

**DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: UNIVERSALIZAÇÃO DO
CONCEITO DE CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE PARTE 1
EVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

**CONTEMPORARY CRIMINAL LAW: UNIVERSALIZATION OF THE
CONCEPT OF GUILT DUE TO VULNERABILITY PART 1
EPISTEMOLOGICAL EVOLUTION OF CRIMINAL LEGAL DOGMATICS**

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Estágio Pós-doutoral em Direito (PPGD-UFSC). Doutor em Direito (PPGD-UFPR) e Mestre (PPGD-UFSC); Professor Universitário (UNICURITIBA); 2º Vice-Diretor Presidente da Escola Nacional da Magistratura (AMB/ENM). E- mail: marioramidoff@gmail.com.

JORGE ISSAC TORRES MARINQUE

Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). CoDirector los Códigos Penales comentados de Ecuador . kimblellmen@outlook.com.

AUREA RENATA XAVIER RODRIGUES

Advogada. Pós-graduanda no Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC); Pesquisadora junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (PPGD-UNICURITIBA).E-mail: aurea.xavier@live.com.



RESUMO

A superação do ontologicismo finalista conduz a um panorama fragmentado em perspectivas dogmáticas. A crise do conceito normativo de culpabilidade se agrava sobremaneira a partir das enunciações das teorias criminológicas da reação social e crítica, que revelam que o sistema penal é estruturalmente seletivo, verticalizador, arbitrário, injusto e desigual e, portanto, não respalda o discurso jurídico-penal que o fundamenta. O distanciamento entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade real dos sistemas penais implica na necessidade de reconstrução da dogmática sob o enfoque da sua função limitadora do poder punitivo e da ilegitimidade do sistema penal. Este trabalho pretende apresentar a reformulação, proposta por Eugênio Raul Zaffaroni, da culpabilidade penal que, incorporando o dado da seletividade penal, constitui a síntese da culpabilidade de ato (fundada na capacidade de autodeterminação) e da culpabilidade por vulnerabilidade (aferida de acordo com o grau de esforço pessoal para a situação concreta de vulnerabilidade).

Palavras-chave: Culpabilidade; Reprovação; Seletividade; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The overcoming of finalist ontologicism leads to a fragmented panorama in dogmatic perspectives. The crisis of the normative concept of guilt is greatly aggravated by the enunciations of the criminological of social reaction theorie and critical theorie, that reveal that the penal system is structurally selective, vertical, arbitrary, unfair and unequal and, therefore, does not support the legal-criminal discourse. That underlies it. The distance between the legal-criminal discourse and the real operationality of penal systems implies the need to reconstruct dogmatics under the focus of the illegitimacy of the system and the limiting function of the punitive power of criminal law. This paper intends to present the reformulation, proposed by Eugênio Raul Zaffaroni of criminal guilt which, incorporating the data of criminal selectivity, constitutes the synthesis of the guilt of an act (founded on the capacity for self-determination) and guilt by vulnerability (measured according to the degree of personal effort for the specific situation of vulnerability).

Keywords: Guilt. Disapproval. Selectivity. Vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

A superação do ontologicismo finalista conduz a um panorama fragmentado em perspectivas dogmáticas. (BUSATO, 2011, p.46)

As principais proposições pós-finalistas, sobretudo as funcionalistas, estruturaram-se a partir de concepções legitimantes da pena (FERRAZ, 2016, n.p).

O objetivo deste trabalho é apresentar uma reconstrução da dogmática jurídico-penal, mais especificamente do conceito de culpabilidade, a partir da deslegitimação do



sistema penal.

A irracionalidade de um discurso jurídico-penal que pretende reprovar o injusto a um agente sem considerar a forma seletiva (e injusta) dos processos de criminalização - posta em evidência, sobretudo, pelos estudos criminológicos da reação social e crítico - é uma (das várias) críticas direcionadas ao conceito normativo da culpabilidade.

Nesse sentido, o trabalho pretende apresentar, com o emprego da revisão bibliográfica, a concepção de culpabilidade por vulnerabilidade, proposta por Eugênio Raul Zaffaroni, calcada na ideia de necessidade de reinterpretção do direito penal a partir da incorporação à análise da culpabilidade do dado da seletividade do sistema penal.

Para tanto, estabelecem-se como objetivos específicos: apresentar a evolução do conceito de culpabilidade desde escola clássica (com a ideia de liberdade plena como ponto inconcusso no marco do idealismo alemão) até o finalismo, passando pelas etapas causalista e neokantiana; apresentar, em breves linhas, o que constitui a crise da culpabilidade em um cenário pós-finalista; apresentar as contribuições de ordem criminológica à construção do conceito de culpabilidade por vulnerabilidade e, por derradeiro, apresentar o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade enquanto antítese redutora da culpabilidade de ato.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Para além da dimensão formal da culpabilidade como elemento da análise do crime, calcada na tríplice capacidade de culpabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito, a culpabilidade, tal como o injusto, possui também um conteúdo material. (GUARAGNI, 2013, p. 79).

