

BREVE ESTUDO ACERCA DA CULPABILIDADE E NOTAS ACERCA DE SEU CONTEÚDO

Yuri Agamenon SILVA¹

RESUMO: No presente trabalho, fez-se um breve estudo acerca da culpabilidade. Como o termo é demasiadamente amplo, mormente na dogmática jurídico-penal, passou-se a estudar suas diversas acepções. Dando ênfase na concepção que faz da culpabilidade um elemento do delito, chegou-se à conclusão de que a doutrina, em seus primeiros estudos, percebeu que à culpabilidade faz-se presente a noção de reprovabilidade, de modo que uma pessoa que comete um fato injusto somente pode sofrer a sanção penal se houver um juízo de reprovação na pessoa do agente, e não somente ao fato por ele imputado. Ademais, a doutrina, ao estudar a reprovabilidade, passou a enxergá-la como exigibilidade de comportamento do indivíduo conforme a ordem jurídica. A culpabilidade passa a ser vista como uma diretriz para que o agente deva sofrer a imputação somente se, podendo atuar conforme os mandamentos jurídicos, acaba por escolher outra via, vindo a cometer o injusto penal. Finalmente, aduziu-se que a doutrina diverge quanto à necessidade de previsão legal das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. Enquanto parte da doutrina entende ser necessária a previsão, outra parte entende que a inexigibilidade, enquanto norte para imputação, não necessita de previsão legal.

Palavras-chave: Culpabilidade. Reprovabilidade. Inexigibilidade. Conduta. Diversa.

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” em Presidente Prudente/SP. Estagiário da Procuradoria da República – Ministério Público Federal – Em Presidente Prudente/SP.

1 CULPABILIDADE E REPROVAÇÃO

1.1 Diversas acepções acerca do termo “culpabilidade”

É impossível tratar sobre culpabilidade sem, por meio de breves linhas, discorrer acerca do conceito analítico de delito, justamente para que se possa vislumbrar a posição em que a culpabilidade se encontra na estrutura do delito. Vejamos, portanto, o que preceitua Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 189):

Além dos conhecidos conceitos *formal* (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob ameaça de pena) e *material* (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção de um *conceito analítico* de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.

Com efeito, o conceito analítico de delito é didaticamente claro, por proporcionar um estudo coeso e estrutural de cada um dos elementos do crime. A importância do estudo analítico é perfeitamente demonstrada por Fábio André Guaragni (2005, p. 28):

Apesar da obviedade, tanto no meio estudantil como no foro, é comum a ausência da percepção da importância do conceito analítico de crime. Não se trata de uma mera definição a ser decorada. O conceito tem uma função essencial: serve para efetivamente analisar todo e qualquer caso em concreto – daí a sua denominação. Cada elemento constitutivo da definição do crime deve ser verificado em etapas isoladas e, somente quando presentes seus pressupostos, autoriza-se o operador a constatar a presença do elemento posterior, em uma nova etapa. É emblemático o caso do doente mental, incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta (falha do elemento cognitivo da imputabilidade), que mata alguém em legítima defesa, como reação à agressão que sofria com atualidade: o conceito analítico de crime implica análise do injusto (conduta humana típica e antijurídica) pretérita à culpabilidade. Havendo legítima defesa, o doente mental é absolvido pela exclusão da ilicitude, e não pela inimputabilidade, que excluiria a culpabilidade, mas levaria a uma açodada aplicação de

medida de segurança, mediante absolvição imprópria (art. 386, parágrafo único, III, do CPP).

Guaragni traz, ainda, em sua obra, as vantagens percebidas por Claus Roxin no tratamento analítico do delito (2005, p. 34):

(a) facilitar o exame do caso penal: o passo a passo pela ação, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e pressupostos de punibilidade garantem a análise de tudo o que é importante e geram economia de pensamento; (b) pressupor aplicação uniforme e diferenciada do direito, segundo seu objeto: sem isso, cada caso concreto imaginável precisaria de uma regulação especial quanto a pressupostos e conseqüências. Os agrupamentos de casos justificantes de um lado e exculpantes de outro, por exemplo, evitam isso; (c) simplificar e melhorar o manejo do direito (no que se mostra superior ao método do case, baseado no estudo dos casos pretéritos e enfatizando a produção jurisprudencial do direito; (d) guia a elaboração e desenvolvimento do direito: toda a construção legislativa tem norte na análise sistemática do crime, a exemplo da criação jurisprudencial do estado de necessidade justificante supralegal, reportada por Roxin, que hoje configura o § 34 do Código Penal Alemão”

Nesse trabalho, segue-se a linha em que se entende consistir o crime, analiticamente, em ação típica, ilícita e culpável². Cabe ressaltar, ainda, que “é indubitável que a culpabilidade constitui o mais importante elemento da teoria do delito” (YAROCHEWSKY, 2000, p. 16).

