

**FORMAÇÃO HISTÓ-
RICA DA CULPABI-
LIDADE: A PASSA-
GEM DA CONCEP-
ÇÃO PSICOLÓGICA À
NORMATIVA E SUAS
RELAÇÕES COM A
MEDIDA DA PENA**
*HISTORICAL FORMATION
OF CULPABILITY: THE
TRANSITION FROM PSI-
COLOGICAL TO NORMA-
TIVE CONCEPTION
AND ITS RELATIONS
WITH THE EXTENT OF
PENALTY*

Leonardo Siqueira¹

Resumo

O presente trabalho visa examinar a formação do conceito de culpabilidade a partir da sua autonomia como elemento independente da anti-juridicidade, que culminou na concepção psicológica da culpabilidade, até os contornos dados pela concepção normativa. O fio condutor do presente estudo é a complexa relação entre a culpabilidade e a medida da pena, o que nos leva a discussão

sobre o direito penal do autor e do fato, tendo em vista que, não obstante se tratar a culpabilidade, pelo menos no discurso, um juízo sobre o autor do fato, parece-nos que na aplicação da pena temos uma culpabilidade do autor, o que é impensável dentro de um estado democrático de direito.

Palavras-chave: culpabilidade; medida da pena; direito penal do autor e do fato.

Abstract

This study aims to examine the formation of the concept of culpability from its autonomy as independent element of illicitness, which culminated in the design of psychological culpability, even the outlines given by the normative conception. The thrust of this study is the complex relationship between culpability and measure of the sanction, which leads us to the discussion of criminal law of the author and the fact, considering that, despite dealing with culpability, at least in discourse, a judgement about the author of fact, it seems that the measure of the sanction, we have a culpability of the author, which is unthinkable in a democratic state of law.

Keywords: culpability, measure of the sanction; criminal law of the author and the fact.

1. INTRODUÇÃO

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 humanitá-

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFPE. Professor de Direito Penal e Processual Penal e Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Advogado.

rio e garantista, a tal ponto que a doutrina chega a afirmar que a distinção entre antijuridicidade e culpabilidade foi a principal conquista da ciência penal alemã², que foi elaborada, ainda no século XIX, por Franz Von Liszt.

A separação entre a 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 autor 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 representações³.

² ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Instituto editorial Reus, 1981, p. 187.

³ LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 285. Apesar de não concordarmos com o conceito de ação causalista, é inegável o avanço alcançado por eles para a dogmática

É importante salientar que Liszt, como todos os causalistas, faz uma separação entre a manifestação da vontade e a vontade propriamente dita. 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 nexo 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,

penal, tendo em vista que só com a ideia de ato ou ação, podemos excluir, de plano, condutas que para o direito penal não são valoradas como penalmente relevantes, como o caso, por exemplo, da coação física irresistível.

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 culpa⁴.

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 causalista 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.

Nesse espeque, quando falamos da relação entre culpabilidade e medida da pena temos que distinguir a culpabilidade como elemento do crime da culpabilidade como medida da pena. Como elemento do crime, tomando como marco o finalismo, estuda-se os seus pressupostos – imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa – que afirmam ou não a existência de uma ação culpável.

Já como medida da pena, entendemos a culpabilidade

⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 290.

como um elemento que indica 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 judicial⁵.

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. Muito 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 graduação, pode levar a uma diminuição

da culpabilidade e, por conseguinte, da pena⁶.

Nessa toada, poder-se-ia questionar a necessidade de um exame da culpabilidade no seu aspecto formal, que este trabalho pretende fazer. Contra essa argumentação, podemos afirmar que a passagem da concepção psicológica para um conceito normativo de culpabilidade é de primordial importância para entendermos as mudanças ocorridas no tocante ao estudo do tema, especificamente como é feita a medição da pena no caso em concreto, que só possível de ser entendido, ao nosso sentir, se percebermos e examinarmos as profundas modificações trazidas a partir de 1907.

É de se ressaltar que não vamos nos deter em todos os aspectos das teorias da culpabilidade, apenas nos pontos que tenham relevância para a medida e aplicação da pena, o que já restringe o objeto de estudo do presente artigo. Igualmente, não vamos aqui fazer um simples estudo descritivo dos pensamentos, a

⁵ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2007, p. 561.

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p.814.

partir de um viés evolutivo, e sim, buscaremos examinar essas concepções e levá-las até as “últimas conseqüências”, com questionamentos que acreditamos de extrema proeminência.

Por fim, é importante esclarecer, como acima explicitado, que vamos estudar a culpabilidade em dois grandes momentos: na concepção psicológica; e na concepção normativa. Sabemos que grande parte da doutrina inclui uma terceira classificação, que seria intermediária entre a psicológica e a normativa, quer dizer, a teoria psicológico-normativa. Apesar da correção deste posicionamento, vamos manter a divisão mencionada em virtude do fio condutor da tese, já que as mudanças significativas no tocante a relação entre culpabilidade e pena são melhores percebidas com a separação proposta.

2. A CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE E SUA RELAÇÃO COM A MEDIDA DA PENA

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 antijuridicidade. 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 interna⁷.

A autonomia da culpabilidade dependia da sua capacidade de se manter estanque e totalmente separado do conceito de ilicitude, levando, o que não poderia ser diferente, a uma concepção psicológica da culpabilidade. Assim, as exigências do ambiente positi-

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: TECFOTO, 1998, p. 540.

vista da época restariam cumpridas.

Ao discorrer sobre essa teoria, Asúa afirma que não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente, mas é imprescindível que se encontre uma ligação subjetiva⁸, 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.

