



Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Penal e Processo Penal

Nathalia Pires Fiuza de Mello

A CULPABILIDADE COMO MECANISMO DE
FREIO AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO
PUNITIVA ESTATAL: um estudo aprofundado¹

Brasília – DF

2011

¹ O presente trabalho é resultado de um estudo aprofundado acerca do seguinte artigo já publicado pela autora e redigido durante o curso de pós-graduação em direito penal e processo penal do IDP: MELLO, Nathalia Pires Fiuza de. *O princípio da culpabilidade como limitação político-criminal do "ius puniendi"*. uma crítica ao livre arbítrio. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2713, 5 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17937>>.

Nathalia Pires Fiuza de Mello

**A CULPABILIDADE COMO MECANISMO DE
FREIO AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO
PUNITIVA ESTATAL: um estudo aprofundado**

Monografia apresentada como requisito parcial à 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: Prof. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini.

Brasília – DF

2011

Nathalia Pires Fiuza de Mello

**A CULPABILIDADE COMO MECANISMO DE
FREIO AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO
PUNITIVA ESTATAL: um estudo aprofundado**

Monografia apresentada como requisito parcial à 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.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A minha família.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores e mestres do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, por minha formação profissional, em especial ao meu orientador, Prof. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, que ao longo do curso me incentivou a realizar este trabalho e cujos preciosos ensinamentos servem de permanente inspiração para minhas reflexões na seara penal.

Aos meus pais, André e Maria do Carmo, que me ensinaram os reais valores da vida, sempre me proporcionando amor, carinho, compreensão, amizade e principalmente todo apoio e suporte para lutar por meus objetivos, ainda que à distância.

Ao meu irmão mais do que querido, Victor.

Ao meu noivo, amante, cúmplice e companheiro eterno, Márcio. Amo-te.

E finalmente, a todos os meus amigos e familiares, tão importantes nos momentos bons e não tão bons de minha vida.

Tudo passa, um dia. Há de passar, também, e ser esquecida, a ameaça do Estado de apanhar o delinquente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irreduzível.

(GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. coord. Maira Rocha Machado, Denise Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1 t.2. (Série Clássicos Jurídicos: direito, Desenvolvimento, Justiça). p. 369.

RESUMO

O presente estudo, pautado no método descritivo, procura fazer uma abordagem dogmática acerca da evolução da função da culpabilidade. Inicialmente, são fragmentadas e diferenciadas as diversas concepções existentes em relação a esse polêmico instituto. Posteriormente, é feita uma análise crítica das três principais teorias desenvolvidas a respeito do tema e sua relação com a teoria do fato punível, são elas: psicológica, psicológico-normativa e a atual teoria normativa pura. Assim, a partir da concepção normativa pura, busca-se investigar, com base nos principais autores do Direito Penal, pátrio e alienígena, a função da culpabilidade na teoria do fato punível, debatendo seus pontos mais controversos, especialmente o da tese da liberdade de vontade, concluindo pela sua indemonstrabilidade. Eis então o resultado deste trabalho: demonstrar a atual função política da culpabilidade como mecanismo de freio ao exercício da pretensão punitiva estatal, a partir de uma reflexão sobre a questão filosófica central do conceito material da culpabilidade, representada pela oposição livre arbítrio e determinismo, visando, desse modo, adequá-la dentro do contexto de um direito penal mínimo, subsidiário e garantista de um Estado Democrático de Direito, critérios esses que fundamentam este trabalho.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Pretensão punitiva estatal.

ABSTRACT

This paper, based on the descriptive method, seeks to make a dogmatic approach on culpability's function evolution. First, many existents conceptions, related to this polemic institute, are separated and have their differences pointed out. Afterwards, a critical analysis on the three most important developed theories about the theme; which are: psychological, psychological-normative and the actual pure normative theory; and its relations with violations of law theory is bring out. Thus, having as a point of departure the pure normative theory, this study intends to investigate, based on the most important authors of national and foreign criminal law literature, culpability's function on violation and law theory, debating its mains doctrinal controversies, specially the one of the free-will, concluding on its indemonstrability. So here is the result of this work: demonstrate the actual political function of culpability as a breaking mechanism of the exercise claim punitive state, from a reflection on culpability's material concept main philosophic problem, represented by the opposites free-will and determinism, meaning, therefore, to adapt its concept within the context of a minimum criminal law, subsidiary and guarantee of a Democratic Law State, basis criterions on this work.

Keywords: Criminal Law. Culpability. Claim punitive state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEPÇÃO E CONCEITOS DE CULPABILIDADE	11
1.1 A culpabilidade como princípio.....	11
1.2 Culpabilidade de fato e culpabilidade de autor.....	15
1.3 A co-culpabilidade.....	19
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	21
2.1 Concepção psicológica de culpabilidade.....	21
2.2 Concepção psicológico-normativa de culpabilidade.....	25
2.3 Concepção normativa pura de culpabilidade.....	30
2.4 A culpabilidade segundo o funcionalismo: culpabilidade como limite à prevenção.	34
3 A MODERNA CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE	40
3.1 Livre arbítrio x determinismo.....	40
3.2 A indemonstrabilidade da tese da liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade.	41
3.3 Definições materiais do conceito normativo de culpabilidade.....	46
3.3.1 <i>A culpabilidade como poder de agir diferente</i>	46
3.3.2 <i>A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão</i>	47
3.3.3 <i>A culpabilidade como responsabilidade pelo próprio caráter</i>	48
3.3.4 <i>A culpabilidade como atribuição conforme necessidades preventivas gerais</i> .	49
3.3.5 <i>A culpabilidade como dirigibilidade normativa</i>	50
3.4 A culpabilidade como mecanismo de freio ao exercício da pretensão punitiva estatal: um estudo aprofundado.	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A prática do fato delituoso faz nascer para o Estado o chamado *ius puniendi*, isto é, o Estado passa a ter a pretensão de aplicar sanções penais aos infratores.

Ocorre que, por força do princípio da inevitabilidade da jurisdição², essa pretensão punitiva estatal não pode ser exercida de forma direta e automática, haja vista que não se trata de um poder absoluto, mas limitado e condicionado à lei.

Dessa forma, a pretensão punitiva estatal deve pressupor, necessariamente, a existência prévia de uma sentença final condenatória. Trata-se da figura da culpabilidade, que permite frear a ação punitiva do Estado.

O conceito de culpabilidade remonta à Idade Média, nos séculos XVI e XVII, e à noção de Direito Natural, por meio da qual se permite imputar ao indivíduo as conseqüências de seus atos praticados voluntariamente. No entanto, a formulação da primeira teoria da culpabilidade – a teoria psicológica – iniciou-se somente a partir da segunda metade do século XIX, devido ao enfraquecimento da escola jusnaturalista e à ascensão do positivismo. Posteriormente, após diversas modificações na estrutura da teoria do fato punível e em virtude do desenvolvimento do finalismo, essa concepção inicial culminou no surgimento de um conceito puramente normativo de culpabilidade, aceito e trabalhado até hoje pela maioria da doutrina.

Hodiernamente, através dos novos critérios funcionalistas, desenvolvidos principalmente por Roxin³, tem se observado uma possível tendência à retomada de um conceito complexo de culpabilidade, constituído de elementos objetivos e subjetivos. Todavia, muito se questiona ainda acerca da verdadeira utilidade prática e aplicabilidade dessas alterações.

² Esse princípio decorre da garantia estampada no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a seguir:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-164.

Escrever sobre o respectivo tema é com certeza uma tarefa árdua. Porém, não há dúvidas de que, dentre os elementos constitutivos do conceito de crime, a culpabilidade, embora complexo e gênese de inúmeras controvérsias, é o que desperta o fascínio de muitos doutrinadores e estudiosos do Direito Penal, posto que, até o presente momento, não se conseguiu chegar a uma posição pacífica e definitiva a respeito do tema. Acredita-se, inclusive, ser esta uma tarefa inalcançável, haja vista ser a culpabilidade um elemento intrínseco à pessoa humana e à essência de seus atos, estando, portanto, em constante evolução.

Diferentemente dos demais elementos integrantes do fato punível (a tipicidade e a ilicitude), constituídos através de processos de natureza abstrata e sob uma ótica bem mais estática, a culpabilidade caracteriza-se por ser um conceito vivo e em mutação, influenciando de maneira decisiva na abordagem técnica da concepção de delito. Afinal, Von Liszt já destacava: “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpabilidade que se mede o progresso do direito penal”⁴. Por isso, conhecer e analisar o caminho percorrido pela dogmática referente à culpabilidade é, indubitavelmente, a melhor forma de compreender e de enxergar o futuro do Direito Penal.

