



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
GRADUAÇÃO

FRANCISCO AIRTON BEZERRA MARTINS 215823

A CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA

2.55-

Ac. 134769

343.23

M 3790

R 14078085

FORTALEZA  
2006

Culpa (Direito)  
Delito  
Pena (Direito)

FRANCISCO AIRTON BEZERRA MARTINS

## A CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA

Monografia apresentada para a banca examinadora do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel

Orientador: Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque

FORTALEZA  
2006

## A OBLIGACIÃO COMO PRESSUPOSTO DA PAZ

Trata-se de uma obra de grande importância para a compreensão da natureza da obrigação e do seu papel na construção da paz. O autor aborda a questão de forma clara e objetiva, destacando a importância da obrigação para a manutenção da ordem social e a promoção do bem comum.

Primeiramente a Deus, pois não teria força. Aos meus pais que estão sempre presentes e fazendo o máximo. E, principalmente, à Renata pela ajuda imprescindível que me dá

FRANCISCO AIRTON DE FERRAZ

Prof. José Carlos de Almeida Filho, Doutor em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Carlos Roberto Gonçalves, Universidade de São Paulo

Emanuel de Jesus, Universidade Federal de Minas Gerais

FRANCISCO AIRTON BEZERRA MARTINS

## **A CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Elaboração de Monografia do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 14/09/2006

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Émerson Castelo Branco Mendes  
Universidade de Fortaleza – UN IFOR

---

Dr. Emanuel de Abreu Pessoa  
Mestrando da Universidade Federal do Ceará – UFC

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelo apoio e carinho dedicados em todas as horas em que pensei em fraquejar.

À minha namorada, Renata Passos Pinho, por ter me carregado nos braços no momento da elaboração do presente trabalho, pois sem ela ele seria impossível, e principalmente pelo amor e carinho dedicados neste momento.

Ao meu irmão, Edilson Bezerra Martins, pelos conselhos e por ter desempenhado grande papel, com sua experiência em trabalhos científicos, no momento da composição desta monografia.

Ao meu colega de turma e amigo, José Elton Rodrigues Arruda, pela paciência sem fim nos momentos de dúvidas e pela ajuda nas horas mais difíceis.

Ao meu orientador, José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque, sempre solícito e compreensivo a respeito das dificuldades que surgiram no decorrer da elaboração do presente trabalho.

## RESUMO

presente. Este trabalho tem como objetivo analisar a importância da liberdade e da vida para o ser humano, considerando a perspectiva filosófica de Rudolf von Ihering. O autor defende que a liberdade é um valor fundamental que deve ser protegido e promovido, pois é a base para a realização pessoal e social. Além disso, a vida é considerada um bem precioso que deve ser vivido plenamente, sem cessar de lutar por ela.

Palavras-chave: liberdade, vida, conquista, bem-estar.

“É esta a palavra final do sábio: a vida e a liberdade, só a merece aquele que sem cessar tem de conquistá-la”.

(Rudolf von Ihering)

## RESUMO

O presente trabalho consiste numa tentativa de definir a culpabilidade, dentro do conceito de crime, como elemento deste. Demonstra-se, além disso, a importância da culpabilidade como requisito do delito e sua aplicação sob a ótica de um Direito Penal de feições democráticas.

Palavras-chave: culpabilidade, delito.

## ABSTRACT

This work consists of an attempt to define culpability within the concept of crime, as an element of it. Furthermore, the importance of culpability as a condition of delict is demonstrated as well as its enforcement from a democratic Criminal Law standpoint.

Key-words: culpability; delict.

### 1 DO ESCORPO DO CRIME

#### 1.1 OS ELEMENTOS DO CRIME E A CULPABILIDADE

1.1.1 Fatores da culpabilidade

1.1.2 Fatores da Culpabilidade

1.1.3 Elementos da Culpabilidade

#### 4 CULPABILIDADE COMO PRESSUNÇÃO DE PENA

4.1 A culpabilidade como pena

4.2 A pena que emende a culpabilidade e não a culpabilidade em si

4.3 A culpabilidade como elemento do crime

#### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

#### 6 BIBLIOGRAFIA

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 DO ESCORÇO HISTÓRICO</b>	<b>13</b>
<b>3 CONCEITOS SOBRE CULPABILIDADE</b>	<b>20</b>
3.1 Teorias da Conduta	20
3.2 Teorias da Culpabilidade	25
3.3 Elementos da Culpabilidade	28
<b>4 CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA</b>	<b>36</b>
4.1 Considerações iniciais	36
4.2 A posição que entende a culpabilidade como pressuposto da pena	37
4.3 A culpabilidade como elemento do crime	40
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>46</b>
<b>6 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais importantes para um Estado e sempre reflete o desenvolvimento sócio-econômico de uma sociedade, situando-se no momento histórico de acordo com as maiores necessidades de uma determinada época, além de ser um importante fator de controle social e de imposição das concepções dominantes.

No Brasil, o Direito Penal sempre foi um forte instrumento da manutenção da paz social e da estabilidade das instituições.

Entretanto, o país está passando por uma grande onda da violência que vem eclodindo em muitos Estados da Federação, tendo como principal motivo o crime organizado e a promiscuidade que assola as periferias pobres.

Dentro de muitos fatores que podem tentar explicar a crescente criminalidade no Brasil, a má distribuição de renda é, sem dúvidas, o mais preponderante deles, pois faz parte do modelo de desenvolvimento brasileiro.

Assim, a exploração excessiva das classes sociais menos abastadas fomenta um verdadeiro muro de exclusão à participação na distribuição de riquezas.

Dentro deste contexto de país subdesenvolvido, guiado pelos ditames do neoliberalismo, é que se pode inserir a crescente ou a dominante onda de violência que torna de refém o país, tendo em vista que a miséria é o maior fornecedor de mão de obra para o mercado do crime organizado.

A falta de oportunidades de trabalho, o desemprego, a crescente demanda por mão de obra super especializada e a falta de políticas públicas voltadas para um desenvolvimento social objetivando o bem de todos acarretam a

maioria das opções dos adolescentes e adultos ao crime, pois para o ser humano a miséria nunca foi a melhor opção para a sobrevivência.

Logo, facções criminosas, como o P.C.C. (Primeiro Comando da Capital) no Estado de São Paulo, utilizam-se deste grande numero de pessoas marginalizadas pelo capitalismo para a prática de ações criminosas e como força de trabalho para o tráfico de droga, a lavagem de dinheiro, o tráfico de armas etc.

Assim, nas ultimas semanas podemos acompanhar ao maior reflexo do fruto da segregação sócio-econômica brasileira, isto é, vimos pelos meios de comunicação os ataques ao poder público comandados pelo crime organizado, especialmente pela facção criminosa citada no parágrafo anterior, que ceifou a vida de vários cidadãos, aterrorizou a sociedade civil de São Paulo e transformou as ruas deste Estado em uma praça de guerra, que mais parecia a Faixa de Gaza na Palestina em dias de ataque terrorista.

Deste modo, hoje, o grande motor das ações policiais é a segurança urbana, isto é, a grande preocupação governamental da atualidade com a segurança pública é a violência nas grandes cidades e o crime organizado, ao contrário das grandes preocupações do período anterior à Constituição Federal de 1988, em que a segurança nacional era o alvo das maiores políticas de segurança da época.

No entanto, como conviver num ordenamento jurídico garantista em um contexto de grande violência e fortalecimento do crime organizado? Com certeza não é diminuindo as grandes conquistas dos cidadãos brasileiros, que viveram mais de vinte anos sob o crivo de um regime militar ditatorial. A saída, sim, para os problemas da violência ou a sua diminuição, é o respeito à dignidade de todos e a implementação de projetos que visem a amenizar as desigualdades e criar condições para uma sobrevivência digna de todos.

O Direito Penal no Brasil vem sendo muito criticado por dar margem a impunidades e por ser excessivamente precário e ineficaz, sendo a lentidão do judiciário e a corrupção no setor da segurança pública a maior tradução deste quadro.

Mas, tais problemas são apenas reflexos de uma política neoliberal de diminuição da máquina estatal, que não tem interesse em implementar soluções efetivas para os problemas sociais nacionais, haja vista que o crime é um fenômeno social e tem que ser prevenido neste âmbito.

