

## ESTUDO CRÍTICO DO FATO PUNÍVEL: O DESENVOLVIMENTO CONTEMPORÂNEO DA CULPABILIDADE

Igor Schmitzhaus<sup>1</sup>

Luan Carlos Pereira<sup>2</sup>

Silvano Sander Vieira<sup>3</sup>

Rogério César Soehn<sup>4</sup>

**Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE CULPABILIDADE. 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CULPABILIDADE. 3.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE. 3.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA OU NORMATIVA DA CULPABILIDADE. 3.3 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE. 4 CULPABILIDADE PÓS-REGIME DITATORIAL/AUTORITARISTA. 4.1 TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA. 4.2 TEORIA AGNÓSTICA DA PENA E SUA INFLUÊNCIA NA CULPABILIDADE. 4.2.1 Culpabilidade Por Vulnerabilidade. 5 CRÍTICA A ATUAL CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

**Resumo:** O presente ensaio discorrerá sobre os assuntos que permeiam as teorias da culpabilidade e, principalmente, as críticas a elas inerentes, visando elucidar as atuais interpretações sobre o “terceiro” elemento do delito. Partindo de uma análise bibliográfica junto às doutrinas, artigos científicos e jurisprudências do assunto, o compêndio busca lapidar a origem, as concepções, os conceitos, as influências ideológicas, os estudos e desenvolvimentos atuais na área. Isto posto, objetiva-se o desenvolvimento de um “novo” conceito de culpabilidade, alicerçado nas atuais teorias do fato punível e, precipuamente, com supedâneo no Estado Democrático de Direito, visando uma análise integrada aos postulados constitucionais.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Imputação Subjetiva. Teorias da Culpabilidade. Criminologia Crítica.

### 1 INTRODUÇÃO

A teoria do fato punível, na concepção tripartite, apresenta o crime como fato típico, ilícito e culpável.<sup>5</sup> Não obstante, a culpabilidade é a categoria mais controvertida do Direito Penal e também imprescindível, na concepção de Claus Roxi.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI (Unidade Central de Educação FAI Faculdades – UCEFF). E-mail: tecoigschmitzhaus@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI (Unidade Central de Educação FAI Faculdades – UCEFF). E-mail: lcpluanpereira@gmail.com

<sup>3</sup> Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI (Unidade Central de Educação FAI Faculdades – UCEFF). E-mail: silvanosandervieira@outlook.com

<sup>4</sup> Especialista em Segurança Pública pela PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Professor e Coordenador do Curso de Direito da UCEFF – Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. Policial Civil em Santa Catarina. E-mail: rogerio@uceff.edu.br.

<sup>5</sup> “É claro que este ‘conceito jurídico de delito’ nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010. p. 247.)

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133.

A imputação subjetiva da culpabilidade é um campo oculto de desenvolvimento, refutável por diversos mal-entendidos. Hoje, o desenvolvimento das teorias da culpabilidade encontra-se em pleno avanço, contudo, em sua maioria, impregnado pelos conceitos neoclássicos.

No campo atual da dogmática penal, a culpabilidade tornou-se o foco do estudo de grandes doutrinadores, por todos, Klaus Günther. O Direito Penal e seus conceitos vêm aproximando-se cada vez mais da neurociência, desenvolvendo um estudo mais crítico sobre a determinação do agente na realização da conduta típica.

A visão da culpabilidade retorna às concepções da criminologia positivista, partindo de um olhar com predomínio determinista. Diante disso, cientistas alemães posicionam-se contra a imposição de uma pena com égide na culpabilidade, pois

sendo nossas decisões e ações absolutamente predeterminadas por processos neurológicos, não restaria espaço para o livre-arbítrio; e não sendo livre nossa vontade, então ninguém poderia ser responsabilizado pela ocorrência de um delito (ao menos não no sentido usual, segundo o qual um autor disporia da capacidade plena de agir de forma diversa, de não cometer um crime). Com base nestas considerações, esses autores vêm postulando a abolição do juízo penal de culpabilidade [...].<sup>7</sup>

O foco da imputação subjetiva é determinar se o agente, que praticou um injusto típico, é passível de sofrer as sanções cominadas. Ligada ao conceito de reprovabilidade, parte da doutrina infere que o juízo de culpabilidade anda lado a lado com o juízo de reprovação, sendo esta fundamento punitivo daquela.

