

**CULPABILIDADE. CONCEITO E EVOLUÇÃO**

---



### Marcelo Fortes Barbosa\*

A culpabilidade é o tema mais tormentoso do Direito Penal desde os seus primórdios. Assim, com o advento da Escola Clássica, que no século XVI foi quem primeiro sistematizou o Direito Penal e inclusive o problema da culpabilidade, restrito ao binômio “dolo ou culpa” – figurando a imputabilidade como pressuposto, e a intenção, como núcleo do dolo –, a culpabilidade passou a preocupar os estudiosos em grau maior. Até então, no *ancien régime*, a visão da culpabilidade se resumia à visão político-religiosa do Santo Ofício, na teologia de Santo Agostinho, na Ética de Aristóteles, trazida ao Ocidente pela palavra brilhante de São Tomás de Aquino, e a algumas referências ao caráter finalístico do comportamento humano da parte de Duns Scotto.

Foi Carrara quem – tratando o delito como “ente jurídico”, dividiu-o em “objetivo” e “subjetivo”, isto é, em “norma” e “culpabilidade *facto sensu*” – primeiro tratou do assunto.

A respeito é bom verificar que Antolisei, nas últimas edições de seu famoso manual, aderiu ao movimento “Il ritorno all’antiquo”, buscando, com ele, a volta à fórmula de Carrara como mais simples para o Direito Penal, e mais eficaz, reduzindo o delito à bipolaridade do “objetivo-subjetivo” de Carrara. Note-se, ainda, que os adeptos da teoria normativa da ação na Alemanha atual, Lange, Schimidhauser, Bockelman, Helmut Mayer, entre outros, preconizando a inutilidade da discussão ontológica sobre a ação, entre finalista e causalistas, estão propondo, também, a volta do binômio objetivo-subjetivo – com variantes, é claro – proposta por Carrara. Bockelman, por exemplo, repudia o “livre-arbítrio”.

Em que consiste a culpabilidade na Escola Clássica?

Trata-se de noção psicológica da culpabilidade e, portanto, vincula o dolo à intenção – a culpabilidade se funda no livre-arbítrio, na opção entre o bem e o mal decorren-

---

\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

te do conceito de pessoa elaborado por São Tomás de Aquino. Em consequência há uma distinção entre *voluntariedade* (*dolus bonus* em princípio) e *espontaneidade* (*dolus malus* em princípio). Assim, a culpabilidade seria a ligação entre o agente e seu fato, e não podia se situar além do psiquismo do agente, até porque não se indagava da consciência normativa. O agente teria de ter apenas um querer consciente de praticar o fato, e o dolo seria a vontade livre e consciente de praticar o fato, sem indagação direta da culpabilidade com relação à ilicitude. Verifica-se com Von Liszt, no final do século XIX, no *Direito penal alemão* traduzido no Brasil por José Higinio Duarte Pereira, nitidamente esta concepção, que foi aperfeiçoada pelo mesmo Von Liszt na “União Internacional do Direito Penal” de Viena, de 1910, e que foi o tema da culpabilidade para a Escola Técnico-Jurídica de Manzini e Rocco, iniciada na Itália por volta de 1911 como reação à Escola Psicológica e Criminológica decorrente do positivismo de Von Liszt; mais tarde Carnevale, Santoro, Grispigni e outros na Itália e a “Terza Scuola”, de Sabatini e Lanza.

No Brasil verifica-se que o professor Basileu Garcia e o próprio Néelson Hungria situavam-se nesta vertente da culpabilidade psicológica, sem referência maior a qualquer tipo de influência normativa na culpabilidade.