O livre arbítrio, como fundamento da culpabilidade, tem sido o grande responsável pela atual crise referente à moderna construção do conceito de culpabilidade. O objetivo desse modesto estudo é, pois, buscar uma melhor compreensão acerca da moderna concepção e da atual função do juízo de reprovação compatíveis com as exigências de um Direito Penal moderno e garantista.

⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. vol.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. (Coleção história do direito brasileiro. Direito penal). p. 250.

1 CONCEPÇÃO E CONCEITOS DE CULPABILIDADE.

1.1 A culpabilidade como princípio.

Dentre as várias acepções de culpabilidade, há uma advinda da sua configuração mais elementar, que diz que “não há crime sem culpabilidade” – *nullum crimen sine culpa* –, de onde se extrai o chamado princípio da culpabilidade.

Vale lembrar que, no direito penal primitivo punia-se sem culpa⁵, ou seja, em razão da simples produção de um resultado. O conceito de pena como instrumento de intimidação, isto é, como prevenção geral do crime, só começou a adquirir algum sentido depois de relacionado com a noção de evitabilidade do fato praticado, explica Toledo⁶. Até então, a pena era cominada de forma aberrante – usada para o ódio ou algum tipo de aversão –, caracterizando assim a chamada “responsabilidade objetiva”⁷, segundo a qual só interessava o fato exterior danoso.

Foi a partir do desenvolvimento da idéia de evitabilidade no conceito de crime que surgiu a noção de culpabilidade como condição da aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*. A responsabilidade objetiva, como se pode verificar, viola claramente o princípio acima descrito, por isso cabe à culpabilidade, enquanto princípio fundamental de Direito Penal de um Estado social e Democrático de Direito, negá-la completamente⁸. Felizmente, essa forma de responsabilidade está praticamente erradicada no direito penal contemporâneo.

⁵ “Segundo o direito religioso dos romanos, a ofensa casual do direito provocava, tanto quanto a ofensa dolosamente cometida, a cólera dos deuses, que devia ser aplacada por expiações, e as leis bárbaras da Alemanha admitiam ainda uma dívida de família pelo sangue derramado, que se transmitia de geração em geração”. *Ibid.*, loc. cit.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 218.

⁷ “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 esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 523.

⁸ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 11.

A doutrina atribui três sentidos fundamentais ao princípio da culpabilidade Primeiramente, analisaremos a culpabilidade como fundamento da pena e elemento integrante e essencial do crime. Essa acepção refere-se à possibilidade ou não de aplicação de uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico⁹, conforme aduz Roxin,

El injusto penal, es decir, una conducta típica y antijurídica, no es sin más punible. La calificación como injusto expresa tan solo que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el Derecho, pero no autoriza a concluir que aquél deba responder personalmente por ello, ésta es una cuestión que ha de decidirse en un tercer nivel de valoración, el de la culpabilidad¹⁰.

Sob essa ótica, o princípio da culpabilidade evita punições injustas baseadas somente em um resultado lesivo, ou seja, somente será merecedor de punição aquele que atuar com dolo ou culpa. Por isso, cabe à culpabilidade fundamentar e legitimar a aplicação da pena com base na reprovação da conduta praticada¹¹. Porém, para que haja censura sobre o injusto cometido, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade (imputabilidade), consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma, sendo a ausência, de apenas um desses elementos, suficiente para impedir a aplicação de pena.

Uma vez constatada a prática do delito, deverá o julgador valorar o grau de reprovabilidade do fato cometido, tendo como “termômetro” a culpabilidade do agente¹². Estabelece-se aqui o seu segundo sentido: a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Sob esse enfoque, a culpabilidade assume o papel de limitador do *quantum* de punição deverá ser aplicado à infração penal praticada, não podendo a pena exceder ao limite necessário à reprovação pelo fato típico, ilícito e culpável praticado¹³. Esse conceito deve estar associado, ainda, a

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

¹⁰ “O injusto penal, quer dizer, uma conduta típica e antijurídica, não é em si punível. A qualificação como injusto expressa tão somente que o fato realizado pelo autor é desaprovado pelo direito, mas não autoriza a concluir que aquele deva responder pessoalmente por isso, já que esta é uma questão que deve ser decidida em um terceiro nível de valoração, qual seja o da culpabilidade”. (Tradução livre). ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1989. p. 38

¹¹ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 13.

¹² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 138.

¹³ *Ibid.*, p. 91.

outros critérios, como o da relevância do bem jurídico, dos fins preventivos, etc. Assim, levando-se em consideração o caso concreto e as circunstâncias em que ocorreram os fatos, a culpabilidade permite a consideração de diferentes graus de reprovação, que serão utilizados pelo juiz para fixação da pena base¹⁴.

Finalmente, a culpabilidade como princípio contrário à responsabilidade penal objetiva. Essa vertente impede o reconhecimento da chamada responsabilidade penal sem culpa ou objetiva¹⁵, embasada exclusivamente nos fatos praticados e seus resultados. Um direito penal moderno, de cunho eminentemente subjetivista, não pode deixar que a responsabilidade penal seja atribuída a alguém, em razão de um resultado absolutamente imprevisível, se este não houver atuado com dolo ou culpa¹⁶.

Sobre o princípio da culpabilidade, partilhamos do entendimento de Zaffaroni ao afirmar que, de acordo com a teoria finalista da ação, aceita pela legislação penal brasileira, que configura a culpa *stricto sensu* como estrutura típica e não como parte integrante da culpabilidade, o que antes se chamava “princípio da culpabilidade”, atualmente encontra-se fragmentando em dois diferentes níveis. Num deles opera o princípio do *nullum crimen sine culpa*, que implica na necessidade de que haja uma conduta culposa, como exigência mínima para configuração da tipicidade penal; noutro funciona a condição de reprovabilidade para que haja delito, isto é, não há delito quando o injusto não pode ser reprovável ao autor¹⁷.

Por fim, quanto à localização sistemática do princípio da culpabilidade, sustenta Cirino do Santos ser o princípio da culpabilidade o segundo mais

¹⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 13.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328.

¹⁶ Rogério Greco escreve que o princípio *nullum crimen sine culpa* exige que a culpabilidade, no sentido de juízo de reprovabilidade, seja entendida de acordo com essas três vertentes, segundo ele a culpabilidade é: “elemento integrante e indispensável do conceito analítico de crime, que seja aferida no momento da aplicação da pena, na qualidade de princípio que terá por missão concretizar tal juízo de censura mediante a aplicação da pena mais adequada ao condenado, bem como na qualidade de princípio que não tolera a imputação de fatos que não possam ser atribuídos ao agente a título de dolo ou culpa”. GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2005. cit., p. 139-140.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 606-607.

importante instrumento de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, depois do princípio da legalidade, posto que proíbe punir o sujeito que não preenche os requisitos do juízo de reprovação¹⁸. Observa-se uma relação de dependência entre o princípio da culpabilidade e o princípio da legalidade, pois se a pena pressupõe culpabilidade, esta pressupõe o tipo de injusto, que é definido pelo princípio da legalidade.

Já para Mir Puig, o Direito penal de um Estado social e Democrático de direito deve fundamentar-se em princípios político-criminais de garantia de uma série de direitos individuais, entre eles o princípio da humanidade, culpabilidade, proporcionalidade, etc.

O princípio da culpabilidade estaria intimamente ligado a princípios jurídico-penais baseados, em sua grande maioria, na dignidade humana¹⁹. O princípio da personalidade da pena, por exemplo, impede que uma pessoa seja responsabilizada por ato de terceiro. A pena é personalíssima, ninguém pode cumpri-la em razão de ato alheio. Verifica-se ainda, o princípio da responsabilidade penal pelo fato, que se opõe à possibilidade de punir um sujeito pela sua personalidade, caráter ou modo de ser, mas, tão somente, a conduta ou o fato praticado, exigindo dessa forma uma culpabilidade de fato e não do autor. Outro exemplo é o princípio da exigência do dolo ou culpa, considerado tradicionalmente a expressão mais clara do princípio da culpabilidade, segundo o qual não basta a produção de um fato material ou de um resultado lesivo para que se configure a responsabilidade penal do agente, é preciso, também, que o fato seja desejado ou que resulte de imprudência. Por fim, o princípio da imputação pessoal, relacionado à figura dos inimputáveis. Para que o sujeito possa ser considerado culpável pela sua conduta, seja ela dolosa ou culposa, ele deve possuir capacidade psíquica para compreender a natureza proibitiva do fato²⁰.

