

RESENHA DOS CLÁSSICOS

SOBRE A ESTRUTURA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE (REINHARD FRANK)

Michelangelo Corsetti¹

Dando continuidade aos problemas dogmáticos na evolução da estrutura do crime, mais especificamente na evolução da estrutura da culpabilidade, abordaremos a obra de Reinhard Frank, *Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade*, publicada em 1907.

De acordo com o autor, ainda que a culpabilidade fosse interpretada na ciência jurídica moderna de diversas maneiras, havia uma opinião comum sobre o fato de sua essência consistir integralmente em uma relação psíquica com algo determinado ou com a possibilidade desta relação. Entretanto, para ele, ainda permanecia em aberto a questão desta relação psíquica ser jurídica ou real.

Antes de abordar tais questões, o autor destaca que o principal é a delimitação do conceito de culpabilidade na fase interna. Nesse âmbito, retomando conceituações de outros autores, Löffler explica que a culpabilidade era definida como “o conjunto de relações penalmente relevantes da intelectividade de uma pessoa e o resultado social danoso de sua ação”. Já Kohlrausch afirmava que a “culpabilidade no sentido do Direito Penal seria aquela relação subjetiva na qual o autor culpável deveria reconhecer para poder ser responsabilizado penalmente”. Ainda, conforme Frank, um ponto distinto sustentava Liszt, afirmando que “a culpabilidade era a responsabilidade pelo fato realizado de forma ilícita”. Entretanto, para Frank, isso tinha por base uma confusão entre o fato e a consequência jurídica. Ao se interrogar: “quando uma pessoa é penalmente punível?”, a ciência responde: “quando seu comportamento é culpável”. A pergunta que segue é: “Quando seu comportamento é culpável?”, e Liszt responde: “quando a pessoa é responsável por seu comportamento”. Isso era um círculo vicioso. Seja como for, a doutrina dominante encontrava na essência da culpabilidade uma relação psíquica do autor com algo que estava localizado fora de sua responsabilidade.

Além disso, existia uma grande coincidência acerca da relação entre o conceito de culpabilidade, por um lado, e os conceitos de dolo e culpa, por outro. O primeiro era considerado como um conceito genérico ao passo os últimos conceitos em espécie. Nesse sentido, Mayer explica que a culpabilidade era abarcada pelos conceitos de dolo

¹ Advogado Criminalista. Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUC-RS, Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Caxias do Sul.

e de imprudência. Precisamente, este último giro traz, a meu modo de ver de Frank, o outro dogma da doutrina dominante que não contém outra coisa que não os conceitos acessórios do dolo e da culpa e que todos os fatos que poderiam ser de importância para a apresentação jurídica da ação, ou seja, as circunstâncias concomitantes estão fora do conceito de culpabilidade. Para o autor, as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade. Então, não existe dúvida em reconhecer também a capacidade de excluí-la.

Segundo Frank, se o conceito de culpabilidade abarca nada mais que a soma do dolo e imprudência – e isso segundo a consciente ou a imprevista provocação do resultado –, poderia resultar absolutamente incompreensível, assim como pode excluir-se a culpabilidade no caso do estado de necessidade, na medida em que o autor que atua em estado de necessidade também sabe o que faz. Excluir o dolo no sentido já expressado significa ser ilógico. Diante deste erro, não seria culpável aquele que supõe que o estado de necessidade exclui a antijuridicidade, portanto, a proibição dada para as situações normais não rege nos casos de estado de necessidade.

