

## **PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO CPPM PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **Principle of guiltability in cppm before the federal constitution of 1988**

**Lucas Vinicius Barbosa Ferreira**

**Victor de Paula Souza**

**Viktor Santos Souza<sup>1</sup>**

**Jaqueline Cardoso<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O direito penal estuda o crime bem como suas características e princípios. O conceito de crime é definido como algo que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, por constituir um dano ou perigo, ainda que em caráter de tentativa a um bem jurídico individual ou coletivo. Há ainda a teoria normativa pura da culpabilidade, que surgiu para modificar profundamente o sistema causal, redefinindo o conceito de ação. Para os crimes em geral, a jurisdição comum; para os crimes estritamente militares, a jurisdição especial; para os crimes de homicídio, o júri. Esta equação constitucional deve ser especialmente observada quando funcionários públicos militares cometem crimes dolosos contra a vida de cidadãos civis. A culpabilidade tem a ver com a reprovação ou a censura da ação praticada (ou omissão), que tem uma conformação típica e antijurídica, tendo-se como ponto de análise as condições do agente. A culpabilidade estava na mente do autor do fato, sendo coincidente com o dolo e culpa, seus únicos elementos. Não se está aqui a fechar o caminho para o Finalismo ou outro sistema penal no Direito Castrense, mas apenas tentando encontrar os signos que evidenciam o momento da evolução da teoria do crime que influenciou o Código Penal Militar. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo que é um método de abordagem e apresenta uma racionalização muito mais do que buscar uma verdade científica. Além de ser um método que elimina sucessivamente o erro.

---

1 Alunos de Graduação da Faculdade Minas Gerais - FAMIG

2 Professora da FAMIG. Na disciplina orientação de monografia. Analista do MPMG. Pós graduada em Direito Público e Direito Penal. Pós Graduanda em divisão de poderes, Ministério Público e Judicialização pelo centro de aperfeiçoamento do MPMG.

**PALAVRAS-CHAVE:** Culpabilidade; Exigibilidade de Conduta adversa; Imputabilidade.

**ABSTRACT:** Criminal law studies crime as well as its characteristics and principles. The concept of crime is defined as something that is forbidden and sought to avoid, threatening it with penalty, as it constitutes damage or danger, even if it is an attempt at an individual or collective legal good. There is also the pure normative theory of culpability, which emerged to profoundly modify the causal system, redefining the concept of action. For crimes in general, the common jurisdiction; for strictly military crimes, special jurisdiction; for homicide crimes, the jury. This constitutional equation must be especially observed when military public officials commit intentional crimes against the lives of civilian citizens. The culpability has to do with the disapproval or censorship of the action performed (or omission), which has a typical and unlawful configuration, having as a point of analysis the agent's conditions. The culpability was in the mind of the perpetrator of the fact, coinciding with deceit and guilt, its only elements. We are not here closing the path to Finalism or another penal system in Castro Law, but only trying to find the signs that show the moment in the evolution of the theory of crime that influenced the Military Penal Code. The method used was the hypothetical-deductive method, which is a method of approach and presents a rationalization much more than seeking a scientific truth. In addition to being a method that successively eliminates the error.

**KEYWORDS:** Guilt; Requirement of Adverse Conduct; Imputability.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como tema, o princípio da culpabilidade na Justiça militar, cujo problema de pesquisa é a necessidade e forma de aplicação do instituto junto à norma penal militar brasileira. Para tanto foi utilizado como marco teórico à obra: Tratado de Direito Penal do doutrinador Cezar Roberto Bittencourt.

O tema é relevante já que tem a percepção de abordar como tem sido a conduta da Polícia Judiciária Militar, na apuração de crimes militares e na aplicação do princípio da culpabilidade relacionando-se aos crimes militares.

O método de pesquisa foi o hipotético-dedutivo por meio de referencial teórico, em especial, pesquisa bibliográfica, revistas especializadas, artigos, legislação pátria e resolução sobre o tema.

A fim de atingir seu objetivo, essa pesquisa foi dividida em 6 (seis) capítulos, sendo o primeiro introdução e apresentação do tema e o último considerações finais.

Inicialmente, abordar-se-á sobre a culpabilidade no Direito Penal. A proposta é que o direito penal seja a última *ratio*, a última alternativa a ser utilizada para resolver algum conflito. Nesse capítulo, também será abordado em seu sobre a culpabilidade e todas as suas teorias.

