
DOCTRINA

O CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE*

*José Cerezo Mir*¹

SUMÁRIO: 1. A tese de Gimbernat; 2. O conceito material de culpabilidade de Muñoz Conde; 3. O conceito de Mir Puig; 4. Por um conceito empírico-normativo de culpabilidade conforme a Constituição; 5. Culpabilidade pelo fato e pela conduta de vida

O conceito de culpabilidade como reprovabilidade pessoal da ação típica e antijurídica é um conceito formal, pois não indica qual é o fundamento da reprovabilidade, ou seja, porque o agente é reprovado pela realização da ação típica e antijurídica².

Segundo a opinião dominante na ciência do Direito Penal espanhola³ e na alemã⁴, o fundamento da reprovabilidade reside na capacidade de o sujeito agir de

* Tradução do original espanhol e notas de Luiz Regis Prado. Professor Titular de Direito Penal - Universidade Estadual de Maringá.

¹ Professor Catedrático de Direito Penal - Universidade Nacional (UNED), Madri (Espanha).

² Vide, nesse sentido, especialmente, Angel Torío López, El concepto individual de culpabilidad, em *Crime and Criminal Policy*, Papers in Honour of Manuel López-Rey y Arrojo, UNSDRI, Franco Angeli, Milão, 1985, p.679 e ss.

³ Vide, por exemplo, Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I, Parte General, v.1, 18, Bosch, Barcelona, 1980, p.423-424, embora entenda que o problema do livre arbítrio esteja fora do campo do Direito Penal e aceite uma "vontade consciente e livre (não coibida)" (p.431); Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2 ed., Losada, Buenos Aires, 1963, p.216, todavia, dadas suas convicções deterministas, considera unicamente que a culpabilidade pressupõe a liberdade entendida como agir espontâneo e motivado (p.95); Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madri, 1949, p.192 e ss. ("Não demonstrado racionalmente o determinismo, mantém-se a crença na liberdade intuída por nossa consciência e de aceitação universal", p.196); Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madri, 1963, p.266-267; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, 18 ed., Dykinson, Madri, 1995, p.432 e ss. (considera, porém, que o conceito de liberdade que embasa as leis penais consiste exclusivamente na ausência de coação, p.435); Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, p.70 e ss.; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valência, 1990, p.409 e ss. e 415-417; e Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, III, Culpabilidad, punibilidad, formas de aparición, Bosch, Barcelona, 1985, p.17-18 e 24.

⁴ Vide, por exemplo, Welzel, *Das deutsch Strafrecht*, 11 ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1969, p.138 e ss.; v. Weber, *Grundriss, des deutschen Strafrechts*, 2 ed., Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948, p.106 e ss.; Maurach, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4 ed., C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1971, p.358 e ss.; Baumann-Weber, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9 ed., Verlag E. e W. Gieseking, 1985, p.358 e ss.; especialmente p.368; Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2 ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1976, p.279 e ss.; e Bernd Schünemann, *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, separata de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlim, p.151 e ss.

outro modo. Esse conceito material da culpabilidade está ligado, como diz Welzel⁵, “a uma longa tradição jurídica e filosófica”. Uma ação típica e antijurídica somente é culpável se o sujeito, na situação concreta em que se encontrava, podia ter agido de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. A culpabilidade é culpabilidade da vontade. Apenas se o agente podia ter adotado, no lugar da resolução de vontade de levar a cabo a ação típica e antijurídica, uma resolução de vontade diferente, terá atuado culpavelmente.

Esse conceito material da culpabilidade entrou em crise na moderna ciência do Direito Penal espanhola e na alemã por se considerar *impraticável* a comprovação empírica da possibilidade de o delinqüente, na situação concreta em que estava, ter ou não agido de outro modo⁶. Ante essa suposta impossibilidade, Gimbernat propôs a renúncia da culpabilidade como fundamento e limite da pena. Muñoz Conde e Mir Puig distanciam-se do conceito tradicional de culpabilidade e formulam outros conceitos que permitem fazer abstração do problema do livre-arbítrio.

1. A tese de Gimbernat

Em face da hipotética impossibilidade de se demonstrar, por meio das ciências empíricas (como a Psicologia e a Psicanálise), que um determinado delinqüente, na situação concreta em que se achava, podia ter agido de outro modo, Gimbernat propõe a renúncia da culpabilidade como fundamento e limite da pena⁷. A pena encontraria sua justificação e sua medida tão-somente nas exigências da prevenção geral e da prevenção especial. Isso não implica, todavia, segundo Gimbernat, a aceitação da responsabilidade objetiva. O Direito Penal deve reconhecer, porém, “a relevância do erro invencível de proibição, excluir a responsabilidade pelo resultado e aplicar aos inimputáveis unicamente medidas de segurança”⁸. É possível explicar também, de acordo com Gimbernat, o fato de se sancionar com menor pena os delitos imprudentes comparativamente aos dolosos sem necessidade de se recorrer ao princípio de culpabilidade, com lastro apenas nos fins preventivos da pena.

O abandono do princípio de culpabilidade, no sentido de que esta constitui o fundamento e o limite da pena, impede a permanência ao mesmo tempo de todas

⁵ Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p.140.

⁶ Foi decisiva, a esse respeito, a crítica de Karl Englisch, em *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2 ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1965, p.23 e ss.

⁷ Vide *lug. cit.* nota 9.

⁸ Vide Gimbernat, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, comunicação proferida no Colóquio Internacional celebrado em Santiago do Chile, sob os auspícios do Instituto de Ciências Penais, terceira época, janeiro-abril 1973, nº 1, tomo XXXII, p.32.

as suas conseqüências, como pretende Gimbernat⁹. Se a pena encontrasse sua justificação e sua medida unicamente em razão das exigências da prevenção geral e da prevenção especial, se chegaria a conseqüências muito diferentes no tocante ao problema da responsabilidade pelo resultado, da relevância do erro de proibição e da exclusão da pena para os inimputáveis. Do ponto de vista da prevenção geral, seria possível justificar a existência dos delitos qualificados pelo resultado¹⁰. A aplicação de uma pena mais elevada quando uma conduta básica, geralmente dolosa, produz determinado resultado mais grave, doloso, imprudente ou mesmo fortuito, pode ser eficaz, sob a ótica da prevenção geral. A finalidade dos delitos qualificados pelo resultado consiste precisamente no estabelecimento de penas mais elevadas que aquelas resultantes de um concurso de delitos, ou seja, que as adequadas à gravidade da culpabilidade. Para atender em maior medida às exigências do princípio de culpabilidade, em detrimento das da prevenção geral, foram excluídos os resultados fortuitos dos delitos qualificados pelo resultado, na reforma urgente e parcial do nosso velho Código Penal pela Lei Orgânica de 25 de junho de 1983, e tentou-se eliminar os delitos qualificados pelo resultado do nosso novo Código Penal¹¹.

Quanto ao reconhecimento da relevância do erro de proibição invencível, cumpre assinalar que a favor do princípio do *error iuris nocet* (o erro de Direito prejudica, ou seja, não exime de responsabilidade) caberia invocar também considerações de prevenção geral¹². O argumento de Gimbernat de que a aplicação da pena nas hipóteses de erro de proibição invencível não é necessária - é inútil do ponto de vista da prevenção geral e especial¹³ - não me parece convincente. Segundo ele, a irrelevância do erro de proibição não aumentaria o efeito inibitório da pena para os que não conhecem a antijuridicidade de uma conduta determinada,

⁹ Vide ainda, nesse sentido e com maior extensão, meu artigo "Culpabilidad y pena", publicado no *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc.2, e incluído no meu livro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madri, 1982, p.181 e ss.

