

DA CULPABILIDADE: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA DISCUSSÃO EXISTENTE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA

OF THE CULPABILITY: CONSIDERATIONS FROM THE EXISTING DISCUSSION IN BRAZILIAN DOGMATICS CRIMINAL LEGAL

Andersson Vieira; Fabio Agne Fayet
Centro Universitário da Serra Gaúcha

Resumo: a culpabilidade é um dos institutos jurídico-penais de maior relevância dentro do dogmatismo da área penal, pois, ao longo dos dois últimos séculos foi fruto de inúmeros estudos, bem como sucedeu importante evolução teórica e rompante epistemológico ao próprio direito penal. O presente estudo, desse modo, tem como objetivo estudar a evolução teórica da culpabilidade e o debate que esse instituto proporciona no âmbito acadêmico brasileiro, no tocante à sua posição na estrutura do delito. Para tanto, a pesquisa aponta como problema de pesquisa e hipóteses a possibilidade de a culpabilidade ser simples elemento de valoração da conduta do agente, portanto, mero fundamento à aplicação da pena, ou, pelo contrário, é requisito imprescindível ao delito, e conjuntamente com a tipicidade e a antijuridicidade forma a teoria tripartida do delito. Para verificar as hipóteses sugeridas e responder ao problema, a pesquisa utiliza-se da metodologia hipotético-dedutiva, e dentro dela, como técnica de pesquisa, a bibliográfico-exploratória. Considerando que a culpabilidade sempre foi objeto de inúmeros debates, tanto na dogmática brasileira, como na estrangeira, a pesquisa justifica-se por contribuir de modo singelo com o debate a respeito.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria do delito. Culpabilidade.

Abstract: the culpability is one of the criminal legal institutes of higher relevance within the dogmatism of the criminal area, because, over the last two centuries was the result of a number of studies, as well as important theoretical and epistemological burst evolution to their own criminal law. The present study therefore aims to study the theoretical evolution of the culpability and the debate that his institute provides under Brazilian academic, with regard to your position in the structure of the offense. To this end, the research points out how search problem and chance the possibility of culpability be simple valuation element of the conduct of the agent, therefore, mere unfounded the application of the penalty, or, on the contrary, it is an essential requirement to the offense, and in conjunction with the typicality and the antijuridicidade form the tripartite theory of the offense. To check the suggested hypotheses and answer to the problem, the search uses hypothetical deductive-methodology, and within it, as a technique of bibliographic research, exploratory. Whereas the guilt always was the subject of numerous debates, both in Brazilian, as in dogmatics, the research is justified for contributing so simple with the debate about it.

Keywords: Criminal law. Theory of the crime. Culpability.

1. Introdução

O dogmatismo penal, durante os dois últimos séculos, apresenta-se em constante evolução, por conta do desenvolvimento e superação de teorias relativas às diversas questões inerentes ao Direito Penal. Dentre tantas teorias e estudos realizados no mencionado tempo, podem ser destacadas, por exemplo, as evoluções inerentes às teorias da ação, do dolo, da culpabilidade e também da pena, com inúmeros estudos apresentados por estudiosos de diferentes países, sempre em busca do aperfeiçoamento e explicação da dogmática penal relacionada ao fenômeno do delito.

O instituto jurídico-penal da culpabilidade, como apontado, também foi fruto de constantes e importantes estudos dogmáticos a respeito de sua conceituação e local dentro da teoria do delito. Fruto de diversos debates acadêmicos, tanto na doutrina alemã, como na de outros países, a culpabilidade apresenta-se, em verdade, como um instituto ainda não acabado. Dentre os debates existentes, menciona-se, para fins da presente pesquisa, o verificável na doutrina brasileira, relacionado à situação da culpabilidade no tocante à teoria do delito.

Ocorre que, ao estudar a dogmática-penal brasileira relativa ao conceito de crime, nota-se que existem duas correntes com posicionamentos e argumentos diferentes no que tange à posição topológica da culpabilidade na teoria do delito. Para a primeira corrente, que adota a teoria bipartida, o delito é apenas fato típico e ilícito; já para a segunda corrente, cujos defensores adotam a teoria tripartida, o estrato do crime inclui a culpabilidade. Dessa forma, levanta-se o seguinte questionamento para fins da presente pesquisa: a culpabilidade é simples pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartida), ou integra o conceito de crime (teoria tripartida)?

Para responder ao problema de pesquisa sugerido, são arguidas duas hipóteses, a serem confirmadas ou não a partir do estudo que será realizado infra: a primeira hipótese sugere que a corrente bipartida possui razão, ao fundamentar que a culpabilidade está ligada apenas e tão somente à pena, e não faz parte da teoria do delito; a segunda hipótese sugerida, por sua vez, diz respeito à teoria tripartida, apontando que a culpabilidade está inter-relacionada com os demais elementos do delito, e assim sendo, a primeira teoria acaba por não possuir fundamento axiológico na dogmática-penal doméstica.

Assim, o principal objetivo da pesquisa, em suma, é o estudo do instituto da culpabilidade e suas nuances na dogmática brasileira, e especificamente, a verificação das

hipóteses levantadas, flutuando pelas duas posições doutrinárias mencionadas, a fim de trazer ao texto os argumentos necessários para a confirmação ou não das hipóteses. Impende destacar, ainda, que prefacialmente ao debate dogmático sugerido, será realizado, embora em breves laudas, referência ao conceito de culpabilidade, bem como sua evolução teórica, até culminar na atual formulação do instituto jurídico-penal.

Sabendo que o debate acadêmico é por assaz importante à evolução do conhecimento científico relacionado à dogmática jurídica, mormente quando se trata de questões que envolvem o Direito Penal, a presente pesquisa, justifica-se, portanto, academicamente por contribuir ao debate sobre a culpabilidade e sua alocação na teoria do delito. Por oportuno, insta ressaltar que há pretensão alguma em esgotar o tema, e sim, contribuir, até porque, a culpabilidade é elemento de inesgotáveis debates.