¹⁸ A saber, segundo a atual concepção de culpabilidade: a) os inimputáveis; b) os imputáveis que, realmente, não sabem o que fazem, por estarem em situação de erro de proibição inevitável; c) os indivíduos imputáveis, com conhecimento da proibição do fato, mas sem o poder de não fazer o que fazem, porque realizam o injusto em contextos de anormalidade definíveis como situações de exculpação. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 24-25.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 5.ed. Barcelona: 1998. p. 97.

²⁰ Ibid., p. 96-99.

Da mesma forma se posiciona Cezar Bitencourt²¹, ao entender que o princípio da culpabilidade faz parte de um rol de princípios de garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, amparados, explícita ou implicitamente, pelo texto constitucional de 1988 (art. 5º). São os chamados princípios reguladores do controle estatal, ou simplesmente princípios limitadores do poder punitivo do Estado, que passaram integrar os Códigos penais dos países democráticos, em razão da influência iluminista exercida na época.

É importante lembrar que, a idéia de limitar o intervencionismo estatal nas liberdades individuais tem suas raízes no Iluminismo, na tese de que o direito penal deve assegurar os pressupostos de uma coexistência pacífica, livre e igualitária entre os homens. A partir de então, o direito penal passou a apresentar um caráter formal menos cruel e repressivo comparado com o predominante durante o Estado Absolutista.

Assim, é por todas as razões acima apresentadas e pelos motivos que ainda serão discutidos nesse trabalho que, também, sustentamos a idéia de um princípio da culpabilidade como mecanismo de freio ao exercício da pretensão punitiva do Estado.

1.2 Culpabilidade de fato e culpabilidade de autor.

Há duas correntes na doutrina penal que procuram explicar em que consiste o juízo de reprovação e qual o seu objeto de estudo imediato, são elas: a culpabilidade de fato e a culpabilidade de autor. Vale ressaltar, que essas posições encontram-se filiadas à idéia de um direito penal do fato e de um direito penal do autor, respectivamente.

A primeira corrente entende ser objeto do juízo de censura a ação do homem, isto é, a reprovação de culpabilidade recai sobre o ato do agente, na medida da

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto. Em síntese, é a reprovabilidade sobre o comportamento humano (ação ou omissão) que realiza um delito²².

Em contraposição ao modelo de culpabilidade de fato, acima mencionado, está a chamada culpabilidade de autor. Essa corrente mais reduzida, mas não sem importância, entende que o que se reprova ao homem é a sua personalidade, o seu caráter. Na culpabilidade de autor não se julga, não se avalia o homem pelo o que ele fez, mas, sim pelo o que ele é²³.

Diante do exposto, poder-se-ia dizer, por exemplo, que um indivíduo que possui maus hábitos e reações violentas imoderadas e pratica um homicídio, é mais culpável que aquele que comete o mesmo homicídio, mas não tem esse tipo de reação, ao contrário, é bastante calmo e pacífico²⁴. Desse modo, ter-se-ia o fato como mero fenômeno sintomático, ou seja, como um simples ponto de partida para a aplicação da sanção penal.

Sob essa ótica, poder-se-ia dizer, então, que o homem seria responsabilizado por sua conduta de vida, isto é, a adoção de uma culpabilidade de autor implicaria dizer que a faculdade de compreensão do injusto estaria comprometida pela conduta da vida do agente. Nas palavras de Toledo: “Censurável não seria já o agente pelo seu comportamento, pelo injusto típico, mas sim pela sua conduta de vida, pelo seu caráter, pela sua personalidade; numa palavra: pelo seu modo de ser e de viver”²⁵.

Acreditamos estar tal orientação completamente equivocada, uma vez que tanto o conceito normativo de culpabilidade, bem como a expressão “culpabilidade pela conduta de vida” – uma das atuais denominações dada à culpabilidade de autor – terminam por voltar aos princípios aristotélicos.

²² TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.235.

²³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 91.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 608-609.

²⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. cit., p.235.

Para Aristóteles, o homem se torna aquilo que é por um comportamento voluntário na sua origem, e que, por isso, a seu ver, a prática de certas ações leva a aquisição de um caráter do mesmo gênero dessas ações²⁶. Ele acredita que aquele que se afasta da virtude, vai caindo numa vertente de vício que em certo momento já não lhe deixa qualquer liberdade para ser virtuoso, ou seja, o indivíduo era livre no momento em que escolheu uma personalidade viciosa; depois, uma vez no vício, não é livre, porém sua conduta é reprovável por ter escolhido o caminho do vício²⁷.

Ocorre que nem tudo aquilo extraído do pensamento aristotélico pode ser transplantado para o direito penal. Ele é válido se inserido numa teoria de perspectiva moral, e não numa teoria jurídica como o direito, como bem destacou Zaffaroni,

Aristóteles não estava limitado pelos princípios da legalidade e de reserva. Aristóteles não escreveu sua *Ética Nicomaquéia* partindo do que devia ter em conta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (CF, art. 5º.). Este princípio não tem vigência no campo da moral, mas é o fundamento de todo o direito penal, de modo que, se o abandonamos, o direito penal deixa de cumprir sua função segurança jurídica e passa a pretender cumprir qualquer outra (a defesa da superioridade da raça, da ditadura do proletariado, etc.), ainda que, na realidade, esteja cumprindo a função de dar sustento àqueles que detêm o poder conforme o seu arbítrio²⁸.

Logo, se o sujeito de maus hábitos os tiver adquirido, por exemplo, por freqüentar tabernas e prostíbulos – uma conduta claramente atípica – e, por ventura, viesse a cometer um homicídio, de acordo com a culpabilidade de autor, a ele se reprovaria a sua conduta de vida, ou seja, o juízo de reprovação recairia sobre a sua conduta anterior de freqüentar tabernas e prostíbulos.

Diante de tal exemplo, percebe-se claramente que a teoria da culpabilidade pela conduta de vida fere princípios basilares de um Estado Democrático, como o da secularização, o da presunção do estado de inocência e, principalmente os princípios da insignificância e o da ofensividade, posto que ao reprovar condutas atípicas, onde não há se quer lesão ao bem jurídico, o julgador passa a censurar, na

²⁶ ARISTÓTELES. *Ética à Nicomaque*. p. 139-44 apud *Ibid.*, p. 238.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 609.

²⁸ *Ibid.*, p. 609-610.

verdade, o aspecto moral e ético do comportamento do indivíduo. A apreciação do caráter do sujeito e da sua conduta considerada contrária à ética pode ser inclusive referente apenas aos próprios valores subjetivos do juiz. Ocorre que, o direito penal não possui finalidades terapêuticas ou pedagógicas. Não cabe a ele resolver problemas de cunho social ou moral.

Por isso, não há dúvidas de que a culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e para estender a culpabilidade a uma reprovação de atos mais íntimos do indivíduo²⁹. Poucos conceitos, como o da culpabilidade de autor, podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal. Outrossim, a adoção de uma culpabilidade pela conduta de vida implicaria numa reprovação de carga genética, representando um verdadeiro retrocesso do direito penal à sua forma primitiva.

Nosso direito penal é um direito penal de fato, com culpabilidade de fato, construído sobre o fato praticado pelo agente, e não sobre o agente do fato. Essa afirmação pode ser evidenciada por meio da estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico do autor³⁰.

Ainda assim, alguns autores, mais moderados, sustentam existir uma combinação de culpabilidade pelo ato e pela conduta de vida³¹, mas não vemos como isso é possível. Afinal, não se pode querer penalizar um indivíduo por ser como escolheu ser, sem ferir a sua esfera de autodeterminação. Qualquer pretensão de combinar ambos os conceitos não pode conduzir a outro resultado senão o de veredar por uma culpabilidade de autor.

²⁹ Ibid., p. 610.

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. cit., p.235-236.

³¹ Cristiano Rodrigues sustenta que autor e fato devem ser avaliados conjuntamente no juízo de culpabilidade: “É certo que a tendência atual e o posicionamento doutrinário dominante são por um Direito Penal e uma culpabilidade de fato, mas também é óbvio que na análise da culpabilidade deve-se tomar por base sempre dois fatores – autor e fato –, pois nenhuma das duas posições acima referidas consegue se isolar da outra de forma absoluta, ou seja, não é possível um Direito Penal do fato puro, independente do autor e da sua personalidade, bem como não seria possível um Direito Penal exclusivamente embasado no autor, sem se levar em conta os fatos por ele praticados”. RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 26.

1.3 A co-culpabilidade.

Modernamente, vem se desenvolvendo um novo conceito, uma nova forma de se analisar a culpabilidade, a chamada co-culpabilidade. Tem-se afirmado que este conceito possui estreitos laços com o direito penal socialista, e que é originário das idéias de Marat³².

