de Roxin afirmar que a maior contribuição de Liszt para a dogmática do direito penal fora a separação entre ilicitude e culpabilidade. Todavia, é inegável que o imperialismo epistemológico que Liszt incorporou ao direito penal – a famosa “doutrina de Monroe” dos penalistas, ou seja, o direito penal para e, exclusivamente, para os penalistas, como já falava Nelson Hungria – chegou aos dias de hoje deixando marcas indeléveis. Sem dúvida, a obra de Roxin mostra as falhas de um pensamento dogmático que se enxerga como um sistema completamente fechado. O norte agora não estaria mais *a priori* colocado a nossa frente, como se o que necessitássemos fosse apenas lentes melhores, mais precisas e adequadas a enxergar a realidade tal como ela é, mas teríamos agora a responsabilidade de criar o próprio

² No tocante aos penalistas neokantistas, que têm em Mezger, talvez, o seu maior representante, a separação completa entre o direito penal e as outras ciências é operada com base na separação radical entre ser e dever-ser, o que gerou uma cisão metodológica entre as ciências naturais e as ciências culturais, permitindo dessa forma a construção de uma dogmática que se mantivesse completamente alheia a tudo que não fosse “de dentro do sistema”.

³LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el derecho penal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

norte, ou melhor, conduzi-lo, elaborar um sistema - ainda sim um sistema - e este precisa ser, pelo menos operacionalmente, fechado, porém com mecanismos para entrar em contato com o meio circundante, tornando-se, assim, apto a estar em constante aprendizagem. Contudo, o suspiro que o funcionalismo de Roxin permitiu para o direito penal foi somente um pequeno fôlego no oceano no qual se afundou a nossa dogmática penal. Pensar num direito penal orientado em termos de política criminal exige um aprofundamento maior que o oferecido pelo funcionalista, que se manteve comprometido apenas em inserir as finalidades da pena, primordialmente a necessidade de prevenção geral positiva, como elemento da sua política criminal para direito penal⁴.

E foi trabalhando essencialmente – sem exclusividade, vale ressaltar - com a prevenção geral positiva que permitiu a Roxin criar a sua doutrina funcionalista para o direito penal. Não é tema do artigo aprofundar uma crítica epistemológica as bases do funcionalismo teleológico ou mesmo suscitar aporias e questões primordiais a prevenção geral positiva, todavia uma breve exposição panorâmica das fraquezas é inexoravelmente imperiosa. Reduzir a abertura que o direito penal ganha com o argumentação precisa e oportuna que Roxin possibilitou, é voltar a se asfixiar nas águas profundas que estávamos outrora. A dogmática penal não pode prescindir das valiosas e ricas informações que a criminologia, a política, a sociologia e, principalmente, a filosofia pode oferecer aos nossos juristas. E aqui esperamos que se torne mais clara a nossa afirmação sobre a importância da obra de Liszt nos dias atuais. Sem dúvida a contribuição dogmática para a teoria do delito do mais famoso teórico do causalismo penal é marcante, mas o isolamento de naufrago que impomos ao direito penal até a atualidade, demonstra uma influência ainda mais peremptória do pensamento de Franz Von Liszt. Vivemos numa ilha remota, com muito pouco contato com o mundo a nossa volta, e o funcionalismo teleológico pouco contribuiu para uma mudança de

⁴ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

rumo, visto que apenas inserir necessidades estatais dentro da teoria do crime é grosseiramente reduzir a abrangência e a profundidade que poderíamos imprimir às construções teóricas da dogmática penal. É como se fornecêssemos um óculos com um grau completamente diferente a uma pessoa com grave problema de miopia. Sem dúvida alguma, o nosso míope “enxergaria um pouco melhor” com as novas lentes, mas deixaria de observar uma quantidade infundável de circunstâncias a sua volta, melhor dizendo, não perceberia o “mundo de informações” acessível a ele por não conseguir avistar um palmo a frente do nariz. A política criminal de Roxin é exatamente essa lente inadequada!

2. A superação da culpabilidade finalista no funcionalismo teleológico: o surgimento do conceito de responsabilidade.

A despeito da teoria do crime, o arcabouço teórico funcionalista cria o conceito de responsabilidade, que abarcaria, em alguns aspectos, a culpabilidade normativa de Welzel – sem, contudo, adotar o livre arbítrio como fundamento material – e a necessidade de pena a partir do conceito de prevenção geral positiva. O caso legalmente previsto e utilizado por Roxin para legitimar a inclusão desse novo elemento é elucidativo, uma vez que a justificção para a regra que exclui a punição nos casos de excesso nas causas de justificção quando este ocorre por perturbação, medo ou susto demonstra a fragilidade do conceito finalista em explicar satisfatoriamente essa hipótese. A argumentação proposta deixa claro que o conceito de exigibilidade finalista não consegue justificar a exclusão da culpabilidade no caso narrado de excesso por perturbação, medo ou susto, permitindo introduzir a ideia que o crime seria excluído em virtude de questões de prevenção geral positiva.