Pois bem. Conforme se denota, a culpabilidade é um elemento do delito, pois “o conceito de culpabilidade acrescenta ao de ação antijurídica um novo elemento, que a transforma em delito” (WELZEL, 2001, p. 87). Mas essa acepção não basta para elucidar o ponto que tratamos.

Não é raro encontrar, na doutrina, ampla divergência acerca da conceituação da culpabilidade, pois este é um princípio regulador para constatação do delito. Daí, portanto, o jargão *nullum crimen sine culpa*. Visualizando a culpabilidade em todas as suas dimensões, Rogério Greco (2008, p. 90/91), acertadamente, traz, em breves linhas, diversas vertentes da dogmática jurídico-

² Nesse sentido: WELZEL (2001, p. 87); ROXIN (2003, p. 194); MIR (2007, p.376); PRADO (2002, p. 243); GRECO (2008, p. 143); dentre inúmeros outros. Costuma-se rotular esta concepção analítica de delito como “tripartida”. Todavia, o Professor Luiz Régis Prado, com a maestria que lhe é cediça, muito bem assevera em sua obra (na página acima destacada) que este conceito é “quadripartido”. Assim fez por vislumbrar, acertadamente, a ação como elemento autônomo do delito. Nesse sentido, também, é interessante o estudo de GUARAGNI (2005, p. 38), em que o autor analisa com precisão a importância da aferição do conceito autônomo de conduta humana na teoria analítica do crime.

penal que se fundamentam no referido princípio: [...] Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; [...] Culpabilidade como princípio medidor da pena; [...] Culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva. As duas últimas divergem das que devem ser analisadas no trabalho em pauta. Com efeito, enquanto princípio medidor de pena a culpabilidade ganha forma de princípio da individualização da pena; enquanto princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, a culpabilidade é tida como expressão genérica de dolo ou culpa – responsabilidade subjetiva.

Cabe, portanto, aqui, entender a culpabilidade em sua raiz. Conforme bem preceitua Rogério Greco, a culpabilidade “diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade de que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (2008, p. 89). Ainda, por esclarecer e diferenciar com grande didática, faz-se essencial conferir as lições de ZAFFARONI (1997, p. 525):

[...] “princípio da culpabilidade” representa duas exigências que devem ser analisadas separadamente, em dois níveis distintos: a) na tipicidade, implica a necessidade de que a conduta – para ser típica – deva ao menos ser culposa; b) na culpabilidade, implica que não há delito se o injusto não é reprovável ao autor.

É no sentido demonstrado na alínea *b* do trecho acima citado que este estudo se concentra. Com efeito, culpabilidade “é o que reprova o autor que podia atuar conforme as normas ante a comunidade jurídica por sua conduta contrária ao Direito” (WELZEL, 2001, p. 89)³.

³ A culpabilidade passou por grande evolução dogmática. É mister, pois, esclarecer, que neste trabalho afasta-se o conhecimento da culpabilidade de acordo com a Teoria Psicológica (baseado no sistema Listz-Beling), no qual diz-se ser a culpabilidade “[...] a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável” (LISTZ, apud PRADO, 2007, p. 424). Isso porque preferiu-se seguir o estudo da culpabilidade a partir da Teoria normativa (iniciado por Frank, conforme ensina MIR, 2007, p. 860), em que passou-se a conceber a culpabilidade como “reprovabilidade” (MIR, 2007, p. 860). Todavia, opondo-se à orientação de ter sido Frank o preconizador da teoria normativa da culpabilidade, José Henrique Pierangeli explicita que “a teoria desenvolvida por Frank encontra suas raízes na filosofia aristotélica, exatamente nos princípios da autodeterminação do indivíduo” (1999, p. 104).

