

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)**  
**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal  
e Processo Penal**

**EBEVALDO DE ARAÚJO BARBOSA**

**DIREITO PENAL DO AUTOR FACE AO  
PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE**

**BRASÍLIA**

**2015**

**EBEVALDO DE ARAÚJO BARBOSA**

**DIREITO PENAL DO AUTOR FACE AO PRINCÍPIO DA  
CULPABILIDADE**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no curso de Pós-Graduação *lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador:

**Brasília**

**2015**

**EBEVALDO DE ARAÚJO BARBOSA**

**DIREITO PENAL DO AUTOR FACE AO PRINCÍPIO DA  
CULPABILIDADE**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no curso de Pós-Graduação *lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Presidente: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

**Brasília**

**2015**

## RESUMO

O objetivo do presente estudo tem por base o princípio da culpabilidade como instrumento impeditivo de sanções penais desproporcionais e ilegítimas. Parte-se da definição da imputação objetiva para melhor compreensão da fundamentação do direito penal do autor. Este se caracteriza pela responsabilização penal levando-se em consideração não o fato em si, mas o modo de vida, a personalidade e o que o agente é. Ademais, analisar-se-á as diversas teorias que antecederam a culpabilidade pelo fato, sendo esta a concepção adotada pelo Código penal Brasileiro de 1984. Em seguida, será o leitor levado à origem histórica da culpabilidade e das teorias que foram importantes na atual estruturação do conceito de culpabilidade. Por fim, o postulado da culpabilidade como fundamento da pena e instrumento de proteção dos cidadãos face ao poder punitivo do Estado.

Palavras chaves: Princípio da culpabilidade. Direito penal do autor. Direito penal do fato. Fundamentos da pena.

## ABSTRACT

The object of present study is the principle founding of guilt as a reason for disproportionate and illegitimate criminal sanctions. It is part the definition of objective imputation for better understanding of the reasons the criminal law of copyright. This is characterized by the criminal liability taking into consideration not the fact itself, but way of life, personality, and that the agent is. In addition, it will analyze the various theories that preceded the guilt because, this being the concept adopted by the Brazilian Penal Code 1984. Then reader will be led to the historical origin of guilt and theories that were important in the current structure of the concept of guilt. Finally, The assumption of guilt and shame as the basis of an instrument of protection of citizens against the punitive power of the state.

Keywords: Principle of guilt. Criminal law the author. The fact criminal law. Feather fundamentals.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1 IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA</b> .....	10
1.1 CONCEITOS E FUNDAMENTOS DE DIREITO PENAL DO AUTOR ....	12
<b>2 CULPABILIDADE DE AUTOR</b> .....	15
2.1 CULPABILIDADE DE CARÁTER .....	16
2.2 CULPABILIDADE PELA CONDUÇÃO DE VIDA .....	17
2.3 CULPABILIDADE PELA DECISÃO DE VIDA.....	19
2.4 CULPABILIDADE PELO FATO .....	20
2.5 ABORDAGEM HISTÓRICA DA CULPABILIDADE .....	21
2.6 TEORIAS EVOLUTIVAS DO CONCEITO DE CULPABILIDADE .....	24
2.6.1 TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE .....	24
2.6.2 TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE.....	26
2.6.3 TEORIA NORMATIVA PURA.....	31
<b>3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE</b> .....	35
3.1 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL .....	37
<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	45

## INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito que se desenvolveu no Brasil é fruto de uma série de conquistas sociais e políticas do homem ao longo da história. Estas marcadas por princípios que emergiram no intuito de consagrar o ser humano como elemento a ser elevado em sua plena dignidade e cidadania.

A Constituição Federal da República de 1988 foi sedimentada em princípios que norteiam toda a estrutura do Estado e seu trato para com seus cidadãos. São princípios que orientam o Estado e que buscam evitar que este assuma caráter absolutista.

O direito penal moderno é pautado por princípios que orienta a culpabilidade do agente pelo fato cometido, ou seja, pelo que ele fez e não pelo que ele representa:

A culpabilidade é, sem dúvida nenhuma, um dos elementos do crime, e é precisamente o elemento que, mais do que qualquer outro, exprime o embasamento humano e moral sobre o qual se construiu a noção de crime. Mas salienta-se que nem sempre foi assim. Para aplicação da pena, bastava, nos albores do direito penal, a presença de um nexó objetivo e causalidade entre a ação do homem e o evento, independentemente da presença de um liame de caráter subjetivo-psicológico que atribuísse o fato a seu autor<sup>1</sup>.

Diferentemente do que ocorria no passado, hodiernamente leva-se em consideração o fato do agente, que se baseia no ato cometido pelo indivíduo, na conduta típica, ilícita e culpável e não pelo seu grau de periculosidade ou perigosidade, naquilo que ele é. No direito penal do autor, que nada mais é do que punir uma pessoa pelo que ela aparenta ser, o motivo principal ensejador de censuras é a personalidade do agente, o seu grau de periculosidade que é aferido para aplicação da lei penal. Porém, o fato do agente não é totalmente esquecido, servindo de ponto inicial para imposição de sanções penais:

Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do

---

<sup>1</sup> PRESOTTO, Lourenso. **Uma brevíssima análise da culpabilidade e suas teorias.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25248/uma-brevissima-analise-da-culpabilidade-e-suas-teorias>. Acesso: 16/11/2014.

estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor como a reincidência<sup>2</sup>.

A escola positivista considerava "o crime fato humano e social"<sup>3</sup>. Influenciado por Darwin, Lombroso (teoria do delinquente nato) sustentava que a fisionomia do sujeito poderia revelar a sua tendência criminosa. Assim, para os positivistas a natureza criminosa do delinquente era fruto da sua personalidade pervertida e "má condução de vida". "Nela, o autor é considerado um ser inferior e degenerado, e o delito fruto do estado de perigosidade<sup>4</sup>".

O princípio da culpabilidade funcionaria como limitador e fundamento da pena, visando eliminar responsabilidades penais baseadas unicamente em aspectos físicos e biológicos de um indivíduo?

O Estado deve enxergar a culpabilidade como elemento de proteção do indivíduo, a fim de se evitarem condenações contaminadas pelo abuso estatal e que fogem à finalidade da pena. Assim, o princípio da culpabilidade visa assegurar que o cidadão seja julgado pelo fato cometido e não somente se baseando em características pessoais do indivíduo, para que, desta forma, uma provável condenação se baseie em uma culpabilidade pelo fato.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da culpabilidade deve ser entendido como fundamento da pena, como elemento da determinação ou medição da pena e como conceito contrário à responsabilidade objetiva. E ainda de acordo com Bitencourt, dessas três dimensões do princípio da culpabilidade surgem consequências materiais, as quais merecem destaque:

---

<sup>2</sup> MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas - Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo.** Disponível em: [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24043823\\_TEORIAS\\_ANTIGARANTISTAS\\_\\_ASPECTOS\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_AUTOR\\_E\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_INIMIGO.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx). Acessado em: 05-11-2014.

<sup>3</sup> JUNIOR, Adalberto. **Criminologia: Escola positiva.** Disponível em: <http://adalbertojuniorexplica.blogspot.com.br/2012/03/criminologia-escola-positiva.html>. Acessado em: 06-11-2014.

<sup>4</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado em: 09-11-2014.

[...]a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena<sup>5</sup>.

E continua:

Com essa configuração, não cabe a menor dúvida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática. Esse entendimento acerca da especial transcendência do princípio de culpabilidade vem sendo, entretanto, fragmentado, em virtude do avanço das *teorias funcionalistas* e sua progressiva radicalização. Com efeito, a partir do momento em que Roxin diagnosticou que os elementos que compõem o *juízo de culpabilidade* não são suficientes para a determinação da pena, e que, para este fim, seria necessário levar em consideração a *finalidade preventiva da pena*, **produziu-se um movimento de ruptura com a tradicional compreensão da culpabilidade, cuja máxima expressão foi alcançada através do pensamento de Jakobs.**

Posto isto, neste trabalho o direito penal do autor será analisado sob a perspectiva crítica do princípio da culpabilidade, o qual possui amparo constitucional, podendo ser extraído da Carta Magna, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, XLV), sendo inclusive corolário lógico deste, o qual guarda íntima conexão com os postulados da presunção de inocência, da individualização da pena, dentre outros.

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64-65.

## 1 IMPUTAÇÃO PENAL OBJETIVA

Entende-se por responsabilidade penal objetiva a criminalização de uma conduta pelo resultado, ou seja, sem análise dos aspectos dolosos e culposos. Significa que o agente responderá pela conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa, contrariando, assim, a doutrina que prega o direito penal fundado na responsabilidade pessoal e na culpabilidade. Houve períodos na história em que essa dogmática prevalecia em detrimento do atual direito do fato.

Sobre o tema, Maracajá citando memoráveis ensinamentos de Zaffaroni, explica-nos que:

Todo direito penal primitivo caracteriza-se por responsabilizar fundamentalmente em razão da produção de um resultado e raramente dar importância ao aspecto subjetivo da conduta. A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama de responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que essa causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente<sup>6</sup>.