Com o advento do século XX e após o monumental *Tratado das Normas (Die Normen und ihre Ubertretung)* de Binding – que formulou o conceito positivo de crime, com o enquadramento e adequação do fato à norma e, conseqüentemente, da responsabilidade do agente em relação à norma, o que traduziu dado novo na questão –, além da teoria do tipo, elaborada por Beling, no seu *Die Lehre von Taffiestand*, de 1906 (e aperfeiçoado pelo opúsculo de 1910, *Die Lehre von Verbrechen*, onde Beling preconiza que o tipo penal inicialmente neutro pudesse abranger outros elementos que não apenas os meramente descritivos do opúsculo inicial, mas sim vinculados ao estado anímico e psicológico do agente), a evolução da culpabilidade consubstanciou-se numa constante vinculação ao aspecto normativo, quer à tipicidade, quer ao juízo de *censurabilidade*, tido inicialmente pela teoria da culpabilidade normativa – que ressurgiu, a partir de então – como reprovabilidade.

A evolução se passa inicialmente na teoria do tipo e depois na própria culpabilidade.

Com o advento do Código Penal suíço de 1913, o jurista suíço-alemão Adolf Merkel expõe a teoria do “tipo anormal”, afirmando a existência de elementos normativos e subjetivos do tipo, consistindo os primeiros em inserção no tipo legal de normas de conduta, traduzidas através de expressões como “sem justa causa”, “indevidamente”, “juridicamente relevante” etc.; e os segundos, em estados anímicos e psicológicos que se pronunciavam necessários para que a tipicidade fosse considerada, tais como “com o fim de”, “com o intuito de”, “para si ou para outrem” etc. – sendo certo que tais elementos propiciaram um aspecto mais amplo de Direito Penal de garantia ao cidadão, que o tipo penal já encaminhara porque, a rigor, formulavam juízos de valor antecipativos da antijuridicidade e da culpabilidade no tipo penal.

Em 1923, com a publicação da obra de Max Ernest: Mayer, *Der afigmeine Teil des Deutschen Strafreck*, estes elementos foram enriquecidos por elementos

culturais, como “má índole”, “obsceno”, “mulher honesta”, chamados de “*kulturmo-men*” pelo autor e que serviram, ainda mais, como situações de garantia ao cidadão. Manoel Pedro Pimentel chamava tais elementos de normativos-subjetivos.

E a culpabilidade? Na mesma época, coincidindo com a evolução da tipicidade, foi elaborada na Alemanha a partir do famoso “Caso da Cegonha” (*Klapetrtöche*), inicialmente por Frank, Freudenthal e Goldschmidt e a “teoria normativa da culpabilidade”, partindo do conceito de reprovabilidade e de inexigibilidade de conduta diversa (1923). Assim, culpabilidade é reprovabilidade, para tais penalistas, depende de um juízo de valor, normativo (*Normativer Schuldbegriff*).

A reprovabilidade é um juízo externo que se deve vincular a idéia de opção fundamental livre ou consciência atual da ilicitude que nada mais é do que o livre-arbítrio de São Tomás e Boécio.

Para tais criadores da teoria, a imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade e passa a figurar como elemento integrante dela, como seu primeiro elemento. Aliás a crítica que se faz àqueles que consideram, como a Escola Clássica, a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, vincula-se à situação de co-partícipe ou co-autor das ações delituosas, do inimputável.

Bettioli, criticando Bataglini, que assim pensa, diz que se a imputabilidade fosse pressuposto e não elemento integrante da culpabilidade, como se poderia punir o co-partícipe do delito praticado pelo louco? Como fazer se o inimputável está fora do Direito Penal?

Em suma, considerando a imputabilidade como primeiro elemento da culpabilidade, a teoria da culpabilidade normativa promoveu, como núcleo central de sua temática, o elemento moral, consubstanciado no dolo ou na culpa. Assim, o dolo seria a vontade livre e consciente de praticar o fato previsto na lei como crime – e este “previsto na lei como crime” dá a tônica normativa à conduta, pois não significa, exatamente, o conhecimento do dispositivo penal, de um referido tipo penal, mas tão-só a consciência atual da ilicitude, através do momento representativo, ao qual se segue o momento volitivo, que desencadeia o processo causal. O terceiro elemento, a reprovabilidade, elemento inovador, traduzia-se na exigibilidade da conduta conforme a norma, hoje chamado de juízo de censurabilidade, e surge como um derivado do próprio conceito de reprovabilidade como juízo de valor sobre o comportamento delituoso. Trata-se, à evidência, de um juízo de valor externo à conduta, a ser aferido pelo juiz.

