XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-168-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinarias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo "A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro", de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto "Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental", a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto "O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer", os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por "razões de Estado", importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 /2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, consequentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

IMPACTO DOGMÁTICO DAS CHAMADAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCOMITANTES NA FORMULAÇÃO DO CONCEITO FINALISTA DE CULPABILIDADE NORMATIVA PURA E SEU CONFRONTO COM A MODERNA PERSPECTIVA FUNCIONAL-SISTÊMICA

DOGMATIC'S IMPACT OF CIRCUMSTANCES CONCOMITANT FORMULATING THE FINALIST CONCEPT OF PURE NORMATIVE CULPABILITY AND ITS CONFRONT WITH THE MODERN FUNCTIONAL-SYSTEMIC PERSPECTIVE

Ana Clara Montenegro Fonseca [1]
Vinícius Leão de Castro [2]

Resumo

O artigo analisa aspecto normativo (finalismo) e funcionalista (sistêmica) da culpabilidade, verificando a influência das circunstâncias concomitantes, de Reinhart Frank. Estudo teórico, com procedimento bibliográfico, baseia-se na essência e evolução da culpabilidade juntamente com teóricos da modernidade para compreender a culpabilidade funcional. A pesquisa divide-se em: fundamentos etiológicos do conceito de culpabilidade; teorias da culpabilidade; impacto das circunstâncias concomitantes; percepção de culpabilidade funcional. Demonstrar, portanto, como os teóricos modernos interpretam este instituto e confrontar tal entendimento com os fundamentos finalistas, constatando afinidade ou discordância da aplicação prática do instituto com a referida teoria.

Palavras-chave: Circunstâncias concomitantes, Culpabilidade normativa, Culpabilidade funcional

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes normative aspect (finalist) and functionalist (systemic) of culpability, checking the influence of concomitant circumstances, from Reinhart Frank. Theoretical study with bibliographic procedure is based on the essence and evolution of culpability along with theoreticians of modernity to understand the functional culpability. The research is divided into: etiological basis of the concept of culpability; theories of culpability; impact of concomitant circumstances; perception of funcional culpability. Demonstrate, so how modern theorists interpret this institute and confront such an understanding with the finalists fundamentals, noting affinity or disagreement of the practical application of the institute with that theory.

---

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora e professora assistente II no Curso de Direito da UFPB.

[2] Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Federal da Paraíba. Pesquisador nas áreas de Teoria do Estado e Filosofia do Direito, Diretor do Centro Interdisciplinar de Pesquisa em Educação e Direito.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Concomitant circumstances, Normative culpability, Functional culpability

INTRODUÇÃO

A observação à pessoa humana, dentro da teoria do delito, revela-se, primordialmente, por intermédio do substrato culpabilidade. Este emerge como o juízo de reprovação pessoal realizado pelo intérprete sobre o indivíduo causador da conduta típica e antijurídica. Tal fator demonstra que a culpabilidade à luz da teoria final da ação representa o único elemento do crime que se debruça detidamente sobre o homem, enquanto sujeito de direitos, e não sobre o fato, como ocorre na análise da antijuridicidade e do fato típico.

Desse modo, em razão da relevância que a culpabilidade tem para a dogmática jurídico-penal, esta pesquisa tem como objeto a análise da concepção moderna de culpabilidade, confrontando-se o seu viés normativo (construção do finalismo) e a nova perspectiva funcionalista (na percepção do funcionalismo sistêmico), que já ganha espaço nos debates teóricos, para compreender como se verifica essa nova consideração da culpabilidade no cenário atual e seus reflexos para a teoria do crime.

Especificamente, pretende-se estudar como este conceito foi construído ao longo do desenvolvimento epistemológico do direito penal, a fim de se verificar se existiu influência das chamadas circunstâncias concomitantes, propostas prioritariamente por Reinhart Frank, nessa formulação e, se positivo, quais os impactos da mesma para a redefinição moderna e funcional de culpabilidade.

Desse modo, pretende-se investigar criticamente as modificações na estrutura da teoria do delito, aquelas consequentes da evolução do elemento culpabilidade, a partir da teoria final da ação, cujo expoente é o penalista alemão Hans Welzel. Para, posteriormente, chegar-se ao estado da culpabilidade funcional, perspectivando-se a temática por meio da vertente normativo-sistêmica, delineada por Günther Jakobs.

Tratar-se-á, portanto, do estudo eminentemente teórico, cujo procedimento é o bibliográfico, exigindo o retorno à literatura clássica nacional e internacional, porque são estas que tratam da essência e da evolução do substrato culpabilidade. Ao mesmo passo, alicerça-se em teóricos da modernidade para embasar a reinterpretação crítica dessa visão normativa e, doravante, das ideias funcionalistas sobre o objeto aqui discutido.

Nessa trilha, a pesquisa estrutura-se em quatro partes. Na primeira, intenta-se abordar brevemente os fundamentos etiológicos do conceito de culpabilidade, a fim de demonstrar seu aspecto essencialmente de juízo sobre a pessoa humana. Em um segundo momento, expõe a trajetória percorrida pela ciência penal na formação da culpabilidade moderna, logo, evidencia-se a teoria psicológica da culpabilidade, a psicológico normativa até a normativa,

em um prisma finalista. A partir disso, pode-se passar a análise do impacto que as ditas circunstâncias concomitantes promoveram em cada elemento da culpabilidade: na imputabilidade, na consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa. Para ao final, entender a nova percepção de culpabilidade funcional e verificar as consequencias disto para o direito penal.

A finalidade deste estudo diz respeito à compreensão de como a culpabilidade pode funcionar hoje para excluir o delito ou influir na dosimetria de pena. Dito de outra maneira, é mister desvendar como a doutrina e os teóricos modernos tratam e interpretam o instituto em tela e confrontar tal entendimento com os ditames que se entende ser resultado da teoria finalista da ação, constatando afinidade ou descompasso da aplicação prática do instituto com a referida teoria.

2 NOTAS SOBRE OS FUNDAMENTOS ETIOLÓGICOS DA CULPABILIDADE: A PREVALÊNCIA DA VONTADE LIVRE DE AGIR HUMANA

É lugar comum asseverar que nos primórdios civilizatórios vigia o direito penal do resultado (*Erfolgshaftung*), que se baseava apenas no liame causal (*Causalhaftung*) entre o comportamento do autor e o resultado criminoso. "Não se atentava para as circunstâncias em que se encontravam a pessoa humana" (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1951, p.288). De acordo com Roque de Brito (1977, p.444) vigia o princípio *"qui versatur in re ilícita respondit etiam procasu"*, ou seja, quem realizasse um ato ilícito responderia de toda forma pelas conseqüências dele, ainda que o caso não fosse querido, previsto ou previsível.

