

A culpabilidade como critério limitativo da pena: um (im)possível diálogo entre dogmática penal e política criminal

The culpability as a limiting criterion of the sentence: a (im)possible dialogue between criminal dogmatics and criminal policy

Diego Carmo de Sousa*

Artigo recebido em 31/01/2022 e aprovado em 20/07/2022.

Resumo

Partindo-se da noção de que o direito penal tem como finalidade a proteção subsidiária de bens jurídicos, norteando-se pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e tendo como base a teoria funcionalista de Roxin, tem-se que (a) a dogmática penal deve manter constante diálogo com a política criminal e (b) o conceito de culpabilidade deve estar associado ao caráter preventivo da pena, mantendo-se a culpabilidade como princípio limitativo da sanção penal.

Palavras-chaves: culpabilidade; política criminal; sanção penal.

Abstract

Based on the conception that Criminal Law has as goal the subsidiary protection of the legal assets, guiding itself by the constitutional principle of human dignity and based on the Roxin's criminal liability, it follows that (a) the criminal dogmatic must maintain a constant dialogue with the criminal policy and (b) the concept of culpability must be associated with the preventive nature of the penalty, maintaining culpability as a limiting principle of the criminal sanction.

Keywords: culpability; criminal dogmatic; punishment.

1 Introdução

O direito, como ciência que é, deve estar fincado em pressupostos hígidos e robustos para, a partir deles, erguer a construção do seu conhecimento. E nada mais fundamental e primordial que conhecer as causas dos fenômenos, *i. e.*, do objeto de seu estudo, os porquês. Assim, faz-se necessário perquirir os fundamentos da culpabilidade, o seu conceito e sua evolução histórica, para melhor entendê-la e compreender o direito de punir.

Por isso, é preciso, inicialmente, melhor delimitar o conceito de culpabilidade, considerando-se que referido termo não é unívoco na legislação e na doutrina. A Constituição Federal, no art. 5º, LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Já o art. 59 do Código Penal preceitua que o juiz deverá, entre outros critérios, atendendo à culpabilidade, fixar a pena aplicável ao caso concreto. Por fim, podemos dizer que, se alguém era incapaz de entender o caráter ilícito de um fato, não poderia ser culpado pela realização de um delito¹.

No primeiro aspecto, a culpabilidade se vincula ao princípio do *nullum crimem sine culpa*. Ou seja, ninguém poderá ser considerado culpado de um crime sem a efetiva comprovação de sua responsabilidade subjetiva perquirida por meio de um processo penal justo e levada a efeito por um órgão jurisdicional imparcial. Na terceira

* Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em direito penal e processo penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ. Especialista em filosofia contemporânea pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Graduado em filosofia pela UESB. Juiz federal substituto na Seção Judiciária da Bahia – SJBA.

¹ O Código Penal não trata da culpabilidade, expressamente, como estrutura integrante do conceito de crime. O PLS 236/2012, que versa sobre o projeto de novo Código Penal, traz em seu art. 31 cinco hipóteses de exclusão da culpabilidade: a inimizabilidade, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e a inexigibilidade de conduta diversa.

acepção, a culpabilidade se vincula à dimensão pessoal da imputação. Parafraseando Von Liszt², principal nome do causalismo, é possível mensurar o nível de evolução do direito penal em um país pelo estágio de desenvolvimento da discussão sobre a culpabilidade.

E, nesse sentido, diversas teorias surgiram na história da dogmática penal com o fim de conceituar a culpabilidade e localizá-la na teoria do delito. Assim, por exemplo, surgiram a teoria psicológica da culpabilidade — ligada ao naturalismo-causalista —, a teoria psicológica, a chamada teoria psicológico-normativa e a finalista. Apesar do reconhecimento da importância do tema, o conceito de culpabilidade tratado neste artigo se restringirá ao segundo aspecto, a saber, a culpabilidade enquanto limite da pena.

O projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), de autoria do ex-senador José Sarney, traz algumas modificações em relação ao tema, ao estabelecer, por exemplo, que o juiz poderá, excepcionalmente, diminuir a pena, aquém do mínimo legal, em virtude das circunstâncias do fato e das consequências para o réu (art. 84, § 4º).

Um dos principais doutrinadores alemães que estudaram esse específico conceito de culpabilidade foi Claus Roxin. Ele — expoente da teoria funcionalista moderada da pena — considera a culpabilidade num contexto mais amplo, chamado de responsabilidade, formada pela culpabilidade e por critérios de prevenção da pena.