Tinha-se que os critérios de aferição da culpabilidade eram verificados pela personalidade e pelo caráter do agente para aplicação de pena, não se considerando a ocorrência de dolo ou culpa por parte do autor. Imputava-se a produção de um resultado ao agente causador dele, pouco importando os elementos subjetivos do dolo ou culpa, bastando o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Não existia a preocupação em se investigar se o autor queria ou participou na produção do resultado e, muitas vezes, infligindo sanções a terceiros alheios ao evento pelo simples grau de parentesco ou relação afetiva (direito primitivo).

Esta forma de punir terceiros por fatos alheios a sua vontade fere de igual modo, o princípio da pessoalidade da pena, o qual veda a punição de um

---

<sup>6</sup> ZAFFARONI *apud* MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 19-11-2014.

indivíduo por fato que não lhe pode ser atribuído, ou seja, impede que seja responsabilizado por ato de terceiro.

Em precisas lições, Gomes relata:

Essa idéia se contrapõe frontalmente à noção de *responsabilidade objetiva* que vigorou no direito penal primitivo, em especial no germânico, e que permitia que terceiros fossem punidos por fatos praticados por alguém que com eles mantivesse algum vínculo familiar ou afetivo<sup>7</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, todavia ainda sobrevivem resquícios de responsabilidade penal objetiva, como nas infrações penais lesivas ao meio ambiente (Lei n.º 9.605/1998, ao prever a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dispõe no artigo 3º, caput, que estas apenas podem responder por tais ilícitos quando a infração for praticada por decisão de seu representante legal ou contratual, ou, de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade, exigindo-se, dessa forma, o dolo e a culpa dessas pessoas naturais). Além disso, dispõe o parágrafo único do artigo 3º que, a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Entretanto, a jurisprudência pátria não tem acatado a dogmática da responsabilização penal advindo unicamente da produção do resultado, sem *a priori*, investigação de relação entre os desígnios envolvidos na conduta e o resultado em si:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. RELAÇÃO ENTRE A CONDUTA E O AGENTE. É necessária a demonstração da relação, ainda que mínima, entre a conduta supostamente ilícita e o agente investigado sob pena de reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva. O simples fato de o réu ser funcionário de setor envolvido em investigações criminais não justifica seu envolvimento no inquérito policial, se não há a indicação de quais condutas ilícitas teriam sido por ele praticadas, pois é essencial a presença dos elementos indiciários mínimos para caracterizar a justa causa para persecução criminal. Precedentes citados: HC 166.659-SP, DJe 1º/3/2012, e HC 92.450-SP, DJe 22/3/2010. RHC 27.884-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 9/10/2012.

---

<sup>7</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 64.

A imputação objetiva vai de encontro aos conceitos intimidativo e da idéia de evitabilidade do crime, considerado este como pressuposto da noção de culpabilidade. Como se pode notar, referida teoria viola o postulado da culpabilidade, princípio fundamental do direito penal. Desta forma, para o referido princípio só será merecedor de punição o agente que atuar com dolo ou culpa, evitando-se com isso sanções injustas assentadas unicamente em um resultado lesivo, cabendo à culpabilidade fundamentar e legitimar a aplicação de sanções em detrimento da reprovabilidade da conduta praticada.

A teoria da responsabilidade pelo resultado (responsabilidade penal objetiva) somente seria superada pelo advento da noção de culpabilidade como critério punitivo com o surgimento dos ideais iluministas que revolucionaram o século XVIII, período que influenciou em grande escala o conceito de pena como instrumento de intimidação e prevenção de crimes, tema este que será mais bem compreendido no capítulo que se segue.

## **1.1 Conceito e fundamentos de direito penal do autor**

É possível definirmos direito penal do autor como sendo o direito penal imposto a um agente pelo o que ele representa, pela sua periculosidade, por sua habitualidade criminosa e pelo seu grau de perigosidade. Baseia-se tal teoria para impor uma sanção a um indivíduo somente por este significar uma potencial ameaça ao Estado e a sociedade, quase que não se levando em conta o fato cometido, servindo este apenas como justificativa inicial para a imposição de uma sanção mais severa do que a conduta praticada requeria.

Tem-se que o delito cometido pelo agente apenas mascara uma natureza criminosa que necessita ser repreendida ou até mesmo extirpada do meio social. Nesse sentido, mesmo que a conduta criminosa praticada pelo agente seja furto de um objeto de pequeno valor, segundo o direito penal do autor, pelo simples fato de ser ladrão deve se impor uma sanção penal capaz de eliminar uma possível natureza criminosa e uma potencial ameaça à paz social, servindo o fato apenas como justificativa para medidas mais rígidas.

Ainda de acordo com o exposto acima, um indivíduo que possui má reputação e maus hábitos que pratica um crime de latrocínio é tido como mais culpável do que aquele que comete o mesmo delito, porém com comportamento e temperamento diferentes daquele. Destarte, entende-se como sendo o fato mero fenômeno sintomático e argumento inicial para aplicação de punição penal.

Com propriedade, Marcus Alan de Melo Gomes, nos relata que:

[...] Como o homem é visto como um ser movido por causas, o ato delituoso um mero sintoma da personalidade desvirtuosa e reprovável do autor. O direito penal de autor busca corrigir a personalidade perigosa do agente, que seria a causa do ato contrário à norma. O ato em si pouco lhe interessa<sup>8</sup>.

O direito penal do autor criminaliza a personalidade e a periculosidade do agente e não a sua conduta em si, pois acreditam os defensores da aludida teoria que o delito inicial é indicativo de uma mente criminosa que necessita de uma repreensão tamanha que neutralize ou elimine qualquer possibilidade maior de perturbação futura da norma:

Com o Direito Penal de autor surge o denominado tipo de autor, pelo qual o criminalizado é a personalidade, e não a conduta. A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas ser ladrão; não se proíbe matar, mas ser homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da má vida ou estado perigoso, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc<sup>9</sup>.

Ainda sobre o aspecto da periculosidade, baseado em precisas lições de Zaffaroni e Pierangeli, Gomes reproduz:

---

<sup>8</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 41.

<sup>9</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado em: 09-11-2014.

[...] O homem é visto, aqui, como um ser de comportamento determinado, cujas ações são pautadas por uma relação de causalidade em que a possibilidade de escolha, a liberdade de autodeterminação, não existe. A culpabilidade não funciona como medida da pena. A quantificação desta última terá por base a *periculosidade* do autor, o grau de determinação que nele se identifica para a prática do ilícito. Para o direito penal de periculosidade, a pena tem como objeto e medida a periculosidade do autor<sup>10</sup>.

Nesse diapasão, temos que o direito penal do autor e as vertentes tipos de autor deixam em evidência uma definição ultrapassada de sanção penal, a qual têm por objetivos a reprimenda proporcional do fato cometido pelo agente e "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado<sup>11</sup>" e não somente castigar o agente tomando-se por base a sua personalidade delitiva, criminalizando-a.

---

<sup>10</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 40.

<sup>11</sup> Artigo 1º da Lei de Execuções Penais - LEP.

## 2 CULPABILIDADE DE AUTOR

Trata-se de uma corrente doutrinária que argumenta ser indispensável fazer uma avaliação da culpabilidade do agente, e não o fato em si.

O direito penal moderno, estruturado sobre os alicerces do postulado da legalidade, estabelece liames entre fatos e penas. Nos tipos penais há a narração de comportamentos e sua respectiva sanção, mas não referência ao perfil psicológico do agente ou sua personalidade. Violada a norma penal, ou seja, praticado o fato conforme descrito na lei penal incriminadora, poderá ocorrer como consequência jurídica, a necessidade de imposição de pena.

Entretanto, nem sempre foi assim, pois houve períodos em que não se predominava a culpabilidade pelo fato, mas sim pela culpabilidade de autor. A personalidade, o aspecto físico e o caráter do agente eram vistos como critérios determinantes para aplicação da pena, em detrimento do fato praticado, caracterizando a concepção de uma culpabilidade de autor. Nestes termos, Gomes comenta:

A culpabilidade de autor consiste na formulação de um juízo de censura sobre a personalidade daquele que viola a norma penal; parte do pressuposto de que o ato ilícito praticado pelo autor é uma manifestação de sua personalidade, o que justifica a extensão do juízo de censura a essa personalidade. Reprova-se a pessoa do autor, o que ele é, não o que ele fez<sup>12</sup>.

Há quem defenda que a culpabilidade de autor, por concentrar a atenção na personalidade e o caráter do agente, as peculiaridades de seu comportamento social, seus valores e seu modo de vida, coloca o Estado numa posição excessivamente intervencionista no modo de ser do indivíduo, podendo essa intervenção se expressar pela prática de atos autoritários contrários a um Estado tido como Democrático de Direito. Contrário a esse pensamento, Francisco de Assis Toledo, citado Gomes, apregoa:

Contraopondo-se a esse entendimento, Francisco de Assis Toledo nega a índole política ou autoritária das correntes de pensamento jurídico-penal que realçaram a importância do autor no estudo do

---

<sup>12</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 42-43.

fenômeno delituoso. Cita, como exemplo dessas correntes, a Escola Positiva de Lombroso e a teoria do direito penal do autor desenvolvida por Franz Von Liszt<sup>13</sup>.

Adiante serão analisadas as diversas teorias surgidas do juízo de reprovabilidade sobre o autor e não pelo fato, as quais mesmo tendo a mesma ideia central, possuem elementos característicos próprios que merecem ser analisados separadamente.

