



IV. ANÁLISE DAS ACEPÇÕES DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

IV. ANALYSIS OF ACCEPTIONS OF CULPABILITY IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana¹
Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro²

Recebido em:	09.08.2020
Aprovado em:	15.11.2020

RESUMO: O objetivo do artigo é analisar as diversas acepções do instituto da “culpabilidade” no Direito Penal Brasileiro. Trata-se de um artigo científico descritivo, cuja metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o termo “culpabilidade” é plurissignificativo, havendo três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão no direito penal: a culpabilidade como princípio; a culpabilidade como limite da pena; e a culpabilidade como elemento do delito.

Palavras-Chave: Culpabilidade. Teoria do Crime. Direito Penal.

66

ABSTRACT: The purpose of the article is to analyze the different meanings of the “culpability” institute in Brazilian Criminal Law. It is a descriptive research, whose methodology used was a bibliographic research, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the term “culpability” is plurisignificant, with three senses in which the expression in criminal law is most frequently used: culpability as a principle; guilt as the limit of the sentence; and guilt as an element of crime.

Keywords: Guilt. Crime Theory. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado. E-mail: g.sidronio.adv@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0028181860837336>

² *Latin Legum Magister* em Direito Empresarial pela UNIBF. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes; especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional e Ibmec; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Prominas; especialista em Docência no Ensino Superior pelo Instituto Prominas; Especialista em Ciência Política pela UNIBF. MBA Executivo em Gestão Estratégica de Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual pela UNIBF. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Professora de Direito Constitucional e Direito Penal da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, Advogada. Email: jessicabr2017@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8374934007450064>



O presente Artigo Científico possui como método o bibliográfico, através da revisão de livros e artigos científicos na área das Ciências Criminais, e objetiva analisar o instituto da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro, notadamente porque este instituto possui múltiplas acepções. Assim, o problema principal do artigo é responder quais os significados das acepções do termo culpabilidade para o Direito Penal.

Desta forma, como hipótese, temos que são três as acepções do termo culpabilidade para o Direito Penal. São elas: (i) a culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação da responsabilidade penal objetiva; (ii) a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e (iii) a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade.

Com efeito, o conceito de culpabilidade penal é modernamente o elemento da teoria do delito ao qual se dá mais atenção em livros e artigos científicos. É imperioso ressaltar que todas essas acepções surgiram justamente da evolução do conceito do instituto e das funções que, pouco a pouco, a culpabilidade foi exercendo na estrutura dogmática. O Código Penal não apresenta e jamais apresentou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que formulou vários significados ao longo do tempo.

2 O MÉTODO PENAL: OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E DIMENSÕES DO ESTUDO

A culpabilidade enquanto princípio deve ser estudado à luz do método do Direito Penal, pois é pelo método que se pode estudar um objeto, formulando enunciados para melhor entendê-lo. A dogmática penal e, em particular, a Teoria do Crime, que tem na tipicidade o seu primeiro elemento, seguindo-se posteriormente a antijuridicidade e a culpabilidade, representam em si uma limitação ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 180).

Se o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente a pena, depende da referida Teoria do Crime para ser aplicado, o que não estiver em conformidade com o estabelecido per ela estará logicamente afastado daquele ramo do direito. Neste sentido, a Teoria do Crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por



consequente, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um método, pois funciona como caminho para se chegar ao conceito (BRANDÃO, 2012, p. 182).

O Princípio da Legalidade dá ao método penal *status* Constitucional. Dispõe o art. 5º, XXXIX da Constituição que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A cientificidade do direito penal é decorrente da existência de um método, o qual investigue o seu correspondente objeto. Portanto, é o Princípio da Legalidade que torna o Direito Penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o Direito Penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal (BRANDÃO, 2012, p. 186-187).