Liszt afirma que 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 liberdade⁹.

⁸ ASÚA, Luis Jiménez. *La ley y el delito*. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1945, p. 447.

⁹ LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, tomo II, p. 378.

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 afirmarem 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 culpabilidade¹⁰.

Essa crítica acaba por mostrar à fragilidade da concepção psicológica no tocante a medida da culpabilidade e, evidentemente, da pena, pois falar de gradação por dolo ou culpa, dentro dessa teoria, não quer dizer em medição da

¹⁰ ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, tomo V, p. 264.

culpabilidade, e sim, diferentes culpabilidades, o que não é a mesma coisa.

A pergunta que fica é se dentro de uma mesma culpabilidade – dolosa ou culposa – é possível a sua medição. Citando novamente Asúa, dentro da concepção psicológica também não é possível a medição da culpabilidade, tendo em vista que o dolo eventual, por exemplo, é considerado com um dolo, e não um dolo menor^{11 12}. A possibilidade de graduação da culpabilidade só será possível com o surgimento da teoria normativa, como veremos a seguir.

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 garantia¹³.

Nesse espeque, 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. Citando novamente Liszt, esse autor 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 delituo- sa do agente.”¹⁴

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

¹¹ Idem, p. 177.

¹² É importante salientar que com a concepção finalista da ação ficou clara a possibilidade de se graduar o dolo e a culpa. Todavia, isso só foi delineado a partir da ideia de um injusto pessoal, onde o desvalor da ação pode e deve ser medido a partir das espécies de dolo e culpa.

¹³ SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 37.

¹⁴ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003, p. 164

o autor pela ação delituosa que cometera, e sim, uma apreciação primordialmente sobre o indivíduo, ou como diz Liszt, sobre a sua história.

3. A TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A MEDIDA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A obra de Reinhard Frank é considerada como o marco inicial da teoria normativa da culpabilidade, e sua importância – especialmente no tocante a medida da pena – não pode ser desprezada. Todavia, no caminho traçado por Asúa, não podemos falar em apenas uma teoria normativa, porém, de várias teorizações¹⁵. 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 a aplicação da pena, mostrando o discurso oficial de cada uma das teorizações e desvelando conseqüências, apesar de não

manifestas e, também, não declaradas, que esses mesmos discursos podem trazer.

É aqui, talvez, um dos pontos mais importantes e igualmente intrigantes do estudo da concepção normativa da culpabilidade e sua relação com a aplicação da pena. É comum citar que essa teoria, diferentemente da anterior que estava voltada a uma ideia de defesa social, 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.

Contudo, esses mesmos aspectos considerados como garantistas – que não negamos –, podem, porém, 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 limitá-lo.

Essa afirmação vale para a variante que é comumente

¹⁵ ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, tomo V, p. 156.

denominada culpabilidade do autor, que só foi possível uma teorização mais elaborada, dogmaticamente falando, e que ainda é perceptível em várias construções atuais, a partir da normatização da culpabilidade, tendo em vista as pesadas críticas aos positivistas e a sua periculosidade social, base da responsabilidade criminal dessa escola. Como vamos examinar, temos várias concepções normativas da culpabilidade que funcionam como equivalente funcional da periculosidade, todavia isto não é dito as claras ou expressamente afirmado, mas é construído sob a égide de uma teorização que, em tese, deveria limitar o poder de punir do Estado. Ainda é importante questionar se, talvez, a concepção normativa da culpabilidade não leva, em todos os casos, a um necessário exame da personalidade do agente que comete um fato típico e ilícito, desembocando, assim, numa culpabilidade e num direito penal do autor.

As respostas para tais questões só podem ficar mais claras se remontarmos para a origem da concepção norma-

tiva, isto é, a obra de Reinhard Frank datada de 1907. O autor começa a sua obra falando rapidamente sobre a concepção psicológica e acaba por demonstrar algumas contradições existentes, com o objetivo de mostrar as limitações dessa teorização e, com isso, poder desenvolver uma teoria nova com uma importante mudança de foco, tendo em vista que, agora, a culpabilidade não seria mais uma mera descrição de um fato psíquico – como queriam os causalistas adeptos da teoria psicológica –, e sim, um vínculo normativo desse fato psíquico.

Vale salientar, como faz Brandão, que a culpabilidade não deixa de ser “psíquica”, 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 jurídico¹⁶, a partir dos valores, e isso é fundamental para a nossa crítica posterior, estabelecidos pelo próprio sistema.

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 230.

E Frank faz isso exemplificando com dois casos que ocorrem no cotidiano. Assim se expressa o autor¹⁷:

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 o 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.

Dessa forma, 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 concomitantes¹⁸, levando a conclusão que são essas circunstâncias que levam a 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

¹⁷ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 28

¹⁸ Idem, p. 40-41.

que para o autor significam um perigo¹⁹.

Em relação à segunda questão, o autor se posiciona ao rebater possíveis objeções as ideias aqui expostas e defendidas por ele. 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.

Ao responder essa questão, o autor nos dá uma contribuição valiosíssima, tendo em vista que ele argumenta no sentido de que é o legislador que determina 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 central permanece idêntica, a de que não se pode re-

provar o autor por algumas ações realizadas sob circunstâncias de certa anormalidade²⁰.

É perceptível que a culpabilidade passa a ter um cunho ético indisfarçável, pois, mesmo com o advento do positivismo, conforme afirma Adeodato²¹, não se nega uma postura antiética do direito, mas apenas, e o pensamento de Frank segue esse caminho, que o conteúdo não está fixado por uma instância superior, por um suposto direito natural que serviria de critério hetero-referente. É o próprio direito positivado que define o seu próprio conteúdo ético, dentro das várias possibilidades existentes e igualmente possíveis.