Sem dúvida o funcionalista alemão mostra as deficiências do fundamento da exigibilidade construída por Welzel, o que vai levá-lo, inclusive, a posteriormente criticar o fundamento material do finalismo, baseado no controverso conceito de livre arbítrio. A versão finalista do livre arbítrio, por não criar sequer parâmetros

fiáveis para tornar previsíveis os casos de exclusão da exigibilidade, permitiu a argumentação que a exclusão do excesso punível por perturbação, medo ou susto não teria explicação por uma suposta falta de autonomia da vontade. É a falta de necessidade preventiva que levaria a exclusão da responsabilidade penal do agente, diria Roxin. Ao desenvolver o conceito de responsabilidade, o autor acaba por diminuir a funcionalidade da culpabilidade dentro da teoria do delito e da pena. Inaugura-se aqui, por exemplo, a ideia que a culpabilidade só poderia funcionar como limite máximo da pena, mas nunca como critério fundamentador. A medida da pena seria feita também com base em questões preventivas, porém, e aqui ainda nos rastros de Von Liszt, não com suporte na prevenção geral positiva, e sim na antiga prevenção especial positiva, a caquética ideia de ressocialização⁵. Por outro lado, a culpabilidade também perde a sua exclusividade na teoria do delito, pois, agora, passa a ser apenas mais um elemento dentro de um conceito maior, o já citado conceito de responsabilidade. Nesse momento, vamos nos ater as relações entre culpabilidade e pena.

A exclusão da culpabilidade como fundamento da medida da pena, segundo Roxin, deve-se, entre outros fatores, a ideia religiosa e metafísica inerentes ao conceito de retribuição e livre arbítrio que estão atrelados indivisivelmente ao conceito finalista de culpabilidade. O critério para aferir a pena, dentro de um estado laico e democrático de direito, não pode se basear em critérios não empíricos e sem o mínimo de comprovação para sustentar uma decisão democrática e legítima no âmbito penal⁶. A crítica – a qual também é tentadoramente passível de censura – acabou por ganhar força na doutrina e colocou em xeque a teoria finalista, quer dizer, a culpabilidade como critério medidor e fundamentador da pena. Inegavelmente o arcabouço teórico finalista permitiu a dura crítica a um dos seus mais importantes pilares, pois a busca por critérios

⁵ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion en el derecho penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

⁶ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion en el derecho penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

seguros e imutáveis no ser humano, como o conceito de liberdade da vontade inerente a todo homem, demonstrou-se, pouco a pouco, de difícil operacionalização e, primordialmente, inapta a criar uma jurisprudência coerente e previsível. Se o livre arbítrio é inerente a todos os seres humanos, diria os funcionalistas, então é possível medir concretamente, caso a caso, a maior ou menor liberdade do agente examinado, o que acaba por não se confirmar na prática, já que o critério – pelo menos para a maior parte dos doutrinadores que se dizem finalistas – é generalizador, ou seja, não se examina a maior ou menor exigibilidade a partir do ser humano em concreto, de quem efetivamente participou do evento narrado no processo⁷. O critério é normativo a partir da baliza traçada pela figura do homem médio, como defendido inclusive por Welzel. Nesse espeque, fica claro que a falta de comprovação empírica do livre arbítrio é apenas um pequeno e pouco importante aspecto da questão. O nó-górdio do problema da exigibilidade – e, portanto, do livre arbítrio - do finalismo sempre esteve na dificuldade em criar critérios normativos minimamente seguros que justifiquem as opções teóricas desse pensamento sem que este entre em contradição, pois o finalismo nunca tematizou apropriadamente quais eram os limites, o alcance e os critérios de um exame com base no homem médio⁸. Mas voltemos a teorização de Roxin e as suas consequências dogmáticas.

⁷Vale ressaltar que o posicionamento esposado não era unanimidade na doutrina. Freudenthal, por exemplo, defendia um critério individualizador, quer dizer, deveria-se examinar o agente em concreto, aquele que participou diretamente e efetivamente dos fatos ocorridos. Cf. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: Editora BdeF, 2006.

