

RESENHA DOS CLÁSSICOS

CULPABILIDADE E REPROVAÇÃO NO DIREITO PENAL (BERTHOLD FREUDENTHAL)¹

Michelangelo Corsetti²

A obra de Berthold Freudenthal, “Culpabilidade e reprovação em direito penal”, publicada em 1919, é considerada fundamental para a concepção normativa da culpabilidade.

Freudenthal inicia a obra estabelecendo o problema, destacando que em nenhum ponto a opinião pública é tão suscetível como quando trata da culpabilidade, considerando insuportável a condenação de um inocente. No entanto, os penalistas estão extremamente presos à estruturação dos conceitos de culpabilidade, dolo e culpa, bem como se estes concordam com as concepções dos profanos. Mais de uma vez são declarados culpados aqueles que, na linguagem dos leigos, “nada podiam fazer” no caso, ou aos que “obraram como qualquer pessoa haveria obrado em seu lugar”. O povo somente aceita semelhantes condenações porque o mundo de conceitos de direito penal tem chegado a ser inacessível na medida em que o Direito Penal tem se convertido em uma ciência oculta.

Freudenthal retoma e critica a doutrina de Reinhard Frank³, afirmando que seria um erro falar ser o conceito de culpabilidade (conforme predominava na doutrina dominante à época) nada mais do que as noções subordinadas ao dolo e à culpa e excluir todo o resto, especialmente as circunstâncias concomitantes, visto que estas são aptas para atenuar ou excluir a culpabilidade.

Os elementos da culpabilidade, além do dolo, da culpa e da imputabilidade (que erroneamente considerava-se como pressupostos da culpabilidade), pertencem também às circunstâncias concomitantes. A conduta culpável, isto é, reprovável, além do dolo ou culpa e imputabilidade, pressuporia, então, como terceiro elemento da culpabilidade, a disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor teria agido.

Essa concepção – ainda de acordo com Frank – abriu terreno no que se refere à análise da culpa na jurisprudência do Tribunal Supremo. Diferentemente, tanto o estado atual da legislação e da teoria, à época, não permitiam considerar o conjunto das

¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. Gustavo E. Aboso. Buenos Aires: B de F, 2006.

² Mestre e especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de direito penal e processo penal da Universidade de Caxias do Sul. Advogado criminalista.

³ FRANK, Reinhard. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**. Ed. de Alfred Töpelmann, Gießen: BVW, 1907.

circunstâncias como critério excludente da culpabilidade nos delitos dolosos. Sobre essa base, a concepção de causas de exclusão da culpabilidade resultava desnecessária. Elas eram somente a negação dessa normalidade na disposição das circunstâncias concomitantes e, portanto, a negação da culpabilidade em si. Entretanto, conforme defende Freudenthal, a concepção de Frank tinha sido rechaçada em sua essência.

Na opinião de Freudenthal, os reparos necessários – objetos de crítica – estão justificados no seu centro e o próprio Frank⁴ já havia abandonado a criticada formulação objetiva de sua doutrina e colocado no lugar das circunstâncias concomitantes sua “significação motivadora”, a “motivação normal”. Assim, não se concebiam como relações puramente psíquicas que, segundo Frank⁵, faziam parte do dolo e da culpa e deveriam converter-se, graças ao encontro com a imputabilidade e as circunstâncias concomitantes normais em relações reprováveis e, com isso, em culpabilidade.

Resumidamente, Freudenthal explica que, para Frank, o mérito perdurável da sua estrutura repousava na importância das circunstâncias concomitantes ao fato. E isso independentemente do fato de que sua doutrina não se sustente na sua concepção objetiva e de que pretendesse considerar as circunstâncias concomitantes, subjetivizadas, somente na individualização da pena não na decisão da alternativa entre culpabilidade ou inocência.

Freudenthal destaca que seu pensamento difere de Frank no fato de que, para o primeiro, a culpabilidade não deve reclamar, nem a normalidade das circunstâncias concomitantes objetivas nem sua força motivadora. Pode-se exigir, tanto no dolo como na culpa (espécies de culpabilidade), que o autor possa ter formulado uma reprovação por sua conduta. Agora, se as circunstâncias da execução se deram de um modo tal que qualquer pessoa teria agido da mesma forma como fez o autor, então falta o pressuposto comum de dolo e culpa, a possibilidade de formular uma reprovação e, com isso, mesmo que de *lege lata*, estariam ausentes ambas as formas de culpabilidade.

