

CULPABILIDADE, PENA E PROPORÇÃO:
UMA RELAÇÃO SIMBIÓTICA
CULPABILITY, PUNISHMENT AND PROPORTION:
IT'S SYMBIOTIC RELATIONSHIP

*Matheus Henrique Santos Ferreira*¹

PUC Minas

*Leonardo Marcel de Oliveira*²

PUC Minas

*Guilherme Coelho Colen*³

PUC Minas

Resumo

A culpabilidade é vista como um princípio e como um dos elementos do crime. Ao estudar este instituto, podemos observar a importância de sua compreensão, pois ele é o único dos elementos do sistema tripartido do delito que se volta para a pessoa humana. Daí emerge outra função da culpabilidade: ser a medida da pena.

Palavras-chave

Culpabilidade. Pena. Pessoa.

Abstract

Culpability is seen as a principle and as one of the elements of crime. In studying this institute, we can observe the importance of its understanding, since it is the only one of the elements of the tripartite system of the crime that turns to the human person. Hence emerges another function of guilt: being the measure of punishment.

Keywords

Culpability. Punishment. Person.

¹ PUC Minas

² PUC Minas

³ Professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas. Diretor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

1. INTRODUÇÃO

A culpabilidade é definida como a reprovabilidade pessoal do injusto. É um juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato, que, tendo a possibilidade de agir conforme o Direito age de forma contrária a ele. A base dessa reprovação é feita através da consciência da antijuridicidade.

A culpabilidade se mostra como o mais importante elemento do conceito de delito, que garante ao agente criminoso a proporcionalidade da pena. Além disso, a culpabilidade como um princípio visa coibir a responsabilidade objetiva e a responsabilização pela simples produção do resultado e a aplicação da pena pelo fato e não pelo autor do fato.

A pesquisa parte do conceito de culpabilidade para realizar a investigação pormenorizada de seus elementos. Assim, vê-se que a função dela não se esgota em reunir a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência de antijuridicidade, mas se traduz em muito mais. Com efeito, ao realizar a censura sobre a pessoa, à culpabilidade torna-se a um só tempo o princípio do Direito Penal e a medida da pena.

2. CULPABILIDADE

A culpabilidade deriva da noção de censura pessoal (MAURACH, 1962, p.13). A palavra “culpada” carrega uma carga axiológica negativa, por referir-se a um juízo de reprovação que se faz ao autor de um fato, ademais, é um elemento importante e necessário para a estruturação de um crime, já se disse que o futuro do direito penal é o futuro da culpabilidade (LISZT, s.d., p.390).

Neste sentido, como diz Bitencourt (2006, p.256), a atual concepção tripartida do delito, realizada por Luden em meados do século XIX, posteriormente sistematizada por Von

Liszt e Beling, tido como fato típico, antijurídico e culpável, é produto da mais recente doutrina, já que no passado conhecia-se o Direito sob a óptica de dois pilares: imputação ao fato e imputação de direito.

A importância da culpabilidade como categoria autônoma no sistema do delito foi fundamental para a dogmática penal que caminha no sentido de um direito penal humanitário e garantista, a tal ponto que a doutrina chega a afirmar que a distinção entre antijuricidade e culpabilidade foi a principal conquista da ciência penal alemã, que foi elaborada, ainda no século XIX, por Liszt.

Em suas palavras Siqueira (2016, p71) esclarece que:

A separação entre ilicitude e a culpabilidade só foi possível em virtude da ideia de Liszt de colocar o conceito de ação como pedra angular da teoria do delito, onde a conduta humana funcionaria como um conceito de enlace entre os elementos do crime. O definia o ato como conduta voluntária que causa uma modificação no mundo exterior. Num primeiro momento, a ideia de ato pressupõe a manifestação da vontade, isto é, livre de violência física ou psicológica e motivada pelas representações.

É importante salientar que Liszt, como todos os causalistas, faz uma separação entre a manifestação da vontade e a vontade propriamente dita (LISZT, s.d., p.410). Segundo os adeptos dessa corrente, a manifestação da vontade significa apenas o impulso da vontade, ou, para ficar mais claro, um movimento voluntário isento de coação. Já o conteúdo da manifestação da vontade, não era analisado na ação, e sim num momento posterior.

Do conceito de ação de Liszt podemos extrair três elementos primordiais, quer dizer, a manifestação da vontade, o nexos de causalidade e o resultado. A relação entre o resultado e a manifestação da vontade pode existir objetivamente e subjetivamente. No seu aspecto objetivo, a relação entre os elementos existe em face de o resultado ter sido causado ou não

impedido pela manifestação da vontade, examinado a partir da relação de causalidade. Já sob o prisma subjetivo, a relação se afirma quando o agente, no momento da manifestação da vontade, previu ou poderia prever o resultado, ou, no dizer de Liszt, quando culpavelmente o agente causou ou não evitou o resultado, conjugando aqui os elementos dolo e culpa.

Dessa forma, tínhamos de um lado a ilicitude que possuía caracteres unicamente objetivos, sendo entendida como um ato, no seu aspecto objetivo, contrário ao direito, e a culpabilidade que é criada e desenvolvida como detentora apenas de elementos subjetivos, sendo assim, uma relação psíquica que ligaria o autor ao fato criminoso.