## 2.1 Culpabilidade de caráter

Considera-se culpabilidade pelo caráter quando quem vive na deslealdade é responsável por ser um injusto<sup>14</sup>. Teoria que está intimamente ligada ao direito penal do autor, o qual verifica antes de analisar o fato em si, julga o indivíduo, e o analisa pelo seu caráter para então fixar uma punição.

Em sua obra *Ética a Nicômano*, Aristóteles<sup>15</sup> afirma que o homem ao escolher um comportamento inicial, se torna aquilo que é, pois quando se afasta da virtude, a personalidade escolhe a si mesma. Desta forma, o homem que se desviar dessa virtude adentra num caminho sem volta, de forma que, em dado momento, não terá mais a oportunidade de ser honesto, “num movimento semelhante ao de quem lança uma pedra e, após arremessa-la, torna-se impotente para impedir sua trajetória<sup>16</sup>”.

Certas ações, cuja prática constante decorre de uma opção do indivíduo, fazem-no a criar seu próprio caráter, que seguirá a natureza das atitudes que o condicionaram. Portanto, aquele que pratica atos de solidariedade, ficará condicionado a práticas solidárias; já o indivíduo que não

---

<sup>13</sup> TOLEDO, Francisco de Assis *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 43.

<sup>14</sup> ROMANO, Rogério Tadeu. **Excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32324/excludentes-de-antijuridicidade-culpabilidade-e-tipicidade>. Acessado: 08-12-2014.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de Antônio de Castro Cairo. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>16</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 43-44.

cuida da sua própria saúde, ficará doente. Assim, o caráter do indivíduo deriva, para este pensamento, da reiteração de determinadas atitudes<sup>17</sup>.

A respeito do tema no Código Penal Brasileiro, temos que:

É fora de dúvida que a conduta social do agente, prevista no art. 59 do Código Penal como uma das variáveis subjetivas que podem influir na determinação do grau de censura, ampara-se numa culpabilidade de caráter, e por isso macula o princípio de culpabilidade, que impõe um Direito penal do fato<sup>18</sup>.

A culpabilidade pelo caráter derivada do pensamento aristotélico diferencia, quando da análise das virtudes e dos vícios humanos, o voluntário e o involuntário:

Por se tratar de uma abordagem filosófica que se realiza no campo da ética, muitas das reflexões de Aristóteles não se aplicam ao direito penal, dada a prevalência, neste terreno, da legalidade estrita. O pensamento aristotélico não pode ser simplesmente transplantado para um direito penal baseado na previsão normativa de condutas em tipos legais. No campo ético, admite-se a reprovação de comportamentos atípicos e lícitos, pois todo o raciocínio ético se desenvolve sob a moral, e não sob a legalidade. Na ética, pode-se falar em uma *culpabilidade sem injusto*; no direito penal, tal assertiva seria inadmissível<sup>19</sup>.

Mesmo sendo a teoria da culpabilidade pelo fato a predominante e tendo Welzel um dos seus expoentes, este igualmente admitia uma culpabilidade de caráter, ao falar em delinquente por tendência, do delinquente passional e do leviano.

## 2.2 Culpabilidade pela condução de vida

Teoria desenvolvida por Mezger e que considera o agente como formador de seu caráter, que em dadas circunstâncias, levam-no a alcançar

---

<sup>17</sup> Conforme GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 44.

<sup>18</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado: 11-12-2014.

<sup>19</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 44.

uma posição censurável de inimidade ao direito. Esse indivíduo acaba adquirindo uma cegueira jurídica, em prol de seus maus hábitos<sup>20</sup>. Aqui como no criminoso por tendência, há identificação com a idéia de culpabilidade de caráter, uma vertente do direito penal de autor.

Vale ressaltar que esse conceito de culpabilidade pela condução de vida surgiu em 1938 por Mezger<sup>21</sup>, justamente no auge do nazismo na Alemanha, onde foi prontamente aceito, justificando a perseguição de povos considerados inimigos exatamente por sua conduta de vida.

Marcus Alan de Melo Gomes pontua:

A culpabilidade pela condução de vida foi concebida por Edmund Mezger quando este se deparou com a problemática, não solvida pela teoria normativa da culpabilidade a respeito da necessária presença da consciência da antijuridicidade no dolo. Segundo Mezger, o caráter do agente poderia ser moldado, a partir de uma postura de vida, de modo a lançar o autor em uma cegueira jurídica, que o impediria de diferenciar o lícito do ilícito, o certo do errado. Os hábitos de vida do indivíduo, condicionados que seriam por fatores externos, sobretudo pelo meio social no qual se encontrasse inserido o autor, desenvolveriam nestes valores alheios ao modelo estabelecido pelo ordenamento jurídico. Disso resultaria, muitas das vezes, que o indivíduo, ao violar o preceito normativo penal, estaria na crença de agir segundo o permitido, segundo o que corriqueiramente verificasse ao seu redor. Agiria, portanto, dolosamente, porém, desconhecendo a ilicitude de sua conduta<sup>22</sup>.

Assim, na culpabilidade pela condução de vida, a razão de um fato punível encontra-se menos no poder atual de decisão do indivíduo e mais em uma conformação equivocada de sua vida<sup>23</sup>.

Gomes prossegue formulando críticas a respeito da culpabilidade pela condução de vida e cita Jakobs ao afirmar que na falta de tipificação de um injusto pela forma de vida, não se poderia coloca-la como objeto de reprovabilidade.

---

<sup>20</sup> Conforme ROMANO, Rogério Tadeu. **Excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32324/excludentes-de-antijuridicidade-culpabilidade-e-tipicidade>. Acessado: 08-12-2014.

<sup>21</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Traduzido por Paulo César Busato da 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>22</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 45.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 45.

A condução de vida não pode constituir a perturbação social imputada ao autor, isto é, o fato que atenta contra a ordem jurídica e social, tipificado em lei penal, e que deve ser o objeto do juízo de culpabilidade, não pode ser substituído, em seu conteúdo e sua função, pela forma como o autor conduziu sua vida até então. Esta objeção é válida para qualquer concepção de culpabilidade pela condução de vida que converta uma vida lamentável em injusto<sup>24</sup>.

No Código Penal de 1969 podemos observar resquícios da habitualidade (criminoso habitual) no artigo 64, § 2º, *a e b*:

- a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena;
- b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes.

Mesmo não se confundindo com a reincidência, a habitualidade possui fortes vínculos com a reincidência, e a permanência desta em nosso ordenamento se deve ao preceituado na concepção Penal do Autor, o que significa em tese punir por fatos já apreciados, constituindo *bis in idem*<sup>25</sup>.

Esta teoria concebida por Mezger não consegue explicar seu objeto, ou seja, a culpa jurídico-penal. Apenas serviu como uma tentativa de introduzir, na concepção normativa da culpabilidade, “determinados perfis criminológicos, notadamente o do criminoso habitual ou por tendência”. Essa aceitação levaria à aceitação da culpabilidade mesmo não estando presente a consciência da ilicitude no dolo<sup>26</sup>.

## 2.3 Culpabilidade pela decisão de vida

---

<sup>24</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 44-45.

<sup>25</sup> PARADELA, Leonardo. **Elementos e teorias da culpabilidade – uma visão histórica**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/994885/texto-de-apoio---elementos-e-teorias-da-culpabilidade>. Acessado: 11-12-2014.

<sup>26</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 47.

Esta teoria tem seu expoente em Paul Bockelmann<sup>27</sup> que diferenciou a culpabilidade pela condução de vida da culpabilidade pela decisão de vida. De acordo com esta última teoria devem ser “separados os fatores inevitáveis de conformação da vida – desprovidos de significado para a culpabilidade – dos fatores evitáveis dessa conformação – relevantes para a culpabilidade<sup>28</sup>”.

Nesta concepção a culpabilidade pela condução de vida é reduzida para uma culpabilidade que incide a uma decisão vital:

Ao se deparar com a necessidade de optar entre o lado reto da vida, representado pelo seu “eu” bom, e o lado incorreto, manifestado pelo seu “eu” mau, pelo seu *daimon* negro, o autor escolheria a segunda alternativa, consistindo essa única decisão o objeto do juízo de reprovabilidade<sup>29</sup>.

Por um lado, deve-se reconhecer que esta concepção provoca uma imaginação de liberdade, uma simulação do poder ser outro. Em diversa percepção, ao tentar fundamentar a culpabilidade em decisão vital precedente, Bockelmann indica como início da culpabilidade pelo fato, uma espécie de “*actio libera in causa*”, um ato único e voluntário condicionante de tudo o que ocorre posteriormente, estabelecendo, assim uma relação de causalidade de difícil demonstração<sup>30</sup>.

## 2.4 Culpabilidade pelo fato

Aqui a reprovabilidade recaí sobre o fato praticado pelo indivíduo, ou seja, sobre o seu comportamento. Ademais, a culpabilidade se estabelece em razão da gravidade do delito cometido, de acordo a manifestação da vontade do agente, juntamente idealizada por meio de uma ação ou omissão.

