

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO/PUC-SP

ANTONIO ROVERSI JÚNIOR

A CULPABILIDADE COMO FATOR DE DELIMITAÇÃO DA PENA

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO/PUC-SP

ANTONIO ROVERSI JÚNIOR

A CULPABILIDADE COMO FATOR DE DELIMITAÇÃO DA PENA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO

2015

ANTONIO ROVERSI JÚNIOR

A CULPABILIDADE COMO FATOR DE DELIMITAÇÃO DA PENA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

Aprovado em: ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor e amigo, Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques, não só pela orientação para a realização do presente trabalho, mas principalmente pela amizade a mim dedicada e pelas oportunidades concedidas.

Ao professor e amigo Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, exemplo de profissional, tanto na docência quanto no exercício da função de Defensor Público.

A todos os amigos e amigas de uma vida, que, de alguma forma, colaboraram para minha formação humana.

Um agradecimento muito especial a César Mortari Barreira, referência intelectual e de vida.

À minha mãe, Geni Antonia Rodrigues Roversi, e ao meu irmão, César Antonio Roversi, exemplos de dedicação.

A Mariana Lins de Carli Silva, pela colaboração para a realização deste trabalho e, principalmente, por tudo aquilo que se esvai nos espaços entre as palavras.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a culpabilidade como fator de delimitação da pena na primeira fase do critério trifásico de sua aplicação. Para tanto, a culpabilidade é considerada de acordo com os seus diferentes aspectos: como princípio constitucional derivado do fundamento da dignidade da pessoa humana, como elemento da estrutura do delito e como fator de delimitação da pena. Diante da construção histórica do instituto, constata-se que se constitui em um fator de limitação da pena a ser imposta diante da prática de um delito, não havendo de se falar em diferenciação de seu conteúdo material quando estrutura o delito e quando funciona na individualização da pena. Isso porque, mesmo quando analisada no segundo dos aspectos mencionados, é passível de graduação e nessa medida influenciará diretamente na quantificação da pena a ser aplicada, sendo indesejável a diferenciação dos seus conceitos de maneira a alargar o seu conteúdo, permitindo uma ampliação do poder de punir estatal. Mesmo que alocada na dicção do artigo 59 do Código Penal Brasileiro ao lado de outras circunstâncias, deve ser tida em posição de destaque, não assumindo o mesmo patamar das demais, estabelecendo um limite máximo da pena, de modo que as demais circunstâncias não podem elevar a pena a patamar superior a esse limite.

Palavras-chave: culpabilidade, pena, delimitação, individualização

ABSTRACT

This study aims to analyze the culpability as the delimitation factor in the first phase of the three-phase criterion for the application of criminal penalties. To this end, the culpability is considered according to its different aspects: as a constitutional principle derived from the foundation of the dignity of the human person, as an element of the delict structure and as a factor of delimitation of the penalty. Based on the historic construction of the institute, it is noted that the culpability constitutes a penalty limiting factor to be imposed when a delict is committed, not allowing to differentiate their material content as a structuring element of the delict nor as an individualization element of its punishment. This is so because, even when analyzed under the latter aspect, the penalty is also susceptible to gradation, and this extent will greatly influence the quantification of the applicable penalty, being the differentiation of those two concepts an undesirable measure which results in an enlargement of its content, allowing an expansion of the state's punishing power. Even if allocated under the diction of article 59 of the Brazilian Penal Code alongside other circumstances, culpability should be held in a prominent position, not assuming the same level of other elements, so to establish a maximum limit to the penalty and prevent other circumstances from exceeding such limitation.

Keywords: Culpability, Penalty, Delimitation, Individualization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A CULPABILIDADE E SUA NATUREZA DE PRINCÍPIO.....	13
1.1. A culpabilidade como princípio constitucional.....	17
1.1.1. A culpabilidade como princípio expreso.....	17
1.1.2. A culpabilidade como corolário da dignidade da pessoa humana...	19
1.2. Manifestações do princípio da culpabilidade.....	25
1.2.1. Personalidade.....	25
1.2.2. Responsabilidade pelo fato praticado.....	26
1.2.3. Dolo ou culpa.....	29
1.2.4. Imputabilidade.....	33
1.3. Princípio da culpabilidade e princípio da proporcionalidade.....	39
1.4 Princípio da culpabilidade e princípio da individualização da pena.....	44
2. A CULPABILIDADE NA SUA ACEPÇÃO DOGMÁTICA COMO PARTE INTEGRANTE DA ESTRUTURA DE DELITO.....	46
2.1. O conceito estratificado de crime.....	46
2.2. Da origem clássica ao determinismo positivista.....	48
2.3. Binding e o nascimento da culpabilidade.....	65
2.4. Liszt e a concepção psicológica da culpabilidade.....	68
2.5. O neokantismo e as teorias normativas da culpabilidade.....	74
2.6. O finalismo de Welzel e a teoria normativa pura da culpabilidade.....	83
2.7. Culpabilidade e funcionalismo penal.....	92
2.7.1. A culpabilidade no funcionalismo limitador de Roxin.....	93
2.7.2. A culpabilidade no funcionalismo sistêmico de Jakobs.....	98
2.8. Outras propostas acerca da culpabilidade.....	103
2.8.1. A culpabilidade na ótica de Schunemann.....	103
2.8.2. A culpabilidade na perspectiva de Klaus Günther.....	106
2.8.3. Zaffaroni e a culpabilidade por vulnerabilidade.....	107
2.8.4. A culpabilidade de Figueiredo Dias.....	111
2.8.5. A culpabilidade na ótica de Hassemer.....	114

3. A CULPABILIDADE COMO FATOR DE DELIMITAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.....	118
3.1 Teorias.....	119
3.2 O conteúdo da culpabilidade expressa no artigo 59 do Código Penal.....	124
3.3 O conteúdo material da culpabilidade e a determinação da pena-base.....	129
3.4 A relação da culpabilidade com as condições judiciais expressas no art. 59 do Código Penal.....	138
3.5 As expressões “reprovação” e “prevenção” contidas no artigo 59 do Código Penal.....	143
3.6 Culpabilidade e antecedentes.....	148
3.7 Culpabilidade e personalidade.....	152
CONCLUSÃO.....	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

INTRODUÇÃO

O tema *culpabilidade* tem sido foco de intensos debates na doutrina penal, notadamente diante da complexidade que envolve o delineamento de sua estrutura, bem como diante da importância que assume frente a um direito penal calcado em um Estado Democrático de Direito e fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Na atualidade, é inquestionável que não mais se admite uma responsabilidade desvinculada do sujeito, tido como o autor efetivo de uma conduta classificada como crime.

Embora uma primeira noção da culpabilidade tenha se baseado nessa ideia, a evolução do pensamento jurídico-penal conduziu a uma complexidade do conceito, traduzindo sua análise através de alguns aspectos.

Em um primeiro aspecto, a culpabilidade é vista sob a forma de princípio constitucional, que limita o poder de punir do Estado impedindo qualquer resquício de responsabilidade objetiva, impondo, ainda, a intranscendência da pena e a sua individualização. Por intranscendência entenda-se a impossibilidade de transposição da pena para além do autor do fato e, por individualização, a consideração da pessoa concreta a quem se lhe impõe.¹

Sob outra feição, a culpabilidade integra o conceito analítico de crime e é analisada sob a ótica da dogmática penal. Passados mais de uma centena de anos de estudos dedicados a esse fenômeno, goza de ampla maioria o entendimento de que se considera crime a conduta típica, antijurídica e culpável. A tipicidade pressupõe, através de um juízo de subsunção, o perfeito enquadramento da conduta nos moldes definidos pela lei, além da efetiva violação a um bem jurídico penalmente tutelado. Será a conduta antijurídica quando, efetivamente, venha a ser desaprovada pelo ordenamento jurídico, o que se dá quando não estiverem presentes quaisquer causas que excluam esse caráter do fato praticado. Ultrapassadas essas etapas, passa-se à consideração da culpabilidade, quando se analisará a reprovabilidade da conduta no caso concreto, levando em consideração

¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

circunstâncias específicas que influenciaram/motivaram o indivíduo no cometimento da infração penal, fundamentando a pena imposta.

Como se pode perceber, é na análise da culpabilidade que o indivíduo, como ser único, entra em cena. Pode-se dizer, sem exageros, que é aqui que o direito penal se humaniza, eis que as fases anteriores pressupõem uma abstração inerente às próprias categorias investigadas.

Sob um terceiro aspecto, a culpabilidade funciona como fator de delimitação da pena, estabelecendo a devida proporção entre a reprimenda e o fato praticado.

A partir de quaisquer desses aspectos, é possível afirmar que a culpabilidade está diretamente ligada à pena. Traz consigo, portanto, a noção de reprovabilidade, seja para fundamentar a sanção penal, seja para limitá-la, traçando os lindes em que será dosada a reprimenda.

Pautada essa ideia, a fixação da pena a ser infligida a quem praticou a conduta definida como crime deve ser criteriosa. O ordenamento jurídico brasileiro elegeu o chamado *critério trifásico de aplicação da pena*, a teor do art. 68 do Código Penal. Em um primeiro momento, será fixada a pena-base. Em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento. A fixação da pena-base pressupõe a consideração das circunstâncias do art. 59 do mesmo código, dentre as quais figura a culpabilidade.

É certo, porém, que a dicção do dispositivo mencionado, ou mesmo de qualquer outro da legislação penal, não traça um caminho preciso a ser percorrido pelo julgador para a dosagem da pena, mesmo porque a culpabilidade é descrita ao lado de outras circunstâncias, dando a impressão de paridade entre ela e as demais. Também não resta claro se se trata de um instituo autônomo, dotado de conteúdo material próprio, ou se consiste naquela mesma culpabilidade integradora do delito.

A culpabilidade é o objeto deste estudo, como fator de delimitação da pena na primeira fase do critério trifásico acima delineado. Pretende-se analisar a função que ela desempenha, nos dias atuais, na individualização da pena-base, de acordo com a previsão do art. 59 do Código Penal Brasileiro. Para tanto, tentará se estabelecer em que medida os três aspectos desse conceito se conectam no momento de se dosar a pena-base, bem como a natureza que assume nesse momento.

A hipótese a ser alcançada é a de que não se há de falar em diferença de conteúdo entre a culpabilidade que integra a infração penal e aquela que se considera quando da fixação da pena. Além disso, em relação às demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, deve ser tida em posição de destaque, estabelecendo o máximo da pena a ser aplicada e impedindo que as demais circunstâncias venham a agravar a reprimenda para além do que a culpabilidade recomenda, mesmo que com base em critérios de prevenção.

Para tanto, a pesquisa, de uma maneira geral, se desenvolverá através do método lógico-dedutivo, sendo a estrutura do trabalho composta por capítulos. No primeiro deles a culpabilidade será analisada na sua acepção principiológica. Na construção desse capítulo, porém, adota-se uma metodologia diversificada. Isso porque o método puramente silogístico é insuficiente para se alcançar a compreensão dessa natureza que se atribui ao instituto. Diante dessa dificuldade, conforme será abordado logo no início da exposição, socorreu-se da tópica como complemento à metodologia usual. Sua natureza constitucional será demonstrada a partir da ideia de dignidade da pessoa humana. A análise segue com as diferentes acepções do princípio, os modos como ele se manifesta, culminando com o diálogo desse princípio com dois de seus consectários, o princípio da proporcionalidade e o da individualização da pena.

O segundo capítulo será construído a partir da ótica da dogmática jurídico-penal, abordando as diversas teorias que buscaram explicar a culpabilidade e os vários sentidos que ela ocupou no decorrer dos tempos. Tendo em vista a proposta metodológica utilizada, realizar-se-á um corte epistemológico, de modo que o instituto da culpabilidade passará a ser analisado a partir da chamada Escola Clássica do direito penal, valendo-se dos textos dos principais pensadores do período. A análise segue a linha de evolução do instituto, abordando a Escola Positiva e seguindo pelos movimentos epistemológicos que caracterizaram o desenvolvimento do direito penal, como o causalismo e o finalismo. Algumas propostas funcionalistas também serão objeto de exame, na medida em que se coadunarem com a proposta estabelecida, assim como algumas concepções mais modernas acerca do instituto.

Importante frisar que na construção desse segundo capítulo já se iniciam, de forma introdutória, reflexões sobre a relação entre essa acepção da culpabilidade e

a pena, buscando demonstrar que nesse aspecto a culpabilidade pode ser objeto de graduação e, portanto, pode ser utilizada como critério de medida e, principalmente, de limite da pena.

Em um terceiro momento, as premissas estabelecidas nos capítulos anteriores são confrontadas com a função que a culpabilidade assume na primeira fase do critério trifásico de fixação da pena, a fim de que se possa alcançar a hipótese estabelecida. Para isso, serão tecidas algumas considerações sobre o critério trifásico de fixação da pena, consagrado pela legislação brasileira. É no âmbito desse contexto, o da fixação da pena, que se procura estabelecer se a natureza jurídica da culpabilidade é a mesma daquela tida como elemento do crime ou se possui um conteúdo material próprio. Em sendo alcançada a primeira das alternativas, que é o que se propõe, será importante estabelecer o momento em que a culpabilidade deve ser analisada e, a partir daí, como ela se relaciona com as demais circunstâncias expostas no art. 59 do Código Penal.

No que pertine à técnica de pesquisa utilizada, trata-se a presente de uma pesquisa bibliográfica, valendo-se da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, a respeito da temática proposta. Como se trata de análise acerca da fixação da pena com base nos critérios legais estabelecidos, também a legislação pertinente é examinada, traçando uma análise crítica sobre as disposições legais atuais. Nesse aspecto, tendo em vista que se encontra em discussão novo Projeto do Código Penal, as disposições que se referem à temática tratada também serão objeto de análise crítica.

Posicionamentos jurisprudenciais são citados apenas como ilustração, não incluindo os objetivos da presente uma coleta e análise de dados de dados criteriosa, a ponto de se estabelecer qual é a posição dos tribunais que predomina na atualidade.

Quanto ao procedimento, o método adotado foi o bibliográfico, sendo certo que não se pretende uma abordagem enciclopédica ou mesmo um manual, mas sim um estudo direcionado a respeito da matéria, com a delimitação suficiente para o enfoque pretendido.

Por último, levando em consideração o que foi desenvolvido no decorrer do trabalho, será estabelecida a conclusão, momento em que serão traçados, de forma sistemática, os arremates que derivam da exposição do estudo.

1. A CULPABILIDADE E SUA NATUREZA DE PRINCÍPIO

Goza de certa pacificidade na doutrina² que a culpabilidade assume, também, a natureza de princípio, que, conjuntamente com outros tantos, limita o poder de punir do Estado. Para firmar essa ideia, convém buscar a fundamentação para que assim seja considerada.

Para Claudio Brandão³, o caminho a ser percorrido para a compreensão da culpabilidade como princípio deve se dar através do método, mais especificamente, o método do direito penal. Sendo certo que o direito penal da modernidade deita suas raízes nas ideias iluministas, cuja forma de limitação do *jus puniendi* se calcava mais intensamente na legalidade, o método até então desenvolvido era o *silogístico*, que veio reforçado pelo positivismo jurídico *kelseniano*.

Inspirado em um direito penal liberal, esse método passou a ser uma das mais importantes garantias em face do poder estatal, principalmente diante do princípio da legalidade. Não mais se admitia acusações genéricas, qualquer conduta, para ser penalmente reprovada, teria de pressupor uma previsão legal que a identificasse como crime. Somente depois de um raciocínio silogístico, no bojo do qual a premissa maior seria a lei e a premissa menor o caso concreto, de modo que conduta venha a se amoldar perfeitamente à previsão legal, é que se permitiria a conclusão de que se tratava de crime, apenas assim a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo seria permitida.

Não obstante, a evolução mostrou que tal método, embora necessário, é insuficiente para a resolução de diversas questões no âmbito do direito penal, diante do que se faz necessário o seu complemento. Em razão disso, propõe Brandão que essa complementação deve se dar através da tópica.

A origem da tópica remonta a Aristóteles⁴, mas sua retomada como caminho cognitivo no campo jurídico foi feita por Theodor Viehweg⁵

² Por todos, v. BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá, 2010

³ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 15, n.º 2, abr/jun, 2005, p. 209-227

⁴ ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Eedipro, 2010, p. 347-543.

⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

Diversamente do método silogístico, por meio da tópica a decisão se constrói a partir do caso concreto, mais especificamente do problema. Conforme Theodor Viehweg⁶, entenda-se por problema:

[...] toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que se buscar uma resposta como solução.⁷

A resolução desse problema se dá através de sua inclusão em um conjunto de deduções dadas previamente, daí extraindo-se uma resposta. A resolução do problema se dá, pois, com base em um sistema. A ênfase, no entanto, foca-se no problema, a partir do qual se busca o sistema que promoverá a sua resolução. A tópica, assim, é um procedimento constante de busca de premissas, visando à solução de um problema dado.

Umbilicalmente ligada à tópica está a retórica, que justifica a decisão construída com espeque naquela, por meio das fórmulas conceituais da semiótica: a sintaxe, a semântica e a pragmática. A decisão se dá por meio de um discurso, que se desenvolve com uma argumentação edificada nesses três planos.

O plano da sintaxe, segundo Viehweg, favorece o modo de pensar não-situacional e acentua o sistema dedutivo, na medida em que produz axiomas, tendo a matemática como padrão imponente. No entanto, no campo jurídico, a produção de axiomas revelou-se inapropriada em algumas situações, em decorrência da produção de determinados axiomas politicamente combatidos, diante do que houve a necessidade de pautar as discussões no plano extrassintático, a fim de se atingir uma fundamentação plena e abarcante, o que se dá através da problemática situacional, intimamente ligada à tópica.

Viehweg também demonstra que o aspecto semântico assume, no campo jurídico, um papel, por vezes, enganoso, pois produtos da linguagem jurídica são frequentemente apresentados como objetos extralinguísticos e meramente por ela copiados, do que resulta a criação de campos independentes que o pensamento jurídico busca atingir, mas, em verdade, são por ele produzidos. Assim, aquilo que se imagina como justo emerge do significado das palavras do próprio texto jurídico.

⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

⁷ *Idem*, p. 34

O que se propõe, então, é a retomada de um pensamento situacional. O processo de construção intelectual deve ser construído a partir de uma situação discursiva, calcada na pragmática, na busca de um entendimento mútuo. Esse fenômeno comunicacional é o centro de interesse que deve substituir as investigações semânticas.

Por derradeiro, o pensador alemão analisa a tópica sob o aspecto ético, quando a situação pragmática inicial se desdobra em uma dialética, que pressupõe a realização de determinados deveres, no caso da dialética processual, ônus. Assim, a repartição do ônus da prova desempenha o papel decisivo. É da construção das ações dos atores do discurso, cada um no cumprimento do seu papel, que se extrai a decisão, baseada no cumprimento, ou não, dos deveres retóricos fundamentais. No âmbito do processo, o *onus probandi*.

A tópica, no entanto, tem suas vicissitudes. Seu problema, conforme lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., consiste no fato de que ela:

[...] não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa.⁸

A despeito disso, Paulo Bonavides entende que a exaustão do positivismo racionalista tornou inevitável a ressurreição da tópica como método, que tem como âmago “pensar o problema”, conduzindo a um novo estilo de argumentação e acesso à coisa. Não se trata de uma revolta contra a lógica, mas sim de se buscar, em primeiro lugar, demonstrar que o argumento dedutivo não consiste no único modo de controle da certeza racional⁹. Para o constitucionalista:

A tópica parece haver chegado assim na hora exata quando as mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 328

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 490.

constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo.¹⁰

Faz-se necessário, então, a busca de um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, figurando o direito em uma superposição entre a esfera de compreensão da norma e a de compreensão do fato, o que se dá pelo procedimento argumentativo¹¹. O método a ser utilizado, para tanto, é o tópico-hermenêutico.

A partir disso, escreve Brandão que, no método do direito penal usam-se a lei e a compreensão do caso, sendo que a aquela é o limite negativo, pois não se admite qualquer incriminação que esteja fora dela. O caso figura como limite positivo e pode ser utilizado como meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito de liberdade. Desse modo, são possíveis decisões que não venham baseadas no silogismo, mas que se submetem à importância que deve ser dada ao indivíduo, o que vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa valorização do indivíduo apenas se alcança a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real e única. A seguir, conclui:

O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do Homem, condiciona o método do Direito Penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso do processo, da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, até mesmo decisões *contra legem*.

Quando se reconhecem, por exemplo, causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é, pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no Direito Penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito.¹²

Não se trata, pois, de uma substituição do método silogístico para a resolução dos casos penais, mas sim do reconhecimento de que um outro método, igualmente válido e, inclusive, necessário, como critério de justiça, possa ser utilizado para que se encontre a melhor solução à questão que se coloca.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 494.

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 15, n.º 2, abr/jun, 2005, p. 218.

¹² *Idem, ibidem*, p. 219.

1.1. A culpabilidade como princípio constitucional

1.1.1. A culpabilidade como princípio expresso

Justificada a sua natureza de princípio, incumbe demonstrar a envergadura constitucional do princípio da culpabilidade. Para Márcia Dometila Lima de Carvalho, estaria ele expresso no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, mesmo porque, tendo o constituinte eleito como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), obrigatoriamente deveria contemplar o princípio da culpabilidade, como corolário desse fundamento estatal¹³.

Trata-se, na sua visão, de um princípio de direito justo, cuja natureza decorre de que:

- a) fundamentando a pena, fornece-lhe caráter retributivo, simultaneamente (sic) demonstrando a face ética do Direito Penal, que assim tem, como centro de seu sistema, o homem, cuja responsabilidade provém de sua dignidade de pessoa, capaz, por isso mesmo, de sofrer responsabilidade;
- b) limitando a pena, proíbe, ao Estado, o abuso da sanção punitiva, quando da satisfação da preocupação criminal, numa visão utilitarista de instrumentalização do homem para satisfação do bem comum¹⁴

A autora, embora admita que a importância ética do princípio da culpabilidade o torna ligado umbilicalmente à dignidade da pessoa humana, entende que dela não decorre, pois previsto expressamente no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal.

Vale apontar, no entanto, a advertência de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, para quem o indigitado dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, não o da culpabilidade¹⁵.

Há quem entenda, ainda, que o princípio aqui tratado encontra expressão no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal¹⁶, na medida em que a norma penal

¹³ CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 64.

¹⁴ *Idem, ibidem*

¹⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. 211f. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 29.

¹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 283-5.

deve ser, além de necessária, suficiente para a fundamentação de um direito penal humanitário, sendo dotada de um conteúdo, qual seja, a culpabilidade, que funciona como um limite ao poder estatal de incriminar. Consiste, pois, em uma das facetas do conteúdo material da legalidade, ao lado da lesividade e da intervenção mínima.

Para Chaves Camargo, o princípio da culpabilidade encontra amparo na dignidade da pessoa humana, mas decorre do princípio da legalidade. Explica o autor:

Ainda, como efeito da dignidade da pessoa humana, várias garantias fundamentais foram indicadas no mencionado art. 5º, da Constituição Federal, podendo-se mencionar, em especial, os incisos: XLVI (que acolhe o princípio da individualização da pena), o XLIX (assegura aos presos o respeito à integridade física e moral), LXI (prisão processual somente em flagrante ou mediante mandado judicial). Este conjunto de proteção garante a interpretação ampla do fundamento constitucional do princípio da culpabilidade, decorrendo do já mencionado princípio da legalidade.¹⁷

No mesmo sentido é a opinião de Juarez Cirino dos Santos, ao definir que:

A relação entre o *princípio da legalidade* e o *princípio da culpabilidade* pode ser assim definida: por um lado, se a pena pressupõe culpabilidade, e culpabilidade se fundamenta no conhecimento (*real ou possível*) do *tipo de injusto*, **então**, o *princípio da culpabilidade* pressupõe ou contém o *princípio da legalidade*, como definição escrita, prévia, estrita e certa de crime e penas; por outro lado, existe uma relação de dependência do *princípio da culpabilidade* em face do *princípio da legalidade*, porque a culpabilidade pressupõe **tipo de injusto** (princípio da legalidade), mas o tipo de injusto não pressupõe **culpabilidade**: o *juízo de reprovação*, que exprime o *princípio da culpabilidade*, não existe sem o *tipo de injusto*, definido pelo *princípio da legalidade*, mas o *tipo de injusto*, como objeto do juízo de reprovação, pode existir sem o *juízo de culpabilidade*.¹⁸

Por mais abalizados que sejam os entendimentos em sentido contrário, a posição aqui adotada é a de que o princípio da culpabilidade não se encontra expresso na Constituição Federal, mas decorre do princípio fundamental da

¹⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. 1993. 247f. Tese (Titularidade da Cadeira de Direito Penal)-Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 90-91.

¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 23-24.

dignidade da pessoa humana. A própria construção histórica do princípio abona esse posicionamento.

1.1.2. A culpabilidade como corolário da dignidade da pessoa humana

Na cultura dos povos primitivos a pena não guardava, necessariamente, uma vinculação com o ato praticado ou mesmo com o indivíduo. Segundo Freud¹⁹, estava diretamente ligada à violação de uma restrição totêmica. A sociedade primitiva vinha dividida em clãs, cada um identificado com um determinado totem, geralmente um animal, do qual os primitivos acreditavam descender. Era vedado aos membros de um determinado clã matar ou comer a carne do animal tido por totem daquele grupo. Esse animal, cria-se, protegia o clã das mais diversas intempéries. No entanto, se esse animal atacava ou mesmo rondava a morada de um indivíduo, a ele eram impostas as sanções decorrentes de uma violação, ainda que nenhum ato houvesse praticado. Percebe-se, portanto, que a responsabilização continha um caráter religioso, eis que o totemismo é identificado pelo pai da psicanálise como o nascedouro da religião.

Esse caráter religioso da pena foi mantido na antiguidade. Conforme demonstra Oswaldo Henrique Duek Marques, os antigos acreditavam que o papel de punir incumbia aos deuses, sendo certo que as penas eram administradas pelos sacerdotes²⁰. A pena significava, portanto, um castigo ante uma conduta que afrontava a divindade. Assim era entre os egípcios, os hindus e os hebreus, permanecendo com esse mesmo viés na Grécia Heroica.

A ideia de reprovação, então, não estava ligada ao indivíduo como pessoa, mas sim à divindade, cuja ira decorrente de uma violação deveria ser aplacada. Prescindia, ainda, da voluntariedade, podendo abarcar, inclusive, os inocentes, geralmente os que reuniam com o ofensor vínculos de parentesco²¹. Também o direito hebreu não distinguia entre delitos intencionais ou acidentais, cujos filhos e

¹⁹ FREUD, Sigmund. Totem y tabu. **Obras completas**. Tomo II. Tradução de Luis Lopez-ballesteros. 3. Ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1973.

²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 25.

²¹ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 447.

descendentes do réu eram submetidos à pena²². Já o Código de Hammurabi previa que se um pedreiro construísse uma casa e esta viesse a desabar, matando o morador, aquele seria morto. Se, além do morador, seu filho falecesse em decorrência do infortúnio, o filho do pedreiro morto também seria²³.

Esse modelo perpassou, inclusive, a Idade Média. No antigo direito germânico a punição recaía não só sobre o ofensor, mas também sobre seus agregados. Quando não se resolvia pelo confronto armado o seria pelo pacto privado, através de uma indenização, que incumbia tanto ao ofensor quanto aos seus parentes²⁴. Informa Luiz Luisi que apenas no final desse período a importância da vontade passou a ser admitida, embora alguns resquícios de responsabilidade subjetiva sejam encontrados na monarquia franca do século VIII, sendo certo que só veio a se configurar efetivamente nas Ordenações Brambigensis e na Carolina, já no século XVI^{25 26}.

O que se percebe, portanto, é que o indivíduo não ocupava o centro da razão punitiva, na medida em que se levava em consideração mais propriamente o evento danoso do que a pessoa em si.

O princípio da culpabilidade passa a ganhar corpo com a idealização do conceito de pessoa, que começa a ser forjado, tal como se conhece hoje, já na

²² FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 447.

²³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99.

²⁴ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 448.

²⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003 p. 32.

²⁶ Depois dos chamados “Livros de direito” alemães, dos quais os mais destacados foram o “Espelho da Saxônia” e o “Espelho da Suábia”, ambos do século XIII, o acontecimento mais importante da legislação penal germânica foi a *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507, legislação penal que se deve ao Duque de Schwarzenberg e Hohenlandsberg. Com base nessa “constituição” foi elaborada uma outra, sancionada em 1523 por Carlos V, que foi a *constituição Criminalis da Carolina* ou Ordenança de Justiça Penal (*Peinliche Gerichtsordnung*). Embora a Carolina não pudesse ser imposta pelo Imperador aos senhores, em seus Estados, o certo é que praticamente foi a base do direito penal comum alemão que, de alguma maneira, vigorou até o triunfo do movimento codificador. Em que pese o seu conteúdo preferentemente processual, também o direito penal de fundo era por ela legislado, a partir do art. 140 (a Carolina compunha-se de 219 artigos). (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169)

Idade Média, mais especificamente com a filosofia cristã²⁷. O homem é dotado de dignidade porque criatura concebida à imagem e semelhança de Deus^{28 29}.

Segundo Santo Agostinho, o conceito de pessoa possui três características: vontade, liberdade e razão/consciência³⁰. Esta última é a qualidade da qual resulta a supremacia do homem frente aos demais seres, conforme se pode atestar do trecho a seguir transcrito, que reflete o diálogo do filósofo com Evódio:

Ag. Muito bem! Mas diga-me ainda: Não é evidente que quanto à força e outras habilidades corporais, o homem é facilmente ultrapassado por certo número de animais? Assim sendo, qual é pois o princípio que constitui a excelência do homem, de modo que animal algum consiga exercer sobre ele sua força, ao passo que o homem exerce seu poder sobre muitos deles? Não será por aquilo que se costuma denominar razão ou inteligência?

Ev. Não encontro outra coisa. Pois é no espírito que reside a faculdade pela qual nós somos superiores aos animais. E se eles fossem seres inanimados, eu diria que nossa superioridade vem do fato de que possuímos uma alma, e eles não. Mas acontece que também eles são animados. Contudo, existe alguma coisa que, não existindo na alma deles, existe na nossa, e por isso acham-se submetidos a nós. Ora, é claro para todos que essa faculdade não é um puro nada, nem pouca coisa. E que outro nome lhe daríamos mais correto do que o de razão?³¹

Existe no homem, nas palavras do bispo de Hipona, uma boa vontade, definida como aquela segundo a qual “desejamos viver com retidão e honestidade, para atingirmos o cume da sabedoria”³². Trata-se de uma vontade livre, portanto, a filosofia agostiniana concebe a liberdade como atributo da vontade:

Pois, se é verdade que o homem em si seja certo bem, e que não poderia agir bem, a não ser querendo, seria preciso que gozasse de vontade livre, sem a qual não poderia proceder dessa maneira.³³

²⁷ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 15, n.º 2, abr/jun, 2005

²⁸ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010, p. 37

²⁹ Genesis, 1,26. Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastem sobre a terra."

Genesis, 1, 27. Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher (Gênesis)

³⁰ BRUNONI, Nivaldo. *Idem*. BRANDÃO, Cláudio. *Idem*

³¹ AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Traduzido por Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995, 44

³² *Idem, ibidem*, p.56

³³ *Idem, ibidem*, p. 74

Embora se veja em Agostinho o embrião do que se entende hoje como pessoa, foi com o Iluminismo que se concretizou o rompimento com o arbítrio e a intensificação dos estudos que tinham no indivíduo o seu centro. Segundo Couso Salas, é nesse período que:

Se assentam as bases ideológicas centrais da imputação subjetiva como fundamento da individualização da responsabilidade. O pensamento ilustrado colocou ao indivíduo como ser autor-responsável no centro do universo. A imagem do homem da Ilustração é a de indivíduo que atua racionalmente, que pode escolher entre o bem e o mal e que é dono de seu destino com liberdade e responsabilidade.³⁴

O reflexo do pensamento iluminista no direito penal se deu com a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. Começa-se a admitir alguns aspectos do princípio que depois ficou conhecido como o princípio da culpabilidade, como a pessoalidade das penas, manifestado na seguinte passagem, quando o marquês trata do suicídio:

Se o castigo é aplicado sobre a família inocente, ele se torna despótico e odioso, pois já não existe liberdade quando os castigos não são essencialmente pessoais.³⁵

A partir dessas ideias, nasce o princípio da culpabilidade nas dimensões atuais, tido como um dos principais meios de limitação do poder de punir estatal, impedindo a responsabilização de quem quer que seja que não tenha agido com dolo ou culpa (vedação da responsabilidade objetiva), vinculando a responsabilização penal apenas ao agente do fato e delimitando a pena a ser imposta.

O que se percebe, portanto, é que a construção desse princípio, tal como se o tem hodiernamente, sempre teve por foco a valorização do indivíduo como pessoa, do que se pode concluir que sua fonte é a dignidade da pessoa humana, eleita como fundamento do Estado Brasileiro, de acordo com o art. 1º, III, da Constituição Federal.

³⁴ *Apud*, BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010

³⁵ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 79.

A respeito da redação do dispositivo, convém, desde logo, esclarecer um suposto pleonasma do legislador constituinte, do qual se poderia deduzir que, uma vez que se trata de pessoa, necessariamente seria humana, pois não se concebe uma pessoa que humana não seja. Esse pleonasma, porém, é apenas aparente.

Com maestria, esclarece Jorge Miranda, comentando a Constituição portuguesa:

Da mesma maneira que não é o mesmo falar em *direitos do homem e direitos humanos*, não é exatamente o mesmo falar em *dignidade da pessoa humana* e em *dignidade humana*. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa “baseada na dignidade da pessoa humana”, a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos. Todavia, no art. 26º, fala-se tanto em “dignidade pessoal” (n.º 3) como em “dignidade humana” (n.º 2).³⁶

Quanto à ideia de dignidade da pessoa humana, tem sido adotada mesmo nos dias atuais a clássica fórmula kantiana, segundo a qual o homem, porque fim em si mesmo, não pode ser instrumentalizado. Nas palavras no próprio Kant:

Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.³⁷

(...)

Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas acções como fim em si mesmo.³⁸

Baseado nessa ideia, e buscando dar ao instituto contornos jurídicos, Ingo Wolfgang Sarlet entende a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

³⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 184.

³⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 2007, p. 68.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 70

Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁹

Na medida em que o princípio da culpabilidade tem como fonte a dignidade da pessoa humana, impede que, através da sanção penal, seja o indivíduo instrumentalizado, mesmo que por critérios de prevenção, ainda que seja esta admitida como uma das finalidades da pena, seja ela geral ou especial. Não se permite, contudo, que o limite da punição ultrapasse a medida da culpabilidade do autor⁴⁰.

Conforme Nivaldo Brunoni:

A despeito de algum entendimento contrário, o Princípio de Culpabilidade decorre historicamente do valor da dignidade humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais num Estado Social e Democrático de Direito. Evita, por uma parte, que o Estado instrumentalize o indivíduo para a consecução de seus fins e, por outra, impõe a individualização da pena e sua adequação ao fato. Dito brevemente: determina que a responsabilidade penal não ultrapasse a medida da culpabilidade pessoal.⁴¹

Da mesma forma, Bacigalupo, em relação à Constituição Espanhola, que também não abarca de forma expressa o princípio da culpabilidade:

Los fundamentos del principio del culpabilidad son el derecho al livre desarrollo de La personalidad y La dignidad de La persona (art. 101, CE). Su jerarquía constitucional deriva de esta vinculación com las bases de orden político español y há sido categóricamente reconocido em la STC 150/91, em la que, sin embargo, no se há establecido claramente de donde surge tal reconocimiento. El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁴⁰ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. 2009. 211f. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 31.

⁴¹ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010, p. 35.

um médio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona.⁴²

Pode-se dizer, desse modo, com Palazzo, que o princípio da culpabilidade assume uma virtude constitucional dúplice. Como fundamento da pena, projeta o direito penal numa perspectiva eticizante, estando no centro o homem como sujeito de responsabilidade, deitando suas raízes no princípio da intangibilidade da dignidade humana. Nessa esteira, seu fundamento constitucional é *substancial-personalístico*. De outro lado, como limite da pena, impede que o Estado abuse de seu poder punitivo visando a prevenção, eis que a medida da pena não pode ultrapassar a culpabilidade do autor. Aqui, seu fundamento constitucional é *formal-garantidor*.⁴³

1.2. Manifestações do princípio da culpabilidade

1.2.1. Personalidade

Conforme já mencionado no tópico antecedente, um longo processo histórico se passou até que se reconhecesse a exigência de punição apenas àquele que se vinculasse ao fato tido como crime. Até então, a responsabilidade poderia ser difundida a outros indivíduos que não estivessem diretamente conectados ao evento praticado por outrem ou mesmo a um determinado acontecimento natural, desligado de qualquer ação por parte de quem quer que seja. Admitia-se, assim, a responsabilidade coletiva ou difusa.

Na atualidade, a imposição de pena pressupõe um nexó de causalidade entre a conduta, tida por ação humana, e o resultado produzido. Ausente esse nexó, não se há de falar em responsabilização penal. Mesmo porque a sanção penal não é necessária ou mesmo eficaz quando o resultado deriva de atos alheios ou de

⁴² BACIGALUPO, Henrique E. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 169

⁴³ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010, p. 52-3

acontecimentos naturais, sem qualquer contribuição do agente para o desfecho do evento⁴⁴.

Decorre desse aspecto do princípio da culpabilidade a pessoalidade ou intrascendência da pena, expresso na Constituição Federal no art. 5º, LXV, que veda que a responsabilização penal ultrapasse a pessoa do condenado. Por óbvio que efeitos reflexos da pena, inevitavelmente, atingirão outras pessoas que estejam de algum modo ligadas ao condenado. É o caso dos filhos que, em decorrência da prisão do pai, restarão privados de sua convivência, assistência material e moral, o que não significa mitigação desse princípio, mas decorrência inevitável dos efeitos da condenação. O mesmo se diga da perda de bens e valores. Neste último caso, contudo, por evidente que tais bens serão unicamente os de propriedade do condenado. Aliás, há ressalva expressa no texto constitucional no que tange ao ressarcimento de danos, que poderá atingir bens dos sucessores, desde que no limite do valor do patrimônio transferido.