Contudo, o nosso ordenamento penal, a partir da Constituição de 1988, passou a ser de índole garantista, de feição democrático, não condizente com proposta de redução de direitos individuais como solução para os problemas de segurança pública.

Ante o exposto, deve ser visto o presente trabalho inserido no contexto acima, em que o meio social brasileiro é fruto de uma construção sócio-econômica segregacionista, voltada para o interesse das classes dominantes, e, sobretudo, encarado com os olhos voltados para as conquistas do povo brasileiro no caminho da democracia e para o amadurecimento cultural de nossa sociedade.

Na presente monografia, procuraremos abordar um dos mais controvertidos temas do Direito Penal. A definição da culpabilidade.

Durante todo o desenvolvimento do trabalho procuraremos situar a culpabilidade e seus elementos dentro da atual teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, demonstrando, através da explicação de algumas teorias anteriores, o desenvolvimento da culpabilidade e, dentro do atual sistema, seus contornos e particularidades, tendo como núcleo a tentativa de sua definição como elemento do

crime, a partir de um conceito analítico de delito, ou como pressuposto da pena, sendo estudada dentro do campo da aplicação da penal.

Desta forma, a presente monografia propõe o estudo de um problema pertencente à teoria do delito, mas que será abordado de uma maneira geral, levando em consideração algumas questões apresentadas pela doutrina quando do estudo da legislação penal; analisando os elementos da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa; apresentando exemplos ilustrativos de casos práticos, onde podem ser observados com mais nitidez a verdadeira vontade da lei; e observando o contexto democrático brasileiro, pois é nele em que se está inserido o delito como objeto de estudo do Direito Penal.

## 2 ESCORÇO HISTÓRICO

O homem como ser social necessita viver dentro de um ambiente com regras e parâmetros, um ambiente em que possa interagir de modo natural e que tenha formas de se dirimir conflitos, pautadas em alguns modelos de comportamentos, tais como a moral, os costumes, as normas jurídicas etc.

A construção de uma sociedade é definida por necessidades e aprendizados que o homem faz de seu meio ambiente e do que é preciso para a sua sobrevivência. Portanto, o homem de hoje, como o de ontem e o de sempre, é uma eterna interação com o meio social e ambiental em que vive, pois sua individualidade é formada por elementos sociais apreendidos do meio e este é construído pela individualidade de cada um no decorrer dos tempos, ou seja, o humano está diretamente ligado ao mundo material e às formas de vida que os vão construindo no decorrer da história da humanidade.

Como forma de se pautar comportamentos, nasceu dentro da sociedade humana a necessidade de se normatizar, de criar uma ordem em que os indivíduos pudessem seguir para existir a paz social e o desenvolvimento. É a própria sociedade limitando os atos de seus integrantes em prol de uma sobrevivência comum, de um interesse social inconsciente que vinha escrito nos ditames da moral, da honra, da divindade, enfim, de formas de se normatizar a vida comunitária.

Primeiramente, com as comunidades primitivas do homem do paleolítico, as normas sociais ainda não eram definidas, vigendo como forma de justiça a força bruta, a imposição da vontade do mais forte sobre os mais fracos. Um completo caos, em que a sociedade era um esboço mal feito.

Com o neolítico, as regras de convivência são ditadas pelos líderes tribais e executadas as sanções por todos os integrantes do grupo. Normas estas que principalmente regulavam a sobrevivência básica, as violações à pessoa do chefe tribal e à coletividade, mas sempre retribuídas com a vingança privada.

Com o crescimento demográfico das populações, o imperativo de maiores aglutinações foi crescente e, conseqüentemente, a criação de normas que viessem a controlar atos humanos nocivos à paz social também. Desta forma, a própria vontade humana de associar-se e unir-se para a proteção de ataques de outros grupos humanos ou de adversidades ambientais, que sozinhos não conseguiriam vencer, criou uma nova ordem, o Estado.

O Estado nasceu de uma construção humana erguida pela criação histórica de todos os fatores que manifestaram demandas para os indivíduos. Destarte, as normas e as sanções nasceram, o direito e a ordem foram criados e o homem tenta organizar-se em civilização, onde as vontades políticas de um determinado grupo prevalecem sobre as de outro, dominando na ordem jurídica, na moral etc.

Deste modo, o Direito Penal, como o guardião dos mais importantes bens de uma sociedade, nasce para impor aos indivíduos que compõem o Estado a ordem ditada por Deus, na Teocracia, pelo déspota no Absolutismo e pelo povo na Democracia.

Nas sociedades mais antigas, o Direito Penal era marcado pela crueldade como forma de se impor à coletividade uma moral, um regramento de comportamentos, uma prevenção geral, dizendo o que os ideais dominantes positivavam como certo. Era a forma com que o primitivo homem civilizado entendia o Direito Penal e como a classe dominante impunha sua vontade.

De acordo como o poder expressava-se, o Estado retribuía os mais diversos delitos de maneiras diferentes. Nos Estados teocráticos, em que as condutas criminosas afetavam diretamente a religião e seu representante eram punidas com a pena de morte; já nos Estados em que, apesar de teocráticos, a cultura imprimia a certas condutas gravidades maiores, o adultério e o incesto eram punidos com a morte; mas sempre a regra, em quase todas as civilizações antigas, era o princípio de talião, umas flexibilizando e outras levando a cabo o “olho por olho, dente por dente, sangue por sangue”. Assim, chineses, egípcios, hebreus, babilônios, hindus, todos os que nos influenciaram culturalmente tinham como maneira de controle e prevenção social a severidade e o rigor nas punições às condutas mais graves, por entender que estas se não fossem repelidas destruiriam a comunidade, entretanto terminaram por servir de mais um instrumento de dominação das classes mais abastadas.

Já na antiguidade clássica, com o crescente desenvolvimento de seu império, Roma, que concebeu seu Direito Penal também como de cunho teológico, passou formular um Direito Penal que não viesse atrapalhar seus domínios, normas que fossem impostas aos dominados, mas sem o inconveniente de se levar toda uma religião junto. Com isso, nasceu um Direito Penal laico, sem as influencias do Divino, mais racional e voltado, sobretudo, aos interesses do Estado-Império. Nascia um Direito Penal baseado na razão e no indivíduo, no próprio homem, no qual suas ações e omissões não violariam o mundo divino, mas, sim, a ordem pública dominante.

Os povos Germânicos chegaram à Europa trazendo consigo uma cultura eminentemente guerreira, em que o individualismo, o misticismo e a não intervenção do líder estatal criaram um Direito Penal privado, onde os costumes e a vingança

eram o carro-chefe do ordenamento jurídico, que possibilitava uma liberdade de repressão do delito por parte do ofendido, possibilitando transações e acordos em relação às infrações. Mas, com o choque cultural entre romanos e germânicos, a tendência destes foi colocar o interesse dos nascentes Estados, originados do esfacelamento do império de Roma, em posição de destaque, entretanto, sem deixar por completo a vingança e a composição de danos, que só tempos depois seria transformada por idéias canônicas, renascentistas e iluministas.

Vale ressaltar, por ser muito próprio do Direito Penal, a importância que as condutas nos mais variados períodos históricos são qualificadas de acordo com as necessidades mais relevantes para o grupo social, como os crimes contra as divindades nas teocracias e na idade média contra a Igreja Católica Apostólica Romana; os delitos contra a paz e a ordem da República e do Império Romanos e nas sociedades Germânicas; os crimes contra a liberdade sexual e o patrimônio para os Hebreus; todos esses exemplos mostram como a sociedade elege bens jurídicos que devem ser mais bem protegidos, como ela está disposta a reprimir tais violações a esses interesses jurídicos e como o indivíduo de cada sociedade apreende tais problemas e transmite ao meio comunitário, seja por meio direto pelo interesse de todos ou de maneira reflexa pelo interesse de uma classe dominante que tenta a todo o custo permanecer no poder.