Finalmente, o delito culposo, que sempre, desde os tempos de Carrara, se caracteriza pela sua excepcionalidade, é tratado em função de um dado objetivo, que é a previsibilidade, e definida a culpa *stricto sensu* por Maggiore como “a conduta voluntária, previsível e não prevista, e não querida, acarretadora de um resultado danoso”.

Para esta concepção não há crime culposo sem resultado (veja-se a respeito Francisco Muñoz Conde, tradução de Juarez Tavares, Sérgio Fabris Ed.).

De resto, o problema da aferição da previsibilidade ficou dividido, sempre, entre o critério do *homo medius* de Jimenez de Asúa, de origem positivista, e o

do “caso concreto”, sistema de concreção, visualizado por Maggiore, com a tendência atual voltando-se para o ecletismo, ou seja, a combinação de ambos.

Assim, para aferir a culpa *stricto sensu* é preciso que se compactue o que pensaria o *homo medius*, típico representante do “senso comum”, ou seja, do *id quod plerunque accidit*, em relação ao autor do fato – suas condições culturais, educacionais, sua noção de “dever de cuidado” etc., em suma, o critério do caso concreto, tão a gosto de Baumann.

A teoria da culpabilidade normativa, portanto, se resume em: imputabilidade + dolo ou culpa + juízo de censurabilidade (reprovabilidade), e foi um avanço, porque retirou os sentidos intimistas, característicos da culpabilidade psicológica, transformando-se em juízo de valor, em vinculação com a idéia de dever jurídico e de ilicitude.

Não é preciso que o agente saiba exatamente o dispositivo legal que viola, tão-só que está violando o ordenamento jurídico. De resto firmou-se como culpabilidade do fato. O réu responde pelo fato que praticou e não pelas suas qualidades pessoais, positivas ou negativas.

Finalmente, ao admitir o livre-arbítrio pela via da chamada “opção fundamental livre”, dividiu a vontade em “voluntariedade” e “espontaneidade”, sendo que a primeira é a vontade desprovida de conteúdo ético, dirigida a um fim ou não, mas sem escolha por parte do agente; e segunda é a manifestação de vontade impregnada do sentido ético-espiritual, característica do livre-arbítrio. Note-se que Arthur Kaufman no *Schuld Prinzip*, embora, como Bockelman, critique o livre-arbítrio, afirma que o Direito Penal não pode deixar de lado um sentido ético-espiritual. E preconiza, até, a prevalência da responsabilidade moral sobre a tipicidade, o que contraria o princípio da legalidade.

Mas a culpabilidade apresentou outras facetas evolutivas, enveredando por caminhos diversos. Assim, em 1923, Alexander Graff Zhu Dolina, publicou o *Aufbau des Deutschen Strafrecht*; este pequeno livro, mostrando a noção de “objeto de desvalor” e “desvalor do objeto”, pela primeira vez reconheceu que a ação humana apresenta aspectos finais, ou seja, admitiu que a ação humana, em princípio, dirige-se a um fim – fazendo ressalvas, porém, à chamada “omissão culposa”, que Juarez Tavares chama de “negligência inconsciente”.

