**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL**

ANDRÉ SZESZ

CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

**CURITIBA
2008**

ANDRÉ SZESZ

CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de especialista,
Instituto de Criminologia e Política
Criminal/Universidade federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2008**

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO.....	6
2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CULPABILIDADE.....	8
2.1 Modelos Jurídicos sem o Princípio da Culpabilidade.....	8
2.2 Teoria psicológica da culpabilidade.....	9
2.3 Teoria normativa da culpabilidade.....	10
2.3 A culpabilidade na teoria finalista.....	11
2.4 A culpabilidade nas teorias pós-finalistas.....	11
3 O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE.....	13
3.1 Sobre o conceito material de culpabilidade.....	13
3.2 Hans Welzel.....	14
3.2. Jorge de Figueiredo Dias.....	15
3.3. Hans-Heinrich Jescheck.....	16
3.4 Claus Roxin.....	18
3.5. Günther Jakobs.....	19
4 ASPECTOS CRÍTICOS.....	21
4.1 O Direito Penal como filho da escolástica.....	21
4.2 O conceito material de culpabilidade como um discurso ascético.....	22
4.3 Sobre as teorias pós-finalistas.....	24
4.4 Problemas da linguagem.....	25

5 CRÍTICA CRIMINOLÓGICA DA CULPABILIDADE.....	30
5.1 Problemas éticos da culpabilidade.....	30
5.2 Culpabilidade pela vulnerabilidade.....	31
5.2.1 Teoria agnóstica da pena e funcionalismo redutor.....	31
5.2.2 O critério da vulnerabilidade.....	33
5.2.3 A vulnerabilidade como antítese da culpabilidade.....	34
5.3 Sobre a co-culpabilidade.....	34
5.4 A culpabilidade baseada no princípio da alteridade.....	35
6 CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

RESUMO

O tema deste estudo se refere à culpabilidade, e em especial, ao seu conceito material. O princípio da culpabilidade é uma conquista recente nos ordenamentos jurídicos modernos, e atualmente cumpre importante função de limitação do poder do Estado. Sua estrutura se desenvolveu principalmente no século XX, e atualmente o modelo mais aceito é o puramente normativo. A origem do conceito de culpabilidade do direito penal está na filosofia escolástica medieval, e a estrutura do conceito material de vários autores contemporâneos segue a estrutura do discurso da culpa de Santo Agostinho. O discurso oficial da culpabilidade no direito penal resulta em uma série de problemas que decorrem de sua linguagem, que expropria o conflito concreto das partes envolvidas e o modifica a partir da linguagem do direito penal. Isto resulta em decisões coerentes com a lógica do sistema penal, mas destoante da realidade das pessoas concretamente envolvidas no fato determinado. O conceito de culpabilidade ainda apresenta uma falha ética quando confrontada com os dados da realidade fornecidos pela ciência social. Zaffaroni desenvolveu o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade com o fim de corrigir esta falha ética.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de culpabilidade no Direito Penal sofreu significativa evolução nos últimos séculos, tendo caminhado sempre no sentido de se afastar da noção de responsabilidade objetiva, e restringir a aplicação da pena criminal somente ao autor culpável.

Foram, contudo, conquistas recentes os princípios da culpabilidade e da intranscendência da pena, pois, até muito pouco tempo atrás, no direito penal europeu era comum a aplicação de penas a todos os que deram causa ao resultado, ou que tivessem alguma ligação familiar com seu causador. Frequentemente se punia, inclusive, animais e defuntos.

A partir de então, o conceito de culpabilidade tomou espaço e sua estrutura foi desenvolvida desde um conceito puramente psicológico até a concepção atualmente predominante na doutrina nacional e estrangeira, de um conceito normativo.

No presente trabalho, pretende-se tecer algumas considerações críticas a respeito da noção de culpabilidade vigente no nosso direito penal, não a partir da estrutura dogmática, mas desde os efeitos negativos que decorrem da linguagem da culpabilidade do direito penal.

No primeiro capítulo, será feita breve incursão no histórico da estrutura do conceito de culpabilidade, desde a versão puramente psicológica até a forma mais aceita atualmente.

No segundo capítulo serão expostas algumas das mais importantes teses alemãs a respeito do conceito material da culpabilidade, levando em conta a posição de cada autor a respeito do problema filosófico do livre-arbítrio.

O terceiro capítulo envolve o contraponto entre as teses sobre o conceito material de culpabilidade e as origens filosóficas da noção de culpabilidade adotada em nosso Direito Penal contemporâneo. Em seguida, será esboçada uma crítica a partir dos problemas de linguagem que acompanham a inserção de um conflito real, envolvendo pessoas concretas, dentro da lógica do direito penal.

Por fim, o último capítulo aborda a crítica criminológica à noção de culpabilidade, a partir do trabalho de Eugênio Raúl Zaffaroni, e nele se

expõe a tese deste autor a respeito de uma possível correção aos problemas éticos do conceito (a culpabilidade pela vulnerabilidade).

2. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CULPABILIDADE

2.1 Modelos jurídicos sem o princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade, embora consagrado na grande maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, se trata de uma conquista moderna, estranha aos ordenamentos jurídicos primitivos. Nestes, a concepção de pena era equivalente à de vingança, sendo um direito-dever da vítima ou de sua família. A responsabilidade da lesão causada pelo autor, independente de suas intenções, era estendida aos seus familiares, inclusive até as gerações seguintes. Em algumas ocasiões, a responsabilidade pela lesão dispensava até mesmo a condição de que o autor fosse um ser humano, motivo pelo qual animais e cadáveres também recebiam punição¹.

Este princípio é, portanto, conquista relativamente moderna, e hoje exerce importante função política de limitação do poder punitivo do Estado. Neste capítulo, será feita breve passagem pelo histórico deste conceito, até o modelo atual.

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Luiz Flávio Gomes, Juarez Tavares, Ana Paula Zomer e Fauzi Hassan Courkr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 390. A questão também é tratada por Nilo Batista: “Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a. C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento ‘modernizado’ desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois, estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade *objetiva e difusa*. Quando lemos hoje, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 5,1,3) ou em nossa Constituição (artigo 5.º, inciso XLV), proibições de que a pena ultrapasse a pessoa do delinqüente, ou quando encontramos no Código Penal regras que não só, relacionando-se com aquelas proibições, circunscrevem a imputação objetiva de resultados (como o art. 13 CP), mas também exigem a intervenção seja de uma vontade consciente, seja de uma relevante negligência (como os artigos 18 e 19 CP), devemos compreender que um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade. (Introdução crítica aos fundamentos do Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102/103.

2.2 Teoria psicológica da culpabilidade

A evolução do conceito de culpabilidade foi sempre no sentido de afastamento da idéia de responsabilidade objetiva². Mas só foi possível o desenvolvimento de um conceito autônomo quando houve a cisão entre a idéia de ilicitude e a idéia de culpabilidade³.

A primeira construção abstrata da teoria do crime separou o injusto, com todos os elementos objetivos do crime, e a culpabilidade, com todos os elementos subjetivos. A chamada teoria psicológica da culpabilidade foi influenciada pelo causalismo naturalista, que buscava explicar os conceitos jurídicos através das ciências naturais. O delito seria um acontecimento natural, que poderia ser apreendido pela causalidade. Desta forma, buscava-se reconstruir o delito como um nexos de causalidade material e psíquico. A culpabilidade, então, seria a relação psíquica entre o autor e o ato. Dolo e imprudência seriam modalidades diferenciadas culpabilidade.⁴

Fran Von Lizst, um dos mais importantes representantes desta teoria, assim definia a culpabilidade:

“Culpabilidad, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que há realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor.

