

A CULPABILIDADE E O NOVO SISTEMA PENAL*

José Henrique Pierangelli

Procurador de Justiça
Prof. na USP e PUC de Campinas

1. O direito penal primitivo prescindia da culpabilidade, porque a sanção se fazia em razão da simples causação do resultado. Porém, na medida em que o direito penal amplia o seu horizonte de projeção, vai se aproximando cada vez mais do ponto em que hoje nos encontramos, porque vai dando mais e mais importância ao aspecto subjetivo da conduta humana, com o que vai chegar ao que atualmente denominamos de **princípio da culpabilidade**. Este princípio, inicialmente, podia ser enunciado como **nullum crimen, nulla poena sine culpa**, com o significado de que não há delito sem uma parcela de subjetividade. Formava-se, assim, um critério **objetivo-subjetivo**, que, coerentemente entendia a culpabilidade como uma relação subjetiva entre a conduta e o resultado e que podia assumir as formas de dolo e de culpa. Era a chamada **teoria psicológica** tão difundida entre nós na primeira metade deste século e que, hoje, encontra raros defensores.

Com um novo avanço na dogmática, a culpabilidade passou a formar um conceito complexo, que tornou bem difícil uma distinção entre a culpabilidade e a antijuridicidade, gerando uma confusão conceitual, principalmente na América Latina, em grande parte como resultado a grande acolhida pelos nossos autores das teses positivistas, com especial destaque para a obra de Franz von Liszt, que chegou a ser traduzida para o português no começo do século.

O constante progresso da doutrina permitiu estabelecer a distinção entre a culpabilidade e o injusto, que não se faz fundada tão somente fundado a partir de um critério objetivo-subjetivo, mas sim pelo **Sollen** e pelo **Können**, ou seja, pelo dever e pelo poder, com isto sendo introduzida na teoria a exigência da reprovabilidade, ou seja, um juízo normativo. Já não bastava para a existência de um delito que o agente tivesse agido, no mínimo, com culpa, mas também reclamava que essa culpa fosse reprovável.

(*) Resumo da Palestra proferida na Escola Superior da Magistratura (Porto Alegre), em 20-06-86.

O princípio da culpabilidade requeria, portanto, dois aspectos diferentes: a culpa como mínimo e a reprovabilidade da culpa. Formava-se, assim, a chamada teoria psicológico-normativa da culpabilidade, ainda defendida por alguns autores que entre nós seguem a MEZGER.

Superada esta fase, a dogmática passou a contar com a **teoria normativa pura**, com profundos reflexos na teoria final da ação. Com a teoria normativa pura da culpabilidade, operou-se uma clarificação do enunciado com a exclusão do dolo e da culpa da culpabilidade, sua posição original, para ingressar na tipicidade, formando a chamada tipicidade subjetiva. O princípio da culpabilidade passou, desde então, a ser examinado em dois níveis: um na tipicidade e outro na culpabilidade.

Em nível de tipicidade, o princípio significa hodiernamente, que não existe conduta típica sem que se apresente o dolo, ou, ao menos, a culpa. Será portanto, atípica toda conduta que não seja dolosa ou culposa. Conseqüentemente, o resultado decorrente da conduta do agente para que seja considerado penalmente relevante, deve ingressar na vontade realizadora do agente. É o chamado **nullum crimen sine culpa**, garantido constitucionalmente.

Em nível de culpabilidade, o princípio enuncia a impossibilidade de ser irrogada uma pena ao agente se não se lhe pode exigir uma conduta de conformidade com o direito. É o chamado princípio de culpabilidade, que produziu profundas conseqüências na teoria do delito. É justamente aqui que se finca, doravante, o nosso interesse.

2. Não é de se confundir o princípio de culpabilidade com a fórmula estabelecida pelo parágrafo único do artigo 18, do Código Penal, que reproduz disposição também contida na legislação anterior. A expressão "não há delito se ao menos o fato não esteja previsto como culposo" está ligada ao princípio do **nullum crimen sine culpa**, constituindo-se em uma conseqüência do princípio da legalidade. Não é, portanto, princípio ligado culpabilidade, posto que se prende à tipicidade.