A teoria da co-culpabilidade nasce a partir da idéia de desigualdade social e da necessidade de uma aplicação mais racional, adequada e correta do Direito Penal, através de meios assecuratórios que concretizem a máxima da “igualdade jurídica”, qual seja, de tratar “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Para os adeptos dessa corrente, acredita-se ser injusto cobrar com o mesmo rigor o cumprimento da lei daqueles que têm menos oportunidades e opções na vida em sociedade, em relação a uma minoria da população³³.

Sabe-se que, o problema da desigualdade social é resultado de uma série de mazelas sociais, como a da má distribuição de riquezas pelo Estado, da falta de oferta de emprego, da falta de educação, de cultura e também da influência que o meio social exerce sobre as pessoas. A sociedade age de tal forma sobre os sujeitos que chega a limitar de diferentes maneiras sua capacidade de autodeterminação e de escolha. Logo, não é possível, tampouco justo e admissível, atribuir todas essas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade³⁴. Afinal, não se pode querer que o Direito Penal faça o papel do Estado Providência, de realizar suas obrigações positivas, não cabe a ele solucionar as questões de cunho social. No entanto, o que vem ocorrendo é justamente o oposto. O Estado, a fim de compensar a falta de realização de políticas públicas, vem aumentando as obrigações negativas, quando na verdade deveria trabalhar os dois aspectos, de efetivar projetos sociais sem aumentar ou recrudescer as penas.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611.

³³ RODRIGUES. op. cit., loc. cit.

³⁴ ZAFFARONI, op. cit., loc. cit.

São esses os motivos pelos quais levam essa corrente a acreditar que a sociedade deve arcar em parte com as conseqüências do ônus por ela próprio imposto aos demais cidadãos, dividindo, dessa forma, a responsabilidade e atenuando a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, findam por cometer infrações penais.

Como observa Greco,

A teoria da co-culpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus “supostos cidadãos” Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças e ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade³⁵.

A tese da co-culpabilidade, hoje, faz parte do ordenamento jurídico de todo Estado social e Democrático, que reconhece direitos econômicos e sociais, podendo ser, inclusive, observada na legislação penal brasileira, mediante a utilização de aspectos supraleais na fixação da pena, como o presente Artigo 66 do Código Penal, que instituiu a circunstância atenuante genérica³⁶.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 425.

³⁶ RODRIGUES, Cristiano. Teorias da culpabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 27-28.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE.

2.1 Concepção psicológica de culpabilidade.

Desde o desaparecimento da responsabilidade objetiva, observada principalmente no Direito Penal da Antiguidade, que desconsiderava a existência de algum vínculo, além da mera causalidade física, entre o fato praticado e o agente³⁷, passou-se a ter uma maior preocupação no sentido de se aplicarem sanções somente ao homem causador de resultado lesivo, cujo evento danoso poderia ser evitado.

Essa diferença entre provocar um dano evitável e provocar inevitavelmente um dano passou a ser percebida, pois se notou que a evitabilidade do fato residia no psiquismo do ser humano, isto é, na sua faculdade de prever os acontecimentos, de querer praticar ou não o delito. Com isso, a aplicação da pena criminal passou a ser condicionada à presença dos elementos anímicos de voluntariedade e de previsibilidade por parte do autor no fato criminoso; elementos esses que passaram a integrar a concepção de delito, além de contribuir para o desenvolvimento da noção de culpabilidade³⁸.

Surge, então, na segunda metade do século XIX, na doutrina penal, a teoria psicológica da culpabilidade, como gênese da responsabilidade penal subjetiva. Integrante da concepção “clássica” do fato punível³⁹ e influenciada pelo modelo causalista de ação ou causalismo natural de von Listz, Beling e Radbruch,

³⁷ Francisco de Assis Toledo acrescenta que: “O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva”. TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, cit., p. 218.

³⁸ *Ibid.*, p. 218-219.

³⁹ Influenciada pela “escola moderna” e pelo jusnaturalismo-positivista da segunda metade do século XIX, a chamada concepção “clássica” do fato punível haveria de ser constituída apenas por realidades mensuráveis e empiricamente comprováveis, pertencentes a fatos do mundo exterior (vertente objetiva) ou a processos psíquicos internos (vertente subjetiva). DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001 p. 194-195.

dominante na primeira metade do século XX⁴⁰, essa corrente doutrinária, arduamente defendida na época pelo pensamento positivista sociológico, concebia a culpabilidade como o liame subjetivo ou a relação psicológica existente entre o autor e o fato por ele praticado⁴¹.

Listz advertia que, “não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido”⁴².

A partir dessa aceção de culpabilidade, pregavam os causalistas a bipartição do conceito de fato punível. Haveria, portanto, um aspecto objetivo do fato, caracterizado pela ação típica e ilícita, ou seja, pelo injusto penal; e outro subjetivo, representado pela culpabilidade, considerada o lugar adequado ao estudo dos elementos psíquicos do autor – o dolo e a culpa *stricto sensu*.

Para essa teoria, a ação se limita a uma causalidade física ou material, apurada através de um movimento humano voluntário, capaz de provocar uma modificação no mundo exterior; ação essa que se tornaria típica sempre que fosse possível enquadrá-la em um tipo de crime, e que, por sua vez, tornar-se-ia ilícita, quando não interviesse uma causa de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, etc.), isto é, uma situação excepcionalmente aceita pelo direito; e que assim determinasse a contrariedade da ação à ordem jurídica⁴³.

Restando configurada a tipicidade e a ilicitude da conduta, verificar-se-ia a existência da vertente subjetiva do fato. A ação tornar-se-ia culpável sempre que pudesse ser evidenciado o vínculo de natureza psicológica entre o autor e o seu fato objetivo. A culpabilidade esgotava-se inteiramente nas duas únicas relações

⁴⁰ JAKOBS, Günther. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S. A., 1997. p. 568.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 335.

⁴² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** vol.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. (Coleção história do direito brasileiro. Direito penal). cit. p. 249.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 195.

supostamente responsáveis pelo estabelecimento do liame psicológico entre o agente e o fato criminoso – o dolo e a culpa⁴⁴ – para, junto com a parte objetiva do crime, fundamentar a pena e lograr a apreensão do conceito de fato punível.

Por conseguinte, dentro dessa construção, o dolo e a culpa *stricto sensu* – conceitos construídos a partir de elementos psíquicos do homem em relação ao resultado danoso, um volitivo (a voluntariedade) e outro intelectual (a previsibilidade) – não só eram apresentados como as duas únicas espécies da culpabilidade, como também a sua totalidade, uma vez que não havia na culpabilidade nenhum outro elemento constitutivo. Admitia-se, porém, como pressuposto jurídico-penal necessário para a análise da culpabilidade a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável⁴⁵.

Antes de aferir dolo ou culpa, era preciso certificar-se se o sujeito era imputável, isto é, se ele possuía capacidade de discernimento acerca da natureza dos atos por ele levados a efeito, e ainda, se havia a possibilidade desse agente coordenar seus atos conforme esse entendimento. A imputabilidade não seria elemento, mas sim requisito imprescindível para a concretização da culpabilidade⁴⁶.

É importante salientar que, mesmo considerando a culpabilidade como vínculo psíquico, tal teoria reputava a conduta do inimputável isenta desse elemento subjetivo, configurando, pois, um contra-senso, vez que esse, mesmo não tendo responsabilidade, pode agir dolosamente de forma a desejar o resultado.

Partindo desse raciocínio, chega-se à conclusão que, um doente mental, por exemplo, jamais poderia agir com dolo ou culpa, haja vista ser o mesmo destituído de capacidade psicológica para a compreensão do injusto penal. Afinal, para a teoria em estudo, o sujeito inimputável não poderia possuir culpabilidade, uma vez que esta pressupõe a imputabilidade, o que, evidentemente, não é correto. O mais

⁴⁴ O dolo assim entendido como “a vontade livre e consciente de cometer o fato injusto, e a culpa como prática de ato previsível sem entretanto a intenção de produzir resultado, sendo ambos analisados diretamente de acordo com a forma que o agente se coloca em relação aos seus atos”. RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 219-220.

⁴⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 34-35.

freqüente seria que o doente mental agisse com capacidade para uma relação psíquica, isto é, para o dolo, de maneira que não se poderia contestar a existência do delito em sua conduta, tampouco isentá-la de culpabilidade⁴⁷.