Outro importante doutrinador foi Jakobs — expoente do finalismo sistêmico —, o qual prega a irrelevância da culpabilidade como categoria dogmática, entendendo-a como falta de fidelidade ao direito, ou seja, como estabilização da norma (1992, p. 1071). Gimbernat Ordeig, como alternativa terminativa da questão, propõe a renúncia à culpabilidade, substituindo-a pelo conceito de necessidade da pena, ou seja, pelo caráter puramente preventivo da sanção penal (PRADO, 2008, p. 374).

No presente artigo, trataremos no segundo capítulo sobre a teoria funcionalista moderada de Roxin. Após, abordaremos no capítulo terceiro sobre a incompatibilidade entre a teoria retributiva da pena e a noção de culpabilidade e, por fim, veremos no capítulo quarto a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal.

2 Teoria funcionalista moderada de Roxin

Claus Roxin, nascido em 1931 na cidade alemã de Hamburgo, graduou-se em direito na Universidade de Hamburgo. Grande estudioso do direito penal, ele entende que o fim da pena tem sempre que se referir ao fim do direito que se encontra subjacente. Para ele, a ciência jurídico-penal tem que servir para a proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo (ROXIN, 2006, p. 81).

Ele estabelece, assim, uma relação entre ciência jurídica e política criminal, considerando que as normas penais somente estão justificadas quando têm por finalidade a proteção da liberdade individual e a uma ordem social que está a seu serviço (ROXIN, 2006, p. 95). Em razão da controvérsia que se vê no decorrer do desenvolvimento do conceito de culpabilidade na história da ciência penal, tais como o de livre arbítrio ou determinismo, Roxin (1981, p. 76) sugere a categoria de responsabilidade.

A mudança de nomenclatura — “responsabilidade” no lugar de “culpabilidade” — trazida pela teoria funcionalista moderada de Roxin revela também uma mudança de concepção do direito penal. Hassemer (2005, p. 313), percebendo isso, assim se expressa:

Em face do tradicional caráter de censura do juízo penal de culpabilidade alega-se a racionalidade da sensata persecução de fins. O juízo de culpabilidade não expressa mais que o autor “infringiu”, senão, sobretudo, que se pode fazer algo razoável com ela na execução penal (ressocialização) ou que a pena executada por ele tenha um sentido razoável para os demais (intimidação, estabilização da norma).

Assim, para Roxin, a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena são pressupostos da responsabilidade jurídico-penal. Desse modo, aquele que é responsável pela prática de um injusto penal, uma ação tipicamente antijurídica, faz-se merecedor de uma pena. A culpabilidade que, para a teoria clássica do crime, é integrante do

² No original, como o autor era adepto da teoria psicológica da culpabilidade, a afirmação refere-se à culpa e não à culpabilidade (LIZST, 1899, p. 250).

conceito de delito, passa a ser valorada dentro do conceito de responsabilidade (ROXIN, 2006, p. 791). As chamadas causas de exclusão da culpabilidade não estariam, dessa forma, assentadas em conceitos metafísicos de difícil apreensão, como o livre arbítrio, mas em razões puramente de política criminal, não havendo, por isso, exigência da pena (ROXIN, 2002, p. 59).

Para ele, a necessidade preventiva da pena se justifica apenas com a presença da culpabilidade. Ou seja, aquele que pratica uma ação tipicamente antijurídica e que poderia, no caso concreto, agir em conformidade com a norma jurídica deve ser punido por razões preventivas. Diz Roxin que “a necessidade preventiva da punição não precisa de uma fundamentação especial, de modo que a responsabilidade jurídico-penal se apresenta com a existência da culpabilidade” (ROXIN, 2006, p. 792)³.

Sobre a importância dada pela moderna dogmática-jurídica à relação entre culpabilidade e prevenção penal, a qual vem sendo constantemente discutida pela doutrina, merece atenção a ressalva feita por Mello (2010, p. 231):

Resta saber se esta perspectiva representa uma ampliação de direitos e garantias fundamentais, com base na ideia de acumulação, ou se representa uma relativização dos referidos direitos, facilitando ou permitindo que haja uma instrumentalização do homem pelo Estado, por intermédio de políticas criminais preventivas que desconsiderem direitos e garantias individuais.

Um dos críticos da teoria de Roxin, Cerezo Mir afirma perceber uma contradição na concepção de culpabilidade dele, afirmando que, se a capacidade individual de agir de outro modo não poderia ser demonstrada em uma situação concreta, não poderia, então, servir de limite à medida da pena (1980, p. 358).