Com Hans Welzel por volta de 1945/1946, a “teoria da ação finalista” surge, propondo que toda conduta humana é dirigida a um fim. E, ainda que se mantenha a idéia de reprovabilidade em tema de culpabilidade, a teoria altera profundamente a estrutura do crime, situando o dolo na forma de dolo natural, desprovido de qualquer consideração relativa ao livre-arbítrio no tipo penal, reduzindo a culpabilidade a uma equação diversa – ou seja, a culpabilidade se resume em imputabilidade mais possibilidade de conhecimento do injusto mais juízo de censurabilidade – fixando no delito culposos a chamada “finalidade potencial”. Mais tarde, Reinhart Maurach e Juan Córdoba Roda, ante a proximidade da idéia de “possibilidade do conhecimento do injusto” em relação à pró-

pria inimputabilidade, substituíram o termo por outro, mais claro: “consciência potencial da ilicitude”.

Por essa concepção a idéia de intenção perversa, do *dolus malus* dos romanos, fica afastada, porque sendo o dolo natural desprovido de carga moral não pode ser sinônimo de má-fé e nem pode haver *dolus bonus*, ou seja, sem intenção ilícita. Estas concepções que hoje informam a maioria dos doutrinadores modernos tiveram o condão de esvaziar a culpabilidade, porque a implicação da vontade, sob a égide da *voluntariedade* que passa a tornar irrelevante a *espontaneidade*, reduz a culpabilidade em seu núcleo a uma forma hipotética, qual seja, a consciência potencial da ilicitude. Sem querer, volta-se ao tão criticado conceito de valoração do *homo medium*. E, embora os finalistas o neguem, a culpabilidade é tomada por alguns deles, como Bastos Ramirez, por exemplo, como simples *pressuposto da pena*, ficando o delito reduzido à tipicidade e à antijuridicidade.

Tal esvaziamento levou Welzel à chamada “culpabilidade de autor”, em que o agente é punido por suas condições pessoais – e à qual o nosso Código Penal de 1984 faz concessões, como a do art. 59, ao fixar as chamadas circunstâncias judiciais para aplicação da pena.

Com relação ao crime culposo, ainda que se conteste, a verdade é que se reconhece que a culpabilidade, na teoria finalista, jamais se afastou da chamada finalidade potencial, o que reduz, de certa forma, o delito culposo à culpa indireta decorrente de erro culposo, o que é acentuado pela idéia mais recente de “diligência devida” ao lado da previsibilidade.

Em suma, a culpabilidade finalista não é unitária, global e universal, mas tão-só fragmentária.

De outro lado a formulação de uma “culpabilidade de autor”, por Welzel, nos aproxima do chamado “Direito Penal do Autor” (*Tatstrafrecht*), tão a gosto do nacional-socialismo alemão, elaborado por Ernest Schaffstei e Sustavdahn – Fundamento do Direito Penal nazista que, além de nos ter causado tantos males, afligindo e violando um Direito Penal de liberdade e da culpa, é inconstitucional porque se choca com o princípio da legalidade. Não há como admitir-se, entre nós, um Direito Penal sintomático.

Aliás, a “culpabilidade de autor” de Welzel vem na esteira de outras tentativas de subjetivação e imprecisão jurídicas no tema da culpabilidade.

Assim, Mezger, que em 1935 aderira ao “Direito Penal de Auto” nacional-socialista com o *Gundriss*, traduzido por Maliverni para o italiano, criou a chamada “culpabilidade pela conduta de vida” resultante das suas formulações iniciais da “culpabilidade de caráter” e da chamada “cegueira jurídica” nos crimes habituais e profissionais, em que afirma que tais criminosos são providos desta “cegueira jurídica” e, por isso, persistem na criminalidade profissional, quando de fato são inimigos da ordem jurídica. Outros autores, como Bockelman, falam em culpabilidade pela “decisão de vida”; Lange em “culpabilidade da pessoa” ou personalidade etc.

Em todas estas formas, o que se vê é a tentativa de se afastar do chamado “Direito Penal do Fato” (*Tätertrafrecht*), que é a única forma de assegurar certeza e segurança na aplicação da lei penal e de se afirmar a efetiva culpabilidade do agente.

No Brasil, e na maioria dos países ocidentais, ainda que se façam concessões à chamada “culpabilidade de autor”, prevalece sempre o “Direito Penal do Fato” como ponto de partida para os estudos penais.