1.2.2. Responsabilidade pelo fato praticado

O direito penal moderno se caracteriza por se vincular a um fato praticado, excluindo o que se denomina culpabilidade de autor ou pela conduta de vida. Mais propriamente, o vínculo se estabelece com uma *conduta*. Em suma, ninguém pode ser punido pelo que é, mas sim pelo que faz. O modo de ser é parte integrante da personalidade do indivíduo e, portanto, intangível.

Conforme já se expôs alhures, as punições impostas na antiguidade não necessariamente levavam em consideração unicamente o fato praticado, muitas vezes se alicerçando na pessoa do infrator. Foi com o Iluminismo e a consequência de seus ideais transpostos para o direito penal que a análise acerca do crime passou a se cingir ao fato praticado. A denominada Escola Clássica, que teve seu início marcado pela obra de Beccaria, foi quem promoveu o importante passo para um direito penal do fato.

Ensina Antonio Moniz Sodré de Aragão que a referida escola, calcada que era no livre-arbítrio, tinha por parâmetro a igualdade fundamental de todos os

⁴⁴ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010, p. 99

homens, de modo que somente o crime, e não o seu autor, deve ser objeto de análise para a imposição e graduação da pena. A ideia pode ser assim resumida, nas palavras do próprio autor:

- 1.º O delito, e não a personalidade do delinquente, é que deve servir de verdadeira medida para a penalidade.
- 2.º Quanto maior for a gravidade do delito maior deve ser a sua punição⁴⁵

Nesse aspecto, esclarecedora é a passagem da obra do Marquês, quando trata da intenção do autor do crime:

A enormidade do crime não depende da intenção de quem o pratica, como o entenderam erroneamente alguns: pois a intenção do réu depende das impressões provocadas pelos objetos presentes e das disposições que vêm da alma. Tais sentimentos variam em todos os homens e no próprio indivíduo, com a rápida sucessão de ideias, das paixões e das circunstâncias.

Se a intenção fosse punida seria necessário ter não apenas um Código particular para cada cidadão, porém uma nova lei penal para cada crime.⁴⁶

Em que pese o valor das sementes plantadas pela Escola Clássica, a evolução do pensamento penal seguiu outros rumos. De se notar que evolução não significa, necessariamente, progresso. E isso se pode concluir de acordo com os primados da própria *teoria da evolução* darwiniana. Levando em conta recentes descobertas científicas que atestam que os seres vivos mais próximos que se tem dos dinossauros são os galináceos, difícil crer que houve, nesse caso, progresso.

O fato é que a denominada Escola Positiva, calcada nos ideais positivistas do final do século XVIII, passou a considerar o crime a partir de um ponto de vista fenomênico, centrando a análise no homem criminoso⁴⁷. Seja através do biologismo de Lombroso, da sociologia de Ferri ou da versão jurídica de Garófalo, o que se tem é o abandono de um direito penal do fato em prol de um direito penal de autor. A evolução do pensamento penal da época será analisada mais detidamente no

⁴⁵ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 133.

⁴⁶ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães.. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 63-4.

⁴⁷ BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 98.

capítulo vindouro, bastando, neste momento, a menção a esse período, identificando-o como a origem moderna de uma culpabilidade de autor.

O direito penal de autor, segundo ensinam Zaffaroni e Pierangeli:

(...) é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de uma 'forma de ser' do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva⁴⁸.

A exigência de um direito penal do fato liga-se diretamente ao princípio da reserva legal, afinal, se ninguém pode ser punido por um fato que não esteja previamente tipificado em lei como uma infração penal, a punição pela conduta de vida passa ao largo dessa ideia. Conforme Nivaldo Brunoni:

O Direito Penal de autor, além de enxovalhar o princípio da legalidade ao possibilitar que sejam censurados atos anteriores estranhos ao delito, macula o próprio valor da dignidade humana, uma vez que considera o autor um ser inferior que necessita ser neutralizado a todo custo. De acordo com Moccia, um questionamento baseado na valoração da mera atitude interior resulta funcional para a realização de exigências de tipo repressivo-intimidatório, vinculadas à pretensão de um controle, via Direito Penal, da própria esfera interna da pessoa. Contudo resulta inadmissível em um ordenamento inspirado nos princípios e garantias de um Estado Social de Direito que privilegiam a exaltação de momentos de autonomia e dignidade da pessoa e encontram expressão, no que concerne à função da intervenção penal, na satisfação de autênticas instâncias de integração social.⁴⁹

Também decorrência disso é a impossibilidade de se criar “tipos de autor”, ou seja, a norma incriminadora deve veicular uma conduta. O que se pune é o homicídio, e não o homicida. Qualquer dispositivo que viesse a dispor nesse sentido padeceria de incontornável inconstitucionalidade. Isso porque, conforme já afirmado e constatado, o princípio da culpabilidade assume a envergadura de princípio constitucional, do que resulta a consagração de um direito penal do fato, calcada em um Estado Democrático de Direito.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 107

⁴⁹ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações: fundamento, teoria e consequências**, 2010, p. 48.

1.2.3. Dolo ou culpa

Não basta o mero processo causal entre fato e resultado para a aplicação de uma pena. Outro dos aspectos do princípio da culpabilidade que deve ser considerado é a necessidade de que a responsabilização penal recaia a quem se tenha vinculado ao fato danoso objetiva e subjetivamente. Trata-se da vedação da responsabilidade objetiva ou responsabilidade pelo resultado e consagra-se no axioma *nulla poena sine culpa*.

A punição pressupõe a causação de um resultado estando o autor imbuído de dolo ou culpa. Também é manifestação dessa vertente do princípio da culpabilidade a punição mais severa do autor do fato doloso em relação ao culposo, na medida em que a intenção dolosa deriva de uma culpabilidade mais acentuada. Segundo Hassemer:

O autor de um delito doloso aparece em uma outra relação com a norma que ele infringe, que o autor de um delito culposo. Naturalmente o autor de um delito culposo também “lesiona” a norma, que ele infringe – porém em um sentido mais sofisticado, que permite falar que ele também “cumpre” a norma (sua conduta preenche o tipo). O autor de um delito doloso faz mais. Pois ele sabe e quer que ocorra o resultado proibido, ele também quer a violação do mandato que está por trás da norma e que esta expressa. Em qualquer caso, aos olhos dos demais, ele é muito mais ameaçador do que o autor do delito culposo. Sob o ponto de vista empírico e atual, ele pratica a mesma lesão, mas potencial e normativamente ele faz muito mais; ele ameaça ao mesmo tempo a norma, a ordem jurídica.⁵⁰

Em termos processuais, esse nexos pessoal do autor com o resultado pressupõe a produção de prova e conduz ao aforisma “culpabilidade não se presume”⁵¹.

De se lembrar que o direito canônico, na sua versão medieval, previa que respondia por todas as consequências derivadas de um ato ilícito aquele que o praticava, desconsiderando qualquer vinculação subjetiva, ou seja,

⁵⁰ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 299

⁵¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101

independentemente de serem queridas ou previstas pelo agente. Tratava-se do princípio da *versare in re illicita*⁵².

Hodiernamente, conforme Nilo Batista, o princípio da culpabilidade deve ser entendido:

[...] como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível⁵³

Do contrário, também aqui a pena seria de todo ineficaz. Mesmo que se considere finalidades preventivas não haveria sentido em se impor uma sanção penal desconectada da intenção ou descuido do autor do fato, pois o que se busca prevenir são ações que tenham em si um conteúdo subjetivo. “Não se retribui ou previne o que se fez sem dolo ou culpa. Pode haver lesão, mas não há reprovação da mera causação, sem dolo ou culpa”⁵⁴.

A expressão desse princípio na legislação se encontra no art. 18 do Código Penal, que define, em seus incisos, os crimes dolosos e culposos. Já o art. 19 prevê que os resultados que agravam a pena somente serão imputados àquele que os houver causado, ao menos, culposamente e, ainda, o art. 20 trata do erro sobre elemento que constitui o tipo penal, impedindo a punição daquele que tenha agido sob a influência de erro, salvo se a conduta for culposa e a lei tipifique essa modalidade do crime em questão.

A despeito de toda a evolução que culminou na consagração do princípio da culpabilidade como manifestação de um Estado Democrático de Direito, cuja consequência, dentre outras, é a completa vedação da responsabilidade objetiva, alguns resquícios desse tipo de responsabilidade ainda podem ser encontrados no ordenamento jurídico pátrio. Os casos comumente identificados pela doutrina que espelham essa vicissitude são a rixa qualificada pelo resultado (art 137, parágrafo único, CP), a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º, Lei n.º 9605/98), a

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. I. 11. ed. ver. atual. a ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 168

⁵³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

⁵⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. 2009. 211f. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 43.

punição pelo resultado diverso do pretendido em caso de acidente na execução (art. 74, CP), além daquela efetivada em face do agente que pratica a conduta em estado de embriaguez (art. 28, II, CP).⁵⁵ Este último caso será tratado no tópico vindouro.

Acerca do crime de rixa qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte, segundo o parágrafo único do art. 137 do Código Penal, aplica-se, nesse caso, pelo fato de participação na rixa, a pena de detenção de seis meses a dois anos, enquanto que o *caput* prevê a pena de detenção de quinze dias a dois meses, ou multa.

Da forma como redigido, o dispositivo conduz à interpretação de que, havendo o resultado morte, a figura qualificada aplica-se a todos os contendores. Nesse sentido, Luiz Regis Prado escreve:

[...] se do entrevero resulta morte ou lesão corporal grave, os participantes respondem pela rixa qualificada. Todos os rixosos – mesmo aqueles que não concorreram para a prática do homicídio ou das lesões corporais – respondem pelo resultado que agrava especialmente a pena. É indiferente que a morte ou a lesão corporal grave tenha sido produzida dolosa ou culposamente. Também não é necessário que a vítima seja um dos contendores. De semelhante, se a morte ou lesão grave foi provocada em legítima defesa – seja por rixoso ou por pessoa alheia ao conflito – não deixa o seu autor, bem como todos os demais contendores, de incorrer na pena cominada à rixa qualificada⁵⁶.

Negando a responsabilidade objetiva da figura em questão, posiciona-se Magalhães Noronha:

Os autores italianos, em regra, imputam esse resultado mais grave aos rixadores, a título de *responsabilidade objetiva* (Manzini e outros). Como já vimos (...), ocorre esta quando o evento é atribuído ao agente pelo simples nexo de causalidade material; falta, por completo, o elemento psicológico. Ora, na rixa, os participantes *querem* a luta ou contenda, havendo conseqüentemente *dolo*; mas o evento *lesão grave* ou morte, embora não querido, é *previsível*, e, conseqüentemente, há *culpa (stricto sensu)*. Poder-se-ia falar, então, em *preterdolo*. Todavia esse outro crime não é preterdoloso, porque falta aos rixosos a ação causal do evento mais grave, certo sendo

⁵⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 493.

que foi só um ou alguns deles que a praticaram. Não há, porém, responsabilidade objetiva, devido à previsibilidade.⁵⁷

A despeito desse entendimento, não há como fugir da responsabilização objetiva em se tratando da modalidade qualificada da rixa. Dizer que o evento lesão grave ou morte é previsível em toda e qualquer contenda que tenha as características da rixa foge ao razoável. O dolo do agente dirige-se à conduta tipificada no dispositivo, que é a de participar de rixa, qualquer atribuição de resultado diverso desemboca em inevitável responsabilidade objetiva e viola o princípio da culpabilidade.

Analisando a legislação alemã, Hassemer critica esse posicionamento adotado pelos penalistas:

Outros setores do nosso Direito Penal ainda não foram afetados pela tendência de subjetivação. Isto vale sobretudo para as atávicas “condições objetivas de punibilidade”. Comparáveis aos antigos delitos qualificados pelo resultado que encerram uma parte da conduta, na qual estão representados o plano do ato e o do autor, há uma segunda parte da conduta que abrange tão só o plano do ato. Assim como da lesão corporal cometida dolosamente resultou a morte (§ 226 do StGB), também da participação dolosa em uma briga, como condição (somente) objetiva (e não subjetiva) da punibilidade, resulta a morte de um homem (§ 227 do StGB), e o agente responde também pela segunda parte da conduta, pela qual “ele não tinha culpa.

Pode-se pensar que prescrições como a do § 227 do StGB afligem os juristas. Aqui se estende a responsabilidade por uma lesão a alguém a qual de modo algum pode ser atribuída. O juiz criminal será breve em relação a produção de um caso como este do § 227 do StGB. Ele sequer precisa saber se era o acusado aquele que tinha praticado o golpe mortal. Basta descobrir que ele participou – tanto “externa” como “internamente” – da briga e que foi desferido o golpe mortal. Todavia o acusado terá que responder pelo golpe que lhe foi “imputado”.⁵⁸

Tanto a hipótese ora desenvolvida (rixas qualificadas pelo resultado), quanto aquelas a que se fez menção alhures, são incompatíveis com o princípio da culpabilidade e, portanto, vão de encontro ao texto constitucional. Devem, em razão disso, se não banidas do ordenamento jurídico, sujeitarem-se a uma interpretação

⁵⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol II. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

⁵⁸ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 260.

em conformidade com a Constituição, do que resulta, inegavelmente, a sua despenalização.⁵⁹

1.2.4. Imputabilidade

Também é manifestação do princípio da culpabilidade a necessidade de que a pena somente pode ser imposta àquele que tenha a capacidade de entender o que faz. Segundo Welzel, entenda-se por imputabilidade a capacidade de culpabilidade⁶⁰, ou seja, a aptidão para ser culpável.

Conforme noticia Aníbal Bruno⁶¹, uma longa trajetória foi percorrida para que se chegasse à atual compreensão da imputabilidade. Inicialmente o homem seria imputável porque moralmente livre, o que teria origem ainda com Aristóteles e tornou-se fulcro da doutrina da Escola Clássica do direito penal, que tinha por parâmetro o livre-arbítrio. Com o positivismo, desaparece o conceito de imputabilidade, sendo substituído pela noção de responsabilidade social. Outras teorias, ainda passando ao largo da ideia de livre-arbítrio, foram concebidas.

Apenas a título de menção, pela teoria da identidade pessoal, só se pode falar em responsabilidade quando o ato pertença ao agente como próprio de sua personalidade, pressupondo uma identidade entre o sujeito que atua e o seu estado habitual. Além disso, faz-se necessário, ainda, um pertencimento do agente com o meio social, uma adaptação ao grupo, de modo que o selvagem, via de regra, não pode ser considerado imputável.

Outra das teorias mencionadas é a da dirigibilidade, atribuída a Von Liszt, segundo a qual a imputabilidade é determinada pela normal determinabilidade do indivíduo, considerando-se imputável aquele que seja capaz de determinar-se normalmente pelos motivos, donde exsurge a noção de homem-médio.

Para os fins deste estudo, impende considerar que a imputabilidade é a capacidade para ser culpável, sem o que a pena criminal não pode ser imposta. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli:

⁵⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 25

⁶⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 216.

⁶¹ BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 39-55

A capacidade psíquica requerida para se imputar a um sujeito a reprovação do injusto é a necessária para que lhe tenha sido possível entender a natureza de injusto de sua ação, e que lhe tenha podido permitir adequar sua conduta de acordo com esta compreensão da antijuridicidade.⁶²

O Código Penal brasileiro não define a imputabilidade penal, mas sim a inimputabilidade. São, pois, inimputáveis os que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*) e, ainda, os menores de dezoito anos (art. 27).

O parágrafo único do art. 26 ainda trata da culpabilidade diminuída⁶³, estabelecendo a redução da pena nos casos em que o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não for inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Doutrinariamente são conhecidos três sistemas para definir os critérios de inimputabilidade e culpabilidade diminuída, os quais foram definidos na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940:

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O *sistema biológico* condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O *método psicológico* não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o *método biopsicológico* é a reunião dos dois primeiros: a

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 536

⁶³ Convém mencionar a advertência de César Roberto Bitencourt acerca da nomenclatura utilizada: “As expressões, comumente utilizadas pela doutrina, *imputabilidade diminuída* ou *semi-imputabilidade* são absolutamente impróprias, pois, na verdade, soam mais ou menos como algo parecido como *semivirgem*, *semigrávida*, ou *então como uma pessoa de cor semibranca*! Em realidade, a pessoa, nessas circunstâncias, tem diminuída sua *capacidade de censura*, de valorção, consequentemente a *censurabilidade* de sua conduta antijurídica deve sofrer redução.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal: parte geral**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 473)

responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

Como se pode perceber, a regra adotada na legislação pátria consagra o sistema biopsicológico para aferir a inimputabilidade do agente do fato. Considera, porém, os menores de dezoito anos inimputáveis independentemente de qualquer análise que não seja a etária, adotando, nesse aspecto, o critério biológico, acolhido, também, pela Constituição Federal de 1988 (art. 228).

Não se pune, inclusive, em obediência ao princípio da culpabilidade, aquele que, embora imputável, age motivado por erro de proibição inevitável, bem como aquele que, na ocasião, embora tenha agido com o conhecimento da proibição, o fez por impossibilidade de proceder de outro modo, dada a anormalidade da situação.

Questão que tem se mostrado tormentosa é a da embriaguez. Segundo o inciso II do art. 28 do Código Penal, a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal, ao passo que o § 1º do mesmo artigo determina que é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A chamada embriaguez preordenada vem tratada ainda com maior rigor, sendo elencada como agravante genérica pelo art. 61, II, I, do Estatuto Repressivo.

Segundo posição majoritária da doutrina, adota-se a teoria da *actio libera in causa*, que, nas letras de Magalhães Noronha, “supõe a supressão da capacidade ética (intelectiva e volitiva) no momento do crime, mas responsável o agente por ser livre na causa, isto é, no instante anterior, quando desejava praticar o delito”⁶⁴. A exposição de motivos do Código Penal de 1940, que se referia ao inciso II do artigo 24, com redação idêntica ao art. 28, II, em vigor, vai nesse sentido:

Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal o projeto aceitou em tôda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem* que modernamente não se limita ao estado de inconsciência *preordenado* mas a todos os casos em que o agente se deixa arrastar ao estado de inconsciência. Quando

⁶⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol II. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 149

voluntária ou *culposa*, a embriaguez ainda que plena não isenta de responsabilidade (art. 24 n° II): o agente responderá pelo crime. Se foi *preordenada*, responderá o agente a título de dolo, com pena agravada (art. 24, n° II, combinado com o art. 44, n.º II, letra c. Somente a embriaguez *plena* e *acidental* (devida a caso fortuito e força maior) autoriza a isenção de pena, e, ainda assim, se o agente, no momento do crime, em razão dela, estava inteiramente privado da capacidade de entendimento ou de livre determinação.

Se aplicada, porém, a teoria da *actio libera in causa* na sua plenitude, punível será o agente que, por ter se embriagado, venha a praticar delito ainda que em estado de inimputabilidade, o que viria de encontro ao ditado pelo princípio da culpabilidade, na medida em que se admite verdadeira responsabilidade objetiva.

Há quem tente contornar esse desvio. Hungria, por exemplo, com apoio em Mezger, fala em uma consciência residual:

Cumpra notar, além disso, que, segundo a lição da experiência, a vontade do ébrio não é tão profundamente conturbada, que exclua por completo o poder de inibição, como acontece nas perturbações psíquicas de fundo patológico. É o que justamente acentua Mezger: “A experiência ensina que na embriaguez é possível e pode ser exigido um grau mais alto de autocontrole do que, por exemplo, nas alterações da consciência de índole orgânica. As perturbações por intoxicação de álcool (acrescete-se *et similia*) sempre ficam, em maior ou menor medida, na superfície.” E como ainda observa o insigne penalista alemão, a embriaguez quase sempre revela o indivíduo na sua verdadeira personalidade, e precisamente o objetivo da teoria da culpabilidade é tornar responsável o indivíduo pelos atos que são expressão de sua personalidade.⁶⁵

Em que pese a envergadura do penalista brasileiro, a justificativa apresentada não pode ser tida como válida. Mesmo que se valendo de regras de experiência, não se pode afirmar que um resquício de consciência na embriaguez possa justificar a punição. Se assim fosse, desnecessária seria a teoria da *actio libera in causa*, na medida em que a responsabilidade se fundaria na possibilidade de uma consciência não profundamente alterada a ponto de se poder concluir que, no caso, poderia o agente entender o caráter ilícito do fato e conduzir-se de acordo com esse entendimento.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 528.

O segundo argumento, o de que embriaguez quase sempre revela o indivíduo na sua verdadeira personalidade, funda-se no já tão criticado direito penal de autor, contrário à noção de culpabilidade.

Roxin⁶⁶, a seu turno, menciona que existem dois modelos para fundamentar a teoria da *actio libera in causa*: o *modelo da exceção* e o *modelo do tipo*. Pelo primeiro, admite-se a punição como uma exceção justificada à imputabilidade no momento da conduta delitiva, punindo-se a conduta levada a efeito enquanto o sujeito está embriagado, ainda que, nesse momento, esteja o agente incapacitado de comportar-se de acordo com a norma. Pelo *modelo do tipo*, a imputação não se dá com relação à conduta praticada durante a embriaguez, mas sim com o fato de embriagar-se, que é a causa dolosa ou culposa do resultado típico.

O *modelo da exceção* é flagrantemente contrário ao princípio da culpabilidade. Dada a envergadura constitucional do princípio e, ainda, o papel que assume no direito penal atual, excepcioná-lo, pura e simplesmente, mesmo que com base em um alegado direito consuetudinário, sem qualquer outra justificativa, não obedece aos ditames de um sistema que se calca na Constituição como vértice normativo que vincula o ordenamento infraconstitucional.

Quanto ao segundo modelo, pertinente é a crítica de Zaffaroni, Alagia e Slokar⁶⁷, para quem a teoria da *actio libera in causa* estende a culpabilidade a uma conduta anterior à conduta típica, ou mesmo a própria conduta típica ao momento em que o sujeito se coloca em estado de inimputabilidade. Não há de se confundir o dolo acerca de um delito com o desejo de praticá-lo, que se localiza, este último, ainda no plano da cogitação ou, quando muito, na esfera da preparação. Nesses casos, em que o agente faz uso de bebida alcoólica para, em estado de embriaguez, vir a praticar determinado delito, não se pode dizer que há vínculo de causalidade entre o ato de beber e o crime praticado, pois o sujeito sóbrio não é capaz de prever as atitudes do ébrio, de modo que, ainda que venha a praticar o delito, isso se dá como obra do acaso⁶⁸.

⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 851

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 704-5.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 457.

A violação ao princípio da culpabilidade é ainda mais evidente quando se trata de embriaguez culposa ou voluntária, sem que, antes de se embriagar, tenha o agente qualquer intenção de praticar o delito. Ao analisar a legislação alemã, considera Hassemer:

O § 323a do StGB preocupa porque vincula a condição objetiva da punibilidade (o ato de embriagar-se) não a um tipo de conduta socialmente desviante (...), mas a um tipo de conduta socialmente tolerada ou até mesmo desejada: o consumo de álcool. O autor do delito pode objetar ao § 323a do StGB que: primeiro permite-se que se beba imoderadamente (em lugar algum é proibido embriagar-se), e então pune-se alguém por algo pelo qual ele de modo algum é responsável, como eles mesmo dizem (§ 20 do StGB).⁶⁹

A despeito do que consta da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o art. 28, II, do Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e do sistema em que está inserido. Não se trata de adotar a teoria da *actio libera in causa*, mas sim de interpretar o disposto no artigo mencionado em consonância com outros artigos do mesmo código. Consoante escreve Duek Marques:

Não obstante a permanência de dispositivo expresso, determinando a não exclusão da imputabilidade, nos casos de embriaguez *voluntária* ou *culposa* (art. 28, II), a Nova Parte Geral, em várias outras passagens, procurou eliminar qualquer espécie de responsabilidade penal objetiva, como se conclui pela interpretação conjunta do artigo 18, incisos I e II, e seu parágrafo único, e artigos 19, 20, § 1º, 21 e 59.

Além disso, o princípio da inocência consagrado pela Constituição em vigor (art. 5º, LVII) afastou de vez a responsabilidade penal objetiva. Pelas regras que norteiam tal princípio, não há presunção de dolo, culpa ou culpabilidade.⁷⁰

O mencionado dispositivo, portanto, consoante Damásio de Jesus, “na parte em que ainda consagrava a responsabilidade objetiva, uma vez que permitia a condenação por crime doloso ou culposos sem que o ébrio tivesse agido com dolo ou

⁶⁹ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 261.

⁷⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova ótica na aplicação da lei e na individualização da pena. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 43

culpa, foi revogado pelo princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII)⁷¹.

Assim, em se tratando de crime culposos, ao dar causa ao estado de embriaguez, voluntária ou culposamente, age o sujeito de modo imprudente e, vindo a praticar delito, será responsabilizado pela modalidade culposa, desde que presentes todos os pressupostos da culpa enquanto presente o estado de imputabilidade, isso se houver previsão de tipo culposos para a conduta praticada. Caso contrário, tratar-se-á de conduta atípica⁷².

Nos delitos dolosos, mais uma vez, a saída é dada por Duek Marques, para quem “a solução mais coerente com o princípio da *nulla poena sine culpa*, nos casos de embriaguez voluntária ou culposa, é verificar, em cada caso concreto, a responsabilidade do agente de acordo com sua capacidade de discernimento no momento do crime”⁷³.

1.3. Princípio da culpabilidade e princípio da proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade remonta à antiguidade clássica. Aristóteles, ao analisar a justiça e a igualdade, escreve no Livro V de *Ética a Nicômaco* que a justiça é uma espécie de proporção, sendo esta não apenas uma propriedade da quantidade numérica, mas também da quantidade em geral. Para o filósofo grego:

O justo nesse sentido é, portanto, o proporcional e o injusto é aquilo que transgride a proporção. O injusto pode, assim, incorrer no excesso ou na deficiência (no “demasiado muito” ou no “demasiado pouco”), o que é realmente o que percebemos na prática, pois quando a injustiça é feita, aquele que a faz (o agente) detém o excessivo do bem em pauta, e a vítima da injustiça detém o deficiente desse bem, embora seja *vice versa* no caso de um mal, porque um mal menor comparado a um maior é tido como um bem, porquanto o menor de dois males é mais desejável do que o maior;

⁷¹ JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 461.

⁷³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Nova ótica na aplicação da lei e na individualização da pena. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 41

entretanto, o que é [efetivamente] desejável é bom, e quanto mais desejável for, mais bem será.⁷⁴

Como princípio constitucional, inicialmente a proporcionalidade dizia respeito à limitação do poder executivo e estava ligada a questões de ordem administrativa. Segundo Canotilho, já no século XVIII era considerado pela teoria do Estado e no século XIX foi introduzido no direito administrativo como princípio geral do poder de polícia⁷⁵.

Na atualidade, é de amplo reconhecimento na doutrina que a compreensão do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, pressupõe o entendimento do que se tem denominado seus subprincípios ou elementos parciais: a adequação (também conhecida como pertinência ou aptidão), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro deles se refere à pertinência de determinados atos, o meio certo e apto, para se atingir determinado fim. Há de haver uma proporção (necessidade) pressupondo que a medida adotada não deve exceder os limites indispensáveis ao fim proposto, o sacrifício assumido em razão de determinada finalidade deve ser o menor possível. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito determina que os meios eleitos devem levar em conta os interesses em jogo no caso concreto, de modo que os benefícios gerados devem ser maiores que os prejuízos causados⁷⁶.

No âmbito do direito penal, o princípio da proporcionalidade se refere à relação entre o crime e a pena a ele alusiva. Manifesta-se, em um primeiro momento, no âmbito legislativo, ocasião em que os crimes são definidos e a cada qual cominada uma pena. A proporcionalidade entre pena e crime, contudo, é conquista relativamente recente. Registra Oswaldo Henrique Duek Marques⁷⁷ que as penas aplicadas pelos povos primitivos não guardavam qualquer relação dessa índole, calcadas que eram na *vingança de sangue*, sendo paulatinamente substituídas pelas penas de caráter público na antiguidade. Foi com o talião que se passou a estabelecer uma proporção mínima entre o crime praticado e a pena

⁷⁴ ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. 3. ed. Tradução, textos e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009, p. 153-4.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 578.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396-8

⁷⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 9 e ss

imposta. Para Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, o talião “não passa realmente de um sopro, pois parte da concepção de que é possível realmente ‘replicar’ ou ‘imitar’ o mal do crime, o que é sem dúvida uma ilusão”⁷⁸.

A Magna Carta, de 1215, previa em seu art. 25:

Art. 25. Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, os prive dos meios de subsistência.

É com o Iluminismo que a noção de proporcionalidade passa a ganhar os contornos que assume na atualidade, principalmente com a obra de Beccaria. Escreve o Marquês:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.⁷⁹

No âmbito legislativo, a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1975, estabeleceu, em seu art. 12: “A lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias. Na atualidade, tem se entendido que a resposta penal deve ser proporcional ao mal causado pelo crime. A dificuldade está, porém, em encontrar parâmetros para que se possa estabelecer qual é a pena proporcionalmente admissível para determinado delito. Para tanto, os penalistas têm se esforçado para construir uma teoria constitucional do bem jurídico, de modo que as penas sejam mais ou menos intensas à medida da importância que o bem jurídico assume para a coletividade, de acordo com a dignidade que lhe empresta o texto constitucional. Conforme Luiz Regis Prado:

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico -, o legislador penal deve necessariamente levar em

⁷⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. 2009. 211f. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 34

⁷⁹ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 61.

conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal.

Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o *núcleo* gravitacional, o *ser* constitutivo do Direito Penal.

(...)

Por fim, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção penal.⁸⁰

Essa também é a opinião de Luiz Luisi, para quem:

A graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais.⁸¹

A despeito de todo o esforço dos penalistas para encontrar parâmetros justificáveis que tenham o condão de orientar a determinação e a intensidade da resposta penal relativamente ao bem jurídico atacado, a opção adotada pelo legislador pátrio pela quase que exclusividade da pena privativa de liberdade torna legítima a inquietação de Oswaldo Henrique Duek Marques, que reconhece a dificuldade de justificar cientificamente a relação entre, por exemplo, a pena de reclusão de um a quatro anos cominada ao furto e o direito violado do possuidor da *res*⁸².

À ideia de proporcionalidade de acordo com a importância do bem jurídico conectam-se outras duas concepções referentes à finalidade da pena. De um lado, a retribuição, quanto maior a importância do bem jurídico para a comunidade, maior deve ser a resposta penal ao seu ataque. De outro, a prevenção geral, quanto mais relevantes os bens jurídicos para a comunidade, maior deve ser a sua proteção, partindo da ideia, que pode evidentemente ser questionada, de que quanto maior a

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66-72.

⁸¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 56.

⁸² Opinião transmitida pelo professor em aula ministrada no crédito “As funções simbólicas do direito penal”, ministrado no primeiro semestre de 2014, no curso de mestrado em Direito, na pontifícia Universidade Católica de São Paulo

pena maior a intimidação surtida no íntimo dos indivíduos relativa à prática de determinado delito.

A ideia de proporcionalidade não se restringe unicamente ao âmbito legislativo, de cominação da pena, mas também quando de sua aplicação. A resposta penal, também aqui, deve guardar relação de proporção com o mal causado. Todavia, jamais poderá suplantar os lindes que a culpabilidade impõe. O princípio da culpabilidade, limite do poder de punir estatal e que se orienta pelo prisma do causador do resultado deve, sempre, ser respeitado, de modo que a pena jamais pode ser mais intensa do que a culpabilidade do sujeito recomenda. Nas palavras de Roxin:

El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una sanción determinada sólo preventivamente (cfr. nm. 58) y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado; por eso no puede reemplazar al principio de culpabilidad.⁸³

Levar em conta, no âmbito de aplicação da pena, critérios afetos à prevenção geral, ainda que em compasso com o princípio da proporcionalidade, não condiz com a noção kantiana de dignidade, que impede a instrumentalização do indivíduo para qualquer outro fim, porque a pessoa é fim em si mesma. É em razão disso que se toma por base as limitações impostas pelo princípio da culpabilidade, derivado que é da ideia de dignidade da pessoa humana, conforme já se demonstrou. Além disso, a prevenção geral é parâmetro a ser levado em conta pelo legislador, quando da cominação da pena, e não na sua aplicação, que se submete ao princípio da culpabilidade.

O princípio da proporcionalidade funciona pois, como complemento do princípio da culpabilidade, impondo a correspondência da pena com a culpabilidade normativa⁸⁴. O que deve balizar a aplicação da pena são as particulares relações do agente com o fato delituoso, tais como, na visão de Hassemer, a valoração dos

⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesa*/ Madrid: Civitas, 1997, p. 103

⁸⁴ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências, 2010, p. 134.

graus de participação interna do agente, ou seja, diferentes graus de valoração interna devem gerar diferentes consequências jurídico-penais⁸⁵.

1.4. Princípio da culpabilidade e princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena encontra-se expresso no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. A doutrina, de modo geral, tem identificado três momentos em que a pena pode ser individualizada. O primeiro deles se verifica já no âmbito legislativo. A cada delito, a depender de sua gravidade, caberá uma determinada espécie de pena e sua intensidade. Nesse momento, conforme já exposto no tópico acima, tem influência marcante o princípio da proporcionalidade, de modo a balizar a intensidade da pena de acordo com a gravidade do delito a que se refere.

O segundo momento é o que se tem denominado judicial. Refere-se à determinação da pena pelo juiz, que levará em conta os critérios estabelecidos na legislação para a determinação da pena aplicável à espécie, os quais serão abordados mais especificamente no terceiro capítulo deste estudo.

Por fim, a terceira fase é a chamada administrativa ou executória. Tendo em vista que a execução da pena também é atividade jurisdicional, por se tratar de denominação mais técnica, adota-se aqui o entendimento de que fase ou momento executório de individualização da pena seja o mais adequado.

Para o fim que se propõe, a análise deste tópico se cingirá ao segundo dos momentos apontados, sem que se renegue, no entanto, a relevância de todos eles.

Sob essa lente, entenda-se por individualização um processo, através do qual o observador (juiz) percebe a pessoa (processado) como indivíduo e, como tal, único, que merece, portanto, ter como objeto de análise a sua situação em concreto, com todas as suas nuances.

De se salientar que é nesse momento em que o princípio da culpabilidade atua com maior vigor, em todas as suas manifestações. Entendendo-se a culpabilidade como um juízo de reprovação pessoal do autor do fato, funciona como

⁸⁵ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 300.

fundamento da pena e como limite à atividade jurisdicional. A pena aplicada jamais poderá ultrapassar os lindes que a culpabilidade recomenda.

Por mais que não se possa negar, nessa fase, uma certa discricionariedade judicial, tem-se entendido que se trata de uma “discricionariedade juridicamente vinculada”⁸⁶, estando o magistrado restrito aos parâmetros legais.

Demais disso, a determinação da pena a ser imposta deve vir ancorada em fundamentação adequada, o que quer dizer que deve se basear em aspectos referentes à culpabilidade do réu. Via de regra, critérios de prevenção geral não são admitidos nesse momento, eis que influenciam a atividade do legislador, quando da fixação da pena em abstrato.

Ainda que de maneira introdutória, convém mencionar, desde logo, que essa afirmação pode destoar da dicção do art. 59 do Código Penal, que determina que o juiz, dentre outros critérios, estabelecerá a pena adequada levando em conta a *prevenção* do crime. Como compatibilizar a determinação legal com a ideia de que a prevenção geral não influencia na fase judicial de individualização da pena?

Já se demonstrou que o princípio da culpabilidade, apesar de não vir previsto expressamente, tem natureza constitucional. Como derivado da dignidade da pessoa humana, impede que o indivíduo seja instrumentalizado. Na atualidade não mais se discute a supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional, tampouco que a interpretação da lei deve ser orientada pelos valores constitucionais. E se assim o é, a interpretação do art. 59 do Código Penal não pode ser diferente. Deve guardar consonância com a ideia de culpabilidade que emana da Constituição.

É partindo da ideia de que a pena não deve ultrapassar os limites da culpabilidade, que possui natureza de princípio constitucional e baliza a atividade jurisdicional de determinação da pena, que se chega à conclusão de que critérios de prevenção geral não podem influenciar a determinação da pena no caso concreto, salvo se em benefício do réu.

Esse tema será tratado com mais vagar no terceiro capítulo, quando se debruçará sobre os aspectos que envolvem a culpabilidade no mencionado dispositivo legal.

⁸⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 54.

2. A CULPABILIDADE NA SUA ACEPÇÃO DOGMÁTICA COMO PARTE INTEGRANTE DA ESTRUTURA DO DELITO

2.1. O conceito estratificado de crime

Não se pode dizer que o crime tenha uma existência ontológica. Trata-se de uma criação mental, mais propriamente um rótulo, que pertence ao mundo jurídico. É, pois, uma qualificação, principalmente depois que veio a lume a ideia de legalidade: não haverá crime sem prévia definição legal.

Escreve Davi de Paiva Costa Tangerino:

Crime não traduz, portanto, um conceito, porém um rótulo, um julgamento, uma atribuição, como aliás, se encontra marcado em sua etimologia: Álvaro Pires chama atenção para a semântica da palavra crime, que se origina do vocábulo latino (*crimen*), que significava, em sua origem, decisão judicial. *Crimen* por sua vez, remonta ao *krimein* (grego), cuja tradução é julgar, escolher, separar. A palavra crime não designa diretamente uma ação, um ato ou um comportamento particular, mas, sobretudo o ato de julgar um comportamento dentro dos contornos de um processo institucional de natureza judiciária.⁸⁷

A ideia pode ser extraída, também, de obras literárias que não possuem o cunho jurídico, mais especificamente na literatura libertina. Escreve o Marquês de Sade, relatando o diálogo entre a iniciada Eugénie e o libertino Dolmancé, duas personagens centrais de sua peça:

Não existe nenhuma ação, por mais singular que se possa supor, que seja verdadeiramente criminosa, e nenhuma que possa realmente se chamar virtuosa. Tudo se dá em razão de nossos costumes e do clima em que vivemos. O que é crime aqui, frequentemente é virtude cem léguas além. E as virtudes de um outro hemisfério poderiam muito bem, ao contrário, ser crimes para nós. Não há horror que não tenha sido divinizado ou virtude que não tenha sido execrada.⁸⁸

Para o conhecimento desse instituto que se denomina crime ou delito a ciência penal tem se valido do método cartesiano, que busca separar o objeto do

⁸⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 15

⁸⁸ MARQUÊS DE SADE. **A filosofia na alcova ou os preceptores imorais**. Trad. Augusto Contador Borges. São Paulo: Iluminuras, 1999.

estudo em categorias ou estratos para que, ao final, se possa chegar à compreensão do objeto por inteiro. Assim, cuida-se de dividir cada uma das dificuldades que se examina em tantas parcelas quanto possíveis e necessárias para a sua melhor resolução.⁸⁹

Separadas as categorias, a análise daquelas que se sucedem apenas se admite quando reconhecida a anterior. Isso porque, se a reflexão sobre um determinado estado do objeto revelar a sua inexistência ou incompletude, desde já esse objeto não se cristaliza, tornando desnecessária qualquer atividade no sentido de reconhecimento das categorias sucessoras.