1.2 Base constitucional da culpabilidade e notas acerca de seu conteúdo

A culpabilidade possui matriz constitucional. Hoje,

“[...] fica patente que o princípio de culpabilidade e a própria noção de culpabilidade enquanto categoria jurídico-penal são conquistas irrenunciáveis do Direito Penal moderno, que tem no homem integrado socialmente seu desidrato maior” (PRADO, 2007, p. 423).

Ademais, o reconhecimento da culpabilidade como princípio atinente à dogmática jurídico-penal ganha enfoque constitucional por ser implicitamente agasalhado no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), e 5º, XLVI (individualização da pena) da Constituição da República Federativa do Brasil (PRADO, 2007, p. 139).

A culpabilidade ganha enfoque de princípio tanto pela importância dogmática como pela sua previsão constitucional, posto que “geralmente são as normas constitucionais que assumem o caráter de princípios, deixando para o ordenamento infraconstitucional a adoção da estrutura de regras” (MACIEL, 2004, p. 109). É a culpabilidade a responsável pelas mais sublimes criações jurídico-penais. Por conta de sua complexidade, sempre acaba por atrair os estudiosos da ciência penal. É pacífico afirmar que foi no estudo da culpabilidade que a dogmática jurídico-penal obteve suas mais lídimas revoluções⁴. Justamente por esta razão, seu estudo torna-se uma das tarefas mais difíceis da dogmática jurídico-penal. Flávio Augusto Monteiro de Barros assevera, ainda, que o “arcaico sistema de responsabilidade sem culpa só foi rompido graças ao desenvolvimento dos estudos sobre culpabilidade” (2003, p. 351).

⁴ Basta citarmos, para confirmar a assertiva, que a teoria normativa pura (finalista) da culpabilidade revolucionou o estudo desta quando eliminou o dolo e a culpa da esfera da culpabilidade e introduziu-os no tipo subjetivo, i. e., quando a “culpabilidade passou a ser nada mais do que um juízo valorativo de reprovação” (PIERANGELI, 1999, p. 108). Tal teoria, conforme preceitua seu principal idealizador, Hans Welzel “não compreende [...] elementos subjetivo-anímicos e conserva apenas o critério normativo da reprovabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável” (2001, p. 91).

Esclarecida a diretriz constitucional pátria a que submete-se a culpabilidade, é necessário tecer breves comentários acerca de seu conteúdo.

A culpabilidade, hoje, é concebida pela doutrina como *reprovabilidade*⁵. Aliás, Welzel aduz que “o entendimento de que a essência da culpabilidade consiste na 'reprovabilidade' é resultado de um longo processo de desenvolvimento” (2001, p. 90). Isso porque, desde o início de suas acepções, a culpabilidade passou por diversas alterações de conteúdo, de acordo com o desenvolvimento doutrinário. Primeiramente (de acordo com a teoria psicológica), à culpabilidade pertencia tão-somente a análise do elemento subjetivo do agente (entenda-se: dolo ou culpa); com o advento do normativismo, passou-se a entender a culpabilidade com um *plus* de reproche, sem, contudo, afastamento do caráter anímico do agente (razão pela qual a doutrina costuma rotular os primeiros estudos acerca da natureza normativa da culpabilidade como *psicológico-normativa*, posto que não afastou-se o estudo do elemento subjetivo da culpabilidade). Somente com o advento da teoria finalista (ou *normativa pura*), a reprovabilidade passou a ser o grande foco da culpabilidade, pois afastou-se a análise de dolo ou culpa da culpabilidade.

Precursor do finalismo, Hans Welzel explicita, em breves e esclarecedoras linhas, os motivos pelos quais a culpabilidade passou por esse avanço (2001, p. 90/91):

Na dogmática moderna, separavam-se, em princípio, o “externo” do “interno”, o “objetivo” do “subjetivo”. Todo o externo-objetivo era associado à antijuridicidade e todo o interno-subjetivo à culpabilidade; a culpabilidade deveria ser “a relação anímica entre o autor e o resultado”. Mas, ainda antes que na antijuridicidade, observou-se aqui a impossibilidade de se realizar a separação entre o externo e o interno. Em que deveria consistir a relação anímica entre o autor e o resultado na culpa inconsciente? A culpa inconsciente foi a primeira dificuldade com que se deparou a concepção psicológica da culpabilidade. A tentativa de Radbruch (Z. 24, 344) de construir a culpa de um modo puramente psicológico fracassou. Kohlrausch (*Reform*, I, 194) acreditava, ao contrário, que dessas dificuldades teria de se deduzir a consequência de que a culpa (inconsciente) não era uma forma de culpabilidade, posto que nela falta o vínculo psíquico entre o autor e o resultado. Com essas duas consequências equivocadas observou-se que a concepção psicológica de culpabilidade era insustentável. O primeiro passo para a compreensão do caráter normativo da culpabilidade foi dado por