No capítulo seguinte será feita uma análise sobre os crimes militares a luz do direito penal e principalmente no direito penal militar. O direito penal militar é um ramo especializado nos crimes cometidos por militares, sejam os das forças armadas, sejam os da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Ademais no próximo capítulo o assunto tratado é a culpabilidade no direito penal militar e como ela é aplicada.

Como desfecho, será demonstrada como qual teoria da culpabilidade foi adotada pelo Código Penal Militar.

## **2. A CULPABILIDADE E SUAS TEORIAS**

O direito penal estuda o crime bem como suas características e princípios. O conceito de crime é definido como algo que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, por constituir um dano ou perigo, ainda que em caráter de tentativa a um bem jurídico individual ou coletivo.

A culpabilidade é um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, sendo que para os tripartidos (corrente finalista) a culpabilidade é o terceiro elemento do crime.

Conceito analítico de crime tripartido sendo fato típico, ilícito e culpável, separando antijuridicidade e culpabilidade, conseguiu-se observar a verdadeira importância que tal elemento do crime tem e como determina o progresso do Direito Penal, como Von Liszt destaca em sua obra e nossos doutrinadores o citam (BITENCOURT, 2012).

Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a conseqüente aplicação de pena (CAPEZ, 2011).

Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito (BITENCOURT, 2012).

Na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, culpabilidade nada tem que ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento (CAPEZ, 2011).

A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena (BITENCOURT, 2012).

Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena (BITENCOURT, 2012).

E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa (BITENCOURT, 2012).

Assim, a culpabilidade é elemento que relacionado ao agente, já o fato típico e a ilicitude são relativos ao fato.

Existem algumas teorias a respeito dos requisitos para responsabilização do agente, denominadas teorias da culpabilidade.

A primeira é a teoria psicológica da culpabilidade, que defende que a culpabilidade é um vínculo psicológico entre o agente imputável e o fato típico ilícito.

Tal teoria surgiu com nitidez no sistema naturalista ou causal da ação, preconizado por Von Liszt e Beling, e refletia a situação dogmática na Alemanha por volta de 1900. Para ela, a culpabilidade é um liame psicológico que se estabelece entre a conduta e o resultado, por meio do dolo ou da culpa. O nexos psíquico entre conduta e resultado esgota-se no dolo e na culpa, que passam a constituir, assim, as duas únicas espécies de culpabilidade (CAPEZ, 2011 p. 328).

Para essa teoria a culpabilidade seria o lugar para abordar os elementos subjetivos dolo e culpa, uma vez que eram considerados as únicas espécies de culpabilidade (CASTRO, 2013).

Pode-se, assim, dizer que, para essa teoria, o único pressuposto exigido para a responsabilização do agente é a imputabilidade aliada ao dolo ou à culpa. As principais críticas que tal orientação sofreu foram as seguintes:

a) nela não se encontra explicação razoável para a isenção de pena nos casos de coação moral irresistível e obediência hierárquica a ordem não manifestamente ilegal em que o agente é imputável e agiu com dolo (como excluir-lhe, então, a culpabilidade?); b) a culpa não pode integrar a culpabilidade psicológica porque é normativa, e não psíquica; c) a partir da descoberta dos elementos subjetivos do injusto, enunciados por Mezger, comprovou-se que o dolo não pertence à culpabilidade, mas à conduta, pois sua exclusão leva à atipicidade do fato. Segundo assevera Damásio E. de Jesus, “o erro desta doutrina consiste em reunir, como espécies de culpabilidade, fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa” (CAPEZ, 2011 p. 328).

Essa teoria dominou durante parte do século XIX e parte do século XX quando foi superada pela teoria normativa ou psicológico-normativa pela necessidade de sistematizar os elementos da construção estrutural do delito (CASTRO, 2013).

Para os adeptos da Teoria psicológico-normativa ou normativa da culpabilidade, a culpabilidade é formada por dolo normativo ou culpa, pela imputabilidade e pela inexigibilidade de conduta diversa.

A partir das modificações no sistema anterior por Frank, principalmente no que diz respeito ao tipo penal e a culpabilidade introduziu elementos subjetivos e normativos no tipo (CASTRO, 2013).