¹⁰ Vide, nesse sentido, Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.46 e ss. e Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p.156-157.

¹¹ Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introdução, p.137.

¹² Vide também, nesse sentido, Enrique Bacigalupo, Intervenção no Colóquio Internacional celebrado em Santiago do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.195 e *Bemerkungen zur Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, Z. Str. W., tomo 88, 1976, p.354; Burkhardt, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1976, p.336-337; Günter Stratenweth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, *Juristisch Studiengesellschaft karlsruhe*, C. F. Müller, 1977, p.15 e 18 e ss.; e Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p.152.

¹³ Vide Gimbernat, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata do *Anuario de Ciencia Jurídica*, I, 1971-2 (incluído no seu livro *Estudios de Derecho Penal*, 3 ed., Tecnos, Madri, 1990, p.162 e ss.; publicado também em alemão, in *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Heinrich Henkel*, Walter de Gruyter, Berlim, Nova Iorque, 1974, p.151 e ss.), p.283 e ss.

já que ignoram, inclusive, que se encontram em erro de proibição. É evidente, todavia, que a aplicação de uma pena nos casos de erro de proibição invencível poderia servir de estímulo para que se examine em cada caso, com maior cuidado, a licitude ou ilicitude da conduta. Do ponto de vista da prevenção especial, a pessoa que incorra em um erro de proibição invencível poderia revelar-se em certos casos, em razão dessa mesma circunstância, perigosa e sujeita à aplicação de uma pena¹⁴. A própria distinção entre erro vencível e invencível pressupõe, de outro lado, o reconhecimento da capacidade do delinqüente de agir de outro modo na situação concreta em que se encontrava¹⁵.

O fato de se aplicar aos inimputáveis somente medidas de segurança não pode se fundamentar nas exigências da prevenção geral. Segundo Gimbernat, “em virtude da escassa ou nenhuma ‘motivação’ do inimputável, a pena não importa para ele, *ex ante*, um fator inibidor”. Por outra parte, segue dizendo Gimbernat: “A impunidade do louco em nada enfraquece a eficácia inibidora da pena ante os ‘imputáveis’; esses não se identificam com aquele, são diferentes e, de conseguinte, só serão castigados se agirem como o delinqüente alienado”¹⁶. Não me parece convincente, contudo, a tese de que a aplicação de uma pena às pessoas portadoras de anomalia ou alteração psíquica eximem sempre de sentido do ponto de vista da prevenção geral e da prevenção especial¹⁷. Essas pessoas podem ser, de uma forma ou de outra, suscetíveis de intimidação e com maior razão pode sê-lo o resto da coletividade. Na aplicação de uma pena aos que padeçam de uma anomalia ou alteração psíquica deve-se atender, até certo ponto, às exigências da prevenção especial¹⁸.

Também não é possível explicar a menor punição dos delitos imprudentes em relação aos dolosos do ponto de vista da prevenção geral e da prevenção

¹⁴ Vide, nesse sentido, Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.43 e Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, p.35-36.

¹⁵ Como já assinalei no Colóquio Internacional realizado no Instituto de Ciências Penais do Chile, em abril de 1973; vide *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.189 e 204. Vide também, nesse sentido, Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.43-44.

¹⁶ Vide Gimbernat, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, p.282-283 e, mesmo antes, em *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, in *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970, (incluído no seu livro *Estudios de Derecho Penal*, 3 ed., Tecnos, Madri, 1990, p.140 e ss.), p.517-518.

¹⁷ Vide também, nesse sentido, Schöneborn, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, p.351; Burkhardt, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, p.336-337; Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.39 e ss.; Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, p.12 e ss., 16 e ss., e 43 e ss.; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p.96 e ss., e *Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., PPU, Barcelona, p.544-545; e Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la Imputación subjetiva y de la pena*, p.149 e ss.

¹⁸ Vide também, nesse sentido, Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, p.35-36.

especial¹⁹. Os delitos imprudentes são muito mais freqüentes e, por isso, poder-se-ia considerar necessário sancioná-los com pena maior que a cominada para os delitos dolosos correspondentes. Os homicídios por imprudência são muito mais numerosos que os homicídios dolosos; exemplo disso são os homicídios imprudentes praticados no tráfego motorizado. O argumento de Gimbernat²⁰ de que a elevação da pena dos delitos imprudentes seria ineficaz do ponto de vista da prevenção geral, porque neles o sujeito confia precisamente na não-produção do resultado e que este seria ainda mais grave que a pena, não me parece convincente. O legislador poderia estabelecer penas mais elevadas para os delitos de perigo, a saber, para as condutas que não observem o cuidado objetivamente devido (imprudência sem resultado). Responde Gimbernat que isso produziria um caos valorativo, que afetaria a eficácia da pena do ponto de vista da prevenção geral²¹. O caos consistiria, todavia, somente na subversão das valorações sociais atualmente vigentes, que se baseiam, como assinalou Roxin, precisamente no princípio de culpabilidade²². Se a pena se justifica unicamente em razão de seus efeitos preventivos, faz-se necessário efetuar uma subversão de valores. Entre as condutas que atentam ou lesionam um mesmo bem jurídico - por exemplo, a vida - deveriam ser sancionadas com maior pena aquelas cuja freqüência fosse maior, em se atendendo às exigências da prevenção geral. Sob o ângulo da prevenção especial, a periculosidade do delinqüente, ou seja, a probabilidade de que volte a delinqüir no futuro, deveria ser o critério decisivo. Por outra parte, o próprio conceito de imprudência pressupõe o reconhecimento da possibilidade de agir de outro modo na situação concreta²³. Não quanto à inobservância do cuidado objetivamente devido, elemento do tipo de injusto dos delitos imprudentes²⁴, mas sim quanto à capacidade de observar tal cuidado.

A análise crítica da tese de Gimbernat põe em evidência a autonomia do princípio de culpabilidade ante as exigências da prevenção geral e da prevenção especial. Não me parece convincente, por isso, a tese de Jakobs de que a

¹⁹ Vide também, nesse sentido, Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p.157-159.

²⁰ Vide Gimbernat, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, p.515-516; e sua intervenção no Colóquio Internacional celebrado no Instituto de Ciências Penais do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.192-193.

²¹ Vide Gimbernat, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, p.509 e ss.; e suas intervenções no Colóquio Internacional celebrado no Instituto de Ciências Penais do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.201-202.

²² Vide a intervenção de Roxin no Colóquio Internacional realizado no Instituto de Ciências Penais do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.206.

²³ Vide minhas intervenções no Colóquio Internacional realizado no Instituto de Ciências Penais do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.189 e 204.

