

CULPABILIDADE E REPROVAÇÃO

GUILTY AND DISAPPROVAL

*Andréa Walmsley Soares Carneiro*¹
Faculdade Damas

Resumo

O objetivo do presente estudo é tentar compreender a culpabilidade, na teoria finalista da ação, a partir da noção inicial da liberdade do indivíduo, seus limites e do poder agir de outra forma. As hipóteses foram analisadas em duas perspectivas: 1.) dificuldade na prova do livre-arbítrio, e, portanto, de liberdade para se determinar conforme o direito; 2.) tentativa de conceituação da culpabilidade a partir da consciência, consoante Jorge de Figuerido Dias, aproximando-a de uma personalidade que se omitiu em se adequar ao cumprimento ao dever. Conclui pela necessidade em aceitar, como essência da culpabilidade, a liberdade decisória e pela dificuldade em conceituar o juízo de reprovação a partir de uma personalidade ética contrária ao dever-ser.

Palavras-chave

Culpabilidade. Livre-arbítrio. Consciência ética. Poder agir conforme o direito.

Abstract

The aim of the present study is to try to understand the guilt, in the finalist theory of action, from the initial notion of the freedom, its limits and the power to act otherwise. The hypotheses were analyzed in two different perspectives: 1) difficulty in the proof of free will, and therefore freedom to determine according to law; 2) conceptualize guilt from conscience, according to Jorge de Figuerido Dias, approaching a personality who failed to conform to the fulfillment of law duty. Concludes to the necessity in accept the essence of guilty, freedom of decision and the difficulty to define the judgment of disapproval from an ethical personality against to the duty of law.

Keywords

Guilty. Free will. Ethical awareness. Power to act according to law.

¹ Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutora em Direito pela UFPE.

INTRODUÇÃO

Trata-se de princípio geral a afirmação difundida de que não há pena sem culpabilidade e esta determina a medida da pena. Sob esta base assenta-se a vedação da responsabilidade objetiva pelo resultado.

Como assevera Jorge de Figueiredo Dias: “todo direito penal é um direito penal da culpa e esta constitui pressuposto e fundamento de toda a pena e da sua medida²”. Ocorre que no âmago do conteúdo material do princípio da culpabilidade reside uma forte tensão entre o sentido supraindividual e o sentido individual, qual seja, entre as exigências baseadas em padrões objetivos e necessidade de análise da conduta do agente do agente de acordo com critérios subjetivos e particularizados³.

De fato, enquanto existem *standards* de comportamentos oriundos do ordenamento jurídico e dirigidos à coletividade em geral, o conceito de culpabilidade e a reprovação que lhe é ínsita demanda também uma análise individualizada do sujeito autor do fato típico e antijurídico.

Mormente no âmbito do direito penal, a referida tensão dialética aponta para uma situação extrema de incremento de momentos supra-subjetivos e objetivos no seio da culpabilidade que conduz o direito penal a transmudar-se em um ente abstrato, distante do conceito de sujeito como indivíduo próprio. Este afastamento do direito penal do conceito de culpabilidade como reprovação social termina por retirar-lhe legitimidade ética para realizar uma censura pessoal e, por consequência, aplicar a pena cabível na medida e nos limites da culpabilidade⁴.

²DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 177.

³ Idem, p. 177.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 178.

Dúvidas não há que a valorização de momentos objetivos na culpabilidade leva a uma uniformização de expectativas de conduta e institui padrões mais rígidos de análise dos casos isolados.

Ocorre que a análise da reprovação que se endereça ao sujeito, no âmbito da culpabilidade, não pode se escudar em padrões prévios, mas deve levar em consideração as condições e qualidades pessoais do sujeito, sua história, seu grau de instrução etc.

Por outro lado, não se está a advogar a inflação demasiada de momentos subjetivos e empíricos na culpabilidade, pois tal condução levaria o direito penal à adoção de medidas de terapia individualizadas que possuem um viés distanciado da reparação, no sentido de responsabilização jurídico-penal⁵.