Falando de direito penal, a culpabilidade normativa passa a ser o elemento de valoração ética feito pelo julgador, que passa a examinar, a partir das escolhas feitas pelo próprio sistema, se a conduta é digna

²⁰ Idem, p. 42.

²¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

¹⁹ Idem, p. 51.

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 jurídica²².

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. Agora, se a concepção normativa da culpabilidade leva indelevelmente a uma ditadura ética, não vamos por ora discutir, tendo em vista

que isso será feito no momento oportuno.

Esse olhar para a concepção normativa da culpabilidade não é novo, e Goldschmidt tenta superá-lo ao defender a ideia que essa teorização não é ética, e sim, jurídica. Fala esse autor 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 valores²³.

Segundo Cirino²⁴, a distinção operada por Goldschmidt entre norma jurídica e norma de dever, possibilitou fundamentar a reprovação do autor na consciência da antijuridici-

²² FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche em Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. 2003, p. 99.

²³ GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 91-92.

²⁴ SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Lumen Juris; ICPC: Curitiba, 2005, p. 203.

dade 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.

Não discordamos do posicionamento acima aventado, todavia isso não quer dizer que a teorização de Goldschmidt supera as críticas de que a culpabilidade é, no fundo, um processo eticizante. Isso fica claro pela análise assaz oportuna de Asúa²⁵, quando ele afirma que, segundo Goldschmidt, a culpabilidade temo 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.

Essa citação de Asúa, que reflete o posicionamento de

Goldschmidt, traz a baila uma discussão assaz e importante, que, nesse primeiro momento será apenas suscitada e rapidamente discutida, já que examinaremos detidamente no momento oportuno. Estamos aqui debatendo a(s) função(ões) do valor no discurso da norma jurídica.

O termo exigibilidade, que para Goldschmidt²⁶ seria, de forma bem esquemática, a possibilidade de se comportar conforme a norma de dever, é uma fórmula que não serve como guia de ação, apesar da sua importância como uma técnica comunicativa de alto valor, pois o termo, de forma relativamente precisa, desvela os comportamentos que são exigidos e aqueles que não o são. O que se está querendo aqui dizer é que se por um lado o conceito de exigibilida-

²⁵ ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, tomo V, p. 166.

²⁶ Vale salientar que o conceito, da forma que foi desenvolvido por esse autor, é a base para as teorias mais modernas sobre a culpabilidade, isto se pudermos falar de teorias inovadoras, pois, sob a perspectiva aqui estudada, como veremos, os posicionamentos posteriores não se afastam em demasia do que já estava posto.

de não é dotado de univocidade tendo em vista que ele se exprime por fórmula, já por outro lado, promove a própria comunicação, por mais paradoxal que pareça, pois rompe com as infinitas prescrições que poderiam surgir a partir das diferenciações operadas pelos vários comportamentos possíveis, que não podem ser satisfatoriamente regulados por normas²⁷.

Essas expressões difusas, em virtude da sua imprecisão e fluidez conceitual, permitem a harmonização de disposições legais que, em tese, são contrapostas, mantendo a retórica, por exemplo, da unidade e da não contradição do ordenamento jurídico.

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 artigo 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 infindáveis de normas que os comportamentos poderiam gerar, levando a uma disfuncionalidade para o próprio sistema jurídico.

Isso fica claro com as denominadas pela doutrina causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, onde todas as hipóteses são abarcadas não por dispositivos legais, mas pela expressão genérica. A doutrina cita – e aqui não queremos, pelo menos nesse momento, entrar na discussão se existem mais ou menos casos – como hipóteses de exculpação supralegal os seguintes: fato de consciência; provocação da situação de legítima defesa, desobediência civil; conflito de deveres; estado de necessidade exculpante; excesso na legítima defesa real ou putativa, ambos causados por perturbação, medo ou susto.

Isso poderia levar a um caminho que desembocasse numa argumentação no senti-

²⁷ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 108.

do de uma “abertura sem limites” para o exame de todos os eventos que ocorrem na realidade, permitindo identificar outros e incontáveis casos de inexigibilidade de conduta diversa. Não achamos, porém, que assim seja a operatividade do sistema jurídico, o que nos leva a entrar na discussão das funções do valor dentro da funcionalidade do sistema, perpassando também pelo caráter eminentemente persuasivo, e não informativo, do discurso jurídico.

Contudo, antes de adentrarmos nessa discussão, é de extrema relevância separar o posicionamento que passaremos a defender do desenvolvido por Heinrich Henkel. O autor, na sua principal obra²⁸, discorre sobre a exigibilidade a partir de um prisma novo e diferente dos posicionamentos até então existentes, ou seja, para ele a exigibilidade não seria um simples elemento normativo da culpabilidade, e sim, um princípio que se aplica a todos os ramos do direito.

A exigibilidade não é normativa, ela não encerra nenhum juízo de valor, afirma Henkel, muito pelo contrário, ela é formal, genérica e não é dotada de conteúdo específico, ela não assinala o conteúdo específico da decisão, mas resplandece e ilumina o caminho para tanto, a partir da sua real função de ponderação dos critérios valorativos, sendo, dessa maneira, um princípio jurídico regulativo²⁹.

Para corroborar o posicionamento defendido, o autor se vale de vários elementos presentes nos mais variados ramos do ordenamento jurídico. Para ficarmos apenas em um exemplo, 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,

²⁸ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires: BdeF, 2005.

²⁹ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 73.

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 elementos³⁰.