²⁴ Aqui, como assinalou Gimbernat, a simples constatação de que a conduta do sujeito não corresponde ao cuidado objetivo devido não significa o reconhecimento da capacidade de agir de outro modo; vide a intervenção de Gimbernat no Colóquio Internacional celebrado no Instituto de Ciências Penais do Chile, *Revista de Ciencias Penales*, janeiro-abril, 1973, p.198.

culpabilidade seja um mero reflexo das exigências da prevenção geral²⁵. A culpabilidade aparece como um baluarte, na defesa do respeito da dignidade da pessoa, em face das exigências desmensuradas da prevenção. Se a medida da pena se determinasse exclusivamente em razão das exigências da prevenção geral, ainda que não concebida como simples intimidação, mas nela se incluísse a função de exemplaridade da pena²⁶, ou se falasse de uma prevenção geral positiva ou integradora²⁷, se chegaria facilmente à aplicação de penas desproporcionais à gravidade do delito, à medida do injusto culpável²⁸. Isso implicaria grave atentado à dignidade da pessoa humana, pois se utilizaria o delinqüente como mero instrumento para se evitar a prática de novos delitos no futuro. Se a medida da pena estivesse exclusivamente em razão das exigências da prevenção especial, os delinqüentes perigosos seriam punidos com penas muito elevadas, mesmo que tivessem perpetrado delitos de escassa gravidade.

2. O conceito material de culpabilidade de Muñoz Conde

Muñoz Conde rejeita o conceito tradicional de culpabilidade, dada a impossibilidade de se demonstrar se uma determinada pessoa, na situação concreta em que se encontrava, podia ou não agir de outro modo²⁹. Por outra parte, considera que, ainda que se pudesse aferir a capacidade de agir de outro modo, tal

²⁵ Vide Jakobs, *Schuld und Prävention, Recht und Staat*, 1976 e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2 ed., Walter de Gruyter, Berlim-Nova Iorque, 1991, p.469-470 e 480 e ss. Vide uma crítica detalhada da tese de Jakobs em Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, p.23 e ss. e 29 e ss., Bernd Schünemann, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, em *Frundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlim-Nova Iorque, 1984, p.170 e ss. (La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo, em *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, trad. por J. M^º Silva Sánchez, Tecnos, Madri, 1991, p.159 e ss.), Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, separada de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlim, p.158-159, Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p.168 e ss. e Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3^ª ed., Verlag C. H. Beck, 1997, p.738-740. Também Achenbach considera que a imputação subjetiva (termo que, segundo ele, deve substituir a culpabilidade, pela imprecisão que vitima este último) está exclusivamente em função das exigências da prevenção geral positiva; vide Hans Achenbach, *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*, em *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p.137 e ss. e 140 e ss.

²⁶ Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introdução, p.21-22 e 28.

²⁷ Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introdução, p.21, nota 37.

²⁸ De outra opinião Achenbach (lug.clt., p.143-145 e 151), considerando que a prevenção geral positiva, que concebe como reafirmação do ordenamento jurídico mediante o fomento da fidelidade ao Direito, encontra seu limite na pena tida como justa; mas, como assinala Roxin, apenas é considerada justa, pelos cidadãos, uma pena se adequada à medida da culpabilidade; vide Roxin, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, em *Schw. Z. f. Strafrecht*, 1987, fasc. 4^º, p.364.

²⁹ Vide F. Muñoz Conde, *El principio de culpabilidad*, III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, p.223 e *Teoría general del delito*, 2 ed., Tirant lo Blanch, Valência, 1989, p.120 e 123.

capacidade não poderia servir de fundamento material da culpabilidade. No estado de necessidade exculpante (nº 5 do art. 20 do novo Código Penal) ou na eximente do medo insuperável (nº 6 do art. 20) o autor pôde agir de outro modo e, todavia, resta excluída a culpabilidade³⁰.

O importante, diz Muñoz Conde, não é se o sujeito pôde escolher entre várias formas de conduta, mas se pôde abster-se de realizar a conduta proibida pela norma. O conceito material de culpabilidade deve ser deduzido, por isso, da função de motivação da norma. A culpabilidade, do ponto de vista material, pressupõe a capacidade de motivação pela norma³¹.

Muñoz Conde considera imprescindível o recurso a um elemento normativo para delimitar a existência da capacidade de motivação e, conseqüentemente, de culpabilidade em sentido material, e tal elemento é fornecido pelas exigências da prevenção geral em uma sociedade e em um momento determinados³². Com isso, sua concepção acaba por coincidir substancialmente com a de Jakobs, para quem a culpabilidade é apenas um reflexo da prevenção geral³³.

A capacidade de motivação pela norma requer a participação do indivíduo nos bens jurídicos objeto de proteção. Isso significa que o autor por convicção não age culpavelmente. Se infringe a norma com convicção, por considerá-la carente de obrigatoriedade para ele, dadas suas crenças religiosas, morais ou políticas, faltarão não apenas a culpabilidade moral, mas também a culpabilidade jurídica³⁴. Muñoz Conde faz uma ressalva, porém, em relação aos bens jurídicos essenciais para a vida em comum, como a vida, a saúde e a liberdade, e nas hipóteses de

³⁰ Vide Muñoz Conde, *El principio de culpabilidad*, p.224-225, *Über den materiellen Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1978, fasc.3, março, p.68-69 e *Teoría general del delito*, 2 ed., Tirant lo Branch, Valência, 1989, p.121 (embora nessa segunda edição passe a conceber a eximente do estado de necessidade sempre como uma causa de justificação; vide p.101).

³¹ Vide Muñoz Conde, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, em *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymann's Verlag, 1974, p.324 e ss., *El principio de culpabilidad*, p.229 e ss., *Über den materiellen Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, p.73-74 e *Teoría general del delito*, p.123.

³² Vide, sua *Introducción a culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, coletânea de artigos de Roxin, traduzidos por Muñoz Conde para o espanhol, Reus, Madri, 1981, p.34-36, *Culpabilidad y prevención general*, em *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Universidade Autônoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p.166 e ss. e *Monismo y dualismo en el Derecho Penal español*, *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, Universidade de Santiago de Compostela, 1983, p.228 e ss. (publicado também em alemão, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1984, fasc.5, p.224 e ss.).

³³ Segundo Muñoz Conde: "A pena adequada à culpabilidade pode cumprir perfeitamente a função preventiva geral, porque se se entende a culpabilidade como fazemos aqui, a pena ajustada à culpabilidade é também uma pena adequada do ponto de vista da prevenção geral"; vide, *Introducción*, p.35-36.

³⁴ Vide Muñoz Conde, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, p.326 e ss., *El principio de culpabilidad*, p.231 e ss. e *Über den materiellen Schuldbegriff*, p.74 e ss.

interferência em esfera jurídica alheia³⁵. Destaca, por isso, a importância da forma do ataque; regra geral, nenhuma omissão baseada em uma decisão de consciência será culpável³⁶.

Por último, Muñoz Conde considera que a função ou papel social do indivíduo é outro elemento do conceito material de culpabilidade, pois serve para delimitar o âmbito da exigibilidade de obediência ao Direito³⁷.

O conceito material de culpabilidade, como capacidade de motivação pela norma, apenas aparentemente permite fazer abstração do problema do livre-arbítrio³⁸. O conhecimento atual ou possível das normas (proibições ou mandatos) e a participação nos bens jurídicos não permitem, por si sós, fundamentar um juízo de desvalor sobre o autor, se este não podia agir de outro modo. Por isso Roxin, que concebe a culpabilidade como capacidade de motivação pela norma, suscetível basicamente de comprovação empírica mediante os conhecimentos da Psicologia e da Psiquiatria, entende imprescindível a introdução de um elemento normativo na culpabilidade. O sujeito, cuja capacidade de autodeterminação, e, de conseguinte, de motivação pela norma, estejam intactas, é tratado como se fosse livre; a ele é atribuída a capacidade de agir conforme as exigências do ordenamento jurídico. A culpabilidade é, por isso, segundo Roxin, um conceito misto empírico-normativo³⁹.