Ora, a adoção da pena como medida de cunho restritamente individual é desvio indesejado no direito penal da culpabilidade e desvirtua suas feições próprias de entidade voltada à tutela dos bens jurídicos mais valiosos através da adoção das sanções em tese mais gravosas previstas no ordenamento jurídico.

1. A DITA MODERNA CULPABILIDADE

O cerne da análise mais moderna da culpabilidade está centrado na liberdade do homem, que é seu pressuposto necessário. Somente se justifica a teoria welzeliana⁶ da culpabilidade

⁵ Idem, p. 178.

⁶ A adoção da doutrina finalista é também confirmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ementa AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO INDEVIDA DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO A QUO FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. QUAESTIO CONSTITUCIONAL. STF. 1. Para a doutrina clássica a tipicidade, a

– calcada no agir final - a partir do dogma da liberdade de decisão do indivíduo.

Assim, leciona Cláudio Brandão:

Na última parte do conceito de culpabilidade, vemos que, para que a mesma se perfaça, é necessário que o autor tenha optado livremente por se comportar contrário ao Direito. Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o Direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação. A razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o direito, optar por se comportar contrário ao Direito⁷.

Entretanto, esta afirmação do livre arbítrio, embora suportada pela maioria doutrinária, não está imune a críticas, especialmente pelas dificuldades atávicas no trato da questão:

antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma conduta comum em delito. Caso inexistente um dos elementos, ausente a conduta ilícita (WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2003). 2. O Tribunal a quo, soberano da análise fática da lide, considerou presentes o dolo, a autoria e a materialidade, em relação ao tipo penal previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal – estelionato previdenciário majorado -, a revisão de tal entendimento, na via especial, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se questão afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. 4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido. (Processo AgRg no REsp 1616400 / PB AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2016/0195471-7 Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 25/10/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 18/11/2016).

⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 201.

Dir-se-á que para o conhecimento humano a liberdade continua a constituir um pressuposto por esclarecer. Notar-se-á inclusivamente que, atenta a dificuldade e discutibilidade (logo historicamente patenteadas) da questão, importa renunciar ao seu tratamento para nos bastarmos com a pretensa <<evidência>> de que a nossa autocompreensão pressupõe ainda e sempre a liberdade, ou com a mera <<derivação>> desta – como é particularmente frequente entre juristas – a partir e qualquer categoria normativa⁸.

Há de se ressaltar que a liberdade, entendida como cerne da culpabilidade, além de ser característica da conduta, é nota do sujeito agente, o que leva a considerações ulteriores de natureza espiritual e da própria essência do ser humano⁹.

Ora, a liberdade é imanente ao ser que age, não apenas no momento da conduta analisada, mas como característica de sua individualidade, na realização de suas atividades cotidianas e não apenas quando da prática de condutas com relevo para o direito penal.

Como a culpabilidade implica em responsabilidade importa também em sujeitar-se à sanção de outrem ou perante outrem, de modo que ultrapassa a fronteira do homem como sujeito em si, como “ser-consigo-mesmo e alcança o ser-com-outros”¹⁰.

Ou seja, a culpabilidade é um juízo de reprovação e como tal pressupõe alteridade; não há uma autocensura, mas a censura advém de fora do indivíduo censurado, oriunda de instâncias institucionalizadas e por meio de um processo próprio, observadas as garantias específicas. Ainda que o indivíduo, em

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pg. 178-179.

⁹ Idem, pp. 179-180.

¹⁰ Idem, p. 180.

atitude íntima e reservada, questione-se sobre a sua conduta e até mesmo se imponha uma autopunição, tal atitude em nada se aproxima da culpabilidade, que depende da alteridade e da comunicação entre os sujeitos.

Aliás, até mesmo o Direito é um produto da efetivação da liberdade que tenciona lograr o auge do desenvolvimento ético do indivíduo. A atividade jurídica é voltada específica e limitadamente a valores próprios relevantes para a coletividade por meio de normas¹¹.