Não obstante, considerar a culpabilidade como um juízo de reprovabilidade, cunhado por Frank<sup>8</sup> no século passado, é uma continuidade das ideias neoclássicas, baseadas na criminologia positivista e determinista<sup>9</sup>, de cunho valorativo extremado<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> GUNTHER, Klaus. **O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, dez. 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000301052&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000301052&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 05 jul. 2020. p. 1053

<sup>8</sup> Cf. FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Alfred Töpelmann Verlag, Giessen, 1907, p. 11: “Culpabilidade é reprovabilidade”

<sup>9</sup> “Na culpabilidade, a uma base naturalista-psicológica acrescenta-se também a teoria dos valores, primeiro com Frank, de forma vaga e difusa, posteriormente com Goldschmidt e Freudenthal. Com isso, se superpõe na culpabilidade um critério de caráter eticizante e de nítido cunho retributivo.” (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 319.)

<sup>10</sup> A propósito, conferir GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídicopenal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

Ideia essa que passou por períodos de humanização, mas, também, legitimou ditaduras e regimes que lesaram inigualavelmente a dignidade da pessoa humana.

Indubitavelmente, diante do momento atual dos estudos do Direito Penal, torna-se necessário lapidar uma nova concepção de culpabilidade, desvinculando-a do Direito Penal do Autor, que ainda tem raízes no Estado atual. O conceito de culpabilidade deve se adequar ao Estado Democrático de Direito, vinculando o juízo de imputação subjetiva ao fato cometido pelo autor e não aos fatos internos, dos quais poderiam ser usados, apenas, para limitar a culpabilidade.

## 2 CONCEITO DE CULPABILIDADE

Culpabilidade, para a doutrina majoritária, é o juízo de reprovação para com o agente que realiza um injusto penal. Serve, assim, como reprovabilidade dos atos desvinculados do Direito. Na definição de Cury Urzúa, “culpabilidade é reprovabilidade do fato típico e antijurídico, fundada em que seu autor o executou, não obstante que na situação concreta podia submeter-se às determinações e proibições do direito”<sup>11</sup>.

No mesmo sentido, Von Liszt, leciona que não há

injusto criminal, como – também – o delito cível, sem ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No direito penal trata-se teoricamente do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) – em relação àquele fato e portanto à ideia da culpa – circunstância completamente acessória.<sup>12</sup>

Há quem entenda que a culpabilidade não se trata de elemento do crime, mas um pressuposto à aplicação da pena. Por todos, Fernando Capez:

A culpabilidade é [...] a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro

<sup>11</sup> URZUA, Herique Cury *Apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. I – 19. ed. – Niterói – Rio de Janeiro: Impetus, 2017. <DIGITAL>

<sup>12</sup> VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1899. &35, I. Texto corrigido para o vernáculo atual.

do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente<sup>13</sup>.

A culpabilidade, tanto como elemento do crime (teoria tripartite) quanto como pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartite), possui uma função importante: a de limitar o poder punitivo do Estado. Proposta fundamentada pelo professor Claus Roxin, em que consta a substituição de uma concepção retributivista da pena, por

uma teoria que pretende fundamentar a pena em razões exclusivamente de prevenção, tanto geral (de intimidação ou negativa e também de integração ou positiva) como especial (em especial em sua componente positiva, de ressocialização), dentro de um limite máximo imposto pelo princípio da culpabilidade. A culpabilidade não opera, a seu ver, como fundamento da pena, mas somente como seu limite [...].<sup>14</sup>

Em síntese, o conceito de culpabilidade é controvertido na doutrina penal. Controvérsia que recai sobre a interpretação do fato punível, principalmente referente ao juízo de culpabilidade, ocasionando, assim, confusões dogmáticas e interpretações distintas entre os operadores do Direito. A concepção de culpabilidade que melhor atende ao Estado Democrático de Direito é lapidá-la como requisito acadêmico de interpretação do crime e limitação da pena, qual, no caso concreto, opera como juízo de valoração da conduta humana em relação ao indivíduo que realizou o injusto penal e suas condições de determinação, entendimento, aculturação e vulnerabilidade.