O direito penal, hodiernamente, é pautado pelo direito penal do fato, pois puni comportamentos, concentrando sua atenção em “fatos” tipificados na

---

<sup>27</sup> BOCKELMANN, Paul. Volk, Klaus. **Direito penal: parte geral**. Tradução de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Minas Gerais: Del Rey, 2007, v. 10.

<sup>28</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 47.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 47.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 47.

forma de um injusto. Somente após esse primeiro momento, parte-se para a análise do sujeito que ofende a ordem jurídico-penal.

A doutrina atual não se coaduna com as teorias que ultrapassam o vínculo existente entre a culpabilidade e o ato praticado, pois não se harmonizam com um Estado Democrático de Direito. Neste, não se permite punir um sujeito pelo que ele é, mas somente pelo que realmente praticou.

Direito penal do fato vincula-se a idéia de uma culpabilidade do ato. Para esta última, o que importa é a relação de imputação estabelecida entre o autor, quando da prática do fato, e o fato em si, o juízo de reprovabilidade recai sobre o fato do agente, e não sobre o agente do fato. Esta teoria foi acertadamente adotada pelo Código Penal de 1984.

A respeito da culpabilidade de ato, Gomes disserta:

Na culpabilidade de ato, o objeto da reprovação é a ação humana, segundo as possibilidades concretas de autodeterminação do indivíduo, isto é, reprova-se o que o indivíduo fez – e não o que ele é ou já foi – na medida em que, no momento do fato, estivesse o autor em condições de optar por conduta adequada ao direito<sup>31</sup>.

Desta forma, hodiernamente temos que direito penal juntamente com a teoria da culpabilidade do fato, adotam a culpabilidade de ato. Assis Toledo, afirma que o direito não pode adotar nem uma das concepções de forma exclusiva. Assim, propõe que haja sintetização de um direito penal do fato, que leve em consideração a pessoa do autor. Para Assis Toledo, este pensamento seria o mais apropriado ao direito penal atual, pois pune o indivíduo pela realização “de fatos ilícitos, sem desprezar a figura do homem, o que justificaria, por exemplo, o tratamento reservado pela lei penal a institutos como a reincidência, a primariedade, o crime continuado, etc<sup>32</sup>”.

## 2.5 Abordagem histórica da culpabilidade

<sup>31</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 49.

<sup>32</sup> TOLEDO, Francisco de Assis *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 47.

Como dito em linhas anteriores, o direito dos povos primitivos caracterizava-se pela prevalência da responsabilidade criminal pela simples produção do resultado danoso, pouco importando se havia nexos entre este e a conduta do autor.

Felizmente, o princípio da culpabilidade já se encontra consolidado no ordenamento jurídico dos países tidos como civilizados, predominando hodiernamente a máxima *nullum crimen sine culpa*. Entretanto a história nos mostra que nem sempre foi assim, sendo que inicialmente o que prevalecia entre os povos primitivos era a responsabilidade advinda da simples produção do resultado.

Portanto, essa forma arcaica de pensar o direito prevaleceu durante séculos, sendo que o conceito de culpabilidade começa a se desenvolver no direito romano, conforme transcrições abaixo:

[...] Antes da República Romana, a palavra *culpa* era empregada em sentido amplo, como sinônimo de *culpabilidade* (não se referia à negligência ou imprudência). Mais tarde, o termo passou a ser empregado para designar tanto culpa *latu sensu* quanto a falta de cuidado<sup>33</sup>.

Essa objetividade pode ser vista com maior rigor no direito germânico. "Os fatos praticados pelo homem eram sempre apreciados sob uma ótica objetiva<sup>34</sup>". O dano causado era o único critério a ser observado para aplicação de eventual punição, não se inquirindo do dolo ou culpa por parte do agente.

Na idade média prevaleceu a máxima do direito romano, servindo de modelo para os demais povos, que, como dito alhures, a culpa era empregada em sentido amplo, sem fazer menção à negligência ou imprudência.

Sobre o tema, Gomes se posiciona da seguinte maneira:

O direito penal medieval se caracterizou no que diz respeito à culpabilidade, pelo confronto constante entre a noção de dolo, na

---

<sup>33</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 23.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 24.

forma como foi concebida pelos romanos, e os critérios punitivos do direito germânico apoiados na responsabilidade pelo dano. Como consequência, muitas foram as exceções que surgiram em relação à personalidade da pena, merecendo destaque o prestígio conferido à chamada culpabilidade do autor<sup>35</sup>.

Com a "explosão" iluminista, a idéia do resultado danoso evitável e do resultado danoso inevitável, bem como a idéia de previsibilidade receberam uma atenção especial e passaram a ser diferenciadas pelos autores em matéria penal.

Neste ponto, faz-se imprescindível reproduzirmos ensinamentos de Maracajá quanto à evolução do conceito de culpabilidade:

No momento em que se começou a construir o conceito de culpabilidade, levando em consideração as idéias da 'evitabilidade' e da 'previsibilidade', surgiu um novo direito penal, não mais o direito penal da responsabilidade objetiva, para o qual bastava a relação de causalidade entre a conduta e o resultado, mas um direito penal novo, um direito penal da responsabilidade subjetiva, um direito penal da culpabilidade<sup>36</sup>.

E continua o autor explicando quanto ao momento de mudança de paradigmas em relação ao conceito de culpabilidade, trazendo à baila trecho de texto de autoria de Assis Toledo:

Não se pode apontar com exatidão o momento histórico em que tal fenômeno ocorreu, mesmo porque a história do direito penal está marcada de retrocessos. Fora de dúvida, porém, é que, a partir de então, se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na idéia do crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos, a previsibilidade e a voluntariedade, como condições da pena criminal - *nullum crimen sine culpa*. E assim teve início uma nova era, do ponto de vista penalístico<sup>37</sup>.

Somente com o florescer dos ideais iluministas do século XVIII que a concepção de culpabilidade pela produção de resultado como critério de análise na aferição da responsabilidade penal passou a perder relevo, levando os estudiosos a desenvolverem e a aperfeiçoarem os conceitos de

<sup>35</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 25.

<sup>36</sup> MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 19-11-2014.

<sup>37</sup> TOLEDO, Francisco de Assis *apud* MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 19-11-2014.

evitabilidade, previsibilidade e voluntariedade como elementos de culpabilidade.

Nesse caminhar da seara penal, variadas teorias surgiram tentando explicar a culpabilidade, destacando-se: teoria psicológica, teoria psicológica normativa e teoria normativa pura, as quais serão melhor pormenorizadas adiante.

## **2.6 Teorias evolutivas do conceito de culpabilidade**

A culpabilidade sempre foi alvo de estudos e divergências na teoria do delito, surgindo diversas concepções teóricas ao longo da história que tinham por finalidade sanar as problemáticas que envolviam tema tão delicado.

Nos tópicos que se seguem, será analisada a evolução da culpabilidade no que tange à sua formação filosófica.

### **2.6.1 Teoria psicológica da culpabilidade**

Desenvolveu-se na segunda metade do século XIX, tendo por principal expoente Franz Von Liszt. Surgiu da necessidade de explicação da nova concepção de culpabilidade, tendo por base não mais a responsabilidade objetiva.

Os estudos de Von Liszt desenvolveram-se em uma época (meados do século XIX e início do século XX) permeada "pelas idéias e valores do positivismo filosófico, que, no âmbito do direito, deram margem ao surgimento do positivismo jurídico e do positivismo criminológico<sup>38</sup>". Esse positivismo teve como alicerce a "premissa de que somente o conhecimento desenvolvido a

---

<sup>38</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 26

partir dos métodos das ciências naturais merecia ser qualificado como científico<sup>39</sup>”.

Desse estudo sobre positivismo científico, surgem em matéria penal, duas correntes de pensamento com acepções metodológicas diferentes: positivismo jurídico e positivismo criminológico. Para aquele, foi dada a tentativa de conferir "a qualidade de ciência às reflexões realizadas pelos juristas sobre a lei, através do emprego de método semelhante ao que era utilizado pelas ciências da natureza". Já para o positivismo criminológico, diferentemente do positivismo jurídico, guiou a ciência penal para análise das realidades penais, que cercavam o fenômeno delituoso, daí derivando a Antropologia Criminal, a Sociologia Criminal e a Criminologia<sup>40</sup>.

Para a teoria psicológica, a ação se limitava a uma causalidade física ou material, verificada sempre que uma ação humana fosse capaz de produzir uma alteração no mundo exterior, devendo ser típica sempre que a conduta se enquadrasse em um tipo criminal, sendo ilícita quando não presente nenhuma causa de justificação, como, por exemplo, estado de necessidade e legítima defesa.

Neste ponto, Bitencourt comenta quanto à falta de gradação da culpabilidade para a concepção psicológica, senão vejamos:

Outro grande problema era a dificuldade de explicar satisfatoriamente a *gradualidade da culpabilidade*, isto é, a ocorrência de *causas* que excluía ou diminuía a responsabilidade penal, como, por exemplo, estado de necessidade exculpante, emoções, embriaguez, enfim, as *causas de exculpação*, onde a presença do dolo é evidente. Ocorre que, nessas circunstâncias, isto é, na exculpação, apesar da existência do *nexo psicológico* entre o autor e o resultado, representado pelo dolo, não há culpabilidade. Esse aspecto somente poderia ser explicado se se renunciasse à identificação com o *vínculo psicológico* entre o autor e o seu ato<sup>41</sup>.