³⁵ Vide Muñoz Conde, *Über den materiellen Schuldbegriff*, p.75-76. Em seu trabalho anterior, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, p.327-328, considerava, ao contrário, que o autor por convicção, quando não respeitava por motivos de consciência bens jurídicos essenciais, não agia culpavelmente. Revelava-se uma pessoa incapaz de viver em sociedade, como um inimputável, sujeito assim a medidas de segurança. Vide uma pertinente crítica dessa solução, proposta inicialmente por Muñoz Conde, em Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.30-31, entendendo, com razão, que "exprime um risco para as garantias da pessoa, a nosso aviso intolerável".

³⁶ Vide *Über den materiellen Schuldbegriff*, p.75, onde aponta, inclusive, a possibilidade de exclusão nesses casos da antijuridicidade da conduta.

³⁷ Vide *Über den materiellen Schuldbegriff*, p.76 e ss.

³⁸ A objeção é válida também para o conceito material de culpabilidade, como capacidade de motivação pela norma ou pela ameaça penal, sustentado por E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 2 ed., Akal, Jure, Madri, 1990, p.176-177.

³⁹ Vide Roxin, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, p.368-369 e *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p.740 e ss. Roxin considera que, por não se poder provar empiricamente a capacidade de agir de outro modo, a pena não pode ter sua justificação na culpabilidade e rejeita, por isso, seu caráter retributivo e a possibilidade de sua imposição pressupor uma reprovação ética. Admite, porém, que a culpabilidade não apenas é o limite (em favor das exigências do Estado de Direito), mas também um dos fundamentos da pena. Esta se baseia na culpabilidade e em sua necessidade, do ponto de vista da prevenção geral e da prevenção especial. Propõe Roxin a substituição da culpabilidade pela responsabilidade, como elemento essencial do delito. Somente se verifica a responsabilidade quando, existindo culpabilidade, a pena é demais disso necessária do ponto de vista preventivo. Nas causas de inculpabilidade lastreadas na idéia da não-exigibilidade de outra conduta, as denominadas causas de desculpa na ciência do Direito Penal alemã (vide, a esse respeito, meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, II, Tecnos, Madri, 1990, p.34, nota 120), existe culpabilidade, mas a pena não é necessária do ponto de vista da prevenção geral e da prevenção especial; vide Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, p.724-727. Em nosso país aderiu à tese de Roxin, com alguns matizes, Mercedes Pérez Manzano, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p.191 e ss. e 197 e ss., que faz uma exposição e análise crítica da evolução do pensamento de Roxin em matéria de culpabilidade. Vide minha crítica da concepção original de Roxin, segundo a qual a

O requisito da participação nos bens jurídicos para a afirmação da existência de culpabilidade, no sentido material, parece-me inadmissível, pois faria depender a vigência do ordenamento jurídico da aceitação efetiva de suas normas pelos cidadãos. No autor por convicção, por exemplo o insubordinado, que recusa não apenas o serviço militar, mas também a prestação social substitutiva⁴⁰, ou o pai, a testemunha de Jeová, que rejeitam, por suas crenças religiosas, a realização de uma transfusão de sangue em seu filho menor de idade, em uma intervenção cirúrgica, dando lugar à sua morte⁴¹, não existe culpabilidade moral, mas sim culpabilidade jurídica. Entendem também, na Ciência do Direito Penal espanhola, que a conduta do autor por convicção não exclui a culpabilidade jurídica, Córdoba Roda⁴², Torío⁴³, Rodríguez Devesa⁴⁴, Cobo del Rosal-Vives Antón⁴⁵, Sainz Cantero⁴⁶, e Mir Puig⁴⁷. Tamarit, afastando-se da opinião majoritária, admite a exclusão, em alguns casos, da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade na atuação do autor por convicção, com base na idéia da não-exigibilidade de outra conduta⁴⁸. Gómez Benítez entende possível a aplicação ao autor por convicção de uma causa supralegal de exclusão da punibilidade, invocando as normas constitucionais sobre os fins da pena, quando a aplicação de uma pena não for necessária. Propõe que se exijam como requisitos, para isso, o motivo de consciência, a não-invasão de uma esfera jurídica alheia e a finalidade de preservação de um bem jurídico penalmente protegido⁴⁹. Carlos Pérez del Valle sustenta que no autor ou no fato por motivo de consciência falta a responsabilidade pelo fato, elemento do conceito de delito intermediário entre a antijuridicidade e a culpabilidade, cujo reconhecimento propugna em nosso país Bacigalupo (a

culpabilidade deveria ser o limite, mas não o fundamento da pena, em meu artigo, *Culpabilidad y pena*, em *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p.186 e ss. Nela esclarecia também que as causas de inculpabilidade não se explicam exclusivamente em função das exigências da prevenção geral e da prevenção especial; a culpabilidade desempenha também nelas um papel decisivo (vide p.191 e ss.).

⁴⁰ Incorre no tipo delitivo do art. 527 do novo Código Penal.

⁴¹ Incide nas penas do tipo delitivo de omissão de socorro do art. 195 e de homicídio por omissão (art. 138, combinado com o art. 11), aplicando-se este último em se tratando de concurso de normas a ser resolvido com base no princípio da alternatividade (art. 8, 4^ª, do Código Penal).

⁴² Vide Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.30-31.

⁴³ Vide Torío, *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 36, 1988, p.761.

⁴⁴ Vide Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, Parte General, p.440-441.

⁴⁵ Vide Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p.408-409.

⁴⁶ Vide Sainz-Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, III, p.18.

⁴⁷ Vide Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p.537-538.

⁴⁸ Vide Josep M^ª Tamarit, *La libertad Ideológica en el Derecho Penal*, P. P. U., Barcelona, 1989, p.422 e ss.

⁴⁹ Vide José Manuel Gómez Benítez, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, publicado em *Ley y conciencia*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidade Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, p.78-80.

diminuição do injusto, do desvalor da ação e do desvalor do resultado, seriam, nesses casos, consequência da influência do art. 16 da Constituição, onde se garante a liberdade de consciência)⁵⁰⁻⁵¹.

Influindo a natureza dos motivos na medida da culpabilidade⁵², é possível ter em conta, todavia, a motivação ética do autor por convicção na medição da pena, na margem de arbítrio judicial que permite a regra 1ª do art. 66⁵³, ou a aplicação por analogia e, nesse caso, como muito qualificada, a atenuante de furor ou obsessão (circunstância 6ª, em relação à 3ª, do art. 21)⁵⁴.

A função ou papel que o indivíduo desempenha na sociedade e os deveres jurídicos inerentes ao mesmo influem, sem dúvida, na medida da exigibilidade da obediência ao Direito.

3. O conceito de Mir Puig

Embora na última edição de sua Parte Geral do Direito Penal Mir Puig substitua o termo “culpabilidade” por “imputação pessoal”, preocupa-se em determinar o fundamento material da mesma, polemizando com os conceitos materiais de culpabilidade⁵⁵.

Mir Puig parte também da impossibilidade de se demonstrar empiricamente a capacidade de agir de outro modo e mostra, inclusive, sua inclinação pela hipótese determinista⁵⁶. Rechaça, todavia, a concepção material da

⁵⁰ Vide Carlos Pérez del Valle, *Conciencia y Derecho Penal, Límites a la aplicación del Derecho Penal en comportamientos de conciencia*, Editorial Comares, Granada, 1994, p.284 e ss. e especialmente 294 e ss. e sobre a responsabilidade pelo fato, *infra*, p.34 e ss.