Essa teoria exige como requisitos para a culpabilidade, algo mais do que “dolo ou culpa e imputabilidade”. Buscava-se uma explicação lógica para situações como a coação moral irresistível, na qual o agente dá causa ao resultado com dolo ou culpa, é imputável, mas não pode ser punido. Alinharam-se, assim, os seguintes

pressupostos para a culpabilidade: imputabilidade; dolo e culpa e exigibilidade de conduta diversa (CAPEZ, 2011 p. 328).

Há ainda a teoria normativa pura da culpabilidade, que surgiu para modificar profundamente o sistema causal, redefinindo o conceito de ação, que agora não é mais um mero ato voluntário que venha causar uma modificação no mundo exterior, passa agora a analisar o delito utilizando o pressuposto de que causalidade é obra da inteligência humana (CASTRO, 2013).

Em vez de imputabilidade, dolo ou culpa e exigibilidade de conduta diversa, a teoria normativa pura exigiu apenas imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, deslocando dolo e culpa para a conduta. O dolo que foi transferido para o fato típico não é, no entanto, o normativo, mas o natural, composto apenas de consciência e vontade (CAPEZ, 2011 p. 328).

Assim, essa teoria sustenta que a culpabilidade é composta por imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e pela potencial consciência da ilicitude, deslocando o dolo e culpa que passam a integrar o fato típico.

A consciência da ilicitude destacou-se do dolo e passou a constituir elemento autônomo, integrante da culpabilidade, não mais, porém, como consciência atual, mas possibilidade de conhecimento do injusto. Exemplo: a culpabilidade não será excluída se o agente, a despeito de não saber que sua conduta era errada, injusta, inadequada, tinha totais condições de sabê-lo (CAPEZ, 2011 p. 328).

Por fim, há ainda a teoria estrita ou extremada da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade, ambas derivações da teoria normativa pura da culpabilidade e divergem apenas quanto ao tratamento das discriminantes putativas.

Para a teoria extremada, representada pelos finalistas Welzel e Maurach, e, no Brasil, por Alcides Munhoz Neto e Mayrink da Costa, toda espécie de discriminante putativa, seja sobre os limites autorizadores da norma (por erro de proibição), seja incidente sobre situação fática pressuposto de uma causa de justificação (por erro de tipo), é sempre tratada como erro de proibição (CAPEZ, 2011 p. 328).

Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro que recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide

sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição (CAPEZ, 2011 p. 328).

A Teoria adotada pelo Código Penal brasileiro foi a teoria limitada da culpabilidade, que significa dizer que a culpabilidade é composta pela análise da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

As discriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de tipo (art. 20, § 1º), enquanto as discriminantes putativas por erro de proibição, ou erro de proibição indireto, são consideradas erro de proibição (art. 21).

A culpabilidade é composta por três elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

## 2.1 Culpabilidade e Princípio da culpabilidade

Ao grau de reprovação da conduta da pessoa e sua contribuição para o fato típico e culpável chamamos culpabilidade. Nesse ínterim é necessário também analisar a exigibilidade de conduta diversa, atrelada ao exame da culpabilidade. Conforme Francisco de Assis Toledo<sup>3</sup>, citado por Rogério Greco:

Deve-se entender o princípio da culpabilidade como um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença – fundada na experiência da vida cotidiana - de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo”. (TOLEDO apud GRECO, pg 89, 2011).

Conclui-se, portanto que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*).

O princípio da culpabilidade é a base da responsabilidade da pessoa humana seja por um fato típico e ou fato ilícito. Isso se dá porque o Direito Penal não pune igualmente, quem pratica fatos reprováveis e legítimos.

Com efeito, bem leciona o professor Bitencourt:

A culpabilidade, como fundamento da pena, 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. Para isso, exige-se a presença de uma serie de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal (BITENCOURT 2003, p. 14).

---

<sup>3</sup> Greco, Rogério. Curso de Direito Penal parte Geral. Editora Impetus, Rio de Janeiro, pg 89, 2011.

Para que seja reconhecida a culpabilidade, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos. O agente, para ser culpável, tem que ser imputável, apresentar ilicitude e ser possível agir, no caso concreto, de forma diversa.

Dessa forma, abaixo conceitua-se os requisitos da culpabilidade:

**a) Imputabilidade**, numa interpretação a *contrariu sensu* do artigo 26 do Código Penal seria a o atributo do sujeito mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme bem explicou o professor Damásio de Jesus (2003, p. 469).