O conteúdo ético do direito não é imposto à sociedade, mas antes dela recolhido numa atividade de reconhecimento dos valores vigentes em determinada época e em certo lugar. Daí ser uma tarefa que se renova e reinventa, pois atrelada a dados históricos e mutáveis.

Ainda que a culpabilidade jurídico-penal deva se restringir a parâmetros limitados – fato praticado e ato de vontade que o conduz -, nela se encontram os questionamentos sobre a liberdade e, por conseguinte, sobre o livre-arbítrio e o sentido derradeiro da liberdade. Desta forma, a problemática da culpabilidade assume feições distintas a depender da intensidade da liberdade do homem¹².

Parece intuitivo que somente quando houver liberdade de atuação – ainda que não absoluta -¹³ é que se poderá tratar de culpabilidade e, por consequência, de reprovação em um conceito de direito penal.

Por outro lado, se aceito ou provado o determinismo, i.e., admitido que o homem não possui liberdade de escolha de se, como e quando agir, desaparece qualquer sentido da culpabilidade tal como atualmente concebida, ou seja, como juízo de reprovação *a posteriori*.

¹¹ Idem, pp. 180-181.

¹² Idem, p. 181.

¹³ Para Agostinho, inexistente uma autonomia irrestrita da vontade.

AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogos sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: 2001, *passim*.

Se um dado sistema de normas se volta ao sujeito como pessoa, a autonomia ética deste apontaria que a essência da culpabilidade repousasse em algo que lhe é eticamente censurável. Assim, só pode haver censura quando o indivíduo age com vontade¹⁴.

Fora das hipóteses em que há vontade dirigida a um fim, isto é, quando se trata de meros processos causais, atos involuntários, reflexos, atos praticados em estado de sonambulismo, não se pode falar em reprovação e, por conseguinte, em culpabilidade. Aliás, sequer se poderá falar em conduta penalmente relevante.

E mais, a culpabilidade:

“[...] é a censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele. Por isso supõe ela o livre-arbítrio, o indeterminismo do agente na situação, e fundamenta-se nele: o culpado – numa fórmula não inteiramente exata mas que em definitivo se impôs - <<podia ter agido de outra maneira>>, i.e., de acordo com a norma¹⁵ .

Aqui se ressalte: só há falar em culpabilidade se o agente livre conhecia o dever e optou por atuar em contrariedade a este. O agir conforme a norma era uma alternativa possível e desejada, o que pressupõe livre determinação e conhecimento ao menos do conteúdo da norma.

Assim, o conteúdo material da culpabilidade estaria na decisão voluntária do sujeito pelo ilícito e a possibilidade, no caso vertente, de poder agir de forma diversa seria, ao mesmo tempo, pressuposto e conteúdo da culpabilidade.¹⁶ .

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183.

¹⁵ Idem, p. 183.

¹⁶ Idem, p. 184.

Diga-se de logo que não concordamos com o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias no sentido de que o poder agir de outra forma seja, ao mesmo tempo, pressuposto e conteúdo da culpabilidade. Na verdade, a culpabilidade, tal como entendemos, no bojo da doutrina finalista da ação¹⁷, é formada por três elementos distintos: imputabilidade, consciência potencial¹⁸ da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A possibilidade de agir de outra forma está umbilicalmente ligada ao terceiro dos elementos da culpabilidade.

Diz Toledo, com referência à superação da teoria psicológica da culpabilidade, que, “a culpabilidade ganha um elemento – a consciência da ilicitude (consciência do injusto) –, mas perde os anteriores elementos anímicos subjetivos – o dolo e a culpa *stricto sensu* – reduzindo-se, essencialmente, a um juízo de censura¹⁹”.

