

**CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

**MARCELLO ARAUJO DE OLIVEIRA
GLAUCIO DE ALMEIDA CASTELO BRANCO**

**REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA
CULPABILIDADE E SUA RELEVÂNCIA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Rio de Janeiro

2021.1

**REFLEXÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CULPABILIDADE E SUA
RELEVÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**
**REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE THEORY OF GUILT AND ITS
RELEVANCE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW**

Marcello Araújo de Oliveira

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário São José.

Glaucio de Almeida Castelo Branco

Prof. Esp. em Direito pela Universidade Gama Filho, tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal, atuando principalmente na Advocacia Criminal e no Magistério Superior.

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise a respeito da aplicação da teoria da culpabilidade e sua relevância no direito penal brasileiro. Nesse sentido, pode-se ressaltar que a culpabilidade ser definida como um juízo de reprovação pessoal e, para chegar nessa definição, o direito penal precisou passar por diversas reformas, realizando uma transição de critério objetivo para subjetivo, incorrendo em penas mais individualizadas e brandas. Ademais, para que tal progresso fosse feito, foi necessário utilizar-se de teorias humanizadas, como psicológica, psicológica-normativa e normativa pura, que serão abordadas ao decorrer do texto. Diante disso, pode-se ressaltar que o objetivo geral desta pesquisa é compreender a aplicação e relevância da teoria da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro. Já os objetivos específicos buscam, detalhadamente, analisar a evolução histórica do Direito Penal, entender a teoria da culpabilidade aplicada ao Direito Penal Brasileiro e, ainda, analisar as hipóteses de aplicação da teoria da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro. Além disso, é importante apontar qual a relevância da presente pesquisa para o estudo do direito penal a partir de um contexto teórico. Para tanto, pode-se destacar essa relevância a partir de três principais perspectivas. A primeira delas é a perspectiva social. O trabalho é relevante, pois com ele se pode apresentar uma ótica científica a algo que é socialmente relevante: a aplicação do direito penal por meio da teoria da culpabilidade. Posteriormente, a partir de uma ótica acadêmica, nota-se que a pesquisa é igualmente importante, pois serve de base para estudantes da área construírem um embasamento técnico a respeito do tema e, a partir daí, elaborarem novas pesquisas visando um aprofundamento melhor e mais direcionado. Por fim, a partir de uma perspectiva profissional, pode-se destacar que o trabalho ganha relevância, porque serve para fornecer conhecimento técnico aos profissionais que trabalham nessa área jurídico, oportunizando conhecimento de qualidade e científico. Ademais, a presente pesquisa será do tipo revisão bibliográfica contando com a análise crítica de 13 fontes bibliográficas entre artigos publicados em periódicos científicos e livros, todos entre os anos de 2009 a 2020. As bases de dados e periódicos eletrônicos utilizadas para a seleção dos mencionados artigos serão: SciELO e Google Acadêmico. A partir do estudado, verifica-se que o crime carece da presença dos seus dois elementos, quais sejam: o fato típico e a ilicitude, e, para que se possa aplicar uma pena, é necessário também que esteja presente a culpabilidade do autor do crime. Nesse sentido, é essencial que todos os elementos da culpabilidade estejam presentes, de maneira que a falta de um deles, ou mesmo com a existência de alguma excludente, não se poderá aplicar a pena. Quando se trata dos inimputáveis será possível aplicar uma medida de segurança em substituição à pena.

Palavras-chave: Culpabilidade. Direito penal. Pena. Teoria.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the application of the theory of guilt and its relevance in Brazilian criminal law. In this sense, it can be emphasized that guilt is defined as a judgment of personal disapproval and, to reach this definition, criminal law needed to go through several reforms, making a transition from objective to subjective criteria, incurring in more individualized and milder penalties. Moreover, for such progress to be made, it was necessary to use humanized theories, such as psychological, psychological-normative, and pure normative, which will be addressed throughout the text. Therefore, the general objective of this research is to understand the application and relevance of the theory of guilt in Brazilian Criminal Law. The specific objectives are to analyze the historical evolution of Criminal Law, to understand the theory of guilt as applied to Brazilian Criminal Law, and to analyze the hypotheses of application of the theory of guilt in Brazilian Criminal Law. Furthermore, it is important to point out the relevance of this research for the study of criminal law from a theoretical context. To this end, this relevance can be highlighted from three main perspectives. The first one is the social perspective. The work is relevant because it can present a scientific viewpoint to something that is socially relevant: the application of criminal law through the theory of guilt. Later, from an academic point of view, the research is equally important, because it serves as a base for students in the area to build a technical foundation on the theme and, from there, to elaborate new researches aiming at a better and more directed deepening. Finally, from a professional perspective, one can highlight that the work gains relevance because it serves to provide technical knowledge to professionals who work in this legal area, providing quality and scientific knowledge. Furthermore, this research will be of the bibliographic review type, relying on the critical analysis of 13 bibliographic sources, including articles published in scientific journals and books, all between the years 2009 and 2020. The databases and electronic journals used for the selection of these articles will be SciELO and Google Academic. From what has been studied, it can be seen that crime requires the presence of its two elements, namely: the typical fact and the illegality, and in order to apply a penalty, it is also necessary that the perpetrator's guilt be present. In this sense, it is essential that all the elements of guilt are present, so that if one of them is missing, or even if there is an exclusionary element, no penalty can be applied. When it comes to those who cannot be held responsible, it is possible to apply a safety measure as a substitute for the penalty.