Em relação à reprovabilidade da culpa, Freudenthal destaca que a opinião dominante, tanto na teoria como na prática, comprova duas coisas distintas acerca da culpa: primeiro, objetivamente, se o autor prestou o devido cuidado *in concreto* para a realização do tipo. Se a resposta é afirmativa, então a segunda averiguação seria desnecessária e o autor deveria ser absolvido. Se a resposta for negativa, deveria-se examinar, subjetivamente, se o autor, de acordo com o plexo de sua personalidade estava em condições de abster-se

⁴ FRANK, StGB. **El Código Penal del Imperio alemán**. 11ª a 14ª ed. 1914, capítulo 4, número II, p. 107.

⁵ Ibid. Número VIII, 2, del § 59.

da realização do tipo. Ou seja, somente assim poderá incidir a reprovabilidade, sem a qual a conduta do autor não poderá ser culpável. Além disso, destaca o autor que “dever de evitar” pressupõe o “poder evitar”.

Quanto à relação entre o dolo e a reprovabilidade, afirma Freudenthal que aquilo que é considerado justo para a culpa não deveria ser considerado inócuo para o dolo. Além disso, cabe muito bem perguntar: como pode-se então exigir para a forma mais grave da culpabilidade menos do que se exige para a forma mais tênue? Tanto na jurisprudência como na doutrina a exigibilidade da inexecução do fato não tem se convertido no pressuposto para a admissão do dolo.

Este insatisfatório corolário deve-se ao conceito formal do dolo que somente inquire se o autor, no momento de agir, representou e quis a realização do tipo penal e não levanta a questão por completo, independentemente do fato de se anteriormente foi feita alguma censura e se poderia esperar dele que não agisse da forma como agiu. Se evita assim, que a forma mais grave da culpabilidade (não menos que a forma mais tênue) somente possa estar configurada quando, em primeiro lugar, se dê a fase psíquica, o elemento psíquico da culpabilidade, ou seja, a referência ao resultado, ou, dito de maneira mais exata, a realização do tipo penal.

A exigibilidade, segundo tem declarado repetidas vezes o Tribunal Supremo, é questão que deve ser analisada no caso concreto, de maneira individualizada. Colocada a questão dessa maneira, Freudenthal se posiciona de forma a contestá-la. Para o autor, importa exclusivamente isto: há que se admitir ou, como acontece neste trabalho, rechaçar a culpabilidade, uma vez que se negue a exigibilidade de outra conduta. Assim, destaca o autor que para a aplicação judicial dos conceitos de exigibilidade, reprovabilidade, evitabilidade etc., vale a observação acertada de Rosenfeld: “uma aplicação cuidadosa requer toda uma terminologia científica e, assim como uma caixa de fósforos, a doutrina do dolo não se entrega aos filhos para que joguem com ela”⁶.

O autor adverte que sua teoria não é mais que realização do princípio *impossibilium nulla est obligatio* no âmbito da doutrina jurídico penal do dolo. De acordo com Freudenthal, esse axioma fundamental estabelece, também para o Direito penal, uma *fundata intentio*, na medida em que para todo o Direito, aquele princípio descansa na mais profunda natureza das coisas. A respeito disso, cabe esperar, também, que não existem dúvidas no resultado

⁶ ROSENFELD, E. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. **Revista de la ciencia conjunta del Derecho penal**, 1908. p. 484.

definitivo ainda quando aqui, no tão discutido terreno da culpabilidade jurídico-penal, pudessem subsistir algumas discrepâncias nos detalhes.

Por fim, Freudenthal destaca que segundo o Direito vigente e a gênese do Direito concebido, o juízo de culpabilidade implica uma reprovação, este deve ser levado a sério. Ao juízo de culpabilidade está ligado, todavia, um fragmento da antiga tragédia do destino. Não é, por acaso, o Direito um *minimum* ético? Resulta daí a grande dificuldade que afirmemos a reprovação da culpabilidade e inflijamos graves, inclusive as mais graves ingerências de índole criminal, contra aquele que, segundo as circunstâncias do fato, não podemos formular eticamente reprovação alguma por sua execução.