A liberdade humana – seja para afirmá-la, seja para negá-la – constituiu a referência do que se entende pelo conteúdo material da culpabilidade (MELLO, 2019, p.96)

O capítulo que segue trata da construção histórica do conceito de culpabilidade de que se ocupou a dogmática.

a. IDEALISMO ALEMÃO

Com a ascensão do individualismo iluminista, erigiram como paradigma ideológico a limitação do arbítrio estatal e a ideia de liberdade humana. (MELLO, 2019, p. 97).

Segundo Sebastian Borges de Albuquerque Mello:

o Direito Penal, com o pensamento da Escola Clássica, volta suas atenções menos em função do Estado do que do indivíduo, garantindo-o contra toda limitação arbitrária de liberdade, e isso pressupõe uma responsabilidade penal lastreada na imputabilidade moral e no livre arbítrio. (MELLO, 2019, p. 97).

O iluminismo tinha o livre-arbítrio como um axioma. Segundo o paradigma iluminista, a imputação penal deveria ter por alicerce uma decisão livre de alguém que, podendo escolher o caminho certo, escolheu o caminho errado, violando, desse modo, o direito de outrem (MELLO, 2019, p. 97).

A filosofia alemã do final do século XVIII e início do século XIX projetou um modelo de homem livre a partir dos pensamentos de Kant e Hegel (GUARAGNI, 2013, p.81).

Para Kant, o livre arbítrio é afirmado como parte da ética do dever (GUARAGNI, 2013, p.81). Ensina Fábio Guaragni:

o agir livre, dentro de uma ética do dever, dá-se pelo imperativo de que é justa – e conforme uma ética do dever – uma ação que possa tornar-se um agir universal. O homem pode guiar o seu agir por este imperativo categórico de justiça: ‘age exteriormente de modo que o livre uso do teu arbítrio possa se conciliar com a liberdade de todos segundo uma lei universal. (GUARAGNI, 2013, p.81)

A liberdade, segundo Kant, possibilita o contrato social (que, para os contratualistas, explica a origem do poder estatal), tendo em vista que só pode contratar aquele que é livre para tanto. (GUARAGNI, 2013, p.81)

Pariforme é o entendimento de Hegel, para quem toda relação jurídica pressupõe a liberdade de vontade porque quem não é autoconsciente não pode ingressar na relação (ZAFFARONI, 1940, p.90):

o campo do direito é o espiritual, e seu lugar preciso e seu ponto de partida é a

vontade, que é livre, de sorte que a liberdade constitui sua substância e determinação; e o sistema do Direito é o reino da liberdade realizada, o mundo do espírito expresso por si mesmo como em uma segunda natureza. (HEGEL, 1985 *apud* ZAFFARONI, 1940, p. 90).

O idealismo, destarte, não fundamenta a liberdade humana em bases empíricas a partir do método de observação e descrição, ao contrário, fundamenta em bases axiológicas a partir do método de compreensão e valoração.

Isso se dá a partir da concepção de que não existe conhecimento absoluto, mas tão somente fenomênico: os sentidos apenas conseguem alcançar um conhecimento particular e falível.

Desse modo, os fenômenos não poderiam tornar compreensível o livre-arbítrio, no entanto, o mundo do dever-ser indicava a necessidade de que os homens fossem livres para pactuar o contrato social e agir de acordo com uma ética do dever. (GUARAGNI, 2013, p.81)

Havia, portanto, no marco do idealismo alemão, um dogma que pressupunha o livre-arbítrio como ponto inquestionável da conduta humana a partir da imagem de uma coletividade formada por homens livres e iguais. (GUARAGNI, 2013, p.81)

Na segunda metade do século XIX, a característica de absentismo do Estado liberal - marca da filosofia da ilustração – dá lugar a um Estado intervencionista que afirma sua atuação a partir da interferência nas esferas de controle social (CARVALHO, 2003, p.59).

A mudança de paradigma, orquestrada pelo discurso evolucionista das ciências naturais, fez com que o dogma da liberdade iluminista cedesse espaço para uma doutrina determinista (CARVALHO, 2003, p.59).

Ensina Salo de Carvalho:

a Escola Positiva agrega os cientistas que pesquisam o fenômeno delitivo. Sob a inspiração de Ferri, sustenta a nova 'ciência' que a missão dos 'clássicos' de diminuição das penas estava cumprida; todavia, sua atuação no combate à criminalidade tinha sido irrisória devido à excessiva preocupação com o delito (ente jurídico), reduzindo o saber à esfera do direito, e olvidando o verdadeiro protagonista na relação delitiva: o homem criminoso – objeto de investigação que intitula a obra de Lombroso, marco teórico do paradigma etiológico (CARVALHO, 2003, p.59).

Portanto, em oposição ao pensamento sustentado pelos autores do paradigma

contratualista, a concepção da Escola Positiva nega totalmente o livre arbítrio, por entender que o crime não resultaria da vontade livre, mas de condições individuais, físicas ou sociais. Dá-se, então, origem a teoria psicológica da culpabilidade (CARVALHO, 2003, p.59).

b. CONCEITO PSICOLÓGICO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade, em sua concepção psicológica, fundamenta-se no positivismo da segunda metade do século XIX e concebe o direito em duas partes: objetiva e subjetiva (PIERANGELI, 1999, p. 102).