Roxin, no entanto, não fundamenta a responsabilidade apenas no caráter preventivo da pena, mas mantém, como visto, na culpabilidade — considerada esta como a realização do injusto, apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer (2008, p. 138).

Schünemann assim sintetiza o pensamento de Roxin (1991, p. 159):

[...] a categoria dogmática tradicional da culpabilidade deve completar-se mediante a exigência complementar de uma necessidade preventivo-geral da pena. Uma conclusão que considero plenamente acertada, e isso por duas razões: em primeiro lugar, porque a concreta regulação legal das chamadas causas de exclusão da culpabilidade só se pode entender se se reconhece como fundamento da renúncia à pena por parte do Estado, além da impossibilidade de agir de outro modo, a decadência de uma necessidade preventivo-geral da pena devido a uma intensa redução da liberdade de ação. E, em segundo lugar, porque deste modo a dogmática da Parte Geral se harmoniza de um modo admirável com a nova orientação da doutrina dos fins da pena, consistente na transição de um Direito penal retributivo para um Direito penal preventivo.

Roxin elenca as três objeções mais comuns levantadas contra uma concepção político-criminal no pensamento sistemático jurídico-penal: que ela seria muito indeterminada; possibilitaria o arbítrio estatal; e seria estranha ao direito positivo ou à sua dogmática e sistemática (ROXIN, 2008, p. 64). De fato, se não há, em regra, necessidade de fundamentação para a necessidade da pena, quando presente a culpabilidade, abre-se a possibilidade ao legislador de criar tipos penais ao seu arbítrio.

À primeira objeção o autor responde que a tarefa do intérprete é “muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código Penal” (ROXIN, 2008, p. 64), e não impor a sua própria política criminal. À crítica de que a teoria possibilitaria o arbítrio estatal, Roxin argumenta que “uma política criminal que deseje fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos” (ROXIN, 2008, p. 67).

A terceira crítica fundamenta-se na tese de que o direito penal e a política criminal seriam disciplinas diversas, ao que Roxin insurge-se aduzindo que “a ciência do direito penal tem de partir das decisões político-criminais do legislador — que, obviamente, só podem ser acolhidas na lei de modo bastante genérico —, concretizá-las e desenvolvê-las até seus detalhes” (ROXIN, 2008, p. 67).

³ Roxin chama a atenção de que tal não ocorre em todos os casos, trazendo como exceção o estado de necessidade exculpante, quando a situação de perigo poderia ser suportada em caso de necessidade. Nesse caso, o legislador fundamenta a necessidade da pena na ideia de que o agente poderia atuar conforme ao direito. Na legislação brasileira, o estado de necessidade exculpante está previsto no art. 23, § 4º, do CP. Entretanto, o projeto do novo Código Penal prevê que nesses casos, inclusive, a culpabilidade poderia ser afastada (art. 29, parágrafo único, PLS 236/2012).

Jakobs, por sua vez, busca determinar a culpabilidade a partir dos fins da pena, entendida como manutenção da ordem jurídica:

A pena que é útil para a consecução de seus fins sociais, se não está limitada pelo princípio da culpabilidade, trata como coisa a pessoa que vai ser submetida e ela, mas a pena que se vê limitada pela culpabilidade de uma maneira mais que marginal perde sua funcionalidade (JAKOBS, 1992, p. 1052).

No entanto, para Jakobs, como funcionalista sistêmico, a finalidade da pena é manter a confiança geral da norma, estabilizando o ordenamento, havendo uma funcionalização total da culpabilidade. Para essa concepção, a culpabilidade de um autor não dependeria de suas qualidades psíquicas, mas de ser sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. Nesse sentido se posiciona Roxin (2008, p. 144):

Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral.

A grande crítica feita por Roxin à concepção de Jakobs é que o indivíduo não seria mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento de interesses sociais, o que violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo, por isso, fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.

Sobre a necessidade de bem fundamentar o direito de punir, Muñoz Conde assim admoesta:

Em um Estado social e democrático de direito, o Estado deve estar em condições de demonstrar por que faz uso da pena e para quais pessoas a aplica, e isso sempre para proteger de modo eficaz e racional uma sociedade que, se não é plenamente justa, tem em seu seio e em sua configuração jurídica, a possibilidade de chegar a sê-lo. Se esses pressupostos não se dão, mal se pode falar de culpabilidade e exigir o cumprimento dos mandados normativos (MUÑOZ CONDE, 1991, p. 122).