De acordo com Frank, estava correto Radbruch ao afirmar que a imputabilidade concebida como pressuposto da culpabilidade, ou capacidade de culpabilidade, não tinha nenhum significado para ao Direito penal. “Para comprovar a capacidade, ou seja, a possibilidade de fazer-se culpado, deve-se verificar o *factum*, que é a realidade da inculpação”. Radbruch considera a imputabilidade não como culpabilidade, mas, sim, como capacidade de pena, posição esta que se aproxima da da concepção de Liszt, para quem a imputabilidade deveria ter o mesmo significado que a sensibilidade para a motivação que a pena propõe. Para Frank, entretanto, existe uma relação entre imputabilidade e pena, mas essa relação não é diferente daquela existente entre culpabilidade e pena. Somente o sujeito culpável é digno de pena e, assim, punível. A imputabilidade, portanto, não é capacidade de culpabilidade e nem pressuposto de culpabilidade, mas, sim, um elemento que pertence à culpabilidade. As vantagens de semelhante interpretação se destacam, em primeiro lugar, na doutrina da participação. Ao ser esta de caráter acessório, não é possível na ação produzida por um inimputável, porque este não atua de forma culpável. Por outro lado, também é possível deduzir que o inimputável pode atuar dolosa ou imprudentemente, que ele seja capaz de realizar um ato delitivo. Assim, demonstrar-se que o dolo e a imprudência também são concebíveis sem culpabilidade.

A doutrina dominante define o conceito de culpabilidade de maneira que abarque os conceitos de dolo e imprudência. Segundo Frank, o erro da concepção tradicional está na falta de consideração dos elementos individuais da culpabilidade. Ela considera somente o dolo e a imprudência, mas não a imputabilidade e, tampouco, as circunstâncias sob as quais tenha sido praticado o fato. Contudo isso se agrega a um segundo erro, qual seja,

a doutrina dominante determina a relação de culpabilidade, dolo e imprudência como a relação de gênero e espécie, quando na realidade são coisas distintas.

Para o autor, a expressão que melhor contenha os elementos do conceito de culpabilidade é reprovabilidade. Pode-se dizer, assim, que realização culpável é realização reprovável. E isso não gera nenhuma dificuldade quando se excluem as omissões do âmbito das ações. Isso porque basta utilizar-se o termo comportamento e não a ação: “comportamento culpável é comportamento reprovável”.

Para que alguém seja reprovado por seu comportamento, devem estar presentes três pressupostos: i) uma atitude espiritual normal do autor ao que nós denominamos imputabilidade. Se ela existe então seu comportamento antijurídico pode ser convertido, em geral, em reprovação, mas, todavia, não se pode afirmar que lhe corresponde uma reprovação no caso concreto; ii) uma concreta relação psíquica do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta relação, conforme a qual, discerne seus alcances (dolo), ou bem os poderia discernir (imprudência); iii) a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua. Assim, quando uma pessoa imputável realiza um fato antijurídico, consciente ou podendo estar consciente das consequências de sua conduta, pode ser sujeito de reprovação segundo a interpretação do legislador. Todavia o que é possível em geral, no caso particular pode ser impossível. Assim, não cabe reprovabilidade quando as circunstâncias concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para uma terceira pessoa e a ação proibida executada os podia salvar.

Para Frank, está claro que nas circunstâncias concomitantes sob as quais o acusado estava no momento crítico da ação, deve estar incluído o conceito de culpabilidade e há vantagens no âmbito jurídico material. Para o entendimento do significado da culpabilidade, o autor toma como referência a aceitação da doutrina dominante de uma causa de exclusão da culpabilidade baseada no erro de fato. Se alguém considera que está sendo atacado e se defende contra seu suposto atacante da mesma forma que teria se defendido contra seu real agressor, segundo a posição unânime, o dolo será excluído, podendo, no máximo, fundamentar um caso de imprudência quando, com o cuidado exigível e de acordo com as circunstâncias do caso, pudesse se dar conta de que na realidade não estava sendo agredido. De acordo com o autor, a fundamentação teórica destas questões, com exceção de Liszt, tem provocado dificuldades. Tem-se tentado solucioná-las empregando os conceitos de circunstâncias negativas ou de elementos negativos da tipicidade. Se o dolo exige a consciência de que os elementos positivos do tipo estejam presentes, assim também seria lógico que se exija o conhecimento da ausência dos elementos negativos do tipo. Diz-se que a antijuridicidade pertence ao conceito do delito. Para tanto, conforme Frank, o elemento positivo do tipo pode ter vários significados. Em primeiro lugar, se a lei ameaça a prática de uma ação com pena, então proíbe tal ação, declarando-a antijurídica.