Sem sombra de dúvidas a concepção causalistas e as suas variações foram importantes na construção dogmática da teoria do delito como a que temos nos dias de hoje, todavia, ao longo do século XX e também no século atual, a culpabilidade passou por várias modificações que acabaram por transformá-la em um conceito muito complexo e repleto de alternativas.

Com a concepção normativa, superando, assim, a ideia original de Liszt, deixamos de lado um conceito meramente descritivo para termos uma culpabilidade normativa que tem como base a reprovabilidade, permitindo, dentre outros fatores, a possibilidade de graduação, iniciando, de forma decisiva, uma íntima relação com a aplicação da pena.

As primeiras escolas de Direito Penal esforçam-se para chegar a uma teoria realmente adequada para tratar dos delitos, imbuídas pela necessidade de se humanizar a pena e aplica-la de modo proporcional.

Dessa maneira, dentro dos vários períodos do Direito Penal, vários foram os conceitos elaborados acerca do delito.

Pertinente é a lição de Bitencourt (2014 p389).

Foi Ihenring, em 1867, que desenvolveu o conceito de antijuricidade objetiva para o Direito Civil, mas a adequação desse instituto para o Direito Penal foi obra de Liszt e Beling, com o abandono da antiga teoria da imputação. A elaboração dos primeiro

contornos do conceito de culpabilidade coube a Merkel, que conseguiu reunir dolo e culpa sob o conceito de determinação de vontade contrária ao dever. A tipicidade foi o último predicado que se somou na construção da forma quadripartida do conceito de delito, permitindo o Beling, seu autor, formular a seguinte definição: “delito é a ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições da dita penalidade”.

Uma observação sobre o referido texto é que a definição de crime nele apresentada é fruto da elaboração das teorias alemãs, construídas na segunda metade do século XIX. Nesse interim, temos o atual conceito de crime como ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, em nada mudou o conceito. O que mudou de lá pra cá foi à forma de como esses elementos são encarados na nova perspectiva do Direito Penal.

Porém, como bem ensina Greco (2009, p142), que nosso Código Penal não nos fornece um conceito de crime, sendo, portanto, o mesmo, um conceito eminentemente jurídico, vez que não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador.

A base do direito penal moderno está vinculada aos princípios jurídicos. Os países que possuem um direito penal focado nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana não toleram mais a punição do agente sem limitações da individualização da pena. Os princípios estão no ordenamento jurídico como norte de uma limitação ao poder estatal. Os princípios do direito penal funcionam como instrumentos de proteção do indivíduo em face do “*Jus puniendi*” Estatal inibindo a vingança e as penas sem critérios pré-legitimados.

Desta visão de princípio como base de uma estrutura social moderna. O princípio da culpabilidade vem a ser intitulado como “*nullum crimen sine culpa*” isso quer dizer que não há crime se não houver reprovabilidade do fato. Visa coibir a responsabilidade objetiva e a responsabilização pela simples produção do resultado e a aplicação da pena pelo fato e não pelo autor do fato.

Em linhas iniciais o princípio da culpabilidade é um limitador do “*Jus puniendi*” estatal, um limitador da arbitrariedade que em tempos passados foi justificativa para se aplicar a tortura em busca da verdade real.

Embora, que a culpabilidade impõe ao Estado uma limitação de punir se torna mais ficta do que propriamente real, tendo em vista como se configura a reprovabilidade e o juízo de valor dela derivado, vez que aquilo que é reprovável ou não já está previamente determinado pelas próprias estruturas do sistema jurídico penal, em contraposição ao afirmado pela doutrina tradicional que diz que a reprovabilidade depende da análise do caso em concreto, o eu permitiria uma exculpação de inúmeras e incontáveis hipóteses não previstas pelas próprias estruturas do sistema penal. Vimos que essa afirmação, apesar de amplamente e exaustivamente difundida, não condiz com a realidade, a partir de uma diagnose do sistema penal (SIQUEIRA, 2016, p.87).

A limitação é criada pelo próprio sistema jurídico, que define previamente, a partir das suas estruturas, que comportamentos são dignos de aplicação da pena. É claro que somente com a concepção normativa da culpabilidade podemos ter essa delimitação, o que era impossível na concepção psicológica.

Nessa ótica, a culpabilidade como princípio de Direito Penal revela o ensinamento de Brunoni, passado ao leitor no início das considerações acerca do tema, ou seja, o princípio da culpabilidade implica no reconhecimento de que não cabe imposição de pena alguma se não concorrer culpabilidade no autor. Desse modo, revela-se a importância do Princípio da Culpabilidade no atual manuseio Direito Penal como instrumento de repressão e atuação do *jus puniendi*, já que no Estado Democrático de Direito deve prevalecer à humanização do Direito, ratificando a dignidade da pessoa humana como fundamento do mesmo.

Deste modo, Brandão (2008, p201), endossa de forma que:

Ademais, a culpabilidade como fruto do Direito Penal Subjetivo significa dizer que não mais existe a

responsabilidade penal objetiva no sistema penal, em que não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano.