Keywords: Culpability. Criminal law. Sentence. Theory.

INTRODUÇÃO

A culpabilidade do agente diz respeito ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal, a qual deve seguir uma série de requisitos estabelecidos em lei e, a ausência de qualquer desses é insuficiente para que a sanção penal seja aplicada.

Portanto, pode a culpabilidade ser definida como um juízo de reprovação pessoal e, para chegar nessa definição, o direito penal precisou passar por diversas reformas, realizando uma transição de critério objetivo para subjetivo, incorrendo em penas mais individualizadas e brandas. Ademais, para que tal progresso fosse feito, foi necessário

utilizar-se de teorias humanizadas, como psicológica, psicológica-normativa e normativa pura, que serão abordadas ao decorrer do texto.

Diante disso, pode-se ressaltar que o objetivo geral desta pesquisa é compreender a aplicação e relevância da teoria da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro. Já os objetivos específicos buscam, detalhadamente, analisar a evolução histórica do Direito Penal, entender a teoria da culpabilidade aplicada ao Direito Penal Brasileiro e, ainda, analisar as hipóteses de aplicação da teoria da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro.

A presente pesquisa será do tipo revisão bibliográfica contando com a análise crítica de 13 fontes bibliográficas entre artigos publicados em periódicos científicos e livros, todos entre os anos de 2009 a 2020. As bases de dados e periódicos eletrônicos utilizadas para a seleção dos mencionados artigos serão: SciELO e Google Acadêmico. Também é igualmente importante destacar que a problemática do estudo gira em torno do seguinte questionamento: qual a importância, para o direito penal brasileira, da aplicação da teoria da culpabilidade? Com base nesse questionamento, espera-se perceber que o crime carece da presença dos seus dois elementos, quais sejam: o fato típico e a ilicitude, e, para que se possa aplicar uma pena, é necessário também que esteja presente a culpabilidade do autor do crime. Nesse sentido, é essencial que todos os elementos da culpabilidade estejam presentes, de maneira que a falta de um deles, ou mesmo com a existência de alguma excludente, não se poderá aplicar a pena. Quando se trata dos inimputáveis será possível aplicar uma medida de segurança em substituição à pena.

Além disso, para que seja possível abordar a justificativa dessa pesquisa, é preciso destacar essa relevância a partir de três principais perspectivas. A primeira delas é a perspectiva social. O trabalho é relevante, pois com ele se pode apresentar uma ótica científica a algo que é socialmente relevante: a aplicação do direito penal por meio da teoria da culpabilidade.

Posteriormente, a partir de uma ótica acadêmica, nota-se que a pesquisa é igualmente importante, pois serve de base para estudantes da área construírem um embasamento técnico a respeito do tema e, a partir daí, elaborarem novas pesquisas visando um aprofundamento melhor e mais direcionado. Por fim, a partir de uma

perspectiva profissional, pode-se destacar que o trabalho ganha relevância, porque serve para fornecer conhecimento técnico aos profissionais que trabalham nessa área jurídica, oportunizando conhecimento de qualidade e científico.

No que diz respeito à construção do trabalho, é fundamental destacar que ele é composto por cinco principais partes. Primeiramente, tem-se a introdução em que são apresentados os fundamentos básicos que darão norte ao desenvolvimento da pesquisa.

Posteriormente, se tem a fundamentação teórica que consiste no levantamento e discussão em torno das principais obras da literatura pesquisada. Logo em seguida, se tem o corpo do desenvolvimento propriamente dito em que serão apresentadas as construções conceituais sobre o tema. Mais ao final, o que se apresenta são as considerações finais, oportunidade em que serão apresentadas as principais considerações e resultados da pesquisa. Por fim, se tem as referências, onde constam todas as bibliografias que fundamentaram o estudo.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fundamentação teórica da pesquisa é formulada a partir da análise crítica de 13 fontes bibliográficas entre artigos publicados em periódicos científicos e livros, todos entre os anos de 2009 a 2020. As bases de dados e periódicos eletrônicos utilizadas para a seleção dos mencionados artigos serão: SciELO e Google Acadêmico.