A culpabilidade era compreendida como a relação subjetiva do sujeito com o resultado. Consideravam-se o dolo e a culpa como “formas de culpabilidade” (ROXIN, 1997, p.494)¹

Ensinam Zaffaroni e Pierangeli sobre o conceito psicológico da culpabilidade:

a culpabilidade era a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade. O injusto se ocupava, pois, dessa causalidade física – causação do resultado -, enquanto à culpabilidade cabia a tarefa de tratar a relação psíquica. O conjunto de ambas as relações dava por resultado o delito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015. p. 541).

Assim sendo, todo o conteúdo da culpabilidade se esgotava no veículo psíquico (PIERANGELI, 1999, p. 102). A culpabilidade, segundo Frederico Marques, “não passava de um conceito genérico abrangendo o dolo e a culpa como fatos psicológicos representativos da relação entre o agente e a conduta ilícita (MARQUES, 1965 *apud* PIERANGELI, 1999, p. 102).

Por esta razão a culpabilidade só poderia ser afastada mediante causas que interferissem no processo psicológico, tal como o erro (PIERANGELI, 1999, p. 103). O conceito psicológico de culpabilidade decorre do pensamento naturalista,

que buscava os conceitos jurídicos em dados empíricos, próprios das ciências da

¹ O conceito psicológico de culpabilidade, segundo Zaffaroni, sequer se tratava de um conceito de culpabilidade, visto que esta evoca a necessidade de um conceito valorativo e Litz, ao reduzir o delito ao mero ilícito, pretendia manejar a culpabilidade como um conceito meramente descritivo consistente em ter havido ou não causação psíquica. Disponível em: <http://www.sajj.gov.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

natureza (ROXIN, 1997, p.794).

O paradigma do pensamento vigente, forjado nas ciências do mundo do ser, propunha submeter todo e qualquer objeto de estudo à lei mecânica newtoniana de ação e reação (GUARAGNI, 2013, p.83).

A ser assim, procurou-se a explicação de fatos sociais, como o crime, enquanto efeitos segundo as leis de causalidade (GUARAGNI, 2013, p.83).

A teoria, portanto, não assentava seus fundamentos numa concepção antropológica em que se afirma a capacidade de autodeterminação do homem, ao contrário, sustentava-se em uma base determinista (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 542).

A criminologia se transforma, neste momento, em discurso gerido pelo saber médico. As ciências naturais ajudariam a identificar e corrigir os anormais. O objeto de estudo desloca-se do delito para o delinquente, e a delinquência se explicaria por causas determinantes (BATISTA, 2011, p.45).

O crime, então considerado fruto de determinações prévias – decorrentes de, por exemplo, causas genéticas ou ambientais –, impedia a verificação da culpabilidade como juízo de reprovação. O agente estaria determinado por fatores que não domina. Desse modo, não seria possível dizer de alguém que errou quando seria possível acertar, tendo em vista que não havia possibilidades de escolha (GUARAGNI, 2013, p.83).

Nas lições de Salo de Carvalho:

o princípio da culpabilidade, centrado na responsabilidade moral, torna-se inadmissível frente ao agir condicionado, sendo substituído pela noção de periculosidade, categoria cuja função será demonstrar os níveis individuais de propensão ao delito (CARVALHO, 2003, p. 61)

Sobre esse sustentáculo, surgem as teorias preventivistas-especiais, calcadas na ideia de defesa social, em que a finalidade da pena se assenta na periculosidade: não se pune o sujeito pelo que fez, mas pelo que é (GUARAGNI, 2013, p.84).

Todavia, a concepção psicológica da culpabilidade revelou-se insustentável pelas seguintes razões:

Pela teoria psicológica, na análise da culpabilidade, não se poderia, como observou Reinhardt Frank, explicar a concorrência de determinadas causas de exclusão

da culpabilidade, diversas do erro e da coação, como o estado de necessidade exculpante, haja vista que a relação psicológica não era afetada na situação (PIERANGELI, 1999, p. 103.):

pois, se o conceito de culpabilidade não abarca mais do que a soma de dolo e culpa, e estes consistem na produção consciente ou descuidada do resultado, segue sendo completamente incompreensível como poderia se excluir a culpabilidade por estado de necessidade. Pois também o sujeito que atua em um estado de necessidade sabe o que está fazendo. Não há lógica em negar-lhe o dolo (FRANK *apud* ROXIN, 1997, p. 795)².

A concepção de imputabilidade como pressuposto analítico da culpabilidade (limitada à análise de dolo e culpa), tendo em vista que os inimputáveis podem ter dolo, de igual modo, não se sustentava. Assim assinalou Frank: “Também um doente mental pode querer a ação bem como representar os elementos que a convertem em delito, pode inclusive saber que se trata de um delito” (ROXIN, 1997, p. 795).

Outra crítica à concepção psicológica da culpabilidade, esta não aduzida por Frank, diz respeito a culpa inconsciente. Não há, na culpa inconsciente, como constatar uma relação psíquica do sujeito com o resultado (ROXIN, 1997, p. 795). Leciona Maurach:

inegável que o dolo é um fato psicológico, pois está caracterizado pela vontade ou intenção de seu autor de levar a cabo o resultado do delito. Mas, no que respeita à culpa, não se pode estabelecer uma conexão psicológica entre vontade do autor e o resultado da sua ação. (MAURACH, 1965 *apud* PIERANGELI, 1999, p. 103).