**b) Potencial consciência da ilicitude** consiste, segundo Capez (2003, p. 301), no exame casuístico de que, no momento do fato, teria ou não o agente a possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, conforme o meio social, sua cultura, intelecto, resistência emocional e psíquica, dentre outros fatores.

**c) Exigibilidade de conduta diversa**, conforme afirma Capez (2003, p. 303), é a expectativa social de um comportamento diverso do que foi adotado pelo agente. Só existe se a sociedade podia esperar do sujeito que pudesse atuar de outro modo.

Sendo assim, sendo o fato típico e ilícito, bem como sendo o agente imputável, tendo potencial consciência da ilicitude e lhe sendo exigível agir de forma diversa, há configuração de um delito em todos os seus termos.

Logo, a responsabilidade penal só incide caso não esteja excluída, de algum modo, a culpabilidade, já que está é intrinsecamente ligada à ideia de reprovação social, como bem explica GRECO (2010, p. 28): “Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente”.

Portanto, não há que se falar em culpabilidade caso o agente sofra de incapacidade absoluta, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto/retardado; seja menor de 18 anos; esteja completamente embriagado por caso fortuito/força maior; seja dependente químico, eis que nesses casos será considerado inimputável (NETO, 2013).

Conclui-se que caso o agente deixe de atender alguns desses requisitos, ele com certeza não será penalizado como um agente culpado, isto por que, como determina a própria lei, para que seja reconhecida a culpabilidade, é necessário que se preencham todos os requisitos.

### **3. DOS CRIMES MILITARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**



O legislador não trouxe uma definição exata do que seria crime militar, optando por enumerar situações no Código Penal Militar (CPM) que o constituísse como tal.

Assim, conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre esta figura delitiva (ASSIS, 2004).

Observa-se que a principal distinção entre o crime comum e o crime militar está diretamente ligada aos bens jurídicos protegidos pelo legislador. Enquanto no primeiro se buscou resguardar o que é essencial para a vida em sociedade, no segundo ele tutela a administração militar e seus princípios basilares, quais sejam, a hierarquia e disciplina.

A necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna, a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor (ASSIS, 2004).

No crime propriamente militar a autoridade militar poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar em relação ao crime comum (ASSIS, 2004).

Assim, se a Constituição Federal reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou impropriamente militar) (ASSIS, 2004).

Depreende-se, portanto, que o CPM embora não tenha conceituado o que é crime militar, ele enumerou no artigo 9º, de forma taxativa, condutas que, se praticadas por militar, passam a ser denominadas como crime militar.

Para iniciar esse tópico, é relevante questionar se o processo e o julgamento de militares na Justiça Militar, por crimes dolosos contra a vida, seria sob a afirmação do artigo 5º, XXXVIII da CF que reconhece a Instituição do Júri com a organização dada pela Lei e lhe certifica competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (MARREIROS, 2018).

Roth segue dizendo que a norma que possui todos os elementos da geral e mais alguns, denominados especializantes é uma norma especial, que trazem um *minus* ou um *plus* de severidade (ROTH, 2018).

É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciasse da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato se enquadra naquela que tem o algo a mais. O infanticídio tem tudo o que o homicídio tem, e mais alguns elementos especializantes: a vítima não pode ser qualquer “alguém”, mas o próprio filho da autora + o momento do crime deve se dar durante o parto ou logo após + a autora deve estar sob influência do estado puerperal. (...) Consequência: a lei especial prevalece sobre a geral, a qual deixa de incidir sobre aquela hipótese (ROTH, 2018).

No Princípio da Unidade da Constituição não se pode admitir que uma norma constitucional originária seja inconstitucional. Nota-se que o mesmo texto original da Constituição Federal que previu o júri entre os direitos e garantias fundamentais com “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” também previu as competências das Justiças Militares que se baseavam no escabinato e não no júri, com base na Lei que foi recepcionada pela Constituição (MARREIROS, 2018).

“Os dois devem ser compatibilizados sem que aquele tenha o poder de tornar este inaplicável. Reforça esse argumento o fato de que entre 1988 e 1996 não foi dado como inconstitucional o julgamento de crimes dolosos contra a vida pelos Conselhos de Justiça pelo STF, pelo STJ e nem pelo STM” (MARREIROS, 2018).