A história mostra que a pessoa, o ser que pode cometer delitos, é influenciada pela economia, pela religião, pelo meio ambiente, por outros povos e por outros homens da mesma sociedade. Mostra também que a construção do homem é a expressão de seus interesses e que a sociedade e o Estado são a expressão de tais interesses, dizendo Rudolf von Ihering<sup>1</sup> que o Direito é o interesse

---

<sup>1</sup> IHERING, Rudolf von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 47.

juridicamente protegido e mostrando em seu livro, *A Luta pelo Direito*, as mais variadas importâncias que bens jurídicos tem de acordo com as diferenças entre grupos sociais e indivíduos de uma mesma comunidade. Portanto, o Direito Penal protege o mais importante dos interesses juridicamente protegidos e é o instrumento da sociedade para repelir as mais variadas grandes agressões a sua ordem.

Assim, o Iluminismo, o renascentismo, o liberalismo, o socialismo, o comunismo etc., conceitos que foram influenciados por toda a história da humanidade e do pensamento humano, pelos anseios da classe burguesa e proletária de suas épocas são fatores que transformaram o Direito Penal, expondo a importância que o homem tem como ser individual e essencial para a sociedade e para o respectivo modo de produção, seja o capitalismo ou o socialismo, trazendo consigo os Direitos Humanos e a importância da inserção que todo o homem tem em seu grupo.

No Brasil, a influência européia é consequência de nossas raízes portuguesas, principalmente pelas Ordenações Filipinas, que combateu a justiça privada e fortaleceu o regime absolutista lusitano. Segundo Zaffaroni e Pierangeli<sup>2</sup>:

Pode-se, pois, fixar, com absoluta certeza, que dentre as três Ordenações do Reino, só as Filipinas tiveram efetiva aplicação no nosso país, principalmente depois da criação da Relação da Bahia, ao tempo de Filipe II, em 07.03.1609, quando se organizou, efetivamente, a administração da justiça. Embora suprimido em 1636, em 1652 foi esse Tribunal restabelecido.

A partir de influências européias surgiu o Código Criminal do Império, com características liberais, mas que não logrou êxito nas inovações que trazia em função da sociedade escravocrata e conservadora, apesar de ter sido acolhido com grande interesse na Europa.

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

Ao ser proclamada a República, houve grande pressa para a elaboração de um Código Criminal Republicano, que foi encomendado ao Conselheiro Baptista Pereira que concluiu sua missão em apenas pouco mais de três meses, tendo em 11.10.1890, pelo Dec. 847, entrado em vigor, vigendo até 31.12.1941, graças à elaboração da Consolidação das Leis Penais elaborada pelo Desembargador Vicente Piragibe, pois pelas inúmeras reformas e edições de Leis esparsas sua aplicabilidade tornou-se difícilíssima.

Em 01.01.1942, surge, no ordenamento jurídico, o Código Penal de 1940, que até hoje vige, decorrendo do projeto de Alcântara Machado, trazendo influencias do Código Penal Italiano de 1930, o código Rocco, desembocando numa clara deterioração da segurança jurídica e convertendo-se num instrumento de neutralização de "indesejáveis", pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada.

Em 1984 foram implementadas as Leis 7.209 e 7.210, que reformaram o Código Penal de 1940, trazendo uma nova linha de política criminal mais voltada para os direitos humanos, ao contrário da tentativa de reforma de 1969.

A partir desse esforço histórico, percebe-se que de todo o conjunto das interações humanas extrai-se os caminhos que as sociedades vêm traçando.

De acordo com o exposto, os interesses e anseios dos indivíduos e das populações ao mesmo tempo em que são fatores de criação da cultura construtora do Direito Penal são também frutos deste mesmo ordenamento, que cria balizas para comportamentos e faz nascer um conceito geral da importância que o homem moderno tem na sociedade, uma consciência de seu lugar no mundo e de que suas condutas são ou não reprováveis frente à bagagem histórico-cultural de sua

sociedade. Assim, o Direito é filho das interações humanas e pai de comportamentos.

A culpabilidade, objeto de estudo da presente monografia, como é concebida pelas modernas teorias penais, expressa justamente toda a carga de subjetividade no crime, é puro juízo de valor sobre o comportamento do autor, fazendo com que ela seja analisada mais humanamente e mais democraticamente, sendo trazida, atualmente, como reprovabilidade da conduta e expressando toda uma construção histórica da humanidade sobre valores e experiências.

Vale ressaltar que a culpabilidade, no decorrer da história, tem seus conceitos ligados aos regimes políticos adotados nos Estados. Por isso, é que a culpabilidade vai depender do momento histórico, político e social que passa o homem.

### 3 NOÇÕES SOBRE CULPABILIDADE

O presente capítulo tem como objetivo situar a culpabilidade no contexto do direito penal, sua evolução jurídica e suas principais teorias. Também, pretende demonstrar na atualidade a abordagem que é dada à culpabilidade como instituto de Direito Penal.

#### 3.1 Teorias da conduta

A conduta humana, como objeto do Direito Penal, pode ser definida como a ação ou omissão consciente dirigida a um determinado fim.

Entretanto, na tentativa de chegar a um conceito, a doutrina criou algumas teorias, que dentre elas se destacam a naturalística ou causalista, a social e a finalista, a qual pertence a definição acima.

Antes de começarmos a expor as teorias sobre a culpabilidade e seus elementos, faz-se necessário uma análise das que mais se destacaram e como a culpabilidade está inserida em cada uma.

##### 3.1.1 Teoria Causal ou Naturalística da Ação

O sistema causalista foi inaugurado pelos juristas *Franz Von Liszt e Ernst Beling*, que elaboraram o conceito clássico de delito (também chamado de conceito natural de ação ou de causalismo valorativo). Tal modelo surge no final do século XIX e início do século XX, quando a ciência jurídica via-se impregnada pelos princípios e balizas do pensamento positivista e buscava – a toda evidência –, muito

mais que compreender o direito em sua substancia fenomênica, senão tentar explicá-lo. Nesta época, para alçar a evolução de um ramo do conhecimento humano ao status de ciência, era de fundamental importância a formulação de leis gerais, universais, que se adequassem a suas modalidades, no presente caso, a todas as formas de delito concebíveis. A conduta constituía num comportamento humano voluntário capaz de modificar o mundo exterior, não existindo qualquer valoração quanto à mesma.

Segundo Beling, citado por Damásio de Jesus<sup>3</sup>:

A ação é um comportamento corporal (fase objetiva da ação), produzido pelo domínio sobre o corpo (liberdade de energia muscular, fase subjetiva da ação), isto é, comportamento corporal voluntário consciente já num *fazer* (ação positiva), ou seja, um movimento corporal como levantar a mão etc., já num não fazer (omissão), isto é, distensão dos músculos.

Portanto, a conduta concebida pelo causalismo é um simples comportamento, em que o efeito da vontade humana é a causa do resultado e que este tem que ter nexos de causalidade com o comportamento do agente. Tudo isso sendo estudado sob a ótica das leis da natureza, sem qualquer apreciação normativa ou social, somente preocupado com o resultado e seu nexos causal.

Para os causalistas, a vontade é um mero reflexo interno do acontecimento no mundo físico. Deste modo, a conduta pertencia à tipicidade, mas o conteúdo da vontade pertencia à culpabilidade. É a opinião de José Frederico Marques, citada por Damásio de Jesus<sup>4</sup>: “A voluntariedade da conduta ativa não se

---

<sup>3</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. I., p. 230.

<sup>4</sup> *Id.* *Ibid.*, p. 232.

confunde com a projeção da vontade sobre o resultado. O querer intencional de produzir o resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não da ação”.

É imprescindível expor que a tipicidade e a antijuridicidade, para o modelo causalista, são requisitos eminentemente objetivos, sendo na culpabilidade onde se verificam, como exclusividade, as circunstâncias subjetivas do delito. Portanto, a tipicidade aqui tem caráter meramente descritivo (concepção objetivo-descritiva), não implicando uma valoração da conduta, senão em uma descrição objetiva de um determinado processo causal.

E, neste contexto, consiste a culpabilidade no nexu subjetivo que liga o sujeito à conduta típica e antijurídica por ele praticada. Ou seja, trata-se do estado e da relação psicológica existente entre o agente e o fato.

### 3.1.2 Teoria Social da Ação

A teoria Social da Ação tem como defensores, dentre outros: Johannes Wessels, C. Fiore, Soler, English Jescheck, e, entre nós, Nilo Batista e Miguel Reale Júnior.