Outro entrave à aceitação da concepção psicológica foi a tentativa de incorporar na culpabilidade conceitos de natureza distinta, como se verifica no

---

<sup>39</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 26.

<sup>40</sup> *Ibidem*. p. 26.

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 444.

caso do dolo e da culpa. Estes "passaram a se identificar com a culpabilidade em toda a sua amplitude, isto é, dolo e culpa não eram apenas elementos, modalidades ou manifestações da culpabilidade, mas a própria culpabilidade em si"<sup>42</sup>. Nesse sentido, Gomes complementa apresentando coerente argumento:

Ora, a preconizar que a culpabilidade se confunde com o dolo e a culpa, considerados estes o elemento psicológico da conduta, a teoria psicológica busca harmonizar idéias incompatíveis: a do resultado ilícito previsto e desejado (dolo, elemento psicológico) com a do resultado ilícito previsível, porém não pretendido (culpa, elemento normativo). O dolo reclama o *querer* do agente, e a culpa o *não querer*, posturas antagônicas que não podem integrar um conceito único, o de culpabilidade<sup>43</sup>.

Portanto, diante da fragilidade e incoerências verificadas na teoria psicológica, a qual não conseguiu definir o que seria culpabilidade, foi que surgiu a concepção normativa da culpabilidade. Entretanto, é importante frisar que a teoria psicológica teve papel importante na evolução e concretização do conceito subjetivo de responsabilidade penal.

## 2.6.2 Teoria normativa da culpabilidade

Diante das contradições e ineficiências encontradas na teoria psicológica houve a necessidade de correção de tais imperfeições através de uma nova concepção. É dada a Reinhard Frank<sup>44</sup> a autoria na estruturação da teoria normativa.

Reinhard Frank, o fundador da teoria normativa da culpabilidade, preocupado com a insuficiência de o dolo e da culpa serem os únicos elementos de culpabilidade, passou a inserir entre eles um liame normativo. Frank dizia que a culpabilidade não se esgotava no nexo psicológico entre o autor e o resultado, mas sim em uma relação psicológica e um juízo de reprovação. Através de alguns estudos, Frank percebeu que existem condutas dolosas que não são culpáveis, segundo ele, circunstâncias anormais afastariam a reprovabilidade. O exemplo clássico de condutas dolosas que não são culpáveis é o da tábua de salvação, onde um navio afunda e há

---

<sup>42</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 27.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>44</sup> FRANK, Reinhard *apud* DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 344-345.

apenas uma tábua onde só cabe uma pessoa, se alguém para pegar esta tábua, matar outra pessoa, mesmo que esta outra pessoa já esteja na tábua, vai ser configurado o estado de necessidade, eliminando o fator da ilicitude e afastando a reprovabilidade. Outros exemplos que podem ser citados e que possuem a mesma essência: danificar propriedade alheia para extinguir incêndio; subtrair alimentos para evitar a morte por inanição; subtrair água para evitar a morte por sede; a prática do aborto com o fim de salvar a vida da gestante; subtrair veículo para transportar doente em perigo de vida; violar um domicílio para acudir vítima de crime, etc<sup>45</sup>.

O conceito normativo de culpabilidade teve origem em estudos de Frank, que os apresenta em 1907, demonstrando a concepção valorativa da culpabilidade. Primeiramente, retirando o dolo da culpabilidade, advertindo que a imputabilidade, bem como o dolo e a culpa não são espécies ou formas de culpabilidade, mas, sim, elementos. Nesse diapasão:

[...] Conclui que pode existir dolo fora da culpabilidade, identificando esta com a idéia de *reprovabilidade*. Assim, Frank soluciona problemas como o estado de necessidade exculpante, em que, mesmo agindo dolosamente, poderia ser o agente considerado inculpável; paralelamente, ao analisar a hipótese do doente mental, indivíduo que pratica a conduta com dolo, porém, sem se submeter a juízo de reprovabilidade, introduz a imputabilidade no conceito de culpabilidade mesmo atuando dolosamente, o agente não será culpável se for inimputável<sup>46</sup>.

Corroborando com o exposto acima, Bitencourt aduz:

Enfim, a partir dessa teoria normativa (psicológico-normativa), *dolo* e *culpa* deixam de ser considerados como *espécies de culpabilidade*, ou simplesmente como "a culpabilidade", passando a constituir, necessariamente, *elementos da culpabilidade*, embora não exclusivos, pois esse novo conceito de culpabilidade, ao contrário da teoria psicológica, necessita de outros elementos para aperfeiçoar-se, como veremos. Em outros termos, poderá existir dolo sem que haja culpabilidade, como ocorre nas causas de exculpação (v.g., legítima defesa putativa), em que a conduta, mesmo dolosa, não é censurável<sup>47</sup>.

Estudiosos precederam na fundamentação e configuração da teoria normativa da culpabilidade proposta por Frank, podendo mencionar Adolf Merkel, Mayer e Beling. O primeiro conceituou a culpabilidade como obstáculo

<sup>45</sup> CLIVATTI, Guilherme. **A evolução do conceito de culpabilidade**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1783&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acessado: 03-01-2015.

<sup>46</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 32.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446-447.

ao dever, sendo tal concepção apoiada por Max Ernst Mayer<sup>48</sup> (1901). Por último Beling<sup>49</sup> "identifica o juízo de valor como um elemento da culpabilidade, e aponta nesta um duplo aspecto de imputação e de desvalor jurídico da conduta".

Além desses, outros importantes autores também deram sua contribuição na evolução da teoria normativa da culpabilidade, destacando-se James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e, em especial, Edmund Mezger<sup>50</sup>.

Goldschmidt<sup>51</sup> (1930) buscava a diferenciação entre a norma jurídica (exigência objetiva de um comportamento exterior, relacionando-se com o injusto penal) da norma de dever (sendo esta exigência subjetiva de atitude pessoal de acordo à norma jurídica, ligando-se à idéia de culpabilidade). Posto isto, o elemento normativo da culpabilidade se basearia perfeitamente em contrariedade do dever.

Em Freudenthal<sup>52</sup>, foi agregado à teoria normativa o princípio da inexigibilidade de conduta como critério para exclusão de culpabilidade, fazendo uma diferenciação entre culpabilidade e inculpabilidade. Segundo o autor, culpabilidade consistiria na "desaprovação de um determinado comportamento do autor, quando pudera e devera comportar-se de forma diferente<sup>53</sup>".

Por fim, Mezger<sup>54</sup> é considerado o principal difusor da teoria normativa, mormente na América Latina. Mezger enxergava a culpabilidade, nos dizeres de Marcus Alan de Melo Gomes:

---

<sup>48</sup> MAYER, Max Ernst *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 32.

<sup>49</sup> BELING *apud ibidem* p. 30.

<sup>50</sup> Iguualmente contribuíram para o aperfeiçoamento da teoria normativa da culpabilidade Arthur Kaufmann (imputabilidade, dolo ou culpa e reprovabilidade como elementos da culpabilidade), Jiménez de Asúa e Frías Caballero.

<sup>51</sup> GOLDSCHMIDT, James *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 31.

<sup>52</sup> BERTHOLD, Freudenthal *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 181.

<sup>53</sup> BERTHOLD, Freudenthal *apud* GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 31.

<sup>54</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Traduzido por Paulo César Busato da 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

[...] antes de tudo, como "*uma situação de fato vinculada psicologicamente ao autor*". A imposição de uma pena como decorrência de um fato típico e ilícito pressupõe que a conduta do agente seja passível de reprovação pessoal. Assim, não basta que o fato esteja psicologicamente vinculado ao agente; a culpabilidade exige que a conduta possa ser valorada como um processo reprovável. A culpabilidade não consiste, segundo Mezger, apenas no fato, mas na reprovabilidade desse fato. Resumindo: culpabilidade é reprovabilidade<sup>55</sup>.

Com o advento da teoria normativa passa a culpabilidade a se compor dos seguintes elementos:

- I) Imputabilidade, que, na teoria psicológica era tida como pressuposto da Culpabilidade, passando a ser considerada como elemento desta.
- II) Dolo ou culpa, que "formas ou espécies da culpabilidade são transformados em um de seus elementos, no caso, *psicológico-normativo*".
- III) Por último, o conceito inserido por Freudenthal na idéia de culpabilidade, qual seja: exigibilidade de conduta diversa, que se resume na possibilidade de se optar por comportamento diverso (poder agir de outro modo<sup>56</sup>).

Para a concepção normativa, a culpabilidade passa a ser vista como algo que não está mais dentro do agente, estando fora do seu psiquismo, mas sim dentro da cabeça de quem julga, pelo magistrado que emite o juízo de reprovação. "O autor do fato deixa de carregar, em si, a culpabilidade, para se converter no objeto de um juízo de culpabilidade. Este juízo está na cabeça do juiz; na do réu, está o dolo<sup>57</sup>".

Ademais, para a comentada teoria, para que pudesse se falar em dolo, como elemento integrante do conceito de culpabilidade, "fazia-se necessário que o agente quisesse praticar um fato típico e ilícito, com a *consciência da*

<sup>55</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 31.

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 447.

<sup>57</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 33.