Entretanto, "o Direito Penal de hoje é conceitualmente um Direito Penal da culpabilidade" (BRUNO, 1967. p. 24). Esta, sob a orientação finalista adotada pela literatura jurídica nacional clássica, retrata um "juízo de reprovação pessoal, vez que recai sobre o autor de uma ação típica e antijurídica" (BRANDÃO, 2001. p. 131). Relaciona-se à vontade livre desse indivíduo de agir contrariamente ao direito, ou seja, "atuar dirigido pela vontade antijurídica" (WELZEL , 2002. p. 126-127), quando lhe era possível atuar conforme a ordem jurídica. É, portanto, um "juízo valorativo negativo sobre o homem" (BRANDÃO, 2005. p. 209), mercê do qual se aplica uma pena proporcional a tal reprovabilidade.

De se ver que o elemento culpabilidade tem relevo para a constituição do crime, possui influência decisiva na medida de aplicação da pena, sendo exatamente "pelo aperfeiçoamento de sua doutrina que se mede o progresso do direito penal" (LISZT, 2003. p. 260). Desse modo, a culpabilidade examina a determinação do sentido da decisão de um

sujeito específico. Eis a análise da responsabilidade subjetiva da pessoa humana, aproximando o Direito à justiça material, através da aplicação da penalidade baseada nessa pessoa determinada, real. Finalmente, vige na dogmática penal o afamado fundamento garantista *nulla poena sine culpa.*

Acerca da importância do princípio supracitado afirma Maurach (1962) que somente depois de comprovar que o agente é responsável pela ação ilícita, estaremos capacitados para reconhecer sua ação como produto de sua livre vontade. Neste caso, o juízo de apreciação negativa que versa sobre a ação ilícita, compreende também o autor responsável pelo fato: a culpabilidade é um juízo formado sobre o autor do crime. Esse juízo negativo acerca do autor, é que torna possível submetê-lo à sanção criminal.

Outrossim, em um olhar aos rudimentos da culpabilidade na sociedade romana percebe-se que "não concebia propriamente como crime as condutas praticadas sem liberdade, eram tidas como *quase-delictum"* (BRANDÃO, 2007. p. 25). Assim, o Direito Romano, embora não tenha construído uma teoria geral da culpabilidade, identificou, incipientemente, o que na modernidade é o seu objeto primário, a saber: vontade livre de agir do sujeito como fator determinante para a reprovação pessoal do crime.

Os romanos desenvolveram estudos sobre dolo e culpa por meio da interpretação que os pretores (juízes romanos) faziam das leis, e não das normas em si mesmas (afinal ainda se formara a concepção de legalidade). Subdividiam o dolo em dois tipos, a saber: *dolus bonus*, sagacidade, e *dolus malus,* que era o elemento naturalístico da vontade aliado ao normativo da consciência de antijuridicidade. A partir disso, as infrações e respectivas sanções dependem da análise dessas situações psíquicas, excluindo-se, por exemplo, casos fortuitos da esfera de punição.

Com o Direito Canônico, vivenciou-se um período negativo para o instituto, pois predominava o princípio *qui versatur in re illicita respondit etiam de casu*. Prevaleceu a idéia de que "o autor de um ato ilícito incorria em responsabilidade penal por todo resultado punível daí decorrente, fosse embora não previsto nem previsível, ressurgindo (...) a responsabilidade objetiva" (BRUNO, 1967. p. 25), mas que começou a ser superada ao final do período medieval com a evolução do direito.

Jescheck (2002, p. 450) assevera que os antecedentes da teoria da culpabilidade encontram-se na ciência do direito penal italiana do final da Idade Média e na jurisprudência do direito comum dos séculos XVI e XVII. Ainda, conforme o autor, a teoria da culpabilidade teve influência de Samuel Pufendorf (1634-1694) com a criação da primeira estrutura mental suscetível de desenvolvimento *imputatio*. Essa capacidade de imputação significava que uma

ação livre pertencia a seu autor (*ad ipsum proprie pertinens)* e, por esse motivo, como base (‘*causa moralis*’) de sua responsabilidade.

Segundo Bacigalupo, surge, ulteriormente, um fundamento ético para a culpabilidade, de influência no idealismo filosófico germânico, com os estudos de Hegel (BACIGALUPO, 2005. p. 381). Os hegelianos enxergam o delito como desvio da vontade geral, personificada na lei, livremente escolhido pelo indivíduo. Em seqüência, Binding insere tal imputação subjetiva na dogmática, vincula-a ao pressuposto da liberdade da vontade, ao livre arbítrio (JESCHECK, 2002. p. 450). Contudo, é propriamente com Reinhart Frank (1907) que se constrói um conceito científico de culpabilidade (de *imputatio* para o alemão *schuld*) (BRANDÃO, 2005. p. 137).

No século XIX, o conceito de culpabilidade baseado no livre arbítrio, na vontade, com abuso do direito natural já não pôde mais ser sustentado. Sendo assim, emerge o conceito psicológico de culpabilidade, representando adoção do positivismo-causal (JESCHECK, 2002. p. 450). Dessa forma, a dogmática começa a compreender o injusto através da separação de seu lado objetivo e subjetivo. Ao primeiro pertencia puramente o caráter externo-objetivo da ação (antijuridicidade), enquanto os elementos anímicos (lado subjetivo) deviam constituir a culpabilidade (WELZEL, 1997. p. 57).

Para Santos (2005, p. 199) a dogmática penal contemporânea edifica o conceito de culpabilidade com base nas categorias elementares do fato punível, que se relacionam como objeto de valoração e juízo de valoração, segundo a conhecida fórmula de Graf Zu Dohna (1905): “o injusto (dolo) como objeto de valoração, a culpabilidade como juízo de valoração do dolo”. (WELZEL, 2002. p. 130-131):

Todavia, foi com Reinhart Frank (1907), em *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, que as espécies dolo e culpa formaram um conceito superior de culpabilidade (BRANDÃO, 2005. p. 136-139). Frank expõe que a “culpabilidade não se esgota no dolo e na culpa, possuindo outros elementos além do aspecto psicológico” (2004. p. 33). Mas, antes de conhecer as conseqüências dos primeiros estudos normativo da culpabilidade propiciados por Frank, cumpre verificar, desde o início a evolução dogmática das teorias que tratam da mesma.