⁵ Frank, idealizador da teoria normativa da culpabilidade (ou psicológico-normativa, pois este primeiro elemento somente foi afastado da culpabilidade com o advento do finalismo), assim se pronuncia: “Na busca de uma expressão breve que contenha todos os componentes do conceito de culpabilidade, não encontro outra, senão reprovabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. A expressão não é linda, mas não consigo outra melhor” (2002, p. 39).

Frank⁶ (*Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907) e seguiram-no de pronto Beling (*Unschuld, Schuldproblem*, 1913), Freudenthal (*Schuld und Vorwurf*, 1922) e a doutrina majoritária. Ainda não havia sido esclarecida, todavia, a relação entre a reprovabilidade e “o vínculo psíquico entre o autor e o resultado”; ainda se incluía o “vínculo psíquico” no conceito de culpabilidade, como elemento essencial, pelo menos no dolo. Dohna (*Aufbau*, 32) foi quem deu o passo decisivo para “a compreensão de que no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante o resultado de uma *valoração*”; separou taxativamente a *valoração* (reprovabilidade) e seu *objeto* (dolo) e reduziu o conceito de culpabilidade à *valoração* do objeto. Seguindo o caminho iniciado por Dohna, a doutrina da ação finalista situa o dolo, que naquele autor tinha ficado sem posição, em seu lugar apropriado, como uma espécie da vontade final de ação, no tipo (subjetivo) dos delitos dolosos.

Denota-se, portanto, que a teoria finalista foi uma grande válvula de escape para a resolução de problemáticas que até então não haviam sido solucionadas. “Como qualquer teoria, a concepção finalista da culpabilidade também não se viu livre de objeções e críticas” (YAROCHEWSKY, 2000, p. 33), mas “é incomensurável a evolução propiciada pela concepção finalista ao estudo da culpabilidade” (NAHUM, 2001, p. 52).

Sem prejuízo das lídimas lições de Welzel, a doutrina aprecia a culpabilidade sob diversos outros focos. Basta citarmos, exemplificativamente, a lição de Bacigalupo: “Na atualidade, com base na teoria da prevenção geral positiva, sugere-se um conceito de culpabilidade que não se baseia nem na liberdade nem no caráter do sujeito, mas nas alternativas sociais à solução penal do conflito” (2005, p. 381).

Ainda, preceitua Jakobs (2003, p. 43):

Culpabilidade material é a falta de fidelidade perante normas legítimas. As normas não adquirem legitimidade porque os sujeitos se vinculam diretamente a elas, e sim quando se atribui a uma pessoa que pretende cumprir um rol de que faz parte o respeito da norma, especialmente o rol de cidadão, livre na configuração de seu comportamento. O sinalagma dessa liberdade é a obrigação de manter fidelidade ao ordenamento jurídico.

⁶ Frank partiu de uma premissa lógica e simples para verificar o caráter normativo a que a culpabilidade deve revestir-se. Ao discursar que as “circunstâncias concomitantes” (aquelas a que o juiz deve embasar-se para dosar a pena) podem aumentar ou diminuir a pena, poderia, portanto, excluir a culpabilidade. Ensina, Frank: “[...] as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade; então, não há dúvida em reconhecer também a capacidade de excluir a culpabilidade” (2002, p. 31).