A definição de uma culpabilidade jurídico-penal calcada na vontade do sujeito pressupõe uma definitiva orientação

¹⁷ Na década de 30 do século passado, surge a teoria finalista da ação que representa uma mudança de balizas no desenvolvimento do direito penal, em superação ao modelo baseado na ciência da natureza. Veja-se, a propósito, como Gonzalo D. Fernández define a concepção psicológica da culpabilidade: Como é notório, na segunda metade do século XIX surge a chamada concepção “psicológica” da culpabilidade, a qual é plenamente coerente com as premissas metodológicas – de marca naturalista – que prevalecem sob a influência do positivismo e, assim mesmo, com a noção de delito vigente então no seio da ciência penal. Tradução livre de: “*Como es notorio, em la segunda mitad del siglo XIX surge la llamada concepción “psicológica” de la culpabilidad, la cual es plenamente coherente com las premisas metodológicas- de impornta naturalista – que prevalecen bajo la influencia del positivismo y, asimismo, con la noción d delito vigente para entonces em el seno de la ciencia penal.* FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Colección Maestros del Derecho Penal n. 1 Buenos Aires: B. de F, 2000, p. 13.

¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 225/226.

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 197., p. 21.

sobre a questão do livre-arbítrio, nas suas duas vertentes mais relevantes: a questão teórica de saber se a vontade humana pode ou não ser considerada verdadeiramente livre; a questão prática de se identificar a vontade livre em um caso concreto. Quanto ao primeiro questionamento, a tendência atual é assentar a impossibilidade de respostas absolutas pela psicologia ou por qualquer outro setor da ciência empírica, tendo em vista a complexidade e multiplicidade de aspectos de análise do ser humano²⁰.

Entretanto, não resolve o problema da definição do conteúdo material da culpabilidade a simples afirmação da impossibilidade de se lograr, por meio das ciências empíricas, a questão teórica de saber se a vontade humana pode ou não ser considerada livre.

Não é suficiente que se atribua como geral a capacidade de autodeterminação para se perquirir da culpabilidade. É necessário analisar a existência ou não de capacidade real de uma pessoa certa e determinada, concretamente analisada, num certo contexto de tempo e lugar, obtendo-se um critério útil de distinção entre ações livres e não livres. Ocorre que esta verificação específica, no caso prático, seria também impossível²¹.

A solução para o sentido possível do poder agir de outra forma residiria numa espécie de ideação do concreto poder deste agente no caso específico e na generalização para um poder regular ou mediano, para a obtenção de um *standard*, ainda que contornos de subjetivismo²².

Frank tratou do conceito de inexigibilidade de conduta de diversa, a fim de excluir a culpabilidade nas situações em que fosse impossível exigir do agente um determinado comportamento por este implicar um inadmissível sacrifício. Deste modo a reprovabilidade dependeria da premissa da liberdade de

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 184-185.

²¹ Idem, p. 187.

²² Idem, p. 188-189.

decisão e, na situação concreta, a opção pela conduta contrária ao direito²³.

Não é plausível que aqui se faça, para solução da questão tratada, da comum referência ao homem médio, figura que, malgrado a recorrência na utilização, pouco ou nada traz de significado para a verificação de uma culpabilidade calcada em critérios subjetivos.

Ocorre que mesmo a referência à generalização do poder do indivíduo, embora mais plausível que a tese do homem médio, também não está livre de críticas. Isto porque se ressentem de padrões objetivos indispensáveis à verificação da culpabilidade e remanescem inafastáveis as incongruências entre a medida do poder personalizado e as demandas do dever social²⁴.

Não maior êxito terá quem pretende fundamentar a culpabilidade na personalidade do sujeito, como se este com este recurso fosse possível afastar as questões referentes à liberdade e à vontade livre.

Entende Figueiredo Dias que o critério e o fundamento da culpabilidade não residiriam na errônea utilização do poder agir de forma diversa, mas na infringência de um dever de adequação da personalidade do agente às exigências jurídicas. A legitimação ética de tal entendimento estaria em que não se pode recorrer ao poder agir de outra maneira, sequer como pressuposto da culpabilidade, porque daquele não se pode concluir pela existência de um poder efetivo e real do sujeito. Ainda porque só quando se encontra no dever o fundamento e a medida da culpabilidade é que seriam atendidas as exigências feitas pelo dever social a um direito penal de culpabilidade²⁵.