Para a realização da pesquisa, a metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva – por apresentar hipóteses a serem verificadas –, e dentro desta forma metodológica, tem como técnica de pesquisa a bibliográfico-exploratória, pois se utiliza de textos dogmáticos para construção do texto, tanto de autores brasileiros, quanto de estrangeiros.

2. Considerações preliminares: conceito de culpabilidade e evolução dogmática

A presente pesquisa, como exposto nas linhas introdutórias, pretende estudar as correntes teórico-dogmáticas que dão contornos diversos à culpabilidade no Direito Penal brasileiro. Assim, é por assaz importante compreender, antes de adentrar ao debate, em qual estágio encontra-se a culpabilidade, e como está sediada na dogmática brasileira. Desse modo, o presente tópico serve a isso, expor, embora de forma não extensa, a evolução dogmática da culpabilidade, sem descuidar, no entanto, a diferenciação entre as expressões culpa e culpabilidade.

Com efeito, cabe esclarecer, inicialmente, que a palavra culpa apresenta os mais diversos significados possíveis, sendo, dessa forma, aplicável às diversas áreas do conhecimento, como filosofia, psicologia, religião e direito.¹ Nesse sentido, Tangerino refere que, “pode-se afirmar que a ideia de culpa está associada à de responsabilidade, de caráter

¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

duplo: trata-se de tornar o agente responsável por sua ação e, conseqüentemente, pelos resultados dela advindos”².

Nada obstante, nota-se, também, que usualmente a palavra culpa, de onde provém a expressão culpabilidade, é de uso corriqueiro, pois, utilizada a todo instante, “na linguagem comum, para imputação de a alguém de um fato condenável”³, como assevera Toledo. Assim, consoante afirma o autor, “o tema culpa adquire, pois, na linguagem usual, um sentido de atribuição censurável, a alguém, de um fato ou acontecimento”⁴. Exemplificando, Tangerino narra o seguinte:

Em outras palavras: a atribuição de culpa tem sempre em vista a busca de *status quo ante*. No âmbito da religião, o reconhecimento da culpa inspira o pedido de perdão, que conduz o pecador novamente ao estado de pureza; no da psicologia, a culpa conduziria o autor à busca inconsciente de uma punição, por meio da qual a equação seria novamente equilibrada; no Direito penal, a culpa é a porta para a pena que serve como uma compensação.⁵

Assim, no tocante ao aspecto jurídico, a expressão culpa assume a denominação de culpabilidade, uma vez que, e novamente remetendo à lição de Tangerino, “em sentido técnico-jurídico culpa é sinônimo de negligência, fiel à tradição romana que conhecia três modalidades de produção de resultado: a título de dolo, culpa e acaso”⁶, daí que, “o juízo de responsabilidade em face da ação e das suas conseqüências, assim, acabou recebendo outra denominação: a de culpabilidade”⁷.

Portanto, no âmbito do direito, ao referir-se sobre a culpabilidade, fala-se de conceito normativo, resultado de longa evolução dogmático-doutrinária, vinculado, ainda, ao princípio da culpabilidade, expresso na máxima latina *nullum crimen sine culpa*, o qual norteia a ideia de imputação ao agente.⁸ Este princípio, conforme Batista, “deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”⁹; ainda, que “deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja

² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 216.

⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

⁷ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 607.

⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja subjetivamente atribuível”¹⁰. A partir desta conceituação, refere-se, portanto, que a culpabilidade funciona como fundamento e limite da pena, pois é a partir dela que se contatará se ao agente que cometeu determinado fato ilícito e antijurídico, se pode opor certa pena dentro dos parâmetros legais.¹¹

Por ser instituto jurídico de relevante estudo para a dogmática penal, a culpabilidade vem sendo objeto de substanciais apontamentos e alterações ao longo das últimas décadas, quiçá, do último século, tendo em vista que, por conta dos variados estudos apresentados, sofreu formulações diversas, chegando ao estágio atual, adotado pela doutrina brasileira, onde prepondera que a culpabilidade é formada pela imputabilidade, pelo potencial conhecimento da ilicitude e pela inexigibilidade de conduta diversa.¹² Na mencionada evolução teórica, até chegar ao atual estado da arte, culpabilidade seguiu caminho pela teoria causal-naturalista, passando à teoria psicológico-normativa, posteriormente à teoria normativa pura da culpabilidade, todas explicitadas nas linhas infra.

Para a teoria causal-naturalista, o delito dividia-se em duas partes, uma externa e outra interna; na parte externa, situavam-se a ação típica e antijurídica, e na interna, encontrava-se a culpabilidade, onde se aferiam os elementos subjetivos do agente.¹³ Para esta teoria, portanto, o dolo e a culpa eram eles próprios duas espécies de culpabilidade.¹⁴ Nesse sentido, Greco expõe que:

¹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

¹¹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

¹² TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

¹³ A respeito da teoria causal-naturalista, importa trazer de Lizst, um de seus formuladores: “I. Para podermos fixar a ideia do injusto, devemos investigar qual é o conjunto de circunstâncias a que a ordem jurídica liga os efeitos do injusto. As circunstâncias que são a condição para que siga um efeito jurídico consistem sem exceção alguma em fatos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Mas os efeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados fatos. As circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos, que independam da vontade humana, mas somente ações humanas. II. Ação é, pois, o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos de que se compõe a ideia e ação e, portanto, a de crime: ao de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. (LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 217-218).