A culpabilidade, como um dos elementos que compõem o conceito de crime, é a reprovabilidade pessoal da conduta ilícita. É um juízo de reprovação que recai sobre o autor do fato, que, tendo a possibilidade de agir conforme o Direito age de forma contrária a ele.

É nesse liame que a culpabilidade se mostra como o mais importante elemento do conceito de delito, pois que garante ao agente criminoso a proporcionalidade da pena, afastando-se assim a ideia de culpabilidade como pressuposto da pena, como defende alguns doutrinadores.

Nesse espeque, quando falamos a relação existente entre culpabilidade e medida de pena, é necessário fazer a distinção entre ambos, pois no âmbito do finalismo, estudam-se os seus pressupostos – imputabilidade, potencial consciência da antijuricidade e exigibilidade de conduta diversa – que afirmam ou não a existência de uma ação culpável (SIQUEIRA 2016, p72).

Já como medida da pena, entendemos a culpabilidade como um elemento que indicam quais são os fatores que possuem relevância para a magnitude da pena no caso em concreto. Dessa forma, aderimos ao entendimento de Juarez Cirino quando afirma que o legislador pátrio, bem como a doutrina que segue esse entendimento, comete uma impropriedade metodológica ao definir a culpabilidade, no momento da aplicação da pena, como uma simples circunstância judicial (SIQUEIRA 2016, p73).

Então, distinguir a culpabilidade como elemento do crime da culpabilidade para a medida da pena não quer, de forma alguma, insinuar que tais conceitos são totalmente separados um do outro, pelo contrário. O elo que os liga está no conceito material de culpabilidade, uma vez que esse elemento é primordial para própria existência do crime, e, em virtude da sua possibilidade de gradua-

ção, pode levar a uma diminuição da culpabilidade e, por conseguinte, da pena.

A inclusão da culpabilidade no conceito analítico de crime tem como objetivo afastar do Direito Penal a responsabilidade objetiva, já que, a transportar para fora do conceito de crime, colocando-a como mero pressuposto da pena, seria não fazer o juízo de reprovação sobre o autor no momento da ação.

2.1. Trajetória teórica da culpabilidade

2.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

A primeira teoria conhecida na doutrina é a teoria psicológica da culpabilidade. Segundo Zaffaroni, a culpabilidade, vista sob a óptica da teoria psicológica, era tida como a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, sem qualquer elemento normativo, mas apenas com uma pura descrição de uma relação.

Porém tal teoria se mostrou falha, na medida em que não conseguiu explicar outros fenômenos delituosos, como a culpa inconsciente, como mostra Veloso (2008 p133).

Essa teoria não respondeu a todas as indagações a respeito das relações psicológicas do evento delituoso com o seu autor, como defende Jescheck e Weigend, segundo o qual tal concepção psicológica logo se mostrou insuficiente, porque não dava respostas às questões de quais relações psíquicas deviam considerar-se relevante jurídico-penalmente e porque sua presença fundamenta a culpabilidade e sua ausência a exclui. Assim, não se poderia explicar por que, ainda quando o autor atuou dolosamente e produziu uma relação psíquica com o resultado.

Assim, Liszt expressa claramente esta concepção. Para o autor “o dolo, pois, deve definir-se, em primeiro lugar, como a representação do resultado, que acompanha a manifestação de vontade” (BRANDÃO 2014, p172), não sendo necessária a consciência

da antijuricidade. Então neste conceito, pois, os dois elementos acima descritos: a representação do resultado expressa o elemento intelectual do dolo e a manifestação de vontade expressa o elemento volitivo do dolo.

Possuir o status de científico levava necessariamente, em virtude dos imperativos da época, a criação de um conceito de culpabilidade que se diferenciasse dos demais elementos do crime, notadamente, nesse caso, da antijuricidade. O ambiente da época influenciou uma construção da teoria do delito que partia de uma divisão em duas partes que se manifestavam separadamente em face da percepção pelos sentidos, quer dizer, a parte externa e a parte interna.

A autonomia da culpabilidade dependia da sua capacidade de se manter separado conceito de ilicitude, levando, o que não poderia ser diferente, a uma concepção psicológica da culpabilidade. Assim, as exigências do ambiente positivista da época restariam cumpridas (SIQUEIRA 2016, p74).

Ao discorrer sobre essa teoria, afirma Asúa (1945 p447):

Que não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente, mas é imprescindível que se encontre uma ligação subjetiva, quer dizer, uma relação entre o fato e o seu autor. Dessa forma, o dolo e a culpa ganham um especial relevo dentro da concepção psicológica, que são considerados como espécies do gênero culpabilidade.

Todavia, deve-se ressaltar que não era unânime a exclusão da consciência da ilicitude da teoria do delito, pois alguns afirmavam a necessidade de sua presença no dolo sendo este conhecimento da lei um requisito do dolo exigido apenas na sua forma potencial.

A culpabilidade é um dos caracteres do crime e que é produto de um longo desenvolvimento ainda inacabado, e o seu aperfeiçoamento mede o progresso do direito penal. Por fim, o

autor chega ainda a afirmar que sem culpa não é possível aplicar uma pena privativa de liberdade.