Não discordamos que o termo exigibilidade seja uma fórmula genérica – na verdade acreditamos que isso é um ponto positivo e imprescindível –, porém não podemos aceitar o posicionamento de Henkel quando afirmara que esse elemento é neutro.

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.

Propositadamente deixaremos de lado as discussões sobre o conceito de valor, defendemos a ideia que os valores são formulas integradoras e sintéticas para a representação do consenso social, não valem por si só ou como entidades, mas é um processo seletivo das informações em curso³¹.

Nesse caminho podemos falar na função modificadora e justificadora dos valores, consoante Tércio Sampaio Ferraz³². Segundo o autor, o valor pode ser colocado como invariante e, assim, utilizado como critério para a seleção dos comportamentos, isto é, em face do valor, as condutas são selecionadas. Todavia, esse processo seletivo pode ocorrer de maneira inversa, no sentido que invariante não é mais o

³¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 111.

³² FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 180.

³⁰ Idem, p. 65-66.

valor, e sim o comportamento. Aqui o valor surge para justificar o comportamento, sempre que este ocorra. No primeiro caso temos a função modificadora e, no segundo, a justificadora.

Deixando de lado os motivos pelos quais a função justificadora, pelo menos desde a modernidade até agora, acabou se sobressaindo em relação à modificadora, apesar de nem sempre ser simples essa “perfeita” distinção, tendo em vista o caráter persuasivo e estratégico do discurso jurídico, temos que quando falamos especificamente sobre a exigibilidade – ou a culpabilidade no seu viés normativo – percebemos que a função justificadora é amplamente utilizada, deixando-se de lado a modificadora, mesmo nos discursos onde o emissor sequer atenta para tal distinção.

Podemos citar como o clássico exemplo do estado de necessidade exculpante, assim colocado³³:

Se, por exemplo, um guia de alpinismo deixa de salvar a vida de um grupo de dez pessoas, que estava sob a sua responsabilidade, o qual se encontrava em perigo atual motivado por uma força da natureza, para salvar a vida de seu filho, que também se encontra em situação de perigo, num local próximo ao do grupo, não é possível falar em estado de necessidade previsto no artigo 24 do código penal brasileiro como causa de justificação. Com efeito, o bem jurídico sacrificado – vida de dez pessoas – é de maior valor que o bem jurídico preservado – vida de uma única pessoa. Todavia, no caso concreto, é inexigível que um pai deixe o seu filho perecer para salvar as vidas de outras pessoas. Por isso, reconhece-se aí uma causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta para excluir-se a culpabilidade do agente.

Percebe-se aqui que qualquer comportamento onde o agente “privilegie” os filhos – podemos incluir aqui também os pais, numa situação inversa,

³³ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 259.

mas semelhante –, teremos um valor(família) que serve para desculpar e justificar a exclusão da exigibilidade e, conseqüentemente, do crime. Perceptível que estamos num discurso que toma o valor na sua função justificadora, tendo em vista que toda vez que aparecer um comportamento no molde descrito – este tomado como invariante – surge um valor para justificá-lo.

Situação diversa seria se no lugar do filho estivesse um sobrinho, pois, nesse caso, não apareceria um valor para justificar a ação como digna de inexigibilidade. Nesta hipótese, o “dever jurídico”, para ficarmos nas palavras de Goldschmidt, exigiria uma motivação oposta a salvaguarda do ente, passando o agente a ter a sua conduta qualificada como criminosa e digna de reprovabilidade.

Poder-se-ia argumentar que a função modificadora permitiria uma calibração da exigibilidade na questão acima suscitada, pois, se tomarmos o valor como invariável(família), poderíamos abarcar também as condutas de tios que salvem os sobrinhos em casos seme-

lhantes ao narrado, sob o argumento que não existiria um dever jurídico de se comportar conforme as normas de dever.

Mas efetivamente isso não ocorre. Os valores precisam, para que o discurso dogmático seja dotado de objetividade e, por conseguinte, persuasivo, ser neutralizados, agora não de forma explícita e evidente, porque não seria retoricamente atraente, mas de forma onde a mensagem pode ser encoberta e recebida ao mesmo tempo, denominada, segundo Warat³⁴, “condição retórica de sentido”, que seria um conjunto de regras retóricas com a finalidade de produzir o convencimento nos discursos jurídicos. Nesse espeque, temos as representações ideológicas como um elemento extremamente persuasivo e que legitimam as decisões judiciais.

Para o autor, ideologia seria “o conjunto mais ou menos coerente de crenças que o grupo social invoca para justi-

³⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994, p. 115.

ficar seus atos e respaldar as suas opiniões, isto é, as crenças funcionam como motivadoras ou racionalizadoras de determinados comportamentos sociais”³⁵.

Isso nos permite entender a afirmação de Tércio Sampaio Ferraz, quando o autor fala que a ideologia atua, no campo dogmático, como um elemento estabilizador das expectativas, tendo em vista que a ideologia funciona como uma valoração sobre os valores, uma metacomunicação que limita as inúmeras possibilidades que os valores – que são expressões abertas, reflexivas e instáveis – poderiam levar³⁶.

Vivemos numa sociedade cada vez mais complexa, sem as bases de uma ética comum que se perdeu gradativamente. O consenso, dentro dos mais diversos grupos sociais, é de difícil obtenção e o direito passou a ter que responder aos anseios das mais diversas estirpes. Esse aumento de com-

plexidade é a condição de existência do próprio sistema jurídico como hoje pensamos, e este busca reduzir a própria complexidade do meio, a partir de um sistema de informações especializadas e estruturas que se auto-reproduzem³⁷. A ideologia é uma forma extremamente importante para o controle de expectativas, que seria impossível com a abertura que os inúmeros valores existentes proporcionam, tendo em vista que eles selecionam os problemas que serão vistos como problemas pelo próprio sistema.