Essa teoria veio contestar a teoria causal no que toca a análise do resultado por princípios fundamentados nas leis da natureza.

A teoria Social da Ação veio tentar situar o resultado no mundo social, propondo a inseparabilidade do comportamento humano e o meio social, em que a conduta deveria ser analisada pelos padrões sociais. Assim, o resultado é a sua realização socialmente relevante, entendendo a expressão "socialmente relevante" em seu sentido amplo considerando todos os aspectos que cercam o homem, ou

seja, deve-se analisar a conduta sob as faces econômicas, culturais, e, principalmente, ambientais.

Entretanto, essa doutrina nada mais é do que a teoria causalista com nova roupagem, dando a mesma relevância ao desvalor do resultado que a doutrina naturalística. Portanto, se a ação é a realização de um resultado socialmente relevante, não existe diferença entre homicídio doloso e culposos, pois o resultado é o mesmo para os dois, violando o direito à vida nos dois casos, onde a diferenciação entre um e outro delito será feita no campo da culpabilidade, não se analisando a ação e nem a tipicidade.

As mesmas críticas feitas à doutrina causalista são feitas a presente teoria, tais como a solução do problema da tentativa apontado por Welzel.

### 3.1.3 Teoria Finalista da Ação

Welzel, o grande nome da teoria Finalista, foi influenciado, em seus estudos voltados para sua doutrina, pelas idéias filosóficas de Honigswald e Nikolai Hartmann. Tal construção teórica veio com uma reação aos defeitos e problemas não solucionados pela doutrina causalista.

Na teoria naturalista, a diferença entre uma conduta dolosa e uma culposa encontrava-se no desvalor, mas tal instrumento de diferenciação não era suficiente e chegava a causar perplexidades, que mesmo antes de Hans Welzel a doutrina já percebia. Logo, diante de tal contexto em que a única diferença entre um homicídio culposos e um doloso, por exemplo, era somente o desvalor dado, foi criada a doutrina finalista, que prega como núcleo da ação humana a finalidade, a

vontade consciente de produzir um resultado para um determinado fim, ou seja, no finalismo privilegiou-se a conduta e a ação, e não somente o resultado.

A doutrina finalista fez uma verdadeira reforma no conceito de crime, pois retirou o dolo e a culpa da consciência da ilicitude e, conseqüentemente da culpabilidade; enfocou os seus estudos na ação humana ou, como é da definição do próprio finalismo, na ação humana livre e consciente dirigida a um determinado fim; elegeu o dolo como a vontade de se concretizar os elementos do tipo; possuindo os seguintes elementos: vontade de realizar a conduta ou de produzir o resultado, consciência da antijuridicidade, consciência da conduta e do resultado e consciência do nexo de causalidade.

Entretanto, o finalismo não se preocupa somente com o dolo, mas tem, também, com a culpa especial atenção. Enuncia que o direito não quer, apenas, que o homem não pratique condutas dolosas, mas que, também, atue com atenção finalista capaz de impedir resultados lesivos, ou seja, ações que não observem o mínimo de cuidado finalista no sentido de evitar danos a bens juridicamente protegidos entrarão no rol das infrações penais culposas.

Portanto, para o finalismo o delito é o fato típico, ilícito e culpável, sendo analisada a vontade livre e consciente voltada a um determinado fim, em que o dolo e a culpa pertencem à tipicidade, juntamente com o resultado e o nexo causal; onde a ilicitude é encontrada através de um juízo negativo, isto é, se o sujeito não age acobertado por nenhuma causa justificadora legal (artigo 23 do Código Penal) ou supra legal (como, por exemplo, o consentimento do ofendido); no qual a culpabilidade é puro juízo de valor, sem qualquer psicologismo, predominando o caráter normativo, traduzindo-se no juízo de censurabilidade.

## 3.2 Teorias da culpabilidade

A culpabilidade é um dos elementos essenciais da teoria do delito e para defini-la três principais teorias apresentam-se, quais sejam, a teoria Psicológica, a teoria Psicológico-Normativa a teoria Normativa Pura. Cada uma dessas teorias vem em determinados momentos históricos embasar ou tentar solucionar problemas que o Direito Penal apresenta ao longo de seu desenvolvimento. Vejamos as três principais:

### 3.2.1 Teoria Psicológica

Esta teoria é considerada tradicional, haja vista que seus conceitos e definições são próprios de um pensamento individualista, em que a maior preocupação com a normatividade penal era o resultado.

A teoria Psicológica enuncia que a culpabilidade está na relação psíquica do autor com o fato, ou seja, é o consciente do sujeito diante do comportamento delituoso. Estuda o dolo e a culpa dentro da culpabilidade como espécies suas. Portanto, vê que a culpabilidade encerra dentro de si a intenção (dolo) de o agente cometer um ato e como a inobservância do dever de cuidado (culpa).

Deste modo, apreende-se que a teoria psicológica está ligada intimamente à teoria causal ou naturalística, embasando o fator psicológico como determinante para o resultado e não da conduta. Prescrevendo que o resultado é fruto da composição psicológica do autor do fato, inserindo dentro da culpabilidade a vontade, dizendo que o resultado é um reflexo do processo causal externo.

Damáσιο de Jesus<sup>5</sup>, em crítica à esta teoria leciona:

O erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo *querer* e a culpa pelo *não querer*, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre autor e resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado. Ora, como é que um conceito normativo (culpa) e um psíquico (dolo) podem ser espécies de um denominador comum? Diante disso, essa doutrina encontrou fracasso.

Apreende-se que o fracasso desta teoria foi tentar igualar dolo e culpa em um mesmo denominador, colocando as duas na vala comum de um psicologismo insubsistente frente à diversidade de natureza dos dois institutos.

### 3.2.2 Teoria Psicológico-Normativa

Percebendo a doutrina que a culpa e o dolo não eram espécies da culpabilidade, haja vista a natureza normativa da primeira e psicológica da segunda, começou a estudar o dolo e a culpa tentando encontrar um elo normativo que os ligassem.

A partir de estudos tendo em vista o artigo 54 do Código Penal alemão, que tratava do estado de necessidade inculpável, Frank, percebeu que condutas dolosas e, também, culposas poderiam não ser culpáveis, pois percebeu que, diante de certas situações, o homem pode ficar sem escolhas a decidir e inexigindo-se um comportamento diverso, ou seja, uma atitude voltada para a licitude. Neste contexto foi descoberto que o elemento caracterizador da culpabilidade é a reprovabilidade da conduta, porque, se o agente não tinha escolha para agir dentro dos parâmetros

---

<sup>5</sup> *Id. Ibid.*, p. 460.

indicados pelo ordenamento jurídico, não poderia ser reprovável seu comportamento e nem culpável. Portanto, não sendo a culpabilidade um só liame psicológico entre autor e resultado, mas um juízo de valor sobre o acontecimento doloso ou culposo.

A teoria Psicológico-Normativa elenca três elementos para a culpabilidade, quais sejam, a imputabilidade, o elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa) e a exigibilidade de conduta diversa, que tentam justificar a culpabilidade como reprovabilidade do fato cometido.

É indubitável a ligação que a teoria Psicológico-Normativa tem com a teoria causal da ação, pois ainda considera dentro da culpabilidade o dolo e a culpa e valora-os dentro de uma percepção do delito baseado no resultado e não na conduta.

Embora tal teoria tenha sido aceita por inúmeros penalistas e por meio da mesma se tenha observado um grande avanço na teoria da culpabilidade, essa corrente doutrinária peca por alguns defeitos que também foram encontrados na doutrina psicológica e que ainda persistiram na teoria em estudo.

### 3.2.3 Teoria Normativa Pura

Esta teoria, ao contrário das outras duas anteriores, está estritamente ligada à teoria finalista da ação, pois retira o dolo e a culpa da culpabilidade e os coloca no tipo penal, pressupondo que o fim da conduta, elemento intencional, é inseparável da própria ação; colocando a potencial consciência da ilicitude dentro da culpabilidade, como valor e não como o local onde fica o dolo e a culpa; e elencando elementos da culpabilidade que, na realidade, expressam juízos de valor sobre comportamentos delituosos. Assim, a conduta dolosa é censurável pela vontade de

cometer o ilícito penal e a conduta culposa por ser a inobservância do dever objetivo de cuidado.