O princípio de culpabilidade liga-se a uma concepção do homem como pessoa, ou seja, como um ente dotado de capacidade de decidir acerca da conduta a ser realizada. Só a partir desse nível se pode realizar um juízo de reprovabilidade, pois, o princípio de culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de vontade do homem como afirma JESCHECK. Disto resulta que quando o direito se dirige a uma pessoa para fazer incidir sobre sua conduta um juízo de reprovação, é porque lhe reconhece esse caráter de ente responsável, ou seja, é a livre determinação da vontade humana pressuposto lógico e necessário do princípio de culpabilidade. Só dessa maneira se pode visualizar o homem, ou seja, se pode vê-lo de **pés no chão**, dotado de defeitos e virtudes tal qual o criou a natureza, para que se possa cogitar de um juízo de reprovação.

O nosso Código afasta a responsabilidade objetiva e o chamado **princípio do versari in re illicita**, ou, por outras palavras, afasta a responsabilidade em que se não considera a parte subjetiva da conduta, ao estabelecer que "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente (art. 19). Com este dispositivo, certamente, a nossa jurisprudência irá se libertar do ranso positivista que ainda se manifesta em trabalhos doutrinários. Mas, a solução definitiva talvez só seja alcançada com a reforma da Parte Especial. É que no nosso País se tem esquecido uma importante disposição constitucional, a contida no artigo 153, § 2º, de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Examinando dispositivo semelhante existente na Constituição Argentina, ZAFFARONI, com a agudeza de sempre, observa que se pode proibir uma conduta, uma ação, mas proibir ao cidadão a causação de um resultado que não pode prever, e, ainda, sem saber quando a sua conduta está proibida, surge como algo difícil de se admitir. No Brasil, contudo, como recentemente em conferência lamentou DALMO DE ABREU DALLARI, o Direito Constitucional continua sendo muito pouco estudado, situado mesmo em um plano secundário em relação aos outros ramos da ciência jurídica.

3. O Código Penal Brasileiro, com a sua Parte Geral inteiramente reformulada, adotou a chamada **teoria da culpabilidade de ato ou de fato**, teoria esta que nos parece ser absolutamente inconciliável com a **teoria da culpabilidade de autor**, também denominada de teoria da culpabilidade de personalidade, de caráter, de condução de vida.

Para a primeira, censura-se o autor em face de seu ato típico e antijurídico na medida de sua possibilidade de determinar-se no caso concreto, enquanto para a segunda, o seu ato exsurge como manifestação de sua personalidade não pelo que fez, mas sim pelo que é. Advertimos, porém, que a consideração da reincidência no momento em que se opera a individualização da pena não significa um rompimento com a teoria da culpabilidade de fato, pois, não só não se nega vigência ao princípio da reserva legal em face de anterior previsão legal, mas principalmente porque apenas se censura o injusto em face da liberdade de atuação do agente e a sua personalidade apenas funciona como critério, nunca como objeto de censura. Não se pode reprovar ao agente por sua conduta de vida, mas tão somente a sua conduta típica e antijurídica, na medida do âmbito de liberdade em que ele atua, e, para tanto se faz mister a consideração de sua personalidade. Nada além disso.

O direito penal moderno, afirma FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, presidente da Comissão Revisora da nova Parte Geral, é

basicamente um direito penal do fato, que está construído sobre o fato do agente e não sobre o agente do fato, tanto que, seguindo as exigências do princípio da legalidade, os tipos penais descrevem modelos de conduta proibida e não um tipo de autor. É esse o critério que, no nosso entendimento, deve orientar o julgador no momento da concretização da pena.

4. Estabelecido já que a culpabilidade é vista no direito penal moderno numa concepção normativa pura, perfeitamente aplicável ao nosso Código, estabelecemos que ela também poderia ser aplicada na legislação anterior, porque se trata de conceito dogmático que não se vincula à obra do legislador.

Vejamos, agora, quais são os conceitos fundamentais que se deve considerar para que se possa estabelecer um juízo de culpabilidade dentro da concepção normativa pura. Com ZAFFARONI, podemos estabelecer os conceitos fundamentais em: reprovabilidade, disposição interna contrária à norma, possibilidade de realizar outra conduta, possibilidade de motivação na norma, exigibilidade e âmbito de determinação. Ainda que sinteticamente, vamos procurar realizar uma combinação desses conceitos.