Percebe-se que esse conceito é descritivo e uma mera imputação subjetiva, o que não permite a quantificação da culpabilidade e, por conseguinte, é imprestável na medida da pena privativa de liberdade. Apesar dos adeptos da concepção psicológica afirmar que a medida é possível, tendo em vista que as espécies de culpabilidade – o dolo e a culpa – levam a uma gradação, pois o dolo é mais grave do que a culpa, o que não deixa de ser correto, é importante salientar que dentro dessa teorização, mais do que espécies ou graus de culpabilidade, estamos tratando de distintas culpabilidades, o que nos leva a afirmar que não se pode falar de maior ou menor culpabilidade.

Essa crítica acaba por mostrar à fragilidade da concepção psicológica no tocante a medida da culpabilidade e, evidentemente, da pena, pois falar de graduação por dolo ou culpa, dentro dessa teoria, não quer dizer em medição da culpabilidade, e sim, diferentes culpabilidades, o que não é a mesma coisa.

Por outro lado, a concepção psicológica da culpabilidade não é capaz de frear o poder punitivo do Estado, muito pelo contrário, acreditamos que esse conceito estava orientado para uma defesa social, não cumprindo qualquer função de garantia.

Nesse sentido, a necessidade de defesa social estava realmente muito presente nos doutrinadores da época, a tal ponto que uma culpabilidade diferente da criada se tornaria disfuncional para os objetivos almejados. Liszt afirma que a agravação da reincidência, em termos de gradação da sanção penal, leva em consideração, não só o fato a julgar, senão também a sua história, não só o resultado material, senão também e em primeiro lugar a intenção delituosa do agente.

Essa citação reflete bem os objetivos da teoria psicológica, como dissemos acima. E muito mais. É perceptível, ainda que não assumida claramente, a influência do pensamento do positivismo criminológico italiano, até porque não temos uma culpabilidade que julgue o autor pela ação delituosa que cometera, e sim, uma apreciação primordialmente

sobre o indivíduo, ou como diz Liszt, sobre a sua história (SIQUEIRA 2016, p76).

Conclui-se, portanto, que nesta teoria a metodologia naturalística aplicada despe a culpabilidade dos elementos normativos. Ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuricidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato.

2.1.2 Teoria psicológico-normativo da culpabilidade

Deveu-se a Frank, em 1907, de forma vaga e difusa a formulação da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a qual foi aperfeiçoada por Mezger e Goldschmidt, dando linhas científicas ao conceito de culpabilidade. Todavia, no caminho traçado por Asúa, não podemos falar em apenas uma teoria normativa, porém, de várias teorizações. Sendo assim, e é imprescindível ressaltar, não vamos nos preocupar especificamente com as diferenças entre as diversas teorias normativas, mas as suas relações no tocante à aplicação da pena, mostrando o discurso oficial de cada uma das teorizações e desvelando consequências, apesar de não manifestas.

É aqui, talvez, que ressalta a relação entre a concepção normativa da culpabilidade e a aplicação da pena, é importante salientar dizer que nessa teoria é garantista, tendo em vista o seu potencial de limitar e justificar racionalmente o poder de punir do Estado e por consequência da pena privativa de liberdade (SIQUEIRA, 2016, p76).

Entretanto, esses mesmo aspectos considerados como garantistas, podem servir para fins que aumentem a violência e a discriminação operadas pelo sistema penal, ou seja, é possível que as variantes dessa concepção preste um desserviço aos mesmos objetivos almejados, incluindo aqui posicionamentos que manifestamente declaram que a culpabilidade não deve justificar o poder de punir do Estado, mas apenas limita-lo (SIQUEIRA 2016, p76).

A partir dessa teoria, a culpabilidade recebe mais uma característica, ou melhor, mais um atributo, passando, o valor a ingressar em seu âmbito, de modo que dolo e culpa deveria ser valorada normativamente. Nesse diapasão passou-se a censurar o fato, se, de acordo com as circunstâncias, se pudesse exigir do autor do fato, conduta de acordo com o Direito.

Nesse sentido, assinala Brunoni (2008, p143).

O Primeiro passa para uma concepção normativa de culpabilidade foi dado por Frank, que concebeu por primeira vez a culpabilidade como “reprovabilidade” do fato. A culpabilidade assim entendida se caracteriza por um juízo de censura ao sujeito que realizou um injusto, que consiste em analisar até que ponto e em que condições sua atitude interior é reprovável por ter-se oposto ao dever.

Assinala Brandão (2008, p207) que “É pela relevância dada à consciência da antijuricidade que a culpabilidade deixou de ser um puro nexos psicológico para ser um juízo normativo”. O que se pretende dizer com isso é que além de dolo e culpa, há outros elementos que devem ser considerados, tais como a reprovabilidade sobre o fato, ou mesmo a consciência da ilicitude da conduta, ou, ainda, as circunstâncias do fato.