En este amplio sentido encontramos la idea en el veredicto de culpabilidad de los jurados, que también abarca la causación del resultado por parte del autor, y la ilegalidad del acto. La ciencia, que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre el acto y el autor. Esta relación debe tomar como punto de partida el hecho concreto, pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando entonces al

² DIAS, Jorge Figueiredo de. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 511.

³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 794.

⁴ DIAS, Jorge Figueiredo de. *Op cit.*, p. 511; ROXIN, Claus, *Op. Cit.*, p. 794; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lúmen Juriz, 2006, p. 275/276. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 396.

acto el carácter de expresión de la naturaleza propia del autor y aclarando el valor metajurídico de la culpabilidad.

La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica: pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según ella, el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar del autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad por el acto cometido (conducta antisocial); es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad)⁵.”

2.3 Teoria normativa da culpabilidade

Posteriormente, Reinhard Frank, buscando superar os problemas que a teoria psicológica não conseguia resolver, reinterpreto a culpabilidade como sinônimo de reprovabilidade⁶. O mencionado autor introduziu ao conceito de culpabilidade a noção de “normalidade da situação”, de forma com que fossem consideradas as circunstâncias concomitantes, capazes de atenuar ou excluir a culpabilidade⁷.

James GoldSchmitt também contribuiu de forma significativa para a evolução do conceito, ao realizar a distinção entre norma de direito e norma de dever, sendo a primeira relativa a uma imposição de um comportamento conforme o direito e a segunda a introjeção subjetiva da norma de direito. Desta forma, a reprovabilidade seria deduzida de uma infração da norma de dever⁸.

Por fim, merece destaque a contribuição de Berthold Freudenthal, que trouxe a concepção de inexigibilidade como fundamento supralegal da exculpação⁹¹⁰.

⁵ LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007, p. 40/406.

⁶ FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura Del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 39.

⁷ Idem, p. 41.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op cit.*, p. 276/277; ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 795/796.

⁹ “Muchos entre nosotros, en cuanto juristas, nos habremos sentido inquietos, pero, en cuanto seres humanos, habremos experimentado um sentimiento de alivio, cuando tribunales de jurados absolviéron en casos en los cuales hubiesemos llegado a una condena según la ley vigente, y en los que, empero, nos parecia farisaico formular al acusado um reproche por su conducta, que, así como se dieron las circunstancias, nos resulta enteramente comprensible. Casi siempre se trataba de acciones dolosas.

2.4 A culpabilidade na teoria finalista

Por fim, a teoria finalista revolucionou a noção de culpabilidade ao deslocar para o tipo de injusto o dolo e a culpa. Desta forma, o conceito de culpabilidade passou a ser puramente normativo, tendo como elementos apenas a imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigência de conduta diversa.

Contudo, isso não significou um esvaziamento da culpabilidade. Na concepção de Welzel, a deve ser entendida a partir de dois aspectos. Em sentido estrito, ela é sinônimo de censurabilidade, ou seja, apenas o a valoração da vontade de ação. Mas em sentido amplo, a culpabilidade se entende pela vontade de ação e sua desvalorização. Assim, a culpabilidade contém o tipo de injusto, o que significa que o dolo e o tipo não estão apenas no tipo de injusto mas também na culpabilidade. Nesse sentido, explica o autor:

“Devido a essa variedade de significados da palavra ‘culpabilidade’, surgiram numerosos mal-entendidos. Toda discussão sobre se o dolo pertence à culpabilidade, tem sua origem neste duplo sentido. Caso seja entendida por ‘culpabilidade’ a vontade culpável de ação, portanto objeto da valoração da culpabilidade, mais sua condição de desvalor, então o dolo pertence também, à ‘culpabilidade’, mas não somente o dolo, mas a totalidade da ação dolosa antijurídica é culpável¹¹.”

2.5 A culpabilidade nas teorias pós-finalistas

Embora as teorias pós-finalistas atribuam função política diferenciada à culpabilidade, bem como trabalhem com outros conceitos

Debiéramos plantearnos la pregunta de si la discrepancia entre los juicios jurídico y humano no guarda acaso relación con el problema tratado en este estudio, si – expresado de otra manera – existió realmente *in concreto*, la evitabilidad del hecho o la exigibilidad de su no realización; por tanto, la culpabilidad en la forma del dolo. Si, respondiendo negativamente a esta pregunta, pudiésemos alcanzar una *conciliación* entre nuestra conciencia jurídica y la concepción popular manifestada por los jurados, este sería –y el aserto no requiere palabras que lo fundamenten – un fausto acontecimiento, tanto para el Estado como para el particular.”(Berthold Freudenthal. **Culpabilidad y Reproche em el Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2006, p.99/100.)

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 277.

¹¹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Ed. Romana, 2003, p. 216.

materiais, estas teorias não alteraram a estrutura do conceito normativo da culpabilidade.

3. CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

3.1 Sobre o conceito material de culpabilidade

Dentro do Direito Penal o conceito material de culpabilidade é, juntamente com a teoria da pena, o tema que mais próximo está da filosofia. Este conceito seria a resposta à pergunta “por que deve se aplicar a pena ao autor da conduta típica e antijurídica”. Essa resposta é relevante não somente para definir os critérios de imputação subjetiva, mas também para definir qual a postura filosófica que se está adotando na teoria do crime.

Como ensina Zaffaroni, toda teoria do Direito Penal, e como parte dela, toda teoria do crime é tributária de uma teoria da pena. A relação entre o ilícito e o autor seria a conexão punitiva, que necessariamente está vinculada à teoria da pena¹:

“Qualquer teoria do direito penal também deve estabelecer de alguma maneira a vinculação do delito com sua consequência (a pena). Com esse binômio *delito-pena* a teoria indica a dosimetria da consequência (pena) e é a base do que se chama *sentencing*, *strafzumessung* e mais latinamente *individualización judicial de la pena*. Este elemento vinculante que, repita-se, é um espaço a preencher ou uma interrogação a responder (que alguns ocuparam com a periculosidade e outros com heterogêneos e incompatíveis conceitos de culpabilidade) que batizamos como *conexão punitiva*.

Nenhuma teoria do delito pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, não pode pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena, porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma *conexão punitiva*.

Ao construir a teoria do ilícito penal se empregam conceitos que provêm de outros ramos jurídicos, em especial do direito privado, ao ponto que a primária distinção entre antijuridicidade e culpabilidade foi extraída da dogmática jusprivatista de Jhering. A antijuridicidade prevê certas coordenadas comuns que não se alteram apesar das acirradas discussões na teoria do ilícito.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Culpabilidade por Vulnerabilidade. In **Discursos Sediciosos N. 14**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.33.

Mas quando o direito penal deve construir a *conexão* punitiva, o faz vinculado, intimamente, ao conceito de pena que sustenta e, como é uma construção exclusivamente penal, dispensa o auxílio de outros ramos do saber jurídico. Na teoria do injusto o acompanha Virgílio, porém quando este desaparece, fica sem guia para construir a *conexão* punitiva, Beatrice não chega, e às vezes parece que inverte o caminho da *Commedia* e entra no inferno.”

Dessa forma, a construção desta conexão punitiva é o reflexo da teoria filosófica que dá embasamento à teoria da pena e à teoria do direito penal.

Neste capítulo, será feita breve exposição de algumas das teorias a respeito da definição do conceito material de culpabilidade, e posteriormente serão feitas algumas reflexões críticas a respeito destas teorias.

3.1 Hans Welzel

Welzel afirma que culpabilidade é sinônimo de censurabilidade de vontade, pois o homem somente pode ser reprovado pelo seus atos, e não pelo que é em si. A censura da vontade pressupõe que aquele sujeito, naquela situação, poderia ter agido de outra forma. Este problema é tradicionalmente dividido em dois subproblemas: a liberdade da vontade e a capacidade de culpabilidade.