⁵¹ A sentença 75/92, de 3 de fevereiro, do *Juzgado de lo Penal* nº 4, de Madri, aplicou a um insubordinado a eximente do estado de necessidade, do nº 7 do art. 8º, do antigo Código Penal, como causa de justificação. O critério é inadmissível, pois a prestação social substitutiva não é um mal, de acordo com as valorações do Direito (vide meu Curso de *Derecho Penal Español*, Parte General, II, p.19-20). O *Juzgado de lo Penal* nº 25 de Madri, na sentença 279/92, de 20 de maio, rejeitou, por outro lado, a aplicação a um insubordinado das eximentes de estado de necessidade (por inexistência de um mal em sentido jurídico) e de agir em cumprimento de um dever, do nº 11 do art. 8º, do Código Penal anterior (por não ser suficiente um dever moral para a aplicação dessa eximente); traz informações sobre essas sentenças Gómez Benítez, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, p.75, nota 12 e 82 e ss.

⁵² Vide *infra*, p.23.

⁵³ Segundo a regra 1ª do art. 66: “Quando não concorrerem circunstâncias atenuantes nem agravantes ou quando concorrerem umas e outras, os Juízes ou Tribunais individualizarão a pena impondo a prevista pela Lei na extensão adequada às circunstâncias pessoais do delinqüente e à maior ou menor gravidade do fato, motivando a sentença”.

⁵⁴ Vide, nesse sentido, Tamarit, *La libertad Ideológica en el Derecho Penal*, p.442-443, e sobre o exame de atenuantes por analogia, meu *Curso de Derecho Penal, español*, Parte General, II, Tecnos, Madr, 1990, p.115 e ss.

⁵⁵ Vide *Derecho Penal*, Parte General, p.113-114, 530-531, 536 e ss., 538 e ss. e 541 e ss.

⁵⁶ Vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p.93-94 e *Derecho Penal*, Parte General, p.542.

culpabilidade, como capacidade de motivação pela norma. Assinala que a capacidade de motivação não está excluída nos inimputáveis e encontra-se presente, sem dúvida, naqueles que atuam em uma situação de inexigibilidade (causas de inculpabilidade baseadas na não-exigibilidade de outra conduta, as denominadas causas de desculpa na ciência do Direito Penal alemã)⁵⁷.

A imputação pessoal exige, segundo Mir Puig, não apenas a capacidade de motivação pela norma (sem a qual não se daria uma infração da norma de determinação), mas a capacidade de *motivação normal* pela mesma (fundamento da responsabilidade penal), capacidade que está excluída nos inimputáveis e nos que agem em situação de inexigibilidade⁵⁸.

Destaca Mir Puig que a imputação pessoal representa um limite às exigências da prevenção no Estado social e democrático de Direito. A imputação pessoal restaria excluída, embora o sujeito fosse ainda suscetível de motivação e a pena pudesse exercer, assim, uma eficácia preventiva. Segundo Mir Puig, “a responsabilidade penal faltaria não por ser desnecessária à pena, mas ao contrário, a possibilidade de pena encontraria um limite (normativo) justamente na falta de responsabilidade penal”⁵⁹.

Em oposição à tese de Mir Puig, sustenta-se que a capacidade de motivação normal pelas normas jurídicas implica a capacidade de agir de outro modo⁶⁰. Mir Puig argumenta, com acerto, que para ele “o sujeito pessoalmente responsável o é não porque tivesse ‘capacidade normal de motivação’ ou de ‘motivar-se’ no sentido de que pudesse ter motivado a si mesmo em uma medida normal a agir de outro modo - o que certamente exigiria liberdade de vontade - mas porque pôde ser (passivamente) e foi motivado normalmente - embora o motivo representado pela norma não tenha se imposto diante de outros motivos”⁶¹. A distinção é nítida, mas a simples capacidade passiva de motivação não pode servir de base à atribuição do fato a seu autor, como pessoa, se este não podia agir de outro modo, ou seja, não podia ser “motivado com êxito” para agir de acordo com as exigências do ordenamento jurídico.

⁵⁷ Vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p.96-97 e *Derecho Penal, Parte General*, p.544. Parece-me mais adequado o termo ‘causas de desculpa’ que o termo ‘causas de exculpação’, que utiliza Mir Puig, pois permite uma delimitação terminológica mais clara a respeito das causas de exclusão da culpabilidade (vide, sobre essa distinção na Ciência do Direito Penal alemã, *lug. cit.*, na nota 49).

⁵⁸ Vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p.99 e ss. *Derecho Penal, Parte General*, p.113-114, e 538 e ss. e 545 e ss.

⁵⁹ Vide *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p.98 e *Derecho Penal, Parte General*, p.546.

⁶⁰ Vide Carbonell, em J. C. Carbonell Mateu, J. L. Gómez Colomer, J. B. Mengual Lull, *Enfermedad mental y delito*, Cívitas, Madrid, 1987, p.32.

⁶¹ Vide *Derecho Penal, Parte General*, p.548, nota 43.

4. Por um conceito empírico-normativo de culpabilidade conforme a Constituição

Antes de assumir uma posição em face do problema do conceito material de culpabilidade, é preciso fazer alguns reparos à orientação de que não se pode comprovar empiricamente se uma pessoa determinada, em uma situação concreta, pôde ou não agir de outro modo.

Henkel, em uma penetrante análise dos limites da comprovação empírica da capacidade de autodeterminação do ser humano, considera que alguns elementos relevantes para o juízo de culpabilidade são suscetíveis de comprovação⁶². A possibilidade de o autor ter ou não podido, na situação concreta, prever o curso externo da ação e suas repercussões (a produção de um determinado resultado de lesão ou perigo), “será atestada mediante um número suficiente de aferições do grau de inteligência e da experiência de vida do autor”. “O mesmo acontece - diz Henkel - com a dúvida sobre se o autor, de acordo com a sua personalidade, nas condições em que se apresenta, poderia compreender o desvalor ou o injusto de sua conduta”. Não são passíveis de comprovação empírica individualizada, porém, outros fatores: “se o autor tinha a possibilidade concreta de assumir emocionalmente o fim de sua conduta considerado como ‘correto’ por sua razão, ou seja, se sua razão podia desencadear os impulsos emocionais do sentimento de valor e de dever, aptos a dirigir a vontade nessa direção. Deve também ficar sem resposta a pergunta sobre se o autor tinha a possibilidade de contribuir através de sua vontade para a produção da energia necessária a superar as inibições e resistências derivadas das circunstâncias externas e (ou) dos impulsos contrapostos da esfera vital ou do sentimento”. É certo, assim, como conclui Henkel, que não cabe um juízo global empiricamente demonstrável da capacidade do delinqüente de agir de outro modo na situação concreta. Essa comprovação, embora de grande transcendência para o juízo de culpabilidade, é possível somente no tocante a certos aspectos parciais.

As dificuldades de aferição da capacidade do delinqüente de agir de outro modo, na situação concreta, não podem ser resolvidas mediante a substituição desse juízo pela capacidade de autodeterminação de outra pessoa na mesma situação. Nem mesmo quando para isso se recorre à figura do ser humano dotado de uma capacidade de autodeterminação média⁶³. A capacidade de decisão ou a

⁶² Vide Henkel, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Karl Larenz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munique, 1973, p.23 e ss.