Vale salientar, como faz Brandão, “Que a culpabilidade não deixa de ser “psíquico”, o que ocorre, por certo, é que a partir de Frank esse mesmo “fato psíquico” não vai ser mais descrito ou explicado, e sim, valorado pelo sistema jurídico”, a partir dos valores, e isso é fundamental para a nossa crítica posterior, estabelecidos pelo próprio sistema.

Assim se expressa por um exemplo, um caixeiro de um comércio e um portador de valores realizam, cada um pelo seu lado, uma defraudação. Este último possui uma boa vida e não tem família, mais vários amores suntuosos. O primeiro, por outro lado, vive apenas a vida, tem uma mulher enferma e vários filhos pequenos. Apesar de cada um deles saber que se apropriou ilicitamente

de dinheiro alheio, com relação ao dolo não existe diferença alguma.

Após citar esses dois casos, Frank começa a desenvolver a ideia que a categoria culpabilidade é algo muito maior do que dolo e a culpa, pois como se percebe dos exemplos supracitados a culpabilidade do caixeiro seria menor em relação ao portador de valores, tendo em vista as circunstâncias concomitantes que são as relações nas quais se encontrava o autor no momento do fato, que obviamente, não são abarcadas pelo dolo.

Desta forma, Siqueira (2016, p78) diz que:

A culpabilidade passa a girar em torno do conceito de reprovabilidade ou, melhor dizendo, um juízo de reprovação ao executor do fato. Para se falar de culpabilidade, além do elemento subjetivo – dolo e culpa – e da imputabilidade, é necessário o juízo de reprovabilidade, que é feito valorando a normalidade das circunstâncias que levam um aumento, diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade.

Nesse ponto surgem duas questões interessantes: a primeira se refere ao conceito de situação de normalidade; a segunda, e talvez a mais importante, é quem define essa normalidade ou não. No tocante a primeira indagação, Frank responde falando sobre o que é situação de anormalidade, definindo-a como as circunstâncias concomitantes que para o autor significam um perigo.

Frank, depois de falar sobre normalidade ou não das circunstâncias concomitantes, afirma que alguém poderia se opor a ideia de que uma situação de perigo pode levar a exclusão da reprovabilidade, argumentando no sentido de que esse conceito não conseguiria explicar a punição para o excesso na legítima defesa, onde a situação de excepcionalidade ou de risco é evidente.

O autor nos dá uma contribuição valiosa, tendo em vista que ele argumenta no sentido que é o legislador que determinam quais são as circunstâncias concomitantes e em que grau estas devem se dar para serem consideradas como anormais e, portanto, passíveis de excluir ou diminuir a culpabilidade, já que a ideia cen-

tral permanece idêntica, a de que não se pode reprovar o autor por algumas ações realizadas sob circunstâncias de certa anormalidade.

Falando de direito penal, a culpabilidade – que passa a ter um cunho ético indisfarçável – passa a ser o elemento de valoração feito pelo julgador, que passa a examinar, a partir das escolhas feitas pelo próprio sistema, se a conduta é digna de ser reprovada ou não. Freudenthal já afirmava que o direito é o mínimo ético e que a reprovação depende desse conceito, pois, em alguns casos onde não é possível a reprovação ética, não será igualmente possível a reprovação jurídica.

A questão aqui seria a relação entre a culpabilidade normativa e a medida da pena, pois, ao que parece maior será a culpabilidade quanto mais se afasta a conduta – ou poderia dizer a personalidade – dos parâmetros éticos definidos pelo direito, levando, dessa maneira, a uma pena maior. O Inverso também seria correto, ou seja, quanto mais próxima é a conduta dos valores éticos estabelecidos, menor é a culpabilidade e a pena, podendo, inclusive chegar a sua exclusão.

Esses elementos foram frutos de aperfeiçoamento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, feito por outros grandes doutrinadores do Direito Penal, pois, conforme afirma Brunoni (2008, p144-147), Frank concebeu a culpabilidade como reprovabilidade, Goldschmidt, por sua vez, analisou a culpabilidade sob o prisma da contrariedade ao dever.

Nesta toada expressa Goldschmidt (2002, p91-92) que:

A reprovabilidade sobre a conduta é feita a partir da distinção entre norma jurídica e norma de dever. Enquanto a norma jurídica determina uma conduta externa conforme essa norma, a de dever exige que o particular se motive pelas representações de valor jurídico, e não por motivos opostos, sendo a culpabilidade uma vinculação normativa de um fato psíquico, onde os estados anímicos seriam colocados dentro de uma escala de valores.

Segundo Cirino, a distinção operada por Goldschmidt entre norma jurídica e norma de dever, possibilitou fundamentar a reprovação do autor na consciência da antijuricidade do tipo de injusto realizado e, da mesma forma, basear a exigibilidade de motivação conforme a norma de dever na normalidade das circunstâncias do fato.

No entanto, isso não quer dizer que a teorização de Goldshmidt supera as críticas de que a culpabilidade é, no fundo, um processo ético. Isso fica claro pela análise oportuna de Asúa (1964, p166) quando ele afirma que.