Em que pese a resposta de Roxin em relação à crítica de se possibilitar o arbítrio estatal, nota-se certa ingenuidade no argumento utilizado, não se devendo perder de vista as diferenças entre a realidade europeia e a latino-americana. Ao fundamentar sobre os limites impostos ao legislador, ele diz que “são inadmissíveis as normas jurídicos-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos” (ROXIN, 2018, p. 20). A questão de se saber se determinada norma é motivada ideologicamente ou atenta contra direitos humanos pode ser deturpada por governos autoritários, principalmente quando haja cooptação de um Poder sobre o outro, como a experiência latino-americana mostra ser possível.

Em suma, para Claus Roxin a finalidade do direito penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos e, para isso, a pena necessita de fins sociais. Por isso, a teoria da retribuição não encontraria espaço em uma teoria da responsabilidade jurídica baseada na culpabilidade, uma vez que a ideia de retribuição não vê a pena como algo socialmente útil, mas como imposição a um mal cometido.

3 Incompatibilidade entre a teoria retributiva da pena e culpabilidade

Durante muito tempo, o princípio da culpabilidade esteve atrelado à ideia de retribuição da pena. Por suposto, a teoria absoluta da pena tem seu fundamento jurídico na retribuição, conforme a qual ao culpado deve ser feita justiça pelo fato. Pressupõe o Estado como guardião da justiça e das noções morais⁴ e se baseia na crença

⁴ Veja-se, para argumentar, que Hegel (1770-1831) (2010, § 257), conceitua o Estado como “a efetividade da ideia ética”. Esta encontra no Estado a sua evolução final, ou seja, a síntese das demais estruturas morais e econômicas da sociedade.

da autodeterminação dos indivíduos, tendo como fundamento filosófico o imperativo categórico kantiano⁵ e a dialética hegeliana⁶ (JESCHECK, 1993, p. 61).

Essas concepções clássicas não se coadunariam com a moderna noção de Estado Democrático de Direito, considerando-se que, como visto, a noção de autodeterminação é conceito metajurídico, não empírico. Além disso, a ideia de Estado como guardião da ética, como defendida por Hegel, sobrepondo-se aos interesses particulares, pode conduzir ao autoritarismo estatal. Do mesmo modo, o imperativo categórico kantiano⁷ pode ser criticado por também se fundamentar na noção de livre arbítrio, sendo, também, conceito metafísico.

A partir dos anos sessenta do século XX, especialmente na Alemanha ocidental, em razão da discussão do projeto de seu novo Código Penal, grande parte da doutrina começou a defender um direito penal puramente preventivo, chegando-se mesmo a aventar a completa supressão do princípio da culpabilidade, o que levou a elaboração de um projeto alternativo de código penal (SCHÜNEMANN, 1991, p. 149). Isso porque a ideia de prevenção prescinde do problema da culpabilidade humana, vez que só interessam a periculosidade do autor e a disposição criminal latente na sociedade (JESCHECK, 1993, p. 59).

Cerezo Mir afirma que a culpabilidade, concebida enquanto fundamento e limite da pena, tem experimentado uma crise na moderna ciência do direito penal em vários países da Europa (1980, p. 347). Para Roxin, o conceito de culpabilidade cumpriu, no direito penal, duas funções práticas diferentes: conferir justificação ao fim retributivo da pena, traduzindo-se como desvantagem para o acusado; e limitar a pena, impondo barreira ao *jus puniendi*, protegendo o acusado e impedindo a ingerência mais severa em sua liberdade pessoal (ROXIN, 1973, p. 8).

Roxin elenca três críticas (1973, p. 8-9) à utilização da culpabilidade como fundamento da retribuição: se baseia em pressuposto empiricamente duvidoso — a noção de “poder agir de outra forma” — e por isso não deve fundar consequências gravosas como a pena; não é aceitável, porque a premissa de que o injusto é compensado pela pena é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da democracia⁸; e é danosa sob o prisma da política criminal, pois não conduz a nenhum caminho para execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito, vez que a execução da pena só tem êxito quando estruturada na função ressocializadora preventiva especial.