Os elementos trazidos pela teoria Normativa Pura são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, os quais serão mais bem definidos em momento oportuno.

Vale ressaltar que nesta teoria a conduta dolosa e a culposa são coeficientes da culpabilidade, pois o juízo de valor inerente a esta irá incidir sobre tais comportamentos, no campo da reprovabilidade, levando para o tipo o elemento psicológico e trazendo para a culpabilidade o elemento normativo.

Destarte, como a teoria Normativa Pura da culpabilidade adota que o comportamento humano consciente é dirigido a uma determinada finalidade, avalia sob o prisma da reprovabilidade o fato típico e antijurídico, descarregando sobre tal acontecimento provocado pelo homem toda a carga cultural que ergue o ordenamento jurídico penal ao longo da história.

Também, é de se afirmar que essa teoria é a que mais se aproxima da reforma penal de 1984, em que o Direito Penal pátrio adotou o finalismo.

### **3.3 Elementos da Culpabilidade**

O enfoque que será dado nesta parte do capítulo é o que mais se aproxima da teoria finalista da ação, pois esta foi adotada pela reforma penal de 1984 e será o contexto onde vai ser inserido o questionamento a respeito da culpabilidade e sua posição como elemento do crime ou pressuposto da pena. Portanto, a análise dos elementos da culpabilidade será feita de uma maneira explicativa, apenas delimitando-os.

### 3.3.1 Imputabilidade

A atribuição de responsabilidade por alguma coisa é o que significa imputar. Este verbo traz dentro de seu significado para o Direito um indício a capacidade para a prática de atos juridicamente relevantes. Ora, no Direito Penal a imputabilidade é a capacidade que o agente tem para poder ser responsabilizado criminalmente, ou seja, somente um sujeito capaz penalmente pode sofrer a sanção inerente ao Direito Penal.

Porém, não se deve confundir imputabilidade com responsabilidade penal, pois esta é a conseqüência jurídica pela prática de um ato definido como infração penal e aquela é a capacidade que a pessoa tem para poder sofrer tais conseqüências legais, ou seja, a responsabilidade depende da imputabilidade, pois não se pode dar as conseqüências de um ato lesivo a quem não possui o potencial entendimento que o leva a determinar-se de acordo com o ordenamento jurídico.

Então, a imputabilidade está na capacidade de entender e querer, não significando que a capacidade seja a consciência do entendimento, de que a conduta praticada está prescrita na lei como sendo delituosa, mas o imputável é o sujeito que tem capacidade de entender que seus comportamentos estão ou não de acordo com a lei, sendo sadio mentalmente e desenvolvido ao ponto de determinar-se.

O Código Penal elenca algumas causas de exclusão de imputabilidade, quais sejam, a doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a embriagues completa proveniente de caso fortuito ou força maior, e a Lei 6.368/76 traz mais uma, que é a ação praticada por pessoa entorpecida em função da dependência à droga. Entretanto, para que seja excluída a pena nestes casos, é

necessário a incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com o seu entendimento. Deste modo, de acordo com o artigo 26 do Código Penal vigente, deve-se aferir a imputabilidade no momento da conduta, pois este prescreve que as causas de exclusão de imputabilidade são as presentes no momento da ação ou omissão.

O nosso Código Penal adota, da mesma maneira, o critério cronológico para excluir a culpabilidade do menor de 18 anos, ou seja, só os maiores desta idade têm capacidade penal, haja vista que o menor é presumidamente não desenvolvido para a prática de suas ações no campo penal, sendo suas ações definidas como crime ou contravenção imputadas na forma de ato infracional de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também, é utilizado tanto o critério biológico, no caso do menor de 18 anos, como no biopsicológico, no caso do artigo 26 do Código Penal, para se ter causas de diminuição ou atenuantes da pena, ou, no caso do imputável menor de 21 anos ao tempo do fato e ao maior de 70 ao tempo da sentença, o privilégio na prescrição.

### 3.3.2 *Potencial Consciência da Illicitude*

De acordo com a teoria da ação que se adote, a consciência da licitude varia entre a noção de efetivo conhecimento da antijuridicidade do ato até, apenas, uma potencial consciência.

É certo que, com a mudança de abordagem da conduta causal naturalista para a finalista, a consciência da antijuridicidade foi muito afetada com o desenvolvimento do Direito Penal moderno, pois o dolo e a culpa saíram da

consciência da ilicitude, indo para o tipo penal, e transformando-a em puro juízo de valor, como apenas mais um elemento da culpabilidade, que com o finalismo transformou-se em conceito puramente normativo e esvaziou-se do psicologismo.

Como o dito acima, na doutrina causalista a consciência da antijuridicidade tinha que ser efetiva, haja vista que o dolo e a culpa pertenciam à culpabilidade e estavam, segundo a concepção da teoria Normativo-Psicológica, dentro de um dos seus elementos. Assim, se não se verificasse a existência da consciência da ilicitude seria afastado o dolo e, se evitável o erro ou a ignorância da norma, o indivíduo responderia por crime culposos se o tipo penal admitisse tal modalidade.

Como evolução à teoria extrema do dolo, exposta no parágrafo anterior, a teoria limitada do dolo, buscando a solução para absolvições infundadas e condenações fundadas na cegueira jurídica, tentou exigir apenas no dolo o potencial conhecimento do injusto, mas, segundo o Damásio de Jesus, citando Maurach, “essa teoria não recebeu aplauso, uma vez que a denominada *inimizade ao direito* ou cegueira jurídica é muito vaga para fundamentar decisões na prática<sup>6</sup>”.

Com a adoção do finalismo, a consciência da ilicitude passou a ser apenas normativa e elemento da culpabilidade, sem conter o dolo e a culpa que foram deslocados para o tipo. Assim, a exigência da consciência da antijuridicidade passou a ser apenas potencial, ou seja, a falta de consciência sobre a ilicitude do fato não afasta o dolo e, sim, afeta a culpabilidade, sendo aferido se houve ou não potencial dessa consciência.

Deste modo, segundo Cezar Roberto Bitencourt, citado por Rogério Greco<sup>7</sup>:

---

<sup>6</sup> JESUS 2001 apud MAURACH 1962. p. 476.

<sup>7</sup> GRECO 2005 apud BITENCOURT 1997. p. 459.

“(...) com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas sim a potencial consciência. Não mais se admitem presunções irracionais, iníquas e absurdas. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da chamada consciência profanado injusto, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta. E, segundo, os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade.”

Dentre as teorias sobre a potencial consciência da antijuridicidade que seguem o finalismo, a reforma do Código Penal brasileiro de 1984 adotou a teoria limitada da culpabilidade, que pondera o erro de tipo e de proibição. Neste, se inevitável o erro, exclui a potencial consciência da ilicitude e, conseqüentemente, a culpabilidade; já no erro sobre os elementos constitutivos do tipo exclui-se o dolo e a culpa, se inevitável o erro, e sendo o sujeito responsabilizado por crime culposo, se o tipo penal o admitir, se evitável o erro. No que concerne a discriminantes putativas ou suposição de causa excludente de ilicitude, esta teoria divide duas situações: se o erro é sobre a regra de proibição, ou seja, supõe que exista justificativa legal que tornaria legítima sua ação, o dolo subsiste, mas podendo ser absolvido o sujeito caso o erro seja inevitável por exclusão da culpabilidade ou atenuada se evitável; se o sujeito erra sobre a existência de fato, de situação que tornaria legítima sua conduta, supondo o sujeito estar agindo acobertado por uma excludente de antijuridicidade, exclui-se o dolo e a culpa, nos mesmos moldes do erro de tipo, se escusável, e, somente, o dolo, se inescusável, subsistindo a culpa se admitida no tipo.

### 3.3.3 Exigibilidade de Conduta Diversa

Para se dizer que um agente é culpável não é necessário, apenas, que ele seja imputável e tenha potencial consciência da antijuridicidade, é preciso que ele possa ter agido de maneira adequada ao direito, não a fazendo porque preferiu a conduta ilícita.