É claro que a ideologia também traz dificuldades, pois alguns problemas não são vistos pelo sistema como tais, o que leva, necessariamente, a uma neutralização da busca para a sua solução³⁸. Essa solução só será pensada quando, em um dado momento histórico, as expectativas ideológicas sofrem conturbações e o sistema jurídico passa a ver

³⁵ Idem, p. 116.

³⁶ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 183.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2007, p. 626.

³⁸ FERRAZ, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. Max Limonad: São Paulo, 1998, p. 186-187.

aquela situação conflituosa como um problema.

Assim, podemos afirmar que a ideologia acaba por justificar a função modificadora ou, até mesmo, modificar a função justificadora dos valores, fixando e organizando-os, enfim, gerando a possibilidade de sistematização do próprio discurso jurídico dogmático³⁹.

Voltando para a seara penal, percebemos o quão a ideologia afeta a questão da valoração da reprovabilidade, pois, mesmo que analisemos os valores na sua função modificadora, voltando para o caso do tio que salva o sobrinho na situação já suscitada, e que tomemos o valor como invariável – a família – percebemos que esse é ideologizado, pois a família é vista, ainda que se pesem as mudanças propostas e já difundidas na doutrina jurídica sobre esse assunto, sob uma perspectiva cristã, tradicional por excelência, traduzida como marido, mulher e filhos, excluindo, dessa maneira, todos os demais.

Talvez, e isso já pode ser detectável, esse sentido ideológico de família pode estar se modificando pela “pressão” social que passa o sistema jurídico, tendo o jurista, o doutrinador e o juiz que lidar com os “novos” problemas⁴⁰, como o caso repetidamente suscitado. Assim, as condutas que serão consideradas com reprováveis ou não passarão por mudanças, mas várias outras permaneceram “esquecidas”, ou melhor dizendo, não serão vistas pelo sistema como um problema ou informação.

Então, a afirmação amplamente difundida, que afirma o enriquecimento da culpabilidade pela inclusão da reprovabilidade como elemento central, permitindo assim que

⁴⁰ Atualmente, vários doutrinadores que estudam o direito de família mostram que este conceito vem, ao longo dos últimos anos, mudando. Eles enfatizam que a família em si não está em crise, e sim, o modelo clássico que via no matrimônio cristão a única possibilidade de se constituir uma família. FACHIN, Luiz Edson. *A família fora de lugar*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> acessado em 24 de janeiro de 2012.

³⁹ Cf. Idem.

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 pena⁴¹, deve ser examinada com cautela.

Não discordamos das vantagens e superioridade da concepção normativa sobre a psicológica, mas a culpabilidade, como desenvolvida a partir de Frank, é um poderoso instrumento de controle de comportamentos socialmente diferenciados, uma vez que privilegia, com exclusão da responsabilidade penal ou, até mesmo, a aplicação de pena mais leve, certos padrões de comportamentos sociais considerados como aceitáveis pelo próprio sistema jurídico penal.

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, vez que aquilo que é reprová-

vel 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 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.

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.

Da mesma forma, como já deixamos transparecer, a teoria normativa permite a mudança e, até mesmo, a inclusão

⁴¹ SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 90.

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, como parece deixar transparecer a doutrina. Definitivamente, não é somente o caso em concreto o elemento fundamental para se afirmar 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 – e esta é a sua importância – está abarcado pelo recorte que o valora como inexigível, assim será tratado.

É uma ilusão a ideia que defende a possibilidade de casos infundáveis, a depender das peculiaridades da situação ou de múltiplos outros fatores, pois, se assim fosse, não existiria sistema jurídico penal.

Não pretendemos dizer como o direito penal, ou o sistema jurídico em geral, deveria ser, mas como, dentro dos parâmetros de uma sociedade cada vez mais complexa e com linguagens cada vez mais especializadas, é. A própria funcionalidade e existên-

cia do sistema jurídico penal depende de uma seletividade operativa, que essas fórmulas difusas permitem.

Pode-se dizer que a teorização aqui adotada, e essa crítica é bastante difundida, legitima um sistema jurídico penal que é seletivo, arbitrário e estigmatizante por natureza. Acreditamos nestas características inerentes a qualquer sistema penal, inclusive duvidamos, dentro do contexto social, histórico e político atual, um direito penal sem esses caracteres, até mesmo porque nos parece que existe uma íntima relação entre a forma punitiva e o sistema de produção⁴², e, por isso, como não vemos até o momento o fim do capitalismo num horizonte próximo, defendemos a ideia de um direito penal mínimo e garantista, mantendo a sua violência intrínseca controlada por limites específicos e bem delineada.

De certa forma, a crítica acima suscitada perde o seu

⁴² Cf. KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

valor quando percebemos que falar sobre a dogmática penal, sobre qualquer viés que seja, é legitimar o direito penal posto. Não queremos defender ou legitimar aqui qualquer teorização sobre o sistema penal, principalmente aquelas que podem ser classificadas como expressão de um direito penal máximo, mas, apenas, mostrar que qualquer exame da dogmática penal é justificar, mesmo que minimamente, a sua existência.

Também não adotamos as teorizações que defendem o abolicionismo do direito penal, apesar de concordarmos com as críticas feitas por seus autores ao sistema penal. Acontece que, como já especificado, não vemos como dentro da sociedade em que vivemos a possibilidade de abolir o sistema punitivo como conhecemos.