E, no Brasil, como é tratada a culpabilidade?

Através do princípio *nullum crimen sine culpa*, que aparece como corolário do princípio da legalidade, art. 5.º, XXXIX, e do princípio da presunção de não-culpabilidade do art. 5.º, LVIII, da Constituição – originário do art. 27 da Constituição Italiana –, entendemos que qualquer tentativa de instituição da *versari in re illicita* é inconstitucional.

Assim, a responsabilidade objetiva, que Schmidhauser preconiza como necessária, não pode ser objeto de consideração em nosso país. E para afastá-la de vez, especificamente nos chamados delitos preterdolosos, ou agravados pelo resultado, foi que o legislador promulgou o art. 19 das novas Partes Gerais, substanciadas na Lei 7.209/84.

O art. 18 do CP assevera que o crime doloso, via dolo direto ou eventual, é a regra, e o crime culposos é o excepcional (art. 18, par. ún.), e que só pode ser admitido quando previsto em lei. O legislador brasileiro não definiu a culpa, deixando-a definida pela via do *modus*, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia; e como os tipos culposos são abertos, com exceção da receptação culposa, figuram, praticamente, como tipos derivados dos tipos dolosos, com a exceção mencionada.

Todavia, acreditamos que o Código não adotou a teoria finalista da ação ou, ainda, a culpabilidade de autor.

Se verificarmos, com atenção, concluiremos que o art. 18 não passa de repetição do art. 15, par. ún., do Código de 1940; e é certo que sustentava-se, na época, tratar o Código do dolo como dolo psicológico (Basileu Garcia, Nélsion Hungria, Costa e Silva), pois a expressão “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi-lo”, sem qualquer vinculação com a norma ou com a finalidade, é indicativa do dolo psicológico.

De outro lado não há qualquer definição de culpa consciente, nem alusão a dolo de perigo ou dolo de dano, e, considerando-se que o dolo de perigo para alguns (veja-se Juarez Tavares, *Direito penal da negligência*, Ed. RT) se aproxima da culpa consciente a ponto de se confundir com ela, bem é de se ver que a não-alusão a ele pelo Código significa que o legislador não se importou com posições doutrinárias avançadas, mantendo a postura tradicional.

Finalmente há de afirmar-se que a inexigibilidade de conduta diversa não pode ser tratada como causa supralegal de exculpação, como se pretende, e mais especificamente o professor Francisco de Assis Toledo nos seus *Princípios básicos de direito penal*. Em primeiro lugar, porque se trata de corolário do princípio da cul-

pabilidade consubstanciado no juízo de censurabilidade: e fundamento de todas as causas de exculpação, portanto seu *substratum*. Assim, é fundamento do erro de tipo, sob forma de erro propriamente dito ou discriminante putativa (legítima defesa putativa). É fundamento da coação irresistível e da obediência hierárquica e, até, do estado de necessidade exculpante, caso tivéssemos adotado a teoria diferenciadora e não a unitária em tema de estado de necessidade. Em segundo lugar porque o princípio da legalidade impede que se fale em "causas supralegais" de exculpação: Juarez Tavares, contra; Assis Toledo, a favor.

De outro lado, não concordamos com Assis Toledo quando elege o consentimento do ofendido a causa supralegal de exculpação ou quando afirma que a embriaguez completa, por caso fortuito ou força maior, sejam modalidades de excludentes de culpabilidade (art. 28, § 1.º do CP).

Em primeiro lugar, o consentimento do ofendido é parte integrante, nos casos em que a lei assim o admite, da excludente de ilicitude do exercício regular do direito, e não forma exculpante supralegal, porque, se assim fosse, o aborto, a eutanásia, o uso de entorpecentes poderiam ser entendidos, *prima facie*, sem qualquer regulamentação, como tal.