⁶³ Vide, nesse sentido, por exemplo, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 ed., Duncker-Humblot, 1996, p.410-11 e 427 e ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. da 4 ed. por José Luis Manzanares Samanlego, Editorial Comares, Granada, 1993, p.369-370, 386-387); Henkel, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, p.25; Lenckner, em Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24 ed., C. H. Bech, Munique, 1991, p.171, (nº 110); Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, p.18 (nº 13) e 157 (nº 513); e Arthur Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische*

força de vontade média tampouco é suscetível de comprovação empírica. Seria necessariamente um critério normativo⁶⁴, em cuja concreção influiriam, sem dúvida, as exigências da prevenção geral e da prevenção especial, o que poderia afetar a função da culpabilidade como limite da prevenção. Por outro lado, o critério é absolutamente insatisfatório, visto que o decisivo é saber se o delinquente pôde agir de outro modo na situação em que se encontrava. Quando se demonstra que não pôde agir de outro modo (por ser invencível o erro de proibição, por exemplo), seria injusto afirmar a existência de culpabilidade porque outra pessoa no seu lugar teria podido fazê-lo⁶⁵.

O conceito material de culpabilidade deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira a Constituição⁶⁶. Nossa Constituição⁶⁷, que consagra um Estado social e democrático de Direito, lastreia-se, sem dúvida, na concepção do homem como pessoa, como ser responsável, como um ser capaz de autodeterminação segundo critérios normativos⁶⁸.

Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht (apêndice à 2 ed. de *Das Schuldprinzip*), p.282 ("O juízo de culpabilidade baseia-se sempre em uma analogia"). Córdoba Roda invoca também um critério generalizador ao afirmar: "Admitindo-se, conforme autorizada doutrina, que existam dificuldades praticamente insuperáveis para se poder chegar a afirmar, em virtude de um juízo individualizador, que o sujeito concreto dispunha da referida liberdade de atuação ou sofria de alguma das mencionadas alterações, entendemos que tais situações de ausência ou diminuição de capacidade devam ser concebidas como aqueles estados que produzem esse efeito de ausência ou diminuição em qualquer pessoa na qual concorra o conjunto de elementos integrantes da respectiva situação"; vide Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, p.70.

⁶⁴ Nesse sentido, expressamente, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p.410-11 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p.386-387).

⁶⁵ Vide também, nesse sentido, Torío, *El concepto individual de culpabilidad*, p.683 ("O sujeito não é punido pela sua própria culpabilidade, mas em função da de outro, ou seja, da culpabilidade de um sujeito hipotético, imaginário, que nessa situação teria procedido de um modo diverso do homem real"), que reivindica, com razão, um conceito individual de culpabilidade diante do chamado conceito 'geral' ou 'social', que atende à capacidade de autodeterminação média (vide especialmente p.685 e ss.). Vide também, nesse sentido, o artigo de Torío, *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*, p.760-762 (onde propõe, como Achenbach, na Alemanha, vide supra nota 59 - a substituição do termo 'culpabilidade' por 'imputação subjetiva' ou 'imputação pessoal', por seu caráter mais neutro, para fazer referência "à necessidade de que a ação, além de objetivamente imputável, seja também subjetivamente atribuível a seu atos"; vide p.762-763).

⁶⁶ Vide também, nesse sentido, Zipf, em Maurach-Zipf, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1, 8 ed., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, p.431 (nº 50) e 487 (nº 16).

⁶⁷ Esse conceito material de culpabilidade se harmoniza perfeitamente com o texto constitucional brasileiro. A Constituição de 1988 agasalha uma concepção de Estado de Direito democrático e social, que tem como fundamento, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e, por objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (ar. 3º, I, CF), garantindo a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade (art. 5º, *caput*, CF), sob o primado da lei (art. 5º, II, CF). E, frise-se, o fundamento primeiro do injusto penal, em sentido material, deita suas raízes na Lei Maior (vide, sobre o assunto, Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e Constituição*, São Paulo, RT, 2.ed., 1997, p.50 e ss.) (N.T.).

⁶⁸ Segundo o art. 1, 1 de nossa Constituição: "A Espanha constitui-se em Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político"; e no art. 10, 1 proclama que: "A dignidade da pessoa, os

Essa concepção do homem é, de outra parte, a predominante na moderna Antropologia e a deduzível das investigações da Psicologia comparativa dos seres humanos e dos animais⁶⁹. A inteligência humana e a riqueza de formas de conduta do ser humano não se devem a um maior grau de desenvolvimento e diferenciação dos instintos animais (como supunha a concepção determinista do homem que predominava nos fins do século passado e princípio desse), mas, ao contrário, a uma drástica redução das formas inatas de conduta. Essa desvinculação dos instintos seria fatal para a sobrevivência do ser humano, se não fosse compensada pela sua capacidade de pensamento racional, pela sua capacidade de reagir segundo critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é absurdo, do que é verdadeiro ou falso, do que é valioso ou não). Na psique humana distingue-se um estrato ou camada profunda, inconsciente, onde se aninham os impulsos vitais de autoconservação e de preservação da espécie, as paixões, desejos, aspirações, inclinações e interesses, e uma camada superior, a da personalidade, onde se encontra o Eu, como centro da inteligência e da vontade. Este desempenha uma função de controle dos impulsos da camada profunda, neutralizando-os ou potencializando-os, em resumo dirigindo-os de acordo com seu conteúdo de sentido ou de valor. O ser humano, segundo os conhecimentos da moderna Antropologia, é um ser que se caracteriza precisamente pela capacidade de autodeterminação conforme um sentido.

O Direito partiu sempre da concepção do homem como pessoa, como ser responsável. É difícil imaginar, inclusive, que não o fizesse e partisse de uma concepção determinista do ser humano. As normas seriam concebidas unicamente como fatores causais possivelmente influentes na conduta dos cidadãos. Isso seria ainda mais confuso e disfuncional se os seres humanos se julgam livres, têm o sentimento da liberdade de poder agir em cada momento de um modo ou de outro, de designar livremente os fins de sua conduta. O Direito não pode ignorar a consciência da liberdade dos cidadãos, a visão que têm do mundo e de si mesmos e que se reflete inclusive, como já destacou Schünemann, nas estruturas da linguagem, na reconstrução social da realidade⁷⁰.

A concepção da culpabilidade como capacidade de agir de outro modo vem corroborada não apenas por exigências normativas (o conceito de homem que inspira a Constituição), mas também pela concepção do ser humano da moderna

direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são o fundamento da ordem política e da paz social".

⁶⁹ Vide Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p.142 e ss., *El nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, p.86 e ss.; Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p.409 e ss. e 415 e ss. (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, p.369 e 374-375); Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p.116 e ss.; Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, p.845-846 (nº 13); e Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 23 ed., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p.113.

⁷⁰ Vide B. Schünemann, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, p.163 e ss. e *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*, p.151 e ss.

Antropologia e da Psicologia comparativa, assim como pelo reconhecimento da liberdade de vontade na realidade social, objeto de regulação do Direito⁷¹.