Schünemann (1991, p. 150) distingue três graus de intensidade na caracterização do direito penal pela noção de culpabilidade: mais intensamente num direito penal de retribuição da culpabilidade, na qual a função da pena se encontra unicamente em retribuir a culpabilidade do autor; menos intensamente as que sustentam a sujeição da medida da pena à medida de culpabilidade — chamada de teoria da união; e, com grau de intensidade mais fraco, a função da pena se situaria na proteção de bens jurídicos e, com isso, na prevenção geral ou especial.

Cria-se, assim, um problema: se a noção de retribuição deve ser superada — porque é baseada em pressuposto empiricamente duvidoso — pela ideia de prevenção, a culpabilidade poderia ser fundamentada na teoria dos fins

⁵ Para Immanuel Kant (1724-1804), a razão prática determina a ação moral do indivíduo por meio dos imperativos. Ele apresenta, então, os imperativos hipotéticos e o categórico. Os hipotéticos representam a necessidade da prática de uma ação possível como meio de alcançar-se qualquer outra coisa que se queira, ou que seja possível que se queira. Pode ser expressa na lógica proposicional como S -> P, ou, se S então P. Já o imperativo categórico é aquele que nos representa uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como Kant afirma, o imperativo categórico pode ser expresso da seguinte forma: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (2018, p. 62). Nesse sentido a filosofia de Kant se afasta da filosofia aristotélica por não se basear na busca da felicidade ou *Eudaimonia*. Para ele, o dever é uma escolha do indivíduo livre. Assim, a importância do imperativo categórico se estabelece da necessidade de um nexo entre o ato livre e a sua universalização.

⁶ A pena e o crime são vistos por Hegel como parte de um mesmo sistema. O crime nega a liberdade do indivíduo e a pena, por sua vez, nega o crime, reafirmando o direito. Assim, “a existência positiva da violação é apenas enquanto vontade particular do criminoso. A violação dessa, enquanto uma vontade sendo aí, é assim a supressão do crime, senão seria o que tem validade, e essa é o restabelecimento do direito” (2010, § 99).

⁷ O filósofo alemão Hans Jonas (1903-1993) critica o imperativo categórico kantiano de não ser propriamente moral, mas lógico. Para ele, o “poder” ou “não poder” expressariam tão somente autocompatibilidade ou incompatibilidade e não aprovação ou desaprovação moral (2006, p. 47). A crítica, entretanto, não se fundamenta. Isso porque Kant traz mais de um conceito de imperativo categórico, sendo um deles claramente de conteúdo moral, a saber: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (2018, p. 73).

⁸ Isso porque a pena se fundamentaria em pressupostos metafísicos, segundo o qual um mal (o fato punível) poderia ser “expurgado” por outro mal (a pena). Daí o famoso enunciado programático do Projeto Alternativo do Código Penal da Alemanha ocidental: “Impor a pena não é um fenômeno metafísico, mas uma amarga necessidade em uma comunidade de seres imperfeitos” (SCHÜNEMANN, 1991, p. 149).

da pena, configurando-se como um limite da sanção penal? É possível um diálogo entre a política criminal e a dogmática penal, em que a culpabilidade possa ser vista como jungida ao caráter preventivo da pena?

Outra questão levantada por Roxin estaria em, ao conceber-se o direito penal como um sistema jurídico separado da política criminal, o qual garantiria uma maior segurança jurídica na aplicação da pena, questionar-se se seria preferível uma solução de um problema jurídico em conformidade à dogmática jurídica, mas político-criminalmente equivocada (2000, p. 8).

O jurista e psicólogo alemão Dirk Fabricius (2007, p. 11) afirma que a culpabilidade é um conceito cada vez mais vazio, porque concebida em termos metafísicos, os quais não podem ser comprovados empiricamente. Isso ensejou o surgimento da ideia do juízo de culpabilidade social-comparativo, o qual trazia a ideia do “homem médio” ou arquetípico, o que afrontaria o princípio da individualização.

Schünemann observa que a noção de culpabilidade constitui em si um corpo estranho no seio de um moderno direito penal preventivo, cuja inclusão, sob o ponto de vista político-criminal e sistemático, ou se fundamentaria de uma forma nova, em vista do velho direito penal retributivo, ou deve ser rechaçada (SCHÜNEMANN, 1991, p. 154).

Nesse sentido, a ideia formulada por Roxin visa trazer um novo sentido ao conceito de culpabilidade no bojo da teoria da pena, fundamentando-a em noções de política criminal. Mas, como visto, para evitar cair-se no arbítrio estatal, é necessário que o legislador fundamente o sistema do direito penal sempre em observância dos direitos humanos e das liberdades internacionalmente reconhecidas.