¹⁴ GRECO, Rogério. **Direito penal: lições**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

Mais do que elementos, dolo e culpa eram espécies de culpabilidade. A imputabilidade era tido como um pressuposto da culpabilidade. Antes de aferir dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o agente era imputável, ou seja, capaz de responder pelo injusto penal por ele levado a efeito. Os elementos subjetivos eram responsáveis pelo estabelecimento da relação psicológica entre o autor e o fato.¹⁵

Dessa forma, a culpabilidade assentava-se em elementos puramente psicológicos, sem qualquer ingrediente de ordem normativa, de forma que, questionava-se apenas se determinada conduta havia ou não causado o resultado, e se havia relação psicológica entre a conduta e o resultado, assim, para Zaffaroni, “dentro deste conceito, a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação”¹⁶

A culpabilidade restava caracterizada, em síntese, como assevera Callegari, “como uma relação de causalidade psíquica entre o autor e seu fato”¹⁷, ou seja, ainda na lição do autor, “o delito aparece, pois, como resultado de uma dupla vinculação causal: a relação de causalidade material, que dá lugar à antijuridicidade, e a conexão de causalidade psíquica, em que consiste a culpabilidade”¹⁸. Diante dessas considerações, pode-se afirmar, na lição de Greco, que a culpabilidade “queria significar o vínculo psicológico que ligava o agente ao fato ilícito por ele cometido, razão pela qual esta teoria passou a ser reconhecida como uma teoria psicológica da culpabilidade”¹⁹. Sobre este conceito, de forma elucidativa, Santos leciona o seguinte:

O conceito psicológico de culpabilidade contém dois elementos: a) a imputabilidade, capacidade geral de compreender o valor do fato e de querer conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de menoridade ou de doença mental; b) a relação psicológica do autor com o fato, como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação do fato por imprudência, imperícia ou negligência.²⁰

¹⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 603. Além do ensinamento de Zaffaroni e Pierangeli, Toledo expõe que “a culpabilidade esgota-se nestas duas púnicas relações que se supunha pudesse existir entre o agente e seu fato: o dolo e a negligência. Dentro de tal construção, o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade, pois não se enxergava nesta última outro elemento além dos dois primeiros. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219-220.)

¹⁷ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175.

¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175.

¹⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 352.

²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 152.

A teoria psicológica, todavia, apresentava questões não esclarecidas, passando, desse modo, a sofrer críticas, por deixar de esclarecer, por exemplo, a questão relativa aos delitos culposos, tendo em vista que, não havia forma, pela aplicação da teoria, de explicar a relação psicológica nestes delitos.²¹ Além do mais, como assenta Santos, “os defeitos do conceito psicológico determinaram seu abandono: a relação psíquica do autor com o fato não existe na imprudência inconsciente; a estrutura psicológica do conceito é incapaz de compreender as hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso”²².

Devido às dificuldades apresentadas pela teoria psicológica, idealizada, como apontado, a partir da teoria causal-naturalista, foi desenvolvida, então, a chamada teoria psicológico-normativa, a qual promoveu alterações no conceito e elementos integrantes da culpabilidade. A partir desta nova formulação dogmática, conforme ensinamento de Toledo, “o dolo e a culpa *strictu sensu* deixam de ser espécies de culpabilidade e passam a ser elementos dela”²³, assim, continua o citado autor, “a culpabilidade se enriquece, pois, com novos elementos – o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme a norma”²⁴. Nesse viés, de acordo com Greco,

Agora, para que o agente possa ser punido pelo fato ilícito por ele cometido, não basta a presença dos elementos subjetivos (dolo e culpa), mas sim que, nas condições em que se encontrava, podia-se-lhe exigir uma conduta conforme o direito. O conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma passa a refletir-se sobre toda a culpabilidade. Com a introdução desse elemento de natureza normativa, os problemas que anteriormente não conseguiam ser solucionados pela teoria clássica, v.g., o da coação irresistível, a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e o estado de necessidade exculpante já poderiam ser tratados no campo

²¹ Conforme Zaffaroni, “o conceito de culpabilidade como relação psicológica não serve para explicar a culpa inconsciente, e por isto alguns pensaram que a culpa inconsciente não é um problema do direito penal. Por outro lado, este conceito de culpabilidade enfrenta um sério problema: o doente mental, por exemplo, age com uma relação psicológica, de modo que não se poderia negar a existência do delito em sua conduta. Alguns tentam contornar este inconveniente, afirmando que a imputabilidade é um pressuposto da culpabilidade, o que, evidentemente, não é correto, porque o mais frequente será que o doente mental aja com capacidade para uma relação psicológica, isto é, para o dolo. Outros, em franca minoria, são mais coerentes quanto ao sistema que defendem e afirmam que a imputabilidade é uma simples causa de exclusão da pena, mas não do delito. O certo é que o problema da culpa, tal como o da imputabilidade, não podia ser satisfatoriamente resolvido dentro desta concepção. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 603-604.)

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 152.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223.

da culpabilidade, tendo em vista o conceito de inexigibilidade de conduta conforme a norma.²⁵

Inobstante, calha salientar, ainda, que a teoria assume este nome – psicológico-normativa –, por manter os elementos subjetivos – dolo e culpa –, agregando-se, junto a eles, elementos normativos – imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa –. Desse modo, tal teoria, em verdade, é uma evolução teórica dentro do sistema causal, e não uma superação propriamente dita.²⁶ Com efeito, o conceito psicológico-normativo de culpabilidade, resta definido, então, na lição de Santos, da seguinte forma: “a) imputabilidade; b) relação psicológica do autor com o fato, como dolo ou imprudência; c) exigibilidade de comportamento diverso, fundada na normalidade das circunstâncias do fato”²⁷.

Apesar da evolução dogmática vislumbrada pela teoria psicológico-normativa, a culpabilidade ainda apresentava internamente elementos subjetivos – dolo e culpa –, devido, sobretudo, de a teoria ainda estar fundada no sistema causal. Assim, em superação à teoria causal-natural, foi apresentada, por Welzel, a chamada teoria finalista, cuja redefinição do conceito de ação teve resultados na culpabilidade enquanto elemento integrante da teoria do delito.²⁸ A respeito da teoria finalista, Welzel, idealizador dela, explica o seguinte:

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prevê, em determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según um plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está em condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es um actuar dirigido concientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.²⁹

²⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 353.

²⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 355.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 153.

²⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 355.

²⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

A teoria finalista, então, expõe que a ação humana é voltada a um fim, ou seja, a conduta é realizada visando uma finalidade, independentemente se lícita ou ilícita, e desse modo, o dolo não poderia mais ser analisado dentro da culpabilidade, sendo, portanto, transportado para a tipicidade – surgindo, então, a teoria normativa da culpabilidade.³⁰ Para Welzel, “la teoría de la culpabilidad elimina los elementos subjetivo-psíquicos y retiene solamente el elemento normativo de la reprochabilidad”³¹, assim, continua o autor, “ninguno de los elementos anteriores se ha perdido, pero cada uno pasa a ocupar su lugar más adecuado, sobre la base de la comprensión de la estructura finalista de la acción, con lo cual nos capacitamos para las soluciones más correctas”³².

Com isso, a teoria normativa afastou definitivamente os elementos anímicos – dolo e culpa – da culpabilidade, deixando-a constituída tão somente por elementos normativos – imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, restando, assim, limitada à reprovabilidade ou censurabilidade conquanto observados cada um destes elementos para se realizar o juízo de reprovação ao agente.³³ Em síntese, os estudos

³⁰ Em complemento, importa expor lição de Greco, ao expor o seguinte: A teoria finalista modificou enormemente o sistema causal. A começar pela ação, como vimos, que agora não mais podia dissociar-se da sua finalidade. Toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não mais podia ser analisado em sede de culpabilidade. Welzel o transportou para o tipo, dele afastando a sua carga normativa, isto é, a consciência sobre a ilicitude do fato. O dolo finalista é um dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração. Na verdade, o elemento subjetivo foi conduzido para a ação. É através da ação que percebemos a finalidade do agente. A adequação da conduta ao modelo abstrato previsto pela lei penal (tipo) somente pode ser realizada com perfeição se conseguirmos visualizar a finalidade do agente. (GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 356.)

³¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 151-152.

³² WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 151-152.

³³ A respeito dos elementos constitutivos da culpabilidade no finalismo, Callegari expõe o seguinte: “Concretamente, o conteúdo da culpabilidade fica no finalismo constituído pelos seguintes elementos: 1) À imputabilidade, sob esta denominação, incluem-se aqueles requisitos que se referem à maturidade psíquica e à capacidade do sujeito para se motivar (idade, doença mental). É evidente que, se não se tem as faculdades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, não pode haver culpabilidade. 2) A possibilidade de conhecimento da antijuridicidade ou potencial consciência da ilicitude. O dolo passa ao injusto somente como “dolo natural”, porque não inclui o conhecimento da proibição (que no causalismo pertence ao dolo como *dolus malus*). O exame deste aspecto fica para a culpabilidade, mas não já com um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, senão como possibilidade, normativamente determinável, de dito conhecimento. Deve-se comprovar se o sujeito podia conhecer a proibição do fato, enquanto condição de poder adequar a conduta à norma. A falta de dita possibilidade não exclui, pois, o dolo, senão que exclui a culpabilidade (erro de proibição invencível). 3) Exigibilidade de conduta diversa. Exige-se que nas circunstâncias do fato o sujeito tivesse a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar o comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido”. (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 178-179.)

realizados e apresentados pelo finalismo decantaram o dolo e a culpa da culpabilidade, realocando-os na tipicidade. De forma precisa, Santos leciona que a culpabilidade, por consequência, “é reprovação de um sujeito imputável (o sujeito pode saber [e controlar] o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito sabe, realmente, o que faz) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz), um tipo de injusto”³⁴.

Fechando o presente tópico, pode-se afirmar, então, que a culpabilidade atualmente está lastreada na teoria normativa, desenvolvida a partir do finalismo de Welzel, cuja dogmática separou os elementos psicológicos dos normativos, deslocando os primeiros para a ação, deixando, portanto, a culpabilidade formada apenas e tão somente com os elementos de cunho normativo. Desse modo, como já exposto, e oportuno destacar novamente, a culpabilidade adotada no sistema jurídico-penal brasileiro está composta pelos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, requisitos que, necessariamente precisam ser observados – junto a outros elementos da teoria do delito – para verificar se é possível opor reprimenda penal ao agente.³⁵

3. Da culpabilidade como simples pressuposto para aplicação da reprimenda penal

Há, na dogmática penal brasileira, determinada posição em relação à culpabilidade, em relação à teoria do delito, que aponta, segundo seus expoentes, que o delito é constituído apenas pela tipicidade e antijuridicidade, restando, desse modo, a culpabilidade como simples requisito de aplicação da pena.³⁶ Inicialmente, na doutrina nacional, quem assumiu tal posição foi Jesus, ao expor, em seus escritos, que o delito é somente fato típico e antijurídico, ou seja, verificado sob o viés analítico, é conceituado de caráter bipartido.³⁷ Portanto, nesta concepção, a

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 153.

³⁵ Por todos, ver a rica e atualizada obra sobre a culpabilidade, na qual Tangerino conclui o seguinte: “prepondera na doutrina brasileira que a culpabilidade seja, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, uma das categorias do delito. Trata-se de um juízo de reprovabilidade dirigido contra aquele que escolheu agir em contrariedade ao ordenamento jurídico. Compõe-se da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa”. (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.)

³⁶ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19; JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 133; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

³⁷ JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 133.

culpabilidade é simples pressuposto à aplicação da pena, ou seja, elemento unicamente de reprovação ao agente que cometeu um fato típico e antijurídico.