É certo que da capacidade geral de autodeterminação do ser humano não cabe deduzir a capacidade de agir de outro modo de uma pessoa determinada em uma situação concreta. Essa capacidade de agir de outro modo somente pode ser demonstrada empiricamente de forma parcial, como visto. Mas, sempre que comprovada a impossibilidade de agir de outro modo, deve ser excluída, a princípio, a culpabilidade. O juízo de reprovação da culpabilidade jurídico-penal baseia-se apenas em parte na comprovação empírica da capacidade de agir de outro modo e tem sempre como substrato, em maior ou menor medida, a capacidade geral de autodeterminação do ser humano.

A culpabilidade jurídica não coincide, por isso, com a culpabilidade moral. Tratam-se de dois conceitos enraizados na concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de autodeterminação conforme um sentido, mas que não se ajustam plenamente em seu conteúdo. A culpabilidade jurídica não importa sempre uma culpabilidade ética (e não apenas nas hipóteses excepcionais do Direito injusto⁷² e do autor por convicção⁷³). Todavia, são dois conceitos intimamente relacionados, pois a prova, nos aspectos parciais em que for possível, da incapacidade de agir de outro modo exclui não apenas a culpabilidade moral, mas também a culpabilidade jurídica.

A culpabilidade é culpabilidade da vontade. O sujeito é reprovado porque adotou a resolução de vontade de levar a cabo a ação (ou omissão) típica e antijurídica, no lugar de ter adotado uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico⁷⁴.

Partindo-se da concepção do homem como pessoa, como ser responsável, resulta inadmissível a chamada culpabilidade do caráter. Segundo essa concepção

⁷¹ Hirsch trata de fundamentar recentemente o princípio de culpabilidade não na existência do livre arbítrio, mas no seu reconhecimento pelos cidadãos; vide, H. J. Hirsch, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, Z. Str. W. 1994, fasc. 4º, p.763 e ss.

⁷² O Direito injusto é, na minha opinião, obrigatório enquanto não importa em infração grave a um princípio material de justiça, especialmente ao princípio, de validez *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana; vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introdução, p.18.

⁷³ Vide *supra*, p.14.

⁷⁴ Na culpa inconsciente (na qual o sujeito não previu, mas pôde prever a possibilidade da produção do resultado) esbarra em dificuldades a teoria da culpabilidade como culpabilidade da vontade, como assinala Arthur Kaufmann; vide *Das Schuldprinzip*, p.156 e ss. Segundo Arthur Kaufmann, não existe culpabilidade em todos aqueles casos em que não se deu anteriormente à produção do resultado um momento de infração consciente do dever de cuidado: se, no conhecido exemplo de Mezger, a mulher que deixou sobre a mesa da cozinha a garrafa com o líquido corrosivo não pensou, em nenhum momento, na possibilidade de que seu filho se ferisse. Nessas hipóteses de culpa inconsciente existe, a meu ver, culpabilidade da vontade, ao menos em sentido amplo, pois sendo previsível pela mulher a produção do resultado, pôde adotar uma resolução de vontade diferente. A concepção material da culpabilidade de Arthur Kaufmann (*Das Schuldprinzip*, p.153), como resolução de vontade consciente contra a negativa derivada da representação da produção segura ou possível de um resultado delitivo, parece-me por demais restrita.

material da culpabilidade, que não encontrou ressonância na Ciência do Direito Penal espanhola, uma ação ou omissão típica e antijurídica será culpável quando surja como expressão do caráter a-social do autor⁷⁵, ou simplesmente porque o ser humano deve responder sempre por seu caráter ou maneira de ser⁷⁶. O caráter de uma pessoa depende, porém, apenas em parte de sua vontade e não é possível estabelecer, ademais, quais traços do caráter ou em que medida cada um deles depende de sua vontade⁷⁷.

Dada a concepção do ser humano como pessoa, como ser responsável, tem-se, de outro lado, como insuficiente enquanto fundamento material da culpabilidade a disposição ou estado de ânimo com que o sujeito tenha levado a cabo a ação ou omissão típica e antijurídica. Segundo a teoria da culpabilidade pela disposição de ânimo, desenvolvida principalmente por Gallas e Jescheck⁷⁸ e que não encontrou repercussão na ciência do Direito Penal espanhola, a culpabilidade consiste na "reprovabilidade do fato pela disposição de ânimo, desaprovada pelo ordenamento jurídico, que o inspira"⁷⁹. Não se trata de uma disposição de ânimo permanente ou duradoura, que guarda estreita relação com o caráter da pessoa, mas da disposição de ânimo que inspirava a ação ou omissão concreta realizada. Essa disposição de ânimo é caracterizada no dolo pela hostilidade ou indiferença ao Direito e na culpa pela rapidez ou despreocupação pelos bens jurídicos⁸⁰. Esses penalistas partem da teoria da dupla posição do dolo (que pertenceria ao injusto

⁷⁵ Nesse sentido, Franz v. Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. da vigésima edição alemã por Luis Jiménez de Asúa, II, Reus, Madri, 1916, p.376.

⁷⁶ Nesse sentido, por exemplo, Graf zu Dohna, *Ein unausrotbares Missverständnis*, Z. Strf. W., tomo 66, 1954, p.508-509 ("é uma lei fundamental da vida social que cada um deva responder pelo que faz, sempre que seja emanção de sua personalidade"); Heinitz, *Strafzumessung und Persönlichkeit*, Z. Str. W., tomo 63, 1951, p.74 ("Se responde na vida pelo que se é, sem ter em conta os variados motivos pelos quais chegou-se a ser assim"); e Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, p.44 e ss. e especialmente p.64.

⁷⁷ Vide, nesse sentido, Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p.190 e Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, 440, nota 60. Sobre as dificuldades nas quais esbarra a teoria da culpabilidade do caráter para excluir a culpabilidade nos inimputáveis (alienados ou menores de idade, por exemplo), vide Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p.191-192 e Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p.737-738 (nº 31 e 32).

⁷⁸ Vide W. Gallas, *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*, em *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, Munique e Berlim, 1954, p.323-324, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separada da Z. Str. W., Walter de Gruyter, Berlim, 1955, p.45-46; e Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p.421-422 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p.380). Aderiram a essa concepção Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p.114-116 e 120-121 e Lenckner, em Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p.174-176 (nº 119-123), e está muito próximo dela Schmidhäuser, para quem a culpabilidade consiste na conduta espiritual do autor lesiva a um bem jurídico, na disposição de ânimo que inspira o fato, em que o autor não levou a sério o bem jurídico lesionado; vide Eb. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., J. C. B. Mohr, Tübinga, 1975, p.365 e ss. e *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª ed., J. C. B. Mohr, 1984, p.185 e ss.

⁷⁹ Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, p.45.

⁸⁰ Vide Gallas, *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*, p.323.

como portador do sentido subjetivo da ação, da finalidade e à culpabilidade como expressão da disposição de ânimo hostil ou indiferente ao Direito) e distinguem, assim, uma culpabilidade dolosa e uma culpabilidade culposa. Falam também, por isso, de um tipo de culpabilidade, paralelo ao tipo de injusto, portador de elementos específicos contidos em algumas figuras delitivas.

Embora o fundamento da culpabilidade, no aspecto material, seja a capacidade de agir de outro modo, na medida da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade pela adoção da resolução de vontade contrária às exigências do Direito, influi também, por sem dúvida, a natureza dos motivos. Esse é o fundamento da circunstância agravante da prática de um delito mediante paga, recompensa ou promessa, e da prática de um delito por motivos racistas, anti-semitas ou por discriminação relativa à ideologia, religião ou crença da vítima, etnia, raça ou nação a que pertença, a seu sexo ou orientação sexual, ou em virtude de doença ou invalidez, respectivamente, 3ª e 4ª, do art. 22 do Código Penal espanhol. A motivação ética, no autor por convicção, importa também, por isso, em uma menor reprovabilidade da ação ou omissão típica e antijurídica⁸¹.