a) **Culpabilidade, reprovabilidade e disposição interna:** Em uma concepção normativa, a culpabilidade é a reprovabilidade de um injusto a um autor, que só é possível quando fica revelado que o autor atuou com uma disposição anímica contrária à norma violada, disposição esta que fundamenta a culpabilidade. Não se trata, advertimos, de um **estado anímico** revelado pelo agente, mas de uma valoração da atitude anterior do autor de uma conduta;

b) **Disposição interna e possibilidade de outra conduta:** Esta disposição interna contrária à norma não se manifesta com o simples cometimento de um injusto, vez que só se pode fazer incidir um juízo de culpabilidade quando ao agente foi possível atuar de maneira diversa, ter conduta diversa daquela desenvolvida. Esta possibilidade de atuar de outra maneira deve ser entendida sempre como uma possibilidade exigível e jamais como uma possibilidade física de assim proceder;

c) **Disposição interna e possibilidade de motivação na norma:** A possibilidade de um atuar de maneira diversa começa a assumir relevância para culpabilidade quando o autor foi possível motivar a sua conduta na norma, ou seja, quando lhe foi possível não violar a norma. Contudo, é de se ter em conta que muitas vezes pode existir a possibilidade do agente motivar-se na norma é, não obstante, não ser sua conduta reprovável porque não se pode afirmar que essa conduta expressa uma disposição interna contrária à norma;

d) **Disposição interna e possibilidade exigível de motivação na norma:** Para que se possa estabelecer um juízo de culpabilidade não basta uma hipotética possibilidade de motivação na norma. Ao contrário, reclama-se uma **possibilidade exigível de motivação**;

e) **Exigibilidade de motivação na norma e âmbito de autodeterminação:** A exigibilidade de outra conduta, ou, por outras palavras, a exigibilidade de motivação na norma, começa quando o agente teve um certo âmbito de autodeterminação. Assim, quando o âmbito de autodeterminação do agente é muito restrito, ou seja, quando apenas se apresenta um mínimo de autodeterminação para a sua motivação na norma, haverá inexigibilidade ou ausência de culpabilidade. Quando, porém, ultrapassado está aquele umbral mínimo caracterizador da inexigibilidade, a conduta revela uma maior disposição interna contrária à norma que se manifesta através do injusto, e, por consequência, haverá uma maior reprovabilidade que conduz à punibilidade. Como consequência, o âmbito de autodeterminação para a motivação na norma é que irá determinar o grau de possibilidade exigível de motivação na norma, e, por consequência o grau de culpabilidade.

Concluindo, estabelecemos que a possibilidade exigível de motivação na norma é, muitas vezes, possível de ser determinada em face de critérios gerais da lei. De uma maneira geral, há possibilidade de motivação na norma e de atuação de outra maneira, quando o agente, com um relativo esforço, tem a possibilidade de compreender e de atender aos reclamos da norma, e quando a situação factual não restringe o seu âmbito de autodeterminação a um ponto mínimo de reprovabilidade.

5. Na segunda parte desta palestra nos propomos a examinar a problemática do erro, que, na reforma de 1984 assumiu novos contornos, consoante os artigos 20 e 21: "Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo". "Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

Adverte Francisco de Assis Toledo que para uma exata compreensão da teoria do erro, tal como a concebe a dogmática moderna, deve-se esquecer a velha divisão fundada no direito romano de erro de fato

e erro de direito. Conquanto o tema que nos foi proposto se restrinja à culpabilidade, e, por conseqüência, ao erro de proibição, impossível se nos afigura uma omissão completa ao erro de tipo, ao qual nos referiremos no transcórre deste trabalho. Queremos ressaltar, desde logo, que o erro de tipo está ligado à tipicidade, ou, como afirma o Código Penal português de 1982, "erro sobre as circunstâncias do fato", expressão tão ao agrado de EDUARDO CORREIA, pois, o erro de tipo é o erro ou ignorância da lei que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo legal.

O erro de proibição, ao revés, liga-se à culpabilidade, posto que recai sobre a ilicitude da conduta. Para abreviarmos a nossa exposição, e seguindo a doutrina mais recente, além de não possuir entre nós maior significação, não nos referiremos às chamadas teorias extremada e limitada do dolo, para nos atermos às teorias extremada e limitada da culpabilidade, a última das quais, segundo a Exposição de Motivos, adotada pela nova Parte Geral do Código Penal.