4 Fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal

O projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012) introduz um parágrafo único ao art. 1º, estabelecendo que “não há pena sem culpabilidade”. Esse conceito, como se viu, não é unívoco, o que ensejará, caso aprovado, debates doutrinários sobre o seu alcance e sentido. É inapropriado o uso do mesmo termo com sentidos diferentes em textos técnicos. No mesmo projeto, no art. 31, tratou-se da exclusão da culpabilidade. Considerando que a culpabilidade exclui o crime, o art. 1º, parágrafo único, estaria adotando, ao que parece, a punibilidade como pressuposto do crime.

Mais à frente, entretanto, o art. 75 estabelece que o juiz deverá estabelecer a pena conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, o que se aproximaria das ideias roxinianas da pena. Esse descompasso conceitual constitui-se em uma das falhas no referido projeto, que demonstra certa falta de sistematização que pode ser fruto do exíguo tempo que dispunham para elaborá-lo.

O direito penal hodierno vem entendendo a culpabilidade como um juízo de valor exercido sobre o tipo de injusto — considerado esse último como seu objeto —, tendo como fundamento o poder que o indivíduo possuiria em, dado caso concreto, agir conforme os preceitos normativos segundo seu real conhecimento da antijuridicidade (SANTOS, 2002, p. 174). Diante desses pressupostos, o poder agir conforme o direito poderia ser excluído ou reduzido, ou o sujeito poderia ser exculpado em determinadas situações.

No entanto, esse pressuposto — de poder agir de modo diferente — mostra-se concretamente indemonstrável e abstratamente inadequado ao atribuir a possibilidade de agir de outra maneira a uma pessoa imaginária — arquetípica — no lugar do autor do fato. Solapado esse fundamento no qual a culpabilidade até então se erigia, mostra-se necessário reformular o conceito de culpabilidade.

Roxin, diante dessa questão, propôs a substituição da culpabilidade pelo conceito mais abrangente de responsabilidade, a qual se dividirá em culpabilidade do sujeito e necessidade preventiva da sanção penal (2008, p. 792). Só assim, segundo o autor, a dogmática jurídico-penal poderá conseguir conectar-se com a teoria dos fins da pena, reconhecendo-se que somente a culpabilidade atrelada às necessidades preventivas da pena poderia dar lugar a uma sanção penal. Nesse ponto, é salutar a previsão, no PLS 236 de 2012, da não aplicação de penas restritivas de liberdade no caso de furto quando o réu é primário e de pequeno valor a coisa subtraída (art. 155, § 3º, I).

Desse modo, o que a ciência penal dantes considerava como causas de exclusão de culpabilidade — *e. g.*, o estado de necessidade exculpante, o erro de proibição e o excesso na legítima defesa — não se fundamentariam no poder agir de outra maneira, mas sim em que, por questões de política criminal, não se vislumbrariam razões

preventivo-gerais ou preventivo-específicas para punir o autor do fato. Como se pode inferir, a culpabilidade exerceria um papel de limitação da sanção penal, porque atrelada à teoria dos fins da pena, mais especificamente ao seu caráter preventivo.

Entretanto, o PLS contém mais falhas que acertos ao insistir no inflacionamento do direito penal ao prever cominação de penas sem sua correlata necessidade preventiva. Veja-se, por exemplo, que o projeto mantém o crime de “molestar cetáceos” (art. 399), pichação (art. 424), comércio de motosserra sem licença (art. 412) — esses dois últimos que poderiam ser infrações administrativas — etc. Isso conflita, inclusive, com os objetivos previstos na comissão que elaborou o projeto, sendo dois deles a descriminalização de condutas com menor ofensividade e a busca de formas não prisionais de sanção penal.

Conforme dito alhures, para Roxin, a culpabilidade deve vincular-se à teoria preventiva da pena, e não à teoria retributiva. Para o autor, a dogmática penal deve estar aberta aos princípios políticos-criminais, fundamentando o sistema jurídico em caracteres teleológicos e axiológicos — tendo sempre em vista a preocupação com os fins do direito penal.

O direito tem que ser visto como uma integração normativa de fatos segundo valores. A ciência do direito penal deve partir das decisões político-criminais do legislador — respeitados os direitos humanos e fundamentais, por óbvio —, não havendo que se falar em exclusão entre o direito penal e a política criminal, mas sim uma imperiosa interação e constante diálogo.