O primeiro desses estratos é a tipicidade. Tem se entendido que, para que se considere um fato como típico, em um primeiro momento, mister que se faça um raciocínio silogístico. A premissa maior é a lei, a menor, o fato. A conclusão de que determinada conduta se trata de crime se manifesta quando houver perfeita subsunção do fato à previsão legal. A isso se denomina tipicidade formal.

Mas não basta esse raciocínio para que se veja a tipicidade reconhecida. É necessário, também, que a conduta que se tenha enquadrado na disposição da lei venha, efetivamente, violar a norma que subjaz à previsão legal. A tipicidade, então, possui uma segunda dimensão, que apenas será atingida quando a conduta, efetivamente, ameaçar ou lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal.⁹⁰

A análise segue com o segundo estrato, a ilicitude ou antijuridicidade, expressões que têm sido utilizadas pela doutrina como sinônimas. Com relação a isso, vale a lição de Francisco de Assis Toledo, que, apoiado em Carnelutti, assim se manifesta:

Illicitude e antijuridicidade são termos empregados como sinônimos. Nossos penalistas, porém, por influência dos autores de língua espanhola e italiana, utilizam com maior frequência, ao invés do primeiro, a palavra antijuridicidade, para exprimir um dos elementos fundamentais do conceito jurídico de crime. Essa opção, entretanto, não é muito feliz, conforme temos advertido desde a publicação de nosso livro *O erro no direito penal*. Carnelutti já apontara o equívoco de se atribuir ao delito, fenômeno jurídico por excelência, o caráter de algo antijurídico, pondo em destaque que, com isso, se costuma afirmar do delito estas duas coisas, pelo menos na aparência

⁸⁹ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23.

⁹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

contraditórias: “...que o delito seja um fato ou um ato jurídico e, ao mesmo tempo, um fato ou um ato antijurídico”.⁹¹

Por ilicitude, então, entenda-se a contrariedade da conduta levada a efeito pelo agente que venha a contrastar com a ordem jurídica. Conforme Welzel, é um juízo de desvalor sobre a ação, porque em divergência com o que impõe o direito em relação à vida social.⁹²

O último dos elementos que compõe a estrutura do delito é a culpabilidade e é sobre essa categoria que seguirá o desenvolvimento deste capítulo.

2.2. Da origem clássica ao determinismo positivista

Antes de se adentrar mais propriamente na análise do pensamento clássico, cabem duas advertências. A primeira é a de que a denominação *clássicos* não nasce conjuntamente com os escritos desses pensadores, mas deriva de uma caracterização a que se pode cominar um certo juízo pejorativo, quando Ferri⁹³ atribui essa definição aos seus predecessores, em contraposição àquilo que entendia ser uma nova fase da ciência penal, calcada nos ideais positivistas que fundamentavam as ciências e nos quais se pretendia esteiar, também, a ciência penal. A segunda se trata da constatação de que examinar a totalidade dos pensadores do período extravazaria os lindes propostos neste estudo, mesmo porque se trata de tarefa um tanto quanto árdua, diante da pluralidade de pensamentos e autores que compõem o arcabouço ideológico em questão.

Cabe também mencionar, na esteira de Sérgio Salomão Shecaira, que tanto a chamada Escola Clássica quanto a positiva exsurgiram do ideário da cultura iluminista. Com referência à primeira delas, manifesta-se o autor:

A Escola Clássica caracteriza-se por ter projetado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria de se indagar, apenas, quanto à racionalidade da lei.⁹⁴

⁹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 159

⁹² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 57

⁹³ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006

⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103

Pode-se dizer que o marco do pensamento clássico se deu com a publicação da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764. É nesse escrito que se pode identificar os ideais iluministas transpostos para a ciência penal. As ideias ali postas derivam da irrisignação do Marquês com a crueldade das penas corporais impostas aos condenados e da falta de racionalidade que caracterizava a punição. Dentre os avanços que podem ser citados na mencionada obra estão o reconhecimento da crueldade das penas aplicadas até então e a problematização quanto a sua eficácia; a noção de proporcionalidade das penas e a ilegitimidade daquelas que vão além da necessidade; a ideia de legalidade, devendo as leis serem escritas, prévias e claras; a separação das figuras do legislador e do julgador; a ilegitimidade da prisão sem o reconhecimento da culpa; a publicidade dos julgamentos; a inadmissão das acusações secretas e da tortura; o reconhecimento do estado de inocência; além de outros tantos.

É bom que se diga, a despeito da evolução que caracteriza a obra de Beccaria, que as razões invocadas para uma nova visão da punição estatal nem sempre se fundamentaram em ideais humanistas. Quando trata da tortura, por exemplo, o Marquês inadmite a sua utilização baseando-se em um critério de eficácia na obtenção da verdade processual, o que fica claro na passagem que segue:

Entre dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, o mais robusto e corajoso será absolvido; o mais débil, contudo, será condenado em razão deste argumento: Eu, juiz, tenho de achar um culpado. Tu, que és cheio de vigor, resistes à dor, razão pela qual eu te absolvo. Tu, fraco, cedeste à força dos tormentos; por isso, eu te condeno. Sei perfeitamente que uma confissão arrancada pela violência da tortura não vale nada; porém, se não confirmardes agora o que confessaste, farei com que te torturem de novo”.⁹⁵

Essa mesma ideia de utilidade embasa a proscrição da pena de morte, embora não se possa identificar em Beccaria um abolicionista desse tipo de punição, na medida em que a admite em face de determinados delitos. No que tange à sua eficácia, entende que a prisão perpétua e com trabalhos forçados surte mais efeitos preventivos do que a própria execução do condenado:

⁹⁵ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 33

O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderoso para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a sua liberdade, que fica até certo ponto como uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade. Essa íntima reflexão do espectador: “Se eu praticasse um delito, estaria toda a minha existência condenado a essa miserável condição” – essa idéia tétrica causaria mais assombro aos espíritos do que o temor da morte, que se entrevê apenas um momento numa obscura distância que diminui o seu horror.⁹⁶

Tais passagens de modo algum desqualificam a importância revolucionária do pensamento da época acerca da punição e sua razão. No que mais interessa a este estudo, é importante mencionar que o fundamento no qual se baseia para identificar a pena e o direito de punir remonta tanto ao contratualismo de Rousseau quanto ao pactualismo de Hobbes. Para Beccaria, a pena se fundamenta na cessão de parcela da liberdade de cada um a fim de que o indivíduo possa gozar do seu restante com mais segurança. Essa parcela, porém, deve se cingir ao mínimo necessário, donde conclui que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza”⁹⁷. De um lado, é nítida a aproximação com Hobbes, segundo o qual o homem deve concordar em resignar o seu direito sobre todas as coisas na medida em que outros homens também o renunciem em relação a si mesmos⁹⁸, mas também não se afasta de Rousseau, consoante seu ideal de liberdade civil, que é limitada pela vontade geral⁹⁹.

Além das já traçadas linhas acerca do nascedouro do princípio da culpabilidade em suas mais diversas manifestações, a proporcionalidade das penas de acordo com a gravidade dos delitos também merece destaque, sendo o fundamento adotado puramente racional:

Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pos (sic) como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam de modo desigual a sociedade recebem idêntico castigo, o homem

⁹⁶ *Idem, ibidem*, 46-7

⁹⁷ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 15

⁹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Org. Richard Tuck. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Rev. da Trad. Eugenice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 113

⁹⁹ ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social: princípios de direito político**. Trad. Antonio de Padua Danesi. Rev. da Trad. Edson Darci Heldt. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26

voltado ao crime, não tendo a recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens, e a distribuição desigual das penalidades fará nascer a contradição, tão evidente quanto frequente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.¹⁰⁰

E a partir disso encontra-se a negação das teses que mensuram os crimes de acordo com a intenção de quem os pratica, da dignidade da pessoa atingida ou mesmo da ofensa feita a Deus¹⁰¹; bem como a derivação do necessário tratamento igualitário entre os agentes, independentemente da posição que ocupam¹⁰². Duas das máximas expostas por Beccaria e que até hoje são repetidas com ares de atualidade são as de que *quanto mais rápida for a aplicação da pena, mais justa e útil ela será*¹⁰³; e aquela segundo a qual *não é o rigor do suplício que previne os delitos, mas sim a certeza da punição*¹⁰⁴.

Plantadas as sementes, floresceu o jardim do pensamento clássico, através de autores que vieram a desenvolver as teorias esboçadas pelo Marquês. Conforme Maillard, Beccaria:

[...] é o iniciador das teorias de política criminal sistemáticas e razoáveis; foi o primeiro a dar à ciência do crime uma forma doutrinal, a procurar os princípios e as consequências, em lugar das soluções empíricas, da incoerência sem freio no meio das quais se perdiam ainda no século último legislação e jurisprudência. Ele foi o primeiro que ousou falar a linguagem do racionalismo e afrontar as cóleras da reação.¹⁰⁵

Bruno, por sua vez, menciona:

O que pretendeu fazer Beccaria não foi certamente obra de ciência, mas de humanidade e justiça, e, assim, ela resultou num gesto eloquente de revolta contra a iniquidade, que teve, na época, o poder de sedução suficiente para conquistar a consciência universal. Soube derivar, porém, com segura dialética, das suas premissas filosóficas, um corpo de doutrina sobre (sic) os problemas penais, que findou por imprimir ao seu livro um sentido científico. Não só coordenou os princípios de liberalismo aplicáveis às questões penais, que andavam

¹⁰⁰ BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996, p. 61

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 63-4

¹⁰² *Idem, ibidem*, p. 67-8

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p., 54

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 56

¹⁰⁵ *Apud* ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, 30

esparcos nas obras filosóficas da época, mas, ao contrário de outros que também assim pensaram, mas impuseram silêncio ao seu pensamento, falou claro diante dos poderosos, em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão das normas penais com religião, moral, superstições, ousando construir um Direito Penal sôbre (sic) bases humanas, traçar fronteiras à autoridade do príncipe e limitar a pena à necessidade da segurança social. Defendeu, assim, o homem contra a tirania, e com isso encerrou um período de nefanda memória na história do Direito Penal em novos rumos, iniciando o movimento da escola clássica, embora, pelas suas ideias mais avançadas que as dos juristas que se lhe iriam seguir, carregados de jusnaturalismo e de tradição romano-medieval, tenha ficado fora e acima desse movimento.¹⁰⁶

Desse racionalismo proposto por Beccaria deriva o fundamento da punição, que reside no livre-arbítrio. O ser humano, porque livre, também é responsável por seus atos, possui uma responsabilidade moral. Os clássicos não tomam por base fatores biológicos ou sociais. Baseando-se na premissa de que todos os homens são iguais em direitos e obrigações, serão igualmente responsáveis pelos crimes que vierem a cometer.

Conforme Aragão:

Na opinião dos criminalistas clássicos o livre-arbítrio é o apanágio de todos os homens psiquicamente desenvolvidos e mentalmente sãos. E desde que possuem essa faculdade, esse poder de escolha entre motivos diversos e opostos, eles são moralmente responsáveis por todos os seus atos, visto estes serem filhos exclusivamente dessa vontade livre e soberana¹⁰⁷.

O princípio fundamental da escola clássica, então, é o de que a responsabilidade se funda no livre-arbítrio. Desse princípio decorrem outros, que são seus corolários:

- 1.º - O livre arbítrio é o fundamento da responsabilidade moral do criminoso.
- 2.º - Só há responsabilidade penal quando existe a responsabilidade moral, isto é: só podem ser punidos, como autores de ações ou omissões criminosas, os que têm responsabilidade moral, possuem o livre-arbítrio.
- 3.º - Tem graus essa responsabilidade moral do criminoso, e está na razão direta da porção do livre-arbítrio que ele possui.

¹⁰⁶ BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral. Tomo I.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 82-3

¹⁰⁷ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica.** 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 59

- 4.º - A severidade da pena, e, portanto, a gravidade do delito, varia conforme é maior ou menor esta responsabilidade moral.
- 5.º - O crime é obra exclusiva da vontade livre do delinquente; e nunca um produto natural e social, resultante da ação combinada de fatores biológicos, físicos e sociais.¹⁰⁸

Postas estas linhas gerais, convém analisar o pensamento de alguns dos expoentes da escola em questão. O primeiro deles é o italiano Francesco Carrara, cuja obra *Programa de direito criminal*, publicada em 1859, constitui um dos marcos do período.

Segundo Aníbal Bruno:

Não tem Carrara a originalidade de alguns dos seus predecessores. O que nêle (sic) se distingue é a lógica jurídica, o poder de dialética com que expõe e justifica o seu *programa* e a admirável capacidade de sistematização, que fêz (sic) dêle (sic) o expositor máximo e consolidador da escola e um dos maiores penalistas de todos os tempos.¹⁰⁹

Aliás, o próprio Carrara, em dístico que prefacia a obra em comento e dirigido aos seus alunos, assim se manifesta:

Ao elaborar êste (sic) livro (disposto segundo a ordem eminentemente lógica que traçou Caringnani, nosso grande mestre), não procurei a minha glória, mas a vossa utilidade; visei reunir, não criar; não pretendi dizer coisas novas, mas verdadeiras; não me enamorei das formas brilhantes, mas da clareza. Se o meu trabalho vos puder facilitar o estudo das disciplinas penais, terei alcançado o meu objetivo. Deus vos dê saúde, e amor à ciência.¹¹⁰

Embora o que sirva de substrato aos parâmetros traçados por Beccaria seja o contratualismo, Carrara, apesar de também se fundamentar no livre-arbítrio, parte de outra perspectiva. O penalista italiano nega a premissa do homem selvagem, no estado da natureza, que passa para a esfera social, em um segundo estado. A respeito das teses contratualistas, observa:

Tudo isso é um êrro (sic). É falso que o gênero humano tenha vivido, durante certo período de tempo, livre de qualquer vínculo associativo.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 60

¹⁰⁹ BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral. Tomo I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 88

¹¹⁰ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Vol. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956

É falsa a transição de um estado primitivo, de absoluto isolamento, para outro, modificado e artificial. Sem dúvida, deve-se admitir um lapso primitivo de associação patriarcal, ou, como se costuma dizer, *natural*, a que pouco a pouco se acrescentou a constituição de leis permanentes, e de uma autoridade fiscalizadora da sua observância; e, assim, a organização da sociedade que se denominou *civil*. Mas qualquer período de desagregação e de vida selvagem é inadmissível, como louca visão. O estado de associação é o único primitivo do homem; nêle (sic) a própria lei natural o colocou desde o instante de sua criação.¹¹¹

Para o professor de Pisa, o que impele o homem à sociedade é a lei divina e o que perpetuou a união foi a sua propensão moral¹¹². Mas como as leis morais, só por si, não possuem poder de coação que não seja aquela do plano moral, devem ser complementadas pelas leis físicas, complemento este que apenas pode ser dado pela sociedade civil¹¹³. Nas suas próprias palavras:

Tal abandono da lei moral ao arbítrio humano, sob a sanção única de um bem e de um mal supra-sensíveis (sic), se poderia não acarretar perturbação à harmonia universal enquanto a lei moral atingisse o homem em suas relações para com Deus e para consigo mesmo, não seria tolerável quando se tratasse das relações do homem para com os seus semelhantes. A despeito da lei moral, os homens teriam ficado à mercê daquele dentre êles (sic) que, preferindo ao bem *supra-sensível* (sic) o bem *sensível*, tivesse logrado, por meio de força (sic) ou astúcia, violar-lhes os direitos. Sob esse prisma a desordem no mundo moral teria causado também desordem no mundo físico.¹¹⁴

É em razão disso que a sanção e o julgamento humanos constituem um complemento indispensável da lei moral, apenas no que toca à regulação dos deveres do homem para com a coletividade¹¹⁵. Mas o livre-arbítrio não deixa de ser o esteio em que se apoia Carrara para fundamentar a responsabilidade penal, à medida que o aceita independentemente de considerações de ordem filosófica, como um pressuposto da responsabilidade moral do homem¹¹⁶. “A lei rege o homem enquanto é êste (sic) moralmente livre”¹¹⁷.

¹¹¹ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral**. Vol. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 18-19

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 19

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 21

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 20

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 21

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 37

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 43

A partir disso concebe a ideia de imputação do delito. Antes, porém, difere imputabilidade de imputação. A primeira seria o juízo que se forma acerca de um fato futuro e previsto como possível; a segunda significa o juízo de um fato já acontecido, concreto, portanto¹¹⁸. A condição da imputação moral é a de que o homem que foi causa material de um delito também foi a sua causa moral. E conclui o penalista italiano:

Para que uma ação possa ser declarada, pela autoridade social, imputável ao seu autor como delito, são indispensáveis os seguintes requisitos: 1 – que lhe seja *imputável moralmente*; 2 – que possa ser imputada como *ato reprovável*; 3 – que seja *danosa à sociedade*. Além disso, para que a declaração da imputabilidade resulte eficaz, é mister – 4 – que se encontre *promulgada lei que a proíbe*.¹¹⁹

No que pertine à pena, Carrara nega-lhe qualquer fim retributivo, intimidatório ou ressocializador. Sua proposta parece se aproximar do que se tem denominado na atualidade de prevenção geral positiva:

O fim da pena não é que se *faça justiça*, nem que seja *vingado* o ofendido, nem que seja *ressarcido* o dano por êle (sic) sofrido; ou que se *amedrontem* os cidadãos, *expie* o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua *correção*. Podem, tôdas (sic) essas, ser *consequências acessórias* da pena, algumas delas desejáveis; mas a *pena* permaneceria como ato inatacável mesmo quando faltassem todos êsses resultados. O fim primário da pena é o *restabelecimento da ordem externa da sociedade*.¹²⁰

Fiel ao preceito da escola clássica de que a graduação das penas deve guardar relação com a gravidade do delito, Carrara traça uma série de critérios para o estabelecimento da pena em abstrato, sempre tendo por foco essa noção de gravidade, buscando evitar ao máximo o arbítrio nessa quantificação. Propõe a realização de um cálculo, de maneira que se deve, dentre todos os delitos, eleger o mais grave e a ele cominar a pior das penas¹²¹. A partir daí, a outros delitos vão se estabelecendo penas menos intensas, de acordo com o declínio da respectiva gravidade. Propõe, em um segundo momento, que a pena deve atingir a paixão que

¹¹⁸ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Vol. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 39

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 43

¹²⁰ *Idem, ibidem*, , p. 74

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 156

motiva o agente a praticar o delito¹²². Afirma ser ilegítima a graduação da pena de acordo com a dificuldade da prova¹²³, bem como aquela calcada na frequência com que se cometem determinados crimes¹²⁴.

No âmbito da aplicação da pena, propõe que circunstâncias do caso concreto e da situação do agente devam ser levadas em conta para a graduação da reprimenda e exemplifica com a seguinte comparação:

Ordenado certo trabalho a um operário, calcula-se o valor da obra em si, e dá-se-lhe o preço que em si mesma merece: eis um cálculo análogo ao da quantidade nos delitos. Mas se o operário usou, no trabalho, de menor inteligência, e deixou o serviço imperfeito, isto se computa para pagá-lo abaixo da quantidade ordinária do valor daquela obra; eis a analogia com o grau no delito. Mas se ao operário se dá algo a mais que o valor ordinário, porque seja pobre, ou tenha família, ou em reconhecimento de outros serviços, ou ainda porque se calcule poder, de outro modo, tirar vantagem de sua boa vontade, eis a analogia com o grau da pena. O trabalho é o mesmo; tem o mesmo valor intrínseco de qualquer outro semelhante. Se por aquelas considerações de pessoa, ou por aqueles (sic) motivos aludidos se dá mais ao operário, ou se, ao contrário, se lhe dá menos, por terem sido a êle (sic) prestados obséquios anteriores, ou por qualquer outra consideração pessoal que não influa no valor intrínseco da obra, procede-se exatamente como a lei, quando, por acidentalidades anteriores ao delito, aumenta ou diminui a pena em dois fatos que, intrinsecamente teriam tido igual valor. O grau da pena não muda nem o título, nem a qualidade, nem o grau do delito. Faz, sim, com que a pena, que é o preço com o qual a sociedade paga o delito, deva modificar-se por razões de mera relação com o indivíduo infrator, embora não se modifique o valor do delito¹²⁵.

É nítida, pois, a preocupação do mestre italiano com a fundamentação da responsabilidade penal e a graduação das penas, buscando esteio, sempre, nas premissas tão caras aos clássicos, como o livre-arbítrio, do qual deriva a responsabilidade moral, e a intensidade da pena de acordo com a gravidade do delito. Não nega, de outra sorte, que a pena também deva sofrer alteração de acordo com o caso em concreto, do que se pode concluir que se acha aí um dos primórdios da consideração de aspectos particulares para a fixação da pena, tal como se concebe na atualidade. Não é demais lembrar que essa questão é resolvida no âmbito da imputação:

¹²² CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: Parte Geral. Vol. 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 158

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 159

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 160

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 167-8

A degradação da quantidade especial de um fato delituoso, operada pela excepcional deficiência ou minoração das suas forças, que constitui uma das causas de diminuição da imputação, traz consigo, por dever de justiça, uma diminuição também da pena. Nestes casos, entretanto, a degradação não nasce dos elementos da pena, e sim dos elementos do delito, considerado nas suas condições individuais¹²⁶.

Paralelamente à Escola Clássica italiana, desenvolvia-se na Alemanha um pensamento calcado nas mesmas matizes filosóficas, sendo Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach um dos seus expoentes mais notórios. Embora inicialmente adepto de Kant, dele se afastou quando passou a enxergar na pena não um imperativo categórico fundado na retribuição, mas sim como instrumento de prevenção geral através da intimidação¹²⁷. Nem mesmo o papel de melhoramento moral do indivíduo apenado era tido como uma das funções da reprimenda, pois seria esse um dos objetivos da expiação, e não da pena¹²⁸.

É interessante ver na concepção de delito de Feuerbach um embrião daquilo que décadas mais tarde veio a se desenvolver na teoria da psicanálise. O delito, para ele, derivava de um impulso sexual, na medida em que o homem é impulsionado pelo prazer a cometer uma ação. A pena seria, então, um mal, que deveria ser maior do que o desgosto da insatisfação do impulso ao fato delituoso¹²⁹.

O objetivo da cominação da pena se fundava na intimidação de todos, como potenciais protagonistas para o cometimento de delitos, enquanto a sua aplicação se configuraria na concretização da ameaça, pois na ausência da aplicação a comunicação seria ineficaz¹³⁰.

Ainda que Feuerbach atribua a prática delitiva a uma causa inconsciente (impulso sexual), é possível concluir que não se afasta dos primados do pensamento clássico, principalmente quando considera que o delito consiste no extravazamento da liberdade do homem¹³¹. Considera que o homem é livre e, em razão disso,

¹²⁶ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral**. Vol. 2. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 165

¹²⁷ BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral. Tomo I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 92

¹²⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugênio Raul Zafaroni. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 54

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 52

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 53

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 55

responsável, portanto, capaz de frear os impulsos sexuais que são a causa do cometimento de infrações.

Feuerbach chama de punibilidade absoluta a possibilidade de aplicação de uma lei penal. Para tanto, dois fundamentos são exigidos. Um objetivo, consistente na ideia de legalidade e tipicidade, pressupondo a existência de lei prévia e perfeito enquadramento da conduta no molde estabelecido pela lei¹³². Outro subjetivo, consistente na relação de uma vontade ilícita com um fato punível, o que denomina de imputação; além da capacidade da pessoa em virtude da qual se possa imputar um determinado fato, o que chama de imputabilidade¹³³.

A imputação, portanto, pressupõe a imputabilidade; esta depende de que: a) o autor conheça o crime e a sua punibilidade; b) que possa determinar-se de acordo com a lei penal; e c) que haja empreendido ou omitido uma determinação de vontade que se tenha por causa de um crime.

Sendo certo que o homem é dotado de razão, deve presumir-se que conhece a lei e a relação desta com a sua conduta, bem como a conexão de sua ação com as respectivas consequências. Disso se pode concluir que a imputação determina a culpabilidade. Esta, por sua vez, aparece intimamente ligada à vontade, funcionando como uma das formas de exclusão a completa ausência de relação entre o resultado e a vontade do agente, o que ocorre quando o fato é praticado apenas com a força física da pessoa, sem qualquer conteúdo volitivo.

Também excluem a imputação e, via de consequência, a culpabilidade, os estados em que seja impossível a consciência da punibilidade (menoridade, carência dos órgãos de comunicação psíquica, debilidade, estados em que se anula a compreensão etc.); além daqueles estados em que, mesmo estando o agente consciente da lei penal, o efeito desta sobre o impulso esteja anulado, como no caso em que o fato foi cometido em um estado de tribulação em que a resistência humana não esteja apta a se manifestar (furto famélico), bem como diante de um perigo atual e iminente, sem que haja outro meio para dele salvar-se, desde que o agente não tenha para essa situação contribuído.¹³⁴

Além da denominada punibilidade absoluta, o penalista alemão define uma punibilidade relativa, que diz respeito à graduação da pena. Aqui também se fazem

¹³² FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugênio Raul Zafaroni. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 83-4

¹³³ *Idem, ibidem*, 86-7

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 88-91

presentes fundamentos objetivos e subjetivos. Os primeiros dizem respeito à afetação do objeto da norma penal e da relação da ação com o perigo ou dano causado, encampando a clássica visão do período de que a gravidade da pena deve guardar relação com a gravidade do delito. No âmbito dos segundos são consideradas características particulares do caso para a dosagem da pena, tendo por base a diferença da determinação da vontade para o fato (dolo e culpa), bem como da intensidade, firmeza e âmbito do impulso, que, conforme já enunciado, vem caracterizado por uma força que deita suas raízes na sexualidade.¹³⁵

Mais uma vez se pode perceber a relação de aspectos que permeiam a culpabilidade como critérios informadores da dosagem da pena que virá a ser aplicada no caso concreto. Nesse bojo, critérios de índole pessoal são também considerados, de maneira que o apenado seja visto como indivíduo, ou seja, único, como sugere a própria semântica da expressão. Poder-se-á dizer que tendo o pensamento clássico se fundamentado no preceito de que todos os homens são iguais e, portanto, as penas devem ser aplicadas indistintamente e de idêntica maneira. Mas a noção de igualdade, desde a época de Aristóteles, caracteriza-se pelo tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

O método adotado pelos clássicos era, pois, o dedutivo. Suas premissas gerais vinham calcadas na metafísica, mais propriamente em um juspositivismo que tinha como base a razão divina, embora aspectos mais específicos da religião não tenham influenciado o raciocínio desenvolvido por seus pensadores. Aceitavam o livre-arbítrio como um pressuposto, sem questionar sua fundamentação filosófica, mas apenas considerando-o como um dom divino que fazia dos homens indivíduos iguais entre si. A responsabilidade criminal, portanto, deriva da responsabilidade moral. Sob o aspecto histórico, combatiam os clássicos os abusos praticados pelo poder estatal, personificado na figura do soberano e marcado, no que tange à questão punitiva, por uma completa ausência de racionalidade e limites.

Esse quadro se modifica com o passar dos tempos. O arbítrio estatal se relativiza e cede lugar a preocupações outras. O homem, agora entendido como ser social, assume perante a sociedade deveres. Não que não os tivesse no período anterior, como se pode perceber das inquietações de Carrara, mas a preocupação com a preservação da sociedade em relação à criminalidade se intensifica. Some-se

¹³⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugênio Raul Zafaroni. Buenos Aires: Hamurabi, 1989, p. 101-105

a isso o surgimento de um novo paradigma científico, o positivismo, que passava então a orientar as ciências da época, de modo que a ciência penal a isso não ficou imune.

A respeito disso, escreve Bruno:

Aquelas ciências, com o seu método de exploração, penetravam no estudo do homem, tomado na sua própria natureza e nas suas relações com a sociedade. O crime passou a ser objeto de investigação científica, naturalista primeiro e logo sociológica. Tomaram-no para o fim de estudo, sob influência dêsse (sic) novo espírito, psicólogos, psiquiatras, médicos de manicômios e prisões, fazendo penetrar a lei da causalidade nas concepções abstratas tradicionais, o que bastaria para pôr sob outro ângulo o problema da criminalidade e imprimir ao seu estudo, mesmo sob o ponto de vista jurídico, um sentido sociológico-naturalista. Não o crime em abstrato, mas o crime no seu aspecto fenomênico, e o seu agente, o homem criminoso, tornaram-se o centro da investigação, o que iria conduzir à formação das ciências criminológicas.¹³⁶

Calcada nesse ideal, a escola positiva se contrapõe ao princípio fundamental dos clássicos, o de que o homem possui livre-arbítrio e, por isso, é moralmente culpável e responsável legalmente por seus crimes¹³⁷. Para aqueles, o livre-arbítrio é uma ilusão e, ainda que efetivamente exista, seria indemonstrável, logo, não poderia fundamentar a punição. Parte-se, portanto, de um determinismo, alguns indivíduos são voltados à criminalidade em razão de condições biológicas ou sociais.

O problema da responsabilidade deixa de ter importância para dar lugar à primazia do social frente ao individual. A pena passa a ser uma reação do organismo social diante de uma agressão e assume um caráter utilitarista, cujo fundamento deixa de ser a natureza e a gravidade do crime para se consolidar na personalidade do agente, mais especificamente na sua periculosidade¹³⁸.

O que marca a diferença entre as escolas com mais ênfase é o método. Como o método experimental passa a ser o único reconhecido pela ciência, este é o adotado pelos positivistas, sendo através dele que os ataques ao principal fundamento dos clássicos, o livre-arbítrio, são manejados.

¹³⁶ BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 98

¹³⁷ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 61

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101

Costuma-se atribuir à Escola Positiva três fases, de acordo com os seus maiores expoentes. São as seguintes: a) *antropológica*, fundada com a obra de Cesare Lombroso, *O homem delinquente*, publicada em 1876; b) *sociológica*, atribuída a Enrico Ferri, com a publicação da sua *Sociologia Criminal*, em 1892; e c) *jurídica*, referente à *Criminologia*, de autoria Rafael Garófalo, publicada em 1885.

Lombroso, a quem se pode atribuir a fundação da escola positiva, baseado nesse ideal determinista que caracterizava o pensamento da época, pensava poder identificar o criminoso através de determinadas características biológicas e fisiológicas. O seu *criminoso nato* era caracterizado por determinadas anomalias anatômicas e fisiopsicológicas, tais como a formação do crânio, a menor sensibilidade à dor e a precocidade sexual. Tais indivíduos denotavam uma maior propensão inata para o crime. Baseava-se, pois, em um atavismo.

A Lombroso se pode atribuir o papel de aglutinador entre os positivistas, eis que foi o primeiro a fazer a defesa clara do método dedutivo-experimental e a demonstrar articuladamente seu pensamento. Conforme Shecaira:

Pode-se dizer que Lombroso foi um produto do seu tempo. Assim como Beccaria não foi um “inovador”, enfeixando em sua obra o pensamento dominante da filosofia iluminista aplicada ao direito penal, também Lombroso não foi um “criador” de uma novíssima teoria; foi, sim, alguém que teve a capacidade de recolher o pensamento esparso que vicejava à sua volta para articulá-lo de forma inteligente e convincente¹³⁹

As críticas elaboradas contra o pensamento lombrosiano, como não é difícil imaginar, foram inúmeras e contundentes. Centravam-se principalmente na carência de base empírica de suas conclusões, pois diversas das características apontadas no criminoso nato eram comumente encontradas em indivíduos que jamais se envolveram com atividades delituosas, ao mesmo tempo em que alguns criminosos não reuniam os atributos do estereótipo do criminoso nato. De igual modo, criticável a consolidação da análise do fator criminal puramente em aspectos biológicos.¹⁴⁰

Coube, então, a Ferri retomar o parâmetro positivista para a explicação da criminalidade. Seu estudo, apesar de absorver alguns dos conceitos lombrosianos,

¹³⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 110

como o da criminalidade atávica¹⁴¹, volta-se às ciências sociais, do que resulta uma visão mais ampla do fenômeno criminal.

Logo no início de sua *Sociologia criminal*, Ferri, com base na fisio-psicologia positiva, critica a noção de livre-arbítrio, que, na sua visão, nada mais é do que uma crença, uma ilusão até, mesmo porque indemonstrável pelos parâmetros científicos dos positivistas¹⁴². Afirma que conferir ao livre-arbítrio um privilégio único da humanidade, tratar-se-ia de uma valorosa exceção na ordem inteira da atividade universal¹⁴³. A vontade humana não é livre, mas se submete a condições naturais e sociais:

A filosofia e a psico-patologia concorrem no efeito, a mostrar-nos que a vontade humana está completamente submetida às influências naturais, não só de ordem moral ou psicológica, senão também de ordem puramente física, bem longe de dominá-las de uma maneira mais ou menos absoluta: a estatística, por sua parte, nos revela que as vontades individuais, tomadas coletivamente, obedecem as influências exteriores do meio físico e social.

Todo homem tem sua personalidade própria, física e psíquica (temperamento e caráter) que está essencialmente determinada pela herança fisio-psíquica e que depois se desenvolve e modifica segundo o meio; mas, principalmente no que faz relação à vida afetiva, ela persiste como determinante mais ou menos consciente, porém inexorável e constante, da conduta individual: é dizer, que “o homem se produz como ciente e não como pensa.”¹⁴⁴

Além disso, a negação do livre-arbítrio estaria longe de ser uma mal, ao contrário, porque estimularia a tolerância das ideias e a indulgência com relação ao próximo, além aconselhar a pedagogia e a higiene moral.¹⁴⁵

Inadmitida a vontade livre, a pena não mais pode ser vista como um castigo, mas deve assumir um outro viés, no caso, o da defesa social:

Se trata agora de inaugurar e realizar a fase social, na que, graças aos dados novos de antropologia e estatística criminais sobre as gêneses do delito, a pena não será mais a retribuição de uma falta moral por um castigo proporcionado (fase ético-jurídica), senão um conjunto de medidas sociais preventivas e repressivas, que, respondendo à natureza e às gêneses do delito de um modo mais

¹⁴¹ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 78

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 13

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 15

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 19

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 25

eficaz e ao próprio tempo mais humano, preservarão dele a sociedade¹⁴⁶.

À pena não se atribui outra função que não à de defesa da sociedade, que se encontra, na visão do positivista italiano, em constante agressão pelas mais diversas formas de criminalidade¹⁴⁷. Criminalidade esta que é tida como uma enfermidade social e, como tal, enseja uma “clínica preservadora”, no caso, a pena¹⁴⁸:

De qualquer que seja o modo, a justiça penal, despojando-se em princípio de qualquer outro caráter que não seja o de uma função de preservação social, deve considerar o delito como um efeito de anomalias individuais e como um sintoma de patologia social, que exige necessariamente que se afaste os indivíduos anti sociais (sic), isolando assim os elementos infecciosos e saneando o meio em que se desenvolvem os germes¹⁴⁹

Ao inadmitir a vontade livre, Ferri nega a existência da responsabilidade e da culpabilidade. Busca, porém, definir um critério compatível com a ideia de defesa social, o que faz com fundamento em Spencer. Segundo esse sociólogo, a vontade de todos vai cedendo, pouco a pouco e em um primeiro momento, à vontade de um só (soberano), depois à de um pequeno número de pessoas (aristocracia, p. ex.), até chegar ao ideal da democracia. É a partir disso que conclui Ferri:

Portanto, pois, permanecendo em plena harmonia com esta lei sociológica, da qual poderiam apresentar muitas outras ilustrações, com razão se pretende para a função defensiva e penal, depois do desenvolvimento que tem recebido, nos séculos passados e no nosso, os diversos elementos que a compõem e que têm feito predominar o critério ético de culpabilidade, que ele volta ao seu ponto de partida, que volta a ser uma função social inspirada, não em critérios estranhos e inacessíveis, senão nas necessidades reais da sociedade humana, e guiada pelas noções positivas sobre a gênese da delinquência.

Mas permanece um efeito indestrutível da lenta evolução ascensional pela qual esta evolução tem passado imediatamente, progredindo e elevando-se sem cessar, à medida que se afastava de seu ponto de partida primitivo; a saber, que se vá despojando de todo espírito de vingança brutal para conservar unicamente o caráter de uma defesa

¹⁴⁶ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 55

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 65

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 76

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 102

pura e simples, impostas pelas necessidades do mantimento social¹⁵⁰.