*antijuridicidade* desse fato, isto é, sabendo que estava contrariando a ordem jurídica<sup>58</sup>.

Apesar dos avanços quanto à teoria psicológica, a concepção normativa deixou falhas em relação a alguns "fenômenos delituosos", como no caso dos criminosos habituais ou por tendência. Nesse ponto, Bitencourt tece comentários a respeito dessa fragilidade (lacuna) enfrentada pela teoria normativa:

Com a adoção de um dolo híbrido - ao mesmo tempo *psicológico* e *normativo* -, cria-se um problema para o Direito Penal, prontamente detectado por Mezger, a respeito da punibilidade do criminoso habitual ou por tendência. Esse criminoso, em virtude do seu meio social, não tinha consciência da ilicitude, necessária à configuração do dolo, porque, de regra, se criava e se desenvolvia em um meio em que determinadas condutas ilícitas eram consideradas normais, corretas, eram esperadas pelo seu grupo social. Ora, se essa pessoa não tinha a consciência da ilicitude, porque nasceu e se criou em um determinado grupo social, em que a visão sobre a realidade é diversa, e sendo a consciência da ilicitude indispensável à existência do dolo, a que conclusão se chegava? Somente se podia concluir que tal indivíduo agia sem dolo, pois não tinha consciência da ilicitude. Agia-se sem dolo e sendo esse elemento ou requisito da culpabilidade, chegava-se a uma segunda conclusão: *essa pessoa era inculpável*, isto é, agia sem culpabilidade! Não se pode reprovar a conduta de alguém sem que na sua ação reúnam-se todos os elementos da culpabilidade. Logo, faltando-lhe um elemento, no caso, a consciência da ilicitude, não há culpabilidade. Chega-se, assim, a uma situação paradoxal, qual seja a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresentava, *na visão do direito penal clássico, o comportamento mais censurável*<sup>59</sup>.

Mezger tentou resolver essa lacuna existente na teoria normativa, no que tange a necessária presença da consciência da ilicitude no dolo, e propôs a "culpabilidade pela condução de vida". O que se considerava para análise de censura era a personalidade do autor, o seu caráter, bem como a sua conduta social. Para Bitencourt, "uma concepção dessas, voltada exclusivamente para o autor, e perdendo de vista o fato em si, o seu aspecto objetivo, pode levar, como de fato levou, na Alemanha nazista, a um *arbítrio estatal* desmedido, a uma intervenção indevida no modo de ser do indivíduo"<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 447.

<sup>59</sup> *Ibidem*. p. 447-448.

<sup>60</sup> *Ibidem*. p. 448.

### 2.6.3 Teoria normativa pura

Foi Welzel<sup>61</sup> o grande responsável pela formulação e estruturação da teoria final da ação, como forma de sanar as imperfeitas distribuições feitas pela concepção normativa na estrutura do crime.

A teoria normativa pura inovou ao propor uma nova concepção para a ação. Para a estudada teoria, o núcleo da ação residiria na circunstância de o homem poder, através da antecipação mental e respectiva seleção de meios, controlar o curso causal, levando-o para um determinado patamar. Assim, só haverá crime se o agente buscar o objetivo com conhecimento e vontade, ou seja, com vontade livre e consciente. Destarte, o dolo que já fora visto dantes como elemento ou forma da culpabilidade e como componente da antijuridicidade, é transportado para a tipicidade. Portanto, deriva desta distinção os tipos dolosos e culposos, considerando-se, a partir de então, aqueles a regra e estes a exceção<sup>62</sup>.

Nesse aspecto, essa transposição do dolo e da culpa para o próprio tipo, é resumida pelo mestre Bitencourt:

As consequências que a teoria finalista da ação trouxe consigo para a culpabilidade são inúmeras. Assim, a separação do tipo penal em tipos dolosos e culposos, o dolo e a culpa não mais considerados como espécies (teoria psicológica) ou elementos da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas como integrantes da ação e do injusto pessoal, constituem o exemplo mais significativo de uma nova direção no estudo do Direito Penal, num plano geral, e a adoção de um novo conteúdo para a culpabilidade, em particular<sup>63</sup>.

Como visto acima, o finalista transfere o elemento subjetivo da conduta, isto é, o dolo e a culpa para a tipicidade, passando a culpabilidade a ser vista sob o enfoque unicamente normativo. Para Welzel, o dolo seria elemento inerente à ação, não sendo possível imaginar uma ação sem finalidade, pois toda ação humana é finalista em sua essência, não importando

---

<sup>61</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis Prado. 3ª ed. São Paulo, 2014.

<sup>62</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 36-37.

<sup>63</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 449.

se lícita ou ilícita, já que é sempre dirigida para uma finalidade. Além disso, para Welzel a culpabilidade se configuraria em reprovabilidade da caracterização de vontade, tendo em vista que somente as condutas em que o homem pode dirigir voluntariamente são passíveis de reprovação.

Segundo dizeres de Gomes, a culpabilidade e antijuridicidade passam a receber um novo tratamento na teoria finalista, se não vejamos:

A culpabilidade, segundo enfoque da doutrina finalista, acrescenta uma nova etapa à ação antijurídica, sem a qual esta não pode ser considerada delito. A antijuridicidade constitui uma relação de desconformidade entre a ação e o ordenamento jurídico: a manifestação de vontade do agente não se amolda ao que estabelece o ordenamento jurídico como regra de conduta social. Todavia, este descompasso entre a ação e o ordenamento não para a caracterização da culpabilidade. Esta, na verdade, representa a reprovação que incide sobre o autor em virtude de não haver omitido a ação antijurídica quando poderia fazê-lo. O autor, mesmo em condições de conformar seu comportamento ao direito, opta por violar a norma. O fundamento da culpabilidade se localiza exatamente na circunstância de o autor poder agir lícitamente em lugar de agir ilicitamente<sup>64</sup>.

Para Bitencourt, o conceito de culpabilidade passa a ser concebido da seguinte maneira, de acordo com a concepção final da ação:

O conceito de culpabilidade de Welzel ficaria, então, estruturado da seguinte forma: por um lado, a culpabilidade estaria composta pelos pressupostos existenciais da reprovabilidade, isto é, a capacidade de culpabilidade, mais conhecida como imputabilidade. Por outro lado, a culpabilidade estaria composta pelos elementos essenciais da reprovabilidade, isto é, pela possibilidade de conhecimento da antijuridicidade. Uma vez estabelecidos ambos os elementos, estaria constituída materialmente a culpabilidade, o "poder em lugar de...". Mas, como advertiu Welzel, esses elementos não eram suficientes para formular a reprovação de culpabilidade, pois, apesar da imputabilidade e do potencial conhecimento do injusto do autor, seria necessário verificar se existiam, ou não, situações extraordinárias, conhecidas como causas de exculpação, que diminuíssem a possibilidade de motivação conforme a norma, e, portanto, o grau de culpabilidade<sup>65</sup>.

Por conseguinte, com a reestruturação dada pela teoria normativa pura à culpabilidade, esta passou a ser integrada pelos seguintes elementos:

---

<sup>64</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 37.

<sup>65</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 453-454.

Imputabilidade (capacidade de culpabilidade); consciência potencial da ilicitude (ausência de erro de proibição); exigibilidade de conduta conforme o direito.

A imputabilidade é capacidade de ser culpável, não se confundindo com responsabilidade. Ao agente é dada a capacidade de compreender o injusto do fato e de dirigir sua vontade para infringir o direito. Dessa compreensão, surgem dois momentos distintos: um cognoscivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade. Aquele se relaciona à capacidade de compreensão do injusto; e outro, à capacidade de determinação da vontade conforme essa compreensão. Segundo Welzel, somente a junção desses dois momentos específicos poderia resultar na capacidade de culpabilidade.

Para melhor compreensão do tratado acima, transcrevo lição de Gomes:

Note-se que o momento intelectual da imputabilidade não se realiza com a compreensão, pelo autor, do fato como contrário à lei ou suscetível de punição; não basta, também, a consciência de que o fato praticado viola a moral. A imputabilidade exige que o autor possa reconhecer seu ato como uma transgressão às normas sociais indispensáveis à vida em comum. Se o autor não dispõe desta capacidade, não há que se falar em possibilidade concreta de compreensão do injusto e, por consequência, não há que se falar em culpabilidade<sup>66</sup>.

Na consciência potencial da antijuridicidade, imprescindível que o autor conheça ou possa conhecer o caráter ilícito do tipo na prática do fato (possibilidade de compreensão do injusto). Assim sendo, para que a conduta do autor seja considerada reprovável, é preciso que este esteja em condição que lhe permita reconhecer a ilicitude do seu comportamento.

Enfim, na exigibilidade de conduta conforme o direito exige-se do autor um comportamento conforme o direito (preenchidos, claro, os dois primeiros elementos). Destarte, "uma vez configuradas a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento do injusto, fica caracterizada materialmente a culpabilidade, o

---

<sup>66</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 38.

que não quer dizer, no entanto, que o ordenamento jurídico-penal tenha de fazer a reprovação de culpabilidade<sup>67</sup>."