### 3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CULPABILIDADE

A história da culpabilidade<sup>15</sup> demonstra forte liame com o período de seu desenvolvimento, evoluindo da análise do mero nexa causal entre conduta e o resultado, até a atual composição da culpabilidade, formada por três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

À época romana, o delito era de responsabilidade pública, perdendo-se, assim, a concepção de pena como inata do sentimento privado. Desenvolveu-se nesse

---

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. V. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco [et alii] - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

<sup>15</sup> Dado ao reduzidíssimo espaço para desenvolver o estudo (15 páginas), optou-se por analisar somente os principais marcos evolutivos da culpabilidade. Para complementação do estudo, cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. V. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 325 e ss.

período os primeiros passos de uma teoria da culpabilidade voltada à responsabilidade subjetiva do homem. O período trouxe “um grande desenvolvimento da teoria da culpabilidade, garantindo-se a responsabilidade subjetiva (exigência de dolo e culpa) e pessoal”<sup>16</sup>.

Do mesmo modo, a filosofia cristã foi de grande influência para os conceitos de culpabilidade na Idade Média, tendo o homem o livre-arbítrio para agir conforme sua vontade, não mais se justificando a punição àquele que não agia de modo reprovável, no mínimo culposamente. O nexos causal, no período cristão, não mais era o centro do delito, voltando-se para a análise da reprovabilidade subjetiva. Isto é, punia-se apenas quem pecou e proporcionalmente ao pecado consumado ou pretendido.<sup>17</sup> Com as descobertas e estudos sobre o Universo, reduziu-se a influência cristã sobre as penas, contudo, elas permaneciam cruéis e infamantes, distribuídas àquele que cometesse um crime, mesmo que insignificante ao olhar contemporâneo.

No período moderno, surgiram autores que propugnavam pela diminuição do poder estatal, por todos, Cesare Bonnesana<sup>18</sup>, que assumiu papel central para a derrocada das penas cruéis e indeterminadas. Surgiram, assim, duas grandes escolas que tiveram influência inigualável nas teorias da culpabilidade. A escola clássica, com influência preponderante do jusnaturalismo e do livre-arbítrio, alçou a vontade humana ao centro do Direito Penal. Já na Itália, surgiu a Escola Positiva, tendo como um dos seus principais expoentes, Lombroso. Para ele,

há um determinismo absoluto, no qual não tem lugar a vontade humana, pois o indivíduo já vem ao mundo estigmatizado por sinais de degenerescência, mal formações e anomalias anatômicas e funcionais relacionadas ao seu psiquismo. Surgiu a figura do criminoso nato. A pena não se relacionava com a ideia de castigo; era concebida como um remédio social aplicável a um ser doente<sup>19</sup>.

Apesar da grande influência Italiana no desenvolvimento das teorias da culpabilidade, inúmeros autores alemães, principalmente, contribuíram para o contínuo aperfeiçoamento da teoria do fato punível.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 326.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 326.

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 326-327.

<sup>20</sup> “A Binding coube um estudo sobre a teoria das normas; a von Ihering deveu-se o desenvolvimento da antijuridicidade objetiva, mesmo que inicialmente aplicada ao Direito Civil; von Liszt e Beling foram os precursores do sistema causal-naturalista, devendo-se destacar a importância do estudo de Beling

Com o amadurecimento das reflexões e debates sobre os elementos do crime, destacaram-se três teorias sobre a culpabilidade: Psicológica Pura (Sistema Clássico), Psicológico-normativa (Sistema Neoclássico) e Normativa Pura (Sistema Finalista).