Certo é que o Direito Penal Militar regula a intervenção punitiva que tutela a qualidade e probidade dos serviços prestados pelas instituições militares para a sociedade (ASSIS, 2017). “O fundamento basilar que orienta a Constituição da República e o próprio Código Penal militar, ao distinguir crimes própria e impropriamente militares, é o de que a atuação dos serviços militares pode ofender bens jurídicos diversos da hierarquia e disciplina” (ASSIS, 2017).

Na visão de Vladimir Aras (ARAS, 2018) em que numa democracia as instituições militares devem se sujeitar ao poder civil e que a justiça militar deve tratar apenas dos crimes que digam respeito à hierarquia e a disciplina, os crimes

dolosos contra a vida devem ser de competência do Tribunal do Júri, ao concluir que:

Numa democracia, instituições militares e seus integrantes sempre devem estar sujeitos ao poder civil e, portanto, em regra os crimes cometidos por membros da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica que não digam respeito a hierarquia, disciplina e a outros valores militares (art. 142 da CF) devem submeter-se à Justiça comum.

Para os crimes em geral, a jurisdição comum; para os crimes estritamente militares, a jurisdição especial; para os crimes de homicídio, o júri. Esta equação constitucional deve ser especialmente observada quando funcionários públicos militares cometem crimes dolosos contra a vida de cidadãos civis. É o que se espera num Estado de Direito, no campo da Justiça criminal, nenhuma instituição civil representa melhor o princípio democrático do que o tribunal do júri. (ARAS, 2018)

Parece cristalino o entendimento de que para o direito penal não interessa proteger apenas a hierarquia e disciplina internas às instituições militares. Mas ele se interessa especialmente em proteger todos os bens jurídicos que possam ser afetados pela realização inadequada dos serviços militares (ASSIS, 2017). Nesta perspectiva, não se protege apenas o interesse imediato das corporações militares, mas o interesse da sociedade que é destinatária dos serviços pelas mesmas corporações (ASSIS, 2017).

#### **4. O QUE É CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL MILITAR**

A exposição de motivos do Decreto-Lei n. 1.001/69 - Código Penal Militar - registra expressamente que a Comissão Revisora designada para rever o anteprojeto elaborado pelo Professor Ivo d'Aquino acompanhou os trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal Comum com o objetivo dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das novas leis penais em todo o território nacional. A preocupação manifestada é no sentido de que no Brasil se utilize apenas uma teoria do crime (GALVÃO, 2017).

O Anteprojeto elaborado para o Código Penal comum a que se refere a exposição de motivos deu origem ao Decreto-Lei n. 1.004/69, que acabou por não entrar em vigor por ter sido revogado no período de vacatio legis. Apesar da revogação do Código Penal comum de 1969, o Código Penal Militar entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1970 e suas disposições se apresentaram coerentes com as disposições então vigentes do Decreto-Lei n. 2.848/40 - Código Penal comum, relativas à teoria do crime (GALVÃO, 2017).

O Código Penal Militar não é um livro de doutrina e, por isso, não contém dispositivo que esclareça de maneira expressa qual modelo teórico foi adotado para identificar a conduta criminosa. Contudo, o estatuto repressivo militar ostenta dispositivos que indicam a acolhida da teoria causalista da ação para identificar a conduta que caracteriza o crime militar.

Estas duas disposições legais indicam que os conceitos de dolo e culpa estariam alocados no juízo de culpabilidade, bem como que a concepção da culpabilidade adotada é a psicológico-normativa nos moldes da teoria causal-naturalista (GALVÃO, 2017).

No entanto, cabe observar que as referências legais que o estatuto repressivo militar contém sobre a teoria do crime são dissonantes e parte da doutrina penal militar faz a leitura de todos os seus dispositivos conforme a teoria do crime adotada para a identificação dos crimes comuns.

A parte especial do Código Penal Militar, como também o Código Penal comum, estabelece tipos incriminadores dolosos e culposos de modo a firmar a questão no plano da tipicidade (NEVES, 2020). Ora, se a própria descrição da conduta criminosa faz a distinção entre a sua realização dolosa e culposa, fica evidente que o elemento subjetivo que orienta a realização da conduta importa à identificação do tipo incriminador.

Se o Código define tipos incriminadores culposos, não é possível sustentar que dolo e culpa são elementos do juízo de culpabilidade.