O estado ou disposição de ânimo não pode fundamentar por si só a culpabilidade, mas sim pode influir na sua medida. Uma atitude de rebeldia, por exemplo, ante as exigências do ordenamento jurídico acarreta maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e antijurídica. Na circunstância agravante de crueldade (5ª do art. 22 e 5ª do art. 139), a maior gravidade do delito é determinada não apenas pela maior gravidade do injusto, do desvalor da ação, mas também por um elemento subjetivo da disposição de ânimo, a crueldade, que ultrapassa a mera consciência e vontade de produzir sofrimentos desnecessários e implica maior gravidade da culpabilidade.

A capacidade de agir de outro modo pode ser reduzida, em certos casos, pelas circunstâncias anormais em que se produziu a ação ou omissão típica e antijurídica e pela pressão emocional incidente sob o sujeito. Nesses casos, não se exige que essa pessoa atue conforme as exigências do ordenamento jurídico. Esse é o fundamento das eximentes do estado de necessidade como causa de inculpabilidade (nº 5º do art. 20) e do medo insuperável (nº 6º do art. 20). Em tais hipóteses, há culpabilidade, mas tão diminuída que não alcança gravidade suficiente para merecer uma pena, não chega ao limite da culpabilidade jurídico-penal⁸². Na eximente de favorecimento de parentes, prevista no art. 454⁸³, estamos também ante uma causa de exclusão de culpabilidade baseada na idéia da não-

⁸¹ Vide supra, p.15.

⁸² Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, II, Tecnos, Madri, 1990, p.34, nota 120.

⁸³ De acordo com esse preceito, "estão isentos das penas impostas aos favorecedores o cônjuge ou a pessoa ligada de forma estável por análoga relação de afetividade, ascendentes, descendentes, irmãos, naturais ou adotivos, ou afins de mesmo grau do criminoso, salvo quando compreendidos na hipótese número 1 do artigo 451".

exigibilidade de outra conduta⁸⁴. A capacidade de agir de outro modo encontra-se consideravelmente reduzida nesse caso pelo afeto normalmente existente entre parentes. A partir do momento em que se limita o círculo de 'parentes' aos quais é aplicável a eximente (não estão compreendidos, por exemplo, os tios, sobrinhos, ou pessoas do mesmo sexo unidas por relação de afetividade semelhante à dos cônjuges⁸⁵) e em que se presume a existência real de afeto, se não em todos⁸⁶, na maior parte dos casos, são introduzidos elementos objetivos na causa de inculpabilidade⁸⁷. Do mesmo modo como na antijuridicidade existem elementos subjetivos⁸⁸, também na culpabilidade encontram-se elementos objetivos⁸⁹.

5. Culpabilidade pelo fato e pela conduta de vida

O objeto da reprovação da culpabilidade é a realização de uma ação ou omissão típica e antijurídica. A culpabilidade é culpabilidade do fato. No juízo de censura, devem ser levados em conta, todavia, não somente todos os elementos objetivos e subjetivos da ação ou omissão típica e antijurídica realizada, mas também todas as circunstâncias que envolveram a conduta delitativa e que influíram no delinqüente. No que diz respeito a este, é preciso considerar sua vida anterior (o meio social de que procede, se recebeu ou não uma educação adequada, se conseguiu ou não trabalho, seus eventuais antecedentes criminais, etc.) e sua personalidade. Às circunstâncias pessoais faz remissão expressa a regra 1ª do art. 66, relativa à aplicação da pena. Não é que o objeto do juízo de reprovação seja a vida do delinqüente (culpabilidade pela conduta de vida⁹⁰) ou o seu caráter, mas esses dados são relevantes para determinar se a prática da ação ou omissão típica e antijurídica era ou não reprovável ao agente e, em caso afirmativo, em que medida. Não é necessário, portanto, recorrer-se à culpabilidade pela conduta de vida ou à culpabilidade do caráter⁹¹ para fundamentar a culpabilidade na culpa inconsciente,

⁸⁴ Vide, nesse sentido, Rodríguez Muñoz, quanto à eximente de favorecimento de parentes do art. 18 do antigo Código Penal; notas à sua tradução do *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger, I, Ed. Rta. de Derecho Privado, Madri, 1955, p.161.

⁸⁵ Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, II, Tecnos, Madri, 1990, p.146.

⁸⁶ Com as palavras "análoga relação de afetividade" parece que se quer fazer referência unicamente às pessoas de sexos diferentes que vivam uma relação matrimonial de fato, sem que isso implique a necessidade de se provar a existência real de afeto entre elas.

⁸⁷ Vide, nesse sentido, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p.318 e 448.

⁸⁸ Vide meu *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, II, *Teoría jurídica del delito* 1, 5ª ed., Tecnos, Madri, 1997, p.114 e ss.

⁸⁹ Sua existência é reconhecida na Ciência do Direito Penal alemã a partir de Frank; vide, a esse respeito, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p.471-472 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p.426-427).

⁹⁰ Termo cunhado por Mezger; vide Edmund Mezger; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humblot, Berlim-Munique, 1950, p.35-36.

⁹¹ Como fazem, por exemplo, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p.150; e Jakobs, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, p.489 e ss., especialmente p.491. Perfilhando outro entendimento, no mesmo

no erro de proibição vencível, nos delitos perpetrados em estado emotivo ou passional, ou na *actio libera in causa*⁹². Quanto à agravante da reincidência (8ª do art. 22 do Código Penal), não se baseia na culpabilidade pela conduta de vida, mas na maior gravidade da culpabilidade pelo fato. A culpabilidade é maior no novo fato delitivo praticado quando o sujeito já tinha sido condenado anteriormente por outro delito compreendido no mesmo Título do Código e de igual natureza. A sentença anterior importava não só em um juízo de desvalor ético-social sobre a conduta perpetrada, mas também em uma advertência, ignorada pelo delinqüente. Demais disso, este recebeu, a princípio, caso tenha cumprido a pena, um tratamento tendente a possibilitar sua reinserção social.

Nosso Código Penal baseia-se no princípio da culpabilidade do fato, mas excepcionalmente alguns de seus preceitos inspiram-se na concepção da culpabilidade pela conduta de vida. Esse é o caso da receptação habitual (art. 299). Na verdade, essa figura delitiva inspira-se, mais que em um Direito Penal do fato, em um Direito Penal do autor. Pune-se, mais que uma ação ou uma série de ações, um tipo de autor. Deita raízes na culpabilidade pela conduta de vida. Esse preceito do Código Penal espanhol deveria, em razão disso, ser reformado ou suprimido, pois essa concepção da culpabilidade não se harmoniza com a concepção do homem como pessoa. Somente em parte, sendo difícil precisar em que medida, a vida de uma pessoa depende de sua vontade.

sentido do texto, Lenckner, em Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, p.168-169 (nº 105) e Maurach-Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, p.471 e ss., especialmente p.473.

⁹² Denomina-se *actio libera in causa* aquela ação que não era livre no momento de sua realização, mas sim em um momento anterior; por exemplo, se o sujeito colocou-se em estado de transtorno mental transitório com o propósito de delinqüir (nº 1 do art. 20 do Código Penal).