Não concordamos com a tese referida e que *o poder agir de outra maneira* seria, então, uma ficção elaborada pela doutrina

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 512.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 189.

²⁵ Idem, p. 193-194.

penal para suprir a falta de um fundamento ou pressuposto para a culpabilidade, pois não seria um poder real do sujeito diante do caso concreto, mas uma mera potencialidade, generalizada e abstrata.

Há sim um poder agir de forma conforme o direito. Poder este, por óbvio, informado pelo conhecimento do predicado da antijuridicidade.

Para tanto, assevera Córdoba Roda, no bojo da teoria finalista, que a reprovação é um juízo de valor a respeito do agente que não adaptou sua conduta às exigências legais, embora esta adaptação lhe fosse possível no momento da conduta²⁶.

Quanto à fundamentação ética da culpabilidade, do ponto de vista material, observa Dias a superação de uma liberdade indeterminista por uma liberdade pessoal. Ocorre que, no bojo de um juízo de reprovação, haveria de se atentar para a liberdade real do sujeito, que precisaria ser um ente empiricamente comprovável²⁷.

Em outras palavras, como a liberdade do sujeito quer e precisa fundamentar a culpabilidade, ambas precisariam ser entes verificáveis pelos sentidos.

Para se esclarecer:

“Culpa é assim – neste seu sentido mais compreensivo – a própria autoria ou participação do existir e do ser-livre em uma contradição com as exigências do dever-ser existencial, i.e., do dever-ser posto como condição da própria existência. E se, como dissemos atrás (sob II), o dever-ser jurídico participa do dever-ser ético-existencial referindo-o especificamente a bens jurídicos, alcançamos por aqui uma aceção material da culpa jurídica (jurídico-penal) como *violação pelo homem do dever de conformar a sua existência por forma tal que, na sua*

²⁶ RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito**. La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963, p. 49.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 199.

*actuação de vida, não lese pu ponha em perigo bens
juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos* ²⁸.

É a decisão do homem feita a si e sobre si que o dignifica e o distingue das demais espécies.

Ora, a existência do homem se dá com a sua ação e neste plano se lhe oferece uma série de possibilidades, a princípio sem distinção entre elas. A escolha da ação efetiva, indicada por um motivo efetivo, com significação para o sujeito, seria ligada a uma decisão inicial, em que o homem decide sobre si mesmo ²⁹.

Neste aspecto, liberdade significaria liberdade de decidir, numa situação concreta, a partir de critérios eleitos pelo sujeito, mas, antes, uma decisão inicial, anterior a todas as demais decisões.

Assim, o pode agir de outra forma, para Dias, “é, no plano do existir, a liberdade da decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida – a liberdade daquele que tem que agir assim por ser como é ³⁰”.

O sujeito agiria porque existe, mas a escolha específica, dentro de uma gama de possibilidades que se apresentam é eleita a partir de critérios que entende mais relevante para a sua própria realização.

O cerne da culpabilidade seria a responsabilidade, imputada ao sujeito em razão do comportamento e de sua própria existência. A culpabilidade ética ou existencial se verificaria quanto o citado comportamento infringisse determinações do dever-ser. Assim, a culpabilidade representaria uma contradição entre o sujeito livre e sua existência com as demandas do dever-ser.

A referência aos bens jurídicos ³¹ é mais do que necessária, pois somente para a tutela daqueles mais relevantes para

²⁸ Idem, p. 199.

²⁹ Idem, p. 197.

³⁰ Idem, p. 198.

³¹ “Função de garantir o princípio de economia penal ou de mínima suficiência da lei penal, diante das tentações e tentativas de um direito penal

a sociedade, em dado momento e espaço, é que se justifica e legitima a intervenção penal.

Desta forma, a culpabilidade assumiria um conteúdo material, com fundamento na liberdade do sujeito e sempre em referência a um fato e à personalidade do homem, aqui entendida como decisão para si e sobre si³².