A seu turno, o Princípio da culpabilidade também possibilita uma aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que a Constituição estabelece em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

3. CONCEITO DE CULPABILIDADE E DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO

A expressão culpabilidade é evidentemente derivada da palavra culpa e culpado, que tem vinculação religiosa, pois o fundamento da “culpa religiosa” sempre foi a possibilidade de escolha entre o bem e o mal. Essa simples observação diz muito a respeito da culpabilidade penal, pois durante muito tempo o instituto foi estudado, tendo em vista o objetivo de identificar a existência ou não da possibilidade de o agente atuar de outro modo sem violar o Direito Penal, ou seja, pelo livre arbítrio, o agente escolher o “bem”. Culpabilidade, nesse sentido, nada mais é do que a reprovação jurídica ao autor do fato que, tendo possibilidade de agir conforme o direito, opta por violá-lo (BUSATO, 2015, p. 522). Entretanto, o doutrinador Bitencourt (2012, p. 28) detecta outros sentidos para o termo, afirmando assim a natureza plurissignificativa do instituto da culpabilidade no Direito Penal:

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a consequente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que



constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.

A mutação permanente sofrida pelo conceito de culpabilidade levou a doutrina e a legislação a incorporarem, em seu discurso, distintos usos para o mesmo termo. Assim, temos que em várias passagens do Código Penal se utiliza a expressão culpabilidade querendo significar coisas diferentes. Do mesmo modo, a doutrina em geral, repetindo a terminologia, também faz referência a culpabilidade em vários sentidos. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade em direito penal: (i) a culpabilidade como princípio; (ii) a culpabilidade como limite da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito (BUSATO, 2015, p. 523).

4 A CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória. Trata-se de exigir a concorrência de dolo ou de imprudência para a realização do delito, ou seja, de que não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente. É necessário lembrar que essa concepção é o que leva a diferenciar o Direito Penal do Direito Civil. Esse último, em alguns casos, dispensa a análise do aspecto subjetivo da responsabilidade. No Direito Penal a responsabilidade é sempre subjetiva, ou seja, é imprescindível a contribuição pessoal do agente para com o ilícito. Essa contribuição pessoal



significa que o agente decidiu conscientemente em favor da prática do delito (BUSATO, 2015, p. 523). Segundo Nucci (2020, p. 111), o princípio da culpabilidade:

Significa que ninguém será penalmente punido, se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não será objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos.

O Princípio da Culpabilidade encontra-se previsto na Constituição, justamente porque não se pode, em um Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente. Haveria flagrante intervencionismo estatal na liberdade individual caso fosse possível padronizar esse entendimento (NUCCI, 2020, p. 111). Para Bitencourt (2012, p. 28):

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

70

“Não há crime sem culpa”, porque o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único desse artigo: “*Salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente*”. Assim, a regra adotada é buscar, para fundamentar e legitimar a punição, na esfera penal, o dolo do agente. Não o encontrando, deve-se procurar a culpa, desde que expressamente prevista, como alternativa, no tipo penal incriminador. Em hipóteses extremadas, devidamente previstas em lei, pode-se adotar a responsabilidade penal objetiva, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, estejam presentes o dolo ou a culpa, como ocorre com a embriaguez voluntária - art. 28, II, CP (NUCCI, 2020, p. 111).



5 A CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA IMPOSTA AO CONDENADO

Os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face de seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade (BUSATO, 2015, p. 524). Assim, a simples presença de culpabilidade é um indicativo de merecimento de repulsa social e, uma vez que ela exista, seu grau será determinante para compreender a necessidade maior ou menor de reação social contra a conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

A culpabilidade se encontra expressamente no art. 59 do Código Penal. Ao se limitar a punibilidade dos feitos pela culpabilidade, se está limitando a sanção segundo o grau de reprovação merecido pela conduta. Ao aplicar a pena, o juiz se vê condicionado a obedecer ao postulado da proporcionalidade vinculado à reprovabilidade do comportamento do autor, tratada também como culpabilidade. Em boa parte das etapas relacionadas com a fixação da pena, há referências à culpabilidade, sendo sempre vinculada a essa ideia de grau de reprovabilidade da conduta (BUSATO, 2015, p. 524).

Dessa maneira, a intensidade da culpa (junto com outros fatores) definirá a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - art. 44, III, CP -, auxiliará na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada - art. 59 CP - e interferirá na distribuição da carga penal entre os coautores - art. 29 CP (BUSATO, 2015, p. 525). Para Nucci (2020, p. 620):

Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista no art. 59, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Assim, o art. 59 do Código Penal é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*, concessão do regime aberto, entre outros). A culpabilidade, acertadamente, substituiu as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”,



previstas antes da Reforma Penal de 1984. Para compor o fato típico, o magistrado analisa se houve dolo ou culpa, pouco interessando a intensidade do dolo ou culpa. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, porque aqui o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso (NUCCI, 2020, p. 619).