3 PARA ALÉM DE UM OLHAR PSICOLÓGICO DA CULPABILIDADE: FORMAÇÃO DE SUA PERSPECTIVA NORMATIVA PURA DO JUÍZO DE REPROVAÇÃO

A Teoria Psicológica da Culpabilidade (ou Sistema Causal-Naturalista de Liszt-Beling e Radbruch) constituiu-se por meio das concepções positivistas e naturalistas prevalentes no século XIX. A culpabilidade era pura descrição de uma relação anímica (psíquica) entre o autor e o resultado, que abrangia o dolo (naturalístico) ou a culpa e a imputabilidade (capacidade geral de entender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato). "O direito penal era o da responsabilidade puramente objetiva, vez que tão somente o viés objetivo do fato punível era realçado" (BRUNO, 1967. p. 13).

A culpabilidade, separada dos elementos objetivos e isenta dos valorativos, consistia tão somente no lado psíquico da causalidade, como provocação voluntária (via dolo, sua forma mais grave) ou involuntário (via culpa) do resultado. A culpabilidade abrange apenas o dolo e a culpa, "não é mais do que um conceito genérico abrangendo os dois conceitos específicos" (BRUNO, 1967. p. 25-26).

Nesse contexto mecanicista-causal, cuja metodologia baseava-se na observação controlada dos fatos (buscando a sua mera explicação), torna-se clara a insuficiência do conceito psicológico de culpabilidade: dificuldade para explicar a tentativa, a omissão e a culpa inconsciente. Nesta última, não há a exigida relação psíquica entre o autor e o resultado, inexiste o vínculo anímico vez que o autor não previu o resultado, mesmo quando lhe era possível prever.

Da crítica ao sobredito positivismo (Hegel e seu idealismo objetivo), surge o retorno à Kant (neokantismo) e suas diferenciações entre natureza e cultura. Os neokantistas visualizam também juízos valorativos na culpabilidade, apegam-se à cultura, a qual depende de valores (enquanto conceitos positivos e negativos atribuídos aos objetos). Eis que se configura a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.

Em verdade, essa "virada no conceito de culpabilidade, como valoração negativa de uma conduta reprovada, ocorreu a partir dos estudos de Reinhart Frank" (BRUNO, 1967, p. 27) sobre uma sentença do Tribunal Alemão, na resolução do conhecido caso concreto acerca da "carroça/cavalo sem rédeas". Inseriu-se na apreciação da culpabilidade a semente da concepção de inexigibilidade de conduta diversa. Neste caso, constatou-se a voluntariedade do condutor do cavalo arredio, entretanto, o "Tribunal firmou-se no sentido de que o agente não tivera liberdade de opção para agir conforme o direito, pois não tinha opção, senão obedecer às ordens do patrão" (FRANK, 2004. p. 42-43).

Com base na decisão jurisprudencial alemã *supra*, Frank (1907) teoriza a ideia de circunstâncias concomitantes (*normalität der begleitender umstände*), base para a utilizada noção de inexigibilidade de conduta diversa (posteriormente, aperfeiçoada por Goldschmidt

(2007, p. 87), culpabilidade como “juízo de contrariedade ao dever”, e Freudenthal (2003, p. 66), enaltecendo a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade), enquanto defeito na liberdade de escolha do agente.

Segundo Maurach (2002, p. 12), este modelo científico de culpabilidade emerge com o “condão de medir a pena, de ser seu pressuposto (exclui-se a pena se houver vício na liberdade do agente) e de permitir a sua gradação”. Afinal, pode inclusive haver dolo ou culpa, mas ser a pena excluída se existir alguma circunstância concomitante que impeça o sujeito de determinar sua vontade de ação conforme o direito.

Em suma, a culpabilidade é concebida como reprovabilidade, englobando as circunstâncias concomitantes (exigibilidade de conduta diversa), a capacidade de culpabilidade (imputabilidade), a culpa e dolo (retoma-se o *dolus malus*, valorado), como vontade e consciência da antijuridicidade. Em termos outros, a culpabilidade começa a ser também um juízo normativo (presente na valoração do intérprete), não simplesmente relação psíquica. Assim, enquanto juízo de censura, não representa simplesmente a *psique* do autor, mas se configura como atividade jurisdicional.

Em seqüência, com o finalismo do alemão Hans Welzel (1930), critica-se o conceito causal de ação – que a ignora como obra, em que a vontade constitui e antecede à escolha do movimento –, supera-se o modelo de culpabilidade psicológico-normativa – que combinava elementos psíquicos e normativos –, para se construir o conceito finalista de ação. Esta concepção promove uma “distribuição mais conveniente nos elementos do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), em busca de uma concepção pessoal de injusto e de uma revalorização o caráter ético-social do direito penal” (BRANDÃO, 2001. p. 142).

Para tanto, Welzel destaca como epicentro da teoria finalista a vontade reitora de um acontecer causal, apta a prever as conseqüências de sua conduta. Assim, o direito penal, embora não evite processos causais (não os explique gnosiologicamente), pode impedir atos dirigidos finalisticamente à realização deles (compreende-os ontologicamente). Segundo o autor, o “conteúdo da vontade da pessoa liga-se à conduta, portanto, ela não é cega, senão vidente” (WELZEL , 1997. p. 178); e nos tipos culposos, a ação continua com uma direção, fim legal, mas os meios escolhidos à obtenção deste são inadequados.

Disso, pode-se inferir que o dolo naturalístico é implícito à ação e não elemento da culpabilidade, separando-se da consciência da ilicitude, o que originando a chamada Teoria Normativa Pura da Culpabilidade. Nesta, permanecem puramente os elementos normativos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa, mormente a potencial consciência de antijuridicidade, doravante, como seu componente autônomo.

Em verdade, é Graf Zu Dohna que distingue o juízo de valoração da vontade/dolo (reprovabilidade), do próprio objeto de valoração, o dolo (GRAF ZU DOHNA, 1958. p. 32). A partir disso, Welzel (1951, p. 6) inicia a reestruturação da culpabilidade com o relato de um caso concreto, no qual uma mulher grávida foge da Alemanha oriental para a ocidental. No destino, a grávida tenta abortar, mas é flagrada. Welzel explica que não se pode censurar a tal mulher, vez que na Alemanha oriental o aborto era lícita e ela não podia valorar essa conduta como ilícita. Logo, mesmo frente a uma atitude intencional, a culpabilidade deve ser elidida, tendo em vista o desconhecimento do caráter antijurídico da conduta. Por conseguinte, diferencia-se erro de tipo, como excludente do dolo (tipicidade), e erro de proibição, como excludente da culpabilidade (GRAF ZU DOHNA, 1958. p. 81).