Primeiramente, quanto ao problema da liberdade da vontade, Welzel o analisa em três aspectos.

Aspecto antropológico: questionando a teoria evolutiva de Darwin, com base na psicologia animal, afirma Welzel que o homem se caracteriza por uma degeneração profunda quanto aos modos congênitos do comportamento instintivo. Em compensação, possui ampla liberdade de instinto. Essa liberdade lhe dá a capacidade de encontrar por si mesmo a ação adequada, e isto o torna um ser responsável pelos seus atos, ao contrário dos animais.

Aspecto caracteriológico: O EU do homem é dividido em várias estruturas. Em uma camada mais baixa se encontram os impulsos vitais derivados de instintos, afetos, desejos etc., que arrastam o EU à uma determinada ação.

Diante desse instinto há um EU central capaz de dirigir a ação conforme seu sentido e valor. Não se trata de dirigir o acontecer causal externo, mas o dos impulsos internos.

Aspecto categoremático: O determinismo tradicional, que se baseia no monismo causal, destrói o sujeito responsável. Contudo, o EU é capaz de controlar os impulsos das camadas baixas. A liberdade de vontade é a capacidade de direção adequada dos impulsos psíquicos, e a má vontade é o resultado de uma dependência causal do impulso contrário ao valor, e neste sentido, uma vontade não-livre.

Desta forma, a culpabilidade é a falta de autodeterminação adequada ao sentido, é a dependência da força causal dos impulsos, por um sujeito que era capaz de determinar-se de acordo com a ação correta.

Quanto ao problema da capacidade de imputação, Welzel afirma que somente é impossível perceber empiricamente que determinado sujeito, em determinada situação, era capaz de agir de outra forma. Isso porque a subjetividade do sujeito não pode ser objetivada. Contudo é possível realizar um juízo de natureza puramente existencial e comunicativa a respeito da capacidade de imputação. Ou seja, isso pode ser feito mediante o reconhecimento do outro como um igual, e portanto sujeito à mesma responsabilidade.

3.2 Jorge de Figueiredo Dias

Figueiredo dias busca, em primeiro lugar, funcionalizar o conceito de culpa, com base na sua função político-criminal de limitação da intervenção estatal, que obrigatoriamente ligada à defesa da dignidade da pessoa humana, e, em especial da liberdade.

Contudo, isto acarreta a necessidade de superar um dos tradicionais problemas do conceito material de culpabilidade: o poder agir de outro modo, ligado à idéia de livre-arbítrio, como um indeterminismo absoluto. Esta concepção é insustentável do ponto de vista político-criminal, além de ser cientificamente

indemonstrável. Da mesma forma a idéia de determinismo absoluto traz os mesmos problemas.

Na tentativa de superação destes problemas, o autor desenvolve o conceito de culpabilidade pela personalidade. Com fundamento em Aristóteles, busca demonstrar que o poder-agir-de-outra-forma e a culpa estão ligados à personalidade do agente antes que ao fato. Contudo, isso não significa a substituição da responsabilidade fundada no fato pela responsabilidade fundada no caráter, mas sim alterar o foco da culpa, que se mantém com base no fato, da vontade para a personalidade que no fato de exprime. Desta forma, resta alterado o conteúdo material da culpa, mas não seus critérios.

Embora também se fundamente na idéia de liberdade, Figueiredo Dias pretendeu o abandono da liberdade indeterminada, e substituída pela noção de liberdade pessoal²:

“o homem tem que se decidir a si e sobre si, sem que possa em qualquer momento furtar-se a tal decisão: neste sentido ele dá a si mesmo, através de uma ‘opção fundamental’, a sua própria conformação. Desta perspectiva o homem só existe enquanto age e, no plano da acção, a ele é oferecida uma série de possibilidades que parecer ser ‘indiferentes’. Mas a eleição da acção concreta, determinada pela elevação de um motivo possível a motivo real em razão da preferência do sentido ou do valor que apresenta para o agente na sua auto-realização, tem que ser reconduzida a uma decisão através da qual o homem se decide a si mesmo, criando seu próprio ser ou afirmando a sua própria essência. O homem determina a sua acção através de sua livre decisão sobre si mesmo. De modo que aquilo que, no plano da acção, parece ser liberdade de indiferença, livre-arbitrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação da sua vida: a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é.”

O conteúdo material da reprovação é a omissão da conformação da personalidade.

3.3 Hans-Heinrich Jescheck

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 524.

Jescheck assevera que o princípio da culpabilidade é indissociável da idéia de livre arbítrio, pois, em que pese a ampla discussão a respeito do tema, somente um sujeito responsável por suas ações pode ser reprovado. Admite, contudo, a possibilidade do ser humano controlar suas inclinações a partir da razão, dos valores e das normas.

A respeito da reprovabilidade jurídico-penal, Jescheck assevera que pode ser compreendida a partir da constatação que a mera exigência ética de condutas não seria suficiente para a existência social. Por isso, a responsabilidade do autor do fato decorre da realidade incontestável de nossa consciência social e moral.

De forma semelhante a Welzel, também adota uma concepção estratificada da personalidade. Os impulsos biológicos-fisiológicos, bem como os instintos, viriam de um estrato profundo inconsciente da personalidade, e o estrato consciente seria determinado por um *eu* central responsável pelas ações conscientes. Próximo a este centro existiria um estrato pessoal, capaz de controlar os impulsos procedentes dos níveis mais profundos da personalidade.

Jescheck afirma que a culpabilidade penal é jurídica, e não moral, pois diz seu objeto de reprovação é a ausência de atitude jurídica interna, que se mede através de parâmetros jurídicos e comprovada publicamente perante os tribunais. Este professor define o objeto de reprovação da culpabilidade da seguinte forma³:

“El objeto Del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en este opera de una actitud interna jurídicamente desaprobada. La actitud interna respetuosa con el Derecho constituye una cualidad indispensable del ciudadano para la conservación efectiva de la orden social. No es equivalente a la disposición moral interna en la medida en que aquella no se trata de una vinculación ética derivada de las normas jurídicas, sino de la comprensión de lo que supone su vigencia. La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al derecho digna de reprobación expresada a través de una acción típica y antijurídica. Tal deficiencia puede concurrir en mayor o menor medida, por lo que el criterio para determinar un valor superior o inferior de los motivos viene suministrado por la formación de la voluntad. De ahí que la culpabilidad, al

³ JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 457.

igual que el injusto, sea un concepto susceptible de graduación. En la deficiencia desaprobada de la actitud interna reside el punto de referencia al que se dirigen los distintos elementos del concepto de culpabilidad e a partir del cual tienen que ser comprendidos estos últimos.”

3.4 Claus Roxin

Roxin busca inserir elementos de política criminal dentro da estrutura da culpabilidade, e desta forma condiciona a responsabilidade penal aos fins preventivos da pena.

Quanto ao problema do livre arbítrio, Roxin se posiciona como agnóstico, ou seja, se declara como desconhecedor da existência ou não do livre arbítrio. Desta maneira, parte da idéia de que o sujeito pode se comportar de acordo com a norma, e se torna culpável quando não adota nenhuma das alternativas conforme a norma acessíveis a ele. Essa suposição seria uma condição do convívio social, o que independe da comprovação natural da existência do livre arbítrio. Por isso, o Direito pode se manter à margem desta questão.