Ainda no âmbito da tipicidade, cabe observar que o Código Penal Militar estabelece que a causa de que depende a existência do crime pode ser uma ação ou uma omissão (art. 53). O mesmo ocorrida com o estatuto repressivo comum, em sua parte geral originária (art. 11) (BRASIL, 1969).

A identificação da omissão como causa evidencia que a teoria do crime não é de naturaliza ontológica, como pretendeu a teoria causal-naturalista, pois a

omissão naturalisticamente não pode causar qualquer resultado. No plano ontológico, a omissão não pode constituir causa. Somente no plano normativo é possível afirmar que a omissão é causa da violação da norma jurídica.

Se o Código Penal Militar define a relação de causalidade conforme os parâmetros normativos, não é possível sustentar que o modelo teórico adotado é o causal-naturalista.

## **5. QUAL TEORIA DA CULPABILIDADE FOI ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL MILITAR**

A culpabilidade tem a ver com a reprovação ou a censura da ação praticada (ou omissão), que tem uma conformação típica e antijurídica, tendo-se como ponto de análise as condições do agente.

É, portanto, potencialidade de reprovação de um fato, com foco em seu autor, e não está na cabeça do juiz ou de quem analisa a conduta, mas na natureza do fato em si. Na cabeça do juiz encontra-se o juízo de culpabilidade, ou seja, a avaliação subjetiva que o magistrado faz de um fato que essencialmente é reprovável, mas que deve ter essa reprovabilidade aferida, quantificada. Assim, culpabilidade constitui-se em um “terceiro degrau” na constatação da existência de crime, um elemento genérico do conceito analítico de crime (GALVÃO, 2017).

Destaque-se que, como no CPM o dolo e a culpa estão alocados na culpabilidade, como se verá a seguir, adotar uma teoria bipartida do conceito de crime militar, onde crime é apenas fato típico e antijurídico, seria aceitar a possibilidade de conceituar crime independentemente de dolo ou de culpa, o que, certamente, é equivocado. Portanto, o conceito de crime militar é, necessariamente, tripartido.

Apesar dessa análise, o CPM, nas excludentes de culpabilidade não usa expressões como “não há crime quando”, e sim expressões tradicionais para a exculpação, como “é isento de pena” ou “não é culpado”, o que pode fragilizar, como alguns defendem, a conclusão de adoção de uma teoria tripartida do delito pela análise literal do Código, mas não afasta a possibilidade dessa constatação por uma análise da evolução sistêmica do conceito de crime (NEVES, 2020).

Para definir qual a teoria da culpabilidade adotada pelo CPM, partamos do ponto de referência do sistema anterior àquele que informa esse Código, o causalismo clássico.

Nele, a culpabilidade era o liame “o vínculo ou nexó psicológico que liga o agente, ou pelo dolo ou pela culpa, ao seu fato típico e antijurídico” (GOMES, 1996, p. 33).

Nesse sentido, a culpabilidade estava na mente do autor do fato, sendo coincidente com o dolo e culpa, seus únicos elementos. A imputabilidade, note-se, hoje elemento da culpabilidade, nessa compreensão do causalismo clássico, era apenas pressuposto de culpabilidade, mas não um de seus elementos.

Por ser inteiramente interna, essa vertente foi intitulada pela doutrina como teoria psicológica da culpabilidade, já que dolo e culpa dizem respeito a uma conformação interna, psicológica do indivíduo que praticou ou se omitiu de conduta (GALVÃO, 2017)..

No causalismo neoclássico (Neokantismo), o dolo e a culpa permaneceram na culpabilidade, no entanto, ganharam a companhia de outros elementos, a saber, a imputabilidade – antes, como assinalado, um pressuposto de culpabilidade – e a exigibilidade de conduta diversa, todos eles elementos definidos por norma positivada de reprovação, portanto elementos normativos.

Neste ponto, como ainda existiam elementos psicológicos na culpabilidade (dolo e culpa), com acréscimo de elementos trazidos pela norma penal (imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa), consagrou-se a teoria psicológico-normativa da culpabilidade (NEVES, 2020).

Muito interessante a observação de Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2013, p. 378) sobre a transição do sistema causalista para o sistema causalista neoclássico, sob a influência do Neokantismo:

Em brevíssimo esclarecimento da filosofia neokantista, teve como grande contribuição à dogmática penal, o reconhecimento de uma dimensão axiológica (referida a valores), inexistente no sistema naturalista anterior, tributário dos métodos e conceitos das ciências naturais.