### 3.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

A Teoria Psicológica da Culpabilidade tem sua gênese junto ao sistema causal da ação. O movimento clássico refletia os ideais do período, exercendo grande influência em relação à dogmática da época. Preconizado por Beling e Von Liszt, o fato típico e ilícito consagrava os elementos objetivos, enquanto a culpabilidade era o centro do subjetivismo do crime.<sup>21</sup>

O elemento subjetivo do crime tinha por espécies o dolo e a culpa e como pressuposto de imputação da subjetividade a imputabilidade. Isto é, o indivíduo deve ter a consciência de sua conduta.<sup>22</sup> Segundo a teoria psíquica, culpabilidade é a relação psicológica entre a conduta do agente e o resultado natural realizado.

A conduta é vista num plano puramente naturalístico, desprovida de qualquer valor, como simples causação do resultado. A ação é considerada o componente objetivo do crime, enquanto a culpabilidade passa a ser o elemento subjetivo, apresentando-se ora como dolo, ora como culpa. Pode-se, assim, dizer que para essa teoria o único pressuposto exigido para a responsabilização do agente é a imputabilidade aliada ao dolo ou à culpa.<sup>23</sup>

Não obstante a inovação da teoria do fato punível, o sistema clássico de início apresentou contradições metodológicas insanáveis, sendo, assim, criticada por diversos penalistas. Juarez Cirino destaca que

a) na teoria do tipo, a necessidade do dolo para caracterizar a tentativa de qualquer crime doloso – se presente na tentativa, não pode desaparecer no fato consumado –, mostra que o *tipo legal* não pode conter somente

---

com relação aos tipos penais; Frank e Mezger tentaram aprimorar o sistema inicialmente proposto por Liszt e Beling; Goldschmidt e Freudenthal tiveram especial importância no que diz respeito à formação do conceito de exigibilidade de conduta diversa; Welzel modificou a estrutura anterior, causal, e criou um novo conceito de ação, agora finalístico. [...] Enfim, foram muitos os autores que contribuíram para a evolução da teoria do crime e, especialmente, com relação à característica da culpabilidade.” (Greco, Rogério. Op. Cit. <Digital>)

<sup>21</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução e Introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>22</sup> “Responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são. D’abi segue-se que a teoria da culpabilidade criminal deve encontrar o seu centro de gravidade na exposição daquellas situações ou estados excepção-naes que excluem a imputabilidade” [Sic] (Von Liszt. Op. Cit. p. 257)

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 328.

elementos objetivo; [...] c) na teoria da culpabilidade, a ausência de relação psíquica do autor com o fato na *imprudência inconsciente* mostra uma falha no conceito *psicológico* de culpabilidade.<sup>24</sup> (grifos do autor)

Das críticas da Teoria Psicológica da culpabilidade, desenvolveu-se a Teoria Psicológico-normativa da culpabilidade, com a descoberta dos elementos normativos e subjetivos do injusto penal, por meio dos estudos de Frank, Mayer e Mezger.

### 3.2 TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA OU NORMATIVA DA CULPABILIDADE

O sistema neoclássico do fato punível é o resultado da reestruturação teleológica do Direito Penal, por meio de valores e fins a ele inerentes. A inovação teve como principal responsável Reinhard Frank, que formulou a teoria normativa da culpabilidade. O sistema da culpabilidade instituído por Frank exige algo além do dolo e culpa, alinhando-se a esses a exigibilidade de conduta diversa e a reprovabilidade da conduta do agente.<sup>25</sup> Segundo Capez, para essa teoria

o dolo era normativo, tendo em seu conteúdo a consciência atual da ilicitude, ou seja, o conhecimento de que a ação ou omissão é injusta aos olhos da coletividade. O dolo, portanto, era constituído pela consciência, vontade e consciência da ilicitude. Assim, se acaso o agente tivesse a consciência e a vontade de realizar uma conduta, mas não soubesse que, aos olhos da coletividade, ela era tida como injusta, não poderia ser responsabilizado.<sup>26</sup>

A culpabilidade, para a teoria em estudo, estaria ligada a elementos normativos, conceituando-se, assim, a culpabilidade como o juízo de reprovabilidade do injusto penal. “Em síntese, só haverá culpabilidade se: o agente for imputável; dele for exigível conduta diversa; houver culpa”.<sup>27</sup>

### 3.3 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

Welzel, no início da década de trinta, conduziu a “*ação humana* ao conceito central da teoria do delito, considerando do ponto de vista ontológico”<sup>28</sup>. Buscou

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 6. ed, Curitiba: ICPC, 2014. p. 84.