Basta para a concretização do delito e a sua respectiva punição uma imputabilidade física, consistente no nexos entre uma causa fisiopsicológica entre o ato e o agente¹⁵¹. Não se discute se houve ou não vontade, notadamente a vontade livre, na sua aceção de intenção, mesmo porque todas as demais sanções, sejam elas físicas, biológicas ou morais, não pressupõem a intenção para que se manifestem, tampouco se fundamentam na responsabilidade moral ou culpabilidade. Um homem que perigosamente se debruça sobre uma janela pode fazê-lo munido da mais nobre das intenções e mesmo assim estará sujeito a uma queda (sanção física). Aquele que abusa de seu organismo está sujeito aos males que esse abuso provoca (sanção biológica). Se alguém, inadvertidamente, ao transitar, tropeça bruscamente em outro, estará sujeito à irresignação deste¹⁵². A partir disso, a sanção penal não tem porque buscar fundamentos na intenção ou na responsabilidade moral do agente:

Se um homem nasce irascível e torpe, e se por ele lhe ocorrem acidentes contínuos dos quais sofre e faz sofrer a seu próximo, estes defeitos inatos encontrarão uma escusa ante o celeste tribunal; mas aqui, sobre a terra, seus fracassos não são menos desagradáveis a seus semelhantes que se forem faltas intencionais ou negligentes. Seus semelhantes têm razão, pois, para exigir que de sua conta e risco se ponha a seu nível, e os tribunais estabelecidos por eles não terão com razão escusas para estas particularidades pessoais.¹⁵³

Ao não se submeter à premissa da igualdade que caracterizava o pensamento clássico, as sanções que serão aplicadas a cada indivíduo devem variar de acordo com as particularidades de cada um. Não é que se descure completamente do critério da gravidade do fato para se determinar o grau da sanção a ser aplicada, mas sim que outras considerações devem ser levadas em conta, mais especificamente as circunstâncias do indivíduo que atua e da sociedade que reage¹⁵⁴.

¹⁵⁰ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 58

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 87

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 90-2

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 93

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 185-7

Mas a lente nunca se desfoca da defesa da sociedade, que pressupõe tanto a repressão quanto a prevenção, tidas por necessárias para a manutenção do corpo social¹⁵⁵. Para tanto, Ferri elenca meios preventivos, reparatórios, repressivos e eliminatórios dos quais se deve valer o corpo social para que se assegure a sua subsistência. Os primeiros são as medidas de polícia necessárias à prevenção dos delitos. Os segundos consistem naqueles através dos quais se busca a supressão do estado antijurídico do ato, a anulação de seus efeitos e a reparação dos danos que dele decorrem. Os meios repressivos consistem nas penas temporárias, que devem ser aplicadas em face de delitos pouco graves e aos delinquentes pouco prováveis à reincidência. Por fim, os meios eliminatórios são aqueles tendem a evitar a reincidência por completo, devendo ser aplicados aos casos de criminalidade atávica e às ações tidas por mais perigosas, consistentes na pena de morte e na internação em manicômios.¹⁵⁶

2.3. Binding e o nascimento da culpabilidade

Conforme David de Paiva Costa Tangerino, uma perspectiva sistemática acerca da culpabilidade se inaugura com a obra de Karl Binding, *As normas e suas violações*, publicada em 1872. Explica o autor que essa sistematização partiu do descontentamento do penalista alemão com a insuficiência teórica da imputação para os delitos negligentes, do que resultou a acepção da culpabilidade como elemento integrante de uma teoria do ilícito penal.¹⁵⁷

Para Binding, a culpabilidade se subsume em uma ação culpável, que pode ou não ser punível. A partir disso, difere os conceitos de crime e delito, sendo este reservado àquelas ações a que a lei não atribui pena e aquele referente às ações puníveis. Crime seria, então, um delito punível. Já a culpabilidade, como ação culpável, não só se constitui como pressuposto iniludível da pena como também seu fundamento jurídico¹⁵⁸.

¹⁵⁵ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006, p. 194

¹⁵⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 199-204

¹⁵⁷ BINDING, Karl. **La culpabilidade em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009, p. 50

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 5

Mais especificamente, para Binding, culpabilidade é o comportamento voluntário de um sujeito capaz de ação enquanto causa de uma antijuridicidade¹⁵⁹. Consiste, em primeiro lugar, na realização de uma vontade por um sujeito que não tenha sido declarado incapaz de agir, sendo que a capacidade de culpabilidade é uma questão que se refere ao caso concreto¹⁶⁰. Mas a ação não se constitui unicamente no desencadear de um movimento através dos órgãos motores, senão também na omissão própria. O descumprimento de um mandado de ação, em verdade, se configura em uma ação perturbadora do direito¹⁶¹.

Integra o atuar delitivo, pois, a ação que se oponha à vontade do direito, ou seja, à norma, que subjaz à lei penal. Essa contrariedade à norma se converte em um fato antijurídico e consiste, ainda, no tipo objetivo do delito, que vai se converter em delito propriamente apenas se a vontade do autor se transformar em culpabilidade, o que se dá quando esse comportamento contiver a carga de juridicamente reprovável, reprovabilidade esta dirigida ao autor do fato, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico apontadas precisamente a ele, pessoalmente.¹⁶²

A culpabilidade é sempre antijurídica, à medida que Binding não separa antijuridicidade de antinormatividade e rejeita critérios éticos para a construção desse conceito, ressaltando a diferença entre culpabilidade moral e jurídica:

La culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral muestran diferencias profundísimas, y merece rechazo más decidido la extendida convicción de que el Derecho habría tomado el concepto de culpabilidad de la ética. Justo lo contrario es lo correcto.

La palabra culpabilidad [Schuld], perteneciente a los estratos más antiguos de la lengua germánica, y en estrecha relación con skulan, esto es, deber [sollen], significa originariamente aquello que es debido, más exactamente, el pago que debe acerse, y, según parece, originariamente, el que es debido por um crimen, pero adopta ya em los dialectos alemanes más atíguos el significado del fundamento de esse pago, es decir, se convierte em la denominación del hecho malo, del injusto que há de expiarse¹⁶³.

¹⁵⁹ BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009, p. 12

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 7

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 7

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 8-9

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 11

Como se pode perceber, a ideia de norma é fundante de seu pensamento. Consiste, basicamente, nas proibições e mandados que emanam do ordenamento jurídico e se dirigem aos indivíduos, ao passo que não se confunde com a lei penal:

He propuesto determinar normas a estas prohibiciones y mandatos, contraponiéndolos com toda claridad a las leyes penales, que al día de hoy siempre han de pertenecer al Derecho escrito. La ley penal nunca tiene, *ex professo*, el cometido de imponer deberes a los partícipes de la comunidad jurídica: ni siquiera se dirige a ellos, al que atribuye deberes de tolerar la pena. La primera parte de la ley penal siempre contiene la indicación de una acción contraria a la norma, es decir que presupone la prohibición o el mandato dirigido a los integrantes de la comunidad jurídica, pero no lo es ella misma. La expresión corriente de que *el* delincuente contraviene las leyes penales enuncia un imposible. Precisamente porque la acción del delincuente se adapta como un guante a la primera parte de la ley penal, es decir, es conforme a ella y precisamente no la contraviene, puede ser penado em virtud de la ley penal¹⁶⁴

São duas, para Binding, as espécies de culpabilidade: a dolosa e a imprudente. A primeira delas consiste na ação intencional consubstanciada na vontade voltada ao cometimento do delito, praticada por alguém que seja capaz, lembrando que, para o autor, a omissão também consiste em um agir. Para Binding, o dolo pressupõe a consciência da antijuridicidade:

El concepto de dolo es plenamente unitário. Todo delito es antijurídico: que el tipo legal repita esta palabra o no es completamente indiferente. Por ello, “dolosamente antijurídico” y “doloso” significam en la ley penal exactamente lo mismo¹⁶⁵

A caracterização da culpabilidade imprudente deve levar em conta a existência de um dever. Nas ações que venham a ser externadas, exige-se que o autor faça um exame prévio suficiente a ponto de perceber o seu caráter antijurídico. A infração desse chamado dever de diligência se leva em consideração na medida em que seu cumprimento seja *conditio sine qua non* para a evitabilidade de um atuar antijurídico.¹⁶⁶ Importante ressaltar que Binding também rechaça, nesse aspecto, a noção de dever objetivo, que se refere a um modelo de indivíduo inexistente:

¹⁶⁴ BINDING, Karl. **La culpabilidade em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009, p. 8

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 41

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 124

[...] el ser humano modélico imaginado, situado en su inmutable perfección por encima del destino de los humanos, el *diligentíssimo pater familias* y sus congêneres em todos los ámbitos de la vida, se condensan em criterios personificados.

Puesto que el acusado com toda certeza no es tal ser humano modélico, que nunca há existido, su destino queda sellado. Tal criterio objetivo constituiría uma brutal praesumptio culpae.¹⁶⁷

O ineditismo do pensamento de Binding se revela, principalmente, pela necessidade de conhecimento da norma como pressuposto para a capacidade de ação e, via de consequência, do delito. Isso deriva de sua vinculação a um positivismo normativo, sendo o direito positivo, para ele, o único objeto do direito penal. A norma deve desempenhar um papel concreto no direito sob pena de ter de se levar em conta critérios de cognição valorativa que se aproximam do direito natural, tido como indesejável, sob a sua perspectiva.¹⁶⁸

2.4. Liszt e a concepção psicológica da culpabilidade

Da análise da evolução da ciência penal exposta até o momento se pode perceber que, motivados pelos abusos estatais no que pertine à punição, os clássicos elaboraram suas teorias a partir do juspositivismo e nele se fundamentaram para o desenvolvimento de suas categorias. O método, como visto, era o lógico-dedutivo. Como reação a esse movimento e calcado nos ideais positivistas, no campo jurídico ganhou corpo o positivismo naturalista, notadamente com os pensadores italianos. Com Binding, inaugura-se o positivismo normativo, com a defesa de que o estudo do jurista deve recair sobre a norma, ou seja, o direito positivo¹⁶⁹.

Surge, então, o naturalismo-normativista¹⁷⁰, com a publicação do *Programa de Marburgo*, em 1882, por Franz Von Liszt, pregando que o estudo do direito positivo deveria se pautar pelo método naturalista¹⁷¹, afastando as concepções metafísicas características da Escola Clássica. Pela primeira vez aparecem as

¹⁶⁷ BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Julio César Faire, 2009, p. 126

¹⁶⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 56

¹⁶⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 43

¹⁷¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 57

categorias centrais do delito e que são manejadas até a atualidade pela doutrina penal.

O crime é definido como “ação culposa contrária ao Direito”¹⁷², sendo a ação “o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem”¹⁷³, decompondo-se em ato de vontade e de resultado, a isso acrescentando-se o nexos de causalidade, seja quando a mudança tenha sido causada voluntariamente (comissão), seja quando, ainda de forma voluntária, não foi impedida (omissão)¹⁷⁴.

Fiel ao seu propósito, Liszt busca afastar-se do livre-arbítrio dos clássicos, aduzindo que a voluntariedade na comissão ou na omissão se materializa pela ausência de coação mecânica ou psicofísica¹⁷⁵, para concluir que:

Comissão é a causação do resultado por um ato de vontade. Este se apresenta como movimento corpóreo voluntário, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações, e efetuada pela inervação dos nervos motores. O movimento corpóreo e o resultado constituem, pois os dois elementos igualmente importantes da ideia de ação como comissão.¹⁷⁶

Sob o conceito de ação, a vontade não é dirigida ao resultado, mas sim ao movimento corpóreo. Designa o movimento psicofísico através do qual se opera a tensão dos músculos¹⁷⁷. Percebe-se a desvinculação de qualquer conteúdo moral, decompondo-se a ação em um movimento corpóreo livre de qualquer fator externo, seja físico ou psicológico, acrescentando-se o resultado, que seria a modificação no mundo sensível e ao final, o nexos de causalidade entre o impulso da vontade e o resultado. É a partir daí que se desenvolve a teoria da causalidade, seja na modalidade da *conditio sine qua nom* ou da equivalência das condições.

Ainda nesse plano objetivo, Liszt se refere à ilegalidade da ação como pressuposto para a configuração do crime, assim qualificadas aquelas condutas que lesionarem ou expuserem a perigo um bem jurídico, entendido como os interesses

¹⁷² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I.** Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 209

¹⁷³ *Idem, ibidem*, 217

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 218

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 220

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 221

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 223

juridicamente protegidos¹⁷⁸. A ilegalidade é subentendida e só se exclui excepcionalmente, nos casos contemplados pelo legislador¹⁷⁹. Adota, portanto, uma teoria indiciária acerca da ilicitude, pressupondo que toda conduta qualificada como crime não será ilícita apenas quando presentes as causas que excluem a sua ilicitude.

Para a configuração do crime, porém, não basta a concretização do seu aspecto objetivo. Há de se fazer presente um aspecto subjetivo, denominado por Liszt de culpa¹⁸⁰ e que vem calcado na responsabilidade¹⁸¹. Consiste no liame subjetivo do agente com o resultado. A noção de desaprovação da ação, seja jurídica ou moral, é circunstância completamente acessória¹⁸². A culpabilidade é, desse modo, puramente psicológica e tem como requisitos a imputabilidade do agente e a imputação do resultado. Nas palavras do próprio autor:

Segundo o Direito atual e abstração feita de algumas exceções esparsas, a culpa supõe:

1.º, a imputabilidade do agente (...)

2.º, a *imputação do resultado*. Esta se dá a) quando o resultado foi previsto (dolo, ...); b) quando o resultado não previsto podia sê-lo (culpa em sentido estrito. ...).¹⁸³

A imputabilidade é atributo do homem moralmente sã e nada tem que ver com o livre-arbítrio, cingindo a análise da culpabilidade às situações ou estados excepcionais que excluem a imputabilidade¹⁸⁴, o que se dá justamente em razão do método científico-naturalista que adota. Importante anotar que Liszt confere papel fundamental à imputabilidade para a teoria da culpabilidade. Exatamente por conta da desvinculação dessa categoria do livre-arbítrio, resulta que “a teoria da culpabilidade deve encontrar o seu eixo central de gravidade na exposição daquelas situações ou estados excepcionais que excluem a imputabilidade”¹⁸⁵.

No que pertine à imputação do resultado, esta se dará na forma do dolo ou da culpa *stricto sensu*. O dolo é a representação da importância do ato voluntário

¹⁷⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 237

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 239

¹⁸⁰ A culpa, aqui, é entendida na sua acepção lata, que corresponde à culpabilidade. A culpa estrita se refere à negligência

¹⁸¹ Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. *Idem ibidem*, p. 259

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 260

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 260

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 265

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 265

como causa¹⁸⁶. Não se confunde com a vontade, à medida que esta é concebida como a tensão dos músculos, “o que se quer é sempre o movimento corpóreo, nunca o resultado”¹⁸⁷.

Para Liszt, a ideia de dolo compreende:

- 1.º A representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde à ideia de um crime determinado, quer sob sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave.
- 2.º A previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime.
- 3.º A representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma¹⁸⁸

Já a culpa é definida como o não-conhecimento, contrário ao dever, da importância da ação ou da omissão como causa de um determinado resultado. A contrariedade ao dever se manifesta quando o autor do fato, mesmo podendo e devendo obter o seu conhecimento, não o faz. A ação culposa, portanto, é a “causação ou não-impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que poderia sê-lo”¹⁸⁹.

A falta de precaução ou, de outro modo, o desprezo do cuidado imposto pela norma, não é analisada sob a ótica particular do agente, mas de forma objetiva. Diferentemente é a falta de previsão, a possibilidade de o agente prever o resultado que decorre do movimento corpóreo. Esta é avaliada de acordo com as particularidades do agente, mas essa avaliação se limita à capacidade mental do indivíduo.¹⁹⁰

Dolo e culpa, portanto, estão inseridos na culpabilidade. Mais do que isso, são as formas através das quais a culpabilidade se manifesta, o que pressupõe a imputabilidade. O conceito de imputação do resultado está ligado ao vínculo subjetivo do agente com o resultado. Ao negar a noção de reprovabilidade, Liszt confere à culpabilidade um aspecto puramente subjetivo, do que resulta a divisão da estrutura do crime em um aspecto objetivo e outro subjetivo.

¹⁸⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I.** Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 275

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 276

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 276

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 290

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 290-1

Quando trata da pena, Liszt admite que a punição é um mal infligido ao criminoso, que se revela por meio da sua cominação e execução¹⁹¹. Quanto aos seus fins, a prevenção tem papel marcante:

Advertido e intimado, a *cominação penal* acrescenta-se aos preceitos imperativos e proibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções retas, ela mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados, ela põe em perspectiva, como consequência do ato injurídico, um mal, cuja representação pode servir de contrapeso às tendências criminosas.¹⁹²

Do trecho destacado se pode notar que estão presentes tanto a prevenção geral positiva quanto a negativa. A primeira quando o autor menciona o cidadão de “intenções retas”; a segunda quando faz referência aos “homens dotados de sentimentos menos apurados”. Digno de observação é o fato de que Liszt admite, ao lado de situações exteriores tidas como aptas a impulsionar o indivíduo para a prática de crimes, também a sua natureza individual como fator criminógeno, embora negue peremptoriamente a tese de que características puramente biológicas tenham o condão de determinar a natureza do criminoso¹⁹³.

Também a prevenção especial é admitida, em ambos os aspectos:

- a) a pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente;
- b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (*Unschädlichmachung*).¹⁹⁴

Já no que pertine à determinação judicial da pena, abordando a legislação alemã da época, que definia um mínimo e um máximo, Liszt se limita a reconhecer como critérios para a graduação aqueles previstos em lei, não mencionando

¹⁹¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I.** Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 143

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 143

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 149-51

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 144

qualquer influência da culpabilidade nesse aspecto. Aliás, dada a concepção avalorativa que deriva da teoria psicológica, nem mesmo há espaço para um entendimento diverso, o que contribuiu para a derrocada da teoria.

Em que pese os avanços trazidos pelo causalismo clássico, notadamente a estruturação analítica do delito, o movimento não resistiu às críticas que lhe sucederam. Frank demonstra com precisão a tautologia em que se funda a teoria defendida por Liszt, ao afirmar que, sendo a culpabilidade a responsabilidade pelo fato realizado de forma ilícita, há uma confusão entre o fato e sua consequência jurídica. À pergunta de quando uma pessoa é penalmente punível, segue a resposta de que o será quando seu comportamento for culpável. E à pergunta de quando o comportamento é culpável, segue a resposta de que será assim considerado quando a pessoa é responsável por seu comportamento.¹⁹⁵

A culpa inconsciente também não pode ser explicada pela teoria em comento, na medida em que não existe conexão psíquica entre o autor da lesão e o resultado, porque não há representação de sua possibilidade. Conforme Mir Puig:

Por de pronto, en la culpa inconsciente no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, puesto que se caracteriza por la falta de representación de su posibilidad (desconocimiento del peligro). En la culpa consciente se intentaba explicar su carácter psicológico atendiendo al conocimiento del peligro. Que supone: em ella no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad. Por extensión, toda la imprudencia se define em función de la *previsibilidad*. Se trata de um concepto relacionado com lo psicológico, y de ahí su aceptación em la concepción psicológica de la culpabilidad; pero em realidad no describe ninguna relación psíquica efectiva, sino sólo su posibilidad. Por otra parte, no bastan ni la previsibilidad ni la previsión de la lesión para que la imprudencia exista: lo único decisivo es que se infrinja el *deber de cuidado*, el cual no obliga a evitar toda conducta previsiblemente lesiva.¹⁹⁶

De outro lado, não há espaço para que circunstâncias localizadas fora do dolo e da culpa sejam levadas em consideração. É o caso, por exemplo, das hoje conhecidas causas que levam à impossibilidade de comportamento diverso. Mas as vicissitudes não se encerram nas causas que efetivamente excluem a culpabilidade, senão também naquelas aptas a dosar o grau de pena a ser aplicado no caso

¹⁹⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 26

¹⁹⁶ PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 536

concreto. Isso tudo porque a teoria entendia a culpabilidade como categoria não suscetível a qualquer graduação, mas unicamente como o vínculo psicológico do agente com o resultado.

2.5. O neokantismo e as teorias normativas da culpabilidade

A impossibilidade do positivismo naturalista em explicar o fenômeno do crime em diversas questões deu azo ao surgimento do movimento que ficou conhecido como neokantismo. Conforme Fabio Guedes de Paula Machado:

Surge o positivismo normativista como resultado de uma grande redefinição metodológica iniciada no final do século XIX, e sustentada pela filosofia neokantista em defesa da ciência dos valores, em contraposição às ciências naturalísticas.

Pelos postulados neokantistas, é a ciência definida como um conjunto de proposições cujos elementos são conceitos perfeitamente determinados, constantes em todo o complexo do pensamento e universalmente válidos, no qual as partes estão unidas em uma totalidade sistemática.¹⁹⁷

O marco inicial desse movimento é atribuído a Frank, que, em 1907, publica *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, atribuindo à categoria da culpabilidade um conteúdo valorativo. Explica Aníbal Bruno:

Frank foi quem introduziu a questão na doutrina, pondo a definição da culpabilidade do fato na dependência da normalidade das circunstâncias concomitantes (*Normalität der begleitenden Umstände*). Foi esta mais uma contribuição de Frank à doutrina da culpabilidade, com a qual completou a sua descoberta da reprovabilidade como núcleo do conceito. Por estas idéias, esse grande penalista ligou definitivamente o seu nome à teoria da culpabilidade, e, como diz Erik Wolf, tem participado de toda a evolução da teoria no século XX.¹⁹⁸

Frank, assim como Liszt, considera que dolo e culpa integram o conceito de culpabilidade, o que levou a doutrina a classificar essa teoria como psicológico-normativa. Todavia, o conteúdo do instituo é enriquecido, na medida em que se

¹⁹⁷ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51

¹⁹⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faura, 2002, p. 98-99

insere o pensamento normativo, além do que na medição da culpabilidade gravitam outros fatores, os quais denomina de circunstâncias concomitantes, que influenciam na sua graduação, podendo, inclusive, excluí-la.¹⁹⁹

Para justificar a graduação da culpabilidade em diferentes casos, Frank se baseia na linguagem cotidiana, aduzindo que o direito não pode permanecer cego ao senso comum. Vale-se do seguinte exemplo:

El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero si amorios suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. A pesar de que cada uno de ellos sabe que se aproprio ilícitamente de dinero ajeno, con reelación al dolo no existe diferencia alguna. En este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es morigerada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es agravada gracias a su buena situación financiera e sus inclinaciones lujosas.²⁰⁰

Idêntico raciocínio pode ser empregado à imprudência. A depender das circunstâncias que gravitam em torno da situação (circunstâncias concomitantes), a ausência de prudência pode ser valorada em maior ou menor grau. O exemplo utilizado, neste caso, é o de um guarda de barreiras que erra na colocação de desvios depois de um descanso prolongado e outro que o faz depois de horas ininterruptas de serviço.²⁰¹

Conclui, com base nisso, que se o entendimento cotidiano percebe as diferentes conjunturas de formas diferentes com relação à reprovação, o direito não pode a isso permanecer imune. Segundo suas próprias palavras:

Así, las circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad; entonces, no existe duda en reconocerles también la capacidad de excluir la culpabilidad. En general se utiliza bastante el concepto de las causas de exclusión de la culpabilidad, pero uno se pregunta si ello se compadece, o no, com el concepto dominante de la esencia de la culpabilidad.

¹⁹⁹ FERNANDEZ, Gonzalo D. *in* FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 17-8

²⁰⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 28

²⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 28-9

Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia – y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado –, podría resultar absolutamente incomprensible como puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.²⁰²

É de Frank a análise do tão repetido “caso do cavalo brabo”, julgado na Alemanha em 1897. Refere-se a um cocheiro que, em razão da ordem de seu patrão, mesmo sabendo que um dos cavalos atrelados à carruagem era indócil, foi obrigado a empreender uma viagem, do que resultou um acidente e a lesão a um transeunte. O questionamento imposto ao Tribunal Superior era se deveria ser o acusado responsabilizado em razão da imprudência ou se seria inexigível que, diante das circunstâncias, procedesse de outro modo, correndo o risco de perder o emprego. A controvérsia se resolve apenas se se levar em conta que as circunstâncias concomitantes devem ser consideradas na análise da culpabilidade.²⁰³

O estado de necessidade não é tratado por Frank sob o pálio da ilicitude, mas sim no âmbito da culpabilidade, o que robustece a crítica do autor acerca da teoria psicológica. Mesmo porque, explica, a conduta praticada sob estado de necessidade o é de forma dolosa. E sendo a culpabilidade entendida como liame subjetivo do agente com o resultado, em casos tais não há como excluí-la, o que se afigura como um contrassenso.

Mas o maior aporte teórico atribuído a Frank foi reconhecer a reprovação como conceito globalizador para todos os demais elementos da culpabilidade, que transcendeu todas as discussões futuras acerca dessa categoria²⁰⁴. Depois de reconhecer que são requisitos do conceito de culpabilidade a imputabilidade, o dolo, a imprudência e as circunstâncias concomitantes²⁰⁵, acentua:

En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es

²⁰² FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2002, p. 30

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 42-3

²⁰⁴ FERNANDEZ, Gonzalo D. *in* FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2002, p. 19

²⁰⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2002, p. 37

reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.²⁰⁶

Inicia-se, assim, o que a doutrina tem entendido como o deslocamento da culpabilidade da “cabeça do autor” (culpabilidade psicológica) para a “cabeça do juiz” (culpabilidade normativa).²⁰⁷

Esse caráter normativo da culpabilidade foi acentuado e desenvolvido de forma mais intensa por Goldschmidt, que teceu uma dicotomia entre a norma de direito e a norma de dever. A primeira delas se refere aos comportamentos externamente considerados, mais propriamente ao nexo de causalidade. Já a norma de dever é implícita e considerada de modo autônomo. Trata-se da obrigação do agente de se conformar ao Direito, abstendo-se de contrariá-lo.²⁰⁸

Nas palavras do próprio Goldschmidt:

La norma de deber es una norma de lucha. Así como sólo se puede calificar de eficaz la actividad de un superintendente de diques, si mantiene los diques a pesar de la alta marea, y de ineficaz si ellos se rompen; de la misma manera, la norma de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado se ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico.²⁰⁹

Essa norma de dever é denominada como a norma de direito, mas em uma função de norma de determinação, ao passo que a norma de direito propriamente dita se refere à sua aplicação à conduta exterior e se apresenta como uma pura norma de valoração. O injusto objetivo, portanto, não se limita a uma conduta sobre a qual recai um juízo jurídico de desvalor, mas também a uma conduta exterior que se contrapõe a um imperativo.²¹⁰ A norma de dever, portanto, impõe ao indivíduo que se motive pelas representações de valor jurídico.²¹¹

²⁰⁶ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faire, 2002, p. 39

²⁰⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. , 87

²⁰⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 179

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. **La concepcion normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nunez. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 11

²¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 16

²¹¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 60

Mas a diferença entre a norma jurídica e a norma de dever não se resume apenas no fato de que aquelas se referem à conduta exterior, ao passo que estas à conduta interior. As normas de direito podem ser proibições ou mandados, as de dever, apenas mandados. Impõem que o agente se detenha ante à representação de que sua atuação viria a causar um resultado proibido e determinam a atuação diante da representação de um resultado exigido.²¹²

Goldschmidt se distingue de Frank quanto à natureza da imputabilidade, que para este seria um elemento da culpabilidade. Entende que a imputabilidade seria um pressuposto. Concorde com Frank, porém, quanto à caracterização do dolo e da culpa como graus da culpabilidade²¹³, e não como espécies, conforme já havia defendido Liszt. Da mesma sorte, a gravidade da culpabilidade também se dá de acordo com a medida da liberdade, à qual atribui o peso de um fator determinante.²¹⁴ Com base nisso, conclui:

Así queda fuera de toda duda la unidad de la culpabilidad como “causa de responsabilidad” y como “medida de responsabilidad. Y precisamente, la gravedad de la culpabilidad se determina según el grado em que la motivación no corresponde a la exigibilidad.”²¹⁵

Outra diferença que se pode apontar entre os autores é a de que, ao contrário de Frank, que entendia a motivação como um dado psicológico acrescentado aos demais elementos da culpabilidade, Goldschmidt lhe atribui um caráter normativo, na medida em que se refere à norma de dever.²¹⁶

O comportamento conforme a norma de dever pressupõe para o autor do fato um poder, que se fundamenta na motivação normal. Há motivos, contudo, que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores aos motivos de dever. O critério adotado se fundamenta objetivamente, donde surge a noção de *homo médio*.²¹⁷ Para Goldschmidt:

²¹² GOLDSCHIMIDT, James. **La concepcion normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nunez. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 19-20

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 24

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 25

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 43

²¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 179

²¹⁷ GOLDSCHIMIDT, James. **La concepcion normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nunez. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 38

[...] el *poder* fundado en la “motivación normal” no se determina subjetivamente según las cualidades y capacidades personales del autor, sino según una medida objetiva, esto es, em realidade, el *poder* se hace depender de um *deber*.²¹⁸

Embora inegável a importância do aporte teórico trazido por Goldschmidt, notadamente quanto ao caráter normativo da culpabilidade, o critério do *homem médio*, dada a sua difícil, senão impossível, configuração, não se mostra como um critério válido. Reale Jr. resume bem a sua impropriedade:

Considero ser impossível a construção de um homem médio, no que concorda a maioria dos autores. O critério do “homem médio” não é necessário nem suficiente. Não é necessário, visto que cada um de nós fabrica o seu tipo de homem médio, cuja figura muitas vezes não será sequer a imagem de nós mesmos.

(...)

O homem médio é um homem impossível, formado por qualidades e defeitos desconexos, distante da situação concreta na qual se realizou a ação que se julga. O juiz deveria sair de si mesmo para construir um homem médio, colocá-lo na situação concreta e julgar, paradoxalmente, à luz desse critério, qual o poder de um *ente ideal*, a fim de estabelecer a exigibilidade ou não do *agir concreto* do agente. Tal operação resultaria em um abstracionismo, passando por várias etapas, o que inevitavelmente desfigura o real.²¹⁹

Nesse mesmo contexto histórico, mais precisamente em 1922, publica Freudenthal a obra *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, introduzindo ao conceito de culpabilidade o poder de agir de outro modo. O critério utilizado se afasta da noção de homem médio para que se leve em consideração as características do sujeito em concreto.

Freudenthal parte da estrutura já delineada por Frank e se vale, também, das circunstâncias concomitantes para estabelecer a possibilidade de o autor do fato agir de modo diverso daquele que obrara. Para ele, além do dolo, da culpa e da imputabilidade, também é elemento da culpabilidade a disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor levou a efeito a conduta.²²⁰ Tais circunstâncias

²¹⁸ GOLDSCHIMIDT, James. **La concepcion normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nunez. Buenos Aires: Depalma, 1943, p. 40

²¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 180

²²⁰ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006, p. 66

servem tanto como fator de graduação da culpabilidade, influenciando na individualização da pena, como ainda para definir se se exclui ou não a culpabilidade.²²¹

Aduz que o Direito reclama que se ajustem às suas decisões as regulações valorativas aquilo que seja possível. Estando ausente essa possibilidade, ausente também deverá estar a reprovação e, via de consequência, a culpabilidade.²²² Os imperativos éticos que se apresentarem no momento em que o agente levou a cabo sua conduta devem ser levados em conta pelo Direito e isso se dá no âmbito da culpabilidade, seja para excluí-la, seja para influenciar na sua graduação, cujos reflexos, neste último caso, se manifestam na graduação da pena.

O ponto de apoio de Freudenthal, assim como para Godschmidt, é a cultura popular. Os casos de inexigibilidade trazem à luz do Direito aquilo que está já incutido na sabedoria do comum, as situações em que uma condenação incomodaria a qualquer dos homens. Traz para a análise da culpabilidade, portanto, um aspecto ético.

Embora tenha sido Frank quem tenha inaugurado a acepção normativa da culpabilidade, o principal representante do pensamento neokantista foi Mezger, cujo destaque negativo é marcado pelo desenvolvimento científico das leis de cunho repressivo do nacional-socialismo alemão, calcadas na ideia de superioridade da raça ariana. No pós-guerra, contrapondo-se a Welzel, assume uma das faces do debate entre o causalismo e o finalismo.²²³

Para Mezger, culpabilidade é o conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal ao autor em razão de um fato punível que haja cometido. Tais pressupostos mostram o fato como manifestação juridicamente reprovada da personalidade do agente. Mais especificamente:

El juicio de CULPABILIDAD acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la culpabilidad. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la concepción normativa de la culpabilidad hoy dominante, un juicio valorativo acerca de esta situación de hecho, y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad (Lehrb., 248-250). Este criterio ha sido formulado con

²²¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006, p. 69

²²² *Idem, ibidem*, p. 71

²²³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 65

agudeza de la siguiente manera: "la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros", o sea en las cabezas de aquellos que juzgan al autor.²²⁴

Defende Mezger a classificação da culpabilidade em formal e material. A primeira se caracteriza pela imputação. Já a culpabilidade material se configura na efetiva reprovação do autor pelo fato praticado.

A forma básica conceitual da culpabilidade é o dolo, que não se confunde com o seu objeto. Este seria a situação de fato do dolo, nas suas palavras, "el conocimiento e la voluntad del hecho"²²⁵. Dolo e culpa são elementos característicos da culpabilidade, de índole psíquica, aos quais se somam elementos normativos, que são a imputabilidade, entendida como a valoração da situação psíquica do autor, e a ausência de causas especiais de exclusão, que podem ser definidas como a inexigibilidade de conduta diversa. Assim como os demais penalistas que lhe antecederam, o dolo não é puramente naturalístico, mas normativo. Pressupõe, portanto, o conhecimento do injusto. Mas o critério utilizado é o do leigo, há de se proceder a uma "valuación paralela del autor en la esfera del profano", o conhecimento da significação "en el mundo intelectual personal del autor", ou seja, a "conciencia de proceder injustamente o de infringir una ley"²²⁶.

Mezger também aborda o princípio da *nula poena sine culpa*, explicando a evolução da responsabilização pelo resultado até a responsabilidade pela culpabilidade, esteio do pensamento moderno. Conclui que o abandono da primeira em prol da segunda se deu justamente porque aquela se opõe ao sentido da pena, concluindo:

Por el "sentido" de la pena exigimos que ésta alcance solamente a aquél cuya conducta personal demuestra como justificada la imposición del mal penal, y que sólo lo alcance en este caso. Hablaremos, entonces, de "culpabilidad punible", en contraposición con la simple seguridad.²²⁷

O autor não descarta o juízo ético que caracteriza o pensamento de Freudenthal, mas afirma que ele, só por si, é insuficiente para justificar a reprovação.

²²⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 190

²²⁵ *Idem, ibidem*, 191

²²⁶ *Idem, ibidem*, p. 249

²²⁷ *Idem, ibidem*, p. 193

Há que se distinguir a característica objetiva da conduta jurídica ou ética da reprovação pessoal, que é dirigida à personalidade do agente. Nesse passo, adota o conceito de “culpabilidade como conduta de vida”, que, nas palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, pode trazer vantagens e desvantagens:

A vantagem de tal acepção é que permite um estudo mais detalhado da vida e das circunstâncias do sujeito, ou seja, da compreensão do sujeito que está sendo julgado e, nesse ponto, é inegável que o discurso parece humanizante. Os atos imediatos e passionais passam a ter suas circunstâncias sopesadas e cotejadas com a conduta de vida do agente. A grande desvantagem anotada é a concessão de força absoluta ao Direito Penal do autor, que desvincula o agente do momento do fato para sancioná-lo de acordo com sua condução de vida, ou seja, com os atos anteriores que o levaram a se tornar o que é. Enfim, censura-se pelo que se é – e não pelo que se fez. Em um Estado Democrático de Direito, que prima pelo pluralismo, não se pode admitir a punição de alguém pelo seu modo de ser, mas apenas pelos atos incompatíveis com a vida social e, no caso do Direito Penal, apenas pelas mais graves infrações aos interesses para a vida da comunidade, o que torna a proposta de Mezger absolutamente incompatível com um Direito Penal Democrático.²²⁸

Reconhecendo o problema da possibilidade de atuar de outro modo no caso concreto, o que leva à já antiga discussão travada entre determinismo e indeterminismo, Mezger tenta resolver a questão com base em um critério geral. Não se deve perguntar se o autor, naquela determinada situação, poderia atuar de outro modo, mas sim se, de maneira geral, se poderia exigir-lhe que de outra maneira atuasse, o que se dá com base em exigências normativas relativas à vida prática, ou seja, o que se pode esperar das pessoas que pertencem à comunidade social.²²⁹ É de se perceber, mais uma vez, que se faz presente o critério do “homem médio”, calcado naquilo que se espera de qualquer pessoa em determinada situação, com todas as vicissitudes já apontadas.

Quanto à determinação judicial da pena, Mezger aduz, em um primeiro momento, que a fixação deve levar em conta que a reprimenda significa a imposição de um mal proporcional ao fato cometido. Deve-se, portanto, considerar o grau de lesão ao direito, de um lado e, de outro, a culpabilidade. Não descarta o autor que,

²²⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 100-1

²²⁹ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 197

também aqui, critérios de prevenção geral e especial devem ser sopesados, além do caráter retributivo.²³⁰

Tanto o grau do injusto quanto o da culpabilidade influenciam o juiz quando fixa a pena no caso concreto, na medida em que são conceitos graduáveis. A pena deve, portanto, no caso particular, ajustar-se a essa graduação. Mais especificamente no que pertine à culpabilidade, o que se deve considerar é a culpabilidade concreta nas suas distintas formas, quais sejam, dolo ou culpa, imputabilidade e as conexões com as causas que conduzem à sua exclusão. Mas, mais do que isso, toda a conduta criminal e antissocial do agente serve como parâmetro de agravamento, em conformidade com o conceito de culpabilidade de acordo com o modo de vida que adota.²³¹

2.6. O finalismo de Welzel e a teoria normativa pura da culpabilidade

A partir do fim da II Guerra Mundial, Hans Welzel retoma seus estudos iniciados na década de 1930 e propõe uma virada na metodologia jurídica, que se fundamenta principalmente em uma nova concepção sobre a ação.²³² Calcado no método fenomenológico e ontológico, chegou o autor a uma substituição da ação causal por um conceito de ação final, que teve como ponto de partida a superação do subjetivismo epistemológico do neokantismo, reconhecendo que o mundo empírico se acha ordenado previamente ao reconhecimento humano. Segundo Mir Puig:

No es el hombre, con la aportación de sus categorías mentales, quien determina la orden de lo real, sino que el hombre se encuentra com un objetivo que responde a unas estructuras lógico-objetivas (no subjetivas).²³³

²³⁰ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 384

²³¹ *Idem, ibidem*, 385

²³² Em sentido diverso: [a ação finalista] *ao contrário do que os manuais de Direito Penal possam sugerir, não é o ponto de partida das ideias de Welzel, mas consequência direta e necessária da sua concepção do Direito.* (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77)

²³³ PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 181

Reconhece, fulcrado no método fenomenológico de investigação, um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais que se verificam antes da valoração humana e são, portanto, antecedentes inclusive à valoração jurídica.²³⁴

Tem o direito penal, portanto, em um primeiro momento, uma função ético-social, que é a proteção dos valores elementares da vida em sociedade. E é de maneira mediata, e via de consequência, que se acham também amparados os bens jurídicos. Para o penalista alemão, ao se fixar pena às condutas que destoam de um atuar conforme o direito, ao mesmo tempo se assegura a proteção dos bens jurídicos. Assim, conforme exemplifica, assegurando a fidelidade ao Estado, protege-se o próprio Estado; resguardando o respeito à personalidade humana, protege-se a vida, a saúde e a honra do próximo²³⁵. Vale-se, portanto, de uma ideia de prevenção geral negativa da pena, concebendo-a como ameaça aos que intentam atuar em desconformidade ao direito.