O direito, e primordialmente o penal, não pode prescindir da sua aplicação prática, pois é para ela que devem ser criadas as teorizações, e as correntes que defendem a extinção completa do sistema punitivo atual é utópico e inaplicável na prática, e, enquanto

isto, o direito penal seletivo, violento, arbitrário e estigmatizante continua atuando sem pudor. Por isso, devemos procurar trabalhar com a dogmática penal para diminuir ao máximo a incidência dele.

Sendo assim, acreditamos que a partir do pressuposto teórico adotado conseguimos perceber e evitar a chamada culpabilidade do autor, expressão de um direito penal antigarantista, que a concepção normativa da culpabilidade tal como comumente trabalhada pode engendrar, até mesmo com consequências nefastas no tocante a aplicação da pena.

Esse viés antigarantista da concepção normativa da culpabilidade é, por vezes, citado por alguns teóricos, que afirmam que esta teoria pode levar a uma valoração que encontre na personalidade o principal móvel do delito⁴³. Contudo, estes mesmos autores defendem que é possível evitar essa análise da personalidade, ao afirmar que a culpa-

⁴³ SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 82.

bilidade é um juízo sobre o autor, mas o objeto de valoração seria o fato.

A intenção é das melhores, mas, a partir de um exame mais detido desde os primórdios da concepção normativa, percebe-se que a análise da personalidade sempre esteve presente, muitas vezes de uma forma mais explícita outras tentando disfarçar o indisfarçável.

E aqui, discordamos de Zaffaroni quando ele parece concentrar principalmente as suas críticas a teoria normativa a construção desenvolvida por Mezger, ao afirmar que ela funcionaria como equivalente funcional da periculosidade, tendo em vista a defesa de uma pena maior para os habituais e reincidentes⁴⁴. Defendemos que a teoria normativa da culpabilidade, como desenvolvida até o presente momento, funciona, às vezes mais outras menos, como equivalente da periculosidade. Parece óbvio que, muitas vezes, não de forma tão explícita

como a desenvolvida por Mezger.

Zaffaroni poderia argumentar – como realmente o faz no seu Tratado – que a personalidade é um elemento importante na medida da culpabilidade, mas com papéis diferentes, a depender se estamos na seara de uma culpabilidade do fato ou do autor. Assim continua o autor afirmando que quando se trata de culpabilidade do ato a personalidade é apenas um dos elementos que indicam o âmbito de autodeterminação do autor, não se tratando de uma reprovação sobre a personalidade, como faz a culpabilidade do autor⁴⁵.

Para justificar o posicionamento defendido, o autor ilustra com um exemplo que, devido a sua importância, transcrevemos:

As conseqüências práticas da ponderação da personalidade em uma culpabilidade do ato, com relação à concep-

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 662.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1988, tomo V, p. 307.

ção da culpabilidade do autor, são fartas de diferenças, pois o ato mais próprio da uma personalidade, aquele que já é um hábito e demanda ao homem certo esforço para conseguir se omitir, será mais reprovável – e, por fim mais punível – para a culpabilidade do autor, que não reprovava o ato, e sim a personalidade inclinada ao ato, por outro lado será menos culpável para uma culpabilidade do ato, que se reprovava o ato, que no âmbito de um hábito pessoal, é menos livre, pois requer um maior esforço para evitá-lo⁴⁶.

Esse argumento de Zaffaroni é poderoso, todavia não condiz com a construção do conceito normativo da culpabilidade, inaugurado em 1907. Vejamos, então, tomando como referencial os próprios autores dessa concepção.

O próprio Frank, na sua obra sobre o tema, afirma que os adeptos da teoria psicológica conceituam a culpabilidade como essencialmente uma

relação psíquica que estaria situada fora da personalidade⁴⁷, o que denota a sua intenção de incluir a personalidade como fator, talvez o mais importante, a ser considerado na culpabilidade.

Quando fala sobre o caixairo de um comércio e um portador de valores que subtraem um determinado valor, caso este já referido outrora, ele afirma que a culpabilidade do segundo é maior tendo em vista a sua situação financeira estável e suas inclinações luxuosas. O autor continua afirmando que se essas inclinações se referirem a mulheres e vinho, estas circunstâncias incrementam a culpabilidade do agente⁴⁸.

Acreditamos que não restam dúvidas que essas inclinações que devem ser consideradas são, no fundo, um exame sobre a personalidade do agente, se está é reprovável ou não, partindo dos motivos e, sobretudo, do caráter do agen-

⁴⁷ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 27.

⁴⁸ FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 28.

⁴⁶ Idem, p. 307.

te, como já afirmava Asúa⁴⁹. Com outras palavras, se a personalidade do agente é inclinada para uma vida regada a mulheres e bebidas, teremos uma culpabilidade maior, o que vai de encontro com a tese de Zaffaroni, pois, se levarmos em relevo o exemplo citado pelo penalista argentino, essas circunstâncias deveriam levar a uma diminuição da culpabilidade, e não o contrário.

Se Frank deixa a entender que a reprovabilidade se dá sobre o caráter do agente, deixando o fato de lado, autores posteriores o fazem de maneira ainda mais explícita e direta. Freudenthal, por exemplo, afirma que a análise da exigibilidade é feita de acordo com as características da personalidade do agente⁵⁰, nos moldes de Frank.

Isso justifica a crítica feita a Zaffaroni sobre a exclusivida-

de do julgamento imposto a Mezger. A ideia defendida pelo autor argentino é assaz garantista, mas, além de não condizer com a construção normativa da culpabilidade tal como vista, não teve eco, pelo menos de forma amplamente majoritária, nas decisões dos nossos tribunais, que seguem a orientação desenvolvida a partir de Frank, e aprofundada por Mezger.