6 A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME

A Teoria do Crime considera três elementos para caracterização do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Os dois primeiros formam o juízo sobre a conduta, o último é o juízo sobre o autor da conduta. A terceira acepção do termo culpabilidade refere-se à culpabilidade como elemento do delito. É possível dizer que a culpabilidade diz respeito a todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito (BUSATO, 2015, p. 526).

A posição da culpabilidade na estrutura do crime (conceito analítico) configura questão prejudicial no limiar da Teoria do Delito, gerando indisfarçável controvérsia na doutrina (CUNHA, 2016, p. 282): é ou não o terceiro requisito/substrato do crime?

Para a corrente bipartite, a culpabilidade não é substrato do crime. O crime existe com os requisitos “fato típico” e “ilicitude”, mas só será ligado ao agente se este for culpável. Logo, de acordo com essa orientação, a culpabilidade aparece como pressuposto de aplicação da pena, juízo de reprovação e censura, pressupondo a prática de um crime. Já a corrente tripartite ensina que a culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu (fato típico e ilicitude). A tipicidade, ilicitude e culpabilidade são não apenas pressupostos de aplicação da pena, mas elementos constitutivos do crime. Admitir crime sem culpabilidade é aceitar ser possível crime sem censura (CUNHA, 2016, p. 282). Brandão (2003, p. 131-132) esclarece o seguinte:

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os elementos, quais sejam: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade é um



juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem, são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é exemplo dos demais elementos, um juízo sobre um fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

Para Cunha (2016, p. 281), conceitua-se culpabilidade como o juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal. São duas, basicamente, as principais teorias desenvolvidas para fundamentar a culpabilidade do autor do fato típico e ilícito: o livre arbítrio e o determinismo. E para Cunha (2016, p. 281), não há incompatibilidade entre ambas, mas complementariedade:

O livre arbítrio é proveniente da Escola Clássica e se estabelece no fato de que o homem é dotado de capacidade moral para eleger o melhor caminho e, por isso, deve ser responsabilizado pelas livres escolhas a que se dedica no decorrer da vida. O determinismo, por outro lado, originado da Escola Positiva, sustenta que ao homem não é possível atuar soberanamente em suas escolhas em virtude de fatores inúmeros, internos e externos, capazes de influenciá-lo a cometer determinado fato ilícito.

73

A culpabilidade é um juízo de valoração concreto, razão pela qual surge a importância de se ter o fato típico e antijurídico, indicando qual é o foco de realidade a ser objeto desse juízo de reprovação social (RAMÍREZ, 2007, p. 1100). Para Nucci (2020, p. 391), conceitua-se culpabilidade da seguinte forma:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

A análise da presença ou não da culpabilidade leva em conta o perfil subjetivo do agente. Para Masson (2019, p. 366):



Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena. A culpabilidade pode ser encarada como elemento do crime tanto para um simpatizante do sistema clássico como também para um partidário do sistema finalista, desde que se adote um conceito tripartido de crime. Para os adeptos do finalismo bipartido, contudo, a culpabilidade funciona como pressuposto de aplicação da pena, e não como elemento do crime.

É a culpabilidade que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social, dotado de conhecimento do caráter ilícito do fato típico livremente cometido, do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e também dos atos dos seres irracionais ou de pessoas que não possuem consciência do caráter ilícito do fato típico praticado ou não tem como agir de forma diversa. Aqueles devem ser punidos, pois tinham a possibilidade de respeitar o sistema jurídico e evitar resultados ilícitos, estes, não (MASSON, 2019, p. 366).

6.1 A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME: TEORIAS DA CULPABILIDADE

74

Como já explanado, o Código Penal nunca formulou o conceito de culpabilidade. Essa tarefa é da doutrina, que, ao longo do tempo, formulou diversas teorias. Abordaremos a Teoria Psicológica, a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa e a Teoria Normativa Pura, e logo em seguida esclareceremos a teoria adorada pelo Código Penal Brasileiro.

Para a Teoria Psicológica da Culpabilidade, idealizada por Franz von Liszt e Ernst von Beling, o pressuposto fundamental da culpabilidade é a imputabilidade, compreendida como a capacidade do ser humano de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (MASSON, 2019, p. 366).