Welzel vota-se contra o pensamento neokantista, aduzindo que:

Fue un error de graves consecuencias de la moderna filosofía de derecho y de la ética, limitar, invocando incorrectamente a KANT, el concepto del sentir al sentir moral, pasando por alto que el sentir moral es solamente una especie del sentir. Sentir, entendido como estar dispuesto, o resuelto, o querer, es la conducta psíquica permanente, el modo constante de valorar y querer. En este sentido hay también un sentir legal (jurídico), consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos.²³⁶

Nesse contexto, à ação não se pode despojar um conteúdo finalístico. Pelas suas próprias palavras:

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117

²³⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 3

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 5

sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente"; la causalidad es "ciega".²³⁷

Como consequência, dolo e culpa são considerados na conduta, modificando por completo a sistemática dogmático-penal. O que antes era considerado como elemento objetivo do delito passa a conter, também, um elemento subjetivo. O dolo, antes entendido como dolo normativo, passa a ser natural, ao tempo em que a consciência acerca da ilicitude do fato não mais é vista como real, psicológica, mas potencial, normativa, portanto.

Assume a culpabilidade um caráter puramente normativo. Compreendendo a ilicitude como sendo uma relação objetiva de discordância entre a ação e ordenamento jurídico, a culpabilidade, para além de se conformar com essa objetividade, exige que a ação praticada o seja em desconformidade com o direito e, ainda que o autor, na ocasião, podia ter atuado de acordo com a norma²³⁸. Trata-se, portanto, de uma reprovação que se faz ao autor que, podendo, não atuou conforme o direito exigia que procedesse. Portanto, o objeto primário da reprovabilidade é a vontade e, através dela, a totalidade da ação. E se assim o é, toda culpabilidade é culpabilidade de vontade.²³⁹

Como sendo um conceito valorativo negativo pode a culpabilidade perfeitamente ser graduável, na medida da importância da exigência do direito e da facilidade ou dificuldade do autor em satisfazer essa exigência.²⁴⁰ Na culpabilidade se examina, pois, até que ponto e em que medida pode ser considerada a reprovabilidade da vontade, que é inerente à ação praticada.

O parâmetro a ser considerado, porém, não é o do autor entendido no sentido abstrato, com a até então ideia de homem médio, mas sim o ser humano em sentido concreto, ou seja, indaga-se se aquele indivíduo e naquela situação poderia ter se portado de acordo com o que exige o direito. E aqui se põe a questão do livre-

²³⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 39

²³⁸ *Idem*, **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 125

²³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 125

²⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, 127

arbítrio, analisado por Welzel sob três aspectos: o antropológico, o caracteriológico e o categorial.

Quanto ao primeiro dos aspectos mencionados, não seria o ser humano, consoante prega o evolucionismo darwiniano, o último degrau na escala da evolução, de modo que entre o instinto animal e a inteligência humana se possa traçar uma linha evolutiva direta. Contrastando fundamentalmente com os animais, o indivíduo se caracteriza pela liberdade dos instintos e pela capacidade de descobrir e realizar, só por si, a conduta correta por meio de atos inteligentes. O ser humano tem, portanto, a capacidade de se dirigir através de critérios de verdade, de sentido e de valor, o que se dá através de atos responsáveis, como sentido obrigatório de vida.²⁴¹

Sob o aspecto caracteriológico, afirma Welzel que a estrutura psíquica do indivíduo assume uma pluralidade de estratos, sendo o mais profundo deles constituído pelos impulsos vitais de auto conservação, pelas paixões, desejos etc., que de certa forma podem impulsionar uma ação. Para além desses impulsos se eleva um segundo estrato, que se caracteriza como um centro direcionador que orienta o indivíduo de acordo com um sentido e valor, apoiado em razões lógico-objetivas e de vontade. Não se confunda, contudo, a acepção de vontade aqui tratada como idêntica àquela anteriormente mencionada, dirigida à ação final. Aqui a concepção é mais restrita, no sentido de direção dos impulsos segundo seu conteúdo de sentido e valor para uma condução de vida que se estenda para além do momento presente.²⁴²

No que pertine ao aspecto categorial, afirma Welzel que a resolução do problema do livre-arbítrio se dá respondendo a seguinte indagação: como é possível ao indivíduo o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada pelo sentido, em virtude do que pode ser responsável pela sua decisão?²⁴³

Refuta o autor a resposta dada pelo indeterminismo tradicional, o que desconsideraria o sujeito responsável. Isso porque se o ato de vontade não se sujeitar a nenhuma determinação, sequer haveria relação entre atos anteriores e posteriores, restando impossível, dessa maneira, se conceber a responsabilidade,

²⁴¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 135-6

²⁴² *Idem, ibidem*, p. 137

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 138-9

dada a inconsistência desse sistema que decorre de uma série inconexa de impulsos isolados.²⁴⁴

O que caracteriza a reponsabilidade é a possibilidade de direção dos impulsos anímicos conforme o sentido. Não se fala de uma liberdade de ação, mas sim de uma liberdade de vontade. O exemplo traçado pelo autor é elucidativo: quando se escreve por muito tempo ou sem a concentração necessária, alguns erros típicos se manifestam, sempre se escrevendo determinada palavra de um mesmo modo. Ao se prestar mais atenção e não se escrever a palavra de modo mecânico se pode observar a tendência anímica de cometer o mesmo equívoco, que deriva de alguma relação associativa que produz um resultado cego. Ao se dar conta do erro, se percebe a tendência associativa, que é superada por meio de um ato dirigido de acordo com o sentido, passando-se a excrever a palavra corretamente.²⁴⁵

Nesse passo, o livre-arbítrio se caracteriza como a capacidade de determinação conforme o sentido, por mais que outras causas influenciem a ação. Não são as causas cegas que determinam o pensamento, mas este que se determina a si mesmo. O sujeito, portanto, não pode ser objeto de seus impulsos, mas deve ter a capacidade de compreender o impulso do conhecimento como uma tarefa plena de sentido, em contraposição aos impulsos contrários. Em outras palavras, deve assumir a responsabilidade pelo ato de conhecimento. A liberdade não é a capacidade de poder atuar de outro modo, mas sim para poder atuar conforme o sentido²⁴⁶, o que faz do ser humano um ser responsável.

Mas não basta ter em conta que o indivíduo é um ser responsável e, a partir daí, definir a sua natureza, de uma maneira genérica. Faz-se necessário constatar, no caso concreto, se era o agente capaz de determinar-se de acordo com o sentido. E isso se dá não através de um ato teórico, mas sim através de uma análise existencial e de caráter comunicativo, tendo por base parâmetros de igualdade, o que passa pelo reconhecimento do outro como igual. Estão excluídos, nessa medida, aqueles incapazes de determinar-se conforme o sentido, donde se chega à ideia de imputabilidade, entendida como a capacidade de culpabilidade. Essa capacidade tem um elemento de conhecimento e um elemento de vontade, que é a

²⁴⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 140

²⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 141

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 143

aptidão de compreender o injusto e de determinar-se de acordo com a vontade, conforme o sentido. São incapazes de culpabilidade, inimputáveis portanto, os que, em razão de sua juventude ou de anormalidades mentais, encontram-se impossibilitados de compreender o injusto do fato e de se decidir de acordo com essa compreensão.²⁴⁷

A questão não se resolve, porém, unicamente com a diferenciação entre imputáveis e inimputáveis. Isso porque a culpabilidade é considerada como a reprovabilidade de um fato antijurídico individual. A essa reprovabilidade são inerentes alguns elementos constitutivos, que podem ser intelectuais e voluntários, tidos como aqueles necessários para que o autor pudesse, no caso concreto, adotar uma resolução de vontade em conformidade com o direito.²⁴⁸

Elementos intelectuais são o conhecimento da realização do tipo e o conhecimento da ilicitude. Um fato apenas pode ser reprovável se seu autor podia conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude.

Nos delitos dolosos, em sendo o dolo um elemento do tipo, em sede de culpabilidade será examinada a medida da responsabilidade pessoal do dolo e demais elementos particulares, até que ponto se pode reprovar pessoalmente o autor pelo fato praticado. Exemplifica Welzel que a medida da responsabilidade é diferente quando um autor se apropria de uma quantia em dinheiro para realizar uma viagem de prazer com uma amiga e outro assim o faz para poder pagar o tratamento de sua esposa acometida de tuberculose.²⁴⁹ A questão central não é o dolo em si, mas a *responsabilidade* quanto a ele. Sendo certo que, para o finalismo, a essência da culpabilidade é a responsabilidade, se examina não apenas a responsabilidade quanto ao dolo como também todas as circunstâncias externas e internas que influenciaram na decisão de realizar o fato.²⁵⁰

Já nos delitos culposos a medida da responsabilidade se distingue na culpa consciente e na inconsciente. No primeiro caso, a reprovação deve ter por base a confiança do autor de que o resultado, embora previsto, não se manifestaria. No segundo, a culpabilidade se baseia na possibilidade de o autor prever a realização do resultado, embora efetivamente não a tenha previsto. De se notar que, neste

²⁴⁷ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 145-8

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 156-7

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 157

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 158

último caso, o que se deve levar em conta é o autor no caso concreto. A medida da responsabilidade será diferente a depender da formação intelectual do autor.²⁵¹

Mas não só a consciência do tipo e suas circunstâncias ensejam a responsabilidade, também a consciência da ilicitude da conduta pressupõe o seu reconhecimento. Nesse ponto, Welzel critica o pensamento dos que defendem que o dolo, como elemento da culpabilidade, compreende a consciência atual da ilicitude. Para o autor, dolo é o objeto sobre o qual recai a reprovação. O que se reprova, portanto, é resolução da vontade ilícita, na medida em que o autor podia conhecer a ilicitude.²⁵² Por suas próprias palavras:

La teoría del dolo desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por ello, se le há de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla;²⁵³

O conhecimento da ilicitude, para além de ser atual, passa a ser potencial, e traça a medida da responsabilidade do autor, tendo por parâmetro, a seu turno, a medida da sua capacidade de conhecimento ético-social:

El principio de la responsabilidad hace, por una parte, responsable al sujeto de que el contenido de sus resoluciones de voluntad no esté conforme con el ordenamento jurídico (siempre que el autor, según la medida de su capacidad de conocimiento ético-social, pudiera conocer la antijuridicidad de su conducta) y por otra parte, limita su responsabilidad por la realización, conforme al cuidado debido, de sus decisiones jurídicamente relevantes, a los peligros de bienes jurídicos especialmente importantes. Com ello la teoría de la culpabilidad fija claramente, de un modo positivo y negativo, los límites de la responsabilidad ético-social de la persona, mientras que el principio del conocimiento de la teoría del dolo no está en condiciones de poder hacerlo.²⁵⁴

Elege-se aqui, pois, mais um parâmetro de medida da culpabilidade. O objeto do juízo de reprovação é a resolução da vontade ilícita. Quando tem o autor consciência da ilicitude, mais fácil lhe seria a autodeterminação conforme o sentido. Encontra, porém, maiores dificuldades quando não conhece a ilicitude, mas podia

²⁵¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 159-60

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 166

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 166

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 172-3

conhece-la com um pouco mais de cuidado, com um exame mais detido de consciência. No primeiro caso, a reprovação é mais intensa, porque mais grave a culpabilidade, enquanto que no segundo, embora também seja reprovável a conduta, o será em menor grau.²⁵⁵

O terceiro e último elemento da responsabilidade identificado por Welzel é o volitivo, consistente da exigibilidade de obediência ao direito e tido como o elemento mais importante da culpabilidade, ao qual estão subordinados os demais. Trata-se da possibilidade concreta de autodeterminação conforme o sentido e em favor da conduta jurídica.²⁵⁶ Não se confunde com a imputabilidade, que é a capacidade geral de decisão conforme o sentido, mas sim da possibilidade concreta do autor, naquele dado momento, de adotar uma conduta em conformidade com ele.

Nos delitos culposos não são consideradas culpáveis ações que tenham sido praticadas em estado de cansaço ou excitação que dificultam ou impedem a observância do cuidado objetivo. De igual sorte, tampouco se reprova o autor quando o perigo ao bem jurídico era tão remoto que não se podia exigir a omissão da conduta imprudente em consideração aos grandes prejuízos decorrentes dessa omissão, tal como o já citado caso do cavalo brabo.²⁵⁷

Nesse aspecto, a medida da responsabilidade se dá levando em conta a relação de proximidade do perigo ao bem jurídico e intensidade deste:

Cuanto más próximo y mayor sea el peligro y más insignificante sea el daño, menos puede ser desculpada la falta de observancia del cuidado debido, cognocible.²⁵⁸

Já nos delitos dolosos exige o direito uma maior exigência para que o autor se decida a favor de uma conduta jurídica, tendo em vista a possibilidade de conhecimento do injusto. Trata-se, aqui, do dito estado de necessidade exculpante, identificado nas situações em que, estando em perigo o corpo ou a vida do autor ou de alguém que lhe é próximo, sem culpa de sua parte, apenas se pode salvá-los mediante uma lesão de bens alheios, sem que essa ação pudesse ser justificada pelo direito. São os casos de atentados graves à integridade corporal ou à vida de

²⁵⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 174

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 193

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 194

²⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 195

terceiros como meio para salvar a própria vida, quando o autor se acha em situação de necessidade.²⁵⁹ Inclui-se aqui, também, o estado de necessidade supralegal como causa de exclusão da culpabilidade, consistente em situações em que, mesmo não previstas legalmente, não podem ensejar responsabilidade, o que pressupõe alguns elementos, assim identificados por Welzel:

- I) la acción del autor era el único medio de impedir un mal mayor;
- II) el autor há elegido realmente el mal menor, y
- III) subjetivamente perseguía el fin de salvar²⁶⁰

Quanto à influência da culpabilidade na pena, Welzel é textual ao afirmar que aquela é a sua medida, sendo certo que lhe confere um aspecto retributivo: “la pena está justificada como retribución, de acuerdo con la medida de la culpabilidad”²⁶¹.

Isso porque, fundamentando-se em Kant, defende que a pena se trata de um mal impingido ao autor em decorrência de um fato culpável e se baseia em um postulado de retribuição justa, de modo que o autor sofra conforme a extensão de sua culpabilidade.²⁶²

E é em razão disso que o autor combate as teorias relativas da pena, que têm por foco que a sua razão seria impedir a prática de novos delitos. Para ele, consequências como a intimidação e o melhoramento do indivíduo são vistos, no melhor dos casos, como efeitos favoráveis, mas secundários da pena, que nada têm que ver com a sua natureza.²⁶³

Deve o juiz levar em conta, portanto, para a sua aplicação, a magnitude da culpabilidade individual, considerando:

[...] los motivos o impulsos del hecho, la finalidad propuesta, la fuerza de voluntad, los medios empleados; el grado de comprensión del autor y la influencia de perturbaciones patológicas o de otra índole sobre su voluntad; el arraigamiento del hecho en la personalidad del autor, el enfoque fundamental frente al orden de la comunidad, su vida anterior, su situación personal y económica en la época del

²⁵⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 196

²⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 199

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 234

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 233

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 236

hecho; su comportamiento después del hecho (esto último, solamente como indicio para juzgar su personalidad y la fuerza de su voluntad) ; las consecuencias del hecho originadas por su culpa.²⁶⁴

Como se pode notar, a intensidade da pena a ser aplicada está diretamente ligada à intensidade da culpabilidade, que se refere ao ato praticado. O parâmetro estabelecido são as particulares relações do autor com o referido ato, particularidades estas que devem ser verificadas de acordo com o caso em concreto.

2.7. Culpabilidade e funcionalismo penal

Conforme visto, o finalismo de Welzel se caracterizou pela mudança do método do direito penal, fulcrando-se no método fenomenológico e ontológico, que reconhecia que o mundo empírico se acha ordenado previamente ao reconhecimento humano, donde se extrai um conjunto de pressupostos materiais antecedentes à valoração jurídica.

Sua importância de caracterizou primordialmente pela busca de princípios e valores que independem da vontade estatal, em um período em que o mundo se dava conta das atrocidades cometidas pelo estado nazista alemão, em razão do que encontrou um ambiente favorável na Alemanha do pós-guerra.²⁶⁵

Não obstante, a evolução da filosofia, notadamente com o surgimento da filosofia da linguagem, fez com que o ontologismo fosse perdendo terreno. Em filosofia, a linguagem, no final do século XIX e início do século XX, passa a ocupar lugar de destaque, se transformado em um novo paradigma, passando de objeto de reflexão a esfera dos fundamentos do pensar, uma nova concepção da constituição do sentido. Caracteriza-se a ideia de que não existe mundo independente da linguagem, sendo esta o seu espaço de expressividade ou, ainda, instância de articulação de sua inteligibilidade. Torna-se, pois, impossível filosofar sobre qualquer

²⁶⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 251

²⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117

objeto sem que se o faça sobre a linguagem. A isso se chamou giro ou reviravolta linguística²⁶⁶.

A superação do ontologismo influencia também as bases filosóficas do direito penal, que passa a ser tomado por correntes ecléticas e, no bojo desse sincretismo, sobressai o que se denominou de funcionalismo penal. Conforme Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho:

As orientações albergadas sob essa tendência denominam-se correntes teleológicas ou funcionalistas. Tais correntes - que não têm uniformidade metodológica – estabelecem correções ou diretivas diferenciadoras, racionalizando uma intervenção finalística segundo conceitos normativos, com vistas à construção de um modelo mais poroso às remodelações político-criminais. Considera-se errôneo o reconhecimento de constelações ou diretivas diferenciadoras, racionalizando uma intervenção finalística segundo conceitos normativos, com vistas à construção de um modelo mais poroso às remodelações político-criminais. Considera-se errôneo o reconhecimento de constelações fáticas anteriores aos preceitos jurídicos, isto é, a existência de estruturas ontológicas que sirvam de marco de referência às disposições legais é afastada com veemência.²⁶⁷

Nesse contexto, a culpabilidade ganha novos contornos, acentuando o seu caráter normativo e abarcando outros pressupostos, calcados na política criminal e em critérios de prevenção, relegando a um segundo plano os aspectos ontológicos tão caros ao finalismo penal.

2.7.1. A culpabilidade no funcionalismo limitador de Roxin

Em 1970, Roxin profere a conferência *Política criminal e sistema de direito penal*, depois publicada sob o mesmo título. Comparando, de maneira introdutória, o pensamento de Roxin ao de Welzel, escreve David de Paiva Costa Tangerino:

[...] pode-se afirmar que, onde Welzel vislumbrava um Direito penal orientado à conformação moral dos cidadãos, Roxin encontrava a

²⁶⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 12-13.

²⁶⁷ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes. **Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2. Ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64

tarefa de prevenir a prática de delitos; onde Welzel imaginava um sujeito racional, Roxin se limitava a aceitar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio; à pena como retribuição da culpa, de Welzel, Roxin ofereceu a pena orientada às finalidades de prevenção.²⁶⁸

Francisco Muñoz Conde, em introdução que prefacia a obra mencionada, contextualiza o pensamento de Roxin às tendências que foram surgindo na Alemanha:

Una tendencia consiste en negar la importancia del sistema. Para ella, el punto de partida de la ciencia del Derecho lo constituye el problema. El pensamiento sistemático debe ser sustituido, por lo tanto, por un pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica.

La otra tendencia quiere penetrar también en el problema, pero sin renunciar por ello al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema.

En esta última tendencia debe encuadrarse la monografía del profesor Roxin. Es más, puede decirse que con él comienza, por lo que respecta a la ciencia del Derecho penal, esta nueva dirección. Para Roxin "los problemas políticocriminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito". La vinculación jurídica y la finalidad político-criminal deben reducirse a una unidad en el sistema del Derecho penal.

Consecuentemente, con este punto de partida, afirma que las tradicionales categorías de la estructura del delito - tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- "deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal".²⁶⁹

Calcado na política criminal, Roxin inicia sua discussão acerca da legitimidade do Direito Penal com uma frase atribuída a Liszt, "O direito penal é a infranqueável barreira da política criminal"²⁷⁰, para, a partir daí, construir sua teoria, em contraposição ao próprio, no sentido de que direito penal e política criminal não se contrapõem, mas se complementam.

²⁶⁸ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.. 86

²⁶⁹ In ROXIN, Calus. **Política criminal y el sistema del derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002, p. 18

²⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 32

Para Roxin, o Direito Penal deve estar diretamente ligado à política criminal, sem o que perde aquele o seu sentido.²⁷¹ Os problemas político-criminais configuram, também, o conteúdo próprio da teoria do delito.²⁷²

Nessa senda, o pensador alemão analisa o conteúdo da culpabilidade à luz da política criminal, e conclui que o entendimento de que a culpabilidade é a possibilidade de atuar de outro modo, calcado que é na liberdade de vontade, não pode ser demonstrado cientificamente. Mesmo que em se tratando o conceito em um sentido abstrato, não se pode sobremaneira demonstrar que, no caso concreto, poderia ter o agente atuado de modo a não cometer o delito.²⁷³

A tese por ele desenvolvida é a de que, diante dessa indemonstrabilidade, a ideia de culpabilidade como fundamento da retribuição deve ser abandonada, mantendo-se a sua função de limitação ao poder de punir estatal.²⁷⁴ A missão do direito penal, portanto, não consiste na retribuição, na imposição de um mal ao indivíduo que veio a cometer um delito, mas sim na ressocialização e em exigências de prevenção geral.²⁷⁵

Analisando a legislação alemã, Roxin afirma que na fase de determinação da pena somente se pode chegar ao grau máximo da culpabilidade se as exigências de prevenção geral e especial assim recomendarem, de modo que seria essa a única forma de determinação de pena que corresponde a um ideal que prescinde da retribuição como fim em si mesma. Conceber forma diversa seria permanecer aferrado a uma concepção retributiva desvinculada de necessidades político-criminais.²⁷⁶

Seguindo esse raciocínio, o de que a culpabilidade funciona como fator de limitação da pena, traça o autor o exemplo daquele que, conduzindo um veículo e, por um descuido, vem a produzir um acidente, embora uma exigência de prevenção geral recomente que seja fixada uma pena grave, o princípio de culpabilidade impõe que seja imposta uma pena leve nos casos de imprudência simples.²⁷⁷

²⁷¹ **Política criminal y sistema del derecho penal.** Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 200, p. 102

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 43

²⁷³ **Culpabilidad y prevención em derecho penal.** Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 41

²⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 43

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 44

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 45

²⁷⁷ *Idem, ibidem* p. 46

E é com base nessa premissa que Roxin busca definir o conceito material de culpabilidade, para afirmar que “los principios político-criminales de la **teoría del fin de la pena** sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina “culpabilidad” (grifos no original)²⁷⁸. De início, concorda com Welzel quanto à ideia de que a culpabilidade é o atuar ilicitamente quando se poderia agir de outro modo, mas “Lo **decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación**” (grifos no original)²⁷⁹. Por isso, para Roxin, a culpabilidade é um dos componentes da responsabilidade, ao lado da necessidade preventiva da pena. Um sujeito atua culpavelmente quando:

[...] realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.²⁸⁰

De maneira sistemática, menciona que o injusto, composto pelo tipo e pela ilicitude, tem que ver com o ajuste da conduta às regras estabelecidas, ao passo que a responsabilidade se refere a um ponto de vista político-criminal sobre a necessidade de se impor a pena no caso concreto, o que se resolve sob os postulados da teoria dos fins da pena. Nesse passo:

El grado de la responsabilidad es, por tanto, el ámbito en el que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal. En la medida en que el contenido de los fines de la pena es determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos, tropezamos aquí con esa estrecha relación entre dogmática y ciencias básicas, sin cuya consideración una obra articulada se petrifica muy fácilmente, convirtiéndose en lógica conceptual formal.²⁸¹

²⁷⁸ **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 70

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 71

²⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 792

²⁸¹ **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 72

Não significa dizer que a pena prescinde da culpabilidade para ser imposta, tampouco que uma necessidade de prevenção geral possa estabelecer uma pena que ultrapasse a medida da culpabilidade. O que defende o doutrinador alemão é a exigência da necessidade preventiva como pressuposto adicional da punição, uma proteção a mais diante da intervenção do direito penal. Desse modo, a aplicação da pena pressupõe que tenha o autor agido culpavelmente e, além disso, que esteja presente a necessidade de prevenção.²⁸²

Interessante análise da proposta de Roxin é feita por David de Paiva Costa Tangerino:

Com essa formulação, Roxin pretende reunir em um só pensamento deterministas e indeterministas, agnósticos e pios. Isso porque ela contemplaria todas as correntes existentes quanto à culpabilidade: (i) para quem a define como livre-arbítrio individual, pode-se construir a hipótese de falta de responsividade normativa do auto (ou falta de capacidade para reagir às exigências ou ao estímulo normativo) como sintoma excludor do livre-arbítrio; (ii) os adeptos daquela visão social ou geral deverão compreender a distinção (*Andersartigkeit*), concretizada na falta de motivabilidade faltante à norma, como desviação da possibilidade média e, portanto, como exclusão da culpabilidade; (iii) por fim, quem quiser afastar completamente o conceito de culpabilidade em virtude de suas implicações metafísicas, negará a responsabilidade do autor, para quem, por não poder responder normativamente, não precisa ser punido por razões de prevenção geral e especial.²⁸³

A teoria da responsabilidade, para o autor alemão, tem o benefício de explicar os casos em que o legislador prescinde da sanção penal em casos em que esteja presente a possibilidade de atuar de outro modo. O exemplo traçado é o do estado de necessidade exculpante, em que o autor, para salvar de perigo uma pessoa que lhe é próxima, realiza um tipo objetivo de injusto. Em casos tais, ainda que lhe seja possível ter atuado de outro modo, o legislador o deixa impune, o que se dá por razões de política criminal, que levam em conta os fins da pena. Pelo aspecto de uma prevenção especial, a sanção não é necessária porque encontra-se o autor plenamente socializado e apenas em razão de uma situação extraordinária veio a praticar a conduta descrita no tipo. Sob o pálio de uma prevenção geral, a

²⁸² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 793

²⁸³ *Idem*, **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p.89

sanção penal também é supérflua, porque a generalidade da conduta desviada tampouco impõe a aplicação de uma sanção penal.²⁸⁴

A adoção dessa teoria vai trazer implicações imediatas na determinação da pena a ser aplicada. Em um primeiro momento já se pode afirmar que, em sendo a culpabilidade entendida como limite da pena, não pode a duração desta ultrapassar a medida da daquela, ainda que critérios outros possam ser invocados. Tal exigência se fundamenta, principalmente, na envergadura constitucional do princípio da culpabilidade e no respeito à dignidade da pessoa humana.²⁸⁵

Quanto à possibilidade de ser uma pena aplicada aquém da medida da culpabilidade, Roxin a vê como plenamente possível, na medida em que fins preventivos orientem nesse sentido. Essa é uma diferença que se estabelece com relação à teoria da retribuição, que impede a fixação da pena em limite inferior à medida da culpabilidade.²⁸⁶

Ao elaborar essa conclusão, baseia-se Roxin em posicionamento defendido por Schultz, com embasamento no próprio ordenamento jurídico alemão, que não exige que a pena seja imposta em toda a sua extensão que corresponda ao grau de culpabilidade.²⁸⁷

Concluindo, não se admite que uma pena seja estabelecida para além da medida da culpabilidade, mas se razões de prevenção recomendarem que seja fixada aquém dessa medida, não há óbice para tanto.

2.7.2. A culpabilidade no funcionalismo sistêmico de Jakobs

Os que se dedicam ao estudo aprofundado do penalista alemão Gunther Jakobs identificam na evolução do pensamento do autor três fases distintas²⁸⁸.

²⁸⁴ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 73

²⁸⁵ *Idem*. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 99-100

²⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 101

²⁸⁷ *Idem*. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 94

²⁸⁸ Para um estudo detalhado da matéria, v. BARREIRA, César Mortari. **Entre direito penal e criminologia crítica**: uma nova agenda de pesquisa a partir da relação entre Günter Jakobs e Niklas Luhmann. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

Embora identificadas variações, durante essa evolução o que orienta a sua visão acerca das estruturas do direito penal é a macrosociologia de Lhumann, que embasa a sua compreensão do delito “como perturbação das expectativas normativas juridicamente garantidas, posteriormente compreendidas como identidades da sociedade”²⁸⁹. É em razão desse pilar da teoria dos sistemas de Lhumann que o funcionalismo de Jakobs é classificado como sistêmico.

A influência de Lhumann em Jakobs é percebida, dentre outros, por Roxin, que afirma:

Jakobs, en su muy prestigioso manual, vuelve del revés la concepción de su maestro Welzel, al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etc., no tienen un contenido prejurídico para el Derecho penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídicopenal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre todo de Luhmann).²⁹⁰

Dados os limites impostos neste estudo, e em razão da metodologia adotada, uma análise dessas fases não se torna possível. A narrativa tomará por base o pensamento de Jakobs acerca da culpabilidade expresso no seu *Tratado de direito penal*²⁹¹, por se tratar da obra mais atual em que ele expõe a sua teoria de forma sistematizada.

Diferentemente de Roxin, que concebe a culpabilidade diretamente influenciada pela finalidade da pena, tendo aquela como limite desta, Jakobs a idealiza como medida que tem o fim de preservar a eficácia normativa. Trata-se de uma “responsabilidade pela falta de motivação jurídica dominante em um comportamento antijurídico”²⁹². Não basta, para a aplicação da pena, a prática de um ato que se considere típico e ilícito, eis que pressupõe, também, a

²⁸⁹ BARREIRA, César Mortari. **Entre direito penal e criminologia crítica**: uma nova agenda de pesquisa a partir da relação entre Günter Jakobs e Niklas Luhmann. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 17

²⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoría del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 205

²⁹¹ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 675

responsabilidade, que se verifica quando ao autor “falta disposição para se motivar de acordo com a norma”²⁹³.

Essa concepção de culpabilidade se vincula à compreensão de Jakobs acerca da pena. Para o penalista de Bonn, a função da pena “é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais”²⁹⁴. Isso se explica porque a convivência social só é possível à medida que os indivíduos nutrem expectativas, que se referem ao cumprimento da norma. Quando alguém, através de um comportamento, contraria o comando normativo, essa expectativa se vê frustrada (violação normativa). Uma violação normativa é a desautorização da norma, que gera um conflito social, porque a norma é questionada enquanto modelo de orientação. A pena, assim, consiste na reação a esse conflito, ou seja, na “oposição à violação normativa executada à custa do agente”²⁹⁵.

A razão do punir, portanto, está na finalidade de manter a confiança na norma, embora reconheça o autor que a pena pode ter outros efeitos, como a intimidação do indivíduo punido ou de terceiros. Contudo, tais consequências, causadas não pelo reconhecimento da norma, mas pelo temor, são complementares, que podem até ser desejadas, mas a sua produção não se insere na função da pena.²⁹⁶

É essa finalidade atribuída à pena que orienta o conceito de culpabilidade, que, segundo Jakobs, deve ser construído funcionalmente, como “conceito que apresenta um rendimento de regulamentação conforme uma determinada máxima de regulamentação (conforme as exigências de finalidade da pena) para uma sociedade de determinada constituição”²⁹⁷.

Por isso concebe a culpabilidade como um déficit de motivação jurídica. Conforme as palavras do próprio autor:

Na questão acerca do caráter culpável da ação trata-se do fato de que a ação antijurídica é expressão de um déficit de fidelidade ao direito ou de que o autor pode ser distanciado da antijuridicidade de sua ação. Para se investigar isso, o sistema psicofísico deve ser

²⁹³ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 675

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 27

²⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 26

²⁹⁶ *Idem, ibidem*, p.34

²⁹⁷ *Idem, ibidem*, p.693

constituído de modo diferente do que no conceito de ação. Enquanto no conceito de ação é tratado como assunto do autor, como se poderia motivar para evitar, trata-se, na culpabilidade, da determinação de quais fatores relevantes para a motivação pertencem ao âmbito de tarefas do autor e a quais fatores o autor pode remeter como não disponíveis a ele.²⁹⁸

Essa construção do conceito de culpabilidade, vinculado à finalidade de prevenção geral positiva da pena, descarta por completo o livre-arbítrio como seu suporte material. O que importa são os fundamentos motivadores do comportamento que conflita com a norma. Considerar o livre-arbítrio como requisito da culpabilidade seria rejeitar a sua dimensão social. Demais disso, somada à sua indemonstrabilidade, o poder individual de agir de outro modo, considerado por alguns como uma ficção necessária ao Estado, pode ser entendido como uma construção normativa. O âmbito do culpável é, assim, um espaço para a autodeterminação no sentido de uma falta de obstáculos juridicamente relevantes para os atos de organização.²⁹⁹

No tocante à relação entre a culpabilidade e a medida da pena, a vinculação que se estabelece é com a finalidade da pena defendida pelo professor alemão (prevenção geral positiva fundamentadora). Como a finalidade da pena é a estabilização normativa, a imputação ao autor deve ser necessária porque consiste na resolução do conflito, que não pode ser dirimido senão pela punição. A medida da culpabilidade é balizada pelo necessário, de modo a impedir o cometimento de arbitrariedades.³⁰⁰

Não se levam em conta quaisquer aspectos de intimidação geral ou ressocialização, considerados como efeitos secundários da pena que não se confundem com a sua finalidade. De igual modo, critérios moralizantes e eticizantes também são descartados.

O penalista de Bonn questiona qualquer tipo de relação minimamente fixável da medida da pena quando a culpabilidade vem desconectada de uma finalidade. O limite da culpabilidade deve ser orientado com os fins preventivos da pena:

²⁹⁸ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.690-1

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 694-7

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 700

Quando foram estabelecidos os moldes do direito vigente, já era há muito conhecido que a pena se refere a uma compensação da culpabilidade no máximo do preventivamente necessário. Logo, o sistema penal não é nenhum reflexo de uma culpabilidade entendida livre de finalidade, mas de uma “culpabilidade” há muito limitada preventivamente.³⁰¹

Em consonância com a teoria elaborada por Jakobs, a pena adequada à culpabilidade é sempre necessária, visando com isso a estabilização normativa, “a renúncia a uma pena adequada à culpabilidade seria um abandono do jurídico”³⁰², embora se admita que o legislador possa optar pelo abandono da estabilização da norma em nome de interesses maiores.

O autor também defende a elaboração de um tipo de culpabilidade, que é composto pelos elementos que devem ser realizados para que se configure a infidelidade ao direito (motivação juridicamente falsa e responsabilidade por ela). Ao lado desse tipo positivo, verifica-se o tipo de exculpação, constituído pelos elementos da inexigibilidade. Da ligação entre ambos redonda o tipo total de culpabilidade.³⁰³

O primeiro dos elementos identificados do tipo positivo de culpabilidade é a imputabilidade, a cuja definição se chega levando em conta um critério de igualdade:

Imputável é uma pessoa que é definida como igual. A igualdade pressupõe que aqueles fatores, os quais formam ou não impedem, em seus traços essenciais, o acontecimento motivador do autor, formam ou não impedem, segundo suas características, ubiqüitariamente um acontecimento motivador (no delito de omissão há de se referir ao fato de que se a motivação para uma ação de salvamento não ocorre em condições ou se é impedida por fatores que advém ubiqüitariamente). O que importa é apenas a espécie dos fatores fundamentais relevantes para a motivação, não o conteúdo da intensidade, esses são evidentemente individualmente distintos. Em uma situação motivacional igual em seus traços essenciais e segundo sua espécie, a infração à norma por um sujeito é um exemplo de infração à norma por um autor igual a qualquer pessoa e, por isso, um ataque à validade das normas para todas as pessoas.³⁰⁴

³⁰¹ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 700

³⁰² *Idem, ibidem*, p. 701

³⁰³ *Idem, ibidem*, p. 708

³⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 710-11

Ao lado da imputabilidade se acha a intelecção do injusto, que se materializa quando o autor pratica um determinado comportamento desprezando o comando normativo ou o fundamento de validade da norma. Por fim, o tipo de culpabilidade negativo é identificado a partir da inexigibilidade, excluindo-se a culpabilidade quando o indivíduo age em uma disposição escusante ou diante de um contexto escusante.³⁰⁵

2.8. Outras propostas acerca da culpabilidade

2.8.1. A culpabilidade na ótica Schunemann

Contra o normativismo funcionalista acerca da concepção da culpabilidade posiciona-se Bernard Schunemann, que busca a fundamentação do instituto tendo por base a filosofia da linguagem, debruçando-se mais especificamente sobre os filósofos anglo-saxões.

Para Schunemann, a questão ontológica acerca da evitabilidade individual do fato não foi respondida pelas teorias funcionalistas, mas apenas realocada, deixando de ser constatada para ser atribuída, em uma expressão clara do normativismo que surgiu como reação ao finalismo e sua base ontológica.³⁰⁶ Contrariamente a esse normativismo posiciona-se ele abertamente, retomando, de certa maneira, a base ontológica da culpabilidade.