Outrossim, além de não satisfazer o problema do inimputável, a concepção psicológica não conseguia explicar a contento a culpa inconsciente, visto que nela não se observa uma previsão do resultado por parte do sujeito ativo, como conseqüência, não há como atribuir culpabilidade ao agente, já que não possui qualquer conexão subjetiva comprovável entre a sua conduta e o resultado⁴⁸. Destarte, resta evidente a incoerência da teoria que há em limitar a culpabilidade como algo exclusivamente psicológico, bem como em reunir sob um mesmo denominador comum, conceitos jurídico-penais de caráter tão distintos, como são o dolo, elemento de natureza psíquica, visto estar na cabeça do agente, caracterizado pela manifestação de vontade de realizar algo que foi previamente previsto; e a culpa, elemento essencialmente de cunho objetivo e normativo⁴⁹, isto é, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado, é delimitada pela inobservância do cuidado exigido.

Portanto, embora a concepção psicológica tenha contribuído para a evolução do direito penal ao concretizar a responsabilidade penal subjetiva, ela se mostrou frágil e insuficiente ao esbarrar em suas próprias contradições. Essas e outras críticas renderam-lhe um esquecimento quase total.

2.2 Concepção psicológico-normativa de culpabilidade.

Diante das deficiências apresentadas pelo conceito psicológico de culpabilidade, surge, a partir do início do século XX, a concepção normativa da culpabilidade, também denominada teoria psicológico-normativa.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 603-604.

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 196.

⁴⁹ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 36-37.

Originária dos estudos de Frank⁵⁰, a teoria normativa de culpabilidade revolucionou a estrutura do fato punível e da própria culpabilidade ao introduzir ao seu conceito um componente de caráter normativo (valorativo), fundamentado na reprovabilidade ou censurabilidade da conduta típica e ilícita do agente, sem se desligar, no entanto, dos conceitos de dolo e culpa.

Na precisa lição de Cezar Bitencourt, “Frank foi o primeiro a advertir que o momento psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser censurável”⁵¹. Dessa forma, a culpabilidade passou a constituir-se também de um juízo de reprovação, e não mais apenas como mera relação psicológica entre o autor e o fato por ele cometido.

Outros autores determinantes na configuração da teoria normativa foram Goldschmidt, Freudenthal⁵² e Mezger⁵³, seu grande difusor. O primeiro buscava fundamentar a concepção normativa de culpabilidade na distinção entre “norma jurídica”, como sendo a exigência objetiva de um comportamento exterior, relacionada com o injusto penal; e “norma de dever” ou de motivação, como exigência subjetiva de atitude pessoal de acordo com a norma jurídica, ligada, portanto, à culpabilidade. Assim, “Goldschmidt afastou os elementos fáticos da culpabilidade, reduzindo-a a juízo de contrariedade ao dever”⁵⁴. Ele chamou atenção para o fato de que a norma de dever passa a ter caráter normativo (juízo de valor) em relação a uma “vontade contrária ao dever”, a qual deve ser observada para cada autor, individualmente, no caso concreto.

Freudenthal, por sua vez, concebe o conceito de inexigibilidade de conduta como causa geral de exclusão de culpabilidade, uma vez que para este autor, segundo Rodrigues, o elemento capaz de diferenciar a culpabilidade da

⁵⁰ FRANK, 1907, p. 11 apud JAKOBS, Günther. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S. A., 1997. p. 569.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. cit., p. 338.

⁵² GOLDSCHMIDT, 1913, p. 129; FREUDENTHAL, SANTOS, 1922, p. 7 apud Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 284-285.

⁵³ MEZGER, 1957, p. 199 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 338.

inculpabilidade seria a possibilidade ou não de se exigir em cada caso um comportamento adequado ao direito⁵⁵.

Finalmente, Mezger defendeu amplamente tal teoria, dando-lhe seus contornos definitivos. Ele adotava a idéia de reprovabilidade, e de elementos normativos no conceito de culpabilidade⁵⁶. Para Mezger, a culpabilidade é “o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica” e, acrescenta que, “a ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente”⁵⁷.

Vale ressaltar que, o conceito normativo de culpabilidade desenvolveu-se dentro do chamado sistema neoclássico de delito, baseado essencialmente na metodologia neokantiana, a qual tinha por filosofia a retirada do Direito do contexto naturalista do “ser” para situá-lo no mundo das referências da realidade e dos valores, isto é, entre o mundo do “ser” e o do puro “dever-ser”, superando assim o positivismo-naturalista.

Em relação à evolução da teoria clássica para a teoria neoclássica de fato punível, explica de forma bastante clara Figueiredo Dias,

Descontados os exageros naturalistas, agora substituídos pela idéia da “relevância social”, a ação continuou a ser concebida, no essencial, como comportamento humano causalmente determinante de uma modificação do mundo exterior ligada à vontade do agente. [...] Mas já em matéria de tipicidade se considerava agora ser indispensável ver a tipicidade não apenas como uma descrição formal-externa de comportamentos, mas materialmente como uma unidade de sentido socialmente danoso, como comportamento lesivo de bens juridicamente protegidos; para a qual relevavam não só elementos objetivos, mas, em muitos casos necessariamente, também elementos subjetivos. De tal modo que também o ilícito se apresentava em diversas hipóteses como um conglomerado de elementos objetivos e subjetivos, indispensável para a partir dele se concluir pela contrariedade material do fato à ordem jurídica... . Quanto à culpa, agora traduzida num juízo de censura – a chamada concepção normativa da culpa –, ela enriquecia-se e diversificava-se nos seus elementos constitutivos [...]: a imputabilidade, como capacidade do agente de avaliar a ilicitude do fato e de se determinar por essa avaliação; o dolo

⁵⁵ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 39.

⁵⁶ Ibid., p. 41.

⁵⁷ MEZGER, 1957, p. 199 apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339.

ou a negligência como formas ou graus da culpa; a exigibilidade de um comportamento adequado ao direito⁵⁸.

Na teoria psicológico-normativa há, então, um juízo de valoração em relação ao agente, uma censura que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito, que se condiciona à existência dos seguintes elementos: a) imputabilidade, sendo definida como capacidade de culpabilidade, isto é, “a possibilidade de se responsabilizar alguém pela prática de determinado fato previsto pela lei penal”⁵⁹, b) o dolo e a culpa *stricto sensu*, elementos psiconormativos que vinculam o autor ao fato; c) e a exigibilidade de conduta diversa, isto é, adequada ao direito.

Logo, a partir da teoria normativa, para que o agente pudesse ser punido pelo fato ilícito por ele praticado, além da existência do nexó psicológico – dolo e culpa – passou-se a exigir do sujeito, igualmente, com base nas condições em que se encontrava, isto é, um comportamento conforme a norma, um juízo de reprovação.

Sabe-se que o sujeito que mata em estado de necessidade age dolosamente, entretanto, sua conduta não é culpável, visto que, diante da inexigibilidade de outro comportamento, a ação não se torna reprovável. Assim, a exigibilidade de conduta diversa – que gera a reprovação do comportamento – passou a ser vista como elemento normativo fundamentador e limitador da culpabilidade, a ser apurado em cada caso concreto⁶⁰ e, o seu acréscimo permitiu solucionar problemas no campo da culpabilidade, anteriormente não abrangidos pela teoria clássica, tais como: o da coação irresistível, da obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico e o do estado de necessidade exculpante. Hodiernamente, o conceito de exigibilidade de conduta ajustada ao direito, como fundamento geral supralegal de exculpação, é amplamente admitido nos crimes de imprudência e de omissão de ação⁶¹.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. cit. p. 198.

⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. cit. p. 388.

⁶⁰ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 41.

⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. cit. Roxin. p. 285.

Verifica-se ainda que, na estrutura normativa, o dolo e a culpa *stricto sensu* deixam de ser considerados como espécies, para se tornarem requisitos da própria culpabilidade, passando esta então a ser constituída por um conjunto de elementos subjetivos (psicológicos) e objetivos (normativos).

De acordo com a teoria em estudo, o dolo passa a ser entendido também como um dolo normativo, e não mais como um elemento puramente psicológico. É um dolo constituído de vontade, previsão e conhecimento sobre a ilicitude do fato, porque se entendia que o agente que quer o resultado conhece sua antijuridicidade. É, pois, a vontade e a consciência de praticar uma conduta contrária à ordem jurídica, o chamado *dolus malus* do Direito Romano, valorado como algo mau, perverso e ilícito, que se contrapunha ao dolo bom⁶². Foi então, vinculada ao conceito de dolo que, a consciência atual da ilicitude passou a integrar a culpabilidade, tornando-se necessária à sua configuração.