Mas conceber a culpabilidade como juízo de reprovabilidade é oferecer muito pouco. Segundo preceitua José Cerezo Mir (2001, p. 419/420):

O conceito de culpabilidade como reprovabilidade pessoal da ação típica e antijurídica é um conceito formal, pois nos indicar qual seja o fundamento da reprovabilidade é dizer: por que se reprova ao sujeito a realização da ação típica e antijurídica? Segundo a opinião dominante na ciência espanhola e alemã de Direito Penal, o fundamento da reprovabilidade se baseia na capacidade do sujeito de agir de outro modo. Esse conceito material de culpabilidade enlaça, como diz Welzel, “com uma larga tradição jurídica e filosófica”. Uma ação típica e antijurídica só é culpável se ao sujeito, na situação concreta, podia agir de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. A culpabilidade é culpabilidade da vontade. Somente se o sujeito podia ter adotado, em lugar de empregar sua vontade de levar a cabo a ação típica e antijurídica, um emprego de vontade diferente, haverá agido culpavelmente (grifo nosso).

No mesmo sentido figura a lição de Jakobs (2003, p. 33):

Até o momento, realizei uma descrição puramente formal: por exemplo, todo ordenamento pode ter a pretensão de que os seres humanos capazes de se motivar o façam de maneira dominante para a consideração da ordem. Pode ter lugar com os seguintes conteúdos: trair seus amigos judeus, espiar seus vizinhos ou não realizar atos homossexuais e devemos perguntar-nos: sempre há culpabilidade quando nesses casos falta uma motivação dominante? Não se pode duvidar que em um sentido formal há culpabilidade, já que o fato de o destinatário não ter alcançado a finalidade da regra imputa-se como defeito seu – não demonstrou a fidelidade à norma que lhe é exigida.

Jakobs assim se faz entender por crer que a culpabilidade insere-se no conteúdo tratado pela ordem jurídica. Se a ordem jurídica impõe que é crime sorrir e o agente sorri, a ele recai a noção de culpabilidade (não agiu conforme determina a norma). Mas a culpabilidade nesse aspecto é meramente formal. Materialmente, esse desvalor relacionado à ação/ordem jurídica não pode considerar-se materialmente culpabilidade. Veja-se: “[...] essa referência ao valor ou desvalor que deve ser estabilizado não é tudo o que se pode dizer a respeito da classe de culpabilidade com a qual opera um determinado ordenamento jurídico” (JAKOBS, 2003, p. 34).

Mas, por ora, merece enfoque a lição de Mir, acima grifada.

Após os estudos de Frank, estabeleceu-se uma nova visão acerca da culpabilidade: a reprovação⁷. Todavia, descontentes com essa natureza ainda relativamente vaga da expressão, a doutrina alemã passou a interpretar a culpabilidade para lograr êxito em conceituar esse juízo de reprovação e, além disso, adentrar em seu conteúdo, de modo a trazer para o mundo fenomênico a tradução desse ideal teórico. Assim, a *reprovabilidade* passou a ser entendida como *exigibilidade de comportamento conforme a ordem jurídica*.

Sobre essa visão acerca da reprovabilidade, Berthold Freudenthal, em breves linhas, demonstrou o quão relacionado está o conceito de reprovabilidade com a noção de exigibilidade (2003, p. 63):

Em nenhum ponto a opinião pública é tão suscetível como na culpabilidade. Ela considera insuportável a condenação de um inocente. [...] Mais de uma vez declaramos culpados aqueles que, na linguagem dos leigos, “nada podia” fazer, ou que “tenha agido como qualquer outro que estivesse em seu lugar”.

Assim, evidencia-se que à opinião pública paira sensação de injustiça se uma pessoa é condenada sobre a prática de um crime, mesmo que qualquer outra pessoa tivesse feito o mesmo em seu lugar.

A idéia de culpabilidade como exigibilidade de comportamento frente ao ordenamento jurídico é trazida, também, por Goldschmidt. Ricardo C. Núñez, interpretando Goldschmidt, assim se expõe (2002, p. 81):

Goldschmidt liga sua teoria à metafísica kantiana. Ele disse que sua teoria é um resultado da aplicação do seguinte pensamento de Kant à esfera jurídica. Na *Metaphysik der Sitten*, erster Teil, Einleitung, II (dritte Auflage de Karl Vorländer, Leipzig, 1919) disse Kant que a toda legislação (Gesetzgebung) pertencem duas partes: uma que prescreve a ação que se deve executar como objetivamente necessária, ou seja, que faz da ação um dever; a outra é o nexa que enlaça subjetivamente a causa determinante do arbítrio (Willkür) com a representação da lei, ou seja, faz do dever o motivo. Aplicando esse pensamento no direito positivo, disse Goldschmidt que a todo imperativo jurídico lhe é imanente uma “norma de motivação” que exige que o indivíduo se motive pela representação deste imperativo.