<sup>25</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 85.

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 329.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 329.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit. p. 288. Grifos originais.



corrigir as lacunas e falhas das teorias clássica e neoclássica do delito, modificando profundamente o sistema causal. Segundo Capez, a Teoria Normativa Pura

nasceu com a teoria finalista da ação (década de 30), que teve Hartmann e Graf Zu Dohna como precursores e Welzel, professor na Universidade de Göttingen e de Bonn, como seu maior defensor. Welzel observou que o dolo não pode permanecer dentro do juízo de culpabilidade, deixando a ação humana sem o seu elemento característico, fundamental, que é a intencionalidade, o finalismo.<sup>29</sup>

O Finalismo deslocou o dolo e a culpa para a conduta, localizada no fato típico, na intenção de elevar a finalidade ao centro do agir ilícito. Nas palavras de Welzel, “ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer ‘final’, não somente ‘causal’”<sup>30</sup>.

Para Bitencourt, ponto marcante da teoria foi “a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma *concepção puramente normativa*”<sup>31</sup>. A partir do deslocamento do dolo e da culpa para a conduta, a teoria normativa pura passou exigir para configurar a culpabilidade: a imputabilidade do agente, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.<sup>32</sup>

#### 4 CULPABILIDADE PÓS-REGIME DITATORIAL/AUTORITARISTA

A teoria do fato punível pós-autoritarismo evoluiu a patamares inigualáveis, partindo dos postulados democráticos do Estado de Direito, dando uma nova forma à concepção de crime. Dentre as principais mudanças, o presente ensaio lapidarará as duas principais teorias que buscam explicar a nova concepção de culpabilidade, que assumiu o centro dos debates nos últimos anos.

##### 4.1 TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA

Sistema teórico formulado por Roxin, que busca levar sua teoria das penas aos

---

<sup>29</sup> CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 330.

<sup>30</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987 p. 39-40.

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar. Op. Cit. p. 289. Grifos originais.

<sup>32</sup> “A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto.” (CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 330)



estudos sobre o injusto penal e à culpabilidade. Por meio dos fundamentos e razões da pena, exclusivamente voltadas à prevenção – geral e especial –, a culpabilidade, seria, assim, não mais o fundamento da pena, mas o seu limite. Propõe-se uma concepção unilateral do princípio da culpabilidade, embutidos no terceiro elemento da Teoria do Fato Punível, evitando-se “tanto penas inúteis, porque preventivamente ineficazes, como instrumentalizadoras, porque dissociadas da culpabilidade”<sup>33</sup>.

Para Alaor Leite e Luís Greco, a principal proposta de Roxin voltada para o estudo da culpabilidade é

[...] a de que a pena pode, sim, ser imposta em quantidade inferior à que corresponderia à culpabilidade do agente, se inexistirem exigências de prevenção em sentido contrário. A culpabilidade, ao contrário do que sustenta a teoria dominante (a chamada Spielraumtheorie), é, na opinião de Roxin, apenas limite máximo, mas não limite mínimo da pena a ser imposta pelo juiz.<sup>34</sup>

Roxin parte do pressuposto que a culpabilidade é condição imprescindível, mas não suficiente para valorar a conduta e aplicar a pena. Deve-se, então, “acrescentar à culpabilidade — que é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas — uma necessidade preventiva de pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do direito e pelas modernas teorias da pena”<sup>35</sup>.

Nas palavras do professor de Munique,

se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa. A categoria do delito que se segue ao ilícito deve, portanto — obviamente, permanecendo-se vinculado à lei —, tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de “responsabilidade”.<sup>36</sup>

Indubitavelmente, tal teoria pode ludibriar àqueles que buscam (re)legitimar o sistema penal, estabelecendo um panorama entre culpabilidade e as teorias justificadoras da pena. A união desses elementos formaria o juízo de responsabilidade,

---

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco [et all] - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 32.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 87.