Portanto, para os seguidores dessa corrente, a culpabilidade é vista como algo que se encontra fora do agente, que está na cabeça de quem julga, de quem emite um juízo de reprovação a respeito do autor do crime. Assim, ao invés de o agente ser o portador da culpabilidade, de carregá-la consigo, no seu psiquismo, ele passa a ser o objeto de um juízo de censura que é emitido pelo magistrado, pelo ordenamento jurídico.

Inobstante tenha colaborado enormemente para o avanço da dogmática penal, essa corrente doutrinária pecou por persistir no entendimento de que o dolo dela fazia parte, sendo alvo de inúmeras críticas.

Mezger, por exemplo, observou que, a adoção de um dolo híbrido – ao mesmo tempo psicológico e normativo – gera um entrave para o Direito Penal em relação à punibilidade do chamado criminoso habitual ou por tendência, posto que, esse tipo de delinqüente, em razão de seu grupo social, não possui a consciência da

⁶² Com relação à distinção feita pelos romanos entre as duas espécies de dolo, preleciona Toledo que “o *dolus bonus* era empregado para designar a astúcia, a sagacidade para enganar. O *dolus malus* era essa mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para obtenção de um proveito ilícito; era a intenção má, perversa, que dirigia um ato criminoso”. TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. cit. p. 220.

ilicitude do fato que, presente, possibilita a configuração do dolo. O que acontece é que, via de regra, esse tipo criminológico é criado e educado em um ambiente social agressivo, com padrões morais invertidos, onde determinadas condutas ilícitas são consideradas normais, corretas e esperadas pelo seu meio social. Sua formação é destituída de qualquer consciência ética e sua conduta é deturpada, modelada conforme as regras do crime. Diante de tal realidade, afirmava Mezger ser impossível aplicar o dolo normativo a essa categoria de indivíduo, já que não há como exigir que essa espécie de delinqüente tenha a exata consciência da ilicitude de seus atos, pois, de acordo com o ambiente em que se desenvolveu e, em que vive, não lhe é possível sequer saber o que é antijurídico.

Partindo-se dessa premissa, conclui-se que, ao cometer um crime, essa espécie de criminoso agiria sem dolo por faltar-lhe o elemento da consciência da antijuridicidade. Inexistindo dolo, tal indivíduo não poderia ser considerado culpável e, conseqüentemente, não haveria possibilidade de reprovar o seu comportamento através da aplicação da pena criminal. Mas como excluir, então, a culpabilidade de alguém que apresenta uma conduta que deveria ser censurável pela ordem jurídica?

Com o objetivo de solucionar esse impasse, Mezger elaborou um adendo à culpabilidade normativa, o chamado conceito de “culpabilidade pela condução à vida”. Segundo essa concepção, a reprovação deveria incidir sobre a personalidade do agente ou sobre o seu caráter. O foco da culpabilidade é, pois, o autor ou a sua conduta social, e não o fato. Partindo desse raciocínio, punir-se-ia alguém pelo o que ela é, em virtude de sua personalidade, e não pelo ato que praticou.

Todavia, tão logo, essa concepção se revelou insuficiente para satisfazer as exigências do direito penal e sobretudo perigosa, haja vista a perda do seu aspecto objetivo. Voltada exclusivamente para o agente, a concepção de Mezger buscava castigar e censurar não o ato, mas sim o autor, suprimindo assim garantias individuais e a própria segurança jurídica. Ao considerar personalidade do agente e a sua vida anterior à prática do fato como objeto de reprovação, ela violava claramente o princípio penal da proibição do *bis in idem*, segundo o qual o indivíduo deve responder somente pelo ato que praticou, e não por ser determinada pessoa,

isto é, o juiz deve emitir um juízo de valoração somente sobre o fato delituoso, e não sobre o autor.

Além disso, a perda dessa objetividade poderia gerar um arbítrio estatal desmedido, além de provocar intervenções indevidas na esfera de proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como de fato aconteceu na Alemanha nazista. Por essa razão, as contribuições de Mezger não prosperaram.

Por isso, com o escopo de superar as lacunas deixadas pela teoria psicológico-normativa, a doutrina passou a desenvolver um conceito normativo puro de culpabilidade, nosso próximo objeto de estudo. Afinal, o normativismo das orientações jurídicas de raiz neokantiana não mais oferecia garantia bastante de justiça do teor das normas validamente editadas⁶³.

2.3 Concepção normativa pura de culpabilidade.

Foi assim que, Welzel, preocupado com as distribuições feitas pela teoria psicológico-normativa na estrutura do crime, criou a doutrina finalista. Welzel abandonou todo o pensamento abstrato e logicista próprio da teoria neoclássica, para investigar a verdadeira essência da ação humana e, retirou da culpabilidade todos os elementos subjetivos que a integravam até então, a fim de adequá-la aos modernos parâmetros estabelecidos pela nova dogmática dominante, dando origem a um conceito normativo puro de culpabilidade.

Welzel redefiniu a concepção de ação sob um ponto de vista ontológico, pois não entendia como o dolo (elemento psíquico) poderia se situar dentro do juízo de culpabilidade e, ficar separado da ação humana, seu elemento fundamental. Ele constatou que o homem dirige finalisticamente, isto é, intencionalmente os

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 200.

processos causais naturais em direção a fins psicologicamente antecipados, escolhendo para a realização do resultado os meios correspondentes⁶⁴.

Tal posicionamento é facilmente evidenciado nos crimes dolosos. Tomemos, por exemplo, o caso do cirurgião que abre com bisturi o ventre do paciente e do homicida que faz o mesmo com a faca em sua vítima; o que distingue essas duas ações, exteriormente iguais, é a intenção de curar por parte do médico e a intenção de matar que dirigiu a ação criminosa do homicida. Por meio desse raciocínio, Welzel verificou que, a intencionalidade, isto é, o dolo, é elemento inerente à ação; não é possível se conceber uma ação sem finalidade; toda a ação humana é essencialmente finalista, seja esta lícita ou ilícita, vez que se dirige a um fim⁶⁵. Surgia, assim, a Teoria Finalista da Ação.

O finalismo promoveu uma reorganização dos elementos integrantes da estrutura do delito, deslocando o dolo e a culpa *stricto sensu* da culpabilidade para o conceito de ação. Com efeito, esses componentes passaram a se localizar no tipo, enquanto que, na culpabilidade permaneceram somente as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao direito.

Dessa forma, os tipos penais passam a ser verdadeiros tipos dolosos e culposos do crime. O dolo e a culpa deixam de ser considerados como espécies ou elementos da culpabilidade, para residirem no injusto penal. A culpabilidade passou a ser vista unicamente sob o aspecto normativo, consistente na reprovação da conduta. Ela passou a ser puramente axiológica. Foi só então que se pôde falar em uma real teoria normativa da culpabilidade, visto que, apenas neste momento, a culpabilidade ficou restrita à pura reprovabilidade⁶⁶.

A moderna teoria normativa pura, ao transladar o dolo para o tipo penal, afastando-o da culpabilidade, também o separou de sua carga normativa, isto é, a consciência da ilicitude, possibilitando que se considerasse dolosa a conduta de um

⁶⁴ Ibid., p. 201.

⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 227-228.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 605.

sujeito incapaz de compreender que a mesma é contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, de um inimputável. Com isso, deixou-se de falar em dolo normativo, ou *dolus malus*, para se falar em dolo natural. O dolo finalista é meramente subjetivo, independe da consciência do caráter ilícito de sua conduta por parte do agente, ou seja, é livre da necessidade em se preocupar com o conhecimento ou não da natureza proibida do ato para sua caracterização⁶⁷. Assim, o problema da consciência da ilicitude é resolvido no âmbito da culpabilidade, deixando, inclusive, de se falar em consciência da ilicitude como excludente da culpabilidade, para se falar em “potencial consciência da ilicitude”.

A respeito das alterações sofridas pela teoria do fato punível e do novo conceito de culpabilidade, leciona Figueiredo Dias,

Só assim também se atingiria uma verdadeira concepção normativa da culpa, como havia sido intenção (todavia não lograda) da escola neoclássica. O erro desta teria residido em continuar a juntar na categoria da culpa a valoração (o juízo de culpa, de censura) com o objeto da valoração (o dolo e a negligência). Extraíndo este objeto de valoração da categoria da culpa e situando-o na do tipo de ilícito, estava cumprida a condição necessária para “reduzir” (“purificar”) a culpa àquilo que verdadeiramente ela deveria ser: um “puro juízo de (des)valor”, um autêntico juízo de censura. Juízo de censura do qual participariam os elementos da imputabilidade, da consciência (ao menos potencial) do ilícito e da exigibilidade de outro comportamento⁶⁸.