Segundo Goldschmidt, a culpabilidade tem como conteúdo a não motivação pela representação do dever jurídico, apesar da exigibilidade, consistindo o elemento normativo como o juízo sobre a existência de semelhante oposição. A análise seria feita a partir de cada caso em concreto levando em consideração as circunstâncias do fato e o indivíduo com as suas qualidades e conhecimento.

Falando especificamente de direito penal, a expressão exigibilidade – o que ocorre também com a expressão antijurídico – permite conciliar, por exemplo, a coação moral irresistível com a norma proibitiva contida no art. 121 do código penal brasileiro. Da mesma forma, permite, com certa precisão, determinar quais são os comportamentos que serão reputados como exigíveis e inexigíveis sem a necessidade de um número intermináveis de normas que os comportamentos poderiam gerar, levando a uma disfuncionalidade para o próprio sistema jurídico.

A exigibilidade não é normativa, ela não encerra nenhum juízo de valor, afirma Henkel, pelo contrário, ela é formal, genérica e não é dotada de conteúdo específico, ela não assinala o conteúdo específico de decisão, mas resplandece e ilumina o caminho para tanto, partir da sua real função de ponderação dos critérios valorativos, sendo, dessa maneira, um princípio jurídico regulativo.

Segundo explica Siqueira (2016 p82).

Para corroborar o posicionamento defendido, podemos citar o conceito de justa causa, que Henkel vai buscar no direito civil, com o propósito de comprovar a tese acima referida. O autor fala que a lei estabelece nos contratos de serviços, por exemplo, a revogação extraordinária, tornando-a, dessa maneira, autorizada, desde que tenha “justa causa”, o que apesar de ser extremamente genérica, é vital para a própria operacionalidade do sistema jurídico, que se esfacelaria caso fosse necessário – na verdade impossível – que a lei estabelecesse taxativamente cada uma dessas possibilidades. É nesse momento que entra o conceito de exigibilidade, a partir dos parâmetros acima referenciados, que serviria para dar concretude e indicar, caso a caso e individualmente considerado, a possibilidade ou não de incidência, dando concretude a esses elementos.

É nesse ponto que tomamos caminhos opostos. Defendemos que a exigibilidade é um conceito normativo e valorativo, exatamente porque não se busca descrever ou explicar o “fato psíquico”, mas valorá-lo a partir dos valores estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Contudo, essa teoria também se mostrou insuficiente, porque havia casos em que faltavam elementos intrínsecos à culpabilidade para que se fizesse um juízo de reprovação do fato, e faltando um desses elementos, o autor do fato poderia ser considerado inculpável.

Corroborando com esta tese Bitencourt (2014, p447- 448) dizendo que.

Com a adoção de um dolo híbrido, ao mesmo tempo psicológico e normativo, cria-se um problema para o Direito Penal, prontamente detectado por Mezger, a respeito da punibilidade do *criminoso habitual ou por tendência*. Esse criminoso, em virtude do seu meio social, não tinha essa consciência da ilicitude, necessária à configuração do dolo, porque, de

regra, se criava e se desenvolvia em um meio em que determinadas condutas ilícitas eram normais, corretas, eram esperadas pelo seu grupo social.

Deste modo, exige-se o conhecimento atual e real da consciência da antijuricidade, que é um fato psicológico, é pela consciência da antijuricidade que se pode saber a vinculação do autor com o ordenamento jurídico e, sem ela, não há dolo, podendo haver a culpa.

2.1.3. Teoria normativa pura da culpabilidade

Chamamos teoria normativa pura à concepção da culpabilidade para a teoria finalista da ação. Idealizada por Welzel, que a despiu, eliminando seus elementos psicológicos, passando o dolo e a culpa para a ação, tendo a culpabilidade autêntica aparência normativa, uma vez que a culpabilidade, como reprovabilidade passa a ter um conceito puramente normativo, já que os elementos anímicos, ou psicológicos foram retirados da mesma para integrar o tipo subjetivo, a ação.

Conforme visto, quando o dolo foi descolado para a ação ele foi sem seu elemento normativo, que é a consciência da antijuricidade (WELZEL, 1956, p.152). Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertence à ação, separado, portanto, da culpabilidade (BRANDÃO 2014, p174).

Então, a afirmação amplamente difundida, que afirma o enriquecimento da culpabilidade pela inclusão da reprovabilidade como elemento central, permitindo assim que seja a análise do indivíduo dentro das circunstâncias do fato, o fator para se afirmar a reprovabilidade ou não, e que só com a concepção normativa é possível a limitação para a imposição da pena, deve ser examinada com cautela (SIQUEIRA 2016, p86).

Isto comporta a ideia que a limitação imposta pela culpabilidade ao poder de punir do Estado é mais ficta do que real, tendo em vista como se configura a reprovabilidade e o juízo de

valor dela derivado, vê que aquilo que é reprovável ou não já está previamente determinado pelas próprias estruturas do sistema jurídico penal, em contraposição ao afirmado pela doutrina tradicional que diz que permitiria uma exculpação de inúmeras e incontáveis hipóteses não previstas pelas próprias estruturas do sistema penal. Vimos que essa afirmação, apesar de amplamente e exaustivamente difundida, não condiz com a realidade, a partir de uma diagnose do sistema penal.