A partir do estudo da evolução histórica do direito penal, notou-se que, conforme Nucci (2014) e Lopes Junior (2017), o século XVIII e o início do XIX foram anos de reforma para o direito penal, com uma nova teoria da lei e do crime, novas justificativas morais do direito de punir e a redação de códigos tidos como “modernos”. Até então, vigorava o suplício, com a prática das mais variadas e cruéis torturas, cometidas em praça pública. Uma verdadeira cena dantesca, digna do pior pesadelo.

De maneira complementar, notou-se, ainda, que autores como Badaró (2015), Andrade (2013) e Greco (2017) apontam que os códigos modernos, como o código russo de 1769 e o código francês de 1791, trouxeram uma importante modificação: o fim de tais suplícios. Aos poucos, o que se verificou, foram punições menos diretamente físicas e arranjos de sofrimento mais sutis, até que estes dessem lugar, em algumas

décadas, ao desaparecimento do corpo supliciado, esquartejado e amputado. O corpo, desaparece assim, deixando de ser o alvo principal da repressão penal.

Nesse sentido, mais especificamente a respeito das penas, uma temática fundamental a ser estudada no contexto dessa pesquisa, tem-se que as penas físicas e as práticas de tortura são substituídas pela reclusão, pelos trabalhos forçados, pela retenção em domicílio, como bem apontam Foucault (2014) e Delgado (2009). Fadel e Araujo (2019), Figueiró e Dimenstein (2016) e Onofre (2016) destacam, ainda, que embora tais penas também ajam sobre o corpo, não há mais a relação castigo-corpo, que antes imperara. O sofrimento deixa de ser o elemento constitutivo da pena. O castigo deixa de ser a arte das dores insuportáveis e se torna o acúmulo dos direitos suspensos.

Trazendo a temática para a esfera da culpabilidade, ponto central de análise dessa pesquisa, tem-se que a culpabilidade do agente, como bem destacam Oliveira (2018) e Nucci (2014), refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal, a qual deve seguir uma série de requisitos estabelecidos em lei e, a ausência de qualquer desses é insuficiente para que a sanção penal seja aplicada.

Portanto, como se verificou do posicionamento de Soares e Rorato (2018), pode a culpabilidade ser definida como um juízo de reprovação pessoal e, para chegar nessa definição, o direito penal precisou passar por diversas reformas, realizando uma transição de critério objetivo para subjetivo, incorrendo em penas mais individualizadas e brandas. Ademais, para que tal progresso fosse feito, foi necessário utilizar-se de teorias humanizadas, como psicológica, psicológica-normativa e normativa pura, que serão abordadas ao decorrer do texto.

2 DIREITO PENAL, CULPABILIDADE E APLICAÇÃO DA PENA

2.1 Evolução histórica do Direito Penal

No início da formação da civilização não existia qualquer tipo de administração que apresentasse noções relacionadas à Justiça. Dessa forma, conforme bem aponta

Nucci (2014), caso um indivíduo ofendesse o outro, nem sempre a “vingança”, por assim dizer, tinha a mesma proporção da agressão inicialmente sofrida.

Nesse sentido, conforme Greco (2017), em muitas situações, a agressão não era direcionada ao agressor, mas sim a pessoas de sua família e, em razão disso, as respostas a esses atos eram, normalmente, muito mais hostis. Dessa forma, conforme se percebe dessas linhas iniciais, não havia um elemento balizador de justiça para a aplicação das penas.

Nessa senda, segundo Oliveira (2018) o que se tinha era uma reação unicamente baseada em instintos e, não raro, desmedida, de modo que não se observava critérios de proporcionalidade e pessoalidade para o direcionamento da pena ou do chamado “revide”.

Com a evolução dos tempos e do próprio homem, um dos marcos para a limitação desse poder de revide foi a implantação da chamada Lei de Talião que trazia a ideia de proporcionalidade, ainda que de forma arcaica. Para consolidar essa ideia, segundo Oliveira (2018, p. 140), o Código acima referenciado fazia menção à máxima: “olho por olho, dente por dente”. A mencionada Lei foi criada na Mesopotâmia e seu objetivo principal era combater a desproporcionalidade, oferecendo noções de penas para os casos de cometimento de delitos.

Posteriormente, observando a cadeia evolutiva, conforme aponta Onofre (2016), tem-se no século XXIII a.C, quando do reinado de Hamurabi, rei da Babilônia no período em referência, a criação do conhecido Código de Hamurabi. O referido Código, segundo Soares e Rorato (2018), estabelecia regramento a respeito da vida e da propriedade, de forma que sua aplicação se estendia a todos os súditos do império babilônico. É importante salientar que, a respeito das normas contidas nesse Código, não se percebia o afastamento da violência como maneira de punir, mas já se notava a aplicação de medidas que evitasse o crescimento desmedido do prejuízo inicialmente cometido, segundo destaca Soares e Rorato (2018).

Em solo brasileiro, é preciso ressaltar que, segundo Lopes Junior (2017), até a descoberta do território pelos portugueses, não se vislumbrava qualquer regulamentação legal, em qualquer esfera jurídica e ainda que de forma arcaica. Isso, porque os índios, residentes em solo brasileiro à época, tinham um forte conjunto

cultural e costumeiro, mas, consoante destaca Onofre (2016), em nada influenciaram na regulamentação jurídica do Brasil.