O deslocamento da culpabilidade para fora da estrutura do delito, surge, apesar da inicial posição de Jesus, a partir dos apontamentos realizados por Dotti, ao lecionar, segundo seu entendimento, “que o delito é ação tipicamente antijurídica, não sendo necessário analisar a culpa do agente, para considerar se determinada ação pode ser considerada como criminosa ou não”.³⁸ Sem embargo, Dotti ainda menciona que,

A persistência em fazer da culpabilidade um elemento do crime releva o efeito de antiga compreensão quando se procurava separar antijuridicidade e culpabilidade mediante o critério objetivo-subjetivo. Anota Welzel que frente àquela ideia, ao injusto deveriam pertencer, exclusivamente, os caracteres externos da ação, enquanto os elementos anímicos deveriam constituir a culpabilidade. Segundo o mesmo escritor, o fundamento doutrinário dessa concepção decorria do conceito de ação causal que separava (como fatias) a ação – como simples processo causal objetivo – do conteúdo vontade. Penso que também um aspecto de natureza política tenha interferido para a montagem daquele esquema sustentado que a culpabilidade seria um elemento do delito. Tratava-se de salvaguarda a liberdade individual contra os atentados oriundos da responsabilidade objetiva. Assim, a partir do momento em que a inteligência do crime não prescinde de um requisito interno, haveria maior garantia contra o arbítrio, principalmente quando o princípio da reserva legal ainda não funcionava amplamente como critério limitador do poder estatal à punição. Atualmente não se pode mais considerar o delito em função dos segmentos propostos pelas teorias da causalidade material e moral, através das quais a ação, a tipicidade e a antijuridicidade seriam manifestações da relação física, enquanto a culpabilidade seria expressão da relação psíquica. As conexões entre a culpabilidade e a pena têm determinado várias pesquisas, notadamente quanto aos critérios da proporcionalidade e da personalidade, de maneira a justificar a conclusão de Mezger lançada há vinte anos: ‘La investigación de todos los presupuestos subjetivos de la pena, constituye la especial misión de la teoría jurídico penal de la culpabilidad’. Também Welzel, após o estudo dos elementos da reprovabilidade, destacou um dos itens para considera-lo como um pressuposto da pena. Por outro ângulo, mas igualmente como indicação para a tese que sustento, Roxin salienta que a culpabilidade – como uma das categorias sistemáticas fundamentais – vem acunhada do ponto e vista político-criminal, pela teoria dos fins da pena. É muito importante o trecho de sua doutrina quando salienta a dificuldade em se resolver o problema das discriminantes putativas que não eram enquadradas satisfatoriamente no âmbito da teoria da ação, nem por uma estrutura do dolo e nem por outro tipo de deduções lógico-conceituais.³⁹

Seguindo esse entendimento, a própria teoria normativa pura da culpabilidade, embasada na teoria da ação finalista, de Welzel, colocaria a culpabilidade apenas como juízo de reprovação ao agente, e para a configuração do delito, não precisaria mais que a

³⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

demonstração da adequação da conduta da conduta ao tipo legal – tipicidade –, e que a conduta realização não seja abarcada por alguma das causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de dever legal).⁴⁰ Nota-se, dessa forma, que ao adotar este entendimento, refutando a teoria tripartida do delito, esta corrente dogmática entende ser prescindível a culpabilidade à existência do delito, até porque, conforme expõe Mirabete,

No conceito analítico de crime, a conduta abrange o dolo (querer ou assumir o risco de produzir o resultado) e a culpa em sentido estrito. Se a conduta é um dos componentes do fato típico, deve-se definir o crime como “fato típico e antijurídico”. O crime existe em si mesmo, por ser um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade não contem o dolo ou a culpa em sentido estrito, mas significa apenas a reprovabilidade ou censurabilidade de conduta. O agente só será responsabilizado por ele se for culpado, ou seja, se houve culpabilidade. Pode existir, portanto, crime sem que haja culpabilidade, ou seja, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, não existindo a condição indispensável à imposição de pena.⁴¹

Para este viés dogmático, a culpabilidade é, ao fim, apenas a contradição entre a vontade do agente e a vontade normativa, e de modo algum é característica, elemento ou aspecto inerente ao delito, mas sim, mera reprovação da conduta realizada.⁴² Nada obstante, o debate apresentado não se encerra apenas no aspecto dogmático sobre a teoria do delito, mas, ainda, estende-se consideravelmente no tocante a termos existentes no Código Penal, uma vez que, conforme este setor da doutrina, ao observar atentamente o estatuto repressivo penal, a culpabilidade resta desnecessária à configuração do delito, pois, em sendo este apenas fato típico e antijurídico, a culpabilidade serve apenas como nexos de ligação entre a punibilidade e o agente.⁴³ Para Dotti,

A proposição de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não um elemento do delito, encontra ressonância em nosso ordenamento positivo, quando o Código vigente trata de algumas causas de isenção de pena. Ao disciplinar uma face da inimputabilidade, diz o art. 22: ‘É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’. Assim também ocorre quando a lei se refere à embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, isentando de pena o sujeito que, ao tempo da conduta, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato (§1º, inc. II, art. 24). O mesmo se diz do art. 17: ‘É isento de pena

⁴⁰ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

⁴³ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

quem comete o crime por erro (...)'. O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.⁴⁴

O embasamento desta concepção dogmática – culpabilidade como simples pressuposto à aplicação da pena –, está, por exemplo, no delito de recepção, formulado no artigo 180 do Código Penal. Neste viés doutrinário, quando o agente, considerado inimputável (sem culpabilidade), furta determinado objeto e repassa a terceiro, este último, se apreendido for, agiu sem culpabilidade, e sua ação (do receptor), foi apenas ilícita e antijurídica, tendo em vista que o primeiro agente (que realizou o furto) agiu abarcado pela inimputabilidade penal. A respeito disso, Dotti aponta que,