A corrente filosófica do neokantismo propõe o incremento, aos elementos causais, de valores culturais – sujeitos a juízo de valor. Dá-se, então, origem a teoria psicológico-normativa ou complexa da culpabilidade (TAVARES, 2018, p. 417).

c. CONCEITO PSICOLÓGICO-NORMATIVO DA CULPABILIDADE

Na teoria psicológico-normativa, de matriz neokantiana, a culpabilidade deixou de

² *Pues si el concepto de culpabilidad no abarca mas que la suma de dolo e imprudência y éstos consisten em la produccion consciente o descuidada del resultado, sigue siendo del todo incompreensible como podría ser excluída la culpabilidad por estado de necesidad. Pues también el sujeto que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace. Nergarle el dolo significa simplemente carecer de lógica.*

se restringir à verificação da relação causal entre a mente do sujeito e o resultado e passou, também, a desempenhar o papel de juízo de censura sobre o agente (GUARAGNI, 2013, p. 85).

Nessa reformulação do conceito de culpabilidade, conhecida por “viragem normativista” (BATISTA, 2009, p.8), a culpabilidade foi concebida como reprovabilidade do injusto. Com isso, a identificação do fato culpável não seria procedida somente mediante juízos de constatação, mas por juízos de valor (TAVARES, 2018, p. 414)³.

Não obstante essa “viragem normativista”, o dolo e a culpa permaneceram na culpabilidade. Daí por que a culpabilidade resultava da relação psicológica somada ao juízo de reprovação ao autor da relação psicológica (ZAFFARONI; PIERANGELI, p. 542).

A necessidade da teoria nasce precipuamente da demonstração de que há ações dolosas não culpáveis: a característica determinante da culpabilidade, à vista disso, não poderia ser informada exclusivamente por um nexos psicológico entre o autor e o resultado típico, mas pelo juízo acerca do comportamento do agente que atua em contrariedade ao seu dever quando, pela circunstância concreta, era exigível seu comportamento conforme o dever (PIERANGELI, 1999, p. 105).

Por essa razão, a afirmação da culpabilidade passou a depender da verificação da (a)normalidade das circunstâncias. Desse modo, a teoria do delito pôde se ajustar às disposições do art. 54 do Código Penal Alemão, então vigente, que assegurava isenção de pena àquele que pratica “ato não culposos necessário” para “salvar de perigo atual o corpo ou a vida do próprio agente ou de um parente” (GUARAGNI, 2013, p. 85).

Da análise da (a)normalidade das circunstâncias resultou o critério de exigibilidade de conduta conforme o direito (GUARAGNI, 2013, p. 85).

³ Para Zaffaroni, a verdadeira culpabilidade – diferente da “culpabilidade” proposta na etapa causalista -, é reintroduzida no direito penal com Frank ao passo que há o afastamento do positivismo e a retomada da via clássica, construindo a culpabilidade sobre o modelo formal da ética tradicional. No entanto, aponta Zaffaroni que as variantes da tese não passavam do “equivalente funcional de la vieja peligrosidad” uma vez que a conexão punitiva desvalorava normativamente toda a existência do sujeito, com critérios de análise calcados na “conducción de la vida” ou diretamente na personalidade do agente. Segundo o autor esta concepção de culpabilidade foi mais útil ao poder punitivo do que a própria “peligrosidad positivista” tendo em vista que esta pretendia, ao menos, ser um dado verificável, enquanto a culpabilidade de autor, por ser eminentemente normativa, se valia de presunções, sem se pretender passível de verificação. Escreveu Zaffaroni “El estado peligroso pretendia ser un dato verificable; el estado de pecado penal era mero produto de valoración subjetiva”. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Do critério resultou a constatação de que a exigência de conduta conforme o direito só poderia se dar frente àquele que conhece o direito, premissa a partir da qual o dolo passou a ser acrescido da consciência da ilicitude (GUARAGNI, 2013, p. 86).

A análise da compreensão da ilicitude assenta-se em um modelo antropológico de liberdade: se há escolha, a norma pode motivar a escolha (GUARAGNI, 2013, p. 87).

O período neokantiano marca-se pela guinada ao mundo dos valores e revela a valorização da liberdade humana: não mais aquela liberdade de corte idealista, mas uma liberdade condicionada pela fatalidade (GUARAGNI, 2013, p. 87).

d. CONCEITO NORMATIVO PURO DA CULPABILIDADE

A superação da teoria psicológico-normativa resulta, por um lado, do movimento dogmático de separação entre objeto da valoração e valoração do objeto (GUARAGNI, 2013, p. 88).

A etapa finalista separou taxativamente a valoração (reprovabilidade) e o objeto da valoração consubstanciado no dolo. Reduziu, desta forma, o conceito de culpabilidade à valoração do objeto, conforme a compreensão de Dohna de que “no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante o resultado de uma valoração” (WELZEL, 2015, p. 114).

O conceito de culpabilidade deixa de compreender os elementos subjetivo-anímicos e conserva o critério normativo de culpabilidade, segundo o qual se examina se a vontade de ação é culpável (WELZEL, 2015, p.115).