O conceito de exigibilidade de conduta diversa é muito amplo, pois abarca os outros dois elementos supra citados, haja vista que o sujeito inimputável, que, ao tempo da ação ou da omissão, não tenha capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, pratica um crime, não se pode exigir dele outro comportamento, porque age com impulso irracional; e o sujeito que, por erro de proibição escusável, por exemplo, não tem a potencial consciência da ilicitude e, por esse motivo, também não se pode exigir outro comportamento condizente com o ordenamento jurídico. Deste modo, em todas as causas de exclusão de culpabilidade, não se pode exigir uma conduta de acordo com o direito.

Da mesma maneira que os outros dois elementos da culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa é um juízo de valor, com carga essencialmente normativa. Portanto, segundo Rogério Greco<sup>8</sup>:

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, vol. 1, p. 465

O Código Penal, em seu artigo 22, elenca algumas causas de excludentes de ilicitude que afastam a possibilidade de se agir de acordo com o ordenamento, isto é, onde seja inexigível um comportamento diverso. Estas excludentes são a coação moral irresistível e a estrita obediência a ordem não manifestadamente ilegal.

Na coação moral irresistível o coagido pratica sempre um fato típico e antijurídico, mas não culpável, pois se a coação era irresistível, não se pode exigir dele um comportamento legal, ou seja, não é reprovável sua conduta. Neste caso, o coator será responsabilizado pelo crime cometido pelo coagido em concurso formal com constrangimento ilegal.

Também, atenua-se a pena no caso de coação resistível, apesar de o fato ser típico, antijurídico e culpável, mas pela valoração da culpabilidade do caso leva-se em consideração a diminuída possibilidade de agir de acordo com o ordenamento.

Na estrita obediência a ordem não manifestadamente ilegal, ordem essa que somente pode ser dada em função da hierarquia de proveniente de uma relação de Direito Público, com todas as prerrogativas a ele inerentes, tem o condão de se excluir a culpabilidade, desde que o autor não exceda a ordem dada e não seja a ordem manifestadamente ilegal.

Da mesma maneira como se dá na coação moral resistível, a obediência à ordem ilegal de autoridade é circunstância atenuante, prevista no artigo 65 do Código Penal. Logo, não será reprovável a conduta do servidor que obedece a ordem não manifestadamente ilegal a partir de uma relação de Direito Público, pois como o agente público age regido pelo princípio da legalidade e obedecendo a uma

hierarquia que tem com fim a eficiência e o interesse público, isto é, ele é obrigado a obedecer às ordens não manifestadamente ilegais emanadas de seus superiores, mas pode desobedecê-las se forem evidentemente ilegais, sem ferir os princípios que regem o interesse público.

## 4 A CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DA PENA

### 4.1 Considerações iniciais

O exposto nos dois capítulos anteriores trouxe de forma sucinta a importância e a evolução da culpabilidade no Direito Penal e sua abordagem atual no ordenamento penal brasileiro.

A culpabilidade como um fruto da construção do Direito Penal, que é a expressão das mudanças ocorridas na civilização mundial e na concepção que o homem tem dele mesmo, coloca o indivíduo como determinante de seus próprios destinos, como o coeficiente da evolução da sociedade, pois, a partir da abordagem dada pelo finalismo, a culpabilidade evoluiu até o ponto onde a cultura, as influências sociais e o próprio meio ambiente são os determinantes dos valores dados aos elementos constitutivos de si mesmo, quais sejam, a imputabilidade, o potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, sendo fatores que podem delimitar com muito mais justiça o que é reprovável ou não no campo do Direito Penal, tendo em vista que este é o guardião maior dos interesses mais importantes de uma sociedade. Assim, ela, a culpabilidade para a teoria finalista, aproximou muito mais o que é relevante para o ordenamento jurídico da realidade humana, ou, ao contrário, o que é relevante para a realidade do Direito. Por isso, foi afirmado que a sociedade é a eterna construção que o homem faz de si mesmo, influenciando individualmente no meio social e sendo moldado por este, isto é, o homem faz a história e esta o edifica como ser humano.

Contudo, a importância para o indivíduo que a culpabilidade traz em seu bojo é a proteção de si mesmo através dos valores que são empregados para aferir

ou não sua reprovabilidade quando da prática de um fato típico e antijurídico. Significando que, dependendo da importância que a culpabilidade tenha no Direito Penal, ela pode traçar caminhos que podem conduzir a resultados que tendem a transformar a sociedade.

Conseqüentemente, ao definirmos a culpabilidade como pressuposto da pena ou como elemento constitutivo do delito estaremos colocando-a em posições diferentes para o cidadão e mexendo com seus direitos individuais, principalmente na proteção ao indivíduo.

Apesar de pertencer à teoria do delito, a questão da posição da culpabilidade como elemento do crime, dentro de uma visão analítica deste, está ligada à abordagem da reprovabilidade da conduta. O enfoque que se deve dar a culpabilidade deve ser maior, pois esta é, dos três elementos que se propõem a constituir a infração penal, o que mais se aproxima da realidade social e das transformações culturais, haja vista que o tipo é estático, sendo seu processo de renovação, em nosso sistema jurídico, muito difícil; e a antijuridicidade, apesar de não ser estática, transforma-se muito lentamente, sempre um passo atrás da sociedade.

Portanto, a culpabilidade e sua inserção no conceito analítico de crime é o problema a ser analisado.

#### **4.2 A posição que entende a culpabilidade como pressuposto da pena**

Com a adoção do finalismo pela reforma penal de 1984, surgiu no Brasil um entendimento de que o crime deveria ser analisado numa visão bipartida, tendo

como elementos a tipicidade e a antijuridicidade, colocando a culpabilidade como mero pressuposto da aplicação da pena.

Esta corrente doutrinária afirma que o finalismo, construção doutrinária elaborada por Hans Welzel, tem a culpabilidade como pressuposto da pena, tendo como principal expoente Damásio de Jesus<sup>9</sup>, pois é o que mais se destaca e o que dispensa uma maior atenção ao tema.

Segundo Damásio<sup>10</sup>, em exposição ao tema:

A culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. Funciona como pressuposto da pena. O juízo de reprovabilidade não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de fato culpável, mas de sujeito culpável. Culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que praticou o delito. Por isso, conceituamos o crime como fato típico e antijurídico, intervindo a culpabilidade como condição de imposição da pena. É o sistema de nossa legislação. Disciplinando as causas de exclusão da ilicitude, o nosso Código Penal determina que “não há crime” (art. 23). Assim, a ilicitude caracteriza o delito. Tratando, porém, das excludentes da culpabilidade, considera que o agente é isento de pena (artigos. 26, caput, e 28, §1º.). Logo, não excluem o crime, comportando-se o juízo de censurabilidade como condição da resposta penal. Há outro argumento. Só há receptação quando o objeto material constitui produto de crime (art. 180, caput). Suponha-se que o autor do fato antecedente seja inculpável, presente, v.g., a inimputabilidade por menoridade. Se a culpabilidade fosse elemento ou requisito da infração penal, a sua ausência, em face da menoridade, excluiria o crime anterior, condição típica da receptação. A coisa não seria “produto de crime”. E, não havendo delito antecedente, o fato subsequente seria atípico. Determina o Código Penal, porém, que o fato é punível ainda que não culpável “o autor do crime que proveio a coisa” (art. 180, § 2º; grifo nosso). Confirmação que a culpabilidade não é requisito do delito.

Resumidamente, os argumentos perfilhados pelo autor supra citado expõem as principais idéias que fundamentam essa corrente doutrinária, propondo que o estudo da culpabilidade saia da teoria do delito e vá para o campo da aplicação da pena.

O autor observa que o Código Penal pátrio, que adotou o finalismo na reforma de 1984, refere-se às causas de exclusão de culpabilidade como

<sup>9</sup> JESUS, Damásio de. *Op. cit.*, p.455-457

<sup>10</sup> *Id. Ibid.* p. V-VI.

determinadora de isenção de pena e quando se refere às causas de justificação diz que não há crime, afirmando que a culpabilidade não é elemento do crime e sim pressuposto da pena. Deste modo, expõe que a imposição da pena é dependente da culpabilidade e que o juízo de reprovabilidade incidirá sobre o autor do fato típico e antijurídico, ou seja, que a culpabilidade recai sobre o autor do delito e não sobre o fato, indicando a idéia de que o crime é formado por critérios objetivos (ilicitude e tipicidade), levando a subjetividade para o campo da aplicação da pena.