A proposição de que a culpabilidade é pressuposto da pena e não um elemento do delito, encontra ressonância em nosso ordenamento positivo, quando o Código vigente trata de algumas causas de isenção de pena. Ao disciplinar uma face da inimputabilidade, diz o art. 22: 'É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento'. Assim também ocorre quando a lei se refere à embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, isentando de pena o sujeito que, ao tempo da conduta, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato (§1º, inc. II, art. 24). O mesmo se diz do art. 17: 'É isento de pena quem comete o crime por erro (...)'. O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.⁴⁵

Resultado desse entendimento, portanto, é que para o legislador, no momento de criar o Código Penal, optou-se por compreender-se o crime, em seu conceito analítico, apenas como fato típico e ilícito, não estando a culpabilidade abarcada na teoria do delito.⁴⁶ Dessa forma, o crime seria, pela adoção da teoria bipartida, apenas a soma da tipicidade com a antijuridicidade, e a culpabilidade o elemento de reprovação ao agente que agiu em desacordo com a norma penal, querendo o resultado, e não sua conduta não está abarcada por qualquer causa de antijuridicidade.⁴⁷

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 335-336.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 338.

⁴⁷ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 36.

4. Da culpabilidade como elemento integrante da teoria do delito

De outro lado, contrária à concepção de que a culpabilidade é simples requisito de aplicação da pena, há, na doutrina brasileira, corrente majoritária a qual compreende que o delito está formado de forma tripartida (fato típico, ilícito e culpável).⁴⁸ Para este setor da doutrina, importa compreender, antes de tudo, que o delito é uma construção analítica, realizada a partir da resposta a questionamentos, como, por exemplo, se a conduta é humana, ilícita, e ainda, se o seu autor é culpável.⁴⁹

Nesse sentido, pode-se referir que o delito será, pois, todo fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena, evidenciando assim, que o ilícito penal pressupõe uma censura, ou seja, o delito não pode ser outra coisa senão o fato humano contrário à lei, e que, ao ser cometido, resultará em uma sanção penal ao agente, quando verificado que este obrou com consciência da ilicitude e que podia agir de modo diverso.⁵⁰ A respeito disso, Zaffaroni e Pierangeli mencionam:

O conceito do delito como conduta típica, antijurídica e culpável – que desenvolvemos – elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si,

⁴⁸ Por todos: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 388-392.

⁴⁹ De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, e houve ou não delito. Em primeiro lugar, devemos perguntar se houve conduta, porque, se falta o caráter genérico do delito, então nos encontramos diante de uma hipótese de ausência de conduta e não se deve formular qualquer outra pergunta. Em seguida, devemos indagar pelos caracteres específicos, mas também aqui devemos seguir a ordem indicada, porque, se concluímos que a conduta não está individualizada em tipo penal, não faz sentido averiguar se está permitida ou se é contrária à ordem jurídica e menos ainda se é reprovável, posto que jamais será delito, mesmo que amas as respostas sejam afirmativas. Estaremos diante de um caso de falta de tipicidade, que se denomina atipicidade (a conduta é atípica). Se estamos lidando com uma conduta típica, caberá então indagarmos se esta conduta é antijurídica, porque, em caso negativo, não tem sentido perguntar-se pela culpabilidade, visto que o direito não se ocupa da reprovabilidade das condutas que não são contrárias a ele (que está justificadas). Somente quando temos uma conduta típica e antijurídica (um injusto), é que tem sentido perguntar-se se esta conduta é reprovável ao autor, isto é, se é culpável, nos casos de inculpabilidade, o injusto não é delito. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 390-391.)

⁵⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 281.

enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.⁵¹

A partir desse conceito, lê-se que o delito é o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que se possa aplicar a pena ao agente que comete uma conduta considerada ilícita, sendo assim, impensável construir o arcabouço do ilícito penal sem a existência de um dos seus elementos – ação típica, antijurídica e culpável.⁵² Ou seja, os elementos da teoria tripartida do delito encontram-se em constante inter-relação, uma vez que, de acordo com lição de Tavares, há uma inegável interação, visivelmente no que tange à subjetividade, não se vislumbrando aceitável ver-se qualquer dos elementos afastados, porque, acontecendo isso, caminhar-se-ia a uma postura contraditória em si mesma, ou seja, não se encontraria, portanto, o juízo de culpabilidade normativa desligada do fato, o qual recairia isoladamente sobre o sujeito.⁵³ Ademais, de acordo com Brandão, “só se pode fazer o juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade; só se pode fazer o juízo de culpabilidade se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade”.⁵⁴

Frise-se, ainda, que afastar a culpabilidade da estruturação do delito pode acarretar no esvaziamento do ilícito penal, uma vez que, de acordo com Teotônio, o direito penal trabalha com o conceito de culpa, e esse elemento é mais que necessário, é exigível para que se possa pensar em aplicar qualquer sanção penal ao agente, portanto, separar a culpabilidade da estrutura do delito pode ser o mesmo que esvaziar o conceito ilícito penal.⁵⁵ Além do mais, dizer que a culpabilidade não integra o delito é, em última análise, asseverar que o crime não pressupõe censura, possibilitando, com isso, o inconveniente de se imputar uma prática criminosa ao agente, cuja conduta realizada não é censurada pelo ordenamento jurídico.⁵⁶ É dizer, de acordo com Greco, que “o crime é, certamente, um todo unitário e indivisível”,⁵⁷

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 392.

⁵² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80-81.

⁵³ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 109.

⁵⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 130.