Sem que se quebrasse a estrutura anterior, o neokantismo coloriu com valores a asséptica construção naturalista. No tipo reconheceu-se a existência de elementos normativos e subjetivos. Era o prenúncio do grande giro finalista, que foi a transferência de todos os aspectos subjetivos (e, no centro deles, o próprio dolo),

que ali já se esboçava, pelas fissuras que já se deixavam entrever a rígida separação entre injusto objetivo *versus* culpabilidade subjetiva (GALVÃO, 2017).

Sob o ângulo da culpabilidade, a grande mudança foi introduzida por Frank, seguido depois por Goldschmidt e posteriormente por Freudenthal. Tal como o tipo, a culpabilidade também ganhou uma nova dimensão, para além do dado psicológico/ontológico, uma dimensão valorativa antes desconhecida. Culpabilidade passa a ser não apenas o nexos psicológico entre o autor e o fato, mas também o juízo de valor que o juiz faz sobre esse nexos, ou seja, não é apenas o dolo e a culpa, mas também a reprovabilidade de ter agido com dolo ou culpa (NEVES, 2020).

Como se infere do trecho dos autores, o Neokantismo preparou o cenário para o finalismo.

Com a impulsão do finalismo Welzeniano, os elementos psicológicos da culpabilidade foram dela retirados, e alocados na conduta, elemento do fato típico. Em outros termos, ao inaugurar um novo conceito de conduta, abandonando o conceito de ação do neokantismo e do causalismo clássico – nestes a ação era compreendida como impulso físico, mecânico, sem nenhuma investigação do conteúdo da vontade –, segundo o qual a conduta deveria ter direcionamento final, portanto a ela pertencendo a avaliação do elemento subjetivo, a culpabilidade teve que ser esvaziada dos seus elementos psicológicos (dolo e culpa) (GALVÃO, 2017)..

O dolo, também deve-se frisar, que no causalismo neoclássico era o *dolus malus*, contendo em seu interior a consciência da ilicitude, passou a ser natural, sem essa exigência, ganhando a consciência da ilicitude uma autonomia e o predicado de potencial: potencial consciência da ilicitude, também elemento normativo que permaneceu na culpabilidade.

Dessa forma, a culpabilidade para Hans Welzel permaneceu apenas com seu conteúdo normativo, construindo-se a teoria normativa pura da culpabilidade, cujos elementos são apenas a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (NEVES, 2020).

Como estamos a tratar de Direito Penal Militar, ao raciocínio em construção basta esta evolução da culpabilidade, sendo desnecessário que se incursione por outras teorias, como a teoria da responsabilidade, do funcionalismo de Claus Roxin.

Pois bem, o finalismo, como frisado desde o início, aportou no Brasil em 1984, não alcançando o Código Penal Militar, o que leva à conclusão que o Código

Castrense ainda possui influência de uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade, ou seja, para o CPM a culpabilidade é composta de imputabilidade, dolo (com a consciência atual da ilicitude) ou culpa e exigibilidade de conduta diversa.

Temos alguns dispositivos no CPM que, em certa proporção, demonstram essa concepção. Vejamos alguns deles.

O art. 33 do CPM, talvez o mais claro de todos, sob a rubrica culpabilidade, define o crime doloso e culposos, em prova de que tais elementos estão alocados na culpabilidade (BRASIL, 1969).

Claro, nem sempre o CPM é absolutamente técnico, o que poderia levar alguns a sustentar que houve um erro na rubrica, mas não que seja prova de adoção da teoria psicológico-normativa.

Então, sigamos adiante.

O art. 36 do CPM, ao tratar do erro de fato essencial, inclui nesse instituto as discriminantes putativas, que na doutrina penal comum encontra várias correntes, sendo, para alguns erro de tipo permissivo, excluindo o dolo, erro de proibição excluindo a culpabilidade por afastar a potencial consciência da ilicitude ou erro de proibição *sui generis*, agindo também na culpabilidade (BRASIL, 1969).

No CPM, deve-se assinalar, não há divergência: as discriminantes putativas são espécie de erro de fato essencial. Mas somente essa compreensão não prova a fidelidade sistêmica do CPM ao causalismo neoclássico, sendo necessário ingressar pelo estudo mais detalhado.