Portanto, os penalistas filiados a essa corrente afirmam que a razão dessa diferença de tratamento entre ilicitude e culpabilidade é clara: o delito é bipartido em tipicidade e antijuridicidade. Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável. É por isso que a legislação penal recorre às expressões "não há crime" ou "é isento de pena", quando trata das causas de exclusão da antijuridicidade e excludentes de culpabilidade, respectivamente, uma vez que as primeiras excluem o crime e nas últimas o delito subsiste, havendo apenas a não aplicação da punição.

Expõe, também, como argumentação a questão do crime antecedente no caso da receptação. Diz que para ocorrer este delito é necessário o cometimento de um crime que seja produtor da coisa receptada, expondo que se o delito fosse composto de fato típico, antijurídico e culpabilidade não haveria o crime do artigo 180 do Código Penal sendo praticado por sujeito inculpável, pois faltaria o terceiro elemento para originar o delito, mesmo quando o próprio Código Penal afirma que é punido o fato se o autor do crime que proveio a coisa não for punível.

Assim, os principais argumentos que emanam da corrente doutrinária em foco são basicamente baseados em expressões que o Código Penal adota e o caráter pessoal que a culpabilidade valora, pois asseguram que o fato não é culpável e sim o seu autor.

### 4.3 A Culpabilidade como elemento do crime

O conceito de delito pode ser dado pelo critério formal, material ou analítico. O primeiro seria o crime visto em função do direito, isto é, o crime seria toda a conduta que atentasse contra a Lei penal. O segundo vê o crime como o atentado a bens jurídicos que a sociedade dá maior importância. Nenhum desses conceitos anteriores foram suficientes para explicar o que seria o delito. Assim, surgiu o conceito analítico de crime que o estratifica, dividindo-o em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

O problema que envolve o local onde deve ser enquadrada a culpabilidade, por ter potencial para diminuir os elementos de composição de um instituto que ameaça a liberdade do indivíduo (o ilícito penal), deve ser analisado tendo em vista que o crime não é só objetivo, somente observado do acontecimento exterior, pois se estaria diminuindo a proteção ao direito de liberdade do indivíduo e tirando o caráter humano do ilícito penal.

A argumentação que a culpabilidade é pressuposto da pena, por si só, não determina que o juízo de censurabilidade tenha saído do conceito de delito, pois a tipicidade e a antijuridicidade também pressupõem a pena. Aliás, se considerarmos que para haver antijuridicidade no Direito Penal o fato tem que ser típico, positivado na norma legal, em obediência ao princípio da legalidade e da reserva legal, e que para ter que se incidir o juízo de reprovabilidade sobre o autor tem que estar presente a ilicitude, observa-se que os três elementos pressupõem uns aos outros. E, somente por estar, a culpabilidade, no último critério de aferição do crime, ela pressupõe a pena ou a punibilidade (concepção quadripartida de delito,

adotada por Muños Conde<sup>11</sup>). Assim, se a culpabilidade pressupõe a pena, a tipicidade e a antijuridicidade também, uma vez que fazem o mesmo papel, mas em momentos distintos. Não sendo apto dizer que, por esse motivo, a culpabilidade saiu da definição analítica do crime.

Tendo em vista os argumentos da doutrina que acredita no delito bipartido (tipicidade e antijuridicidade), ao se afirmar que o Código Penal pátrio adotou tal posicionamento quando se refere as excludentes de culpabilidade como isenções de pena, não é observado que em muitos casos o estatuto repressivo diz, também, isento de pena casos que obstam a punibilidade, sendo o mesmo fato típico, ilícito e culpável, como no caso das escusas absolutórias e casos que excluem o dolo e a culpa, portanto, a tipicidade, como nas discriminantes putativas. Deste modo, não sendo suficiente dizer que pela expressão “isento de pena” é reveladora de uma adoção pelo Código Penal de uma teoria que admite o delito como sendo somente fato típico e ilícito.

Outro argumento utilizado para justificar a mera pressuposição da aplicação da pena pela culpabilidade, é o do crime de receptação que somente pode ser praticado se a coisa for proveniente de outro delito anterior, isto é, se a coisa for produto de crime. Afirma-se que a culpabilidade não pertence ao delito, pois o § 5º do artigo 180 do estatuto repressivo prescreve que o fato é punível mesmo que o autor do crime de onde proveio a coisa seja inculpável, isto é, os excluídos do juízo de reprovabilidade também praticam crime. Entretanto, o quer dizer realmente o citado parágrafo é que basta que o objeto seja proveniente de fato definido como crime para existir a conduta do artigo 180 do estatuto repressivo, e não afirmando que o isento de pena pratica crime e não é punido. Por exemplo, se menor furta e o

---

<sup>11</sup> CONDE, Francisco Muños. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1988, p. 05.

produto da conduta é receptado por alguém, o fato ainda é definido como crime cometido por este, apesar de o menor não cometer crime, porque seus atos são tidos como ato infracional. No presente caso, a vontade do legislador foi dizer que, mesmo sendo o fato praticado por inculpável, será crime a recepção de tais objetos, não demonstrando a Lei que o menor pratica crime e não é aplicada a pena, nem que o servidor que obedece a ordem não manifestadamente ilegal pratica crime, mas, sim, quis dizer que, pelo princípio da prevenção, o objeto adquirido como produto de uma prática definida como crime continua sendo delito, mesmo que o sujeito ativo do primeiro fato típico e ilícito seja inculpável.

Outra questão que necessita ser esclarecida é o da culpabilidade valorar apenas o sujeito que praticou a ação. Não se pode isolar o agente de sua conduta, valorar exclusivamente no juízo de censurabilidade o autor é levar em consideração só a subjetividade interna do indivíduo, criando distinções absurdas. Segundo David Teixeira de Azevedo, citado por Guilherme de Souza Nucci<sup>12</sup>:

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena desmonta lógica e essencialmente a idéia jurídico-penal de delito além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, por quanto todos os elementos que constituem pressupostos da intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito penal minimalista – são diminuídos de modo a transferir-se destaque à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão-só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão-só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do direito penal do fato, pelo desvalor da conduta e acolhimento penal do autor de pesaras lembranças.

Desta forma, avaliar a reprovabilidade social somente em relação ao autor é criar um odioso Direito Penal do autor, em que o fato vai ser medido quanto à

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93

existência e quanto a todos os outros critérios analisados em relação ao causador, levando em consideração distinções que levariam a uma exclusão de determinado grupo em relação à distribuição da justiça. De tal modo, a reprovabilidade deve recair na possibilidade em que o sujeito tem de escolher uma conduta possível e lícita, que só não o fez por preferir o crime, ou seja, deve ser valorada sobre o comportamento ilícito e o sujeito no momento da ação ou omissão delituosa, devendo ser visto o delito como um conjunto indissociável entre autor, direito e sociedade.

Diante do afirmado no parágrafo anterior, justificar o juízo de censurabilidade como pressuposto da pena, expressando que o crime deve ser visto por critérios totalmente objetivos e delegando ao critério subjetivo a aplicação da pena, é desumanizar o Direito Penal, é reduzir o crime ao fenômeno técnico e sem expressão social, ou seja, segundo Juarez Tavares, citado por Nucci<sup>13</sup>: "o isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade".

Para ilustrar o tema com uma aplicação prática e para demonstrar o verdadeiro sentido do ordenamento, citamos o caso do crime de calúnia praticado contra inimputáveis.

Existe uma divergência doutrinária a respeito da possibilidade de existência de crime de calúnia quando seja imputada falsamente fato definido como crime a menores de 18 anos e doentes mentais, não no que diz respeito à honra objetiva dos inimputáveis, pois é pacífico que pode haver agressões a honra objetiva destes, mas no que concerne a capacidade de cometer delitos, pois, sendo o crime

---

<sup>13</sup> *Id. Ibid.*, p.92.

fato típico, ilícito e culpável, os inimputáveis, em tese, nunca poderiam ser sujeitos passivos de tal delito, somente sendo tidos como vítimas de difamação.