Talvez, e de forma bastante perspicaz, Mezger tenha percebido melhor do que muitos até onde poderia levar a concepção normativa da culpabilidade, e assim o fez com muita competência, diga-se de passagem.

Por tudo o que já foi dito, discordamos diametralmente da teorização do autor, mas, ao mesmo tempo, ela é importantíssima para percebermos até onde a normatização da culpabilidade, tal como a desenvolvida a partir de Frank, pode levar. Isso também não quer dizer, reforçamos, que a normatização da culpabilidade seria um passo para trás, apenas que do jeito que foi feita é perigosa e com um viés anti-garantista.

⁴⁹ ASÚA, Luis Jiménez. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, tomo V, p. 165.

⁵⁰ FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche em Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. 2003, p. 77.

Mezger⁵¹ começa a expor a sua tese sobre a culpabilidade afirmando que ela seria a expressão desaprovada da personalidade do agente, e continua, afirmando que a culpabilidade radica não na cabeça do homem que comete o fato delituoso, mas na cabeça dos outros homens, aqueles que julgam. E termina dizendo que este elemento é uma situação fática valorizada normativamente.

É notável como a nossa legislação e a prática dos nossos tribunais acabaram por convergir com essa concepção da culpabilidade e sua relação com a medida da pena, apesar dos mais variados discursos teóricos buscarem repudiá-lo e mostrar como ele não foi aceito pela legislação pátria. Como explicar, então, a reincidência como uma circunstância que agrava a pena, ou, até mesmo, no artigo 59 do código penal brasileiro, a valoração dos maus antecedentes como elemento na fixação da pena

base, para ficarmos apenas nesses exemplos.

Mais surpreendente ainda é, com raras exceções⁵², como explicar que a própria doutrina que defende a culpabilidade do fato aceita e legitima o acima referido não enxergando qualquer problema, como se harmonia existisse. Encaixa-se perfeitamente, tal como a mão e a luva, o conceito de culpabilidade de Mezger – expressão da personalidade – e a legitimação de uma pena maior para os reincidentes. Fica só no discurso a ideia que a culpabilidade seria um juízo de reprovação sobre o indivíduo, mas que teria como objeto de valoração o fato típico e ilícito, quando se percebe que o incremento na culpabilidade tendo em vista, unicamente, a vida progressa do agente, distancia-se, a perder de vista, do fato concreto.

⁵¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, tomo II, p. 2-5.

⁵² Cf. FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque. “Reincidência e repressão penal”. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza(org.). *Direito Penal: penas e punibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Aliás, o próprio Mezger⁵³ defende um exame sobre o fato. Segundo o autor, dando continuidade ao seu pensamento, a culpabilidade é um juízo de referência, que de maneira imediata se refere ao injusto penal (conduta típica e ilícita), e de forma mediata a personalidade e ao caráter. O objeto do juízo é o ato, e esse é a expressão da personalidade daquele que o realiza.

Por outro lado, a exclusão da reprovabilidade só ocorreria quando as circunstâncias exteriores fossem de tal forma forte, que até mesmo um homem de caráter firme não pudesse resistir⁵⁴.

Nenhum outro autor, a nosso ver, desnudou de forma tão precisa os perigos que a concepção normativa da culpabilidade, tal como a explicitada, traz. Defendemos, inclusive, a ideia que na prática brasileira a culpabilidade se aproxima demais da concepção desenvolvida por Mezger, o que se mostra desconcertan-

te quando comparado com o discurso teórico.

E não é crível a afirmação contrária, no sentido de que as doutrinas posteriores a Mezger “consertaram” as falhas, até porque, com o advento do finalismo, a concepção normativa da culpabilidade, tal como Frank, Freudenthal e Goldschmidt a desenvolveram, fora mantida nos seus principais aspectos. Na verdade, houve inclusive um aprofundamento, pois, até antes de Welzel, tínhamos a inclusão do dolo e da culpa nesse elemento do crime, situação que deixou de existir com a doutrina final da ação, tendo em vista que esses elementos psicológicos foram deslocados para a tipicidade, deixando a culpabilidade apenas com elementos normativos.

Ou mesmo com as contribuições das doutrinas pós-finalistas, que muito mais do que criticar a teoria normativa da culpabilidade, acaba por incluir novos elementos, como, por exemplo, Roxin⁵⁵, que

⁵³ MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, tomo II, p. 20.

⁵⁴ Idem, p. 53.

⁵⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Madrid: Instituto editorial Reus, 1981.

insere a culpabilidade num contexto maior (responsabilidade), passando a ser analisada junto de questões preventivas e funcionando apenas como limite da pena, não mais como fundamento.

Reiteradamente defendemos uma culpabilidade normativa, todavia sob um prisma diferenciado. Procuramos demonstrar as incongruências, falhas e, principalmente, os perigos da normatização da culpabilidade como a temos até hoje. Por isso procuramos estudá-la sob uma ótica diferente, buscando explicar a função do valor na discussão da norma jurídica, como fora feito.

4. CONCLUSÃO

A guisa de uma conclusão, podemos dizer que é o próprio sistema jurídico, a partir das suas próprias estruturas, que define quais as condutas são dignas de reprovabilidade ou não. Isso não quer dizer que essa clausura operacional significa proferir um total fechamento em relação ao meio. Definitivamente não são as

informações – os casos em concreto – que definem se há ou não exigibilidade, mas elas deixam sempre em aberto a possibilidade de mudança, de aprendizagem, pois vivem constantemente irritando o sistema, permitindo assim a sua capacidade de evoluir, de buscar sempre um desenvolvimento teórico. Mas essa possibilidade de aprendizagem acaba por estimular as próprias operações autopoieticas do sistema jurídico, pois são elas, em última instância, que permitem ou não a aprendizagem e a mudança⁵⁶, e não o contrário.