A culpabilidade, que tem como pressuposto a imputabilidade, é definida como o vínculo psicológico entre o sujeito e o fato típico e ilícito por ele praticado. Esse vínculo pode ser representado tanto pelo dolo como pela culpa (MASSON, 2019, p. 367).

Dolo e culpa são espécies da culpabilidade, pois são as formas concretas pelas quais pode se revelar o vínculo psicológico entre o autor e a conduta praticada. Além disso, o dolo é normativo, ou seja, guarda em seu interior a consciência da ilicitude. Como a imputabilidade é



pressuposto da culpabilidade, somente se analisa a presença do dolo e da culpa se o agente for imputável (maior de 18 anos de idade e mentalmente sadio). Essa teoria somente é aplicável no campo da teoria clássica da conduta, em que o dolo e a culpa integram a culpabilidade (MASSON, 2019, p. 367). O doutrinador Nucci (2020, p. 392) ao discorrer sobre a Teoria Psicológica da Culpabilidade aponta suas falhas:

Culpabilidade é importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para esta corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vinculariam, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime). Em suma, culpabilidade é dolo ou culpa. A imputabilidade penal é pressuposto de culpabilidade, portanto, somente se analisa se alguém age com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos). A teoria psicológica apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico;

75

Para a Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa, proposta por Reinhart Frank, culpabilidade e exigibilidade de conduta diversa relacionam-se. A culpabilidade deixa de ser um fenômeno puramente natural, de cunho psicológico, pois a ela se atribui um elemento estritamente normativo, inicialmente chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes e posteriormente de motivação normal, atualmente definido como exigibilidade de conduta diversa (MASSON, 2019, p. 368).

Dessa maneira, o conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado por dolo e culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal). Assim, sua estrutura passa a ser composta por três elementos: imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade para funcionar como seu elemento e o dolo permanece normativo, isto é, o conhecimento acerca do caráter ilícito do fato (MASSON, 2019, p. 368).



Em resumo, somente é culpável o agente maior de 18 anos e mentalmente sadio (imputabilidade) que age com dolo e culpa e que, no caso concreto, poderia comportar-se conforme o direito. Afasta-se a culpabilidade quando não se pode exigir do sujeito um comportamento conforme o ordenamento jurídico (MASSON, 2019, p. 368). Para o autor Nucci (2020, p. 392-393), esta teoria deu ênfase ao conteúdo normativo da culpabilidade e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo e culpa):

acrescentou-se o juízo de reprovação social (ou de censura), que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico, quando considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tiver agido com dolo (que contém a consciência da ilicitude) ou culpa, além de dever haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do Direito.

A Teoria Normativa Pura surge com o finalismo penal de Hans Welzel e dele é inseparável. A adoção da Teoria Normativa Pura da culpabilidade somente é possível em um sistema finalista. Essa teoria é assim denominada porque os elementos psicológicos (dolo e culpa) que existiam nas teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade foram transferidos pelo finalismo penal para o fato típico, alojando-se no interior da conduta. Dessa maneira, a culpabilidade se transforma em um simples juízo de reprovabilidade que incide sobre o responsável pela prática de um ato típico e ilícito (MASSON, 2019, p. 369).

O dolo passa a ser natural (sem a consciência da ilicitude). Desta maneira, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. A consciência da ilicitude passa a ser potencial, ou seja, basta que o agente na situação real tenha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato praticado com base em juízo comum (MASSON, 2019, p. 369).

Em suma, os elementos constitutivos da culpabilidade são ordenados hierarquicamente, de modo que o segundo pressupõe o primeiro e o terceiro depende dos anteriores. De fato, se o indivíduo é imputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a potencial consciência da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa (MASSON, 2019, p. 369). Sobre a culpabilidade na ótica do finalismo, ensina Nucci (2020, p. 393):



A conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposo. Portanto, para tipificar uma conduta – conhecendo-se de antemão a finalidade da ação ou da omissão – já se ingressa na análise do dolo ou da culpa, que se situam, pois, na tipicidade – e não na culpabilidade. Nessa ótica, culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o Direito.