De outro lado, a superação da teoria complexa da culpabilidade decorreu da adoção do conceito de conduta como um fazer guiado por um fim como ideia fundante do sistema de análise de crime: Se o tipo, ao descrever uma conduta, descrevia um fazer guiado por um fim, o fim estaria situado no próprio tipo (GUARAGNI, 2013, p. 88).

A partir da premissa de que por detrás dos tipos penais se encontram proibições e mandamentos, cujo objeto são ações e que as ações não são simples processos causais - como supunha a teoria causal - mas só poderia ser um evento dirigido por um ser humano, a ação exigiria a vontade dirigida a realização do evento: o dolo (HIRSCH, s.d, p 14).

A doutrina da ação finalista situou o dolo, como espécie de vontade final de ação, no tipo subjetivo dos delitos dolosos (WELZEL, 2015, p. 114).

Como ensina Hans Joachim Hirsch:

o dolo e a culpa já não são formas ou elementos da culpabilidade, o dolo passa a constituir um requisito subjetivo do tipo doloso, assim como a infração de um dever de cuidado, referida especialmente pela previsibilidade do resultado, concerne ao tipo culposo (HIRSCH, s.d, p.14).

O dolo e, depois, a culpa tornam-se, nas palavras de Pierangeli, “verdadeiros corpos apátridas”, incompatíveis com a concepção normativa e, portanto, deveriam ser colocados como “espécie de vontade final da ação” (PIERANGELI, 1999, p. 108).

Nos ensinamentos de Claus Roxin:

o conceito normativo de culpabilidade sofreu uma ulterior modificação por meio da doutrina finalista da ação, que localizou sistematicamente o dolo e a infração objetiva a um dever de cuidado, nos delitos culposos, no tipo. Assim a culpabilidade restou esvaziada dos únicos elementos que a compunham no conceito psicológico de culpabilidade (ROXIN, 1997, p. 796)⁴.

Em síntese, o dolo e a culpa passaram a localizar-se no tipo; a potencial consciência da ilicitude – elemento normativo que passou a enriquecer o dolo na etapa neokantiana –, porém, permaneceu na culpabilidade, estruturando-se como elemento dogmático autônomo (GUARAGNI, 2013, p.89).

Os elementos naturais, portanto, migraram para o tipo enquanto a culpabilidade ficou limitada à pura reprovabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 542). Estrutura-se, destarte, uma teoria normativa pura, composta por elementos a partir da referência à norma: a imputabilidade (compreensão da norma e autodeterminação conforme a compreensão); potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma (GUARAGNI, 2013, p.89).

A reprovabilidade pressupõe, aqui, a possibilidade de o agente adotar uma resolução de vontade conforme a norma (o agente em concreto, em uma situação

⁴ *El concepto normativo de culpabilidad experimento una ulterior modificación a través de la doctrina finalista de la acción, al ubicar sistemáticamente ésta ya en el tipo el dolo y la infracción objetiva del deber de cuidado en los delitos imprudentes y eliminar así de la culpabilidad en lo esencial los elementos que habían constituido su único contenido para el concepto psicológico de culpabilidad.*

concreta). O juízo de desvalor da culpabilidade lança sobre o autor a reprovabilidade por não ter atuado em conformidade com a norma apesar de ter podido assim agir (WELZEL, 2015, p. 110).

Nesta etapa, há afirmação da capacidade humana de autodeterminação. De modo que há censurabilidade de alguém que opta em agir em contrariedade ao direito, quando poderia ter sido motivado pela norma (GUARAGNI, 2013, p.89).

Sobre a teoria normativa pura da culpabilidade, ensina Fábio Guaragni:

nesta teoria normativa pura da culpabilidade, a ideia forte de censura sobre o agente continua a residir no fato de que, podendo compreender a norma abstrata e concretamente incidente, bem como em geral e no caso concreto, podendo guiar-se pela norma que pode compreender, o agente desafia-a (GUARAGNI, 2013, p.89).

Portanto, o juízo de reprovação recaía sobre a resolução de vontade daquele que não omitiu ação antijurídica a despeito de ter podido omiti-la.

O ponto de partida finalista para a afirmação da capacidade humana de autodeterminação é a vinculação do direito a estruturas lógico-objetivas (MELLO, 2019, p.146).

Há, pois, nesta etapa, um esforço de fundamentar a liberdade, a partir do mundo do ser (GUARAGNI, 2013, p.90).

A busca de um conceito ôntico para o livre arbítrio parte da compreensão de que cada coisa tem uma estrutura lógica, dada pela natureza e que condiciona a valoração. De modo que a natureza precede o direito, devendo este reconhecer a estrutura lógica daquela para depois normatizá-la (GUARAGNI, 2013, p.90).

O finalismo, nesse sentido, não trata a questão da liberdade humana nos moldes clássicos, mas a partir de um conceito ôntico extraído da estrutura da personalidade (GUARAGNI, 2013, p.90).

A liberdade humana, nessa linha, se assenta como atuação conforme o sentido em detrimento da atuação pela coação dos impulsos. Enquanto que a culpabilidade se verifica pela falta de determinação conforme o sentido por um sujeito capaz de determinar-se de acordo com esse sentido. (MELLO, 2019, p.146).