⁷ Inclusive, Gonzalo D. Fernández afirma que as “[...] bases de fundação da teoria normativa da culpabilidade – sobre isso existe também absoluto consenso doutrinário – provém das contribuições apresentadas por Frank, por Goldschmidt e também por Freudenthal” (2003, p. 26)

Tal é a origem da “norma de dever” ou “norma de motivação” que, como independentemente da norma jurídica ou “norma de ação”, leva Goldschmidt à teoria normativa da culpabilidade. Para Goldschmidt, uma ação tem frente à lei penal dois aspectos: por um lado, o de sua *legalidade* (a conformidade ou não conformidade com a norma de ação que manda ou proíbe objetivamente); por outro lado, o de sua *exigibilidade* (se a norma de dever obriga o não obriga o indivíduo a se motivar pela representação do dever jurídico).

Conceber a reprovabilidade como exigibilidade de comportamento conforme a ordem jurídica foi o meio pelo qual a doutrina conseguiu emanar certo grau de concretude para a culpabilidade, pois a interpretação acerca da expressão “reprovabilidade” era e é muito vaga.

Com efeito, o conceito de culpabilidade como reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita, é de natureza formal, visto que não indica seu fundamento. Este último está, segundo Welzel⁸, na capacidade do autor de agir de outro modo (PRADO, 2007, p. 432).

Vê-se, portanto, que é muito difícil, senão impossível, não vislumbrar a *culpabilidade* como *reprovabilidade*. Além disso, é também difícil conceber a *reprovabilidade* de outro modo, a não ser como *exigibilidade de comportamento conforme a ordem jurídica*.

Cabe, aqui, uma distinção. A doutrina observa que existem elementos intelectuais e elementos volitivos da culpabilidade. Ausente qualquer destes elementos, ausente também a culpabilidade. Mas, em síntese, tanto os elementos intelectuais como os volitivos são pautados na idéia da exigibilidade. Basta observarmos, nesse sentido, a lição de Zaffaroni (1997, p. 653):

“Todas as causas de ausência de culpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta conforme ao direito, seja porque não

⁸ Ensina, Welzel (2001, p. 137/138): A reprovabilidade só recai sobre o autor quando, na situação concreta, podia tomar uma decisão de acordo com a previsão do injusto. Trata-se, aqui, da possibilidade concreta de o autor, capaz de culpabilidade, poder tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto. Essa possibilidade concreta de autodeterminação conforme os fins em favor da conduta jurídica é o elemento mais importante da reprovabilidade, ao qual estão subordinados os elementos intelectuais. Isso porque o conteúdo da reprovabilidade consiste precisamente no fato de que o autor podia e devia adotar uma resolução de vontade conforme o Direito no lugar de sua resolução de vontade antijurídica. Em geral, o Direito exige do autor imputável que possa conhecer a antijuridicidade de sua decisão, que adote uma resolução de vontade de acordo com esse possível conhecimento. Situações há, todavia, em que não se exige uma conduta conforme o Direito, nem sequer do autor imputável que atua com plena consciência da antijuridicidade.

lhe era exigível a compreensão da antijuridicidade, seja porque, embora tivesse esta compreensão, não se podia dele exigir a adequação de sua conduta a ela”.

Diante disso, há dois vieses a seres observados. Por um lado, há quem defenda que uma vez presente ao sujeito a inexigibilidade de agir conforme a norma, a culpabilidade deve ser rechaçada, com conseqüente afastamento do delito, cabendo ao intérprete do fato averiguar a ausência desta exigibilidade. Por outro lado, há quem defenda que as hipóteses de inexigibilidade devem estar previstas legalmente, pois “o direito deve limitar bastante, sem dúvida, essas situações, no interesse da vigência de suas normas” (WELZEL, 2001, p. 138).

Confira-se, nesse contexto, a lição de Cerezo Mir:

No marco de desenvolvimento da teoria normativa da culpabilidade, Freudenthal formulou a tese de que constituía uma conseqüência inevitável desta a admissão da inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão de culpabilidade. Se a culpabilidade e a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, é necessário considerar a não exigibilidade como causa geral, supralegal, de exclusão da culpabilidade.