Cumprе ressaltar a influência da dita vingança divina para a construção evolutiva do direito penal nos moldes que se conhece na atualidade. Isso, porque, de acordo com Onofre (2016), no período em que a vingança divina era aplicada, acreditavam-se em deuses e que estes eram os responsáveis por guardar a paz, de forma que qualquer tipo de crime cometido pelos indivíduos era considerado uma verdadeira afronta a tais divindades.

No período em que se via esse culto e a aposta de que as divindades, realmente, deveriam ser respeitadas pelo não cometimento de crime, segundo Lopes Junior (2017) três situações eram plenamente satisfeitas, quais sejam: o Deus cultuado era satisfeito pela sensação de justiça que lhe era direcionada, o ofensor era punido, nos conformes da lei divina e, por fim, a população era intimidada para que não cometesse atos semelhantes, de forma que o ofensor era tido como exemplo para os demais.

Nessa época, se aponta uma característica peculiar, conforme Greco (2017): a crueldade das penas que eram aplicadas aos ofensores. Além disso, conforme o mesmo autor, as penas eram agravadas de acordo com o grau de importância que era atribuído à divindade considerada ofendida.

Nessa esteira, é possível destacar, segundo Greco (2017) que as legislações predominantemente egípcias, chinesas e indianas podem ser consideradas exemplos claros dessa fase do direito penal.

Além da vingança divina, relatada nas linhas anteriores, se observou ao longo da história evolutiva do direito penal a chamada vingança privada. Esse tipo de retaliação aos crimes praticados se deu a partir do desenvolvimento das cidades, principalmente, quando a lei deixou de ter vinculação imediata com o que era pregado pela igreja, conforme Andrade (2013).

Dessa forma, a punição deixa de estar associada a uma figura divina e passa a ser aplicada de forma oficial pelo Estado, de modo que o seu maior objetivo é proteger toda a sociedade do mal ofensivo dos crimes. Nesse sentido, conforme Andrade (2013), quem detinha o poder, também poderia considerar criminosa a conduta que bem

entendesse e esse fato deixada toda a população com uma enorme e avassaladora sensação de insegurança.

Nesse contexto, Nucci (2014, p. 84) aponta que a igreja católica continuava exercendo considerável poder sobre a aplicação das punições à época e, além disso, concentrava poder para opinar sobre a construção jurídica:

Da justiça criminal, na maior parte do 2º milênio (mais precisamente até o Iluminismo, que eclodiu na segunda metade do século XVIII), encarregou-se a Igreja, os Senhores Feudais (prepotentes e arbitrários) e os Governos Absolutos ou Monárquicos (autoritários).

À época, apesar de toda a evolução que já havia se experimentado, as penas continuavam com um caráter cruel e conforme descreve Andrade (2013, p. 16):

Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em momento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida era colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar.

Nessa esteira, como se não bastasse as inúmeras penas cruéis que eram aplicadas em nome do poder estatal e sob a justificativa de proteção da sociedade e do coletivo, a pena de morte era aplicada de forma imensurada. Ao contrário do que muitos imaginam, conforme aponta Oliveira (2018), no Brasil, também se percebeu a aplicação consistente dessas penas, tanto é que, no período do Brasil Império, as penas foram utilizadas como forma de coagir e reprimir aqueles que eram menos favorecidos, de modo que, tal conduta, favorecia os que detinham poder.

Um grande exemplo da aplicação desmedida dessas penas cruéis no Brasil foi a sanção aplicada a Joaquim José da Silva Xavier, popularmente conhecido como Tiradentes. O líder da Inconfidência Mineira, conforme Greco (2017, p. 295) foi:

Enforcado, decapitado e esquartejado. Para que os súditos da Coroa nunca se esquecessem da lição, a cabeça de Tiradentes foi encravada numa estaca e

exposta em praça pública em Vila Rica, e seus membros, espalhados pela estrada que levava ao Rio de Janeiro.

Além disso, as penas cruéis a ele atribuídas foram passadas para os seus descendentes, demonstrando, com isso, a inexistência de qualquer critério de personalidade para aplicação das penas, nessa época.

Com o século XVIII, também conhecido como século das luzes, como aponta Foucault (2014), foram observadas consideráveis mudanças nas mais diversas áreas, seja na política, na cultura, filosofia ou artes. No que diz respeito ao direito penal, alguns juristas se destacaram com a proposição de teorias e ensinamentos nessa seara. Dentre eles, é possível destacar Cesare Beccaria (1738 –1794) e John Howard (1726 – 1790).