Em segundo lugar o *casus* e a força maior excluem a tipicidade pela via da exclusão da relação de causalidade e não da culpabilidade, tratando-se de hipóteses que Sauer no *Algemeine Strafrechtsthere* chamava de "mangelund Taffiestanx" (ausência de ação).

Só a tendência moderna de minimizar a relação de causalidade pode justificar tal posição.

Finalmente, é de se verificar uma tendência, cada vez maior, à prevalência de um "Direito Penal de intenção", provocando o desvalor do resultado.

Basta verificar o aumento de condutas tipificadas pela via dos chamados "crimes de tendência transcendente interna" como a ameaça, a injúria, a falsa identidade, o art. 159 do CP etc.

Todavia esta desvalia da gravidade objetiva não significa dizer adesão a um "direito penal da culpa" genuíno e integral.

O CP deve dosar tal tendência porque a visão de um acréscimo de crimes de mera conduta, ou simples atividade, pode conduzir-nos a um paradoxo, qual seja, a diminuição da importância do princípio da legalidade, que é fundamental para um Direito Penal de garantia.

Com efeito, esta tendência vem manifestando-se em diplomas legais sucessivos, como os referentes aos crimes previstos nas leis de "defesa do consumidor", nos de "sonegação tributária", ou na esdrúxula "Lei do Crime Organizado", que é um congêrie de ilegalidades, porque os tipos ali previstos, no mais das vezes, violam o princípio da legalidade e são inconstitucionais.

Finalmente, a posição mais correta é a de Jurlen Baumann e a de Enrique Cury Urzúa, na nova edição de 1944, do seu *Derecho penal*. A teoria da ação finalista ofereceu uma grande contribuição humanista, mas não resolveu o problema

do crime culposos, pois não conseguiu libertar-se da insegurança do conceito de “finalidade potencial”, não resolveu o problema da “negligência inconsciente”, calcada no *non facere quod debeat* que é, onticamente, incompatível com a dirigibilidade da ação em face da ausência de conceito, e não resolveu o problema dos delitos de impulso, ou ímpeto, que são uma inegável realidade no mundo de hoje, e que são de carga finalística duvidosa.

É claro que a regra é ser, toda a atividade, final. Mas esta regra não é universal; é, ao contrário, fragmentária, chocando-se, inclusive, com os delitos preterdelictuosos ou agravados pelo resultado.

Assim, a colocação de dolo no tipo, além de esvaziar a culpabilidade, como já se viu, traz problemas práticos insolúveis, porque, a aferir-se o dolo em fase inicial de investigação probatória na esfera administrativa (inquérito policial), corre-se o risco de chocar-se, de frente, com os princípios do contraditório e da ampla defesa, fundamentos do devido processo legal no Estado de Direito democrático.

Não se chegou, portanto, ainda, a uma concepção que supere a formal conceituação germânica da culpabilidade normativa.

Aliás, a alusão ao livre-arbítrio como “opção fundamental livre”, na velha fundamentação de José Beza dos Santos e seus discípulos na Universidade de Coimbra, Eduardo Henriques da Silva Corrêa e Jorge Figueiredo Dias, permanece atual.

Com efeito a consciência da ilicitude só pode ser atual, porque a consciência potencial da ilicitude nos leva a afirmações escorregadias, como afirmar-se que o criminoso habitual é fruto do meio criminoso em que sempre viveu e outro não conheceu, como se todos os que vivem em favelas e palafitas fossem criminosos, e não vítimas deles – a quem chegam a pagar “pedágio de sobrevivência”.

Esta tendência jusnaturalística oriunda do famoso livro *A origem das espécies*, de Charles Darwin, de transformar o homem em “chimpanzé aperfeiçoado”, e que minimizou o livre-arbítrio não na sua forma original mas na forma opcional, além de retirar do ser humano a sua dignidade, contraria as próprias proposições de Darwin, que conclui pela mutação evolucionista calcada no aspecto mental que diferenciou os homens dos hominídeos e dos símios em geral.

Culpabilidade é, pois, reprovabilidade.