Esta definição da culpabilidade, embora também baseada na liberdade, afasta-se do fundamento do poder agir de outra maneira e aproxima-se da necessidade de obediência ao dever legal. Destoa, portanto, do conceito de culpabilidade construído pelo finalismo com base no tripé welzeliano imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

CONCLUSÃO

Para Dias, culpabilidade importa na responsabilidade pela personalidade ética que fundamenta um injusto. Não se refere a uma multiplicidade de fatos que influem na aquisição de determinada personalidade, mas à referida personalidade relevante do ponto de vista ético-jurídico, como uma unidade, em um determinado momento. Assim como a culpabilidade também estaria na não formatação da personalidade,

fundamentado na desobediência da vontade; função de determinar, em cada tipo penal, qual o bem jurídico tutelado; função de precisa distinção e consequente classificação dos ilícitos penais, o que possibilita, no estudo da parte especial dos Códigos Penais, o decisivo passo além da exegese, e consiste na sistematização dos crimes em diversos agrupamentos, reunidos naqueles crimes, nestes agrupamentos, conforme os elementos que os constituem, os essenciais delicti; função de individualizar o titular do bem jurídico, que deriva a individualização, essencial na vida prática processual, e necessária para determinar a eficácia do consentimento, não só no campo das causas de exclusão da antijuridicidade, como na esfera das causas de exclusão da tipicidade". LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 123.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 199-200.

quando seria possível recorrer a fatos e resultados que conduzissem à correta formação. Residiria, portanto, também na inação reiterada do sujeito de não atender ao dever de formatação da personalidade com as exigências do direito, verificando-se, assim, uma falta de atitude por parte do sujeito que poderia e deveria conformar sua personalidade com as demandas do dever-ser³³.

Em sentido distinto ao defendido por Figueiredo Dias, Francisco de Assis Toledo:

“[...] o direito penal moderno é, basicamente, um direito penal de fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor”³⁴.

A decisão pelo ilícito somente enseja reprovação se for consciente e voluntária, rechaçando-se de logo a tese do determinismo da conduta humana. Ademais, pressupõe o sentido do entendimento do dever jurídico e a sua motivação contraditória, quando era possível agir no sentido da norma. Somente com esta perspectiva é que se pode perquirir, no caso concreto, da culpabilidade jurídico-penal do sujeito.

Klaus Tiedmann, entretanto, propõe uma perspectiva moderada, na qual, embora assente o direito penal no fato, não exclui as influências do agente na prática criminosa e, portanto, na consideração a respeito da culpabilidade³⁵.

Diante dos argumentos acima traçados e das críticas empreendidas, entendemos que o sentido da culpabilidade é

³³ Idem, pp. 200-202.

³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192.

³⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán**. Barcelona: PPU, 1993, *passim*.

determinado pela vontade do indivíduo, manifestada em uma dada situação concreta, de maneira contrária ao dever, quando poderia ter agido de acordo com as exigências do ordenamento jurídico.

Atribuí-la a uma consciência ética ou a uma personalidade recalitrante à conformação segunda as regras do dever é torna-la ainda mais intangível por vincular a reprovação de fatos concretos e posteriores a uma escolha original, definitiva, improvável e não constatável pelos sentidos.

Assim, trata-se de orientação que, a nosso sentir, além de não resolver o problema inicial da vontade individual, ainda agrega elementos de intenso subjetivismo e cuja aplicação prática é de difícilíssima implementação.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo [Aurelius Agustinus]. **Diálogo sobre o Livre Arbítrio**. Tradução e introdução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: INCM, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Colección Maestros del Derecho Penal n. 1 Buenos Aires: B. de F, 2000.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1985.

RODA, Juan Córdoba. **Una nueva concepción del delito.** La doctrina finalista. Barcelona: Ediciones Ariel, 1963.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico: comunitario, español, alemán.** Barcelona: PPU, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1977.