Conforme a tese de Roxin, culpabilidade seria⁴:

“(...)a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário das normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer. Para demonstrá-lo em um exemplo trivial: se parto da premissa de que ultrapassar o sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culpavelmente. Pois o fato de ficar ela, de início, corretamente parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia compreender a mensagem normativa ‘deve-se aguardar diante do sinal vermelho’ e determinar o seu comportamento segundo estas exigências. Esta pessoa é idônea para ser destinatária da norma. Se ela ainda assim atravessa a rua, age culpavelmente.

Tomemos o exemplo contrário: se uma pessoa cujo desenvolvimento intelectual se encontra no nível de uma criança pequena não consegue compreender a mensagem expressada por um sinal vermelho, sendo incapaz de entender, *in abstracto*, porque certas vezes não se podem atravessar as ruas, esta pessoa não é idônea para ser destinatária de normas e, em virtude disso, inculpável. O mesmo vale se uma pessoa em

⁴ ROXIN, Claus. **A culpabilidade e sua exclusão no direito penal**. In RBCCRim n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52.

si intelectualmente normal, num arroubo de emoção, perde todas as instâncias de controle psíquico e, com elas, a capacidade de autodeterminar-se. Ela pode, é verdade, enxergar e compreender o sinal de trânsito, mas a norma não alcança seu aparato de determinação psíquica, uma vez que, graças à perda de qualquer capacidade de autodeterminação, irrompe pelas ruas em um ódio cego.”

Seria, então, a base da verificação da culpabilidade a idoneidade para ser destinatário das normas, o que seria passível de comprovação empírica.

3.5 Günther Jakobs

Günther Jakobs conceitua culpabilidade a partir de seu funcionalismo sistêmico.

Conforme sua teoria, a função do direito penal seria a garantia da constituição da sociedade, e, de forma imediata, a garantia das expectativas normativas. Isso porque a prática de um crime por um indivíduo resulta na violação das expectativas que o resto da sociedade têm em relação à vigência daquela norma violada. Assim, ao aplicar a pena, o Direito Penal está restabelecendo a norma violada, e, conseqüentemente restabelecendo a confiança que a sociedade deposita no direito.

Em coerência com sua teoria, Jakobs conceitua culpabilidade como um *déficit de fidelidade ao direito*. A culpabilidade seria um juízo de não adaptação do sujeito em relação aos processos sociais, e o delito seria uma comunicação defeituosa imputada ao autor. Seria o juízo de culpabilidade, em outros termos, a mera constatação de que a conduta do autor é errônea em relação ao sistema. Em suas palavras⁵:

“culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas. Las normas no adquieren legitimidad porque los sujetos se vinculen de manera individual a ellas, sino cuando se atribuye a una persona que pretende cumplir un rol de ciudadano, libre en la configuración de su comportamiento. El sinalagma de esa libertad es la obligación de mantener fidelidad al ordenamiento jurídico.”

⁵ JAKOBS, Günther. **Culpabilidad em Derecho Penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 57.

Quanto à questão do livre arbítrio, Jakobs se posiciona no sentido de que o princípio da culpabilidade é independente em relação à solução que se dê para o problema, pois ao direito penal não interessa a liberdade de vontade, mas a liberdade de se auto-administrar.

4. ASPECTOS CRÍTICOS

No capítulo anterior foram apresentados os conceitos materiais de culpabilidade de diversos professores europeus. Neste capítulo, pretende-se realizar algumas reflexões a respeito destes conceitos.

Em especial o que se pretende aqui é a demonstração da similitude entre os discursos que legitimam a reprovação penal, e os discursos ascéticos. Esta semelhança, que se percebe a partir da gênese dos discursos, permite uma compreensão crítica a respeito de noção ascética de culpa.

4.1 O Direito penal como filho da escolástica

Louk Hulsman, em sua obra “Penas perdidas¹”, afirma que o sistema penal tem origem na teologia escolástica medieval. Esta origem explicaria a razão pela qual a lógica penal é tão centrada na noções de autor culpável, bem como tão presa à dualidade do culpável/não-culpável².

Cláudio Brandão confirma esta origem, contudo sem se posicionar de forma crítica em relação a ela. Este autor aponta que o conceito de pessoa inserido no Direito Penal tem origem na Idade Média, em especial na filosofia

¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. Trad.: Maria Lúcia Karam. Luam: Nierói, 1993.

² “O sistema penal foi concebido num clima de teologia escolástica. É por isso que a designação ‘autores culpáveis’ é o eixo central do processo penal... Há uma consonância, herdada de séculos e profundamente enraizada nas consciências, entre o sistema punitivo que conhecemos e uma certa visão religiosa do mundo. É uma espécie de passivo que pesa sobre nossos espíritos. O componente ideológico do sistema da justiça criminal está ligado à cosmologia da teologia escolástica medieval.

Esta cosmologia implica na existência de um ponto absoluto – um deus onipotente e onisciente – e é referência a este ponto absoluto que os adeptos do discurso do sistema da justiça criminal são levados a se identificar, ainda que incoscientemente. Deus foi afastado – os crucifixos foram retirados dos tribunais – mas o ponto absoluto continua lá: a lei, as instituições do momento, consideradas como expressão de uma justiça eterna...

A influência da moral maniqueísta herdada da escolástica ainda é significativa em nossa cultura. Isto explica porque a dicotomia inocente-culpado, sobre a qual se estrutura o sistema penal, é tão facilmente aceita. É curioso como mesmo pessoas que superaram esta concepção em suas relações pessoais – na vida de casal ou na educação dos filhos – recaem na visão em branco e preto quando se trata da justiça penal. A este respeito, não se questionam; sequer percebem o problema. Aceitam a concepção que fundamenta o sistema penal sem refletir, sem empenhar seu espírito e seu coração. É uma idéia que aceitam e transmitem da mesma forma que, mesmo sendo contrariando o que amam ou crêem – contariam uma história de dragões ou se poriam a contar um refrão de uma canção qualquer num dia de festa, sem se preocupar com seu sentido.”(Op. Cit., p. 68)

cristã. Sendo esta fundada na noção de livre-arbítrio, desenvolvida especialmente por Santo Agostinho, vem o conceito de culpabilidade se destacar dentro da teoria do crime contemporânea³.

Adiante será tratada a questão do problema da linguagem herdada da escolástica.

4.2 O conceito material de culpabilidade como um discurso ascético

Admitindo como verdadeira essa premissa – de que a lógica do direito penal tem origem na escolástica medieval – é possível constatar a existência de um ideal ascético⁴ dentro do discurso penal, em especial do conceito material de culpabilidade, que é o objeto principal deste trabalho. Pretende-se, aqui, demonstrar este caráter de ascético nas teses anteriormente expostas.

Conforme a teoria de Welzel, o sujeito praticante da conduta é reprovável porque não agiu livremente, tendo condições de fazê-lo. É reprovável porque tinha capacidade de imprimir uma força contrário ao seu impulso, e, no entanto, não o fez. Ou seja, a reprovabilidade se dá porque o sujeito não conteve a sua própria natureza, em favor de uma ação em conformidade com a lei.

É interessante comparar esta concepção de Welzel com a concepção de liberdade de Santo Agostinho:

“(...) denomino sábio a quem a verdade manda assim sr chamado. Isto é, aquele cuja vida está pacificada pela total submissão das paixões ao domínio da mente.

(...)

Julgas que a paixão seja mais poderosa do que a mente, à qual sabemos que por lei eterna foi-lhe dado o domínio sobre todas as paixões? Quanto a mim, não o creio de modo algum, pois, caso fosse, seria a negação daquela ordem muito perfeita de que o mais forte mande no menos forte. Por isso, é necessário, a meu entender, que a mente seja mais poderosa do que a paixão e pelo fato mesmo será totalmente justo e correto que a mente a domine.

(...)