No campo oposto, temos o discurso de Fernanda Palma. Para a autora, a funcionalização do direito penal estabilizaria um terreno instável por natureza ela defende a possibilidade que determinados estados subjetivos individuais levem a exculpação mesmo que não previstos pelo sistema, pois, ainda para ela, caso se comprovasse empiricamente a

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2007, p. 626-627.

falta da liberdade da vontade não existiria culpabilidade⁵⁷.

Para tanto, ela cita um caso, dentre vários, onde as teorizações sobre a culpabilidade normativa parecem não repercutir no sentido da possibilidade de sua exclusão. Ela fala sobre os casos onde o agente tem uma família desregrada e vive num bairro *quetizado*, defendendo a possibilidade de exclusão da culpa em casos de comprovação empírica da falta da liberdade da vontade⁵⁸.

Seguimos o caminho oposto, como ficou claro pela posição da autora. O que é reprovável não é determinado pelo caráter do indivíduo e nem pelos os motivos que o levaram a cometer aquele fato típico e ilícito, isso é irrelevante a partir do pressuposto teórico defendido.

Quando se fala de juízo de valor, não o tomamos aqui sob as mais variadas perspectivas, tendo em vista o papel da ideologia que acaba neutralizando essa gama infundável

de possibilidades, gerando, dessa forma, expectativas normativas percebidas pelo observador.

Esse conceito funcional da norma, entendida aqui como uma expectativa de conduta que se estabiliza mesmo que contra os fatos, deixa de lado qualquer perquirição a respeito dos motivos, e podemos incluir da personalidade ou caráter, que levaram o agente a cumprir ou não com as normas, uma vez que elas não asseguram um comportamento conforme elas, mas, sem prejuízo, protege quem tem essa expectativa⁵⁹. Os motivos, a personalidade ou o caráter não serão analisados quando um agente comete um fato delituoso para se definir a exigibilidade, mas, apenas, se a partir do recorte valorativo da realidade feito pelo próprio sistema, aquele indivíduo, naquelas circunstâncias, terá ou não a sua conduta reputada como reprovável.

Vale salientar que o conceito de norma trabalhado aqui,

⁵⁷ PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2005..

⁵⁸ Idem, 2005.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2006, p. 191-192.

diferencia-se da tradição jurídica quando afirma que ao normativo se contrapõe o fático. Aqui trabalhamos com a ideia de que o oposto ao normativo é o cognitivo, pois o conceito de norma surge com relação à distinção da possibilidade de reação frente a uma frustração de uma expectativa. Se a reação a frustração é de aprendizado, com a sua respectiva renúncia, estamos ante uma expectativa cognitiva; por outro lado, caso à reação a frustração é a própria manutenção da expectativa, apesar do desengano, falamos em expectativa normativa⁶⁰.

Dessa forma, o conceito de norma é o resultado da opção que tem um observador, que só se atualiza empiricamente, quando um terceiro distingue entre a expectativa normativa e cognitiva, conforme visto. Não há a necessidade de se perquirir os motivos pelos quais o agente não cumpriu a norma, se ele acredita na sua legitimidade, ou, até mesmo,

se a norma é de acordo com os seus valores morais, ou reputada como contrária a moral⁶¹.

É possível se cumprir ou não a norma por infindáveis motivos, mas isso não importante, como visto. Podemos dizer que temos aqui uma concepção cética do conceito de norma, até porque qualquer tentativa de generalização na busca de se exigir comportamentos conforme a norma é impossível em virtude das inúmeras possibilidades que levaram os indivíduos a agirem. Um posicionamento cético, como o adotado, é, gnosiologicamente falando, mais prudente.

Uma crítica muito comum é feita a construção aqui defendida, como já referenciada, mas que acreditamos ser necessário trazer a baila novamente. Muitos autores falam que tal posicionamento acabaria por legitimar qualquer intervenção penal, por mais violenta que possa ser. Essa afirmação não está completa-

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2006, p. 190.

⁶¹ Idem, p. 191.

mente errada, todavia, não é inteiramente correta.

Qualquer construção jurídico-penal legitima mesmo que minimamente a intervenção punitiva. Mas isso está longe de aceitar qualquer forma de incidência penal, principalmente quando afirmamos e nos contrapomos ao processo de eticização operada pelo conceito normativo de culpabilidade como o conhecemos. Não conseguimos perceber como seria possível, tomando como parâmetro o nosso contexto social, político e econômico, defender as teses abolicionistas sem cair numa perigosa quimera.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ASÚA, Luis Jiménez. *La ley y el delito*. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1945.
- _____. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, tomo V.
- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. Saraiva: São Paulo, 1997.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. Max Limonad: São Paulo, 1998.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2004.
- FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque. “Reincidência e repressão penal”. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza(org.). *Direito Penal: penas e punibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche em Derecho Penal*. Buenos Aires: BdeF. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF, 2002.
- HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires: BdeF, 2005.
- KIRCHHEIMER, Otto;
- RUSCHE, Georg. *Punição e*

- estrutura social*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, tomo II.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935, tomo II.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: TECFOTO, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Editorial Herder, 2007.
- PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevencion en derecho penal*. Madrid: Instituto editorial Reus, 1981.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- SALAS, Jaime Couso. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Lumen Juris; ICPC: Curitiba, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1988, tomo V.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.