Para a doutrina que entende que o delito, dentro do critério analítico de conceituação, é bipartido, composto por tipicidade e antijuridicidade, os inimputáveis podem ser vítimas de calúnia, pois, como a culpabilidade é composta de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa e é pressuposto de aplicação da pena, o menor de 18 anos, por exemplo, que é inimputável, excluindo-se, assim, a culpabilidade, poderia praticar crime em tese, haja vista que pode praticar fato típico e ilícito, portanto cometendo crime, não sendo punido face a não aplicação da punição. Deste modo, pode-se cometer crime de calúnia contra inimputável, porque ele pode cometer crime, mas não é culpável.

De outro lado, para a doutrina clássica, se imputarmos falsamente fato definido como crime a inimputável, nos molde da figura típica do artigo 138 do Código Penal, não será definido o fato como calúnia e sim como difamação, porque a vítima inculpável não pode praticar crime, tendo em vista a composição tripartida de delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

Entretanto, Cezar Roberto Bitencourt<sup>14</sup> soluciona o problema utilizando o finalismo, mas com a teoria tripartida do delito. Argumenta que a Lei define o crime como a imputação falsa de fato definido como crime e não imputação falsa de crime, isto é, o que Direito Penal protege é a vítima da imputação falsa de fato tido como delituoso em tese e não somente a quem tenha capacidade para praticar crimes. Portanto, pode o inimputável ser vítima de crime da calúnia.

Desta forma, a mesma justificativa para a possibilidade de cometimento de crime de calúnia contra inimputável deve ser aplicada à hipótese da coisa

---

<sup>14</sup> CAPEZ 2005 Apud BITENCOURT 2001. p.26.

receptada ser fruto de fato típico e antijurídico praticado por inculpável, pois a vontade da norma é a mesma: coibir a prática de resultados lesivos, seja por via de repressão à aquisição de produtos de crime, isto é, o desestímulo a ações criminosas, seja através da exceção da verdade, quando da possibilidade de indagar se realmente é falso ou não o fato definido como crime, podendo ser descobertos outros agentes em concursos que sejam culpáveis.

Inaceitável é a concepção de delito como bipartido. Assim, vale ressaltar, com as palavras de Zaffaroni e Pierangeli<sup>15</sup>, o demonstrado acima:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua posição (típica), que por não está permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

Diante do exposto sobre o a definição da culpabilidade como componente do delito, segundo uma visão analítica e tripartida do delito, podemos afirmar que o juízo de censurabilidade é requisito do delito, sendo um elemento essencial deste, tão importante como os outros dois. E neste enfoque é que podemos ter que o crime é um fato social e humano, onde a culpabilidade é o fator que irá dosar a gravidade do delito utilizando o meio histórico-cultural como parâmetro.

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, *op. cit.*, 392.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, como fruto do desenvolvimento humano, regula o conjunto de interações entre sujeitos a partir da evolução da civilização e do desenvolvimento cultural, moldando a estrutura valorativa das mais diversas sociedades.

Dependendo do meio cultural, sendo este tomado de maneira geral, elementos de um fato podem ser valorados de maneira diversa como, por exemplo, a menoridade.

No Brasil, se um menor de 18 anos comete um fato tipificado como crime ou contravenção penal não vai ser responsabilizado penalmente pela sua conduta, mas sofrerá alguma medida sócio-educativa prescrita no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, em alguns Estados dos Estados Unidos da América, menores de 18 anos podem ser responsabilizados por infrações penais e sofrer privação de liberdade como se fossem adultos.

Nos dois casos temos responsabilidades para menores, mas distintas, no Brasil, a medida sócio-educativa, nos Estados Unidos, a pena, mas, para nós, o menor é valorado de maneira diferente, pelo critério biológico, presumimos que o menor ou adolescente não se desenvolveu por completo, é incapaz de determinar-se; para os americanos, o menor pode praticar crime, pode ser punido, porque o que realmente vale para eles é o critério psicológico, não existindo a presunção que existe para nós.

Destarte, de uma cultura para outra, que interagem intensamente num mesmo contexto histórico, valores são diferentes e isso se dá pelo modo como foi edificada a civilização de cada um.

No exemplo acima, apesar de sabermos as diferenças entre os dois ordenamentos citados, é importante a comparação para ilustrar como é encarado por um e outro a imputabilidade, como os critérios de observação do fenômeno do crime influem na aplicação de sua retribuição e como valores diferenciam-se dependendo da sociedade onde estão inseridos.

Com o estudo do Direito Penal foram surgindo temas que atraíram a atenção para o desenvolvimento desta monografia, e um deles foi a culpabilidade.

Percebe-se, da leitura feita dos dois primeiros parágrafos desta conclusão, que a culpabilidade é um tema que envolve determinantes que vão além do estritamente positivado na norma, pois o juízo de censurabilidade variará dependendo de como abordemos seus elementos e de como é encarado pelo meio.

No início da pesquisa para a elaboração do presente trabalho, o posicionamento a respeito do tema era o de ser, realmente, a culpabilidade como pressuposto da pena. Entretanto, com um contato mais aprofundado com diversas obras e maiores reflexões sobre o tema foi concluído o contrário, que a culpabilidade é elemento do delito.

Antes, a idéia de que o finalismo teria enunciado que o crime era somente fato típico e ilícito veio pela influência do gosto pela obra de alguns autores que entendem desta maneira. Era muito sedutora a idéia da nomenclatura dada pelo Código Penal a casos de exclusão de culpabilidade e outra dada a justificadoras. Contudo, um contato um pouco mais aprofundado sobre o tema modificou a concepção anterior.

A análise de delito, levando em consideração a sua importância para o direito, e tendo em vista os argumentos e proposições dadas pela corrente do delito como fato típico e antijurídico, observou-se que as inconsistências apresentadas por

esta doutrina são visíveis e irremediáveis, pois se baseiam em comparações observadas no corpo da Lei, que não mostram o padrão proposto, como no caso das expressões “é isento de pena” que podem ser encontradas em outros casos que não sejam de exclusão de culpabilidade.

Também, deve ser observado que a culpabilidade não será aferida somente sobre a pessoa do autor, mas sim sobre o conjunto fático que nunca pode ser dissociado de seu causador e o que levou este a produzi-lo.

Logo, o exato pressuposto da pena é o crime, visto como um único corpo, com todos os seus elementos.

Em verdade, a culpabilidade incide sobre o comportamento do sujeito e não sobre ele isoladamente. Assim, a idéia de que a culpabilidade é característica do crime é a mais concisa e resistente frente aos diversos questionamentos levantados a respeito do assunto.

De todo o exposto acima, concluímos que o conceito analítico de delito que contém tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade é o mais acertado, pois considera o fato como um todo, e não somente os elementos objetivos. E que, também, mantém a culpabilidade como pertencente à teoria do delito, excluindo a possibilidade da mesma ser estudada dentro do campo da aplicação da pena, o que seria extremamente perigoso para um Direito Penal que se propõe a ser de um Estado Democrático de Direito.

Assim, a elaboração da presente monografia foi extremamente gratificante, pois o contato com novas idéias e posicionamentos diversos sobre o tema nos proporcionou um grande amadurecimento jurídico e pessoal, pois, como já dito acima, no começo o posicionamento sobre o tema era o contrário à conclusão chegada, o caminho percorrido até o entendimento atual foi cheio de surpresas e

evoluções, tendo em vista que é sempre bom perceber que podemos mudar de idéia e que novos conceitos são bem vindos em nossas vidas.

Entretanto, o que mais marcou foi a certeza de que, em um Estado Democrático de Direito, o que é realmente importante para o Direito Penal, como guardião até mesmo da liberdade do indivíduo, é a conduta da pessoa analisada como um todo, mas não o agente individualizadamente e seus atributos pessoais, conseqüentemente, valorizando o ser humano como o fim do Estado, sendo a sua dignidade o elemento justificador de todo o ordenamento jurídico.

## 6 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à Metodologia do Trabalho Acadêmico**. 2ed. Fortaleza: Gráfica e Editora Nacional, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Especial: lei de imprensa, crimes hediondos, abuso de autoridade, sonegação fiscal, tortura, terrorismo**. 4ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, v. 1.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro e Tipo de Proibição**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Impetus, 2005.

IHERING, Rudolf von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: parte especial**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 8ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Direito Penal, Estado e Constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal**. São Paulo: Editora IBCCrim, 1997.

LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONNI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.