Entretanto, situações extraordinárias exigem que a conduta do autor não se revista de reprovação, por caracterização do que a doutrina chama de causa de exculpação (inexigibilidade de conduta conforme o direito), como por exemplo, ocorre no estado de necessidade, "hipótese em que a vida e a integridade corporal do autor ou de terceiro se encontram, sem culpa por parte desses, em perigo, e ao autor não resta alternativa senão preservá-las mediante a lesão de interesses penalmente protegidos<sup>68</sup>".

---

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 458.

<sup>68</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 39.

### 3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Inegável a influência exercida pelo direito primitivo na formulação moderna do conceito de culpabilidade. Pelo princípio da culpabilidade, podemos abstrair que ninguém será penalmente punido, caso não houver agido com dolo ou culpa, dando a entender que não haverá responsabilização objetiva, mas sim subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). “Trata-se de conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos<sup>69</sup>”.

Sobre essa evolução dogmática que se operou na culpabilidade, Gomes enfatiza:

“Todavia, o tempo permitiu a evolução doutrinária da teoria do delito e, com ela, novas perspectivas surgiram a respeito da culpabilidade na dogmática jurídico-penal. Pode-se afirmar que a ideia de que a punição penal pressupõe a culpabilidade do sujeito originou-se na resistência oferecida ao direito penal do Antigo Regime, no qual se podia responsabilizar, pelo ato de um, terceiros que nenhuma relação concreta tinham com o fato – o que amiúde ocorria com os parentes do autor - ou ainda punir o indivíduo por casos fortuitos ou fatos casuais, levando-se em consideração tão somente o dano causado. Desse aprimoramento doutrinário resultou a formulação do *princípio da culpabilidade*, cuja enunciação original estabelecia a máxima *nullum crimen, nulla, poena, sine culpa*. Percebe-se que, nesta acepção, o princípio revestia-se da noção de que não há delito se subjetividade<sup>70</sup>”.

Não esquecemos, porém, que a expressão primeira do princípio da culpabilidade ocorreu em um contexto em que a culpabilidade era entendida como uma relação psicológica existente entre o autor e o fato, sendo que esta relação assumia, necessariamente, a forma dolosa ou culposa. Desta forma, quando o delito exigia, no mínimo, conduta culposa, considerando-se a culpa o liame psíquico entre o agente e o fato, existia coerência em se proclamar o postulado da culpabilidade a partir da subjetividade do autor<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 29.

<sup>70</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 53-54.

<sup>71</sup> Conforme GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 54.

Todavia, essa concepção tornou-se imprópria com o surgimento da teoria normativa da culpabilidade:

Convertida a culpabilidade em *reprovabilidade normativa*, o dolo ou a culpa deixaram de ser fatores suficientes para a existência do delito, exigindo-se, ademais, um juízo de censura sobre a conduta. Não bastava mais que no delito houvesse, ao menos culpa; além disto, reclamava-se que o injusto fosse reprovável ao autor<sup>72</sup>.

Na teoria finalista da culpabilidade foi retirado o elemento subjetivo (dolo ou culpa) da culpabilidade e o deslocou para o tipo, conforme já mencionado alhures. “Diante desse quadro, Zaffaroni afirma que o primitivo princípio da culpabilidade reconhece dois níveis na dogmática penal contemporânea: um na *tipicidade* e outro na *culpabilidade*<sup>73</sup>”.

O Código Penal afirma que somente há crime quando presentes o dolo ou a culpa (art. 18). E continua em seu parágrafo único: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Desta forma, busca-se, de regra, para fundamentar e legitimar a punição, na esfera penal, o dolo do agente. Não sendo possível extrair o dolo da conduta, deve-se buscar a culpa, desde que previsto no tipo penal. No entanto, é possível que subsista a responsabilidade objetiva, conforme ensinamentos de Nucci:

Em hipóteses extremadas, devidamente previstas em lei, pode-se adotar a responsabilidade penal objetiva, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, estejam presentes o dolo ou a culpa, como ocorre com a embriaguez voluntária (art. 28, II, CP)<sup>74</sup>.

No direito pátrio, o princípio da culpabilidade encontra-se previsto implicitamente na Carta Cidadã em seu artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), bem como 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 (CF). Isso ocorre para se evitar punição mais gravosa que o

<sup>72</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 54.

<sup>73</sup> *Ibidem*. p. 55.

<sup>74</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.30.

ordenamento jurídico pode impor em simples relação de causalidade, sem que haja vontade ou previsibilidade do agente. Igualmente podemos extrair o princípio da culpabilidade do corolário lógico da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), o qual proíbe o mesmo tratamento ao culpável e ao inculpável<sup>75</sup>.

### 3.1 Princípio da culpabilidade como instrumento de proteção individual

O princípio da culpabilidade pode ser extraído em diversas passagens da Constituição da República, dentre as quais, destaco os incisos XLV e LVII, ambos do artigo 5º. Como corolário da dignidade da pessoa humana, a culpabilidade também se vincula ao princípio da igualdade (*caput*, art. 5º, CF) e ao princípio implícito da proporcionalidade. Este visa garantir que a pena imposta deva ser proporcional à ilicitude do ato cometido, não se admitindo que a sanção ultrapasse os limites da razoabilidade.

Nesse contexto, trazendo ensinamentos de Luiz Regis Prado, Gomes leciona que:

No Brasil, o princípio da culpabilidade não dispõe de previsão constitucional expressa. Todavia, sua admissão como princípio implícito no texto constitucional é irrefutável. Afirma Luiz Regis Prado estar ele tacitamente inserido "no art. 1º, III (dignidade da pessoa humana). corroborado pelos arts. 4º II (prevalência dos direitos humanos), e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), da Constituição Federal", vinculando-se, ainda, "ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF) que veda o mesmo tratamento ao culpável e inculpável<sup>76</sup>".

A culpabilidade pode ser conceituada como sendo a reprovabilidade pela realização de uma conduta contrária ao direito, ou seja, típica e ilícita, deturpando a paz social. "A culpabilidade deriva da noção de censura pessoal. A palavra "culpado" carrega uma carga axiológica, por referir-se a um juízo de

---

<sup>75</sup> Conforme PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, ÉRIKA Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

<sup>76</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 62.

reprovação que se faz ao autor de um fato<sup>77</sup>". Nesse caminhar, ensina-nos Gomes, que "o juízo de censura é formulado sobre o fato praticado, e não sobre a personalidade ou o caráter do agente<sup>78</sup>". Deste modo, repreende-se o fato praticado e não o modo de ser (representatividade) ou agir do agente:

Cumpra observar, destarte, que a culpabilidade refere-se a um fato praticado, que necessita ser típico e antijurídico, e não a um modo de ser ou agir, afastando-se, de logo, o chamado Direito Penal do Autor e a criação aristotélica da "culpabilidade pela conduta de vida", segundo a qual tanto o vício quanto a virtude são voluntários, devendo ser censurado o indivíduo que se afasta da primeira<sup>79</sup>.

Segundo Bitencourt, do princípio da culpabilidade é possível extrairmos um sentido triplo: Primeiramente, a culpabilidade funcionando como *fundamento da pena*, tendo por objetivo permitir a atribuição da responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico e a consequente aplicação da pena. Ainda, segundo o festejado autor, para que ocorra a aplicação penal, imprescindível à presença de determinados requisitos, sendo eles:

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. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal<sup>80</sup>.

Segundo, a culpabilidade funcionando como *elemento ou medição da pena*. Assim, a culpabilidade funcionará como ferramenta limitadora da pena, tendo por parâmetro a gravidade do delito, evitando-se que a pena fixada destoe da reprovabilidade do ato violador da norma. "Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato

---

<sup>77</sup> CASTRO, Marcela Baudel de. **A culpabilidade no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23766>>. Acesso em: 19-11-2014.

<sup>78</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 64.

<sup>79</sup> *Ibidem*. p. 64.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena<sup>81</sup>".

Nesse caminhar, uma vez configurada a prática de um delito, terá o julgador que valorar o grau de reprovação do fato praticado, tendo por parâmetro a culpabilidade do agente para estabelecimento de uma pena.

E por derradeiro, a culpabilidade como *conceito contrário à responsabilidade objetiva*. De acordo com esse conceito, evita-se a atribuição da responsabilidade penal pela simples produção do resultado. "Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa<sup>82</sup>".

Considerando-se essa tríplice função do princípio da culpabilidade, só é possível falarmos em imposição de sanção penal legítima quando se verifica que fato praticado pelo agente é culpável, podendo, neste caso, recair em sua conduta um juízo de reprovação, ressaltando que a pena não poderá exceder os limites da culpabilidade (grau de culpabilidade).

Os princípios funcionam dentro de um ordenamento jurídico como limitadores da atuação estatal. Agem na esfera de proteção dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado, como inibidores de sanções penais sem observância de critérios legais e humanos.

Os princípios estão no ordenamento jurídico como norte de uma limitação ao poder estatal. Os princípios do direito penal funcionam como instrumentos de proteção do indivíduo em face do "*Jus Puniendi*" Estatal inibindo a vingança e as penas sem critérios pré-legitimados<sup>83</sup>.

O princípio da culpabilidade visa coibir a imposição de penas pela simples análise das características físicas e mentais do autor do fato, como apregoa o direito penal do autor. Em linhas gerais, mencionado princípio tem por objetivo a responsabilização do autor do fato medindo-se a reprovabilidade

---

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

<sup>82</sup> *Ibidem*. p. 64.