As teorias extremada e limitada da culpabilidade são defendidas pelos autores finalistas, sem que se possa, no momento, estabelecer para onde se inclina o pêndulo da balança. Podemos apenas estabelecer que os autores latinoamericanos, no geral, preferem a teoria extremada da culpabilidade, conquanto, entre nós, Francisco de Assis Toledo defenda, com ênfase, a teoria limitada, inserindo-a, por força de seu trabalho na Comissão Revisora, no nosso Código Penal.

Com finalidade pedagógica, vamos estabelecer os pontos comuns a ambas as teorias, e, ao depois, estabelecer os seus pontos conflitantes.

Coube à teoria final da ação a reestruturação dos conceitos de dolo e de culpabilidade. Com essa reestruturação, separou-se do dolo a consciência da ilicitude. O dolo, que é a finalidade tipificada na feliz expressão de ZAFFARONI, passou a integrar a tipicidade, enquanto a consciência da ilicitude passou a integrar a culpabilidade, como pressuposto básico do juízo de censura ou de reprovação.

Esta concepção permite extrair-se algumas conseqüências jurídicas, com efeitos práticos muito importantes. Assim é que, no erro de tipo, o erro vicia o elemento intelectual do dolo, impedindo que o dolo abarque os elementos essenciais do tipo. Excluído o dolo, possível se torna a punição a título de culpa, pois, quase sempre, o erro decorre de uma falta de observância do dever de cuidado, ou da atenção devida, por parte do agente, desde que esteja prevista a forma culposa. A condenação a título de culpa, em havendo previsão legal, deve-se ao fato de estar o dolo no tipo e não na culpabilidade. Esta não pode ser atingida, permanecendo,

portanto, perfeitamente intacta, o que torna possível o juízo de reprovabilidade.

Diversa se apresenta a situação quando o erro incide sobre a ilicitude do fato. O erro de proibição elimina a consciência da ilicitude, que está colocada na culpabilidade. Conseqüentemente, se inevitável o erro, reste excluída a culpabilidade. E, como vimos, por não se conceber no direito penal moderno a existência de crime sem culpabilidade, o erro impede a condenação, quer a título de dolo, quer a título de culpa. Não obstante, se evitável o erro, a pena deverá ser atenuada de um sexto a um terço, mas será sempre impossível a absolvição.

Podemos, pois, estabelecer que tanto a teoria extremada, como a limitada, estabelecem como pontos comuns: a) o dolo está na tipicidade e a consciência da ilicitude está na culpabilidade; b) o erro de tipo exclui o dolo, admitindo ambas, contudo, em tal hipótese, o crime culposos; c) o erro de proibição constitui causa de exclusão de culpabilidade quando inevitável, sem possibilidade de punição a título de culpa.

Vejamos, agora, as divergências entre ambas as teorias, que se ligam ao erro que recai sobre uma causa de justificação. Para a teoria extremada, todo e qualquer erro que recaia sobre uma justificativa, é erro de proibição, restando excluída, portanto, a possibilidade de condenação a título de culpa ou de excesso culposos. É que o erro de proibição, se inevitável exclui a culpabilidade e inviabiliza uma condenação a título de culpa, porque resulta inimaginável a existência de um fato, a um só tempo, doloso e culposos. A punição será a título de dolo, com pena atenuada.

A teoria limitada da culpabilidade, em sede de causas de justificação estabelece duas espécies de erro: a) na hipótese de erro sobre os pressupostos fáticos de uma justificativa, há erro de tipo permissivos, que gera os mesmos efeitos do erro de tipo, ou seja, há exclusão do dolo, mas possibilita a punição a título de culpa, quando houver previsão legal; b) na hipótese de erro sobre a existência ou sobre os limites de uma justificativa, configura-se o erro de proibição, e conseqüentemente, há exclusão da culpabilidade, se inevitável ou a atenuação da pena, se evitável.

Conquanto esse posicionamento, que foi adotado pelo nosso Código em face da reforma de 1984, não esteja isento de críticas, porque, como lembra ZAFFARONI, "el tipo permissivo es hueco. Por sí solo no tiene "vida" en la tipicidad", é dentro do critério ministrado pela lei que devemos buscar as soluções.