Ao ler o art. 36, percebe-se que ele usa a expressão “isento de pena”, tradicionalmente, com algumas exceções, ligada à exculpação. Pois bem, ao exculpar pela discriminante putativa, o CPM está, em verdade, reconhecendo a não consciência da ilicitude, que no sistema penal em foco é elemento do dolo (*dolus malus*). Ora, mais uma vez, se a exclusão do dolo importa em isenção de pena, infere-se que o dolo integra a culpabilidade.

Em mais um indício, agora ingressamos nos elementos normativos da culpabilidade.

O art. 38 do CPM, admite que não é culpado, portanto excludente de culpabilidade, aquele que, observados certos parâmetros, age sob coação ou em obediência hierárquica, dando a conformação de que a culpabilidade no Código Penal Castrense não possui como elementos apenas o dolo e a culpa, como no



causalismo clássico, mas também a exigibilidade de conduta diversa, já que essas situações (coação e obediência hierárquica), tornam inexigível conduta diversa, exculpando o agente (BRASIL, 1969).

Finalmente, o art. 39 do CPM, ao tratar de um estado de necessidade exculpante, que afasta a culpabilidade (“não é igualmente culpado”, diz o CPM), confirma que a inexigibilidade de conduta diversa exculpa, ou seja, a exigibilidade de conduta diversa é elemento integrante da culpabilidade, outro elemento normativo (BRASIL, 1969).

Não se está aqui a fechar o caminho para o Finalismo ou outro sistema penal no Direito Castrense, mas apenas tentando encontrar os signos que evidenciam o momento da evolução da teoria do crime que influenciou o Código Penal Militar.

Na prática diária nas Justiças Militares é muito frequente a inovação com a aplicação de institutos e teorias oriundas (ou não) de outros sistemas, a exemplo da teoria da imputação objetiva (STM, Apelação n. 0000148-27.2015.7.02.0102, rel. para Acórdão Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, j. 19/04/2018) e do domínio do fato (STM, Apelação n. 7001052-89.2018.7.00.0000, rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, j. 03/12/2019), que já foram discutidas.

O que realmente importa, ao final, é que se alcance na prática do Direito Penal Militar a correta distribuição de justiça no caso concreto.

## **6. CONCLUSÃO**

O princípio da culpabilidade é um importante instrumento para recolocação de atos ilícitos, já que há uma análise da real necessidade do cárcere, evitando-se o encarceramento desnecessário.

Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, e quando incorporados a um sistema jurídico constitucional, refletem a ideologia do Estado, representando os valores consagrados pela sociedade.

O Princípio da Culpabilidade orienta e limita o poder incriminador do Estado, determinado que a criminalização somente é legítima se constituir lesão ao bem jurídico, ou seja, o Direito Penal somente intervirá nos casos em que for comprovada a culpabilidade do agente.

O Direito Penal Mínimo, ou garantismo penal, deriva do Princípio da expressão em latim *nulla lex poenalis sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade) reflete o pensamento que funda o Direito Penal Mínimo.

O Direito Penal somente se mostra adequado como imperativo de necessidade, sob pena de se perder sua força intimidativa diante de uma infinidade de leis sem eficácia.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **As novas competências da justiça militar após a lei 13.491/2017**. blog do Vald. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/>. Acesso em 20 de maio de 2021.

ASSIS, Jorge Cesar de. **A lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações**. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 18 de maio de 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

CASTRO, Filipe. **Teorias sobre a culpabilidade**. Disponível em: <https://filipecastro.jusbrasil.com.br/artigos/111671476/teorias-sobre-a-culpabilidade>. Acesso em 04 de mar. de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Editora Impetus, 4ª ed., 2010.

MARREIROS, Adriano Alves. **Lei 13.491/2017, Uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/11/27/lei-13-4912017/>. Acesso em 19 de maio de 2021.

NEVES, Cícero Coimbra. **Qual teoria da culpabilidade foi adotada pelo Código Penal Militar?** Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/qual-teoria-da-culpabilidade-foi-adotada-pelo-codigo-penal-militar/>. Acesso em 24 de maio de 2021.

ROTH, Ronaldo João. **Lei 13.491/17 - Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade.** Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade>. Acesso em 17 de maio de 2021.

VANZOLINI, Patrícia; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Manual de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 2013.