A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade subdivide-se em outras duas, a saber: (i) Extremada, extrema ou estrita e (ii) Limitada. Em ambas, a estrutura da culpabilidade é idêntica: seus elementos são imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, a distinção entre elas, repousa somente no tratamento dispensado às discriminantes putativas (MASSON, 2019, p. 369). Nas discriminantes putativas, o agente incidindo em erro, supõe situação fática ou jurídica que, se existisse, tornaria a ação legítima.

Com efeito, para a Teoria Normativa Pura, em sua variante extremada, as discriminantes putativas sempre se caracterizam como erro de proibição. Por sua vez, para a Teoria Normativa Pura, em sua face limitada, as discriminantes putativas podem caracterizar erro de tipo ou erro de proibição, a depender das peculiaridades do caso concreto (MASSON, 2019, p. 369).

Por fim, devemos esclarecer, após o estudo das várias teorias da culpabilidade, qual delas foi adotada pelo Código Penal Brasileiro. Conforme afirma Masson (2019, p. 370), é possível afirmar que o Código Penal em vigor acolheu a Teoria Normativa Pura, em sua vertente limitada. Essa afirmação se extrai a partir dos arts. 20 e 21 do Código Penal, a partir do tratamento do erro. Além disso, o item 19 da exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal afirma:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas "discriminantes putativas". Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada pela culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (artigo 17, § 1º).



Para o doutrinador Cunha (2016, p. 284), o nosso Código Penal adotou a teoria limitada da culpabilidade. Afirma Cunha (2016, p. 279) que quanto às discriminantes putativas, prevalece a Teoria da Culpabilidade na vertente Limitada, pois, topograficamente, essa espécie de discriminante putativa se encontra no dispositivo que trata do erro de tipo (art. 20 CP), e não no artigo que explica o erro de proibição (art. 21 CP), indicando deste modo, a opção do legislador no tratamento da matéria. Por fim, Greco (2017, p. 133) afirma:

Para a teoria limitada, se o erro do agente recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado de erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas, sim, sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.

Desta forma, compreende-se a adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade, pelo Código Penal, quanto às discriminantes putativas. Caso o erro do agente recaia sobre situação de fato, configura-se erro de tipo; caso o erro do agente recaia sobre limites ou a própria existência de uma causa de justificação, configurar-se-á erro de proibição. Finalizaremos o tópico, outrossim, com exemplos sugeridos por Masson (2019, p. 264) que ilustram as supracitadas teorias.

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo ao pressuposto de fato de uma causa de exclusão da ilicitude: é o caso daquele que, ao encontrar seu desafeto, e notando que tal pessoa coloca a mão no bolso, saca seu revólver e o mata. Descobre, depois, que a vítima fora acometida por cegueira, por ele desconhecida, e não poderia sequer ter visto o seu agressor. Ausente, portanto, um dos requisitos da legítima defesa (agressão injusta).

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude: imagine-se o sujeito que depois de encontrar sua mulher com o amante, em adultério, mata a ambos, por crer que age acobertado pela legítima defesa da honra. Nessa situação, o agente errou quanto à existência desta discriminante, não acolhida pelo ordenamento jurídico em vigor.

Exemplo de discriminante putativa relacionada ao erro relativo aos limites de uma causa de exclusão da ilicitude: um fazendeiro que reputa adequado matar todo e qualquer



posseiro que invada a sua propriedade. Cuida-se da figura do excesso, pois a defesa da propriedade não permite esse tipo de reação desproporcional.

6.2 A CULPABILIDADE COMO SUBSTRATO DO DELITO NA TEORIA DO CRIME: OS ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

São elementos da culpabilidade a serem tratados neste trabalho: (i) imputabilidade; (ii) potencial consciência da ilicitude e (iii) exigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade é a capacidade de imputação, ou seja, possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de uma infração penal. A imputabilidade é elemento sem o qual entende-se que o sujeito carece de liberdade e de faculdade para comportar-se de outro modo, como o que não é capaz de culpabilidade, sendo, portanto, inculpável (CUNHA, 2016, p. 287). De acordo com o entendimento de Busato (2015, p 556 - 557):

A imputabilidade refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido. Para que se possa reprovar uma conduta, é necessário que seja demonstrado que o agente podia compreender, de maneira geral, o comando normativo. Somente pode ser reprovada a conduta de alguém que seja capaz de compreender o que faz e de orientar sua conduta de acordo com essa compreensão. A imputabilidade é, pois, em termos gerais, uma capacidade de compreensão e de valoração e atuação consequente com essa compreensão. Essa compreensão, valoração e atuação depende, evidentemente, da conjunção de fatores físicos, biológicos, psíquicos e psicossociais.