O finalismo enaltece o livre-arbítrio como pressuposto da reprovabilidade, exigindo que o "autor seja capaz (imputável) de compreender o caráter injusto do fato concreto e de se autodeterminar conforme essa compreensão (preenchendo, respectivamente, os requisitos intelectuais e volitivos da culpabilidade)" (WELZEL, 2002. p. 125). Não se trata de considerar simplesmente a aleatória liberdade de poder atuar entre o valor e desvalor da conduta, mas a liberdade de poder atuar em direção da autodeterminação conforme o sentido. Essa capacidade requer uma análise empírico-prática, e não teórica. Por isso, o "juízo de que outrem em uma situação pontual é culpável, não é um ato teorético, senão entinemático, existencial e comunicativo". (REALE JUNIOR, 2005. p. 54).Eis a riqueza da culpabilidade.

Com a reforma do Código Penal em 1984, o Brasil acolheu essa manifestação finalista, abandonando a teoria causalista. A culpabilidade torna-se a reprovabilidade, implicando uma valoração negativa da vontade, podendo, assim, ser graduada, conforme a relevância da exigência para o Direito e maior ou menos dificuldade do autor em satisfazê-la.

Por fim, afirma-se que a culpabilidade normativa pura de Welzel permite que o juízo de "culpabilidade retorne as suas autênticas origens, ocupando-se verdadeiramente com a evitabilidade ou inevitabilidade do fato praticado" (TOLEDO, 2000. p. 232).

4 IMPACTOS DAS "CIRCUNSTÂNCIAS CONCOMITANTES" NA FORMULAÇÃO DA PERSPECTIVA NORMATIVA DE CULPABILIDADE: ESTUDO CRÍTICO SOBRE O PENSAMENTO DE REINHART FRANK

Cumpre ressaltar, que neste ponto, chega-se a uma visão mais aprofundada daquilo que acreditamos ser a grande mudança paradigmática no conceito de culpabilidade: o que a leva para a concepção normativa pura, do finalismo de Welzel. Trata-se da inclusão no seu exame das circunstâncias concomitantes (*normalität der begleitender umstände*), de Frank, as

quais influem na formação dos elementos da própria culpabilidade normativa, isto é, da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, como se expõe no estudo crítico infra citado.

Dessa forma, pode afirmar que no que concerne à imputabilidade, Frank (2004, p.30) versa que, muitas vezes, é caracterizada como "pressuposto da pena ou como capacidade de culpabilidade". Na verdade, aduz que estas conclusões deterministas se encontram nos que entendem que o significado da pena se esgota na personalidade delitiva.

É claro que há uma relação entre imputabilidade e pena, mas esta relação é a mesma que existe entre culpabilidade e pena: somente o culpável é digno de pena e a imputabilidade pertence à culpabilidade. A imputabilidade, portanto, não é capacidade de culpabilidade, nem pressuposto de pena, mas elemento da culpabilidade.

A imputabilidade é inferida através de um conceito negativo, uma vez que é determinada pelo seu inverso, através da inimputabilidade. Sendo assim, segundo o ordenamento jurídico, serão inimputáveis aqueles que ao tempo da ação ou omissão eram inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar conforme tal compreensão.

Isso implica que a imputabilidade é excluída quando inexiste a capacidade do autor de compreender a consciência de ilicitude de sua ação, como nos casos de doença mental, e quando ele não pode se autodeterminar conforme esta compreensão, nos casos de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. O pensamento exposto, por sua vez, recai na idéia de inexigibilidade de conduta diversa e consciência da antijuridicidade. Conceitos desenvolvidos a partir das circunstâncias concomitantes, já explicitados anteriormente.

Neste diapasão, poderíamos inferir que sobre os inimputáveis absolutos, como os menores de 18 anos, não haveria influência das circunstâncias concomitantes, posto que a sua inimputabildade já ocasiona a exclusão da culpabilidade. Até porque o juízo de reprovação acerca da imputabilidade é prévio à análise das circunstâncias concomitantes, pois, como lembra Frank, há nos elementos da culpabilidade uma sucessividade: imputabilidade, dolo e culpa e circunstâncias concomitantes.

Além disso, sobre os imputáveis relativos, aos quais subsiste o caráter de semi-imputável, poder-se-ia, em seqüência, passar-se à análise da influência das circunstâncias concomitantes. Assim, por mais que sua condição de semi-imputável já preveja uma redução de pena, nada impede que haja a concorrência das circunstâncias concomitantes no sentido de permitir a exclusão da culpabilidade.

Por fim, frisa-se que a legislação nacional, estabelece restrições quanto à possibilidade de se tomar estados de emoção e de paixão como eventuais motivos para configurar uma circunstância concomitante apta a elidir a culpabilidade. Contrariamente, é expressa a vedação de assim entendê-los. O que contraria exemplos havidos à época de Berthold Freudenthal, na obra *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal* (de 1922), quando se levantaria a hipótese de excluir a culpabilidade em homicídios emocionais.

Quanto à consciência da ilicitude, assevera-se que o pensamento central deste autor era ampliar o conceito de culpabilidade para além de uma mera relação psíquica entre autor e fato, consubstanciada no dolo e na culpa. O dolo e culpa diziam pouco, ou quase nada acerca da culpabilidade, portanto, ele propôs a inclusão, no conceito de culpabilidade, da imputabilidade e das circunstâncias concomitantes. Estas, como se analisou, são situações que fogem à normalidade de motivação do autor de se conformar em direção da norma do dever.

Acredita-se que a partir dessa noção de circunstâncias concomitantes, retoma-se o fundamento da culpabilidade, o qual já se encontrava na idéia romana de *dolus malus*, qual seja: a consciência da antijuridicidade. Com tal resgate do dolo valorado (vontade aliada a um mau propósito, consciência da antijuridicidade), tornou-se possível saber a vinculação do autor ao ordenamento jurídico, analisar a medida de reprovabilidade por sua motivação, permitindo uma reprovação pessoal sobre o autor. Todavia, o referido dolo exigia que o conhecimento sobre a natureza ilícita da conduta fosse atual (real), o que gerava a permanência da concepção psicológica de culpabilidade, implicando na mesma dificuldade de comprovação dessa parte subjetiva da culpabilidade.

Em evolução, com o finalismo, a consciência de antijuridicidade (agora potencial) passa a ser elemento autônomo da culpabilidade, possibilitando elidi-la (ou diminuir a pena), e não o dolo, já que este agora é o *dolus naturalis*, um querer objetivo (direcionado a um fim), composto pela vontade e previsibilidade, situado na tipicidade.

Dessa maneira, pôde-se, finalmente, graduar a gravidade da conduta do autor, segundo o maior ou menor conhecimento da antijuridicidade. Também, permitiu-se distinguir os conceitos de erro sobre o tipo e erro de proibição, abandonando a tradicional distinção entre erro de fato e erro de direito.