Na teoria normativa pura da culpabilidade, a consciência da antijuricidade, ao lado da exigibilidade de conduta diversa e da imputabilidade conforme a reprovação pessoal. Entretanto, podemos afirmar que essa teoria aponta ser a consciência de antijuricidade o elemento mais importante da culpabilidade. Existem quatro teorias para investigar a localização da consciência de antijuricidade na teoria do delito, são elas: a teoria estrita do dolo; a teoria limitada do dolo; a teoria estrita da culpabilidade; e a teoria limitada da culpabilidade.

A teoria limitada da culpabilidade é muito semelhante à teoria estrita da culpabilidade. Na teoria limitada, o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação, teremos erro de proibição; se for quanto à existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo.

A limitação é criada pelo próprio sistema jurídico, que define previamente, a partir das suas estruturas, que comportamentos são dignos de aplicação da pena. É claro que somente com a concepção normativa da culpabilidade podemos ter essa delimitação – o que de certa forma, reafirma o seu caráter limitador do poder de punir –, o que era impossível na concepção psicológica.

Os partidários da teoria imitada da culpabilidade a fundamentam em uma razão de política criminal. Weber dá o seguinte exemplo: pode-se afirmar que um soldado que mata um amigo, por confusão com o inimigo, tenha resolução de cometer um delito de

homicídio. Deve ele então responder o crime na forma culposa, em virtude da inexistência do dolo.

A teoria estrita da culpabilidade, adotada pelos finalistas, vê toda falta de consciência de antijuricidade, como erro de proibição. A falta de consciência de antijuricidade não exclui o dolo, porque o dolo esgota-se como o querer objetivo do tipo. Entretanto, a inconsciência da antijuricidade exclui a culpabilidade, posto que como o dolo esgota-se com a vontade e previsibilidade, a consciência da antijuricidade passa a ser, ao lado da imputabilidade, a própria da culpabilidade.

A teoria normativa permite a mudança e, até mesmo, a inclusão de novos “casos” de inexigibilidade de comportamento diverso. Mas, e queremos enfatizar, essa abertura para novos casos de exculpação não é feita de forma aleatória. Definitivamente, não é somente o caso em concreto o elemento fundamental para se firmar a exigibilidade, tendo em vista que o sistema jurídico é valorativo por excelência, levando-o, assim, a fazer recortes da realidade, ou seja, se aquele caso em concreto está abarcado pelo recorte que o valora como inexigível, assim será tratado.

Nota-se, que o que fez Hans Welzel não foi o esvaziamento do conceito de culpabilidade, como uma parte da doutrina, minoritária, acredita. Assim, embora, Welzel tenha retirado da culpabilidade dolo e culpa colocando-os na ação, a culpabilidade passa por uma reformulação, já que passa a ser puramente normativa, haja vista que os elementos psicológicos da culpabilidade são extintos por dar lugar aos elementos normativos.

Nesse entendimento acerca do instituto penal da culpabilidade. Assinala Brunoni (2008 p1489-1490).

Para os finalistas, pois, a culpabilidade é compreendida como um “puro” juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica ainda quando podia fazê-lo. Dolo, situado no tipo, é concebido como objeto do juízo de censura da culpabilidade. Portanto, com a teoria normativa pura a estrutura da culpabilidade sofre uma redefinição nos seguintes termos: A) reprovabilidade da conduta típica e antijurídica; B) imputabilidade ou

capacidade de culpabilidade (de entender e querer); C) potencial conhecimento do injusto; D) exigibilidade de comportamento ajustado ao Direito. A culpabilidade concebida como *reprovabilidade*, nos termos propostos pela teoria normativa pura, é aceita pela doutrina dominante [...].

Conclui-se, por conseguinte, que para a concepção normativa pura, a culpabilidade foi despida de todo elemento psicológico para tornar-se puramente normativa. O elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade. A culpabilidade, como dito, não contém nenhum elemento psicológico, mas somente elementos normativos: é formada pela potencial consciência da antijuricidade, da imputabilidade e da exigibilidade de outra conduta (BRANDÃO 2014, p175).

2.1.4. Teoria funcionalista da culpabilidade

A teoria funcionalista da culpabilidade fundamenta o instituto nas funções da pena, por isso reinterpreta seus elementos à luz de um juízo político-criminal, vinculado àquelas funções.

Roxin, interpretando os fins preventivos da pena, situa a culpabilidade como um dos elementos de uma categoria maior de seu sistema de imputação do delito, da qual dependerá a aplicação de uma pena: a responsabilidade. Nesta toada diz Brandão (2014, p176) “a responsabilidade é formada por dois elementos que obrigatoriamente se acoplam ao injusto: a culpabilidade do ofensor e a necessidade preventiva da sanção penal”.

A pena não será mais a consequência da culpabilidade, mas sim da responsabilidade, que será o elemento estruturalmente posterior à antijuricidade na teoria do delito. Assim, existem situações nas quais a um sujeito culpável não será imposta uma pena, pois, como Roxin expressamente diz a culpabilidade não é o único elemento da responsabilidade.