O pensamento segundo o qual “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal” (HASSEMER, 2005, p. 313) deve ser superado. O crime e a pena não podem ser analisados de maneira desassociada. Pelo contrário. O direito penal, como é cediço, tem por finalidade a proteção de bens jurídicos mais caros à sociedade, e quando é convocado a agir significa que o Estado falhou em proteger aqueles bens. Isso porque, quando há a infração ao direito penal, significa que o bem jurídico já foi lesado.

A teoria finalista logrou maior êxito em aproximar a dogmática penal da realidade, mas, apesar de diferenciar-se da antiga teoria do delito iniciada pelo causalismo, não confere espaço autônomo à diretrizes político-criminais na dogmática penal. Para Roxin (2000, p. 20), mostra-se necessário que as valorações da política criminal se introduzam na dogmática penal, unindo-se em uma síntese, da mesma forma que a noção de Estado de Direito se concilia e harmoniza-se com a ideia de Estado Social.

Um sistema jurídico desejável precisaria fundar-se em três pressupostos necessários: ordem e clareza conceitual, aproximação da realidade e orientação por fins político-criminais. Esses pressupostos, entretanto, são abordados de maneira parcial e unilateral pela teoria finalista.

Roxin propõe, assim, uma refundação da teoria do delito, introduzindo-se no direito penal as decisões valorativas da política criminal, em que o tipo quedaria influenciado pelo princípio do *nullum crimen*, a antijuridicidade se ocuparia com a regulação social mediante ponderação de interesses em conflito, e a culpabilidade estaria jungida às teorias dos fins da pena (ROXIN, 2000, pp. 28 e 31).

Daí a necessidade de a culpabilidade ser revista e rediscutida, devendo ser considerada como atávica à ideia da teoria preventiva da pena. Apesar das críticas contundentes ao finalismo, essa teoria ainda encontra forte apoiadores na doutrina brasileira, sendo considerada como dominante na ciência jurídica no país⁹.

A teoria finalista traz a oposição entre objeto da valoração e valoração do objeto (WELZEL, 1956, p. 152), sendo esta a culpabilidade, e aquele o injusto. No entanto, ambos têm de ser vistos como uma dupla valoração: o injusto é um juízo valorativo que tem por escopo o controle de comportamentos, enquanto a culpabilidade é um juízo que recai sobre as consequências jurídicas do delito, extraídas da teoria dos fins da pena.

A substituição da culpabilidade pela ideia de responsabilidade ajudaria a melhor compreender e explicar o direito penal. Veja-se, por exemplo, a questão do erro de proibição absolutamente inevitável descrito no art. 21 do

⁹ Sebastián Borges de Albuquerque Mello traz vários exemplos de doutrinadores brasileiros que apoiam o finalismo, como Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Assis Toledo, Damásio de Jesus, entre outros (2010, p. 310).

Código Penal. A lei considera que é isento de pena aquele que age com desconhecimento sobre a ilicitude do fato, ou seja, há uma relação de contradição entre o fato e a norma.

No entanto, os comuns exemplos trazidos pela doutrina nunca são verdadeiramente de erro invencível¹⁰, porque em teoria sempre se poderá consultar mais um perito, até que as eventuais dúvidas a respeito da licitude do ato venham à tona (ROXIN, 2008, p. 158). Assim, demonstra-se mais razoável defender, baseando-se em questões político-criminais, uma atenuação da teoria da culpabilidade, alegando-se que nesses casos não haveria motivos preventivo-gerais ou específicos para punir. Essa justificativa explicaria, satisfatoriamente, as hipóteses de isenção de pena nos crimes de homicídio culposo e eutanásia, previstos no art. 121, § 8º, e art. 122, § 1º, do projeto de novo Código Penal, respectivamente.

Aliás, em relação ao crime de homicídio, o art. 121, § 5º, do Código Penal, incluído pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, estaria mais próximo da teoria roxiniana do que PLS 236 de 2012. Isso porque o projeto é mais restritivo, especificando quem seriam as vítimas e excluindo a parte final do parágrafo que prevê a isenção da pena quando “a sanção penal se torne desnecessária”. Em verdade, o projeto traz maior severidade em vários tipos penais¹¹.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello traz um caso concreto bastante ilustrativo do que aqui se discute. Determinada pessoa compareceu à delegacia alegando ter sofrido uma agressão física que lhe resultara na amputação de sua mão. Ao se aprofundar as investigações descobriu-se que a alegada vítima tinha, na verdade, se lesionado para obter o valor do seguro movido por imperiosa necessidade de dinheiro (MELLO, 2010, p. 11).