Quando essa declaração de antijuridicidade desaparece porque um preceito legal a exclui, então falta um elemento do fato e, em consequência lógica, sua impunidade. Nesse sentido a antijuridicidade é caracterizada como elemento positivo do fato. Em segundo lugar, a frase “a antijuridicidade é um elemento positivo do fato” pode ter outro sentido uma vez que pode significar o seguinte: quando a lei ameaça com pena uma determina ação ela não está proibindo de nenhum modo esta ação e tampouco declarando-a antijurídica. Na realidade a lei estaria dizendo: sendo a ação declarada por si antijurídica então ela e a pena tem que ser assim representada.

Frank considera esta frase equivocada. Para o autor, a antijuridicidade corresponde ao conceito de delito. Ela se infere da ameaça de pena. É o meio de reconhecimento mais próximo da antijuridicidade e, deste modo, a ameaça de pena se relaciona com a antijuridicidade enquanto não se comprova outro preceito legal que expresse a ação como permitida e conforme o direito. Não se nega a antijuridicidade em geral, mas somente em casos pontuais. Tem-se, por isso, um significado de lei especial que se antepõe à lei geral. Somente sob tal condição, ou seja, que esteja ausente tal circunstância, a ação será punível. A circunstância em si, nesse sentido, pode ser definida como elemento negativo do tipo.

A culpabilidade, por sua vez, corresponde à natureza das circunstâncias sob as quais se realiza a ação. Anormais são as circunstâncias concomitantes que, para o autor, significam um perigo. No estado de necessidade, por exemplo, para salvar-se de um perigo realiza uma ação normalmente punível não atuando culpavelmente. Assim também quem atua de forma idêntica em caso de defesa necessária. Aqui falta a culpabilidade porque não se pode reprovar o agente por ter agido da maneira que agiu sob tais circunstâncias. Se o autor supõe de forma errônea estar em perigo, então isso pode provocar alguma reprovação para ele. Se o autor supõe de forma errônea estar em perigo, então isso pode levar a sua reprovação em caso do autor não ter atuado com a atenção que se podia esperar dele, segundo as circunstâncias do caso. Se o autor se salva de um suposto perigo da mesma forma que teria agido em caso de perigo real, não poderá ser reprovado. A ação necessária ou a ação defensiva em um estado de necessidade ou de defesa necessária putativa são consideradas inculpáveis.

Segue o autor explicando que especialmente durante o século XIX afirmou-se que qualquer um estava obrigado a conhecer as leis que tenham sido publicadas. Daí se extrai, como consequência, a culpa do autor em caso de desconhecimento da lei infringida. Mas, pergunta o autor, “pode-se reprovar alguém por seu comportamento quando ele não conhecia o preceito penal que o proibia?”. A negação dessa resposta talvez estivesse justificada se a conduta humana estivesse dominada pelo direito. Para Frank, deveria se exigir do legislador maior cautela para tal reprovação, podendo-se, talvez, levar em consideração, como ponto de partida, a seguinte frase extraída do projeto do Código Penal

do Gran Ducado de Hesse: “a ignorância da lei não exclui a imputação, salvo se a ação não seja uma daquelas que já se encontram proibidas segundo os princípios da religião e dos costumes e cujo autor, por total desconhecimento inculpável de uma lei penal especial vigente, a considera como permitida e não punível”.

As relações psíquicas mediante as quais está vinculado o autor que atua dolosamente são caracterizadas tanto pela expressão “vontade” como “representação”. Contrapõe-se à “teoria da vontade” a “teoria da representação”. Para Frank, parecia ser impensável uma culpabilidade penal sem ação e ele pretendia determinar em que momento seria a atuação da vontade dolosamente culpável. Frank explica que seu trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, buscou demonstrar que o dolo não é determinado com suficiente clareza quando é denominado como “o querer o resultado”, sendo necessário remontar-se às representações atuantes no ato de vontade. Isso conduz à teoria da representação. Na segunda parte, examinou se psicologicamente, na realidade, resultava admissível falar do “querer o resultado”. Ao negar esta questão, chega-se novamente à teoria da representação. Na terceira parte, trabalhou de forma mais detalhada, chegando às seguintes conclusões: dolo é a previsão (a consciência) do resultado da atuação do agente unido ao conhecimento daquelas circunstâncias às quais fazem punível a ação.