³ BRANDÃO, Cláudio. Posição da Culpabilidade na Dogmática Penal. In **Revista de Estudos Criminais** n. 16. Fonte do Direito: Porto Alegre, 2004, p.108/109

⁴ Por ideal ascético, entenda-se o discurso que pretende atingir a perfeição moral mediante restrições, em especial corporais.

(...) se, de um lado, tudo o que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude não pode fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa mesma inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e o livre-arbítrio.

Ev. Não vejo conclusão nenhuma tão necessária quanto esta.

Ag. Logo, deve te parecer também lógico que a mente seja punida por tão grande pecado⁵.”

Santo Agostinho afirma que o pecado seria produto das paixões, sendo que estas poderiam ser dominadas pela mente, e nisso consistiria a sabedoria. A reprovação pela prática do pecado seria justamente a omissão em relação às paixões, o não exercício de uma força contrária às paixões em sentido da lei (eterna).

Nota-se, portanto, que ambos os discursos – a reprovabilidade pela prática da conduta antijurídica na teoria de Welzel e a reprovabilidade pela prática do pecado em Santo Agostinho – têm a mesma estrutura.

Esta mesma estrutura se repete nas outras teorias do conceito material de culpabilidade descrita no capítulo anterior, com exceção das teorias de Jakobs e de Roxin.

A teoria de Jescheck, de forma semelhante à de Welzel, parte do pressuposto de que a partir da razão, norma e valores, é possível que o eu central controle as ações advindas dos estratos inconscientes da personalidade.

O mesmo se verifica na teoria de Figueiredo Dias, que apenas desloca o foco do fato para a personalidade do agente, expressa no fato. Contudo, o poder agir de outra forma, baseado em Aristóteles, segue a estrutura do discurso ascético.

Em suma, o que se percebe é a estrutura do discurso inaugurado por Sócrates, retomado por Platão e posteriormente por Santo Agostinho, em que se

⁵ SANTO AGOSTINHO. **O Livre-Arbítrio**. São Paulo: Paulus, 2004, p. 49/52.

colocam os instintos como vilões e a razão como a cura, conforme severamente criticou Nietzsche⁶.

4.3 Sobre as teorias pós-finalistas.

As teorias de Jakobs e Roxin, como ressaltado anteriormente, não repetem a mesma estrutura do discurso ascético, que aqui se identificou. Contudo,

⁶ “Contudo Sócrates adivinhou também outra coisa. Soube penetrar os sentimentos dos nobres atenienses. Compreendia que seu *caso*, que a idiossincrasia de seu caso, não era já excepcional. O mesmo tipo de degeneração ia se estendendo por toda parte secretamente. Os atenienses de velho feitio desapareciam... E Sócrates se convenceu que todos tinham necessidade dele, de seu remédio, de sua cura, de seu método pessoal de conservação de si mesmo. Em todos os lugares os instintos haviam se declarado em anarquia, estava-se a dois passos do excesso em toda parte; o *monstrum in animo* constituía o perigo universal. ‘Os instintos querem se erigir tiranos; cumpre inventar um *contra* tirano que o vença.’

Quando o fisionomista descobriu o que era Sócrates, um antro de todos os maus desejos, o grande irônico proferiu uma frase que fornece a chave de sua maneira de ser. ‘É verdade- disse – mas dominei todos.’ Como se tornou Sócrates senhor de si mesmo? Na realidade, era apenas um caso típico que saltava aos olhos em meio ao que começava a ser angústia geral: que ninguém era mais senhor de si mesmo, os instintos se revolviam uns contra os outros. Sua feiúra atraía todos os olhares. Está claro que fascinava, mas todavia como resposta, como solução, como aparência do tratamento que visava a cura indicado em tais casos.

Quando não há mais remédios senão elevar a razão à condição de tirano, como fez Sócrates, o perigo de que outra coisa nos tire não deve ser pequeno. Ante esse outro perigo a razão aparece como liberadora. Nem Sócrates nem seus *doentes* gozavam da liberdade de si ou não racionais; isto lhes foi forçoso, era seu último remédio. O fanatismo com a reflexão grega na sua totalidade se arroja aos braços da razão, denuncia uma grande angústia; existia um perigo e restava somente esta alternativa: ou sucumbir ou ser absurdamente racional. O moralismo dos filósofos gregos desde Platão, está determinado patologicamente, o mesmo acontecendo com sua avaliação da dialética.

Razão = virtude = felicidade: isto quer dizer: é preciso imitar Sócrates e opor aos apetites sombrios uma *luz do dia permanente*, uma claridade que é a luz da razão. É preciso ser a todo custo predunte, preciso, claro; qualquer concessão aos instintos e ao inconsciente nos *rebaixa*.

Dei a entender de que modo Sócrates fascina; parece um médico, um salvador. Será preciso mostrar o erro que sua crença na ‘razão a todo custo’ continha? Enganam-se a si mesmos os moralistas e os filósofos ao imaginarem vão sair da decadência fazendo-lhe guerra. Escapar dela é impossível, e o remédio que escolhem, o que consideram meio de salvação, é apenas outra manifestação de decadência: tão-somente mudam sua forma de expressão, contudo não a suprimem. O caso de Sócrates representa um erro; *toda moral de aperfeiçoamento, inclusive a moral cristã*, foi um erro. Buscar a luz mais viva, a razão a todo preço, a vida clara, fria, prudente, consciente, despojada de instintos e em conflito com eles, foi somente uma enfermidade, uma nova enfermidade, e de maneira alguma um retorno à virtude, à saúde, à felicidade. Ver-se obrigado a combater os instintos é a fórmula da decadência, enquanto que na vida ascendente, felicidade e instinto são idênticos.

Teve essa compreensão o mesmo Sócrates, que era o mais cauto dos que enganaram a si mesmos? Disse finalmente isso a si mesmo na sabedoria de sua coragem diante da morte? Sócrates *queria* morrer, não foi Atenas mas ele mesmo que se deu a si. ‘Sócrates não é médico – a morte é o único médico – Sócrates apenas esteve doente muito tempo.’” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O Crepúsculo dos Ídolos**. Trad.:Edson Bini; Márcio Pugliesi. São Paulo: HEMUS, 1976, p. 21/23.

a análise destas teorias ultrapassa a pretensão deste trabalho, motivo pelo qual não será realizada.

4.4 Problemas da linguagem

A estrutura do sistema jurídico de imputação de culpa contemporâneo, influenciado pela lógica escolástica, é uma construção dos juristas, mas freqüentemente esquecida como tal. Isso porque não faz parte das discussões cotidianas no senso comum jurídico, os problemas que esta linguagem acarreta.

Louk Hulsman, em sua obra já citada, faz uma série de apontamentos críticos em relação a esta linguagem jurídico-penal. A teoria jurídica do crime, e em especial a estrutura da culpabilidade, são formas de compreensão de uma realidade, que, assim como toda forma de linguagem, velam uma série de outras possibilidades de captação dessa realidade.

A exemplo disto, pode-se mencionar o *maniqueísmo* existente dentro da lógica do sistema penal, expressada através do binômio inocente/culpado. Sobre isto, confira-se o seguinte trecho da obra de Hulsman⁷:

“as produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a idéia simples – e simplista – de que há os bons de um lado e os maus de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheio de nuances. A arte, a literatura, o cinema contemporâneos esforçam-se por descobrir a complexidade dos seres, de suas relações, das experiências vividas, mostrando o irrealismo dos discursos em preto e branco.

Entretanto, no campo da justiça penal, as imagens maniqueístas ainda se impõem quase que por inércia. A toda hora, encontramos pessoas bastante críticas em relação às instituições e a seu funcionamento e que, apesar disso, esperam que as leis e as estruturas promovam a harmonia social. Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo freqüentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da **ordem** e, portanto, do **bem**. E, em face destes símbolos da justiça, do direito e da consciência reta, os ‘delinquentes’ são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.

⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., p. 56/57.

É preciso desafiar as idéias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantém de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar **tais pessoas** separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os **verdadeiros problemas** que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagem.”

A lógica existente dentro do sistema penal não permite uma compreensão auto-crítica desse mesmo sistema. Esta visão maniqueísta, vinda da escolástica, reduz o fato a um problema entre bem e mal, sempre absolvendo o sistema e atribuindo toda a responsabilidade pelo resultado indesejado ao autor culpado”. Hulsman⁸ também afirma que o sistema penal produz culpados:

“Não quero entrar no problema filosófico da culpabilidade. Mas, o sistema penal joga perigosamente com esta noção grave complexa, que ninguém domina, e é preciso ver isso claramente.

O sistema penal **fabrica culpados**, através de um mecanismo que, aias, não lhe é exclusivo. Algumas leis ou disposições ‘civis’ também só podem ser aplicadas diante da prova de má-fé, de má administração, de má conduta, etc... Por exemplo, nos países onde o divórcio é visto como sanção – e não como simples reconhecimento de um fracasso – os cônjuges que querem romper os laços matrimoniais têm que se colocar sob uma ótica difamante que poderá estar em total contradição com o que sentem. Em tal regime, o juiz não pode decretar a dissolução do casamento a não ser que se prove que pelo menos um dos cônjuges cometeu uma falta grave. Assim, mesmo que analisem de forma totalmente diferente o que se passou com eles, tais cnugês, para ficarem lvres, têm que aceitar que o procedimento coloque um ou ambos como um culpado a ser castigado. Um sistema desta natureza favorece falsidades e simulações bem pouco elogiáveis. Por outro lado, tende a exacerbar os conflitos, na medida em que só oferece soluções se uma das partes tiver errado e se este erro tiver sido reconhecido e condenado. Definitivamente, tal sistema – e pode-se dizer qe necessariamente – produz uma espécie de degradação das pessoas e de suas relações.

Analogicamente, o sistema penal fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apóia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importado a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação. Na ausência de uma afirmação de culpabilidade, ou quando a lei preveja que em função da idade, de doença mental ou por qualquer outra causa, esta afirmação seja impossível, o

⁸ Op. Cit., p. 66/67.

sistema se mostra fundamentalmente impotente. Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre contra alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado”

Cabe aqui considerar os efeitos negativos da atribuição da culpabilidade no sentido da compreensão de todo o fato que foi valorado como criminoso. No momento em que se fabrica um culpado, e se atribui a ele a responsabilidade pelo dano, ficam veladas as demais possibilidades de interpretação daquele mesmo fato, que é colocado, então numa vala comum em relação a outros fatos. Contudo, ao se compreender o fato a partir da lógica penal, ao introduzi-lo na linguagem do direito penal, isso significa reduzi-lo a esta linguagem, o que, contudo, não condiz com a interpretação daqueles que estão envolvidos no problema.

Isso significa dizer que necessariamente o problema tratado pelo direito penal não é o problema real existente naquele fato “sugado” pelo sistema penal. Por conseqüência, a resposta dada por este sistema será coerente com sua lógica, mas em nada terá a ver com o problema concreto das pessoas envolvidas naquela situação. Portanto, o sistema penal trata de problemas que não existem, como aduz Hulsman⁹:

“O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como ‘o delinqüente’ e ‘a vítima’.

Tanto quanto o ator do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva o domínio do acontecimento que viveu.

A vítima não pode mais fazer parar a ‘ação pública’, uma vez que esta ‘se pôs em movimento’; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe das a oportunidade de compreender a assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do ‘autor’; ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo; ela não faz nenhuma idéia das conseqüências reais que a experiência negativda da prisão trará a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele era que enfrentar ao sair da prisão.

⁹ Op. Cit., p. 82/83.

Mas, foi 'seu assunto' o que esteve na origem da engrenagem do processo penal; e alvez ela não tivesse desejado todo este mal. Talvez ainda, com o tempo, ela pudesse passar a considerar o problema inicialmente vivido de outra forma. Quem de nós não sentiu isso, vendo acontecimentos perderem importância e mudarem de sentido, à medida que os revivemos no contexto sempre reovado de nossa história?

Quando o sistema penal se apropria de um 'assunto', ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente da que foi no início. O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências. Assim, o que se apresenta perante o tribunal, no fundo, nada tem a ver com o que vivem e pensam os protagonistas no dia do julgamento. Neste sentido, pode-se dizer que o sistema penal trata de problemas que não existem."

Deve-se também considerar que aqueles que farão o julgamento daquele sujeito envolvido no caso concreto não têm a compreensão do problema, já que existe grande distância entre a realidade dos julgadores e a dos julgados. O juiz interpretará o fato a partir de sua própria visão da realidade, formada a partir de suas próprias experiências e sua própria história, de forma que muito frequentemente quem será julgado será uma imagem, e não a pessoa efetivamente envolvida no caso¹⁰.

Pois bem, com base nestes apontamentos, o que se percebe é não somente uma defasagem entre o conceito material da culpabilidade e a realidade, mas também um encobrimento da realidade pela linguagem do direito penal. A consequência desta incompreensão é, em primeiro lugar, a absoluta impossibilidade de resolução de conflitos através da via do direito penal, já que ele somente é capaz de apresentar uma "solução" incoerente com a realidade. Em segundo lugar, são as consequências negativas da aplicação desta "solução", ou seja, a criação de novos problemas.

Estes problemas criados pela linguagem do direito penal não estão concebidos na problemática da dogmática penal, e são frequentemente ignorados nas discussões nos círculos jurídicos. Identifica-se aí um círculo vicioso, na medida em que as expectativas sociais em relação ao direito penal estão baseadas nas promessas das finalidades atribuídas ao direito penal, contudo este ignora a realidade social, e cria uma própria realidade, na qual é, enfim, coerente.

¹⁰ Conf. CARVALHO, Amilton Bueno de. O (im)possível julgar penal. In **Revista de Estudos Jurídicos Criminais** n. 24. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 69/80.

Como o mundo do direito penal não se confunde com a realidade social, os efeitos reais da sanção penal não correspondem à promessa do direito penal. No entanto, a interpretação da realidade do social se dá, oficialmente, a partir do mundo do direito penal, o que resulta, inevitavelmente, numa incompreensão.

5. CRÍTICA CRIMINOLÓGICA DA CULPABILIDADE

5.1 Problemas éticos da culpabilidade

Zaffaroni, em trabalhos realizados nas últimas duas décadas, aponta alguns problemas éticos que a concepção tradicional de culpabilidade apresenta, quando confrontada com a criminologia.

Segundo este autor, o conceito material de culpabilidade responde a à pergunta “por que punir?”, mas não resiste ao questionamento que eventualmente poderia ser feito pelo sentenciado: “por que eu?”.

Para compreender a crítica de Zaffaroni, deve-se levar em conta, em primeiro lugar, a cifra negra da criminalidade. Esta representa a distância, nas estatísticas, entre o número de crimes realmente ocorridos e o número de crimes que chegam ao conhecimento das autoridades oficiais. Conforme várias estudos realizados tanto na América Latina quanto na Europa¹, o número de crimes que efetivamente são julgados pelo judiciário é uma parcela ínfima, se comparado com o que fica fora dos tribunais.

Essa grande defasagem, que demonstra a baixa capacidade operativa das agencias policias, demonstra também que existem vários filtros impedindo que determinadas pessoas venham ser submetidas ao sistema penal. Daí a chamada seletividade do sistema penal.