Não se trata, porém, daquela ontologia que serve de base ao finalismo, tampouco se pode dizer que se trata propriamente de uma ontologia, que é negada pela filosofia da linguagem como forma de expressão do mundo. O que faz Schunemann é posicionar-se abertamente contra o excesso de normativismo que se buscou dar à questão, para afirmar que “la culpabilidad presupone libertad, y libertad presupone que el autor puede actuar de otro modo, y a decir verdad en la realidad y no sólo em sentido jurídico”.³⁰⁷

³⁰⁵ JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 714

³⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Libertad de volutand y culpabilidade em derecho penal. **Temas actuales e permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 24

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 25

Começa o pensador alemão diferenciando a liberdade de vontade da liberdade de ação. A primeira muito mais densa e complexa do que a segunda. A liberdade de vontade subjaz ao intenso e já antigo discurso entre determinismo e indeterminismo, sendo que a liberdade de ação localiza-se em uma posição intermediária, tida por David Hume como a única possível de se tratar quando se analisa a vida do indivíduo em sociedade.³⁰⁸ Schunemann assim a define:

[...] aun cuando se tenga que partir de que las decisiones de acción de un individuo está casualmente determinadas por su carácter, esto es, por sus disposiciones psíquicas, en parte genéticamente fijadas y en parte originadas en el proceso de socialización transcurrida hasta ese momento, aún se puede hablar de acción libre, porque para una aplicación socialmente conveniente de este concepto tiene que bastar que la acción no se reduzca a coacciones externas incluyendo procesos enfermizos del individuo mismo y en este sentido que sea libre.³⁰⁹

Essa simplificação do conteúdo, contudo, que resulta de uma compatibilidade entre o determinismo e o indeterminismo, se serve de substrato para do direito civil, não satisfaz a fundamentação teórica da responsabilidade penal, que não pode admitir a renúncia da liberdade de vontade como uma de suas bases. Schunemann é textual ao afirmar:

La imposición de la pena criminal sólo se puede legitimar frente al afectado cuando se puede decir con razones suficientes que lo hecho fue individualmente evitable para el autor, y, por ello, se puede reprochar personalmente.³¹⁰

E é em razão disso que Schunemann discorda da interpretação da ciência penal que apregoa um conceito social de culpabilidade, calcado na ideia de que só se pode exigir como pressuposto da pena a capacidade de motivação normativa do autor, dada a indemonstrabilidade do poder de agir de outro modo. Isso porque tal concepção irá terminar fatalmente em uma ficção, insuficiente para justificar a responsabilidade.³¹¹

³⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Libertad de volutand y culpabilidade em derecho penal. **Temas actuales e permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 27

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 27

³¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 34

³¹¹ *Idem, ibidem*, p. 34

Schunemann, então, vai buscar espeque na filosofia da linguagem, para afirmar que a realidade social se constitui por um sentido subjetivo, calcado na comunicação, sobretudo na comunicação linguística. Afirma ele:

La concepción de la realidad de los miembros de una sociedad, es decir, sus ideas sobre la realidad son elementos mismos de la realidad social. En este sentido, también la experiencia subjetiva de la libertad de cada individuo será parte de la realidad social, porque es reproducida permanentemente en el contacto de los miembros de la sociedad entre sí y también aplicada a los otros, esto es, no sólo se utiliza como explicación de las propias acciones frente a los otros, sino también se presupone en la interpretación de las actuaciones de los otros. El análisis de la interacción social que se presenta en la relación entre “reproche y disculpa”, demuestra claramente con qué naturalidad se presupone em forma recíproca la libertad de voluntad em las acciones cotidianas.³¹²

É do conteúdo da linguagem que se extrai a liberdade de vontade, do agir cotidiano. Com base nisso, e em sendo o direito também um produto cultural que como tal integra a realidade socialmente criada, também se apoia nessas estruturas linguísticas, que o constituem. Portanto, não pode o direito se emancipar dessas estruturas e do sentido que são elementares à sociedade em que está constituído.

A liberdade de vontade e o poder de agir de outro modo são, portanto, fenômenos reais, que podem servir de fundamento para a reprovação, na medida em que revelam comportamentos culpáveis.³¹³ Mas mesmo que demonstrada, através da linguagem, a realidade social da liberdade de vontade, Schunemann afasta-se da ideia da pena como retribuição, seguindo Roxin quanto à estrutura da culpabilidade à qual se deve agregar a ideia de prevenção. Afasta-se, contudo, de Jakobs, que fundamenta a culpabilidade na prevenção geral.

Quanto à medição da pena com base nesse conceito traçado de culpabilidade, afirma Schunemann que apenas os fatos reconhecidamente evitáveis para o autor podem constituir a base fática para essa medição, de maneira que se deve traçar um mínimo necessário da pena a partir de critérios de prevenção geral.³¹⁴

³¹² SCHÜNEMANN, Bernd. Libertad de volutand y culpabilidade em derecho penal. **Temas actuales e permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 38

³¹³ *Idem, ibidem*, p. 47

³¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 48

2.8.2. A culpabilidade na perspectiva de Klaus Günter

Günter se baseia, para a construção do conceito material de culpabilidade que propõe, na teoria do discurso de Jürgen Habermas. Parte da crítica à constatação da liberdade de agir de outro modo, que, para ele, nada mais é do que uma ficção e, como tal, não serve como espeque à reprovação do sujeito.³¹⁵

À perspectiva funcionalista contrapõe-se o pensador alemão, aduzindo que tais teorias possuem uma lacuna de legitimidade, à medida que tomam a culpabilidade como uma etiquetagem concebida segundo as necessidades sociais, sem qualquer fundamentação, pois admitem essas necessidades como dadas.³¹⁶

Para a superação desse dilema, propõe que se relacione o conceito de culpa jurídico-penal à legitimação democrática das normas jurídicas, a partir da ideia de pessoa deliberativa, à qual a culpabilidade pode ser atribuída. Por pessoa deliberativa entende-se o cidadão como titular do direito de participação política no processo democrático, capaz de ser motivado pela norma. A liberdade da pessoa se manifesta quando a esta seja possível conduzir-se criticamente tanto frente a condutas e manifestações alheias quando frente a si mesma, consistindo a crítica em uma tomada de posição motivada.³¹⁷

Contudo, para que a pessoa deliberativa se constitua como tal, é imprescindível que possa participar das argumentações inerentes ao processo democrático e que a ela se possa atribuir a capacidade de atitude crítica, sendo indiferente se participa efetivamente ou não desse processo. “Quando a atribuição da capacidade de atitude crítica apresenta, dentre outras, a função de imputar as manifestações e ações a uma pessoa como sua autora, esta capacidade é então designada como *competência performativa*”³¹⁸, que faz com que se possa tratar uma pessoa como capaz de manifestações e ações.

Consoante as palavras do próprio autor:

Uma pessoa deliberativa dispõe da capacidade de atitude crítica acerca de manifestações e ações próprias e alheias; ela pode basear sua atitude em motivos, os quais pode pelo menos

³¹⁵ GÜNTER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Traduzido por Juarez Tavares. **Revista Brasileira de ciências criminais**. Ano 6, n.º 24, out/dez, 1998, p. 79

³¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 80

³¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 81

³¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 83

comprovar na função de partícipe virtual do discurso; ela pode atuar seguindo os motivos por ela acolhidos e desse modo tornar-se autora imputável de suas manifestações e ações.³¹⁹

Disso resulta que as normas jurídicas possuem validade ainda que nem todos os cidadãos tenham participado do processo democrático ou, ainda, que os participantes não se tenham melhor motivado para a atuação de modo a fazer valer as razões incorporadas ao seu discurso.³²⁰ O dever de observância da norma deriva do direito ao exercício da capacidade crítica no âmbito do processo democrático, de onde exsurgirão as normas jurídicas. O direito concede a todos a possibilidade de rejeitar as normas jurídicas, desde que se o faça de uma forma racional, na função de cidadão, qual seja, participando do processo democrático e fazendo uso de sua capacidade crítica efetivamente. Somente pode ser imputada uma ação lesiva a alguém quando a pessoa tenha a capacidade crítica de participar do processo democrático, que é a via institucional para a alteração de uma norma jurídica. A isso se pressupõe, também, o elemento cognitivo acerca do comando normativo, o que se dá quando o indivíduo está plenamente informado, através da norma, sobre a atitude a tomar.³²¹

Finalizando com as palavras do próprio Günter:

O conceito de culpabilidade gira em torno do fato de como os cidadãos compreendem sua própria liberdade para uma atitude crítica em face de ações e manifestações próprias e alheias, em quê extensão e de quê modo completem um ao outro reciprocamente essa liberdade. Dito em resumo: no conceito de culpabilidade está em jogo o próprio entendimento do cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual.³²²

2.8.3. Zaffaroni e a culpabilidade por vulnerabilidade

A construção teórica de Zaffaroni acerca da culpabilidade tem por base, também, a ideia de que qualquer teoria de direito penal deve vincular-se à sua consequência por excelência, qual seja, a pena. Será com base nessa vinculação

³¹⁹ GÜNTER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Traduzido por Juarez Tavares. **Revista Brasileira de ciências criminais**. Ano 6, n.º 24, out/dez, 1998, p. 83

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 84

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 91

³²² *Idem, ibidem*, p. 92

que se estabelecerá a quantidade de pena a ser aplicada a determinado delito, o que se denomina individualização da pena. Do contrário, voltar-se-ia para uma relação delito-pena estabelecida pelo Talião, completamente despida de qualquer conteúdo humanístico, na medida em que não reconhece a diversidade característica da humanidade.

Essa conexão é estabelecida pela culpabilidade, que é conceituada pelo autor da seguinte maneira:

La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.³²³

O ponto de partida da sua culpabilidade por vulnerabilidade é a teoria negativa ou agnóstica da pena, que tem por base a ideia de que as teorias positivas, que atribuem à pena uma função manifesta, estão fadadas ao fracasso.³²⁴ Em razão disso, o esforço empenhado é estabelecer um conceito de pena sem se vincular a quaisquer de suas funções manifestas, chegando à seguinte definição: “pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos eminentes”³²⁵. O conceito, então, é obtido por exclusão: “pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta”³²⁶.

As razões elencadas para esse conceito negativo são duas: “a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto)”³²⁷.

Isso porque, dada a disparidade de critérios relativos estabelecidos para justificar a pena, não se pode afirmar, até o momento, qual é o seu sentido.³²⁸ Faz-se mister, diante disso, reconstruir as estruturas do direito penal a partir de bases

³²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650

³²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98

³²⁵ *Idem, ibidem*, p. 99

³²⁶ *Idem, ibidem*

³²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Culpabilidad por la vulnerabilidad. LORENZO, José Luis Di *et. al.* **Vulnerables**. Buenos Aires: Lajouane, 2011, p. 57

diversas, sem, contudo, apartar-se de alguns elementos tradicionais, como é o caso da culpabilidade, que deve manter-se vinculado à ética tradicional.³²⁹

Zaffaroni afasta a indemonstrabilidade de autodeterminação como argumento para infirmar a estrutura da culpabilidade, aduzindo que também o determinismo tampouco é demonstrável. Fulcra-se na noção de que os indivíduos atuam socialmente como autodetermináveis, o que seria avalizado pela antropologia jurídica, que também se apoia na autodeterminação humana. Admite, assim, a culpabilidade pelo ato, que não se desvincula da personalidade do autor, embora não se confunda com o conceito próprio de “culpabilidade de autor”. Nesta, o que se reprova é a personalidade do autor em si, ao passo que na culpabilidade por ato o que se reprova é o ilícito *em função* da personalidade de agente. Nessa senda, a culpabilidade por ato funciona como um limite ao poder de punir do Estado, estando longe de se constituir como fator que fundamenta esse poder. Seria de todo modo inadmissível que se pretenda impor uma pena que ultrapasse os lindes de uma culpabilidade por ato.³³⁰

Há de se estabelecer, contudo, uma relação dialética entre a culpabilidade de ato e a setelividade criminalizante decorrente da atuação das agências do Estado que viabilizam a punição. Pelas palavras do próprio Zaffaroni:

La culpabilidad penal en el estado de derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de ésta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de selectividad, Sólo así resulta ético y racional el reparto del poder jurídico de contención del poder punitivo, teniendo en cuenta que éste es un poder limitado e debe distribuirse con equidad.³³¹

A realização desse processo dialético se dá da seguinte forma: é notória a tendência da seleção criminalizante de se exercer conforme estereótipos preestabelecidos, configurados pela criminalidade cometida por indivíduos marginalizados pela sociedade, sendo raro que a criminalização secundária recaia sobre os autores de delitos tidos por mais sofisticados. Embora o discurso penal seja de ato, em verdade, a sua materialização se dá através de um direito penal de autor.

³²⁹ *Idem, ibidem*, p. 58

³³⁰ *Idem, ibidem*, p. 58-9

³³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Culpabilidad por la vulnerabilidad. LORENZO, José Luis Di *et. al.* **Vulnerables**. Buenos Aires: Lajouane, 2011, p. 60

Dada a atuação das agências de punição, a concretização da punição se manifesta com mais facilidade quando relativa aos indivíduos que se encontram em uma situação de vulnerabilidade mais acentuada. A periculosidade do sistema penal, então, se reparte segundo a vulnerabilidade dos indivíduos. A seleção se dá levando-se em conta não um estado de vulnerabilidade, mas sim porque determinadas pessoas se encontram em uma situação de vulnerabilidade concreta. Partindo, assim, de um estado de vulnerabilidade, a determinadas pessoas é necessário um esforço maior para que alcancem a vulnerabilidade concreta, a outras, esse esforço é menor. A graduação da culpabilidade, portanto, deve levar em conta esse processo dialético, sempre tendo por limite a culpabilidade por ato.³³²

Tendo em vista que o esforço empreendido pelo indivíduo contrasta com as forças do Estado, é racional que o direito penal reprove esse esforço pessoal para alcançar a situação de vulnerabilidade concreta. O esforço pela vulnerabilidade é a contribuição do sujeito para a concretização do poder punitivo.³³³

Para o penalista argentino, a culpabilidade seria estruturada pelo que denomina de elementos positivos. O primeiro deles é o espaço de autodeterminação ou a liberdade para decidir. A respeito da crítica quanto à indemonstrabilidade dessa liberdade, afirma que a autodeterminação humana nada tem de inverificável, ao que se costuma agregar a expressão *metafísica* em um contexto pejorativo, mesmo porque todo conceito é metafísico, na medida em que pressupõe a verificação como único critério de verdade. Basta para a concretização desse elemento a constatação de limiares de autodeterminação, o que se pode verificar das situações do cotidiano, não tendo isso nada que ver com o livre-arbítrio.³³⁴

Rechaça o autor a adoção do critério do homem médio, pois, do contrário, a reprovação não seria pessoal. O que se deve perquirir é sobre o âmbito de determinação do autor e naquela circunstância específica em que se deram os fatos. Justamente porque os seres humanos possuem, cada um, um grau de autodeterminação em cada uma das circunstâncias da vida que se entende a culpabilidade e, portanto, a reprovação, como um conceito graduável. Os âmbitos de determinação em determinados casos podem ser deveras amplos, do que resulta uma reprovação mais acentuada, ao passo que podem chegar a graus mínimos,

³³² *Idem, ibidem*, p. 60-3

³³³ *Idem, ibidem*, p. 63

³³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 672

quando a reprovação será menor e, inclusive, ausente, nos casos em que os âmbitos de autodeterminação sejam tão reduzidos que não se poderia exigir outro proceder.³³⁵

O segundo dos elementos elencados por Zaffaroni é a possibilidade de conhecimento da criminalidade, para o qual o autor toma por base a redação do art. 34, 1º, do Código Penal argentino, que trata da imputabilidade. Esse elemento não se confunde com a possibilidade de consciência da ilicitude, porque o conceito *criminalidade* é mais amplo, correspondendo às circunstâncias objetivas que caracterizam a conduta criminosa, quais sejam, a tipicidade objetiva, a ilicitude, a possibilidade de conhecimento das circunstâncias que proporcionam uma margem objetiva para a autodeterminação e os requisitos objetivos que permitem a imposição de uma pena.³³⁶

Integra também a culpabilidade a possibilidade exigível de compreensão da ilicitude, que não se resume ao mero conhecimento do desvalor da norma, mas sim a integração em si dos valores que dela emanam e, via de consequência, a proibição. Isso passa pelo compreender a si como pessoa, o que pressupõe, no convívio social, o reconhecimento do *outro*. Disso resulta que em determinadas situações essa incorporação dos valores pode não ser exigível, como ocorre com indivíduos não integrados a determinada cultura.³³⁷

Por último, o esforço pela vulnerabilidade é o componente que se sintetiza com os demais da forma já exposta, funcionando como um filtro da culpabilidade por ato, de maneira a reduzi-la, à medida que esta última é concebida como o limite inultrapassável da reprovação.³³⁸

2.8.4. A culpabilidade de Figueiredo Dias

Já de início, e de acordo com a evolução do conceito de culpabilidade, Figueiredo Dias reconhece que o que denomina de “princípio da culpa”³³⁹ constituiu

³³⁵ *Idem, inidem*, p. 673-4

³³⁶ *Idem, ibidem*, p. 677

³³⁷ *Idem, ibidem*, p. 680-1

³³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 682

³³⁹ Assim como toda a doutrina portuguesa, o autor denomina “culpa” o que entre nós restou identificado como “culpabilidade”. Trata-se, pois, de expressões sinônimas.

uma máxima fundamental de todo o direito penal, que surge como uma censura jurídica dirigida ao autor em razão da prática de um fato ilícito. Analisando criticamente a teoria da culpabilidade elaborada por Welzel, define que concebê-la unicamente como juízo de valoração, em uma acepção reducionista de um juízo de desvalor e limitada unicamente à valoração do objeto pura, não é compatível com a função política que o princípio da culpabilidade exerce no sistema jurídico³⁴⁰.

Em sendo essa função política primária à limitação do poder de punir estatal, não se pode abrir mão de um conteúdo material à culpabilidade, o que ele denomina de “culpa ética”, que está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e os respectivos valores relacionados – liberdade, igualdade e solidariedade -, dos quais o primeiro assume maior relevância. A liberdade é entendida “não apenas como característica do actuar no âmbito político, mas como autodeterminação da pessoa na sociedade, e, assim, como expressão da autonomia e da inviolabilidade na regência da sua conduta pessoal”³⁴¹.

Refratário à tese de que o conteúdo material da culpabilidade consiste no poder de agir de outro modo, argumenta que essa ideia não resiste a duas dificuldades inultrapassáveis: a sua indemonstrabilidade e a sua insustentabilidade político-criminal.³⁴² Quanto à primeira, é certo que a pergunta acerca da possibilidade de agir de outra maneira tendo como espeque a liberdade de vontade não restou respondida pelo indeterminismo absoluto, na medida em que confundia o indivíduo concreto com a idealização de um ser abstrato inverificável sob quaisquer critérios. Além disso, tanto a sociologia quanto a psicologia não são capazes de afirmar a existência do livre-arbítrio, de modo a responder se e quando o homem é realmente livre.³⁴³

No que se refere à insustentabilidade político-criminal, a concepção esbarra, em um primeiro momento, na questão probatória: sempre que o autor do fato afirmasse que, no caso concreto, não poderia ter agido de outro modo, haveria que se demonstrar tal possibilidade, em obediência ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, de modo que não haveria solução diferente da

³⁴⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

³⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 514

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 516

³⁴³ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 517

absolvição. Demais disso, qualquer autor de um fato ilícito que vivesse em ambiente criminógeno ou com “tendência para o crime”, necessariamente, veria sua pena atenuada em razão do diminuído poder de atuar de outra forma.³⁴⁴

Às tentativas de abstração e generalização do poder de agir de outra maneira, Figueiredo Dias se contrapõe afirmando que esse padrão objetivado de homem médio se trata de uma ficção estatal, calcada em uma suposição de liberdade, que não se coaduna com a função de limite da pena que se inculca à culpabilidade.³⁴⁵

A concepção básica do conteúdo material da culpabilidade defendida pelo autor consiste em uma liberdade pessoal, identificada como uma “característica de um “ser-total-que-age”. Para ele:

O homem tem que se decidir *a si* e *sobre si*, sem que possa em qualquer momento furtar-se a tal decisão: neste sentido ele dá a si mesmo, através de uma “opção fundamental”, a sua própria conformação. Desta perspectiva o homem só existe enquanto age e, no plano da acção, a ele é oferecida uma série de possibilidades que parecem ser “indiferentes”. Mas a eleição da acção concreta, determinada pela elevação de um motivo possível a motivo real em razão da preferência do sentido ou do valor que apresenta para o agente na sua auto-realização, tem que ser reconduzida a uma **decisão através da qual o homem se decide a si mesmo, criando o seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência. O homem determina a sua ação através da sua livre decisão sobre si mesmo.** De modo que aquilo que, no plano da acção, parece ser liberdade de indiferença, livre-arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida: *a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é.*³⁴⁶

A liberdade do indivíduo, assim, se fundamenta no seu próprio existir, na medida em que age, sendo certo, nessa ótica, que o ser humano só existe quando efetivamente age. Disso resulta que o conteúdo material da culpabilidade é “o **ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem**”³⁴⁷. Apenas assim a culpabilidade pode “continuar a cumprir a sua **função politico-criminal** de limitação

³⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 518

³⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 521

³⁴⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 524

³⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 525

da medida da pena em nome da eminente dignidade da pessoa e, por aqui, de continuar a constituir um fundamento irrenunciável do direito penal do futuro”³⁴⁸.

2.8.5. A culpabilidade na ótica de Hassemer

Ao tecer sua análise acerca da culpabilidade, Hassemer diferencia, em um primeiro momento, os planos da imputação. Enquanto a imputação objetiva se dá através da tipicidade e ilicitude, é no plano da culpabilidade que se irá reunir um saber sistemático sobre o autor. É nesse momento que se procede a verificação de se uma conduta pode ser imputada a um indivíduo, a ponto de considera-lo responsável por essa conduta.³⁴⁹

A construção da imputação deveria se dar, na visão do autor, no plano da ação e da ilicitude, de maneira excludente, ao passo que os planos da tipicidade e culpabilidade pressuporiam elementos positivos.³⁵⁰ Esses elementos são identificados como dolo ou culpa, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta conforme o direito.³⁵¹ Não que o autor desconsidere os elementos do injusto no plano da tipicidade. O que afirma é que, nesse momento, são colhidos não com interesse no autor, mas com interesse no ato, qualificando-o.³⁵²

Embora professe esse caráter positivo da culpabilidade, conclui que tanto a lei como a prática forense os formulam de forma negativa. Não se verifica a capacidade de culpabilidade e o conhecimento da proibição, mas sim a ausência de circunstâncias que os excluam, de modo que a culpabilidade, nesse quadro, é tida como presumida, subtraindo a sua fundamentação no processo.³⁵³

Seguindo o seu excursus, Hassemer identifica algumas concordâncias em torno da culpabilidade. A primeira delas é o reconhecimento do que chama de uma quarta etapa da estrutura do delito, no bojo da qual se traça uma imputação

³⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 526

³⁴⁹ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 287

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 288

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 290

³⁵² HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 287

³⁵³ *Idem, ibidem*, p. 291-2

subjetiva do ato a um indivíduo. É aqui que se responde a indagação sobre o que deve ocorrer com aquele que produziu o ato ilícito, “se ele realmente era o ‘seu’ ato, se pode lhe ser ‘imputado subjetivamente’”.³⁵⁴

A segunda concordância é a garantia da exclusão da responsabilidade pelo resultado, que se dá através da inclusão de um critério de imputação subjetiva que pressuponha a responsabilidade do sujeito pelo seu ato. Isso se deve dar inclusive sob critérios deterministas, na medida em que se deve traçar limites entre a culpa e o caso fortuito.³⁵⁵

A terceira é a de que existem graus de responsabilidade, variáveis de acordo com o grau de participação interna do agente no acontecimento exterior, que devem ser distinguidos. Esses graus de imputação subjetiva são hauridos do cotidiano, distinguidos pelas próprias relações sociais. E também o direito penal deve fazer essa distinção. Um resultado que deriva de uma ação impudente não pode ser considerado do mesmo modo do que aquele derivado de uma atitude negligente. De igual modo, o resultado causado por intencionalidade (dolo) deve ser analisado de forma distinta daquele provocado por uma ação culposa.³⁵⁶

Disso resulta que, uma vez identificadas as variadas formas de participação interna, estas devem ser valoradas. Essa valoração parte da culpa inconsciente e chega até a intenção. Embora tanto o autor de um crime culposos quanto o de um delito doloso infringem a norma e podem produzir um mesmo resultado, este último, aos olhos dos demais, é muito mais ameaçador, porque além de provocar a lesão ele efetivamente quer a violação do mandato que subjaz à norma, ameaçando a ordem jurídica.³⁵⁷

A última das concordâncias identificadas por Hassemer de refere à determinação da pena em conformidade com a valoração dos graus de participação interna no agente, que se fundamenta nos princípios da igualdade (deve-se tratar desigualmente os desiguais) e da proporcionalidade. Este último exige uma concordância substancial entre o delito e a reação jurídico-penal, sendo que o grau de participação interna é apenas um dos critérios que se deve levar em conta. Não há, por parte do autor, a definição específica de critérios que devem orientar essa

³⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 293

³⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 293-4

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 294-8

³⁵⁷ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 298-300

verificação, limitando-se a elencar algumas hipóteses, como a relevância do bem jurídico e os diferentes modos de cometimento do delito.³⁵⁸

Ao tratar das controvérsias que pairam na doutrina acerca da culpabilidade, Hassemer analisa a localização dos graus de participação interna na estrutura do delito. Sob o viés finalista, dada a ontologia que sustenta a teoria de Welzel e sua ação final, o lugar de verificação da participação interna não pertence à culpabilidade, mas à ação. Conclui, porém, que a exclusão desses elementos do âmbito da culpabilidade implica uma grave perda, resultando em um conteúdo vazio.³⁵⁹

Ao tratar do livre-arbítrio, Hassemer menciona o eterno embate entre determinismo e indeterminismo para afirmar que a filosofia, a psicologia e a fisiologia não chegaram a um acordo sobre como se encontra o poder de agir de outro modo no indivíduo. A polêmica, no entanto, é impossível de ser decidida porque, na sua visão, ela não existe. Por suas próprias palavras:

Os oponentes não discutem entre si, mas dialogam uns com os outros sem se entenderem e por isso encontram-se nessa posição. Os argumentos a favor e contra o livre arbítrio não são tratados nessa discussão, mas servem de base a ela. Logo que iniciou a discussão, a questão do livre arbítrio já estava decidida. Esta questão se decide de acordo com o âmbito no qual se procura a resposta. Quem argumenta empiricamente, isto é, argumenta, por exemplo sobre os resultados da liberdade ou os impulsos reprimidos, jamais poderá fundamentar a liberdade; ele poderá apenas discuti-la ou – quando os seus argumentos ainda não são suficientes – limitá-la. Isso se deve ao fato de que ele observa o fenômeno da liberdade através de um microscópio, com o qual ele pode reconhecer somente o contrário: o mundo das sucessões causais.³⁶⁰

Nem por isso se deve recorrer a um critério de normatização da culpabilidade, a ponto de se adotar um critério geral, calcado na já tão combatida noção de homem médio. Esse critério geral deve se fundamentar em outros pilares que não a possibilidade de agir de outro modo, mas nos fins da pena:

A moderna dogmática da culpabilidade busca critérios no poder geral em um campo mais próximo: nos fins da pena. Os fins da pena,

³⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 301-2

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 303-4

³⁶⁰ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 306-7

como as teorias que indicam quais as tarefas que a pena estatal possui, são evidentemente um meio adequado para a concretização do juízo de culpabilidade. Pois dão sentido à pena, e podem também tornar razoável o juízo de culpabilidade; além disso, uma concretização da culpabilidade a partir dos fins da pena promete uma harmonização do sistema jurídico-penal, uma vinculação material de dois âmbitos fundamentais que hoje estão sob o forte bombardeio dos críticos do Direito Penal.³⁶¹

Mas as teorias da pena que irão servir de orientação para esse critério não se consubstanciam nas chamadas teorias absolutas, que buscam a finalidade da pena na retribuição e na expiação. O conteúdo material da culpabilidade deve ser alcançado através das teorias relativas: a de prevenção especial, que busca a ressocialização do condenado, e a de prevenção geral, que espera a intimidação dos potenciais criminosos diante da ameaça da execução da pena, além da estabilização da consciência social da norma.³⁶²

Desse modo, somente se pode reprovar o autor, expressando um juízo de culpabilidade, quando seja possível se alcançar um fim preventivo da pena, seja através da ressocialização, seja através da intimidação de potenciais autores, seja para se alcançar a estabilização da consciência normativa da população.³⁶³

No que toca à relação de proporcionalidade da consequência jurídico-penal, reconhece o autor que ela continua sendo um problema em aberto, à medida que não existe uma teoria da pena que tenha o condão de estabelecer uma relação mensurável entre a gravidade do fato e a intensidade da sanção. Conclui, assim, com um ilustrativo lamento:

Enquanto não se tiver um conhecimento mais exato sobre a gravidade do fato (externa e internamente) e sobre os efeitos das consequências jurídico-penais, nada mais restará do que trabalhar e aperfeiçoar os critérios diferenciados da proporcionalidade, que o direito positivo oferece em abundância e que nós já observamos.³⁶⁴

³⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 311

³⁶² *Idem, ibidem*, p. 311

³⁶³ *Idem, ibidem*, p. 312

³⁶⁴ HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 321

3. A CULPABILIDADE COMO FATOR DE DETERMINAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Uma vez que se tenha constatado que o agente praticou um fato típico e ilícito, além de ter agido com culpabilidade, deve-se determinar a pena a ser imposta, individualizando-a.

A individualização da pena, conforme aduzido alhures, é um processo, através do qual o observador (juiz) percebe o indivíduo (processado) como indivíduo e, como tal, único, que merece, portanto, ter como objeto de análise a sua situação em concreto, com todas as suas nuances.

Esse processo de individualização se desenvolve através de um critério. Com a reforma penal de 1984, promovida pela Lei n.º 7209, adotou-se no Brasil o chamado critério trifásico, expresso no artigo 68 do Código Penal. Segundo a dicção do dispositivo, a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 do mesmo código, após o que serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento.

Já o artigo 59 conta com a seguinte redação:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Ao contrário do Código Penal de 1969, que foi revogado ainda no período de *vacatio legis*, não há no Código atual uma definição de pena-base. Constava do artigo 63 daquele dispositivo:

Art. 63. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou a diminuição.

A despeito disso, considera-se pena-base de acordo com o critério atual aquela que se extrai do conteúdo do artigo 59 do Código Penal, mesmo porque é a pena que servirá de referência primeira, sobre a qual incidirão as agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição.

Não há, nem tampouco poderia, uma fórmula matemática para que o juiz, nessa fase, determine a pena a ser aplicada a cada caso concreto. É inegável a presença de uma discricionariedade, que deve, obviamente, ser fundamentada. Trata-se, pois, de uma discricionariedade juridicamente vinculada, conforme já afirmado. E essa vinculação se dá na medida em que se estabelece alguns limites.

A tese a ser sustentada é a de que tais limites são aqueles impostos pela culpabilidade, a despeito de uma primeira impressão da leitura do dispositivo conduzir no sentido de que a culpabilidade e as demais circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal estão em uma posição de equiparação.

Para tanto, há de se definir qual é o conteúdo material da culpabilidade quando se refere à medição da pena aplicada, para, depois disso, estabelecer como ela se relaciona com as demais circunstâncias. Antes, porém, convém mencionar algumas teorias que abordam o papel da culpabilidade quando da definição da pena privativa de liberdade.

3.1 Teorias

Acerca da determinação judicial da pena, surgiram na Alemanha duas teorias: a teoria da pena exata à culpabilidade e a teoria da margem de liberdade ou espaço de jogo. Pela primeira, à culpabilidade só pode corresponder uma determinada pena. Cabe ao juiz encontrar a pena que se ajuste adequadamente à culpabilidade do autor. Segundo Mir Puig, essa teoria se fundamenta em uma postura retribucionista, que considera ser possível encontrar um ponto em que a pena corresponda exatamente ao merecido pelo sujeito.³⁶⁵

Essa é, também, a razão que fundamenta a crítica externada por Anabela Miranda Rodrigues, para quem:

³⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2011, p. 746

A objeção fundamental a levantar-se é a de que ela coloca na base da determinação da pena a compensação da culpa – que (mesmo desprovida de razões mais ou menos metafísicas) não ocupa mais o lugar de fundamento no moderno direito penal de prevenção – e, assim, uma concepção de pena retributiva.³⁶⁶

Incumbe, aqui, esclarecer uma certa confusão em que incorrem setores da doutrina³⁶⁷. Não se trata a teoria da “pena exata” de um retorno ao movimento iluminista que sustentava que, por ser o juiz a “boca da lei”, apenas lhe caberia determinar se o acusado efetivamente havia praticado o fato delituoso, estando a pena preestabelecida em regras fixas. O que defendem os partidários dessa teoria é que à culpabilidade corresponde uma pena determinada, cuja exatidão deve ser encontrada pelo juiz. Tanto que, conforme escreve Roxin:

Ciertamente, los partidarios de esta teoría admiten que, dentro de ciertos límites, se puede tener distinta opinión sobre la magnitud de la pena adecuada. Pero esto no se debe al asunto mismo, sino a las limitaciones del conocimiento humano; desde un punto de vista ideal no pueden corresponder por igual al grado de culpabilidad diversas magnitudes penales.³⁶⁸

Pela teoria do espaço de jogo ou da margem de liberdade, a pena ajustada à culpabilidade não corresponde a uma pena exata, mas sim a um marco ajustado entre um máximo e um mínimo. A culpabilidade corresponderia a uma “moldura”, dentro da qual o juiz poderia determinar a pena levando em conta critérios de prevenção. Segundo Mir Puig³⁶⁹, essa teoria admite algumas variações, que vão desde uma perspectiva retributiva, que considera que a culpabilidade é a base para uma retribuição, até uma visão calcada na prevenção geral, que vê na proporcionalidade um limite para a pena a ser aplicada. Também se discute se nessa margem cujos limites são traçados pela culpabilidade se deve ter em conta critérios de prevenção geral e especial ou somente estes últimos.

³⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da pena privativa de liberdade**: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 500

³⁶⁷ A título de exemplo, v. BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá, 2010, p. 317.

³⁶⁸ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 198, p. 196

³⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2011, p. 746, p. 746

Defendendo a teoria da margem de liberdade e a ela aderindo, menciona Roxin:

No se puede determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (Spielraum) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada (a la culpabilidad). El juez no puede traspasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se siente por él como adecuada a la culpabilidad. Per el juéz... sí puede decidir hasta donde puede llegar dentro de este margen de libertad.³⁷⁰

Não que se possa identificar com clareza qual seja correspondência da pena à magnitude da culpabilidade, mesmo porque essa magnitude não existe em absoluto. E é justamente por isso, para o penalista alemão, que a teoria da “margem de liberdade” se ajusta melhor à realidade da determinação da pena:

Si, en efecto, la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es porque de este modo se consigue la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al autor del delito una sanción que ha “merecido”, es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito.

Pero lo que es merecido no es algo escrito con precisión en el firmamento de un concepto metafísico de la culpabilidad, que incluso con ayuda de un telescopio sería difícil de leer; sino el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable, de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede determinarse en relación con la magnitud penal de un modo exacto, sino que sólo posee realidad empírica en el ámbito de un cierto margen de libertad.³⁷¹

Essa teoria, para Roxin, é a expressão que teoricamente mais bem se adequa a uma pena afinada com a culpabilidade e que cumpre, também, finalidades de prevenção geral.³⁷²

De se lembrar, contudo, que o pensamento do autor não se ajusta propriamente à teoria da margem de liberdade, como uma “moldura” dentro da qual o juiz pode se mover, composta por um limite máximo e um limite mínimo. Isso

³⁷⁰ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 198, p. 96

³⁷¹ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 198, p. 97

³⁷² *Idem, ibidem*, p. 99

porque, conforme já mencionado alhures, Roxin admite que, tendo em conta critérios de prevenção, a pena pode ser estabelecida em patamar inferior ao da culpabilidade, que é vista como limite, e não como fundamento da pena. Agora mais especificamente, aduz o doutrinador alemão que, em casos normais, nos quais não avultam quaisquer especificidades, deve o juiz manter-se dentro da margem traçada pela medida da culpabilidade. Todavia, em casos excepcionais, poderá a pena ser fixada abaixo do patamar mínimo, quando da pena que corresponde à culpabilidade, no momento em que aplicada ao caso concreto, possa advir prejuízos para a ressocialização do sentenciado.³⁷³

Uma outra proposta é defendida por Figueiredo Dias, que também se afasta de uma concepção retributiva da pena. Esta teria, segundo o autor, finalidades de natureza preventiva, seja a prevenção geral positiva ou negativa, seja a prevenção especial positiva ou negativa.³⁷⁴ A finalidade primordial da pena, contudo, seria a tutela necessária dos bens jurídicos no caso concreto, que deve ser a ideia mestra do modelo de medida da pena. A essa tutela se dá um sentido prospectivo, calcado na expectativa da comunidade na manutenção de vigência da norma violada. Como uma forma plástica de tradução da ideia essencial que é a proteção de bens jurídicos, a finalidade primária da pena é o restabelecimento da paz jurídica comunitária violada com a prática do crime.³⁷⁵

A partir disso, define o penalista português:

Afirmar que a prevenção geral positiva ou de integração constitui a finalidade *primordial* da pena e o ponto de partida para a resolução de eventuais conflitos entre as diferentes finalidades preventivas traduz exatamente a convicção de que existe uma *medida ótima de tutela dos bens jurídicos* e das expectativas comunitárias que a pena se deve propor alcançar; medida esta que não pode ser excedida (princípio da necessidade) por considerações de qualquer tipo, notadamente por exigências (acrescidas) de prevenção especial, derivadas de uma particular perigosidade do delinquente. É verdade, porém, que esta 'medida ótima' de prevenção geral positiva não fornece ao juiz um *quantum* exato de pena. Abaixo do ponto ótimo ideal *outros existirão em que aquela tutela é ainda efetiva e consistente* e onde portanto a pena se pode ainda situar sem que perca a sua função primordial de tutela dos bens jurídicos. Até se alcançar um *limiar mínimo* – chamado de *defesa do ordenamento*

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 109

³⁷⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 130

jurídico -, abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos. Bem se podendo assim dizer, a concluir, que é a prevenção geral positiva (não a culpabilidade, como tradicional e ainda hoje majoritariamente se pensa) que fornece uma *moldura de prevenção* dentro de cujos limites podem e devem atuar considerações de prevenção especial.³⁷⁶

Como se pode perceber, diferentemente das teorias anteriormente mencionadas, Figueiredo Dias propõe que os lindes dentro dos quais pode transitar o juiz para a determinação da pena não são traçados pela culpabilidade, mas sim levando em conta a prevenção geral positiva. Será no bojo dessa moldura que vão atuar os pontos de vista da prevenção especial, que irão determinar em última instância a medida da pena.