O nosso Código, no parágrafo único do artigo 21, procurou dar uma solução acerca da tormentosa questão da evitabilidade e inevitabilidade do erro. Na doutrina, lembra ZAFFARONI, a distinção

ainda permanece na penumbra. Nem mesmo a invocação das regras e princípios de ética social servem de bússola para o julgador. STRATENWERTH, como critério, estabelece que há erro evitável ou vencível, quando o agente atua na dúvida acerca da antijuridicidade. O Código amplia ainda mais o conceito ao estabelecer que "considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência". Cuida-se, portanto, de uma causa de diminuição de culpabilidade, cuja aferição fica entregue ao prudente arbítrio judicial no sentido de estabelecer o esforço que o agente deve realizar para compreender a antijuridicidade, observando o grau cultural do agente e as regras de valoração social.

6. Derradeiramente, vamos examinar a culpabilidade como critério determinante da pena, uma vez estabelecido ter sido adotada a teoria da culpabilidade do fato. Dentro desse critério, entram como objeto de verificação, a idade, o grau de instrução e de educação, bem assim a vida pregressa do autor, que servirão de orientação que permitirá concluir se o agente dispõe de uma maior ou de uma menor determinação. Conquanto se possa afirmar que tais caracteres ingressam no âmbito da personalidade e que a este se refere expressamente o artigo 59, do novo Código, é de se considerar que esses aspectos irão determinar o grau de reprovação a incidir sobre a conduta do agente.

Lembra ZAFFARONI que "no reacciona igual el colérico que el flemático, el normalmente atolondrado que el generalmente analítico. La edad nos indicará el grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien el grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad o, también el grado de decadencia mental y física del sujeto, todo lo que, de alguna manera, hará fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida".

Também os motivos e metas do agente, a atitude interna que o delito reflete, o grau de contrariedade ao dever, constituem circunstâncias que, ingressando como componente subjetivo da vontade, irão determinar uma agravação ou uma atenuação da reprovabilidade que cerca a conduta. Assim, de se considerar os **estímulos externos** (situação de penúria, de desemprego que não permite ao agente ganhar o seu próprio sustento e, ou de sua família, a paixão política, a coação a que podia resistir, etc.), e também os **motivos internos** (ódio, amor, ânimo de lucro, emoção, etc.). Em qualquer desses grupos, o mais importante é de se determinar o grau de força do motivo e constatar o seu valor ético. Como lembra JESCHECK, "existe uma diferença importante para o conteúdo da culpabilidade do delito entre a conduta do médico que ministra ao moribundo uma dose

excessiva de morfina para livrá-lo de suas dores e a do herdeiro hipócrita que faz o mesmo para impedir que o enfermo modifique o seu testamento antes de morrer”.

Seria, ainda, de se mencionar, como critério aferidor do grau de culpabilidade, os vínculos que se estabeleceram entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do delito, e se possa ou não, exigir daquele uma conduta conforme o direito; as razões de gratidão e de confiança, que também possam reclamar em graus maior ou menor, a conduta devida. Como diz ENGISCH, não é possível determinar-se uma pena sem recorrer-se a critérios morais.

Também deverão ser considerados, na individualização da pena, a persistência do agente no campo da criminalidade, a criminalidade habitual, a premeditação que revela uma cuidadosa preparação do delito, a brutalidade na produção de lesões pessoais, a desnecessária violência que o agente faz incidir sobre a coisa que se antepõe à subtração.

Evidente que se a circunstância se constituir em elementar do tipo ou encontrar-se estabelecida como causa especial de aumento ou de diminuição da pena, ou, ainda, formar no elenco de circunstâncias agravantes ou atenuantes o grau de culpabilidade, quanto a esse critério, já foi objeto de valoração, devendo-se afastar o *bis in idem*.

O novo Código Penal, portanto, amplia o *arbitrium iudicis*, possibilitando ao juiz, pelo contingente de penas alternativas colocadas à sua disposição, pela aferição do grau de culpabilidade, a aplicação de uma pena em sentido realmente ressocializador, que o Código de 1940 procurou adotar, mas que, preso às concepções da época, não logrou atingir.

Mas, o atingimento de todos os fins buscados pela nova legislação também está na dependência de uma efetiva contribuição da sociedade. Como bem assinala EDUARDO CORREIA, “a ressocialização é, por sua vez, tonificada por uma assistência de trabalhadores sociais”... “descentralizada e desligada dos Serviços Prisionais, com uma orientação tanto quanto possível controlada jurisdicionalmente”. Uma “reforma penal, diz RADBRUCH, não significa melhorar o Direito Penal, mas sim fazer um Direito Penal melhor”.

E fazer um Direito Penal melhor constitui para todos nós, um grande desafio.