Segundo Zaffaroni, em regra o sistema penal só consegue atingir aqueles que tem baixas defesas perante o poder punitivo, em razão de *que* “**a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos da criminalidade; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba**

¹ Conferir: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, capítulo VIII; THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: Entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, p. 1-20.

correspondendo ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza²).”

Com muito menos freqüência, o poder punitivo também seleciona aquelas pessoas que, embora não se enquadrem no estereotipo da criminalidade, cometeram um ato de tamanha brutalidade que tenham se tornado vulneráveis (criminalização por comportamento trágico ou grotesco).³ Exemplo desta hipótese, no cenário nacional, pode-se citar o caso Suzanne Von Richtofen e o recente caso Nardoni. Por fim, em situação ainda mais excepcional, o poder punitivo seleciona aqueles que se tomam vulneráveis em razão da derrota em uma luta pelo poder hegemônico (criminalização devido a uma falta de cobertura)⁴.

Portanto, levando-se e consideração desses dados fornecidos pelas ciências sociais, é possível diagnosticar uma falha ética no conceito material de culpabilidade: ele não dá conta de explicar porque aquele sujeito criminalizado será punido, e todos aqueles outros que também praticaram conduta que se enquadram em um tipo penal, mas não foram selecionados, não serão punidos.

5.2 Culpabilidade pela Vulnerabilidade

5.2.1 Teoria Agnóstica da Pena e o Funcionalismo Redutor

Zaffaroni apresenta uma possível solução para este problema ético da culpabilidade, que seria o critério da vulnerabilidade. Antes de adentrar neste conceito, é preciso, em primeiro lugar, fazer breve explanação sobre a teoria do direito penal que o concebe.

Refutando todas as teorias positivas da pena, porque as funções atribuídas ao poder punitivo do estado não são confirmadas pelas ciências sociais, Zaffaroni/Batista dispensam a atribuição de uma função positiva à pena. Isso porque não é possível afirmar com precisão qual é a função da pena. Mesmo

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: revan, 2003, p. 47.

³ Idem p. 49.

⁴ Idem.

aquelas funções que são empiricamente demonstradas pelas ciências sociais (funções latentes) não podem ser tomadas como regra geral, pois em cada caso a pena poderá ter uma função diferente. Ou seja, isso significa dizer que a pena aplicada ao ladrão de rua não tem a mesma função que a pena aplicada ao jovem parricida de classe média. Ademais, o principal poder do sistema penal não está na repressão legalizada, mas sim nos atos de controle e vigilância, bem como na repressão que ele exerce fora da legalidade.

Independente de qual a função exercida pela pena em cada caso, o importante é que será sempre estranha ao discurso que legitima a liberação do poder punitivo. Portanto, para fins de conexão com a teoria do crime, o que é mais relevante é que a pena deve ser contida⁵.

Contudo, antes de definir uma política criminal para a teoria do crime que se está adotando, é necessário tomar em conta o real poder dos juristas frente ao sistema penal. O discurso jurídico oficial ignora os dados das ciências sociais para construir o direito penal a partir da ilusão de sua capacidade de resolução dos conflitos. Recentemente, inclusive, se atribuiu ao direito penal a missão de salvar o futuro da humanidade, e os direitos das gerações futuras⁶.

⁵ Idem, p. 97/98.

⁶ A este respeito, é importante mencionar o estudo de Salo de Carvalho sobre as teorias que legitimam o Direito Penal na chamada *sociedade do risco*. Este professor enuncia dentro do discurso penal duas feridas narcísicas, assim como as que Freud identificou dentro da Humanidade. No início do século passado, Sigmund Freud publicou um estudo a respeito das grandes ofensas que o narcisismo geral da humanidade havia sofrido em razão de grandes descobertas científicas. A primeira delas foi a tese de Copérnico, demonstrando que o centro do universo não é a Terra, mas o Sol, ao redor do qual nosso planeta gira, consistindo isto a ferida cosmológica: o desmoronamento da ilusão narcísica de que dentro do universo tudo gira em função do nosso planeta. A segunda foi consequência da investigação de Darwin, aproximando o homem dos animais, ruindo com a ilusão narcísica de que o ser humano é o soberano entre os seres, é racional e não possui animalidade: a ferida biológica. A terceira decorreu da descoberta do inconsciente pelo próprio Freud, destronando a consciência e o eu como centros da psique: a ferida psicológica, a mais sensível ofensa e que produziu a maior insegurança.

Dentro do discurso do Direito Penal, Salo de Carvalho relaciona dois momentos que seriam equiparáveis às feridas narcísicas. O primeiro deles se dá com a ruptura de paradigma originada pelo discurso crítico dentro da criminologia, demonstrando a falsidade do discurso eficientista e desta forma quebrando com a ilusão de que o poder punitivo seria capaz de controlar as condutas humanas e prevenir os fatos sociais considerados intoleráveis. Os estudos a respeito da real operatividade do sistema penal evidenciaram que o poder punitivo funciona em total disparidade com o discurso que o legitima, e sua função real é outra, diferente daquelas que lhe são atribuídas.

Apesar da desconstrução do discurso oficial pelas ciências sociais, no senso comum teórico do “homem de rua” a crença na eficácia do poder punitivo não deixou de existir. E o discurso oficial, protegendo o próprio narcisismo, separou-se da realidade e mergulhou na própria imagem, atribuindo a si as mais nobres funções: ‘(...) ofuscando a ‘ofensa eficientista-intimidatória’ desmascarada pelas ciências sociais, a retórica penal

Mas os dados fornecidos pelas ciências sociais que informam a existência da seletividade do sistema penal deixam claro o quanto é pequeno o poder dos juristas no processo de criminalização. Neste processo, que envolve as muitas agências do sistema penal, o jurista (juiz, mais especificamente) aparece somente no final, podendo dar ou não continuidade a ele.

Por isso, a teoria do crime deve servir somente para conter, ao máximo, o poder punitivo (funcionalismo redutor).

5.2.2 O Critério da Vulnerabilidade

Anteriormente já se discorreu a respeito dos critérios utilizados pelo sistema penal para a seletividade na criminalização secundária. Partindo destes critérios, Zaffaroni desenvolve o conceito de vulnerabilidade.

Tendo em vista que o sistema penal se orienta a partir dos estereótipos da criminalidade, é certo afirmar que ele oferece diferentes graus de periculosidade para os habitantes, de acordo com seu status social e suas características pessoais. Isso significa dizer, portanto, que cada um possui um estado de vulnerabilidade diferente em face ao poder punitivo, ou seja, que dependendo das características pessoais de um sujeito determinado, ele tem maior ou menor chance de ser selecionado pelo poder punitivo.

busca incessantemente novas perspectivas legitimadoras que revigorem a (falsa) crença em sua programação. Ancorado na perspectiva funcionalista-sistêmica, o nominado 'Direito penal do Risco' retoma o enamoramento da ciência penal por sua auto-imagem, (re)afirmando o 'delírio de grandeza' e, conseqüentemente, expondo a segunda ferida narcísica: a 'ofensa tutelar-agregadora' (p. 205).

Os discursos legitimantes do Direito Penal do risco assumem uma postura megalomaniaca, centrada na crença da própria onipotência, que os fazem atribuir ao poder punitivo a missão proteger os valores mais importantes e até mesmo de salvar a humanidade dos males que a ameaçam. Este narcisismo infantil (crença influenciada quase que exclusivamente pelo desejo) faz com que o discurso não consiga enxergar os próprios limites e tampouco dialogar com os outros ramos do saber". (CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Ord.: Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.197-206).

Contudo, estado de vulnerabilidade se distingue de uma situação concreta de vulnerabilidade. Esta é a situação em que o sujeito é efetivamente selecionado pelo poder punitivo.