Com a noção de erro de proibição, pela qual inexiste consciência da antijuridicidade e não vai se excluir o dolo, como no erro de tipo, mas a própria reprovabilidade, se for desculpável, ou apenas diminuir a pena, quando o desconhecimento da proibição era vencível, pois o agente podia, com esforço da consciência, assegurar-se da ilicitude da sua conduta.

Cumpre ressaltar que a repercussão dessa dicotomia das espécies de erros no ordenamento pátrio ensejou uma variante da idéia supra, a saber: o acolhimento da teoria limitada da culpabilidade, pela qual nas descriminantes putativas, o erro poderá ser de proibição, excludente de culpabilidade, ou de tipo, excluindo, pois, o dolo. Ainda, se o erro referir-se à configuração de justificantes, pode-se uma vez mais se proceder na equiparação ao erro de tipo, pelo qual se excluiria o dolo.

Nota-se, ainda, que as circunstâncias concomitantes de Frank servem de base à formulação da idéia de exigibilidade de conduta diversa, melhor tratada por Goldschmidt e Freudenthal.

Goldschmidt (2007, p. 54) preconizou que a base da culpabilidade estava na distinção entre a "norma jurídica" (caráter objetivo e geral, ou seja, o ordenamento jurídico) e a "norma de dever" (subjetiva e individual, ou seja, a motivação pessoal normal). Destarte, a culpabilidade seria um juízo de contrariedade ao dever, pois a conduta é reprovável em razão do agente agir contra o dever que é exigido do homem médio. A Goldschmidt é devido o mérito de haver chamado a atenção para a importância da "vontade contrária ao dever" na configuração da culpabilidade (BITENCOURT, 2015. p. 338).

Já Freudenthal (2003, p. 65-76) asseverava que a "exigibilidade da conduta é o elemento que permite distinguir o comportamento culpável do inculpável". A partir da teoria de Frank sobre as circunstâncias concomitantes, Freudenthal propôs que a possibilidade do agente de ajustar-se às normas jurídicas (o dever-e-poder-de-comportar-se-de-outro-modo) deve ser compreendida como elemento da culpabilidade (o atual elemento da exigibilidade da conduta diversa) e que, "quando ausente essa possibilidade, estará também ausente a reprovabilidade jurídica e, por conseguinte, a culpabilidade" (FREUDENTHAL, 2003. p. 71). Desse modo, se as "circunstâncias em torno da execução da conduta realizada são de um modo tal que qualquer um se comportaria como o autor, então está ausente o fundamento da culpabilidade, isto é, o poder-de-agir-de-outro-modo" (FREUDENTHAL, 2003. p. 76).

Assim, para Freudenthal (2003, p. 71) a culpabilidade é a reprovabilidade sobre o agente que devia e podia comportar-se de modo diferente do comportamento criminoso. Desse modo, a reprovabilidade jurídica decorre da existência da possibilidade do agente em se comportar conforme o Direito.

Isto significa que, a partir da teoria psicológico-normativa, passa-se a inserir no conceito de culpabilidade à necessidade de normalidade das circunstâncias do fato, isto é, a idéia de que um autor só pode ser culpável quando este podia e devia agir no sentido favorável à norma jurídica. É a liberdade de escolha do agente diante de sua atuação.

A concepção de circunstâncias concomitantes, apesar de ser essencial para o desenvolvimento do conceito de culpabilidade, é, ainda, um conceito limitado no seu tempo. Não alcança o dolo. Fato que só ocorrerá quando do surgimento do conceito de exigibilidade de conduta diversa. Isso porque para Frank, se as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade, não há dúvidas que igualmente podem excluí-la, todavia o estágio atual da legislação e teoria não permite a exclusão da culpabilidade nos crimes dolosos. Assim, a análise das "circunstâncias concomitantes nos crimes culposos, ao revés, possibilita, ao juiz, um amplo espaço para considerar a totalidade das relações como excludentes da culpabilidade" (FRANK, 2004. p. 20).

Outra problemática cotejada por Frank (2004, p. 25) concerne às situações nas quais, "embora se confirme o dolo e a consciência de antijuridicidade, a culpabilidade não poderia subsistir". Isto ocorreria nos casos em que se faz presente um perigo constituinte do estado de necessidade ou legítima defesa que à época negaria a própria culpabilidade ou gerar a anormalidade do fato.

Estas situações, para Freudenthal (2003, p. 79) "apenas compreende uma pequena fração das que suprimem a reprovabilidade do fato". Assim, uma norma que não se estenda adiante delas é defeituosa. Por isso, somente outro conceito de culpabilidade que abarcasse todas as circunstâncias do fato em que não se pode esperar que o autor evite sua conduta é que restabeleceria a concordância de que os "profanos" possuem de somente considerar culpável aquele de quem não se poderia querer outra conduta.

Enfim, o mérito de Frank é ter chamado a atenção para as circunstâncias concomitantes do fato a serem aplicadas de forma tópica, mesmo que sua doutrina seja insustentável dentro de uma concepção objetiva e de que pretenda considerar as circunstâncias concomitantes subjetivizadas apenas para a individualização da pena e não na decisão entre culpado e inocente.

Esta última parte é a contradição em sua própria teoria, pois as circunstâncias concomitantes excluem a exigibilidade e com ela a própria culpa. A culpa como conceito não é definida, nem derivada da lei. Na culpa, a culpabilidade é negada devido à falta de circunstâncias normais na execução, contudo, para Freudenthal, este mesmo argumento deveria ser válido para excluir a reprovabilidade no dolo, isto é, a própria culpabilidade.

A construção finalista das causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade foram, portanto, possibilitada pelo conceito originário das circunstâncias concomitantes de Frank.

Assim, ter cometido um fato típico e antijurídico, quando era inexigível ao autor uma conduta diversa, não o remete a um juízo de reprovação. É exatamente sob esta novo conceito científico de culpabilidade que a positivação da isenção de pena nos casos de Coação Moral Irresistível e de Obediência Hierárquica à ordem não manifestamente ilegal encontrou arrimo. Também integra esta idéia as causas supralegais de "inexigibilidade de conduta diversa" para exclusão da culpabilidade.

Também, sublinha-se que a doutrina pátria acolhe o estado de necessidade exculpante (causa supra legal de exclusão da culpabilidade) como exceção às justificantes, pios adere à teoria diferenciadora.

Em suma, na dogmática jurídico-penal Frank (2004, p. 33-45) foi o primeiro a advertir que o "caráter psicológico que se exprime no dolo e na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade", uma vez que é necessária também a reprovabilidade da ação praticada pelo agente. Assim, Frank propõe "o reconhecimento de um novo elemento na estrutura da culpabilidade: a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua" (FRANK, 2004. p. 41). Isso porque verificou que o Tribunal alemão usava as circunstâncias concomitantes anormais para reduzir a punibilidade do fato criminoso.