São dois os elementos que devem se fazer presentes para que haja imputabilidade (CUNHA, 2016, p. 287): intelectual (higidez psíquica que permita ao agente ter consciência do caráter ilícito do fato); e volitivo (o agente domina a sua vontade e se determina de acordo com esse entendimento). Para Nucci (2020, p. 401), a imputabilidade:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em *sanidade mental* e *maturidade*. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez



ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

Assim, como no Direito Privado se pode falar em capacidade e incapacidade para realizar negócios jurídicos, no Direito Penal fala-se em imputabilidade (capacidade) ou inimputabilidade (incapacidade) para responder penalmente por uma ação delitativa praticada. Note, entretanto, que nem sempre a capacidade civil caminha lado a lado com a imputabilidade, a exemplo do que acontece com o menor de 18 e maior de 16 anos casado, que embora capaz no campo civil, não será responsabilizado penalmente, pois inimputável (CUNHA, 2016, p. 287). Pondera Nucci (2020, p. 401):

O inimputável (doente mental ou imaturo, que é o menor) não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso – adjetivação reservada a quem, compreendendo o ilícito, opta por tal caminho, sofrendo censura –, embora possa ser submetido a medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente.

80

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor do fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar em redução de pena (semi-imputáveis), em vez de medida de segurança (inimputáveis). Esta regra não se aplica aos casos de inimputabilidade em razão da idade, em que se presume de forma absoluta a incapacidade de entendimento e determinação do menor (CUNHA, 2016, p. 296).

A potencial consciência da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade, representando a possibilidade que o agente imputável tem de compreender a reprovabilidade da sua conduta. Note-se que não se exige do sujeito ativo uma compreensão técnica, um conhecimento jurídico do evento praticado, mas apenas que tenha condições de perceber que o seu comportamento não encontra respaldo no ordenamento jurídico, sendo reprovado pelo direito. Contenta-se com a percepção leiga, uma valoração paralela na esfera do profano (CUNHA, 2016, p. 297). Para Busato (2015, p. 569):



A consciência da antijuridicidade ou ilicitude, porém, como conceito normativo, não se dirige à aferição da presença efetiva da consciência do ilícito, mas apenas à possibilidade de existir essa percepção, pelo que trata-se de uma potencial consciência da ilicitude, que significa reunir condições de perceber, dadas as circunstâncias concretas, que se está realizando um ilícito.

A exigibilidade de conduta diversa significa que, para a reprovação social, não basta que o autor do fato lesivo seja imputável e tenha possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito. Exige-se ainda que nas circunstâncias tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento jurídico (CUNHA, 2016, p. 301). Para Nucci (2020, p. 423) a inexigibilidade de conduta diversa faz parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Dessa maneira, o Código Penal, no art. 22 tratou do tema, ao afirmar que “*Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem*”, ou seja, há ausência de culpabilidade na conduta do executor do crime.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o termo “culpabilidade” solidificou a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, uma vez que, junto com o Princípio da Legalidade, possibilitou trazer o ser humano à centralidade do Direito Penal, humanizando-o.

Além disso, o termo “culpabilidade” é plurissignificativo. De forma sucinta, pode-se dizer que há três sentidos em que mais frequentemente se usa a expressão culpabilidade no Direito Penal: (i) a culpabilidade como princípio, que determina a responsabilidade subjetiva no Direito Penal, ou seja, a proveniente de dolo e culpa; (ii) a culpabilidade como limite da pena, que determina o grau de reprovabilidade da conduta cometida pelo agente para fins de imposição do *quantum* da pena; (iii) a culpabilidade como elemento do delito, terceiro substrato do crime da teoria tripartite do delito, composta pela imputabilidade, pela exigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude.

REFERÊNCIAS



BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral, arts 1º ao 120*. 17ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2012.

BRANDÃO, Claudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
_____. *Tipicidade Penal – Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral – v. 1*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Editora Ímpetus. 11 ed. 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral – v. 1*. São Paulo: 13 ed. Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMÍREZ, Bustos Juan. *Obras completas*, v. I, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2 ed. 2007.