Segundo Onofre (2016), Beccaria foi um expoente do direito penal em sua época e a publicação de sua obra *Dei delitti e delle pene*, traduzida para o português brasileiro como “Dos delitos e das penas”, revolucionou a compreensão do direito penal. Isso, porque o autor expunha ideias que iam de encontro ao sistema penal vigente e, sucintamente, afirmavam que a forma de aplicação da lei teria que mudar, visto que muitos dos apenados sequer sabia ler; combatia, ainda, a clara desproporção entre os delitos cometidos e as penas aplicadas a eles; as condições em que se encontravam as prisões e o uso indiscriminado das penas cruéis, em especial a de morte.

Já John Howard ganhou popularidade e visibilidade ao publicar a obra *The state of prisons in England and Wales*, na qual criticava as condições indignas das prisões, fazendo, inclusive, um paralelo com prisões de outros lugares do mundo, tais como Alemanha e Itália, conforme Fadel e Araújo (2019). A sua obra disseminou o pensamento a respeito da necessidade de se garantir tratamento mais digno ao preso, assim como idealizava a construção de estabelecimentos prisionais com condições mínimas para comportar, dignamente, os encarcerados.

Todas essas publicações e contribuições científicas serviram de fundamento para a construção do direito penal que se conhece hoje, com suas aplicabilidades e fundamentações teóricas.

2.2 A culpabilidade no Direito Penal Brasileiro

Conforme afirma Michel Foucault (2014), o século XVIII e o início do XIX foram anos de reforma para o direito penal, com uma nova teoria da lei e do crime, novas justificativas morais do direito de punir e a redação de códigos tidos como “modernos”. Até então, como assevera o autor, vigorava o suplício, com a prática das mais variadas e cruéis torturas, cometidas em praça pública. Uma verdadeira cena dantesca, digna do pior pesadelo.

Os códigos modernos, como o código russo de 1769 e o código francês de 1791, trouxeram uma importante modificação: o fim de tais suplícios. Aos poucos, o que se verificou, foram punições menos diretamente físicas e arranjos de sofrimento mais sutis, até que estes dessem lugar, em algumas décadas, ao desaparecimento do corpo supliciado, esquartejado e amputado. O corpo, desaparece assim, deixando de ser o alvo principal da repressão penal (FOUCAULT, 2014).

Segundo Foucault (2014), passou a existir a suspeita de que, ao tornar a punição um grande espetáculo público de horror, o direito penal e seus operadores se igualavam ao criminoso, eventualmente até ultrapassando-o em selvageria. Com isso, os espectadores se acostumavam a uma violência e ferocidade cometida de maneira fria e sem remorsos. Tal execução pública passa a ser percebida como uma fornalha que acende a violência entre a população.

Essa reinterpretação leva ao predomínio de uma nova visão dentro do Direito Penal. Se, antes, o espetáculo em praça pública era o que marcava o delinquente, nesse novo estágio é a própria condenação que o identificará como tal. A publicidade vem dos debates, julgamentos e sentença. A execução se torna algo que a justiça tem vergonha de impor ao condenado. Dentro dessa perspectiva, é indecoroso ser passível de punição, mas tampouco é glorioso punir. De acordo com Foucault (2014), a justiça delega a execução da pena aos mecanismos administrativos e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. A pena se torna, portanto, uma engrenagem burocrática.

As penas físicas e as práticas de tortura são substituídas pela reclusão, pelos trabalhos forçados, pela retenção em domicílio. Embora tais penas também ajam sobre o corpo, não há mais a relação castigo-corpo, que antes imperara. O sofrimento deixa

de ser o elemento constitutivo da pena. O castigo deixa de ser a arte das dores insuportáveis e se torna o acúmulo dos direitos suspensos (FOUCAULT, 2014).

Dentro desse processo de releituras e reformas, como informa Carlos Ernani Constantino (2017), a evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva teve importante influência no Direito Penal. De acordo com o autor, a origem mais longínqua da chamada imputação objetiva está na teoria da imputação de Hegel, formulada no início do século XIX. Nos parágrafos 117 e 118 da obra *Princípios da Filosofia do Direito*, publicada em 1821, Hegel ministrou o primeiro conceito de conduta e os primeiros critérios para a imputação de um resultado (na existência exterior) produzido pela conduta de um ser humano a ele próprio, como autor da conduta.

Parágrafo 117: O direito da vontade é o de reconhecer em sua obra, como conduta sua, somente isto e o de ter culpabilidade apenas nisto: o que a vontade sabe a partir de seus pressupostos na sua finalidade, o que disto residuiu em seu propósito; o fato somente pode ser imputado como culpabilidade da vontade; e

Parágrafo 118: Além disso, quando transplantada para a existência exterior, a conduta possui diversas consequências, uma vez que ela se desenvolve para todos os lados, segundo sua relação com a necessidade externa. As consequências, como uma forma que o propósito da conduta tem n'alma, são aquilo que é seu (o que pertence à conduta), mas ao mesmo tempo é ela, como intenção colocada na exterioridade, entregue a forças externas, que a ligam a fatores totalmente outros daquilo que ela é para si e a impelem a consequências longínquas e estranhas. Por isso mesmo, o direito da vontade é o de imputar a si somente as primeiras consequências (as mais próximas), porque somente elas estão situadas em seu propósito.