<sup>36</sup> Ibidem. p. 89.

qual sim teria a “legitimidade” de fundamentar a aplicação da pena.<sup>37</sup>

#### 4.2 TEORIA AGNÓSTICA DA PENA E SUA INFLUÊNCIA NA CULPABILIDADE

A Teoria Agnóstica vai de encontro com as Teorias Finalistas da Pena (Retribuição, Prevenção e Eclética), visto que essas convergem na finalidade positiva da pena, ou seja, formulam discursos de justificação do “porquê” punir, projetando expectativas otimistas à pena. Já a Teoria Agnóstica traz em seu âmago de sustentação dogmática uma fundamentação criminológica.

Para essa Teoria, a pena possui uma fundamentação política e não jurídica. Destarte, o vínculo naturalístico entre crime e pena é rompido, transferindo-se a sanção criminal para o âmbito político. Assim, reconhece-se a pena como um instrumento para o poder punitivo, negando sua perspectiva tradicional que a aprisionava ao Direito, pois esse modelo tradicional retira a neutralidade que o Direito deve ter, bem como ocasiona a seletividade penal. À vista disso, por meio da função política da pena, o *potesta puniendi*, obscurece-se a seletividade e busca-se a neutralidade penal para um julgamento justo.<sup>38</sup>

A sanção criminal para essa Teoria é um ato político de coação contra os que delinquem, que deve ser contida em razão da tendência ao excesso da pulsão violenta ocasionada pelo *jus puniendi*. A pena é a presentificação do Estado, um instrumento político exercido por meio das agências punitivas estatais. Assim, a finalidade da Teoria em relação a pena não é punir para “retribuir o mal feito”, para “prevenir”, mas, sim, almeja, por meio de instrumentos de controle social e não pela pena, alcançar tais objetivos. A pena seria uma consequência somente empregada nos casos em que não pudesse resolver-se de outra maneira, por meio de instrumentos sociais.<sup>39</sup>

Nos ensinamento de Carvalho,

se a pena é a consequência *jurídica* do delito, é a culpabilidade que na atual estrutura dogmática se estabelece como o *elo* entre os distintos fenômenos (crime e castigo). Desta forma, a construção de um modelo negativo de pena não poderia prescindir de uma *proposição agnóstica de culpabilidade*, ou seja,

<sup>37</sup> Cf. ZAFARRONI, Eugênio. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal.** Op. Cit.

<sup>38</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 147 a 164.

<sup>39</sup> Ibidem.

de um modelo de culpabilidade que não esteja orientando à fundamentação, mas à exclusiva constrição das práticas punitivas.<sup>40</sup> (grifos do autor)

À vista disso, a culpabilidade serve como fonte limitadora da pena, diferindo da atual concepção, na qual a culpabilidade tem a função de reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, fundamentando a pena. O termo *reprovabilidade* é continuamente criticado pela doutrina, por remeter ao Direito Penal do Autor. De encontro a tal concepção de reprovabilidade, o professor Zaffaroni desenvolveu a culpabilidade por vulnerabilidade.

#### 4.2.1 Culpabilidade Por Vulnerabilidade

A culpabilidade por vulnerabilidade, formulada inicialmente por Zaffaroni e desenvolvida, atualmente, por diversos doutrinadores, tem como função a limitação do *potesta puniendi*. Desta maneira, a culpabilidade refletirá a responsabilidade do autor frente ao Estado, pelo injusto penal praticado, responsabilidade essa que terá como ponto de partida o grau de vulnerabilidade do agente frente aos limites e imposições estatais e sociais.

Segundo Zaffaroni, “é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a sanção e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos outros injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente”<sup>41</sup>. O nível de vulnerabilidade corresponde à probabilidade de risco de seletividade que o agente se encontra, podendo ser classificado em:<sup>42</sup>

1. *Posição ou estado de vulnerabilidade*: é o condicionamento social imposto ao agente e corresponde à estigmatização pelo fato de pertencer a determinada classe social ou caracterizar-se por um estereótipo definido como delinquente.