3 PÓS FINALISMO

O aspecto formal teoria normativa pura da culpabilidade concebido na etapa finalista foi adotado, com maiores ou menores variações, de maneira majoritária nas escolas penais que a sucederam (MELLO, 2019, p.146).

De outro lado, o fundamento material da culpabilidade, calcado na ideia de “poder agir de outro modo” foi alvo de contundente crítica.

O “poder agir de outro modo” Welzeliano sofreu como principais críticas a impossibilidade de demonstração da liberdade humana a partir do mundo do ser e a impossibilidade de o direito penal, como ciência valorativa, guiar-se por uma ideia fundante extraída de estruturas lógico-objetivas prévias ao direito (GUARAGNI, 2013, p. 99).

Na crítica apontada por Karl Engisch, a autodeterminação não é verificável à medida que, ainda que se pudesse considerar a existência da capacidade de “poder agir de outro modo”, seria impossível demonstrar, no caso concreto, a expressão dessa capacidade, haja vista que ainda que se repetisse exatamente a situação da atuação, haveria sempre outros dados. O autor formula um modelo de determinismo como “verdade hipotética”, de modo a tornar inviável um conceito de culpabilidade calcado na liberdade humana (GUARAGNI, 2013, p. 100).

De outro vértice, no cenário pós finalista, o pêndulo, que bem pode representar o movimento da dogmática penal ao longo dos séculos, aponta, novamente, ao mundo do dever ser.

Segundo Roxin, não é possível deduzir soluções de problemas jurídicos de dados ontológicos. As soluções apenas podem ser alcançadas a partir de valorações e nunca a partir de meros dados do ser. Se nada no mundo do ser pode vincular o dever-ser (máxima neokantiana), a ideia fundante para a análise de crime deveria ser extraída do próprio mundo do Direito. No funcionalismo, por exemplo, a função do Direito Penal situa-se como ideia fundante (ROXIN, 2010, p.31).

A crítica da indemonstrabilidade da liberdade humana a partir do mundo do ser é reforçada por estudos neurocientíficos que negam a liberdade humana dando conta da

antecipação dos impulsos nervosos orgânicos em relação à formação daquilo que se toma consciência como vontade (BUSATO, 2014, p.49).

Nesse sentido, setores das ciências voltadas ao mundo do ser apresentam objeções ao livre arbítrio, o que, no campo do discurso penal, coloca em xeque a ideia de pena: não há como castigar quem não é livre para fazer o que faz (GUARAGNI, 2013, p. 100).

Há, por outro lado, em virtude de um pós-finalismo marcado pela desvalorização de um mundo prévio ao direito, o movimento de abandono do mundo do ser e a afirmação da liberdade humana a partir da referência à norma. Movimento este que, sem um mínimo de lastro empírico, levaria, na crítica elaborada por Zaffaroni, a uma inversão: ao invés de uma pessoa merecer pena porque é culpável, declarar-se-ia em relação a ela a culpabilidade porque é necessária a aplicação de pena (GUARAGNI, 2013, p. 100).

Segundo Guaragni, o mundo da cultura pode até preponderar sobre o mundo do ser, mas não o esquecer:

este universo da cultura ou dever-ser pode até preponderar sobre o mundo do ser, da realidade (repita-se: é o que acontece quando há excessiva inclinação para a reconstrução linguística de mundo, que no excesso pode levar ao esquecimento do mundo reconstruído, enquanto substrato). Porém, não pode esquecê-lo, aboli-lo (GUARAGNI, 2013, p. 100).

Portanto, o autor afirma que a superação da negação da liberdade com referência ao mundo do ser deve partir não de afirmações meramente valorativas, em marcos puramente neokantianos, mas a partir de substratos reais que permitam atribuir ao homem a liberdade (GUARAGNI, 2013, p. 100).

Apona, nesse sentido, de acordo com as ideias de Romeo Casabona, a impossibilidade de construção de um determinismo ambiental puro porquanto nada possui apenas um fator causal, mas vários fatores e que a omnicompreensão desses fatores conduz necessariamente a uma escolha (GUARAGNI, 2013, p. 101).

Além disso, o modo como os homens reconstroem a realidade é a partir de um postulado de liberdade mútua: os homens tratam uns aos outros como livres, o que possibilita que se critique ou elogie, a assunção de compromissos, a comunhão de signos linguísticos etc. (GUARAGNI, 2013, p. 101).

Ademais, indica que o “homem se autovê e se autocompreende como ser livre” e esta sensação de liberdade, presente em juízos sobre os demais e em autocrítica, funda o homem como traço efetivamente real, retirado de sua essência. (GUARAGNI, 2013, p. 103).

Segundo o autor, destarte, a norma não pode tratar o homem como livre se não existir substrato fático para tanto. Assinala, porém, que este substrato fático pode ser extraído da experiência humana e do intertratamento pessoal que se dá a partir da ideia de que somos livres (GUARAGNI, 2013, p. 103).