Nessa estrutura, a culpabilidade dependerá da imputabilidade, que será a capacidade psíquica de autodeterminação, e pela possibilidade de agir conforme a norma no caso concreto, que seria a orientação do comportamento consoante o que é prescrito pelo direito penal. A culpabilidade, assim, é formada por um elemento naturalístico, que refletirá a capacidade do agente, e um elemento normativo, que será a dirigibilidade normativa. Verificada a culpabilidade, é necessária ainda a concretização do outro elemento para a aplicação da pena: o juízo de necessidade desta sanção.

Com efeito, a responsabilidade é a categoria maior que contém a culpabilidade e ela será composta pela dita culpabilidade aliada ao juízo de indispensabilidade da pena, à luz da finalidade de prevenção. O juízo de indispensabilidade de pena pode não aplicar a pena ao sujeito imputável que possuiu consciência de ilicitude, mesmo que dele fosse exigível a conduta diversa. Segundo Roxin: “o reconhecimento da necessidade preventiva significa unicamente uma ulterior proteção ante a intervenção do direito penal, porquanto já não somente se limita ao preventivamente admissível mediante o princípio da culpabilidade, mas sim se restringe a possibilidade de punição da conduta culpável” (1992, p.793)

A fragilidade do conceito funcionalista de Roxin está na inversão das premissas do Direito Penal. Quando o autor propõe que a culpabilidade somente acarretará a pena se for concretizado um juízo de valor normativo acerca da necessidade preventiva da sanção penal, ele está, por conseguinte, afirmando que a culpabilidade precisa ser confirmada pelo referido juízo de valor normativo referente à finalidade da pena. (BRANDÃO 2014, p177-178).

3. CONCLUSÃO

O Código Penal pátrio, na sua parte geral, positivou os três elementos da culpabilidade desenvolvida pela teoria finalista da ação. Assim, a opção do legislador foi normatizar a consciência potencial de antijuricidade (art. 21 do Código Penal), a imputabili-

dade (arts. 26 27 e 28 do Código Penal) e a exigibilidade de conduta diversa (art. 22 do Código Penal), como os institutos que realizarão o juízo de censura sobre o sujeito que praticou um fato típico e antijurídico, isto é, um injusto.

Podemos afirmar que o legislador brasileiro fez uma escolha pelo conceito de culpabilidade em sintonia com a teoria normativa pura, o que ratifica a opção pela estrutura finalista da teoria do delito.

A priori podemos assegurar que a epistemologia da ciência jurídico penal, resultou no desdobramento das exculpantes da culpabilidade no Direito Penal brasileiro. Do mesmo modo, em 1897, o Tribunal de Reich, o alto tribunal alemão proferiu uma decisão, conhecida como o caso “*Leinenfanger*” que absolveu o acusado se motivando exclusivamente em uma causa supralegal de exculpação, ou seja, exclusão da responsabilidade penal não reconhecida nas leis, assim, dando origem aos estudos que permeiam até nos tempos atuais. Similarmente é possível a existência e exclusão da culpabilidade com base no estado de necessidade exculpante, que traz a ideia que um bem jurídico é sacrificado para que o outro bem jurídico seja preservado a depender do caso concreto.

Nesta toada, até épocas recentes, só se era possível reconhecer no Ordenamento Jurídico brasileiro, as excludentes previstas no art. 22 do Código Penal, que trazem as condições legalmente previstas, que são as condições hierárquicas e a coação moral irresistível como fundamentos, mas podemos observar que isso vem mudando.

Deste modo, a partir de estudos da culpabilidade, podemos notar que estão sendo acolhida pelos Tribunais Superiores brasileiros a exclusão da responsabilidade com base supralegal. Resalta-se que não havendo aceitação por parte do Estado, as argumentações acerca das causas supraleais, são causa de nulidade absoluta.

Neste entendimento, uma decisão proferida em 2010 pelo Tribunal de Justiça de Sergipe “TJSE” *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDENAR O RÉU – IMPOSSIBILIDADE – PROVA FRÁGIL – INCIDÊNCIA DE CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE ANTE A INEGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. TEORIA DA INEGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE.

O conjunto probatório é apto a sustentar a decisão absolutória, pela incidência ante a causa supralegal de exclusão de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. RECURSO IMPROVIDO. (ACR 2009307424/SE. Rel. DES. Luiz Antônio Araújo Mendonça. Dje 05/04/2010).

Portanto, a partir de uma concepção normativa do injusto, é possível admitir que uma norma jurídica de conduta não “atacaria” o comportamento do autor, ao qual o Direito não pode exigir que se comportasse de acordo com suas normas, uma vez, que, não é capaz de regular em determinados aspectos, comportamentos que recaem em relações intersubjetivas, convalidando assim como um comportamento válido.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20ª ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2014.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba. Juruá. 2008.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires. Losada. 1964

LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Tomo. II. Madrid: Réus. s/d.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Barcelona: Ariel, 1962.

ROXIN, Claus. **Politica criminal y estructura del delito**. Barcelona: PPU. 1992.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena**. Belo Horizonte: Dplacido. 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**. Buenos Aires: Depalma, 1956.