Em sendo assim, restava evidente que "a culpabilidade não abarcava apenas o dolo e a culpa, bem como nada impedia que as circunstâncias concomitantes também servissem para eliminar a reprovabilidade da conduta criminosa" (FRANK, 2004. p. 29-45). Nesse contexto, a culpabilidade passou a ser concebida como uma "relação psicológica e um juízo de reprovação" (BITENCOURT, 2015, p. 338).

5 O DESPREZO DO LIVRE-ARBÍTRIO COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: O PENSAMENTO FUNCIONALISMO NORMATIVO-SISTÊMICO

O indivíduo não é elemento do sistema social, mas sim as comunicações, segundo a teoria sistêmica. Apenas são atos relevantes as comunicações dotadas de sentido, os demais atos inserem-se no ambiente (*umwelt*) externo ao sistema social, e, por isso, não lhe são importantes. "Os indivíduos, em si mesmos, são irrelevantes quando se trata da fixação dos sentidos comunicativos de que se compõem os sistemas" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 53, grifos nossos). Assim, o indivíduo só é considerado no sistema jurídico-penal com relação à sua manifestação comportamental (objetiva e exterior), esta sim dotada de caráter comunicativo.

Tal perspectiva sobre o indivíduo repercute evidentemente na culpabilidade. O pensamento de Jakobs, isto é, sua concepção de culpabilidade social modifica a teoria penal tradicional de base ontológica, ao priorizar uma imputação objetiva, e não mais subjetiva.

Schünemann afirma que para o funcionalista "não é o indivíduo como sujeito em si que importa, mas a sociedade concebida como um sistema social autopoiético", para o qual os homens adquirem relevância estruturas ou portadores de funções e que o direito penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, senão na comunicação (2000, p. 99).

Em decorrência da função de prevenção geral positiva da pena, já explicitada, a reprimenda tem a finalidade de manter a confiança geral na norma. Por isso, para Jakobs, a culpabilidade decorre da responsabilidade por um déficit de motivação jurídica (antijuridicidade). "*La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se há de responder, un concepto determinado normativamente"* (1997, p. 566 e 567).

Insta destacar a aparência formal que a culpabilidade assume no funcionalismo normativo-sistêmico: ausência de motivação normativa, necessária para que a ação seja culpável, nada diz a respeito do conteúdo da norma a que se pretende resguardar. Essa crítica é assumida pelo próprio Jakobs, quando destaca duas acepções do conceito de culpabilidade, uma concernente a um entendimento meramente formal, que seria próprio de qualquer ordenamento (inclusive os totalitários): é dizer que "(...) *la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal"* (1996 B, p. 53).

Todavia, pelo exame sobre a legitimidade das normas usadas como referencial de comportamento, alcança-se um sentido material para a culpabilidade. Porém, torna-se complicado verificar a legitimidade de normas quando se nega conteúdos pré-determinados às estruturas jurídicas, como é a teoria sistêmica luhmanniana. De toda forma, a culpabilidade material implica que as normas protegidas se direcionem para a pessoa, conceito que diz respeito não ao indivíduo ensimesmado (objeto de manifestações internas, psíquicas), mas sim em um âmbito social (em que há interação/relação comunicacional). Disso surgem duas categorias fulcrais para se compreender a culpabilidade funcional, a saber: a competência e a igualdade.

Segundo Jakobs, competente é a pessoa a que se faz exigível a motivação conforme a norma. Competência vincula-se à capacidade de culpabilidade. O termo tradicional imputabilidade para Bacigalupo seria inadequado, posto que "(...) ao se substituir essa

terminologia pela de capacidade de motivação ou capacidade de culpabilidade atinge-se uma maior aproximação ao núcleo do problema dentro da sistemática moderna" (2005, p. 409).

Além disso, Jakobs afirma que a culpabilidade pressupõe a igualdade entre as pessoas (1997, p. 598). Assim, somente há a ruptura de uma expectativa de conduta se a pessoa agir contrariamente à motivação normativa, ou seja, quando não obedecer condições exigíveis a qualquer outra pessoa. Por outro lado, se circunstâncias especiais limitam determinantemente o entendimento acerca da motivação normativa, não há que se falar em culpabilidade: a conduta não é significativamente lesiva ao mandamento normativo, vez que a pessoa não podia (dadas as suas condições particulares) entender o seu papel social.

Desse modo, aquele que não é igual aos demais, no âmbito de uma sociedade, não é pessoa, ao menos em um sentido jurídico. Portanto, não é competente. Ser pessoa "(...) é ter a aptidão de provocar nas demais pessoas a espera confiada no próprio desempenho social, sem o quê se faria impossível a interação social" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 144). Do sobredito insurge a seguinte crítica: no funcionalismo sistêmico, ser pessoa equivale a ser criminalmente culpável. A pena, por sua vez, funciona como uma reação à quebra da expectativa decorrente da conduta criminosa. Dirige-se talqualmente a toda a coletividade, para reafirmar o sentido da norma lesionada.

Se a conduta não enseja uma comunicação significativa – a conduta não é culpável por ausência de algum de seus elementos, como, por exemplo, a competência -, não há que se falar em ação penalmente relevante, vez que tratar-se-ia tão somente de um caso isolado, pertencente à natureza (esfera não-comunicativa) (Jakobs, 1996 A, p. 45 e 46). Por esse motivo, só haverá ação penal se esta for culpável. A partir da culpabilidade se verificarão os demais elementos do delito: há completa inversão na ordem seqüencial dos componentes do crime, propugnada pelo finalismo, na qual a culpabilidade pressupõe necessariamente a existência de antijuridicidade e de tipicidade. Portanto, é o conceito de injusto penal, dependente da existência de culpabilidade. Todas as categorias penais prévias ao conceito de culpabilidade são auxiliares, têm uma função meramente didática (Jakobs, 1996 A, p. 43).

Surge, assim, o tipo de culpabilidade positivo, atinente aos requisitos necessários para a imputação de uma conduta como culpável e em um tipo de inexigibilidade, negativo, composto por circunstâncias que excluiriam a imputação. Ao tipo positivo de culpabilidade inclui-se o próprio conceito de injusto penal, ou seja, os dados objetivos que possibilitam a imputação. Logo, o conceito de injusto penal compõe o tipo de culpabilidade (JAKOBS, 1997, p. 596).

Observa-se que a culpabilidade é valorada a partir de modelos determinados com referência aos papéis sociais. A partir dos contatos entre as pessoas, determinados resultados (comunicações) serão valorados negativamente, na medida em que esses não correspondam às expectativas de conduta. A responsabilidade jurídico-penal sempre tem como fundamento a quebra de um papel (JAKOBS, 2005 B, p. 71).