Constantino (2017) adverte que a teoria hegeliana entrou em decadência na segunda metade do século XIX. A influência das teorias das Ciências Naturais e a fascinação em torno do pensamento causal assumem um papel de destaque nesse período. O autor relembra a contribuição dos escritos de Isidore Auguste-Marie Comte, conhecido no Brasil como Augusto Comte, para essa nova fase do Direito, incluindo o Direito Penal. Comte procurou, com seu Positivismo Naturalista, pôr fim ao pensamento teológico e à metafísica de Kant e Hegel. Inaugura-se “um novo método chamado positivo, segundo o qual dever-se-ia adotar nas ciências humanas (Direito, Sociologia e outras ciências) o mesmo procedimento experimental utilizado nas ciências naturais (isto é: o mesmo método da Física, da Química e da Biologia)” (CONSTANTINO, 2017, p. 42).

Ainda segundo Constantino (2017, p. 42):

O mundo vivenciou um grande avanço nas ciências da Natureza e os penalistas não tardaram em substituir o conceito de imputação (que é puramente jurídico) por um conceito extraído da Física: o de causalidade, elaborando as respectivas teorias.

Essas ideias vinculadas ao cientificismo dominaram diversas áreas e estiveram vinculadas a uma concepção mais racional de mundo.

Foi no século XX que os estudos sobre imputação, como o neo-hegeliano e o neokantiano ressurgiram. A partir dos anos 1960, os penalistas começaram a dedicar especial atenção à teoria da imputação objetiva, que foi influenciada pelos escritos de Hardwig. A imputação passa a ser um problema central do Direito Penal. Fundamentais foram as contribuições de autores como Bockelmann, Schaffstein, Maurach, Schmidhäuser, Wessels, Jescheck, Stratenwerth, Roxin e Jakobs, que escreveram sobre o tema entre os anos 1960 e 1980. Durante todo esse período não se procurou abolir o conceito de causalidade, mas sim adequá-lo cada vez mais ao Direito Penal (CONSTANTINO, 2017).

A culpabilidade do agente, como bem leciona o professor Nucci (2014, p. 55): “refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal”, a qual deve seguir uma série de requisitos estabelecidos em lei e, a ausência de qualquer desses é insuficiente para que a sanção penal seja aplicada.

Portanto, de acordo com Delgado (2014), pode a culpabilidade ser definida como um juízo de reprovação pessoal e, para chegar nessa definição, o direito penal precisou passar por diversas reformas, realizando uma transição de critério objetivo para subjetivo, incorrendo em penas mais individualizadas e brandas. Ademais, para que tal progresso fosse feito, foi necessário utilizar-se de teorias humanizadas, como psicológica, psicológica-normativa e normativa pura, que serão abordadas ao decorrer do texto.

Como forma de exemplificar a aplicação da culpabilidade, pode-se observar a imputabilidade do agente, bem como a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude, que, nesses casos, definirão a conduta. Além disso, importante

observar as suas excludentes, quais sejam: coação moral irresistível, discriminantes putativas, erro de proibição e erro determinado por terceiro, obediência hierárquica, inimputabilidade (atribuído a menores de 18 anos e doentes mentais plenos), além de embriaguez plena não voluntária.

Também, aborda o presente trabalho, sobre a aplicação da culpabilidade no sistema punitivo, de forma a realizar-se uma análise histórica das teorias que tratam acerca do tema, sendo um fator preponderante na teoria da pena, isso porque sua avaliação no caso concreto permite que o magistrado consiga determinar o grau de culpabilidade do agente. Portanto, importante destacar que tal teoria auxilia na aplicação justa da pena, uma vez que é definido o crime como fato típico, ilícito e culpável.

2.3 Aplicação da culpabilidade no Direito Penal Brasileiro: uma análise das penas

Na atualidade, o conceito de culpabilidade apresenta conexão direta com os elementos caracterizadores da imputabilidade, assim como a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diferente da praticada.

Nesse sentido, é possível compreender das lições de Nucci (2014, p. 300) que:

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

Dessa forma, o que se tem é que a culpabilidade surge da possibilidade de penalizar o indivíduo causador do ilícito penal, sendo que este deve ser considerado imputável, pois está mentalmente consciente do mal causado e, paralelamente, tem completa consciência de que poderia agir de forma diferente, caso fosse possível.

Inicialmente, conforme bem explica Junqueira e Vanzolini (2018), Welzel adotou maneira teórica de justificar a conduta, a teoria finalista da ação. Nessa teoria, o ponto inicial de análise surge a partir da compreensão da conduta humana e o entendimento que ela é a fusão entre o externo e interno. Considerando a aplicação de um argumento aristotélico ao agir humano, é possível destacar que Welzel compreendia a ação humana como o exercício de uma atividade final. Sendo ele, o caráter final da ação se

fundamenta no fato de que, em determinadas situações, o homem é capaz de prever as consequências de suas ações.