Conforme sobredito, a superação do ontologismo finalista conduziu a um panorama fragmentado em perspectivas dogmáticas. Nas linhas que seguem, serão apresentadas, seguindo a proposta de Davi Tangerino, algumas das perspectivas pós-finalistas, sendo elas a do funcionalismo (teleológico e sistêmico), cuja crítica já se adiantou nessas linhas precedentes, e da culpabilidade como motivabilidade pela norma, delineada por Muñoz Conde.

a. FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE ROXIN

Incorporando a crítica ao finalismo de indemonstrabilidade científica do “poder agir de outro modo”, Claus Roxin considera que a culpabilidade deve ser entendida como a atuação injusta a despeito da existência de acessibilidade normativa (ROXIN, 2004, p.52).

Para o direito penal, portanto, o pressuposto interno da imputação é a “realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer (ROXIN, 2004, p.52).

Segundo Roxin: “A falta de capacidade de compreensão, bem como falta de autocontrole e orientação podem ser tidas como casos em que o autor não pode ser alcançado pela mensagem da norma” (ROXIN, 2004, p.57).

A fim de demonstrar sua concepção, o autor traz a seguinte ilustração:

se parto da premissa que ultrapassar em sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culpavelmente. Pois o fato de ficar ela, de início, corretamente parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia

compreender a mensagem normativa 'deve-se aguardar diante do sinal vermelho' e determinar seu comportamento segundo essas exigências. Esta pessoa é idônea para ser destinatária da norma. Se ela, ainda assim atravessa a rua, age culpavelmente. (ROXIN, 2004, p.57).

Pelo contrário, exemplifica que, se uma pessoa cujo desenvolvimento intelectual não permita que ela compreenda a mensagem expressada por um sinal vermelho, ou mesmo se a pessoa tem desenvolvimento intelectual normal, mas num arroubo de emoção, perde todas as instâncias de controle psíquico e a capacidade de autodeterminação, esta pessoa não é idônea a ser destinatária da norma e, portanto, é inculpável (ROXIN, 2004, p.57).

Segundo Roxin, a capacidade de ser destinatário de normas é passível de verificação empírica, nesse sentido assinala:

se alguém está em condições de compreender a ilicitude de seu agir e se, ou em que medida, sua capacidade de autocontrole está reduzida ou prejudicada, tal pode ser verificado através de métodos psicológicos ou psiquiátricos (ROXIN, 2004, p.58).

Partindo da acessibilidade normativa, o autor sustenta a categoria da responsabilidade - que representa o ponto fulcral do funcionalismo teleológico - e contempla a culpabilidade e as necessidades preventivas da pena conjuntamente.

Nesse sentido, escreveu Roxin:

para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva da pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede o injusto não de 'culpabilidade', mas de 'responsabilidade'. Afinal, na teoria da imputação objetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto - de qualquer maneira essencial - daquilo que denomino 'responsabilidade' (ROXIN, 2004, p.65).

No funcionalismo teleológico, acresce-se, pois, à culpabilidade a necessidade da pena como pressuposto da responsabilidade. Do que se pode concluir que toda pena pressupõe culpabilidade e tem de ser indispensável preventivamente (ROXIN, 2004, p.66).

Segundo o autor a proposição de responsabilidade fortalece a proteção prestada ao indivíduo contra intervenções estatais à medida que utiliza a indispensabilidade preventiva como uma ulterior limitação (ROXIN, 2004, p.67).

A formulação, destarte, congrega tanto um fundamento empírico, decorrente da constatação da acessibilidade normativa; quanto um normativo que, em face de um substrato empírico, afirma a possibilidade de atribuição de responsabilidade segundo os fins das penas (TAVARES, 2018, p.424).

b. FUNCIONALISMO SISTÊMICO DE JAKOBS

O funcionalismo sistêmico de Jakobs exige que todos os conceitos da dogmática penal recebam seu conteúdo a partir dos fins do direito penal, de modo que os conceitos percam seus conteúdos pré-jurídicos e passem a existir tão somente no contexto das regras jurídico-penais (HIRSCH, 2011 *apud* RODRIGUES, 2019, p.84). Para o autor, a missão do direito penal é a de estabilização dos conflitos sociais mediante o resgate da confiança normativa violada pela prática de uma infração penal (MELLO, 2019, p.212).

Nessa linha, define a culpabilidade como a falta de fidelidade ao direito manifestada (JAKOBS, 2003, p.42).

Para o autor, o dever de fidelidade à norma decorre da necessidade de garantir a própria existência das regras que delimitam o espaço de liberdade, ou seja: se o espaço normativo garante ao sujeito a liberdade, o sujeito deveria estar obrigado, mediante um contrato sinalagmático, a prestar lealdade ao direito (BUSATO, 2011, p.65).

A tese de Jakobs se desenvolve por meio da finalidade preventiva da pena relacionada com as expectativas do comportamento social, nessa direção, considera que há identidade entre a culpabilidade e a exigência de prevenção geral (ROXIN, 2004, p. 56).

Ao adotar este modelo, abstrai-se as qualidades intrínsecas do ser humano, que passa a importar para o sistema apenas no que tange à comunicação, da qual ele participa sob a forma de papel social (TANGERINO, 2014, p. 117).

Nessa concepção, a análise da culpabilidade de um autor prescindiria da perquirição de suas qualidades psíquicas, bastando a análise acerca de ser ou não indicada a punição para estabilizar a confiança na ordem social (ROXIN, 2004, p. 56).