2. *Esforço pessoal para a vulnerabilidade*: é o condicionamento que o próprio indivíduo se impõe, “consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do ‘injusto’ é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibidem. p. 165.

<sup>41</sup> ZAFARRONI, Eugênio. Op. Cit. p. 268.

<sup>42</sup> Ibidem. p. 270-271.

<sup>43</sup> Ibidem. p. 270.

A culpabilidade pela vulnerabilidade é uma doutrina que vem ganhando força, inclusive em âmbito nacional, principalmente por afastar o conceito de reprovabilidade do juízo de culpabilidade. Os graus estabelecidos pelo professor argentino são formulados para melhor individualização, servindo como limitação e interpretação da necessidade da pena. Assim, culpabilidade por vulnerabilidade pode ser conceituada como a capacidade do agente de ser responsável pelo injusto realizado, avaliado por meio do grau de vulnerabilidade que se encontra o agente no momento do ato.

## 5 CRÍTICA À ATUAL CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade é um tema controverso, não havendo consenso entre os doutrinadores e há desafios impostos pela neurociência. O juízo de culpabilidade peca no desenvolvimento de uma teoria consensual, ora se refere à presença de livre-arbítrio e ora ao determinismo. Essa controvérsia reflete-se no lapidar de novas teorias da culpabilidade e no desenvolvimento das antigas.

Até os dias atuais, nenhuma ordem jurídica mundial conseguiu encontrar uma definição conclusiva e vinculante de culpabilidade. É inegável que a culpabilidade penal, em sentido amplo,

pressupõe, entre outras coisas, a intencionalidade do agente – em regra definida positivamente pelas noções de dolo ou de culpa. \* No entanto, mesmo se assumirmos este ponto, não estamos aqui diante de uma definição conclusiva, imune a qualquer objeção ou exceção que a ponha em xeque.<sup>44</sup>

Contudo, tais pressupostos assumem, prioritariamente, a acepção negativa da culpabilidade frente a fatos que a excepcionam. Delimitações essas que compõe o núcleo originário da culpabilidade. Assim, é culpável o agente imputável com potencial consciência da ilicitude e que atue quando era exigível conduta diversa. Para Günther,

tal forma de delimitação pode ser claramente observada no plano do conceito jurídico-penal de culpabilidade em sentido estrito. Neste âmbito, o que encontramos não são senão definições negativas: um autor age culpavelmente quando determinadas circunstâncias excepcionantes não estão presentes.<sup>45</sup>

A utilização de definições negativas gera vantagens para o legislador, que não

---

<sup>44</sup> GÜNTHER, Klaus. Op. Cit. p. 1055.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 1055.

precisa “se vincular a um determinado conceito de culpabilidade, o que lhe evita ter de acatar uma resposta possivelmente problemática à questão do livre-arbítrio”<sup>46</sup>. Desta maneira, o autor que age sem uma causa de exculpação agiu culposamente. Isto posto, “todo delinquente é tomado por culpável, a não ser que um déficit interno ou externo aponte na direção contrária”<sup>47</sup>.

A indeterminação do conceito de culpabilidade pela dogmática penal levou os cientistas da área a se inspirarem nas ciências biológicas. Este fato apresenta uma busca de legitimação de conceitos exclusivamente penal, do qual o próprio Direito não consegue resolver, recorrendo às demais ciências.

À vista disso, o juízo de culpabilidade se volta a uma normalidade contínua, donde todos os homens agem conforme as regras e dentro da normalidade. Destarte, àquele que desrespeita as regras de normalidades traçadas é aplicada uma pena, exceto se estiver sobre a égide de uma exculpante que o torna “incapaz” de determinar sua conduta naquele momento.<sup>48</sup>

Contudo, tal concepção de “normalidade” parece estar se dirigindo para o determinismo absoluto, indicado pela neurociência. A desvinculação da culpabilidade do livre-arbítrio levaria o Direito Penal a adotar o conceito de periculosidade como fundamentação da pena, que seria substituída pelas medidas de segurança.<sup>49</sup>

As políticas criminais propostas pelos neurocientistas tomam força nas definições de culpabilidade na contemporaneidade, levando ao retorno dos conceitos traçados pelas ideologias positivas do século XIX, que legitimaram atrocidades.