A despeito disso, reconhece o autor que a culpabilidade assume o papel de limite que será imposto à fixação da pena:

A verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional *proibição de excesso*; a culpabilidade não é fundamento da pena, mas constituiu o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas.³⁷⁷

Também merece menção a teoria da pena proporcional ao fato, defendida, dentre outros, por Hönrle. Para essa teoria, a medida da pena não pode ser ditada por critérios prospectivos, notadamente pela prevenção especial, mas sim levando-se em conta a razão proporcional entre a pena e o fato. A ideia central é que se deve buscar a pena justa tendo por parâmetro a gravidade do fato, que será analisada tanto sob a perspectiva do autor quanto pela de terceiros, com ênfase na vítima.³⁷⁸

Os partidários dessa teoria se fundamentam na noção de que aspectos ínsitos à personalidade do autor ou a sua própria biografia têm sido comumente usados para intensificar a medida do encarceramento, principalmente quando adotados critérios como reincidência e antecedentes. Não que esses aspectos

³⁷⁶ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 198, p. 131-2

³⁷⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129, p. 134

³⁷⁸ STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 104, p.53-99, set./out. 2013, p. 58

devam ser de todo afastados, contudo, precisam ser considerados à luz de um critério de proporcionalidade.³⁷⁹

Mas mesmo os defensores dessa teoria não se desvinculam da culpabilidade como fator a influenciar na medição da pena. Também sob essa perspectiva a limitação da reprimenda deve ter por base a culpabilidade, porém, não é eleita como único critério de limite, mas deve ser conjugada com a proporcionalidade.³⁸⁰

3.2 O conteúdo da culpabilidade expressa no art. 59 do Código Penal

Diverge a doutrina acerca da distinção do conteúdo material da culpabilidade quando se refere à estruturação do delito ou quando funciona como critério para a determinação da pena a ser aplicada. Para Bacigalupo, a culpabilidade como estrutura do delito e como fundamento da determinação da pena diferem de maneira clara. Ao passo que a primeira tem por objetivo constatar os elementos que fundamentam a responsabilidade do autor, a segunda tem a missão de estabelecer os critérios necessários à medição da gravidade da reprovação.³⁸¹ Nesse último aspecto, ela se manifesta - na visão do autor, ao analisar a legislação espanhola - no reconhecimento das atenuantes³⁸² e das agravantes de caráter subjetivo³⁸³.

Também Roxin defende a autonomia da culpabilidade como determinação da pena daquela que serve de base para a sua graduação, embora admita que ambas possam estar relacionadas. Possuem, contudo, um substrato material diferente, segundo ele. Enquanto que na primeira o que se busca é saber se o autor deve ser castigado - leia-se, se não pode atuar de outro modo ou se a sanção é necessária por razões preventivas - na segunda o que se perquire é sobre a magnitude da reprimenda, que pressupõe circunstâncias distintas.³⁸⁴ Neste

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 59

³⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 58

³⁸¹ BACIGALUPO, Henrique E. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 171

³⁸² BACIGALUPO, Henrique E. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 598

³⁸³ *Idem, ibidem*, p. 612

³⁸⁴ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 180

momento o que se leva em conta é o conjunto dos momentos que possuem relevância para o caso concreto, previstos na legislação.³⁸⁵

A incidência desses fatores, no entanto, estão sempre limitados pela finalidade preventiva da pena. Por suas próprias palavras:

Por lo que se refiere a la culpabilidad en la determinación de la pena, por otro lado aparece en primer plano el efecto limitador de la culpabilidad sin perjuicio de su congruencia con las necesidades de una prevención integradora motivada político-criminalmente; ya que con su graduación limita, en virtud de la libertad individual, cualquier tipo de prevención general intimidatoria y cualquier tipo de prevención especial dirigida al tratamiento. No obstante, también los apremiantes mandatos de la prevención especial limitan, a la inversa, el grado de la pena, en tanto, en contra de lo que sucede en la praxis, se puede imponer en el caso concreto una pena inferior a la correspondiente por el marco que viene previamente dado por la magnitud de la culpabilidad, cuando sólo de este modo puede evitarse el peligro de una mayor desocialización.³⁸⁶

Entre nós, a posição de que a culpabilidade que norteia a aplicação da pena é diferente daquela que se verifica na estrutura do delito é defendida por Guilherme de Souza Nucci. Esta última é analisada no momento da condenação e não mais quando da fixação da pena, ocasião em que o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, consubstanciada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Incide, portanto, tanto sobre o autor quanto sobre o fato praticado.^{387 388}

Cezar Roberto Bitencourt se posiciona no mesmo sentido, incluindo que, além da maior ou menor censurabilidade da conduta, o dolo também deve ser mensurado, de maneira que a censura será maior ou menor de acordo com a sua intensidade.³⁸⁹

³⁸⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesa* Madrid: Civitas, 1997, p. 814

³⁸⁶ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 186

³⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155

³⁸⁸ No mesmo sentido CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Individualización judicial de la pena. **Revista Canaria de Ciencias Penales**, Las Palmas de Gran Canaria, n. 3, p.101-124, jul. 1999.

³⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 754

Também encampando o posicionamento de que a culpabilidade quando da fixação da pena tem um âmbito de maior amplitude do que quando considerada na estrutura do delito se manifesta Nivaldo Brunoni, aduzindo que, diante das circunstâncias do caso concreto, disporá o juiz de uma ampla margem de liberdade para fixar a pena dentro dos lindes da culpabilidade. Argumenta, ainda, que esse entendimento não viola o princípio da culpabilidade, pois o que ele impede é a possibilidade de fixação da pena ultrapassando as suas fronteiras.³⁹⁰

No sentido de que não há distinção entre a culpabilidade que fundamenta a pena e a de que serve para a sua medida posiciona-se Zaffaroni, o que faz com base na sua já mencionada culpabilidade por vulnerabilidade. Conforme ele próprio afirma:

Excluida toda posibilidad de reemplazar la culpabilidad por la razón de estado', en una teoría contendora del poder punitivo la culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa.³⁹¹

A partir dessa ideia, segue o penalista argentino o seu raciocínio afirmando que, tendo o poder punitivo já passado por um prévio sistema de filtros, através da teoria do delito, não pode a teoria da pena criar uma forma autônoma de ampliação desse poder, que é o que ocorre com a proposição de uma culpabilidade diferente daquela já verificada, voltada para a quantificação da resposta penal.³⁹²

Disso resulta que a culpabilidade na medida da pena, em essência, é a mesma daquela da estrutura do delito, com a diferença de que aquela é considerada sob uma perspectiva diferente. Enquanto que a culpabilidade como estrutura do delito é vista sob um aspecto estático, quando da medição da pena é analisada através de uma perspectiva dinâmica, justamente porque se trata de um conflito social e a sociedade é, também, dinâmica. Esse conflito, ao contrário do delito em si,

³⁹⁰BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá, 2010, p. 321

³⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1032

³⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1033

não é estático, mas continua sua evolução representada pelo seu próprio aspecto social. Os elementos são os mesmos, só que captados por perspectivas diferentes.³⁹³

A culpabilidade pelo ato se constitui em um limite máximo da pena em concreto, justamente porque é o máximo de reprovação admitida. Para Zaffaroni, a base da culpabilidade por ato é a motivação, na medida em que o motivo fundamenta uma maior ou menor reprovação, de acordo com a sua intensidade e com o grau de escolha no âmbito de autodeterminação na situação concreta, que leva em conta o estado de vulnerabilidade do autor, sem, contudo, que se permita que esse grau ultrapasse a culpabilidade pelo ato.³⁹⁴

Pela identidade da culpabilidade que estrutura o delito e a da que serve de medida da pena também se manifesta José Antonio Paganella Boschi, argumentando que se trata de uma reprovação em grau objetivamente mensurável. Deve, portanto, ser graduada para poder projetar a equivalente quantidade de pena. “Não há, então, ‘duas’ culpabilidades, uma para legitimar a condenação (reprovação pelo fato) e a outra para limitar a quantificação objetiva dessa reprovação”³⁹⁵.

Encampa idêntico posicionamento Juarez Tavares, que, com base em Roxin, assim de manifesta:

Uma vez que a culpabilidade associa o núcleo do poder de agir de outro modo à acessibilidade, aos apelos de proibição ou de determinação, contidos nas normas criminalizadoras, o juízo de culpabilidade, para atender a esse fundamento, estará também vinculado ao sentido da pena criminal, que concretiza o dinamismo penal do Estado enunciado naquelas normas proibitivas ou mandamentais. A eliminação das antigas pretensões em torno da reprovabilidade, que eram fundadas em elementos puramente decisionistas, proporcionou também uma discussão acerca da diferença entre os momentos de configuração do delito, com a conseqüente condenação pela afirmação da culpabilidade, de um lado, e aquele da individualização da pena, de outro. Para atender aos fins preventivos atribuídos à pena, a doutrina teve a pretensão de se dissociar, no momento de sua individualização, dos limites impostos pela culpabilidade, o que implicaria fazer da pena uma entidade autônoma em relação às normas incriminadoras. Diferentemente, porém do que postulam os autores que erigem a pena como entidade autônoma, de certa forma assentados e uma origem anglo-saxônica, como a teoria expressa por ANDREW VON

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 1034-5

³⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 1035

³⁹⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 190

HIRSCH, que separa os momentos de afirmação de culpabilidade e de imposição da pena, o correto será produzir-se uma firme associação entre esses elementos. Nem se poderia imaginar de outro modo.³⁹⁶

A posição aqui adotada é no sentido de que não há distinção entre a culpabilidade que estrutura o delito daquela que se refere à medição da pena. Com efeito, a construção da culpabilidade como princípio sempre esteve voltada à contenção do poder punitivo. Por mais que se diga que o que o princípio da culpabilidade proíbe é a fixação de uma pena que não destoe dos seus lindes, a concepção material desse princípio conduz ao entendimento de que a interpretação que se lhe deve dar é aquela que mais se coadune com o seu conteúdo, que se subsume na limitação do poder de punir. Admitir à culpabilidade no âmbito da determinação da pena um conceito mais amplo, que possa servir de espeque para uma ampliação do poder punitivo, destoa desse conteúdo.

Impende ainda frisar que, conforme se demonstrou no primeiro capítulo deste estudo, o princípio da culpabilidade deriva do princípio da dignidade da pessoa humana. Como tal, a interpretação a ser dada quanto à sua abrangência é aquela que faça com que se materialize a dignidade com maior ênfase. No âmbito da aplicação da pena, das relações entre indivíduo e estado, este é o momento em que aquele aparece em uma posição ainda mais frágil, mesmo porque se está diante do poder punitivo, cuja materialização se dará através da perda da liberdade. A dignidade da pessoa humana deve se concretizar, aqui, com a maior abrangência possível. E isso se dá com o entendimento que confere à culpabilidade uma circunscrição menos ampla.

Por outro diapasão, a evolução histórica da culpabilidade como estrutura do delito, desde Frank, trouxe a lume e ideia de que se trata de um conceito que pode ser graduado. Conforme salienta Welzel:

La culpabilidad es un concepto *valorativo* negativo y por tanto, un concepto graduable. La culpabilidad puede ser mayor o menor, según lo importante que sea exigencia del derecho y según lo fácil o lo difícil que le fuera al autor satisfacerla.³⁹⁷

³⁹⁶ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de repressão: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 128

³⁹⁷ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011, p. 127

Uma interpretação sistemática do Código Penal brasileiro também leva a essa conclusão. A dicção do art. 29, segundo a qual aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*, conduz nesse sentido. No concurso de pessoas, cada um dos agentes deverá sofrer reprovação distinta, sendo essa responsabilidade medida pela culpabilidade.³⁹⁸ O reflexo dessa graduação se dará justamente na pena, que pode ser considerada como a implicação no mundo empírico do reconhecimento de uma ação culpável.

Sendo isso patente, não há razão para se estabelecer um outro conceito para a culpabilidade. Esse argumento milita, inclusive, em prol de um rigor científico. Como se sabe, uma das principais características de uma ciência evoluída é a precisão dos seus conceitos. Inculcar à culpabilidade um conceito diverso daquele já trabalhado e construído historicamente e que se acha, embora ainda em evolução, estruturado, depõe contra a concretização do direito como ciência.

3.3 O conteúdo material da culpabilidade e a determinação da pena-base

Estabelecido que o conteúdo do conceito de culpabilidade contido no art. 59 do Código Penal é o mesmo daquele que compõe a estrutura do delito, impende estabelecer qual é esse conteúdo. Conforme se pode ler ao longo do capítulo anterior, a construção de um conceito material da culpabilidade sempre foi motivo de intensos debates e até os dias de hoje não se vislumbra qualquer possibilidade de consenso. Não se entrará aqui na longa discussão filosófica entre determinismo e indeterminismo. Assume-se, desde já, o posicionamento de que, efetivamente, o livre-arbítrio, no sentido filosófico, é indemonstrável. Da mesma sorte, o determinismo também o é, tendo em vista a impossibilidade de constatação das relações de causalidade que sustentam esse ideário.

Essa posição não refuta, porém, a ideia de que se possa afirmar como conceito material da culpabilidade a possibilidade de agir conforme o direito, o que

³⁹⁸ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 86

pode significar, por outros termos, uma capacidade de motivar-se o indivíduo de acordo com o que a norma orienta.

Uma primeira leitura dessa afirmação pode causar estranheza, afinal, coloca-se no mesmo plano o conteúdo da culpabilidade definido por Welzel daquele também pensado por Roxin. A despeito disso, as semânticas dos conceitos mais se aproximam do que se excluem. Tanto isso é verdade que, conforme Cirino dos Santos, deterministas e indeterministas criticam a formulação de Roxin. Os primeiros, confirmando a identidade das semânticas, sustentam as críticas calcados da indemonstrabilidade da liberdade de vontade; os segundos, porque “a liberdade de vontade, definida como capacidade de autodeterminação espiritual, pode ser concretamente indemonstrável, mas seria elemento de reconstrução comunitária da realidade acima de qualquer questionamento”³⁹⁹.

De se lembrar, neste momento, a formulação de Welzel. Para ele, a responsabilização de um indivíduo seria possível diante da possibilidade de se comportar conforme um sentido. Para Roxin, a culpabilidade se baseia na possibilidade de o indivíduo ser capaz de atender o comando da norma na situação concreta. Não há uma diferença nas semânticas, afinal, ter a capacidade de atender ao comando da norma nada mais é do que poder agir conforme um sentido, sendo certo que a norma produz um sentido.

Não se trata de uma presunção de liberdade, nos moldes do indeterminismo dos clássicos. O que se põe em tela é que essa liberdade – ou, em se preferindo, capacidade de autodeterminação – é haurida do próprio convívio social. Segundo as palavras de Zaffaroni:

La autodeterminación humana no es ningún concepto *inverificable*, a lo que suele agregarse la expresión *metafísico* en forma peyorativa. Todo concepto es *metafísico*, porque incluso la consagración de la verificación como único criterio de verdad también responde a una posición *metafísica*. Pero más allá de esta discusión y de los intentos positivistas y funcionalistas por descalificar, suprimir o reemplazar el concepto de culpabilidad, lo cierto es que a ésta, para poder reprochar un injusto penal, le basta con la comprobación de umbrales de autodeterminación, lo que es perfectamente verificable: nadie puede negar que existe una comprobación empírica de la reducción de la autodeterminación de una persona cuando estaba a punto de ahogarse en el mar en medio de la noche. No hay duda y puede verificarse que la libertad de decisión estaba seriamente

³⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 285

comprometida y que se hallaba por debajo del umbral que requiere la culpabilidad. Esta capacidad existente en la vida de relación cotidiana y su reducción verificable en ciertas circunstancias, poco o nada tienen que ver con un *libre albedrío* que siempre se rechaza pretendiendo entenderlo como posibilidad invariable e ilimitada de actuar de otro modo, carente de cualquier motivo o razón y, por ende, como um simple *porque sí*.⁴⁰⁰

Os seres humanos tratam-se a si próprios como livres nas suas relações mais basilares. Um pai castiga um filho que desobedeceu uma determinação sua porque tem em si interiorizado a possibilidade de que poderia ele ter se orientado de acordo com essa determinação. Um amigo elogia outro porque admite que ele poderia não ter agido de forma honrosa, mas procedeu de forma diferente, a merecer o elogio. Nesse aspecto, pode-se valer do pensamento de Shunemann, que vai buscar o sustentáculo da liberdade de ação na teoria da linguagem. Procedente, a esse respeito, a fala de Fábio André Guaragni:

Além de indemonstrável o indeterminismo, existem planos em que a liberdade humana – ou indeterminismo “limitado por fatores empírico-sociais” – se estrutura com consciência. Um deles apela para a maneira como os homens reconstroem socialmente a realidade: os homens tatam-se uns aos outros como livres. Aqui, avulta inclusive a questão da linguagem: a natureza humana, nas bases evolucionistas com que se apresenta, permite uma comunhão de signos linguísticos que, por sua vez, viabiliza pensar. Pensamos através dos signos (que podem ser símbolos gráficos, sons) que compartilhamos dentro de uma dada comunidade linguística (por exemplo, povos de língua portuguesa). E, quando o fazemos, tomamos como pressuposto o fato de que o homem é livre. Sendo livres, marcamos encontros, exigimos atitudes: tudo seria impossível se não houvesse liberdade. Ninguém marcaria com outra pessoa um encontro ou exigiria uma atividade se um determinismo conduzisse a reação desta pessoa. Afinal, não poderia esperar pelo bom sucesso do encontro ou pela realização da atividade.⁴⁰¹

Também ganha corpo a proposta de Klaus Gunter, fundada no conceito de pessoa deliberativa, que tem sua capacidade de motivação em decorrência da

⁴⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 672

⁴⁰¹ GUARAGNI, Fábio André. Fundamento material da culpabilidade jurídico-penal: breve percurso dogmático no marco das teorias da culpabilidade e seus (possíveis) pilares de sustentação. In: FARIAS, Alexandre Ramalho de; HALLVASS FILHO, Luiz Carlos (Org.); BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). **Questões atuais do sistema penal**: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 102

norma diretamente relacionada com a possibilidade de participação no processo democrático deliberativo e consoante a compreensão desse processo.

A questão da liberdade, como se vê, pode ser resolvida sob diversas perspectivas. Por qualquer delas, o resultado será o mesmo, qual seja, a constatação de que ao menos um parcela de liberdade pode ser verificada no sujeito, diante do que a responsabilização por uma conduta em desacordo com a norma é possível.

Demais disso, o princípio da culpabilidade, diante do que se expôs no capítulo inicial, decorre do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que não pode ser tida em apartado de uma ideia de liberdade. Não uma liberdade absoluta, sendo o indivíduo senhor intangível de suas escolhas. Os denominados saberes *psi* já demonstraram, de há muito, que as atitudes levadas a efeito têm influências outras que não se amparam unicamente na razão, com ênfase na psicanálise freudiana, da qual emana a ideia do *eu* subjugado entre as instâncias inconsciente e superegóica. Não obstante, um espaço de liberdade há de ser admitido, mesmo porque a convivência em sociedade restaria de todo inviável sem que se reconhecesse uma noção de liberdade ao indivíduo, ainda que não plena.

Essa liberdade deve ser aferida, não obstante, no caso concreto, desvinculando-se da malfada perspectiva do homem médio. Escreve Figueiredo Dias:

O homem real, no seu existir concreto e quotidiano, não pode ser apreendido como algo de abstracto, mas como tipo concreto, *como homem socializado* – como unidade daquilo que ele concretamente objectiva de si no mundo e que o mundo concreto subjectiva nele.⁴⁰²

A dignidade humana também pressupõe responsabilidades, não só para consigo mesmo, mas, também e principalmente, para com o outro. Isso decorre do próprio viver em sociedade. Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos:

Na verdade, o homem é responsável por suas ações porque *vive em sociedade*, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade de vontade: o *princípio da alteridade* – e não a

⁴⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 139

presunção de liberdade – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento anti-social.⁴⁰³

Afasta-se, aqui, do posicionamento defendido pelo funcionalismo radical, que, calcado na indemonstrabilidade do livre-arbítrio, propõe a fundamentação da pena à base de uma perspectiva preventiva. Isso porque uma exasperada normatização que se ampara na estabilização da norma e da confiança comunitária implica perigoso resvalamento do direito penal em direção a uma função puramente simbólica.⁴⁰⁴

A negação da liberdade, conforme a crítica de Guaragni, pode terminar em armadilhas perigosas:

De um lado, pode desembocar num direito penal de puro preventivismo, aproximando-se perigosamente de direitos penais de autor, de reação estatal desproporcional quanto ao fato e à culpabilidade que há nele – e deixa de haver (anotando-se que a culpabilidade, se não serve como fundamento da pena, com dificuldades pode ser sustentada como limite, ao modo roxiniano – teoria unificadora dialético-preventiva da pena). Modelos de direito penal com esse perfil objetizam o sujeito ativo de delito.

De outro lado, pode-se recusar a liberdade humana para tentar abolir a categoria da culpabilidade como parte do delito e, com isto, dar um passo em direção à abolição do direito penal, ao argumento de que não pode haver pena se os homens não são livres. A tentação deste argumento “abolicionista”, porém, cobrará seu preço: com o pressuposto de que o homem não é livre, deixa de existir o direito penal (de penas) e a reação diante da reprovabilidade do agente. Certo. Tanto quanto é certo que desaparece, sem liberdade, também o direito civil, porque a liberdade é essencial à validade do ato jurídico. Desaparece o direito eleitoral, pois não se pode sem liberdade exercer os direitos ativos e passivos eleitorais, de votar e ser votado. Desaparece o direito constitucional. Desaparece o direito. Podemos, inclusive, nós bacharéis em direito, fazermos um curso superior: afinal, sem liberdade, não somos formados em nada. Não existe direito sem liberdade.⁴⁰⁵

Além disso, conforme Junqueira:

⁴⁰³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 286

⁴⁰⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 131

⁴⁰⁵ GUARAGNI, Fábio André. Fundamento material da culpabilidade jurídico-penal: breve percurso dogmático no marco das teorias da culpabilidade e seus (possíveis) pilares de sustentação. In: FARIAS, Alexandre Ramalho de; HALLVASS FILHO, Luiz Carlos (Org.); BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). **Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 105

[...] ressalvada a hipótese de eventual desprezo a toda construção que resulta na atual formação do Estado Democrático de Direito, lastreado na dignidade do indivíduo, é vital o reconhecimento de tal liberdade na origem da fundamentação da reprovabilidade. Não uma liberdade necessariamente plena ou intangível, pois também a dignidade pode ser aferida por inúmeros vetores, mas uma liberdade que existe enquanto essência e que é ínsita à dignidade e, se todo o arcabouço jurídico se rende ao constitucionalismo, e se a dignidade é o fundamento de tal estado constitucional, não há como se negar tal liberdade sem incidir em inconstitucionalidade.⁴⁰⁶

Mas não basta se assentar nessa constatação de liberdade, ainda que relativa, para que se chegue a um conteúdo material da culpabilidade. É preciso esclarecer como se constrói esse conceito, principalmente quando vinculado à determinação da pena em concreto.

Como derivado da dignidade, e sendo certo que todos os seres humanos a possuem, também é certo que todos devem ser tratados de acordo com esse parâmetro. Não por outra razão Cirino dos Santos fundamenta o conteúdo material da culpabilidade no princípio da alteridade:

O *princípio da alteridade* permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento anti-social na *normalidade* de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto: em *condições normais* o sujeito *sabe o que faz* (conhecimento do injusto) e, em princípio, tem o *poder de não fazer o que faz* (exigibilidade de comportamento diverso); logo, condições *anormais* de formação da vontade concretizada no tipo de injusto podem excluir a consciência da antijuridicidade (erro de proibição) ou a exigibilidade de comportamento diverso (situações de exculpação). Em última instância, o estudo da culpabilidade consiste na pesquisa de *defeitos* na formação da vontade antijurídica: a) na área da **capacidade da vontade**, a pesquisa de defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico; b) na área do **conhecimento do injusto**, a pesquisa de condições *internas* negativas do conhecimento real do que faz, expressas no *erro de proibição*; c) na área da **exigibilidade**, a pesquisa de condições *externas* negativas do *poder de não fazer o que faz*: as *situações de exculpação*, determinantes de conflitos, pressões, perturbações, medos etc.⁴⁰⁷

Em conclusão ao pensamento do autor, pode-se afirmar que o princípio da alteridade também recomenda o tratamento igualitário dos indivíduos, concebido na

⁴⁰⁶ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 169

⁴⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 287

sua máxima aristotélica de tratar diferentemente os desiguais, o que deriva, também, de uma noção de dignidade.

Quando se fala em desigualdade não se está referindo, única e tão somente, aos indivíduos em si, mas – e principalmente – em desigualdade de condições. Isso já vem reconhecido na legislação nos casos mencionados pelo autor no trecho supracitado (erro de proibição e demais condições de exculpação), ou seja, o legislador admite que determinadas situações sejam tratadas de formas diferentes, reconhecendo a diversidade de circunstâncias que fundamentam o ilícito e que são inerentes ao sujeito e ao convívio social. Diferentes circunstâncias, portanto, ensejam diferentes conclusões e tratamentos. Disso tudo resulta a graduação da culpabilidade, que vai surtir efeitos na graduação da pena.

Afastese, desde logo, a possibilidade de, com base nessa igualdade relativa, que denota o tratamento desigual dos desiguais, aproximar-se de uma culpabilidade pelo caráter ou pela conduta de vida, o que resultaria, inclusive, em uma afronta à dignidade da pessoa humana. Enveredar-se por essas plagas seria considerar como influentes na punição aspectos intangíveis do indivíduo.

O que o legislador autoriza em casos específicos e a doutrina recomenda em outros tantos, no âmbito do poder de agir conforme a norma, é que determinadas situações verificadas no caso concreto podem influir nessa capacidade de autodeterminação e, portanto, surtir efeitos na quantificação da pena.

A realidade social na qual o indivíduo está inserido é um desses fatores. Elucidativas são as linhas de Junqueira:

É bem mais difícil respeitar no outro algo que não me concebo como merecedor, ou seja, um bem cuja ausência o sujeito é levado a compreender como normal. Ora, se ele nunca teve patrimônio, família, honra, saúde, etc. É difícil compreender que tais bens merecem tutela. O sujeito que nasce, cresce e persiste residindo em uma casa invadida, consequência das miseráveis condições dos projetos de habitação, tem especial dificuldade em compreender o que é o domicílio alheio, ou mesmo o patrimônio. Aliás, especificamente em relação ao patrimônio, é demagógico exigir que uma criança que nunca teve um brinquedo seu, sempre dividindo o seu ou se apropriando de coisas comuns (pedras, pequenos animais) como objetos lúdicos, possa compreender, como imaginava o legislador, os motivos pelos quais outra criança pode trazer consigo tantos brinquedos e estar imune à disputa física por eles. Distante dos pais e crescendo em ambiente promíscuo, é exagerado obrigar um jovem a compreender e a respeitar a família, impondo-lhe penas pelas afrontas a um bem que ele jamais foi chamado a compreender

ou valorizar. Se teve acesso à rede de saúde pública desde o seu nascimento, informado pela mídia e percebendo na realidade pessoas “vencedoras” – aos olhos da ética do consumo atual – servindo-se de drogas, é clara a dificuldade para compreender o bem jurídico saúde pública, protegido nos crimes de tráfico de drogas. O raciocínio é válido para muitas outras situações.⁴⁰⁸

A base desse raciocínio é dada por Zaffaroni⁴⁰⁹, que elege a motivação como a pedra angular para o juízo de reprovação, eis que relacionado à exigibilidade de conduta diversa. Alguém que, por exemplo, comete um furto imbuído pela necessidade de se alimentar tem um menor âmbito de autodeterminação do que aquele que comete o mesmo delito movido pela ganância. De igual sorte, aquele que pertence a uma subcultura na qual as relações são ditadas pela violência tem sua capacidade de agir conforme a orientação da norma menor do que aquele que nasceu e cresceu em situações em que o respeito impera.

Também os vínculos pessoais do autor com o sujeito passivo do delito importam nessa medida. Será mais exigível do indivíduo que se comporte devidamente com alguém com que mantém uma relação de confiança ou de responsabilidade. Ante a circunstâncias de maior exigibilidade, os motivos devem valorar-se de acordo com essa particular relação.⁴¹⁰

De se salientar que a consideração dessas circunstâncias para a composição do conceito de culpabilidade será cabível quando houver uma relação entre elas e o fato praticado. Quando não houver tal vinculação, não se verifica qualquer influência. A culpabilidade, portanto, não é medida com base em um juízo autônomo de reprovação *do* agente, mas sim a partir dos elementos do injusto *em função* do agente.⁴¹¹

Os aspectos acima mencionados, conforme dito, são indicados por Zaffaroni como relativos à motivação do sujeito. Juarez Tavares⁴¹², embora não se valha do termo “motivação”, encampa a tese do professor argentino, referindo-se à

⁴⁰⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena.** Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 169, p. 182

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1052

⁴¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1052.

⁴¹¹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação:** uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 135

⁴¹² *Idem, ibidem*, p 138

“autonomia do sujeito”. Consoante à verificação do caso concreto, quanto mais ampla a autonomia para praticar o fato, maior o grau de reprovação. Para se chegar a uma maior ou menor autonomia se deve levar em conta as dificuldades concretas do autor para a realização do ilícito, quando entram em cena os critérios já delineados.

Contudo, essa relação entre autor e fato não se exaure apenas na análise das dificuldades para a realização do ilícito, mas também quanto à sua gravidade. Não se há de confundir gravidade do delito com a sua relação com a ilicitude, que é o pressuposto da incriminação. A relação que se deve estabelecer é entre a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico e a autonomia do sujeito, a ser analisada de forma objetiva.⁴¹³ Os fatores a ser empregados nessa medida, porém, apenas devem ser considerados se, de alguma forma, influenciarem na constituição do injusto. Tavares elenca os aspectos que devem ser considerados para a aferição da gravidade do delito, a saber:

a) o processo de desenvolvimento da ação e seus limites, como tentativa, consumação ou exaurimento; b) o número de ações praticadas pelo agente e seus efeitos concretos; c) a facilidade ou dificuldade objetiva da execução; d) a ocorrência de fatores externos no processo de produção do resultado, como, o efeito de condições naturais ou a atuação da vítima ou de terceiros, incluindo aquela das autoridades; e) a maior ou menor extensão do dano causado, em face do número de vítimas ou de bens lesados; f) o valor real dos bens lesados; g) a reparação do dano como forma limite de sua extensão; h) a duração do ato ilícito; i) a divisão de tarefas e o domínio da execução como autor, coautor ou partícipe; j) a relação objetiva do autor com a vítima, em termos de parentesco, indiferença, amizade ou inimizade; k) nos crimes omissivos, a qualidade do dever descumprido; l) nos crimes culposos, a forma e o modo de violação do dever de cuidado.⁴¹⁴

A esses fatores Zaffaroni agrega ainda um outro, referente aos casos em que a vítima se envolve em procedimentos de composição, quando a pena aplicada possa se constituir em um obstáculo para a solução de um conflito que se mostra plausível. Um caso específico citado pelo autor são as hipóteses de constituição de comissões da verdade referentes a processos de violação de direitos humanos em

⁴¹³ *Idem, ibidem*, p. 145

⁴¹⁴ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 146-7

massa. Diante da jurisprudência internacional favorável à continuação de processos criminais em situações desse jaez, a colaboração de eventuais envolvidos para o restabelecimento da verdade deve ser considerada pelo juiz para a quantificação da pena a ser eventualmente aplicada.⁴¹⁵

3.4 A relação da culpabilidade com as condições judiciais expressas no art. 59 do Código Penal

O legislador reformador de 1984, ao estabelecer os critérios para a determinação da pena-base, elencou a culpabilidade ao lado dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima, o que levou à denominação desses conceitos, de uma maneira geral, de circunstâncias judiciais.

Uma análise superficial do artigo 59 do Código Penal, dispositivo no qual constam esses elementos, pode levar à equivocada conclusão de que estão eles em um patamar de igualdade, de maneira que a determinação da pena-base se sujeitaria a uma apreciação igualitária desses conceitos, despida de qualquer posição de hierarquia de um(uns) sobre os demais.

Ocorre que, diante do que se expôs até o momento acerca da construção do conceito de culpabilidade, seja na sua acepção como princípio constitucional, seja na sua consideração como elemento estruturador do delito, pode-se tranquilamente concluir que a singeleza dos demais elementos do artigo mencionado não se coaduna com a densidade do conteúdo do conceito de culpabilidade.

Não por outra razão Juarez Cirino dos Santos critica a postura do legislador:

A culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição da “intensidade do dolo ou grau de culpa” da lei anterior, aparece em posição incômoda: a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de comportamento diverso (porque é reprovado). A definição da culpabilidade como circunstância judicial

⁴¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1049-50

de formulação do *juízo de reprovação* constitui impropriedade metodológica, porque o *juízo de culpabilidade*, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples *circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade.⁴¹⁶

Miguel Reale Júnior defende que os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime, definidos no artigo 59 do Código Penal, nada mais são do que especificações do termo genérico “culpabilidade”.⁴¹⁷ Estão, portanto, a serviço da culpabilidade e não concorrem com ela na fixação da pena.

Concordando com esse entendimento e o tomando por base, José Antonio Paganella Boschi afirma que a vida pregressa, a conduta social e os motivos do crime devem ser analisados sob o espectro da potencial consciência da ilicitude. Já o comportamento da vítima deve ser perquirido à luz da exigibilidade de conduta diversa, afinal, “esta pode instigar, provocar, desafiar, constranger e estimular a vontade criminosa”⁴¹⁸. A partir disso, conclui que o juiz deve fixar uma escala de zero a dez, aí também incluída a imputabilidade, a fim de que se possa chegar ao *quantum* da pena-base sem correr o risco de se utilizar fatores externos à culpabilidade.

Juarez Cirino dos Santos, a seu turno, aduz que o juiz, ao analisar a culpabilidade quando da fixação da pena, deve se valer dos seguintes parâmetros:

- a) o nível de *consciência do injusto* no psiquismo do autor varia numa escala graduável entre o pólo de *pleno conhecimento do injusto* (que define plena reprovabilidade e o polo de erro de proibição inevitável (que define ausência reprovabilidade), passando pelos níveis intermediários de todas as gradações de *evitabilidade do erro de proibição*, necessariamente mensuradas na *reprovabilidade do autor* e expressas na *medida* da pena;
- b) o grau de *exigibilidade de comportamento diverso* de autor consciente do tipo de injusto, varia numa escala graduável entre o pólo de *plena normalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define a *plena dirigibilidade normativa*), como máximo *poder pessoal de não fazer o que faz* e o pólo de *plena anormalidade* das circunstâncias do tipo de injusto (que define a ausência de *dirigibilidade normativa*), como inexistência do *poder pessoal de não fazer o que faz*, expressa nas *situações de exculpação* legais e supralegais, passando pelos graus intermediários de todas as gradações de *normalidade/anormalidade* do tipo de injusto, que reduzem o poder pessoal de *não fazer o que faz*, necessariamente

⁴¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 561

⁴¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 406

⁴¹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 192-3

mensuradas na *exigibilidade de comportamento diverso* e portanto, expressas na *medida* da pena.⁴¹⁹

A culpabilidade, então, se encontra em um patamar superior à circunstâncias expostas no artigo, dada a densidade do seu conceito, o que lhe confere uma predominância sobre circunstâncias expostas ao seu lado, no artigo 59 do Código Penal.

Consoante a construção formulada ao longo deste trabalho, a medida da pena não pode ultrapassar os limites impostos pela culpabilidade. A sua relação com as demais circunstâncias do artigo 59, além de uma relação de superioridade, é, justamente, impor um limite à aplicação da pena. Disso resulta que as circunstâncias judiciais apenas podem funcionar em favor do acusado, reduzindo a pena identificada pela análise da culpabilidade. Esse é o posicionamento sustentado por Juarez Tavares:

Assim, pode-se dizer que o artigo 59 impõe que o julgador estabeleça, na condenação, os limites máximos da reprimenda pela determinação da culpabilidade; uma vez delimitada no máximo pela culpabilidade, a pena só pode ser diminuída; os demais elementos do artigo 59 são critérios complementares, que devem ser considerados em favor do réu, e não contra ele. Se assim não for, estar-se-á criando uma pena dissociada do fato e, ademais, introduzindo-se, na sua medida, fatores morais, que nada têm a ver com a reprovabilidade jurídica.⁴²⁰

Adota-se, aqui, idêntica posição. Com efeito, toda a construção formulada a respeito da culpabilidade teve por base a contenção do poder punitivo, notadamente quando verificada como princípio constitucional. Demais disso, deriva a culpabilidade do fundamento da dignidade da pessoa humana, de maneira que a interpretação deve conduzir no sentido de dar a maior efetividade ao conteúdo desse princípio, conforme já se disse.

Esse limite será traçado conforme a constatação do conteúdo material da culpabilidade, de acordo com o exposto no tópico antecedente. Oscilará, para baixo ou para cima, na medida dos critérios então adotados. A partir disso, as

⁴¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 562

⁴²⁰ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovacão:** uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129

circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal funcionarão em benefício do acusado, jamais em seu desfavor.