Diante desse contexto, é possível destacar que essa teoria proporcionou uma modificação completa na estrutura do crime. Portanto, quanto aos elementos, é importante destacar que a tipicidade e a ilicitude passaram a ser pessoais, de maneira que deve ser feita a análise do tipo do dolo e a exigência de elementos subjetivos nas excludentes de ilicitude. Além disso, nessa teoria, a culpabilidade é normativa, pois aspecto valorativo. Sua estrutura é composta por imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. De maneira geral, pode-se afirmar que a estrutura dessa teoria é composta por fato típico, antijuridicidade e culpabilidade.

A teoria desenvolvida por Welzel se diferencia do pensamento proposto por Kant e por Liszt, em decorrência de aspectos que merecem a devida atenção. Liszt, ao defender a teoria causalista, entendia que a conduta delitiva do agente estava diretamente relacionada ao aspecto “vontade”, conforme bem apontam Junqueira e Vanzolini (2018). É importante destacar, ainda, que essa teoria não se preocupa com a existência ou não de uma motivação abrangente para a execução do resultado ilícito. Já o pensamento kantiano defendia a ideia de que o homem sempre será regido por si mesmo, de maneira que pessoa humana se torna medida e, ao mesmo tempo, fonte do dever. Em sua proposição, por meio de uma compreensão dual, o homem é racional e ao mesmo tempo sensível.

Junto com o desenvolvimento do direito penal, como visto anteriormente, foram diversas e profundas as reflexões a respeito do entendimento sobre pena e prisão, refletindo-se em seus conceitos e características. Nucci (2014) dedica um capítulo de seu livro *Manual de Direito Penal à Teoria Geral da Pena*. Ao tratar do conceito de pena, o autor entende que esta pode ser definida como a sanção determinada pelo Estado, por meio da ação penal, ao criminoso, de maneira que sua principal finalidade é a retribuição ao delito cometido e a prevenção da ocorrência de novos crimes.

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a

existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. (NUCCI, 2014, p. 308)

Nucci (2014) explica que o ordenamento jurídico brasileiro incluiu todas as características expostas em sua conceitualização de pena. O art. 59 do Código Penal (CP) nacional elenca que o juiz deve fixar a pena de modo que esta seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. No entanto, o art. 121, § 5º, CP abre margem para que o juiz aplique o perdão judicial, nos casos em que as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal finde por se tornar desnecessária, o que torna evidente o caráter punitivo que a pena possui.

Ao mesmo tempo, como alegado pela Teoria Geral da Pena, esta deve ter um caráter reeducativo, que deve estar associado à ressocialização do indivíduo, conforme explicita o art. 10 da Lei de Execução Penal pátria: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Esse entendimento é compartilhado por normativas internacionais, como o art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê que as “penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Nucci (2014) explica que, embora este seja o caminho majoritariamente adotado, não só pelo Brasil, mas por outros países, existem igualmente enfoques do fundamento e da finalidade da pena que o autor considera mais extremados, como o abolicionismo penal e direito penal máximo.

O abolicionismo penal, fruto dos estudos e dos artigos de Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha), é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. (NUCCI, 2014, p. 309)

Esse movimento trata da descriminalização, isto é, de deixar de considerar infrações penais determinadas condutas, assim como da despenalização, que pode ser considerada a eliminação da pena para a prática de determinadas condutas, apesar de continuarem a ser consideradas delituosas. Os argumentos por trás dessa visão se conectam com o entendimento de que é preciso diminuir o caos do sistema penitenciário, vivenciado atualmente na grande maioria dos países.

O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade. A sociedade, no fundo, segundo o pensamento abolicionista, não tem sucumbido diante do crime, como já se apregou que aconteceria, sabendo-se que há, no contexto da Justiça Criminal, uma imensa cifra negra, ou seja, existe uma diferença entre os crimes ocorridos e os delitos apurados e entre os crimes denunciados e os delitos processados. A maioria dos crimes cometidos não seria nem mesmo levada ao Judiciário, porque não descoberta a autoria ou porque não conhecida da autoridade policial a sua prática, querendo isto dizer que a sociedade teria condições de absorver os delitos cometidos sem a sua desintegração. Portanto, a descriminalização e a despenalização de várias condutas, hoje consideradas criminosas, poderiam facilitar a reeducação de muitos delinquentes, mediante outras formas de recuperação. (NUCCI, 2014, p. 309)

As propostas apresentadas pelos abolicionistas são algumas. A primeira delas é a adoção do abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema. Outra proposta é o atendimento prioritário à vítima, dentro da lógica de que melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que gastá-lo com a construção de prisões. A guerra contra a pobreza, a legalização das drogas e o fortalecimento da esfera pública alternativa são ainda apresentados como soluções (NUCCI, 2014, p. 309). Nucci (2014) argumenta que o abolicionismo penal não passa de uma utopia por enquanto, embora a discussão sobre suas propostas traga importantes reflexões.