⁸A quantidade absurda de decisões díspares entre si que facilmente encontramos corriqueiramente no dia a dia dos tribunais brasileiros demonstram, na prática, a falha apontada. Já se decidiu, inclusive, que seria inexigível um comportamento diverso do agente que falsifica documento público com o intuito de viajar para o exterior em busca de melhores condições de vida (RT 787/721 e RT 770/700, ambos do TRF 2ª Região). É muito complicado argumentar que, no exemplo dado, o agente teria a sua liberdade de vontade atingida, ou sequer diminuída,

Nesse sentido, podemos afirmar que em termos gerais o funcionalismo de Roxin passou a tratar a culpabilidade apenas como limite superior da pena privativa de liberdade. Ela funcionaria como garantia que nenhuma necessidade preventiva, por maior que seja, possa sobrepujar o máximo de pena que seria adequada à culpabilidade pessoal. Em virtude disso, o penalista alemão é bastante citado por uma suposta preocupação garantista louvável, já que colocaria limites inultrapassáveis ao poder de punir do estado. Porém, uma questão assaz relevante não foi apropriadamente discutida pelo próprio Roxin, refere-se aos critérios para definir a magnitude da culpabilidade do agente⁹. É certo que não estamos defendendo ser possível uma medição matemática, longe disso. Mas simplesmente afirmar que “ a pena adequada a culpabilidade serve a prevenção geral no sentido que a condenação seja recepcionada pela sociedade como justa e adequada, ajudando a estabilização da consciência jurídica geral”¹⁰, não é suficiente para considerar a culpabilidade como limite ao poder de punir, primordialmente quando é notável a influência da mídia¹¹ sobre a população, o legislativo e o judiciário. Na prática, e o nosso artigo 59 é uma prova viva, a culpabilidade é apenas um pequeno fator, e, podemos dizer, de menor importância – basta uma perfunctória análise da nossa doutrina quanto a discussão jurídica sobre as relações entre culpabilidade e pena - na medição da sanção penal, sendo constantemente deixada de lado por questões propriamente de prevenção geral e especial, que são, nesse sentido, os principais

pelas circunstâncias do caso em concreto, o que deixa claro a falha do finalismo em definir parâmetros normativos adequados para se examinar a exigibilidade.

⁹O mesmo poderia ser indagado quando Roxin estabelece que a pena deveria ser medida em termos de prevenção especial positiva. Novamente, vale ressaltar, não se exige aqui critérios exatos, mas a total falta deles é uma falha imperdoável e juridicamente insustentável.

¹⁰ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion en el derecho penal**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 97-98.

¹¹ZAFFARONI, Eugenio. **Em busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar Editora, 1998.

fundamentos utilizados pelos julgadores brasileiros, traduzidos como antecedentes, conduta social e personalidade, por exemplo.

3. Conclusão: a culpabilidade na visão funcionalista de Roxin como limitação simbólica do poder de punir do estado.

Tal como Welzel e o finalismo, Roxin não nos fornece critérios minimamente tangíveis para aferir a culpabilidade do agente, o que na prática nos leva apenas a uma limitação puramente simbólica do poder de punir do estado. Não fornecer o limite máximo para uma pena privativa de liberdade é permitir uma pena medida apenas por critérios preventivos e legitimada persuasivamente por uma culpabilidade que supostamente funcionaria como uma barreira de contenção inultrapassável. E é o próprio autor que permite a conclusão quando afirma textualmente que: “ Não obstante, a culpabilidade para a fundamentação da pena e a culpabilidade para a medição da pena não estão completamente separadas uma da outra. A dirigibilidade normativa, que decide sobre a culpabilidade para a fundamentação da pena, repercute, (...), também na culpabilidade para a medição da pena”¹².

Se a culpabilidade no seu aspecto material influencia o grau da culpabilidade como medida da pena, isso significa que a dirigibilidade normativa é um elemento passível de medição e que influencia diretamente o limite máximo da pena. Nesse sentido, Roxin precisaria desenvolver, para manter a coerência com o seu próprio discurso, critérios para aferir o maior ou menor grau da dirigibilidade normativa. Contudo, o autor quando discorre sobre o fundamento material da culpabilidade, não traz elementos suficientes que garantam o controle judicial no momento da medição da pena. Roxin explica o que significa dirigibilidade normativa e argumenta sobre a possibilidade de harmonização deste conceito com a ideia de livre arbítrio, mas não estabelece, em

¹²Roxin, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 814.

nenhum momento, os fundamentos para indicar o grau de dirigibilidade normativa nos casos em concreto.

Assim, e o direito brasileiro é um importante sintoma, temos apenas decisões judiciais que se justificam como limitadas pela culpabilidade do agente, não obstante, na prática, somente elementos preventivos foram tomados em consideração no momento de dosar a sanção penal, o que resplandece o caráter apenas retórico e vazio que o conceito de culpabilidade acaba cumprindo no momento da medida da pena, legitimando – sem limitar – a intervenção estatal desmedida e violenta.