O papel social é compreendido pela competência, com relação à determinada expectativa de conduta. A competência pode corresponder a papéis sociais especiais, nos quais a pessoa assume uma função específica em dado contexto social (competência institucional, exemplo assumidas por pais, cônjuges), ou corresponder a papéis gerais, não há relações especiais, mas sim anônimas, sem nenhum caráter de especificidade (competência relacional, as relações de trânsito).

Essas delimitações no âmbito da culpabilidade (competência organizacional e institucional) são particularmente vagas e indeterminadas, pois totalmente artificiais. Tais seriam as mesmas indicadoras de uma "(...) posição de garante absolutamente ilimitada, e por isso não é nada mais que uma mera afirmação, uma pura decisão adotada como remédio para recolocar fórmulas circulares e vazias de conteúdo" (SCHÜNEMANN, 2005, p. 132).

O que nos parece mais definitivo e característico da concepção funcional de culpabilidade é a retirada da liberdade de agir como pressuposto fundamentador da mesma. De fato, o livre-arbítrio era a pedra fundamental da culpabilidade para a teoria finalista. No entanto, há uma tendência na atual doutrina penal bastante cética quanto à sua constatação empírica, o que resultou em um desenvolvimento do princípio da culpabilidade que não mais toma por base essa estrutura lógico-objetiva. Sendo assim, conforme JAKOBS a culpabilidade não tem mais como fundamento o livre-arbítrio. Isso porque tal conceito carece de dimensão social

Já o método finalista, em uma tentativa de superar o paradigma neokantiano, valeu-se da teoria da natureza das coisas: não haveria uma separação total entre a esfera do ser e do dever-ser, pois na faticidade já se encontraria, também, a normatividade (GIMBERNAT ORDEIG, 2002, p. 87). Assim, procurou utilizar estruturas reais/lógico-objetivas na construção de uma dogmática jurídico-penal na qual a esfera valorativa dirigia-se à natureza das coisas.

Como se viu, a culpabilidade, para a teoria finalista corresponde a um juízo valorativo negativo dirigido à pessoa que pratique uma conduta contrária ao Direito (antijurídica) quando, concretamente, pode evitá-la (WELZEL, 2002, p. 125). Logo, concerne à reprovação para com o autor da ação. Assim, o livre-arbítrio não relaciona-se com um indeterminismo,

nem tampouco com um determinismo causal (cego), mas sim com "um determinismo finalístico, que decorre de uma capacidade de poder orientar-se e decidir-se conforme um sentido" (WELZEL, 2006 A, p. 45).

O conceito de ação finalística é o fundamento ontológico do próprio finalismo. Infere-se, portanto, que *"(...) solo el suceso objetivamente imputable está en condiciones de ser atribuído a un autor como culpabilidad, dado que unicamente puede ser responsabilizado el sujeto personalmente determinado por el resultado legal realizado por él"* (WELZEL, 2003 A, p. 143).

Assim, é pressuposto da ação finalística a liberdade volitiva e cognitiva. Porém, como afirma Vives Antón*: el problema básico que, para muchos plantea la afirmación de la libertad es que resulta indemostrable y paradójica* (1996, p. 331 e 332). Apesar disso, acredita-se que a não comprovação empírica da liberdade não deve influenciar a fundamentação da culpabilidade. Couto de Brito, afirma que "a possibilidade de se autodeterminar não poderá ser provada em um contexto empírico ou ontológico. Mas, por que deveria?" O plano ontológico (*naturae*), indispensável para a formação e fundamentação do direito positivo não pode ser desprezado, mas o positivo igualmente não. E o plano no qual trabalha o jurista é o normativo. O ontológico é o ponto de referência, a "base de legitimação para os demais planos, mas dele decorre o normativo como ferramenta indispensável para a demonstração e alcance da justiça, valor buscado pelo Direito" (2006, p. 245).

Parece-nos impossível defender uma normatização que não tem por base dados reais (ônticos), como pretende o funcionalismo normativo-sistêmico. Nesse sentido, ratificamos o que afirma Gracía Martin é possível atestar a falta de cientificidade do método puramente normativista, pois este remete-se a "objetos completamente inventados, que carecem de existência na realidade fenomênica do mundo ao qual o Direito Penal se orienta" (2007, p. 70). Este método resultaria em uma falácia normativista (MELIÁ *et allí*, 2003, p. 65).

Destarte, cabe a interrogante acerca da possibilidade de encontro entre as teorias funcionalista e finalista. Em aproximação de resposta, apesar dos elementos conexos entre o funcionalismo teleológico-racional e o finalismo (adequação social e imputação objetiva), que não nos cabe analisar neste trabalho, é dificultosa uma aproximação entre o funcionalismo normativo-sistêmico e a teoria finalista. Tais teorias aparecem completamente divergentes entre si: no finalismo o fundamento é o homem como ser auto-determinável (ação finalística); já o funcionalismo toma por referência a sociedade e as comunicações dela advindas, desprezando os caracteres internos (psicológicos) em sua concepção de pessoa.

Nota-se, portanto, incompatível a teoria da imputação objetiva – a qual, no funcionalismo normativo-sistêmico, é o meio de averiguação da competência (capacidade de culpabilidade) – com o finalismo. Ambas partem da premissa de que o dolo compõe o tipo penal, mas no finalismo os tipos objetivo e subjetivo perfazem um todo indissociável, enquanto que a imputação objetiva prioriza o tipo objetivo em detrimento do subjetivo (GRACÍA MARTIN, 2007, p. 54). Assim, parece-nos que a concepção funcional de culpabilidade não pode ser admitida no sistema jurídico-penal pátrio, que é notadamente finalista. Ademais, seria inadequada a imputação relacionada a papéis sociais em uma sociedade onde não é possível visualizá-los: a sociedade brasileira não comporta a definição da competência por meio de *standards*, pois não se encontra ainda funcionalmente diferenciada a ponto de destacar modelos comportamentais a serem seguidos pela coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se, portanto, que a culpabilidade, na visão finalista, refere-se a um juízo derivado sobre a ação típica e antijurídica. Os elementos do crime interligam-se em uma necessária sucessão lógica e subsequente para sua constituição. A culpabilidade serve, pois, de parâmetro à retribuição adequada da pena, sendo elemento fundamental a sua dosimetria. Dito de outro modo, fundamenta-se no juízo de valor feito pelo juiz sobre o sujeito determinado, funcionando como critério de individualização da sanção penal, como legitima a sua necessidade de aplicação (só será legítima quando o fato era evitável ou a sua evitação era exigível).