Na contramão do abolicionismo penal está o direito penal máximo, modelo de direito penal cujas principais características são sua excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, assegurando que nenhum culpado fique impune, mesmo que à custa do sacrifício de algum inocente (NUCCI, 2014). Tal sistema vem sendo defendido e adotado nos Estados Unidos e é popularmente

conhecido como o método da “tolerância zero”. Dentro dessa perspectiva, qualquer tipo de infração penal deve ser punido severamente no intuito de servir de exemplo à sociedade e de procurar evitar que aquele mesmo agente possa cometer crimes ainda mais graves posteriormente.

São seis os princípios gerais da pena. O princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal quer dizer que a pena é personalíssima, não podendo passar da pessoa do delinquente. O princípio da legalidade significa que a pena não pode ser aplicada sem a devida e prévia cominação legal. O princípio da inderrogabilidade, por sua vez, estabelece que uma vez constatada a prática da infração penal, a pena não pode deixar de ser aplicada. Já o princípio da proporcionalidade quer dizer que a pena deve ser proporcional ao crime, com o devido equilíbrio entre infração praticada e sanção imposta. O princípio da individualização da pena defende que a pena deve ser estabelecida exatamente na medida de cada delinquente, de forma a evitar a pena-padrão. Por último, o princípio da humanidade significa que há a vedação a penas insensíveis e dolorosas, devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado. A Constituição Federal de 1988 incorporou todos esses princípios (NUCCI, 2014).

As penas podem ser divididas ainda em penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e pena pecuniária. As penas privativas de liberdade são a reclusão, a detenção e a prisão simples. A reclusão e a detenção se aplicam nos casos da prática de crimes. Já a pena pecuniária decorre da prática de contravenções penais. As penas restritivas de direitos, por sua vez, são a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores (NUCCI, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi apresentado, é importante fazer algumas considerações que se mostram adequadamente pertinentes e sintetizam o que foi abordado de maneira clara e precisa. Em primeiro lugar, verificou-se que com a evolução dos tempos e do próprio homem, um dos marcos para a limitação desse poder de revide foi a

implantação da chamada Lei de Talião que trazia a ideia de proporcionalidade, ainda que de forma arcaica.

A partir dessa evolução, notou-se que as penas físicas e as práticas de tortura são substituídas pela reclusão, pelos trabalhos forçados, pela retenção em domicílio. Embora tais penas também ajam sobre o corpo, não há mais a relação castigo-corpo, que antes imperara. O sofrimento deixa de ser o elemento constitutivo da pena.

Além do mais, especificamente sobre a culpabilidade, verificou-se que ela surge da possibilidade de penalizar o indivíduo causador do ilícito penal, sendo que este deve ser considerado imputável, pois está mentalmente consciente do mal causado e, paralelamente, tem completa consciência de que poderia agir de forma diferente, caso fosse possível, de maneira que pode ser definida como um juízo de reprovação pessoal e, para chegar nessa definição, o direito penal precisou passar por diversas reformas, realizando uma transição de critério objetivo para subjetivo, incorrendo em penas mais individualizadas e brandas.

Por fim para que tal progresso fosse feito, foi necessário utilizar-se de teorias humanizadas, como psicológica, psicológica-normativa e normativa pura, que serão abordadas ao decorrer do texto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1^o Conferência Nacional Brasileira de Segurança Pública. **Sequência (Florianópolis)**, n. 67, p. 335-356, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Evolução das teorias da causalidade e da imputação objetiva, no âmbito do direito penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.12, n.1, jul. 2017.

DELGADO, Esteban Mestre. Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, n. 61, p. 1, 2009.

FADEL, Carolina de Almeida; ARAÚJO, Romulo de Aguiar. A (in) constitucionalidade da execução provisória da pena e seus posicionamentos jurisprudenciais. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 15, n. 15, p. 43-58, 2019.

FIGUEIRÓ, Rafael de Albuquerque; DIMENSTEIN, Magda. Castigo, gestão do risco e da miséria: Novos discursos da prisão na contemporaneidade. **Estudos de Psicologia**, 21(2), abril a junho de 2016, 192-203.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte geral, volume I** / Rogério Greco. – 19. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. A internacionalização do direito penal. Uma aproximação teórica a partir do crime de lavagem de capitais. **Quaestio Iuris**. vol. 11, nº. 01, Rio de Janeiro, 2018. pp. 195-217. DOI: 10.12957/rqi.2018.26248.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. A prisão: instituição educativa? **Cad. Cedes**, Campinas, v. 36, n. 98, p. 43-59, jan.-abr., 2016.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. Garantia constitucional de presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 366-381, 2018.