⁵⁵ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁵⁶ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁵⁷ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

portanto, “ou agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal”.⁵⁸

Dessa forma, não há fundamento para romper com a teoria tripartida do delito, retrocedendo na evolução dogmática e afastando a culpabilidade para fora da teoria do delito, porque, ocorrendo isso, o argumento se torna ilógico, tendo em vista que a análise da culpabilidade é uma consequência lógica, na sequência de questionamentos que devem ser realizados para verificar se há crime ou não.⁵⁹ Não obstante, equivocada também é a visão de que o Código penal brasileiro aponta que o delito é apenas fato típico e ilícito, nesse sentido, cabe expor a preciosa lição de Teotônio, que embora extensa, explica:

Outrossim, igualmente equivocada a ideia de que o Estatuto Penal pátrio, ao usar as expressões “não há crime” e “é isento de pena”, posicionou-se no tocante à culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena, retirando-a da teoria geral do delito. Primeiro, porque tal é função da doutrina e não do legislador. Observe-se, que em nenhum momento a nova Parte Geral do Código Penal, trazida pela Lei 7.209/84, se posicionou no tocante à culpabilidade na teoria do crime, limitando-se a acolher a teoria normativa-pura, em razão dos postulados do finalismo. Segundo, porque o Código Penal brasileiro não possui um sistema concatenado no que toca ao uso das expressões mencionadas, sendo assistemático em relação a elas. Basta, para comprovação a citação do art. 181 do *Codex*, que trata das excusas absolutórias nos crimes patrimoniais, *in tribus verbis*: “é isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal...”. Há inteiro consenso nesse caso, especialmente dos defensores de que a expressão “é isento de pena” diz respeito à exclusão da culpabilidade, que ela, culpabilidade, resta inabalada, operando-se apenas a extinção da punibilidade, à vista da excusa, que possui a mesma natureza jurídica das demais causas extintivas previstas no art. 107 e incisos do CP. Outro exemplo é encontrado na disciplina do erro jurídico penal, porquanto o Código Penal usa expressões idênticas para o tratamento logicamente diferenciado que dá para o erro de tipo e o de proibição. Confirmam-se os dispositivos do § 1º do art. 20, que diz respeito ao erro de tipo e o *caput* do art. 21, que trata do erro de proibição. Ambos usam a expressão “isenta de pena”. O erro de tipo incide sobre o fato concreto com reflexos no fato típico, operando-se, se for essencial, sua exclusão, permitindo a punição a título de culpa, se vencível, desde de que haja previsão. Já o erro de proibição versa sobre a ilicitude, contradição entre o fato e a norma, que exclui a culpabilidade por não ser possível ao agente, pelo erro, conhecer, mesmo que potencialmente, que sua conduta é proibida. Utilizou o legislador, dessa forma, expressões sinônimas para referir-se à exclusão do fato típico, tido como elemento do crime; e a culpabilidade, tida para os defensores da corrente bipartida, como pressuposto da pena. Significa tal, que o feito da lei tão-somente por usar da expressão “isento de pena” ao tratar do erro de tipo, quis dizer que o fato típico é pressuposto de aplicação da pena? E mais: ao disciplinar a coação moral irresistível e a obediência hierárquica no art. 22 do CP, não usou o legislador da expressão “isento de pena”, limitando-se a tipificar que “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Porque não usou da expressão referida

⁵⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal**: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14.

“isento de pena”, não são os institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica excludentes da culpabilidade? Ainda, qual seria a diferença entre as expressões “não se pune” e “não é punido”? Ora, pelo crime que “não se pune” “não é punido” o autor, assim, como se o autor “não é punido” é porque “não se pune” o crime. Significam uma coisa só. Veja-se a respeito, nos casos de aborto permitido: diz o dispositivo do art. 128 do CP, *verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Caso o dispositivo fosse assim redigido: “Não é punível o médico que pratique o aborto”. Qual a distinção? Que argumento poderia ser utilizado para afirmação que a expressão “não se pune” diz respeito ao fato, enquanto que a expressão “não é punível” refere-se ao autor do fato? Em conclusão, as expressões “não há crime”, “não é punido”, “não se pune”, “é isento de pena”, diante da imprecisão terminológica do Código Penal, têm o mesmíssimo significado.⁶⁰

Outro problema na corrente diversa à apresentada neste tópico está na referência de que a culpabilidade é inerente também à ação, e não somente ao autor do fato. Ora, é nitidamente equivocado tal conceito, uma vez que, o juízo de reprovação é construído a partir do fato, que por fim, chega ao agente que o tenha praticado. Analisar a culpabilidade sob esse viés vai contra sua evolução dogmática, pois, conforme demonstrado, desde a adoção da teoria normativa pura – fruto da teoria finalista, é preciso reforçar –, deixou-se para trás a análise de elementos psicológicos na culpabilidade, pois estes, de acordo com o explicado em tópico infra, foram realocados para a tipicidade.

Além do mais, mencionar que a culpabilidade é apenas requisito à aplicação da pena – e não integrante do delito em si –, é romper com a evolução dogmática do direito penal, a qual aponta o conceito tripartido como o mais adequado para a verificação da existência do delito. Cabe mencionar, ainda, que a invocação de Welzel para defender a teoria bipartida não encontra qualquer respaldo na própria doutrina do autor, pois ele mesmo, em seus escritos, salienta que “el concepto de la culpabilidad añade al de la acción antijurídica – tanto si se trata de una acción dolosa, como de una no dolosa – un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito”.⁶¹

Assim, em conclusão ao presente tópico, vislumbra-se que este entendimento é o mais aceitável e coerente na dogmática-penal, levando em consideração, como exemplo, o mencionado por Toledo, ao referir que, “dentre as várias definições analíticas que têm sido

⁶⁰ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade e a polêmica no Brasil**: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

⁶¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cereza Mir. Segunda reimpresión. Buenos Aires: Júlío César Faira Editor, 2004, p. 119.

propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade).⁶² Além do mais, esta concepção vai embasada, ainda, nos entendimentos de Santos,⁶³ ao referir em sua obra que o modelo de fato punível adotado é o tripartido; Zaffaroni e Pierangeli, ao mencionarem que “construímos o conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável”;⁶⁴ Callegari, ao referir que “crime é toda ação típica, ilícita e culpável”;⁶⁵ Greco, ao mencionar “para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável”;⁶⁶ Brandão, ao expor que “os três elementos gerais que formam a ideia de crime são: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”;⁶⁷ Bitencourt, por aduzir que “não acompanhamos, por obvio, o entendimento que foi dominante no Brasil, segundo o qual ‘crime é a ação típica e antijurídica’”;⁶⁸ e ainda, Pacelli, ao dizer que “crime é toda ação típica, antijurídica e culpável”;⁶⁹ e por fim, Mestieri, ao aduzir que “crime é a ação típica, ilícita e culpável”⁷⁰

5. Considerações Finais

Ao término do presente estudo, algumas considerações podem ser realizadas, mas, diga-se, *en passant*, sem a pretensão de concluir ou encerrar algo a respeito do tema da culpabilidade ou do debate trazido a lume na pesquisa. Buscou-se, em primeiro lugar, conceituar a culpabilidade e sua evolução teórica até o estágio atual, trazendo ao texto a exposição de que ela está relacionada, antes de tudo, ao princípio da culpabilidade, fruto da máxima latina *nullum crimen sine culpa*, o qual visa proteger o agente da aplicação de uma sanção penal sem culpa.

⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 39-40.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 390.

⁶⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Direito penal: lições**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 124.

⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 129.

⁶⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 195.

⁷⁰ MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 106.

Ou seja, é limite ao Estado-juiz, que não pode, sem existência de culpa, aplicar qualquer reprimenda penal, ou ainda, estipular penas além da culpabilidade do agente.

No que tange ao liame histórico da culpabilidade, cabe reforçar que esta sempre foi objeto de importantes estudos dogmáticos, sobretudo, a partir do início do século passado, momento em que apresenta rompantes epistemológicos, e assim, em sua evolução teórica até o momento atual, o instituto seguiu caminho, como demonstrado no texto, pela teoria causal-naturalista, passando à teoria psicológico-normativa, posteriormente à teoria normativa pura da culpabilidade, esta última, embasada na teoria finalista de Welzel e adotada na dogmática brasileira, pois define que o instituto não possui mais elementos de cunho subjetivo (dolo e culpa, os quais foram realocados para a tipicidade), e manteve-se apenas recheada de itens normativos: imputabilidade, potencial conhecimento (ou consciência) da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Pois bem, recorde-se, agora, o problema de pesquisa trazido ao estudo, bem como as hipóteses levantadas: a culpabilidade é simples pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartida), ou integra o conceito de crime (teoria tripartida)? Para responder, cabe recordar, ainda, as hipóteses formuladas: a primeira diz respeito à possibilidade de a corrente bipartida possuir razão, sendo, portanto, a culpabilidade simples pressuposto de aplicação da pena; e a segunda, versa sobre o fato de a culpabilidade estar inter-relacionada com os demais elementos do delito, e assim, a teoria bipartida não possui respaldo axiológico frente à teoria tripartida do delito.

Com efeito, ao estudar os argumentos apresentados pelas duas correntes doutrinárias, verifica-se que a doutrina brasileira, adota, de forma majoritária, o posicionamento capitaneado pelo finalismo de Welzel, aludindo que o delito é praticamente um mosaico, uma estrutura, onde devem estar presentes, imprescindivelmente, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, considera-se que, na ausência de qualquer um dos requisitos mencionados, não há que se falar em existência de crime e aplicação de reprimenda penal, pois o delito esvazia-se na ausência de qualquer elemento, seja a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade.

Desse modo, em resposta ao problema, menciona-se que não há possibilidade de acatar os argumentos trazidos pela doutrina que defende a teoria bipartida de delito, caindo por terra, então a primeira hipótese sugerida – culpabilidade como simples pressuposto de aplicação da pena. Logo, a segunda hipótese – culpabilidade inter-relacionada com os demais elementos e

integrante da teoria do delito –, é a que encontra força na doutrina e respaldo dogmático, tendo em vista que não é possível pensar o arcabouço do ilícito penal sem a existência de um dos seus elementos – fato típico, ilícito e culpável, uma vez que todos os elementos da teoria tripartida encontram-se em constante inter-relação, e só é possível realizar um juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade, e apenas se pode fazer o juízo de culpabilidade se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade. Além do mais, separar a culpabilidade da estrutura do delito é o mesmo que esvaziar o conceito do ilícito penal, e ainda, afastar a culpabilidade é retroceder na evolução dogmática do direito penal.

Ademais disso, o entendimento apontado pela doutrina da teoria bipartida, de que o Código Penal não faz menção à culpabilidade, e por isso o delito é apenas fato típico e antijurídico, é cabalmente refutável pela dogmática que defende a teoria tripartida. Conforme explicado no texto, o fato de estar previsto no Código a expressão “isento de pena”, ao se referir à culpabilidade, não significa que a opção pelo legislador de tal expressão leva ao afastamento da culpabilidade da teoria do delito, restando o delito apenas como fato típico e ilícito, até porque, no próprio estatuto repressivo é possível verificar o afastamento de outros institutos ou características do crime, também impedindo a punibilidade do agente.

Por fim, é preciso mencionar algo, embora a conclusão da presente pesquisa seja pacífica em dizer que o delito é constituído de fato típico, antijuridicidade e culpabilidade, por conta de todo o apresentado, uma coisa é acertada em referir: a culpabilidade ainda não é um conceito dogmático fechado ou acabado e, por suposição lógica, será por longo tempo objeto de estudos e evolução na doutrina jurídico-penal.

6. Referencial bibliográfico

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito penal: lições**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Culpabilidade e a polêmica no Brasil: elemento integrante do crime ou mero pressuposto de aplicação de pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 814, n. 92, p. 455-466, ago. 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción y notas por José Cereza Mir. Segunda reimpressão. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.