Todavia, notou-se que o sobredito somente se tornou possível através da consideração do livre arbítrio dentro da culpabilidade que fundamenta e limita a medida da pena, enquanto prevenção, dirigida a sujeitos imputáveis que são capazes de se motivar normalmente. E que a grande virada no conceito de tal elemento foram as formulações de Frank a respeito das chamadas circunstâncias concomitantes.

Observou-se que o conceito de culpabilidade continua sendo alvo de estudos modernos, com o pós-finalismo, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, e do teleológico de Claus Roxin (para o qual a culpabilidade não se apóia na indemonstrável liberdade de agir ontológica, senão adota critérios de política criminal. Culpabilidade passa à "responsabilidade"; não significa que o homem possui liberdade, mas apenas que a lei lhe

atribui tal permissão, independentemente de comprovação ontológica. A liberdade de agir se torna uma ficção jurídica para limitar a pena).

Jakobs, com base nos estudos sociológicos de Luhmann, desconsiderou a concepção ontológica da ação, desprezando elementos ínsitos à noção de pessoa, concebendo-a objetivamente por papéis sociais. Com isso, despreza-se o livre-arbítrio, entendendo a culpabilidade como a quebra da fidelidade do sujeito a norma.

A partir da verificação da influência marcante da teoria sistêmica de Luhmann, identificou-se que o Direito Penal assume uma função de prevenção geral positiva da pena (proteção da identidade normativa), que orienta todas as categorias da teoria do delito. A teoria da culpabilidade foi, portanto, profundamente modificada, assumindo um caráter nitidamente formal, posto que se refere à responsabilidade pela motivação desconforme a uma norma. No entanto, pode ser material a culpabilidade caso a norma protegida seja legítima – apesar de essa legitimidade não ser objeto do sistema jurídico-penal, mas tão somente um dado que lhe é externo (*Umwelt),* originado da sociedade.

A culpabilidade passou a ser vinculada à igualdade, que é pressuposto para a concepção sistêmica de pessoa. Por sua vez, a capacidade de imputação da culpabilidade (competência), passou a ser avaliada a partir do cumprimento de papéis sociais gerais (competência organizativa) ou específicos (competência institucional).

As consequências disso foram: (1) no âmbito da ação, só há ação quando presente a culpabilidade, sendo as demais situações casos isolados, sem relevância penal; (2) a ordem de análise dos elementos do crime foi alterada, a culpabilidade passou a elemento preponderante, pressuposto da tipicidade e da antijuridicidade; e (3) Jakobs ainda propôs a estrutura de um tipo de culpabilidade, formado do injusto penal, da competência do sujeito e da motivação contrária à norma.

Portanto, a partir da utilização de uma metodologia normativista, que não utiliza as estruturas reais (ônticas) em sua composição, a culpabilidade funcional distanciou-se daquela concepção proposta pelos finalistas, fundada na liberdade (livre-arbítrio). Por sua vez, essa tendência normativista é fruto da atual crise dogmática pela qual passa a teoria da culpabilidade, justamente por não ser possível de constatação empírica a existência da liberdade. Apesar disso, a metodologia utilizada pela dogmática não pode olvidar-se totalmente das estruturas reais, pois, do contrário, incidirá em uma falácia normativista, que resultará em um sistema jurídico-penal erigido a partir de abstrações fantasiosas. Logo, indica-se a teoria finalista (e, conseqüentemente a sua concepção de culpabilidade normativa pura) como a mais indicada na formulação de um sistema jurídico-penal, na medida em que parte de dados ontológicos (conceito de ação final) para, em seguida, valorá-los em sua normatização, aproximando, portanto, o fenômeno jurídico da realidade, que foi possível pelo aperfeiçoamento das chamadas circunstâncias concomitantes.

Em suma, o funcionalismo normativo-sistêmico e, conseqüentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a

intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que funda-se na teoria finalista.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no Direito Penal – Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVES, Roque De Brito. **Direito Penal – Parte Geral.** Recife: Inojosa. 1977.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal – Parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1, São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____ . **Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Vol. 15, Fascículo 2, p. 209-227, Coimbra: Editorial Coimbra, abr./jun de 2005.

_____ . **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ . **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. T II. Rio de Janeiro: Forense. 1967.

COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. Culpabilidade. Evolução e análise crítica atual. *In* VANZOLINI, Maria Patrícia; COUTO DE BRITO, Alexis Augusto (orgs.). **Direito Penal – Aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.** Buenos Aires: B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidade e Reproche en el Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidade**. Buenos Aires: B de F, 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La Estructura de la Teoria del Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma, persona en uma teoría de un Derecho Penal funcional**. Bogotá: Universidad externado de Colômbia, 1996 A.

_____ . El principio de culpabilidad. *In* _____ . **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996 B.

_____ . El Concepto jurídico-penal de acción. *In* _____ . **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996 C.

_____ . **Derecho Penal – Parte general (Fundamentos y teoría de la imputación)**. Madrid: Marcial Pons, 1997, 2ª. edição.

_____ . Ciência do Direito: técnica ou humanística? *In* _____ . **Ciência do Direito e ciência do Direito Penal (dois estudos de Günther Jakobs)**. Barueri: Manole, 2003.

_____ . O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In* CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005 A.

_____ . **La imputación objetiva en Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad hoc, 2005 B.
JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de direito penal. Parte geral**. Granada: Comares, 2002.
JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. T I. Buenos Aires: Editorial Losada. 1951. P. 288.
LISZT**,** Franz Von. **Tratado de direito penal.** T. I. São Paulo: Russell, 2003. p. 260
LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora universitária de Brasília, 1980.
MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. T. II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.
MELIÁ**,** Manuel Cancio *et allí*. **Um novo sistema do Direito Penal – Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri: Manole, 2003.
REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
ROMEO CASABONA, Carlos María. Causalidad, determinismo y incertidumbre científica en el Derecho Penal. *In* PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2002.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005.
SCHÜNEMANN, Bernd**.** La Culpabilidad: estado de la cuestión**.** *In* SCHÜNEMANN, Bernd *et allí*. *In* **Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)**. Madrid: Civitas, 2000.
_____ . La Relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. *In* **Revista de Derecho Penal, n. 15**. Montevideo: 2005.
TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2002.
_____ . Causalidad y acción. *In* **Estúdios de Derecho Penal.** Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2003.
_____ . Reflexiones sobre el líbre albedrío. *In* **Estúdios de Filosofia del Derecho y Derecho Penal**. Montevideo / Buenos Aires: B de F, 2006.
_____ . **Derecho Penal Alemán. Parte General**. 11 ed. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile. 1997.
_____ . **La posizone dogmática della doutrina finalista dell'azione**. Rivista Italiana di Diritto Penale. Milano: Giuffrè, 1951.