Em casos que tais, questiona-se qual o fundamento do direito de punir. Diante de um fato considerado pelo direito como antijurídico — porque vedado pela norma jurídica —, deve perquirir-se a razão de infligir uma pena a esse indivíduo, donde se concluiria não haver motivos de caráter preventivo idôneos que sustentem uma sanção penal.

5 Conclusão

Exsurge-se imperiosa a revisão e rediscussão do conceito de culpabilidade tal como sustentado pela teoria finalista, para concebê-lo como um princípio limitativo do poder punitivo do Estado, associado ao caráter preventivo da pena, cambiando-se a ideia de culpabilidade pela de responsabilidade — concebida como a endossimbiose entre culpabilidade e prevenção, tal como sustentada por Claus Roxin.

A reformulação do conceito de culpabilidade, introduzindo-a na concepção de responsabilidade jurídico-penal, não resulta em simples troca de nomenclatura, mas demonstra, também, uma mudança de concepção do próprio direito penal que se deseja implementar e fomentar, sendo, por isso, uma mudança de paradigma. Ao reestruturar-se a culpabilidade, busca-se um equilíbrio entre a necessidade interventiva estatal e a liberdade individual, o que não é pouco diante de um país com enorme população carcerária e gigantesca profusão legislativa.

O tema da culpabilidade ganha maior destaque e merece maior atenção quando se observa que a ideia de Roxin tem influenciado, de certa forma, a comissão de juristas encarregada da elaboração do projeto do novo Código Penal. Basta notar que o parágrafo único do art. 1º do projeto afirma que “não há pena sem culpabilidade”, devendo o juiz aplicar a pena, atendendo à culpabilidade do agente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹².

O PLS 236 de 2012 acerta ao colocar como objetivos da comissão a descriminalização de condutas com menor ofensividade e a busca de formas não prisionais de sanção penal. Entretanto, em razão do açoitamento na sua

¹⁰ O mais corriqueiro exemplo é o da pessoa que acredita poder reter o bem do devedor para honrar a dívida. Esse é o exemplo trazido por Welzel. Damásio de Jesus também traz um exemplo bem peculiar: o da pessoa que supõe equivocadamente que ter depósito de cocaína não seria proibido (WELZEL, 1956, p. 178; JESUS, 2008, p. 265).

¹¹ Curiosamente, há maior severidade em delitos envolvendo animais do que aqueles que afetam vidas humanas. Veja-se, por exemplo, os arts. 132 e 394 do PLS 236 de 2012. O art. 132 tipifica a omissão de socorro, com pena de prisão de um a seis meses ou multa. Lado outro, o art. 394 prevê a omissão de socorro a animal, com pena de prisão de um a quatro anos.

¹² O art. 31, III, do projeto traz como uma causa de exclusão da culpabilidade a ideia de inexigibilidade de outra conduta e o art. 28, § 1º, b, a ideia de reduzida reprovabilidade como requisito para o princípio da insignificância — termos esses próprios da teoria finalista.

conclusão, falha em insistir no inflacionamento do direito penal ao prever cominação de penas sem sua correlata necessidade preventiva.

Renunciar ao conceito tradicional de culpabilidade não significa abandoná-la como categoria jurídico-penal, mas buscar um fundamento distinto. Para isso é necessário abandonar a antiga concepção individualista que via na culpabilidade apenas um fenômeno individual, que apenas afetaria o autor que realiza um fato típico e antijurídico. A culpabilidade é um fenômeno social.

6 Referências

- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CEREZO MIR, José. Culpabilidad y pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales – ADPCP*, Madrid, t. 34, fasc. 2, n. 3, p. 348-365, mayo-agosto 1980.
- FABRICIUS, Dirk. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. Trad. Juarez Tavares. *Revista Afreudite*, Lisboa, ano 3, n. 5-6, p. 11-38, 2007.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: BdeF., 2002.
- GODLSCHMIDT, James. *La concepcion normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2010. JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidade. *Anuario de derecho penal y ciencias penales – ADPCP*, Madrid, t. 45, fasc. 3, p. 1051-1083, sept.-dic. 1992.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JONAS, H. *O princípio responsabilidade*. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2018.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodium, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal*. São Paulo: RT, 2008. v. 1
- ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Trad. Fernando Fragoso. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 11-12, p. 7-20, jul.-dez. 1973.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Madri: Reos, S.A., 1981.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899. v. 1.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.