Conforme Günther, “os neurocientistas, com suas exigências político-criminais de abolição do conceito de culpabilidade, acabaram dando suporte para a transformação de um direito penal do cidadão em um direito penal do inimigo”<sup>50</sup>.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A culpabilidade é um dos elementos caracterizadores do crime, tendo como função principal o juízo de reprovabilidade da pena. Juízo esse que busca estabelecer

---

<sup>46</sup> Ibidem. p. 1056.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 1056.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 1074-1077.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 1056-1073.

<sup>50</sup> Ibidem. p. 1077.

a quantificação da sanção imposta pelo Estado ao agente, dentro dos limites cominados pela Lei. Entretanto, a concepção de reprovabilidade vem perdendo força, desde os genocídios cometidos por países que usufruíram do juízo de reprovabilidade para punir além do necessário, caracterizando o Direito Penal do autor.

A abordagem multidisciplinar que a doutrina penal tem buscado traz à tona a concepção positivista do século XIX, principalmente pela atuação da neurociência, que busca substituir o conceito de culpabilidade pela reprovabilidade. Ao excluir dos elementos a culpabilidade, permite a transformação do direito penal do cidadão em um direito penal do inimigo, permitindo a violação de direitos em prol do arbítrio estatal.

Dentre as teorias contemporâneas da culpabilidade, destaca-se a finalista, funcionalista e abolicionista. Esta, estabelecendo o juízo de responsabilidade do agente por meio da vulnerabilidade, que se encontra no autor. Vulnerabilidade essa que exclui da culpabilidade o pressuposto de reprovação, impedindo o Estado de exceder os limites da pena. Junto à teoria agnóstica da pena, a concepção de culpabilidade por vulnerabilidade busca delinear uma nova etapa do Direito Penal, voltado para o autor do crime, mas não para puni-lo além dos limites da culpabilidade, mas para estabelecer o limite da pena pelo grau de vulnerabilidade do agente.

À vista disso, delinea-se uma concepção de culpabilidade voltado para o juízo de responsabilidade do agente, principalmente pelas teorias funcionalistas e agnóstica da culpabilidade. A teoria finalista, em contrapartida, guarda grande ligação com o conceito de reprovabilidade da conduta, dado que a ação tem como elemento necessário a vontade finalística do agente de realizar o injusto, sendo classificado por muitos autores, dentre eles Muñoz Conde, como derivação indireta do Direito Penal do Nacional-socialismo. Por isso, o Código Penal brasileiro, inspirado no finalismo, que determinou o conceito de culpabilidade como o juízo de reprovabilidade da conduta, guarda semelhança com o sistema penal nazifascista.

Destarte, um Estado Democrático de Direito como o Brasil deve afastar qualquer característica dos regimes autoritários e totalitários de outrora, adotando a característica de responsabilidade em substituição ao juízo de reprovação. Responsabilidade essa que se vincula ao grau de vulnerabilidade do indivíduo em face das exigências estatais e sociais e os pressupostos necessários da pena, limitando, assim, o *potesta puniendi*. Caracteriza uma junção imprescindível entre a Teoria Unificadora Dialética – possibilidade de aplicação da pena abaixo do nível

mínimo tipificado no preceito secundário, quando a culpabilidade recomendar – e a Teoria da Culpabilidade pela Vulnerabilidade – o grau de vulnerabilidade do agente frente aos limites e imposições estatais e sociais –, limitando o poder punitivo, conforme os pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado De Direito Penal: Parte Geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. V. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. V. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. [Livro digital]

GUNTHER, Klaus. **O desafio naturalístico de um direito penal fundado na culpabilidade**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 1052-1077, dez. 2017. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000301052&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000301052&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 05 jul. 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco [et all] 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 6. ed, Curitiba: ICPC, 2014.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1899.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.