Logo, a culpabilidade, segundo a corrente finalista, se reduz a um simples juízo de reprovação que se faz contra o agente pela realização de um fato típico e ilícito, ou seja, contrário ao direito, embora pudesse atuar de outro modo. O seu conceito puramente normativo passa a contar somente com os elementos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e, da exigibilidade de conduta conforme a norma.

A culpabilidade é simplesmente caracterizada por Welzel como a responsabilidade pelas ações antijurídicas praticadas. Ela não se esgota na relação de desconformidade entre a ação e o ordenamento jurídico, pelo contrário, fundamenta-se na reprovação pessoal contra o autor pela não-omissão de uma ação

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 391.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 cit., p. 201-202.

em desacordo com o direito, mesmo que ainda pudesse tê-la omitido. É no “poder em lugar de” do autor, correspondente à configuração de sua vontade antijurídica, que reside a essência da culpabilidade⁶⁹.

Para a teoria finalista, a culpabilidade é a reprovabilidade da caracterização da vontade, pois, já que através da vontade o autor pode dirigir a sua conduta de acordo com as exigências do direito, o objeto primário de reprovação de culpabilidade só pode ser então, a vontade, objeto de valoração que deve ser analisado em sede de injusto.

Sobre esse entendimento, afirmava Welzel,

Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones – todo aquello que el hombre simplemente “es” –, ya sean valiosas o mediócras (desde luego pueden ser valoradas), sólo aquello que él hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas o cómo hubiera podido o debido ponerlas en movimiento, le puede ser tomado en cuenta como “mérito” o reprochado como “culpabilidad”⁷⁰.

No entanto, apesar de sua enorme contribuição no desenvolvimento do conceito da culpabilidade, a teoria normativa pura, fruto de uma longa evolução doutrinária, foi tomada de Aristóteles, conforme já demonstrado. Além disso, ela vem enfrentando uma fase de crise face ao seu fundamento ontológico, acentuado pela definição de culpabilidade como reprovalidade: capacidade de livre decisão do homem; questão essa que será abordada mais adiante.

⁶⁹ WELZEL, Hans. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal alemán: parte general**. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 4.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 166.

⁷⁰ “Somente se pode reprovar ao ser humano, como culpabilidade, aquilo a respeito do qual pode agir voluntariamente. Portanto, tudo aquilo referente às suas facultades e predisposições – tudo aquilo que o homem simplesmente é –, ainda que valiosas e mediócras, não podem ser levadas em consideração como mérito ou reprovação de culpabilidade, mas tão somente o modo como o homem atua, como ele as põe em prática, quando pudesse atuar de forma diferente”. (Tradução livre). Ibid., p. 167.

2.4 A culpabilidade segundo o funcionalismo: culpabilidade como limite à prevenção.

Os adeptos dessa corrente acreditam que evolução do sistema penal sobre bases eminentemente positivistas, ontológicas e valorativas, fez como que a ciência do Direito do Penal se tornasse extremamente formalista e conservadora. Até a década de 60, os penalistas (naturalistas, neokantistas ou finalistas), que elaboraram suas doutrinas com fundamento no Direito positivo, entendiam que o direito penal esgotava-se na sua dogmática. Não havia, até então, uma preocupação com os postulados político-criminais perseguidos na teoria do fato punível pelo Direito penal de um Estado Democrático de Direito. O pensamento dominante era, portanto, de uma dogmática acrítica do ponto de vista social.

Por isso, as investigações em relação ao sistema jurídico-penal no pós-guerra distanciaram-se cada vez mais de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-objetivas, sobre os quais o finalismo queria fundamentar a ciência penal, tentando desenvolver a teoria geral do fato punível a partir de pontos de vista normativos⁷¹.

Desde 1970, então, vêm-se empenhando esforços no sentido de se desenvolver um sistema jurídico-penal com característica funcional. Seus defensores negam as premissas sistemáticas do sistema finalista e, partem da idéia de que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, etc.), mas ser exclusivamente guiada por fins político-criminais associados às modernas teorias da pena⁷².

O progresso da moderna dogmática penal está justamente na tendência à normatização das categorias do delito (da tipicidade, antijuridicidade, etc.). Dessa maneira, o fato punível já não conta só com uma dimensão natural ou ontológica (fática), mas também, com uma dimensão normativa ou axiológica (valorativa), traduzida na exigência da imputação objetiva, bem como do resultado jurídico relevante – “real” lesão ao bem jurídico. Atualmente, a ciência penal está aberta aos

⁷¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55.

⁷² Id., 2002. p. 205.

fundamentos político-criminais e, vai em busca de soluções justas para cada caso concreto.

Isso implica em não mais raciocinar exclusivamente em termos causalistas, neokantianos ou finalistas. Pois, segundo o funcionalismo, a dogmática penal deve estar orientada de acordo com os princípios político-criminais relacionados diretamente às funções do Direito Penal, especialmente no que diz respeito à chamada teoria dos fins da pena; e, a culpabilidade, enquanto categoria do fato punível, também deverá ser entendida em termos preventivos (funcionalmente)⁷³.

Destacam-se, na atualidade, duas correntes nesse sentido: a teoria do funcionalismo-sistêmico, orientação radical sustentada por Günther Jakobs; e, a teoria teleológico-funcional, representada pelas orientações moderadas de Claus Roxin.

Jakobs, pretendendo dar uma nova fundamentação à dogmática jurídico-penal e ao sistema, rompe com a tradição finalista rejeitando toda limitação que proceda do âmbito ontológico do direito e torna absoluto o critério funcional, dando origem à teoria do funcionalismo-sistêmico⁷⁴.

Na construção sistêmica, o conteúdo dos elementos da teoria do fato punível é determinado através da função da pena e da estrutura social, negando assim toda e qualquer construção de base ontológica⁷⁵. Conceitos como injusto e culpabilidade não possuem conteúdo anterior ao Direito penal, não se inferem de estruturas lógico-objetivas, preexistentes juridicamente, que vinculem a liberdade de configuração do legislador, devendo ser determinados unicamente em função de necessidades jurídicas de normatização⁷⁶. A definição das categorias do sistema

⁷³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 214.

⁷⁴ A estrutura da dogmática jurídico-penal de Günther Jakobs encontra-se estreitamente vinculada com a filosofia do direito hegeliana e fundamentada nos conceitos e categorias da teoria de sistemas sociais, em especial a de Niklas Luhmann. LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 12.

⁷⁵ Ibid., p. 11.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

penal dependerá, portanto, das finalidades do direito penal, consistentes em assegurar o arcabouço axiológico de uma sociedade.

A teoria da pena, adotada por Jakobs, se enquadra dentro da chamada prevenção geral positiva fundamentadora⁷⁷, segundo a qual, cabe ao Direito penal assegurar a função orientadora das normas jurídicas, as quais buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, no intuito de servirem como orientação da conduta a ser observada pelos cidadãos em suas relações sociais.

Se a função da pena define o conteúdo das categorias da teoria do delito, determina também o da culpabilidade. Ao sustentar que a função da pena é afirmar a vigência da norma (prevenção geral positiva), em prol da estabilização do sistema social, a teoria sistêmica considera a culpabilidade como “uma falta de fidelidade ao direito”, justificando, dessa forma, a imposição da pena⁷⁸. A defesa dessa orientação pode ser verificada no trecho a seguir,

A finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social. Com seu comportamento, o infrator rompe umas expectativas normativas e apenas tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma, pode seguir confiando na vigência das mesmas⁷⁹.

Portanto, a culpabilidade e todas as categorias do delito devem ser interpretadas de acordo com o fim preventivo geral positivo da pena. A pena existe para reafirmar o valor da norma violada. Ela reafirma a ordem jurídica e isso incrementa a atitude de confiança e fidelidade do Direito pela sociedade. A pena exercita assim a fidelidade ao Direito. Assim, o autor de um fato ilícito possui culpabilidade quando tal atuação ilícita não só indica uma carência de motivação jurídica dominante como também quando o agente é responsável por essa falta⁸⁰.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.. p. 98.

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 214.

⁷⁹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 12.

⁸⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 214.

Para Jakobs, o Direito penal existe para cumprir uma função, a de tutela das normas, independentemente do seu conteúdo, integrando ainda completamente a prevenção no conceito de culpabilidade⁸¹.