<sup>83</sup> ARAUJO, Ulisses Gomes. **Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12259](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12259). Acessado em 16-11-2014.

da sua conduta criminosa, para que com isso lhe seja imposta uma sanção justa, necessária e proporcional ao ato praticado, sem ter por parâmetro único o que o indivíduo representa. "Visa coibir a responsabilidade objetiva e a responsabilização pela simples produção do resultado e a aplicação da pena pelo fato e não pelo autor do fato"<sup>84</sup>.

O princípio da culpabilidade funciona como limitador punitivo do Estado, intervindo diretamente no seu *ius puniendi* com o propósito de proteger o indivíduo de atuações que fujam da razoabilidade e da proporcionalidade que uma sanção penal deva ter, fundamentando a pena.

Corroborando com este entendimento Luciano de Almeida Maracajá aduz que:

[...] Ao fundamentar a pena, o princípio da culpabilidade empresta a esta um aspecto retributivo, que se manifesta concomitantemente com o caráter ético do direito penal, surgindo no centro do sistema o homem, cuja responsabilidade resulta da sua dignidade de pessoa, passível de sofrer reprovação. Quando o princípio da culpabilidade aparece como limite da pena, o Estado é impedido de fazer um uso abusivo e desmedido da sanção penal<sup>85</sup>.

Como assevera o autor acima, embasado em Francesco Carlo Palazzo, o princípio constitucional possui uma dupla faceta constitucional, funcionando como "fundamento da pena e do próprio direito de punir do Estado, ou como medida, como limite da intervenção punitiva do Estado"<sup>86</sup>.

Seguindo-se nessa linha, percebe-se a estreita ligação dos princípios da dignidade e da culpabilidade, sendo este decorrência daquele, ambos tendo como função constitucional a busca de uma sanção penal justa, limitando o poder punitivo do Estado em prol de indivíduos com direitos a serem relativizados.

---

<sup>84</sup> ARAUJO, Ulisses Gomes. **Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12259](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12259). Acessado em 16-11-2014.

<sup>85</sup> MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul.2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 19-11-2014.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

Para o princípio da culpabilidade deve-se levar em consideração o grau de lesividade da conduta, a tipicidade e ilicitude para, enfim, se chegar à reprovabilidade do ato praticado e a proporcionalidade e graduação da punição. "Para que exista a punição do autor de um crime todos os pressupostos da punibilidade devem estar presentes. A ausência de um só elemento ou requisito impossibilitaria a aplicação da sanção penal<sup>87</sup>".

Diante do exposto, temos que o princípio constitucional da culpabilidade representa um claro orientador da atividade jurisdicional, conferindo ao indivíduo um mínimo de segurança jurídica, bem como princípio regulador do controle social - inibindo atuações do Estado que buscam apenas sancionar o injusto pela vingança, constituindo um verdadeiro limitador ao poder punitivo estatal. Ademais, faz-se mister contrapor o discurso funcionalista de Jakobs, o qual vem, assustadoramente, "debilitando progressivamente o valor das justificações deontológicas legitimadoras da norma penal e da imposição de pena com base no princípio de culpabilidade<sup>88</sup>".

---

<sup>87</sup> MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acesso em: 19-11-2014.

<sup>88</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65.

## CONCLUSÃO

O debate em torno da culpabilidade sempre foi alvo de muita atenção por parte dos operadores do direito e estudiosos, por representar tema relevante da liberdade humana. Toda a discussão gerada por tal mecanismo de defesa individual sofreu ao longo da história inúmeras alterações que convergiram para o aperfeiçoamento do princípio da culpabilidade como norma fundamental de um Estado tido como Democrático.

Como explanado em várias passagens, o direito penal de autor, além de macular o princípio da legalidade, possibilitando a censura de atos anteriores ao delito, macula igualmente o princípio da dignidade humana.

A culpabilidade atual se refere a um fato determinado, com respeito à autonomia de vontade do autor. Relativamente ao direito penal do ato ou fato a culpabilidade “constitui um juízo sobre a relação do autor para com o fato concretamente realizado, e não em função da forma de conduzir sua vida – de sua personalidade – ou dos perigos que no futuro se lhes esperam<sup>89</sup>”.

Esse discurso negativo da pessoa humana proposto pelo direito penal de autor, impede a eficácia e eficiência do princípio da culpabilidade como mecanismo de proteção individual, “uma vez que o criminalizado é considerado um ser inferior, seja moral, seja mecanicamente, devendo, pois, ser censurado ou neutralizado<sup>90</sup>”.

A moderna doutrina tem colocado o direito penal do fato como corolário lógico do princípio da culpabilidade, o qual afirma que ninguém será considerado culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito:

---

<sup>89</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado em: 09-11-2014.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

O primeiro mandamento, pois, que se extrai da consagração do princípio de culpabilidade é que o legislador constituinte optou pelo Direito Penal do fato, não sendo possível, por conseguinte, tipificar ou sancionar o caráter ou modo de ser, pois no âmbito do Direito Penal não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos. O Direito penal deve partir do dogma do fato, de tal modo que não caiba a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis. Com propriedade observam ZAFFARONI-PIERANGELI que “um Direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação”. Até porque, para que fossem consequentes, os partidários do Direito Penal de autor deveriam defender que é suficiente a atitude interna para se castigar o autor e não se ter que aguardar o cometimento do delito<sup>91</sup>.

O temível direito penal do autor, o qual infringe sanções penais apenas se considerando o que o autor é, a sua personalidade ou seu modo de vida, deve ser enfrentando de frente para que não se alastre e leve o direito - hodiernamente - conhecido como uma ciência humana, para os confins do autoritarismo.

Para tanto, é imprescindível que odiosas teorias como a proposta por Jakobs não sirvam de parâmetro para aplicação penal, bem como justificativa para o Estado desistir do caráter ressocializar da pena. Bitencourt adverte que, através de discursos radicais como o de Jakobs, vem se fragilizando "progressivamente" o valor da imposição da pena com base no princípio da culpabilidade<sup>92</sup>.

Radicalismos como esses serviram de justificativa que dizimaram milhões de pessoas na 2ª Guerra Mundial. Portanto, combater pensamentos retrógrados como esses é papel de toda sociedade e do Estado, em comunhão de forças.

---

<sup>91</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado em: 09-11-2014.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

Ademais, o postulado da culpabilidade se reveste de limite ao *ius puniendi* Estatal, característica esta intrínseca de um Direito penal mínimo e garantista.

Por fim, a natureza de fundamento da pena dada ao princípio da culpabilidade legítima o poder do Estado frente às garantias individuais. Dito isto, a culpabilidade deve ser vista como ferramenta limitadora da sanção penal, impedindo censuras baseadas exclusivamente no que o autor é. Por conseguinte, essa concepção garantista tem por finalidade impedir que a pena seja usada como forma de vingança estatal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Ulisses Gomes. **Culpabilidade como princípio do direito penal e como elemento do delito.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12259](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12259). Acessado em 16-11-2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução do grego de Antônio de Castro Cairo. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral 1.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOCKELMANN, Paul. Volk, Klaus. **Direito penal: parte geral.** Tradução de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Minas Gerais: Del Rey, 2007.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acessado em: 09-11-2014.

CASTRO, Marcela Baudel de. **A culpabilidade no Direito Penal brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23766>>. Acesso em: 19-11-2014.

CLIVATTI, Guilherme. **A evolução do conceito de culpabilidade.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1783&idAreaSel=4&se eArt=yes>.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo.** Traduzido por Paulo César Busato da 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JUNIOR, ADALBERTO. **Criminologia: Escola positiva**. Disponível em: <http://adalbertojuniorexplica.blogspot.com.br/2012/03/criminologia-escola-positiva.html>. Acessado em: 06-11-2013.

Lei nº. 7.210, de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais – LEP**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm).

MUZZI, Veridiane Santos. **Teorias Antigarantistas - Aspectos do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24043823\\_TEORIAS\\_ANTIGARANTISTAS\\_\\_ASPECTOS\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_AUTOR\\_E\\_DO\\_DIREITO\\_PENAL\\_DO\\_INIMIGO.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_24043823_TEORIAS_ANTIGARANTISTAS__ASPECTOS_DO_DIREITO_PENAL_DO_AUTOR_E_DO_DIREITO_PENAL_DO_INIMIGO.aspx). Acessado em: 05-11-2014.

MARACAJÁ, Luciano de Almeida. **O princípio da culpabilidade como faceta do Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul.2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24939>>. Acessado em: 19-11-2014.

PARADELA, Leonardo. **Elementos e teorias da culpabilidade – uma visão histórica**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/994885/texto-de-apoio---elementos-e-teorias-da-culpabilidade>.

PRESOTTO, Lourenso. **Uma brevíssima análise da culpabilidade e suas teorias**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25248/uma-brevissima-analise-da-culpabilidade-e-suas-teorias>.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/32324/excludentes-de-antijuridicidade-culpabilidade-e-tipicidade>.

SOUZA, Anderson Dias. **Direito Penal: responsabilidade objetiva e teoria da imputação objetiva do resultado.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1811](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1811). Acessado em: 20-11-2014.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução de Luiz Regis Prado. 3ª ed. São Paulo, 2014.