Uma interpretação conjunta do artigo supracitado com o artigo 29 do mesmo código conduz nesse sentido. Segundo o posicionamento de Fernando Galvão:

[...] a correta interpretação dos dispositivos 29 e 59 do Código Penal brasileiro parece apresentar-se no sentido de que a “medida da culpabilidade” do agente estabelece o limite máximo para a fixação da pena. Os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima se apresentam como circunstâncias que, no caso concreto, podem acarretar a fixação de uma pena inferior àquela estipulada pela culpabilidade do agente.⁴²¹

Dir-se-á que algumas das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal serão inevitavelmente consideradas quando da aferição da culpabilidade, o que poderia contradizer o que ora se afirma. Trata-se, tão somente, de uma falsa impressão, dado o momento em que deve ser reconhecida e analisada a culpabilidade e, conseqüentemente, a sua magnitude.

Uma vez assumida a posição de que a culpabilidade que estrutura o delito e a que funciona na determinação da pena não se distinguem, a aferição de um mesmo instituto em dois momentos distintos se configuraria no vedado *bis in idem*. Diante dessa constatação, propõe Juarez Tavares que uma determinação prévia delimitativa se faz necessária, juízo este que será exercido pelo juiz e externado no momento da condenação. Por suas próprias palavras:

Separar-se o momento de configuração do delito do momento de individualização proporciona uma completa inversão nas pautas da política criminal democrática, porque deixa de lado todas as exigências delimitadoras do poder de punir e abre as portas para um infinito *bis in idem*. Portanto, quando o julgador, individualiza a pena, não pode invocar novamente os mesmos elementos do juízo de culpabilidade pelos quais se fundamentou o delito, porque esses já deviam ser considerados para fixar os limites máximos de sua medida – isso no momento da condenação. O que o julgador pode e deve fazer – e isso depende do critério de individualização que adote – é verificar, se há em favor do réu, outro motivo que implique uma

⁴²¹ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 91

redução da reprimenda, visando aos critérios da necessidade e da suficiência.⁴²²

O posicionamento também é seguido por Mario Magariños, que propõe uma divisão do debate judicial acerca da constatação de um fato típico, ilícito e culpável do momento de determinação da pena final. Naquele instante inicial, quando da condenação, o juiz analisaria todos os elementos do injusto, fixando um limite máximo da pena a ser imposta. Na segunda fase, para o autor, critérios de prevenção serviriam para fixar a pena abaixo daquele limite.⁴²³

Quanto aos aspectos de prevenção que irão influenciar na determinação da pena se discorrerá no tópico subsequente. Adaptando o pensamento do autor à sistemática ora abordada, define-se que o juiz, no momento da condenação, deverá, valendo-se dos critérios atinentes à culpabilidade pelo ato e já expostos, fixar o limite máximo da pena a ser imposta, tendo como referência inicial o mínimo da pena cominada ao delito. As circunstâncias do artigo 59 do Código Penal servirão para reduzir a pena, evidentemente, quando não forem objeto do juízo de valoração no momento da condenação. Também nesta segunda fase, segundo Magariños, seria admitido aplicar a concepção de Zaffaroni acerca da culpabilidade pela vulnerabilidade, nos moldes propostos pelo penalista argentino.

Por derradeiro, diante da impropriedade legislativa identificada e criticada pela doutrina, não se pode deixar de comentar, neste momento, que tramita no Congresso, atualmente no Senado, projeto de lei que visa a substituição do Código Penal atual, identificado sob o número 236/2012.

O dispositivo que guarda referência com o atual artigo 59 do Código Penal conta com a seguinte dicção:

Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

⁴²² TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129, p. 128

⁴²³ MAGARIÑOS, Mario. Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena. **Doctrina Penal**: Teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 15, 59/60, p.325-339, jul./dez. 1992, 336

III- o regime inicial de cumprimento da pena de prisão;
 IV- a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

§1º Na análise das consequências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis.

§2º Não serão consideradas circunstâncias judiciais as elementares do crime ou as circunstâncias que devam incidir nas demais etapas da dosimetria da pena.

Conforme se pode perceber, com relação à impropriedade aqui verificada, em permanecendo a redação proposta pela comissão de juristas convocada para a elaboração do projeto, nada muda. Continua a culpabilidade elencada ao lado das circunstâncias judiciais, desconsiderando a amplitude e densidade do seu conceito. Perde o legislador, nessa medida, a oportunidade de corrigir tal vicissitude.

3.5 As expressões “reprovação” e “prevenção” contidas no artigo 59 do Código Penal

Uma leitura descompromissada do mencionado artigo 59, diante da expressão “reprovação” ali contida, pode levar à errônea conclusão de que teria o Código Penal adotado uma finalidade retributiva da pena. Isso porque a reprovação é tradicionalmente ligada à idéia de retribuição, consistindo a pena em um mal aplicado em razão de um outro mal, o delito.⁴²⁴

Na atualidade, porém, a teoria da retribuição não mais é admitida, notadamente no âmbito de um Estado Democrático de Direito. As principais objeções a essa teoria são assim resumidas por Roxin:

[...]
 a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da ideia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio do talião), pelo conceito dúbio de expeiação, na medida em que, se com ele se alude apenas a uma “compensação da culpa” legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma

⁴²⁴ MARQUES, Osvaldo Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Os fins da pena no código penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 167, p.18, out. 2006

expição deste tipo. Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinquente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força.⁴²⁵

Também a admissão de uma finalidade retributiva da pena esbarra em parâmetros constitucionais. O conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e o da humanidade das penas conduz em sentido diverso. Um Estado que se pretende minimamente ético não toma para si o modelo da vingança pública como mote a substanciar a aplicação de uma pena.

Longe de autorizar um retributivismo estatal, a leitura da expressão em comento deve ser feita à luz dos parâmetros constitucionais e da moderna acepção da culpabilidade. Trata-se, em verdade, de um limite ao poder punitivo, e não de uma permissão.⁴²⁶

Desse modo, a expressão “reprovação” contida no artigo 59 do código penal deve ser lida em consonância com a noção de culpabilidade já definida. O juiz, desse modo, estabelecerá a pena conforme seja necessário para a reprovação, tendo por base os parâmetros identificados quando da análise da culpabilidade.

É de se notar, ainda, que da dicção do dispositivo legal constam alguns juízos que devem ser levados a efeito pelo julgador. Ao se referir o artigo que o juiz deverá, ao estabelecer a pena, valer-se de critérios de suficiência e necessidade, resta evidente que está descartada a violação do dever como base da culpabilidade⁴²⁷. Ao contrário disso, a redação autoriza a interpretação aqui adotada no sentido de que a conjugação desses fatores conduz a uma ideia de limite, que será constituído pela culpabilidade.

Quanto à *prevenção*, expressão também constante do artigo 59 do Código Penal, pode ela ser analisada sob dois aspectos. A prevenção geral se refere a toda a comunidade. Sob a rubrica de uma denominada prevenção geral negativa, a pena é utilizada como mecanismo de intimidação dos integrantes do corpo social, seja na

⁴²⁵ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais de direito penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 19-20

⁴²⁶ MARQUES, Osvaldo Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Os fins da pena no código penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 167, p.18, out. 2006

⁴²⁷ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 129, p. 131

cominação, seja na sua aplicação. A ideia que subjaz a essa teoria é a de que os indivíduos, sabendo que a determinando crime é cominada uma determinada pena, deixem de praticá-los, valendo-se de um raciocínio de “custo/benefício”. O mesmo se diga quando da aplicação da pena, quando os indivíduos, apercebendo-se de que à violação de uma norma é efetivamente aplicada uma pena, venham a se sentir intimidados a delinquir.

Esta última acepção não resiste à crítica calcada na vertente kantiana da dignidade da pessoa humana, segundo à qual o indivíduo, como fim em si mesmo, não pode ser instrumentalizado. Utilizar o condenado como meio de intimidação dos demais desconfigura-o como sujeito, sendo, portanto, atentatório à noção de dignidade.

A questão da intimidação pela cominação da pena pelo legislador também enseja alguns inconformismos. O primeiro deles se refere ao grau de conhecimento da norma pelos cidadãos, que se comportam conforme o direito sem que tenham a consciência da cominação penal. Possuem, quando muito, uma concepção vaga e imprecisa do direito, dos crimes e das penas a eles respectivas. Também a fórmula do *homo oeconomico* que o direito penal supõe não corresponde à realidade. Ninguém deixa de cometer um crime levando em consideração um cálculo aritmético do benefício auferido em relação à desvantagem da pena. No mais, ninguém que venha a cometer um crime o faz na expectativa de ser descoberto, processado e punido, mas sim que escape à atuação das agências estatais.⁴²⁸

A influência dessa finalidade da pena na sua quantificação também não se sustenta. A valoração dessa ordem já foi estabelecida pelo legislador na cominação das penas aos tipos penais. Mesmo que assim não seja, a falta de limitação adequada e dissociação com o fato praticado impedem tal providência.⁴²⁹

Pela teoria da prevenção geral positiva a aplicação da pena é dirigida, também, a toda a comunidade, mas sob uma perspectiva diferente. Não se trata aqui de uma intimidação, mas sim de promover a conservação e o reforço de confiança na norma. A pena teria, pois, a função de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico frente a comunidade. Segundo Roxin, pode-se verificar, consoante o ideário dessa teoria, três fins ou efeitos distintos:

⁴²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144

⁴²⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros, 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126

[...] el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el "ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la consciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.⁴³⁰

As críticas que recaíram sobre essa teoria tiveram por fundamento, principalmente, o fato de que a identificação da finalidade da pena com comportamentos desvaliosos e a reafirmação da fidelidade ao sistema serviu de espeque para o ideário nazista.⁴³¹

No que pertine à aplicação da pena e a sua quantificação, da mesma forma que a vertente negativa, não se vislumbram critérios de delimitação de sua duração, correndo-se o risco de se recair em um terror estatal. Também pelo aspecto geral, dirigida que é a toda a comunidade, não escapa à crítica da instrumentalização do indivíduo para um determinado fim, neste caso, os efeitos pedagógicos dirigidos ao corpo social.⁴³²

Ao lado das teorias de prevenção geral encontram-se as de prevenção especial. Estas, diferentemente das anteriores, não têm o escopo de atingir o corpo social, mas próprio indivíduo apenado. Subdividem-se, de igual forma, em positivas e negativas. Aquelas ligadas à educação do indivíduo e estas à sua eliminação ou neutralização. Segundo Ferrajoli, essas teorias “não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados”⁴³³.

Os reflexos da acepção de prevenção especial positiva no ordenamento jurídico brasileiro podem ser encontrados na Lei de Execuções Penais. Segundo seu artigo 1º, a execução penal tem por objetivo, também, proporcionar condições para a

⁴³⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 91-2

⁴³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147

⁴³² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997, p. 93

⁴³³ FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246

harmônica integração social do condenado e do internado. Igualmente o artigo 5º, item 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

A despeito das disposições contidas na Convenção e na Lei de Execuções Penais, o termo “readaptação” ou outros do gênero, como o comento utilizado “ressocialização”, sofrem críticas de setores da doutrina, que foram muito bem resumidas por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patrícia Vanzolini:

Uma abordagem mais crítica, no entanto, afastará o uso da expressão reinserção social ou outros “res”, uma vez que a maioria dos atingidos pelo sistema persecutório penal nunca fez parte da chamada “sociedade formal”, ou seja, aquela que tem acesso aos serviços de saúde, educação e formação profissional necessários para uma vida digna e, assim, não compartilham dos mesmos valores sociais apregoados pelos detentores do poder e demais formadores de opinião. Não se pode, assim, reinserir na sociedade alguém que nunca esteve inserido. O objetivo da pena seria, enfim, não a ressocialização, mas, sim, a socialização; não a reinserção social, mas a inaugural inserção social.⁴³⁴

Também esses aspectos preventivos especiais padecem do mal de não se configurarem em uma grandeza capaz de se converter em um fator temporal, portanto, não contam com mecanismos de restrição do poder estatal. Com relação à prevenção especial negativa, seu conteúdo desumanizador é patente; a uma, quando propugna pela eliminação do delinquente; a duas, porque a inocuidade fere pressupostos basilares da dignidade da pessoa humana.

As principais críticas às teorias de prevenção especial são assim resumidas por Roxin:

[...] a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade do crime sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutros tipos de considerações.⁴³⁵

⁴³⁴ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 464

⁴³⁵ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais de direito penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 22

Postas essas bases, tendo em vista as vicissitudes das teorias retributivas e preventivas da pena, impõe-se uma leitura do artigo 59 do Código Penal à luz da Constituição. Sendo certo que o Estado brasileiro se fundamenta na cidadania (art. 1º, II, CF) e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), que o texto constitucional consagra, ainda, como objetivo fundamental a promoção do bem comum (art. 3º, IV, CF) e que se rege pela prevalência dos direitos humanos (art. 4, II, CF), a consonância desses fundamentos conduz em um único sentido, o de que a vertente constitucional é a proteção máxima da pessoa, do que resulta que a interpretação das normas que se referem ao poder punitivo deve se dar de maneira que se concretize com maior intensidade a limitação desse poder.

Outorgar à expressão “prevenção” contida no artigo 59 do Código Penal um viés que admita uma majoração do poder punitivo estatal depõe contra o próprio texto constitucional, notadamente quando todas as teorias preventivas carecem de um fator suficiente que sirva à delimitação desse poder. A interpretação que se deve dar ao dispositivo, portanto, deve ser a de que também a prevenção deve ceder ao limite imposto pela culpabilidade, de modo que a sua consideração quando da determinação da pena só possa ser levada a efeito quando em benefício do réu, principalmente porque não se encontram no âmbito da análise do fato.

3.6 Culpabilidade e antecedentes

Dentre as circunstâncias que foram previstas pelo legislador para influenciar na determinação da pena-base, acham-se os antecedentes, cuja definição vem passando por uma evolução tanto na doutrina pátria quanto na jurisprudência.

Um exemplo dessa evolução pode ser atestado no pensamento de Cézar Riberto Bitencourt. Escreve o doutrinador que, inicialmente, considerava como antecedentes penais e, portanto, como aptos a influenciar na definição da pena quando da primeira fase de aplicação, os processos e inquéritos penais em curso, as absolvições por insuficiência de provas, além das prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes. Entendia que, por não encerrar um juízo definitivo de

censura, consubstanciado na condenação penal, não implicavam desrespeito ao princípio da presunção de inocência.⁴³⁶

O posicionamento até então adotado foi revisto pelo autor, que passou a entender, em consonância com outros setores da doutrina, que diante de um Estado Democrático de Direito e sob o império da ordem constitucional vigente, apenas podem ser valorados como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis.⁴³⁷

A jurisprudência dos tribunais superiores tem trilhado caminho idêntico, no sentido de que apenas condenações judiciais com trânsito em julgado podem figurar como maus antecedentes. Podem ser citados como exemplo, no Supremo Tribunal Federal: RE 591054, AI 741.101 e RE 535.477. De se lembrar, ainda, que a Defensoria Pública da União formulou proposta de Súmula Vinculante a dispor no mesmo sentido. No Superior Tribunal de Justiça, inclusive, foi editada súmula nesse sentido (Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base).

Embora a súmula não mencione processos encerrados com sentença absolutória ou os extintos por quaisquer causas de extinção da punibilidade, deve-se ancorar na *ratio essendi* do enunciado, de modo que também estes venham encampado pelo entendimento expresso no verbete. O mesmo se pode dizer quanto aos processos em que houve sentença definitiva com pretensão da pretensão executória, eis que o *jus puniendi* não pode exercer qualquer efeito quando fulminado pela prescrição.⁴³⁸

Outra questão debatida é se os registros que ultrapassam o prazo de cinco anos, previsto no artigo 64, I, do Código Penal, que se refere à reincidência, podem também ser considerados como maus antecedentes. Esse aspecto também demanda uma leitura feita através das lentes constitucionais.

O disposto no artigo 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal, veda que sejam impostas penas de caráter perpétuo. Embora os antecedentes penais não sejam considerados pena sob o sentido estrito do termo, fato é que seus efeitos se protraem no tempo até a morte do condenado, quando, de alguma forma, servirem

⁴³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 754

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 755

⁴³⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167

para fundamentar o agravamento de uma outra pena imposta. Pelo mesmo diapasão, o ordenamento penal também estabelece um limite temporal depois do qual as penas, comindas ou aplicadas e não executadas, não terão efeito, o que se dá por intermédio do instituto da prescrição.⁴³⁹ A consonância desses preceitos conduz no sentido de que também os efeitos dos antecedentes devem se sujeitar a um lapso temporal.

Quanto ao prazo em que poderão ser considerados, escreve Paganella Bosshi que:

[...] carece de sentido que o decurso do tempo produza o *desaparecimento* da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos da causa legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes.⁴⁴⁰

Em harmonia com o que se tem sustentado neste trabalho, há de se ressaltar que, mesmo nessas hipóteses, a majoração da pena com base nos antecedentes não pode ultrapassar o limite estabelecido pela culpabilidade do fato. Refuta-se, então, o entendimento defendido por Reale Júnior, no sentido de que os antecedentes seriam uma expressão da culpabilidade do agente. Trata-se, em verdade, de circunstâncias exteriores ao fato, portanto, com ele não se relacionam. Antecedentes e culpabilidade não se confundem e não se tocam, ao menos consoante o conteúdo de culpabilidade ora sustentado. Posicionamento em contrário, que admite que os antecedentes integrem a culpabilidade do agente, tendem a resvalar para um direito penal de autor, incompatível com um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e cujos vetores constitucionais apontam para uma contenção do poder punitivo.

Uma outra leitura, sob outro prisma, também é possível ou, porque não dizer, até mesmo necessária. É de sabença comezinha que, no seio social, os efeitos de uma condenação, e até mesmo de um processo ou de um singelo indiciamento, não guardam uma relação de correspondência com o tecnicismo que permeia o ordenamento jurídico. Enquanto no âmbito do direito se verificam termos extintivos como a prescrição e a não consideração da reincidência depois de um

⁴³⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros, 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 150

⁴⁴⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168

lapso de tempo, os indivíduos atingidos por uma condenação penal, ou até mesmo por um processo judicial ou, ainda, por um inquérito policial, passam a ser vistos como desviantes e tratados como tal. Os efeitos de uma condenação penal, na realidade, acompanharão os sentenciados por um prazo deveras maior do que aqueles definidos pela legislação, se é que algum dia venham a cessar.

Não é segredo que empresas, no âmbito do procedimento levado a efeito para a contratação de novos empregados, exigem que se apresente certidão de antecedentes criminais. Também não é preciso dizer que apontamentos em nome do candidato serão sopesados quando do exame admissional e da escolha entre os pretendentes.

Ainda nos idos de 1957, Carnelutti percebeu esses efeitos com perspicácia, quando fez constar em seu *As misérias do processo penal*:

Nem aqui seja dito, ainda uma vez, contra a realidade que se quer de fato protestar. Basta conhecê-la. A conclusão de havê-la conhecido é esta: as pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.⁴⁴¹

Sérgio Salomão Shecaira, ao analisar as teorias do *leabilling approach*, escreve:

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *nom grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade.⁴⁴²

Especificamente no que pertine aos inquéritos policiais arquivados e processos judiciais com sentença absolutória ou com causa extintiva da punibilidade, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, atestando a dificuldade

⁴⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antonio Cardinalli. Campinas: Servanda, 1995, p. 36

⁴⁴² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103
307

de seus assistidos de se inserirem no mercado de trabalho, fez publicar documento em que propugna a exclusão desses dados do banco do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt, da cidade de São Paulo, no qual se pode ler:

O cidadão paulistano que já se viu envolvido em inquérito policial arquivado ou que já respondera a processo criminal em que fora absolvido, tivera a extinção da punibilidade declarada ou cumprira integralmente sua pena, depara-se, no mais das vezes, com circunstâncias assaz constrangedoras e vexatórias quando se candidata a uma vaga de emprego ou precisa de autorização administrativa para exercer sua profissão (v.g. motoristas de táxi ou autônomos que atuam no transporte coletivo), sendo preterido, ou não logrando êxito em sua pretensão, tendo em vista o 'vazamento' de informação sigilosa, obtida de modo ilegal junto ao banco de dados mantido pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt.⁴⁴³

Se é certo que cidadãos, consoante o que atestou aquela instituição, encontram dificuldades de inserção na economia formal diante do conhecimento espúrio de empresas acerca de dados que, tecnicamente, sequer possam ser computados como antecedentes penais, que dizer de apontamentos que efetivamente o são?

Estando o indivíduo premido de oportunidades ou mesmo sendo tratado em desigualdade de condições em razão de seus antecedentes, diante da concepção de culpabilidade pelo ato já delineada, podem os antecedentes penais se constituir em um fator que redundará em uma deficiência de autodeterminação, reduzindo sua capacidade de comportar-se conforme o direito. Na medida em que influenciarem nessa capacidade, a reprovação que recairá sobre sua conduta tende a ser menor, o que vai surtir efeitos na graduação da pena, neste caso, para menor.

3.7 Culpabilidade e personalidade

O estudo da personalidade como meio apto a influenciar na dosimetria da pena não é novo, mas remonta ao positivismo criminal iniciado com Lombroso e passando por inúmeras modificações no decorrer dos séculos XIX e XX. Informa

⁴⁴³ Em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/7842.pdf>> Acesso em: 16 de junho de 2015

Tatiana de Oliveira Stoco que o aprofundamento do estudo da personalidade não encontrou eco na prática judiciária, pois exigiria um aperfeiçoamento dos juízes e a necessidade de elaboração de perícia antes da prolação da sentença, o que, no âmbito do processo, resta de todo inviável.⁴⁴⁴

A despeito da complexidade do instituto, que demanda conhecimento técnico específico para a sua compreensão e posterior aplicação, setores da doutrina elegem a personalidade como um dos principais fatores de dosagem da pena. É o caso de Reale Júnior, para quem:

O agente será mais ou menos reprovável se, na formação de sua *personalidade* (que compõe genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo.

O homem escreve sua própria biografia, pois todos os seus atos serão atos incorporados à sua história, e as incontáveis decisões somam um conjunto, que reflete a pessoa do homem, a sua singularidade.⁴⁴⁵

Também Guilherme de Souza Nucci, que define a personalidade como “o conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”, elabora alguns critérios que devem ser levados em conta pelo juiz na aferição dessa circunstância, que revelariam o modo de ser do agente, assim elencados:

a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ STOCO, Tatiana de Oliveira. **Personalidade do agente na fixação da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148

⁴⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 407

⁴⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 168

Por mais que o doutrinador paulista tente desvincular seu posicionamento da pecha de um direito penal de autor, aduzindo que essas características somente deverão ser sopesadas quando influenciarem no cometimento do delito, a singela análise dos aspectos mencionados conduz em sentido diverso.

No mesmo diapasão do autor supracitado, Luiz Regis Prado define também alguns critérios que definiriam a personalidade:

[...] a índole, o caráter do indivíduo, reveladora de suas qualidades e defeitos. Aqui são verificados, além da índole do sujeito, sua sensibilidade ético-social e a presença de possíveis desvios em seu caráter⁴⁴⁷

Há ainda quem defenda que as infrações que não podem ser consideradas como maus antecedentes, incluindo aí aquelas praticadas ao tempo da menoridade, sejam elementos concretos passíveis de revelar a personalidade do agente⁴⁴⁸, do que resulta a enxurrada de decisões judiciais que se valem da malfadada expressão “personalidade voltada para o crime” para fundamentar a exasperação da pena.

Esse entendimento parece destoar do sentido que emana do artigo 59 do Código Penal. Com efeito, ao constar da redação do dispositivo os termos “personalidade” e “antecedentes” – assim, em separado - a conclusão a que se chega é a de que os conceitos não se identificam, de modo que determinados fatos, se não configuram antecedentes penais em razão da sua incompatibilidade com o estado de inocência ou da vedação de pena de caráter perpétuo, devem ser esquecidos e não podem pautar a análise quanto à personalidade do agente.

A despeito da respeitabilidade dos entendimentos contrários, a fluidez com que tem sido tratado o conceito de personalidade no âmbito jurídico revela uma extrema subjetividade a imperar na sua análise, o que redundaria em malferimento ao princípio do contraditório, uma vez que impediriam a refutação pela parte prejudicada. Também a consideração de aspectos particulares do sujeito, ínsitos à sua intimidade, esbarra na proteção constitucional dessa esfera do indivíduo.

Esse entendimento é compartilhado por Rodrigo Duque Estrada Roig, para quem:

⁴⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 243

⁴⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 756

A adoção de juízos quanto à personalidade no momento da injunção da pena demonstra efetivamente que o contraditório e a ampla defesa foram sobrepujados pelo órgão acusador, ao tolerar que juízos de evidente subjetividade possam atar o acusado em sua defesa contra tais imputações. Enfim, qualquer prognóstico que tenha como mérito “probabilidades” não pode, por si só, justificar a negação de direitos, visto que são hipóteses inverificáveis empiricamente.⁴⁴⁹

Uma compreensão da personalidade pautada por atributos de caráter ou de temperamento não contempla a complexidade do seu conteúdo, sendo que, no mais das vezes, as análises são pautadas com base nos próprios atributos do analisante, eleitos como paradigma a nortear a conclusão a que chega.⁴⁵⁰

Demais disso, e aqui no que mais importa aos objetivos ora traçados, a consideração da personalidade como fator apto a majorar a pena não respeita a culpabilidade pelo fato. Esclarecedoras são as linhas de Rogério Greco:

Acreditamos que o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá leva-la em consideração no momento da fixação da pena-base.

Merece ser frisado, ainda, que a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois que prioriza a análise das características penais do seu autor.⁴⁵¹

Também Paganella Boschi, depois de mencionar as quase inultrapassáveis dificuldades das ciências *psi* para aferir a personalidade do indivíduo, questiona a sua utilização como critério para exasperar a pena justamente porque se estará a punir um indivíduo não pelo que faz, mas pelo que é, pelo seu particular modo de ser.⁴⁵²

Conclui, ao final, que ainda que pudessem ser ultrapassadas essas dificuldades, não estaria o Estado autorizado a valorar a personalidade do sujeito

⁴⁴⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160

⁴⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171

⁴⁵¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 565

⁴⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 174-5

negativamente, pois a valoração deveria ser a menor. Encontra o autor dificuldade em compreender porque distúrbios mentais mais graves, como a perturbação da saúde mental e o desenvolvimento incompleto ou retardado, obrigam o juiz a realizar uma necessária diminuição de pena, ao passo que a personalidade tem servido de espeque para uma valoração negativa do indivíduo apta a ensejar um agravamento da sanção.⁴⁵³

Em consonância com o posicionamento aqui defendido, em um exercício de argumentação, uma vez que se possa considerar superáveis as dificuldades enfrentadas para a valoração da personalidade, inclusive jurídicas, a sua consideração como critério de prevenção geral ou especial não poderia ultrapassar o limite imposto pela culpabilidade pelo fato.

A idêntica conclusão chega Juarez Tavares:

O Código Penal, ao incluir o exame da personalidade no momento da individualização da pena, como consta no artigo 59, não o fez na forma de um juízo moral, e, sim, em adequação aos fundamentos da própria culpabilidade, como manifestação da decisão autônoma do sujeito para a realização da conduta; ou seja, como critério de prevenção geral e especial, a personalidade não pode se afastar dos limites subjetivos impostos pela culpabilidade. Não seria possível, em um Estado laico, pretender-se de outro modo, pois, caso contrário, o direito estaria cedendo, exclusivamente, à moral do julgador, e não aos elementos que tornam adequado o pronunciamento de culpa, consoante a capacidade de motivação do agente e sua acessibilidade ao apelo da norma. Por isso, só se pode entender a personalidade como o processo mental de produção e delimitação de autonomia do sujeito, isto é, como um processo prévio de formação da motivação do agente.

(...)

A personalidade, ao contrário do que se afirma comumente nas sentenças criminais, funciona, assim, como um instrumento de limitação da responsabilidade. Na medida em que se reconheça no sujeito uma personalidade, pode ele ser responsabilizado; se ocorrer um distúrbio de personalidade, esse fato implica o reconhecimento de um problema de socialização, que pode conduzir a uma atenuação da pena.⁴⁵⁴

Diante de tudo o que se expôs, notadamente frente a variedade de posicionamentos acerca da aferição da personalidade e diante da limitação da pena

⁴⁵³ *Idem, ibidem*, p. 176

⁴⁵⁴ TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. BATISTA, Nilo NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 149-50

pela culpabilidade do fato, na medida em que circunstâncias demonstradas nos autos e constatáveis pelas partes possam ser verificadas, admite-se a influência da personalidade como critério apto a minimizar a pena, mas jamais para agravá-la.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ No mesmo sentido STOCO, Tatiana de Oliveira. **Personalidade do agente na fixação da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148, p. 175

CONCLUSÃO

1- A culpabilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, assume a qualidade de princípio e pode ser assim considerada ao se adotar uma interpretação valendo-se da tópica como método adicional ao método silogístico. Como tal, informa e orienta as decisões que se constroem no âmbito do direito penal.

2- A natureza constitucional da culpabilidade como princípio deriva do fundamento da dignidade da pessoa humana, conforme se pode atestar da análise da sua construção histórica. Nesse aspecto, pressupõe um nexo de causalidade entre uma conduta e o resultado produzido, impede que a pena ultrapasse o âmbito pessoal do autor do fato, impõe que a responsabilização penal se vincule a um fato praticado e não à pessoa do autor, impede a responsabilidade objetiva, além de exigir que a punição se dê somente em se tratando de autores imputáveis. Nessa qualidade, funciona como limite ao poder de punir do Estado

3- Como integrante do arcabouço constitucional, o princípio da culpabilidade se relaciona com outros princípios de idêntica hierarquia. No seu cotejo com o princípio da proporcionalidade, impede que uma pena seja aplicada em patamar maior do que a proporcionalidade recomenda. Da sua relação com o princípio da individualização da pena, a culpabilidade impõe que a graduação da pena deve levar em conta o indivíduo e a sua particular relação com o fato.

4- Como elemento estrutural do delito, a culpabilidade passa a ganhar corpo com o pensamento clássico, calcado na noção de liberdade do indivíduo. A discussão se intensifica com o surgimento dos ideais positivistas, donde surge a controvérsia entre determinismo e indeterminismo, cada qual adotando um parâmetro como espeque para a responsabilidade penal.

5- É com a obra de Binding, contudo, que a culpabilidade passa a ser considerada sistematicamente como elemento que integra a estrutura do delito, sendo através de Lizst que o direito penal se estrutura no esteio da culpabilidade.

6- Com o pensamento neokantista, mais especificamente através da obra de Frank, de 1907, agrega-se à culpabilidade um conteúdo valorativo, do que deriva a possibilidade de sua graduação, assumindo relevância as circunstâncias concomitantes. O núcleo do conceito de culpabilidade passa a ser a responsabilidade. Seu aspecto normativo passa a ser tratado com mais intensidade por Goldschmidt, agregando a noção de homem médio. A evolução segue com Freudenthal, que introduz ao conceito o poder de agir de outro modo, de acordo com as circunstâncias que influenciaram o autor na prática do delito, culminando com Mezger e a sua culpabilidade pela formação do caráter. A culpabilidade, justamente por se tratar de um conceito graduável, influencia diretamente na quantificação da pena.

7- A culpabilidade passa a contar com um caráter puramente normativo com o advento do finalismo de Welzel. O poder de agir conforme o direito passa a ter importância central na sua graduação, na medida da importância da exigência do direito e da facilidade ou dificuldade do autor em satisfazer essa exigência. O que se examina é até que ponto e em que medida pode ser considerada a reprovabilidade da vontade, que é inerente à ação praticada. Abandona-se o parâmetro do homem médio para se levar em conta o indivíduo no caso concreto, retomando Welzel a discussão acerca do livre-arbítrio, considerado nos seus aspectos antropológico, caracteriológico e categorial. A culpabilidade é tida como a medida da pena, sendo esta concebida como retribuição a um mal praticado.

8- Com o funcionalismo a culpabilidade passa a se ligar diretamente a finalidades preventivas da pena, encontrado o seu ápice na proposta de Jakobs, que define como função essencial da pena a preservação da norma enquanto modelo de orientação. Para Roxin, que adota um funcionalismo moderado, o limite da pena seria, ainda, a culpabilidade clássica, embora questões de ordem preventiva possam conduzir à fixação da pena em grau menor do que o da culpabilidade, podendo, inclusive, recomendar que a pena deixe de ser aplicada.

9- Em reação aos ideais funcionalistas, outras acepções da culpabilidade foram propostas. Ainda tendo por base a liberdade, Shunemann defende que se

pode alcançar esse conceito tendo por base a filosofia da linguagem, na medida em que no contexto comunicacional os indivíduos se entendem como livres. Günter embasa a liberdade na teoria do discurso de Habermas, com a ideia de pessoa deliberativa capaz de participar da construção do discurso jurídico. Figueiredo Dias, assim como Zaffaroni, entendem que um aspecto da liberdade pode ser constatado, baseado na noção de autodeterminação do indivíduo, este último agregando ao conceito de culpabilidade a vulnerabilidade, que pode influenciar na graduação da responsabilidade e, via de consequência, da pena, de acordo com o esforço do indivíduo para atingir a vulnerabilidade concreta, tendo sempre como parâmetro de limitação a culpabilidade pelo fato.

10- Como fator de delimitação da pena, não se há de considerar como diferentes a culpabilidade que integra a estrutura do delito daquela constante no artigo 59 do Código Penal. Isso porque, desde a obra de Frank, concebe-se a culpabilidade como conceito graduável, capaz, portanto, de balizar a quantificação da reprimenda penal. Demais disso, diante da concepção da culpabilidade como princípio constitucional derivado da dignidade da pessoa humana e, portanto, como limitação do poder de punir, conferir-lhe uma interpretação, no âmbito de determinação da pena, que contemple um alargamento desse poder destoa do seu conteúdo como princípio. Por fim, entender que um mesmo conceito define institutos diversos depõe contra o caráter científico do direito, eis que uma ciência se cristaliza como tal de acordo com a precisão de seus conceitos.

11- O limite da pena deve ser construído de acordo com o conceito material de culpabilidade, que pressupõe a liberdade. Não nos moldes do classicismo penal, calcado no indeterminismo, que entende o indivíduo como senhor de suas escolhas, mas sim de acordo com o entendimento de que, ao menos, um aspecto de autodeterminação deve ser verificável, numa análise do indivíduo no caso concreto, podendo militar em seu favor fatores que levem em conta sua dificuldade de agir conforme o direito. Isso deriva, inclusive, da conclusão de que a culpabilidade decorre da dignidade da pessoa humana, que pressupõe liberdade e responsabilidade.

12- Traçado o limite da pena com a culpabilidade, as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não podem ultrapassá-lo, devendo ser consideradas em favor do acusado. Embora conste da redação do dispositivo a culpabilidade ao lado de outras circunstâncias judiciais, ela deve ser tida em posição de destaque, dada a densidade do seu conceito, que resulta de toda a sua construção histórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Traduzido por Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Eedipro, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. 3. ed. Tradução, textos e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2009.

BACIGALUPO, Henrique E. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

BARREIRA, César Mortari. **Entre direito penal e criminologia crítica**: uma nova agenda de pesquisa a partir da relação entre Günter Jakobs e Niklas Luhmann. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. NASCIMENTO André. (orgs.). **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BINDING, Karl. **La culpabilidade em derecho penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Julio César Faira, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**: parte geral. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Traduzido por Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo, Hemus, 1996.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 15, n.º 2, abr/jun, 2005.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral. Tomo I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade**: considerações: fundamento, teoria e consequências. Curitiba: Juruá, 2010.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. Tese (Titularidade da Cadeira de Direito Penal)-Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Traduzido por José Antonio Cardinalli. Campinas: Servanda, 1995.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal. Parte Geral. Volumes 1 e 2**. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Trad. Eugênio Raul Zafaroni. Buenos Aires: Hamurabi, 1989.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

FREUD, Sigmund. Totem y tabu. **Obras completas**. Tomo II. Tradução de Luis Lopez-ballesteros. 3. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1973.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2006.

GOLDSCHIMIDT, James. **La concepcion normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nunez. Buenos Aires: Depalma, 1943.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. Fundamento material da culpabilidade jurídico-penal: breve percurso dogmático no marco das teorias da culpabilidade e seus (possíveis) pilares de sustentação. In: FARIAS, Alexandre Ramalho de; HALLVASS FILHO, Luiz Carlos (Org.); BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). **Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Eduardo Trigo Roncaglio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GÜNTER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Traduzido por Juarez Tavares. **Revista Brasileira de ciências criminais**. Ano 6, n.º 24, out/dez, 1998.

HASSEMER, Winfred. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Traduzido por Pablo Rodrigo da Silva Aflen. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Org. Richard Tuck. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. Rev. da Trad. Eugénice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

JAKOBS, Gunther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Traduzido por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Culpabilidad y prevención. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 3, 4/5, p.205-223, 1997.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Liberdade, culpabilidade e individualização da pena**. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de direito da PUC. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Traduzido por Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 2007.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal. Tomo I**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. Nova ótica na aplicação da lei e na individualização da pena. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Justiça penal**: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. A culpabilidade e a perspectiva ontológica de liberdade. **Justitia**, São Paulo, v. 64, n. 197, p.65-71, jul./dez. 2007.

_____. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Os fins da pena no código penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 14, n. 167, p.18, out. 2006.

MARQUÊS DE SADE. **A filosofia na alcova ou os preceptores imorais**. Trad. Augusto Contador Borges. São Paulo: Iluminuras, 1999.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação**: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: DPJ, 2009.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general. Trad. Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol II. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. I. 11. ed. ver. atual. a ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. CARVALHO, Érica Mendes. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 .

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**: parte general. 9. ed. Buenos Aires: Julio César Faria, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da pena privativa de liberdade**: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra, 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: La estructura de La teoria del delito**. Vol I. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Peña *Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal* Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. **Política criminal y el sistema del derecho penal**. Traduzido por Francisco Muñoz Conde, 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales e permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **Personalidade do agente na fixação da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 104, p.53-99, set./out. 2013.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traduzido por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

_____. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Julio César Faira, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. Culpabilidad por la vulnerabilidad. LORENZO, José Luis Di *et. al.* **Vulnerables**. Buenos Aires: Lajouane, 2011.