A previsão se expressa nas seguintes formas (ou juízos): 1º) o resultado se cumprirá... (previsão de resultado como certo); 2º) o resultado deve cumprir-se... (previsão do resultado como necessário) e; 3º) o resultado pode cumprir-se... (previsão do resultado como possível). Se a previsão do agente se expressa por meio deste último juízo, então existe dolo somente quando a previsão do resultado é tomada como certa ou necessária ou teria feito com que o agente não atuasse. Para Frank, dolo é o conhecimento em forma conjunta com a atuação voluntária das circunstâncias do fato que pertencem ao tipo penal ou que agravam a punibilidade. Destaca o autor que a doutrina, desde o século XVIII, tinha se ocupado da seguinte questão: “o que significa querer o resultado?”. Que representação deve ter tido o autor para que se possa afirmar que ele o tenha querido? Assim se expressa, para Von Hippel, o núcleo básico da questão: “quando é querido o resultado representado?”. No exame dessa questão, Von Hippel chega ao mesmo resultado que Frank. A diferença entre eles está no fato de que Von Hippel, em sua linha lógica “representação-dolo”, introduzia a vontade como termo intermediário ao dizer: “dolo existe quando o resultado é querido, mas o resultado somente é querido quando é representado na forma ‘a’, ‘b’ ou ‘c’”. Para Frank, além do elemento volitivo, o dolo existe quando o resultado foi representado na forma “a”, “b” ou “c”.

Frank contesta os críticos da teoria da representação que afirmam que a representação do resultado como possível somente alcança o resultado que foi querido. Para ele, os partidários da teoria da representação nunca consideraram a representação

como suficiente para integrar o conceito de dolo, mas, sim, somente a representação em relação ao ato voluntário. De acordo com o autor, eles partem do fato de que sem ação, ou seja, sem a ocorrência da vontade, não existe nenhuma forma a culpabilidade. Assim, para a relação da representação com a vontade, os seguintes casos têm relevância: 1º) a representação do resultado tem atuado ou codeterminado o autor para obrar. Portanto, o resultado é previsto, proposto. A reprovação neste caso é a mais grave. Enquanto se podia esperar que o autor se abstinhasse de atuar diante da representação do resultado, deixou-se determinar por ela para agir da forma que agiu. 2º) a representação do resultado não afastou o autor de seu agir. O autor não concedeu influência alguma para a representação sobre o sua vontade. A partir daqui pode-se fazer uma reprovação imediatamente próxima ao precedente, quando ele representou o resultado como seguro. De maneira diversa, representou-se somente como possível, não se expôs à mesma reprovação. Talvez ele esperasse evitá-lo, talvez a representação de poder desviar a influência danosa o determinou a agir. Somente no seguinte caso a reprovação é aproximadamente a mesma, qual seja, quando a diferença entre seguro e possível não teria significado para o autor, quando ele houvesse atuado sob todas as circunstâncias tal como atuou.

Por fim, Frank afirma que se deve atentar para a diferença entre o objeto e o conteúdo da consciência. Diz o autor: “eu sei uma realidade, mas talvez meu olho espiritual não esteja dirigido para essa região [...] eu não a apreendo, apesar de estar contido na minha consciência, mas nesse momento não seu objeto”. Em consequência disso, se apresenta ao jurista a seguinte questão: “pertence ao dolo que o sujeito, no momento na ação, também o pense?”. Por exemplo, “depende a pena pelo crime de sedução do fato do autor não somente conhecer a menoridade da moça, mas também pensar sobre isso?” Sobre isso, Frank afirma que até aquele momento era da opinião de que o resultado deveria ser penado, mas as circunstâncias concomitantes somente necessitavam ser sabidas.