Sobre a concepção de culpabilidade para Jakobs sintetizou Davi Tangerino:



I. a culpabilidade deriva da prevenção geral e, como tal, fundamenta e limita a pena (“apenas a finalidade confere conteúdo à culpabilidade”) II. prevenção geral significa a afirmação da acuidade da confiança na vigência de uma norma; ela é limitada na medida em que seja necessária para a manutenção da confiança; III. o livre-arbítrio é apenas uma tentativa ontologizante de evitar um Direito penal livre de finalidades; IV a imputação penal de um comportamento depende da possibilidade de abdicar de uma expectativa cognitiva em prol de uma expectativa normativa em face do autor, válida também para todos os demais (TANGERINO, 2014, p. 109).

A proposição é oposta àquelas que buscam a personalização da culpabilidade, ao passo que o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas está submetido ao “império do paradigma normativo” (BUSATO, 2011, p.67).

c. MOTIVABILIDADE PELA NORMA NA DOUTRINA DE MUÑOZ CONDE

Segundo Muñoz Conde a capacidade de atuar de outro modo é indemonstrável. Existe, entretanto, a possibilidade de entender essa capacidade de modo vivencial ou fenomenológico, visto que a vida da relação social se baseia no sentimento generalizado de que “somos livres” (MUNOZ CONDE, 1988, p. 127).

O autor sublinha, contudo, que esse pressuposto é puramente descritivo e não é hábil a fundamentar o conceito de culpabilidade MUNOZ CONDE, 1988, p. 127).

A ser assim, sustenta que a culpabilidade não pode ser vista como um fenômeno individual, porque não há uma culpabilidade em si, mas sim uma culpabilidade com referência aos demais (MUNOZ CONDE, 1988, p. 128), daí por que a culpabilidade tem um fundamento social antes de psicológico MUNOZ CONDE, 1988, p. 129).

Nesse sentido, aponta que o conteúdo material da culpabilidade deve ser buscado na função motivadora da norma penal (MUNOZ CONDE, 1988, p. 129).

Assim escreveu:

a ‘motivação’, a capacidade de reagir frente às exigências normativas, é, segundo acredito, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), permite a atribuição de uma ação a um sujeito e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele praticada. Qualquer alteração importante dessa faculdade – qualquer que seja sua origem – deverá determinar a exclusão ou, se não é tão importante, a atenuação da culpabilidade. (MUNOZ CONDE, 1988, p. 129).

Portanto, para o autor, a responsabilidade penal deve derivar não do princípio da liberdade, mas da alteridade, haja vista que a culpabilidade corresponderia à justa reprovação somente quando o sujeito é analisado em seu contexto social (BUSATO, 2011, p.73).

Sob este enfoque a análise da culpabilidade passaria pela verificação da concreta capacidade do sujeito de agir conforme os estímulos normativos (BUSATO, 2011, p. 73).

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Cem Anos De Reprovação**. Disponível em:

<https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n1a1.pdf>. Acesso em: 24. abr. 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica À Criminologia Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUSATO, Paulo Cesar. **Apontamentos Sobre O Dilema Da Culpabilidade**. Revista Liberdades, nº 8, 2011, p. 46. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rco%20n_i_d=94. Acesso em: 25. abr. 2020.

BUSATO, Paulo Cesar. **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **Culpabilidade Pela Vulnerabilidade: Uma Introdução Aos Seus Pressupostos, Fundamentos E Controvérsias**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016, v. 120.

GUARAGNI, Fábio André. **Fundamento Material Da Culpabilidade Jurídico-Penal: Breve Percurso Dogmático Da Liberdade Humana No Marco Das Teorias Da Culpabilidade E Seus (Possíveis) Pilares De Sustentação**. BUSATO, Paulo César (Coord.). In: **Questões Atuais Do Sistema Penal: Estudos Em Homenagem Ao Professor Roncaglio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal**. Buenos Aires, AG: Rubinzal, [19-]. tomo I.

JAKOBS, Günter. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução: André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal Parte General: Teoría General Del Derecho Penal Y Estructura Del Hecho Punible**. Buenos Aires: Astrea, 1994.



MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Novo Conceito Material Da Culpabilidade: O Fundamento Da Imposição De Pena A Um Indivíduo Concreto Em Face Da Dignidade Da Pessoa Humana.** São Paulo: Tirant to Blanch, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral Do Delito.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **A Evolução Das Teorias Da Culpabilidade: Do Causalismo Ao Funcionalismo-Teleológico.** São Paulo: Tirant to blanch, 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura De La Teoria Del Delito.** Madrid, Espanha: Civitas, 1997. tomo I.

ROXIN, Claus. A Culpabilidade E Sua Exclusão No Direito Penal. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 46, 2004.

ROXIN, Claus. Reflexões Sobre A Construção Sistemática Do Sistema Penal. São Paulo: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2010, n. 82.

TANGERINO, Davi. **Culpabilidade.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da Teoria do delito.** Florianópolis: Tirant to Blanch, 2018.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal: Uma Introdução À Doutrina Da Ação Finalista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Culpabilidad Por Vulnerabilidad.** 2007. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm. Acesso em: 25. abr. 2020.