À tese de Freudenthal focou-se excessivamente ao redor de interesses individuais. Por isso Mezger afirmou que ao determinar-se a exigibilidade ou não exigibilidade de outra conduta era preciso buscar um equilíbrio entre os interesses individuais e sociais.

Modernamente, rechaça-se, pela maior parte dos penalistas alemães, a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade.

Vê-se, a partir das palavras de Cerezo Mir, que a doutrina, nacional e alienígena, divide-se quanto à aceitabilidade da inexigibilidade de conduta diversa como critério geral que exclui a culpabilidade⁹.

⁹ Neste trabalho, a expressão “critério geral de exclusão de culpabilidade” pode ser entendida como sinônimo de inexigibilidade supralegal. Com efeito, tanto uma expressão como a outra são utilizadas pela doutrina. Ademais, o foco de ambas as expressões consiste na possibilidade de fundamentação da exclusão da culpabilidade com base na inexigibilidade entendida em seu sentido amplo, não sendo necessário, portanto, subsunção do fato ao caso tutelado pela *lei* penal.

2. CONCLUSÃO

Conforme se denota, a culpabilidade possui em seu âmago a noção de “reprovabilidade” (excetuadas as suas outras diversas noções, como, por exemplo, de *culpabilidade* como idéia de dolo e culpa).

Essa noção de reprovabilidade surgiu após os estudos de Frank. O doutrinador alemão percebeu que era inconcebível imputar o crime a alguém sem que a esse recaia um juízo negativo, uma reprovação.

Todavia, descontentes com essa acepção ainda vaga, a doutrina passou a tecer estudos sobre o conteúdo da reprovação, chegando à noção de culpabilidade como exigibilidade de comportamento conforme o Direito. Há culpabilidade quando o agente comete um injusto, consciente da norma e podendo agir conforme os preceitos desta.

Ainda nesse caminho, parte da doutrina percebeu que os casos em que há inexigibilidade de conduta diversa devem ser previstos na legislação. É o que ocorre, exemplificativamente, no Brasil, pois o Código Penal pátrio consagra duas hipóteses de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. São elas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Todavia, outra parte da doutrina crê que não é necessária a previsão das hipóteses de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Com efeito, a reprovabilidade (inexigibilidade) deve ser um princípio geral que norteia a imputação, de modo que se o agente comete um injusto e a ele não recaia um juízo valorativo negativo, a culpabilidade deve ser excluída e, conseqüentemente o crime, presente ou não a disposição na lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal. parte geral* – Tradução de Anrdé Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edílson Mougenot Bonfim. São Paulo : Editora Malheiros, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal, parte geral*. Vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal : parte geral*. v 1. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal - Parte geral - Tomo I - Questões fundamentais - a teoria geral do crime*. Coimbra. Ed. Coimbra, 2004.

DONNA, Edgard Alberto. *Teoria del delito y de la pena - imputacion delictiva*. 2. ed. Buenos Aires : Astrea, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal : parte geral*. Ed., rev. Por Fernando Fragoso – Rio de Janeiro : Forense, 1994.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Estudio Introductorio : Gonzalo D. Fernández; José Luis Guzmán Dalbora - Buenos Aires : Euros Editores S.R.L, 2005.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche em el derecho penal*. – Buenos Aires : IBdef, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. – Buenos Aires : IBdef, 2002.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal : um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo*. Estudio Introductorio : Gonzalo D. Fernández; José Luis Guzmán Dalbora - Buenos Aires : Euros Editores S.R.L, 2005 (ISBN 9974-578-45-0).

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal : parte general* / José Cerezo Mir ; prefácio desta co-edição Luiz Regis Prado – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais ; Lima, PE: Ara Editores, 2007. (Coleção Obras Completas)

MIR, José Cerezo. *Temas fundamentales del derecho penal*. – Buenos Aires : Rubinzal Culzoni, 2001.

NAHUM, Marco Antônio R. *Inexigibilidade de conduta diversa : causa supralegal : excludente de culpabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1 : parte geral*. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal : parte geral*. 2. ed. rev. Aum. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal : parte general : Tomo I : fundamentos : la estructura de la teoria del delicto*. – Madrid : Thomson Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires : Hamurabi, 2008.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. uma introdução à doutrina da ação finalista*. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro : parte geral* / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.