Daí Zaffaroni afirma que para entrar numa situação concreta de vulnerabilidade, é necessário um esforço pessoal. Este varia de intensidade de acordo com o estado de vulnerabilidade do sujeito determinado. Portanto, em suma, significa que quanto menor o estado de vulnerabilidade do sujeito, maior o esforço que ele precisará fazer para entrar numa situação concreta de vulnerabilidade⁷.

5.2.3 Vulnerabilidade como antítese da culpabilidade.

A culpabilidade pela vulnerabilidade é um reverso dialético da culpabilidade pelo ato, do qual surgirá uma síntese. A reprovação seria o total da culpabilidade pelo ato descontada da culpabilidade pela vulnerabilidade.

Desta forma, estaria se corrigindo a falha ética do conceito tradicional de culpabilidade, ao criar um contraponto ao critério da seletividade.

5.3 Sobre a Co-culpabilidade

Importante fazer menção ao critério da co-culpabilidade. Esta também seria um corretivo ético da culpabilidade tradicional, pois consideraria, em determinadas situações, a culpabilidade do estado no ato daquele sujeito criminalizado. Nas palavras de Nilo Batista⁸:

“trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por Vulnerabilidade. In Discursos Sediciosos N. 14.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 37/38.

⁸ BATISTAS, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**, p. 105.

sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch. Como diz Zaffaroni, 'reprovar com a mesma intensidade a pessoas que ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido'. 'O direito realmente igual – anota Cirino – 'é o que considera desigualmente os indivíduos concretamente desiguais'. O artigo 5., inciso I do código penal da República Democrática da Alemanha, de 1968, abre as portas a essa orientação: 'uma ação é cometida de forma reprovável quando seu autor, não obstante as possibilidades de uma conduta socialmente adaptada que lhe tenham sido oferecidas, realiza, por atos irresponsáveis, os elementos legalmente constitutivos de um delito ou de um crime.'

Este conceito tem sido aplicado em vários tribunais nacionais e internacionais. Contudo, segundo Zaffaroni⁹, a tese da co-culpabilidade apresenta alguns problemas, que foram posteriormente resolvidos pela tese da culpabilidade pela vulnerabilidade. São eles:

"a co-culpabilidade (Mit Schuld) é insuficiente porque: a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; b) em segundo lugar, ainda corrigindo este preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; c) o terceiro ponto é que, seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo."

Tais problemas estariam, então, resolvidos pela tese da culpabilidade pela vulnerabilidade.

5.4 A culpabilidade baseada no princípio da alteridade

Destaca-se, por fim, o conceito material formulado pelo Prof. Juarez Cirino dos Santos, com base no princípio da alteridade. Para superar o problema metafísico do livre arbítrio, esta teoria funda a responsabilidade do homem na vida em sociedade, já que o ego depende da existência do alter, e portanto a ele deve respeito¹⁰:

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, **Culpabilidade**... p. 36

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op cit., p. 284.

“Na verdade, o homem é responsável por suas ações porque vive em sociedade, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter* e não por causa do atributo da liberdade da vontade: *princípio da alteridade* – e não a *presunção de liberdade* – deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento anti-social.”

Desta forma, neste conceito se verifica uma concepção crítica da culpabilidade, que supera os problemas metafísicos que frequentemente acompanham a discussão da culpabilidade, bem como permite a dogmática da culpabilidade a partir de uma estrutura diversa do discurso ascético.

6. CONCLUSÃO

O princípio da culpabilidade é uma conquista relativamente recente, sendo estranha à maioria dos ordenamentos jurídicos primitivos, e hoje cumpre uma importante função de limitação do poder de punir do Estado.

A estrutura da culpabilidade se desenvolveu principalmente no século passado, sendo sua primeira construção teórica a teoria psicológica. Nesta, a culpabilidade se limitava a um vínculo psicológico entre o autor e o fato. Com a contribuição de Reinhard Frank, James GoldSchmitt e Berthold Freudenthal, a estrutura da culpabilidade passou a ter elementos normativos.

Com a contribuição de Hans Welzel, o dolo e a culpa passaram a integrar o tipo, e a culpabilidade, em sentido estrito, se tornou a mera reprovabilidade do autor, o que não significou o esvaziamento da culpabilidade, pois em sentido amplo, ela contém o injusto penal.

O conceito material da culpabilidade significa a resposta à pergunta “por que se deve aplicar a pena ao autor da conduta típica e antijurídica”, e é o tema, dentro da dogmática penal, que mais se aproxima da filosofia.

A noção de culpabilidade do direito penal vem da escolástica medieval, e a estrutura das teorias predominantes no direito penal a respeito do conceito material de culpabilidade é idêntica à estrutura da noção de culpa na escolástica medieval. Em suma, ambos são discursos que reprovam o autor de determinado fato porque ele não controlou os próprios instintos, que o impulsionaram a uma conduta contrária à norma vigente.

A teoria da culpabilidade no direito penal, quando confrontada com a realidade de um fato concreto, resulta em diversos problemas que são frequentemente ignorados nas discussões jurídicas e que acarretam um distanciamento do alcance dos fins atribuídos à pena. Estes problemas decorrem da interpretação do fato concreto a partir da lógica do direito penal, o que na maioria das vezes não corresponde à interpretação do fato pelas partes nele envolvidas. A aplicação da sanção penal se revela, então, coerente com a lógica penal, mas destoante em relação ao problema das pessoas envolvidas.

Dentre estes problemas, pode-se destacar o maniqueísmo da lógica do direito penal, com o binômio inocente/culpado, bem como a

centralização da responsabilidade no autor culpável criado pelo próprio sistema penal. Também, identifica-se como um problema relevante a incapacidade do julgador da compreensão do problema da partes envolvidas.

A noção de culpabilidade vigente no direito penal apresenta um sério problema ético, quando confrontada com elementos da realidade fornecidos pelas ciências sociais. Isso porque as teorias da culpabilidade não conseguem explicar porque aquele sujeito concreto, em determinado fato, sofrerá a sanção penal, e não todos os outros que também praticaram a mesma conduta, mas que não foram criminalizados.

Para corrigir esse defeito ético, Eugênio Raúl Zaffaroni desenvolveu a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, que permite a atenuação da pena imposta a aqueles que estão mais suscetíveis ao poder punitivo.

REFERÊNCIAS

1. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
2. BRANDÃO, Cláudio. Posição da Culpabilidade na Dogmática Penal. *In Revista de Estudos Criminais n. 16*. Fonte do Direito: Porto Alegre, 2004.
3. CARVALHO, Amilton Bueno de. O (im)possível julgar penal. *In Revista de Estudos Jurídicos Criminais n. 24*. Porto Alegre: Notadez, 2007.
4. CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Ord.: Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
5. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.
6. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Trad. Luiz Flávio Gomes, Juarez Tavares, Ana Paula Zomer e Fauzi Hassan Courkr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
7. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
8. FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura Del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004.
9. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2006.
10. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. Trad.: Maria Lúcia Karam. Luam: Nierói, 1993.

11. JAKOBS, Günher. **Culpabilidad em Derecho Penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá; Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
12. JESCHECK, Hans-Heirich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
13. LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007.
14. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O Crepúsculo dos Ídolos**. Trad.:Edson Bini; Márcio Pugliesi. São Paulo: HEMUS, 1976.
15. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
16. ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *In RBCCRim n. 46*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
17. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General – Tomo I**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Diaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
18. SANTO AGOSTINHO. **O Livre-Arbitrio**. São Paulo: Paulus, 2004.
19. THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: Entes políticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
20. WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Ed. Romana, 2003.
21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

22. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. *In Discursos Sediciosos n. 14*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.