Roxin, por sua vez, se opõe à corrente sistêmica, por entender que ao considerar o homem como uma engrenagem dentro da sociedade em favor do equilíbrio sistêmico, esta o conduz à sua coisificação, violando desse modo o princípio da dignidade humana. Acredita-se ainda que, a instrumentalização humana em prol do sistema social pode levar a uma valorização de certos grupos sociais e findar por determinar um Direito penal autoritário, o que significaria um resgate ao nazismo⁸².

Sua pretensão, portanto, consiste em superar as barreiras existentes entre o Direito penal e a Política criminal, duas ciências antes incomunicáveis, fazendo do sistema penal um instrumento válido para a solução satisfatória dos problemas reais da sociedade. Segundo a formulação roxiniana, o Direito penal não constitui um fim em si mesmo, é um instrumento a serviço da Política criminal, que por seu turno, constitui fruto do exercício do poder do Estado.

Para a teoria do funcionalismo teleológico-racional, o Direito penal é um instrumento de justiça social, de garantia de valores e princípios de direito individual. A sua aplicação deve ter em vista os princípios constitucionais e suas categorias devem ser redefinidas em função das exigências político-criminais (intervenção mínima, proporcionalidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, resultado jurídico relevante, etc).

Por conseguinte, as inovações defendidas pelo modelo funcional de Roxin, em sede de estrutura jurídica de fato punível são: a teoria da imputação objetiva e a expansão da culpabilidade para a categoria de “responsabilidade”⁸³. Interessando para este estudo somente a última.

⁸¹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 18.

⁸² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215.

⁸³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 393.

Na categoria da responsabilidade interessa saber se o agente imputável é ou não merecedor da pena, ou seja, se o autor merece a punição pelo injusto por ele realizado⁸⁴. Ela deve ser entendida a partir dos conceitos de culpabilidade e exigências de prevenção, pois, no entendimento de Roxin, somente mediante o reconhecimento da culpabilidade e da necessidade de prevenção, como pressupostos da responsabilidade jurídico-penal, pode a dogmática conseguir conectar-se com a teoria político-criminal dos fins da pena, de sorte que só a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena, conjuntamente, podem dar lugar a uma sanção penal⁸⁵, como se observa na passagem a seguir,

À culpabilidade, enquanto condição indispensável de qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal, de modo que culpabilidade e exigências de prevenção limitem-se reciprocamente, e só cheguem à “responsabilidade” pessoal do autor se concorrerem em conjunto. Esta limitação da tradicional categoria da culpabilidade através de orientações preventivas, importante para numerosas questões de interpretação, é a tradução dogmática da teoria dos fins da pena aqui desenvolvida, na qual, da mesma forma, a culpabilidade e a prevenção se consideram condições necessárias, mas por si sós não suficientes, para a punição⁸⁶.

Segundo Roxin, a culpabilidade, como principal pressuposto da responsabilidade, exerce papel ambivalente⁸⁷; se, por um lado, só pode ser declarado culpável quem pode ser motivado pela norma, vale dizer, alcançado pela prevenção, por outro, a culpabilidade funciona, igualmente, como limite à própria prevenção.

Diferentemente da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora – que impõe ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado social e democrático de Direito –, a teoria limitadora baseia-se no fato de que a pena é instrumento de prevenção geral, e esta, por seu turno, deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado⁸⁸.

⁸⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232-241.

⁸⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215.

⁸⁶ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207-208.

⁸⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 216.

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99.

Na prevenção limitadora, a pena, como forma de sancionar formalmente, deve manter-se dentro dos limites do Direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta por meio de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais⁸⁹.

Conforme Paulo Queiroz, a culpabilidade deve operar como limite do *ius puniendi* não só quanto à determinação dos pressupostos da sanção penal, como também no âmbito da individualização judicial⁹⁰, isto é, a pena não deve exceder ao limite do que seja adequado à gravidade da culpabilidade do autor.

Em resumo, para a corrente teleológico-racional, as categorias fundamentais do sistema tradicional devem ser vistas como instrumentos de valorações político-criminais. A culpabilidade é absorvida pela categoria mais ampla da responsabilidade. A categoria sistemática da responsabilidade, por seu turno, decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada⁹¹. Ela fundamenta-se sobre uma dupla limitação do poder punitivo do Estado, por meio da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Na falta de um desses pressupostos, fica excluída a punibilidade.

Essa conclusão é extraída da teoria dos fins da pena, segundo a qual a sanção penal não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, em virtude da mesma pressupor, para sua legitimação, a necessidade social e a reprovação pessoal do agente através da existência de culpabilidade⁹².

⁸⁹ Ibid., p. 100

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 218.

⁹¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 68.

⁹² Ibid., p. 74.

3 A MODERNA CONCEPÇÃO DE CULPABILIDADE.

3.1 Livre arbítrio x determinismo.

Muito já se discutiu acerca do fundamento do juízo de censura. Duas teorias, originárias de correntes distintas, procuram justificar a reprovabilidade da conduta daquele que praticou um injusto penal.

A primeira, baseada no conceito de Direito penal de culpabilidade – segundo o qual a pena é uma retribuição pela reprovabilidade –, fruto da Escola Clássica, prega o livre-arbítrio, sob o argumento de que o homem é moralmente livre para fazer suas escolhas. Para admitir a possibilidade de reprovação a um indivíduo, é necessário pressupor que o mesmo tenha a liberdade de decisão, isto é, de autodeterminar-se⁹³. Partindo-se desse pressuposto, o homem seria alguém capaz de escolher entre o bem e o mal. O juízo de culpabilidade estaria fundamentado, portanto, no livre-arbítrio.

Em contraposição a reprovação baseada na liberdade de vontade, surge uma segunda teoria, proveniente do positivismo do século XIX, segundo a qual o homem é um ser determinado, que atua somente por causas, e que não goza de possibilidade de escolha, é a chamada teoria determinista.

Como define Greco: “A corrente determinista aduz, ao contrário, que o homem, não é dotado desse poder soberano de liberdade de escolha, mas sim que fatores internos ou externos podem influenciá-lo na prática da infração penal”⁹⁴.

A conduta humana, portanto, não se diferenciaria dos outros fatos naturais, a livre decisão é, na verdade, uma ilusão. Nessa concepção não há lugar para a culpabilidade, por conseguinte em nada servirá para a quantificação da pena, sendo

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 115.

⁹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. cit., p. 382.

considerado apenas o grau de determinação do sujeito em relação ao injusto praticado, ou seja, a sua periculosidade⁹⁵.

De tudo o que foi exposto, negamos de plano a possibilidade de uma fundamentação da culpabilidade sobre bases deterministas. Acreditamos que a determinação do homem conduz a uma degradação da imagem humana. Referindo-se de forma crítica ao determinismo, Zaffaroni afirma que,

Quem não pode escolher não pode ser responsável de nada, em nenhum sentido. A aberração dessa concepção se revela pela análise das conseqüências que acarreta, eximindo o homem de qualquer responsabilidade⁹⁶.

Há, ainda, uma corrente de penalistas que prega a junção de ambas as idéias. Eles entendem que livre-arbítrio e determinismo se completam, mas não vemos como isso é possível, porque se por um lado o determinismo é problemático e absurdo, a tese da liberdade de vontade também é indemonstrável, conforme demonstraremos a seguir.

3.2 A indemonstrabilidade da tese da liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade.

O Direito penal de um Estado social e Democrático de Direito deve observar uma série de garantias fundamentais do indivíduo. A ação do Estado encontra limitação em uma série de princípios que hoje são imprescindíveis em um Estado social e Democrático de Direito, como o princípio da dignidade humana. O Estado Democrático de Direito tem que oferecer ao indivíduo, por exemplo, a possibilidade de evitar a sanção penal se se comportar de acordo com a norma, o que permite assegurar, por sua vez, certa segurança jurídica, pois o cidadão há de poder confiar que, dirigindo os seus atos conforme o direito, não poderá ser castigado⁹⁷.

⁹⁵ ZAFFARONI. op. cit., p. 115.

⁹⁶ Ibid., p. 116.

⁹⁷ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994. p. 174-175.

Com efeito, a teoria da pena e a teoria do delito, como componentes básicos do direito penal, também estarão sujeitas a limites impostos pelo modelo de Estado Democrático de Direito, como forma de assegurar seus princípios norteadores como o da dignidade humana, da igualdade, da integridade física, etc. Por conseguinte, a culpabilidade, enquanto elemento integrante do conceito de fato punível, deverá funcionar como princípio limitador do poder punitivo do Estado, a exemplo do princípio da legalidade, que exige precisão em relação à configuração do fato punível e, do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, que obriga a conceber o delito como um dano causado a um bem jurídico-penal, quando a lesão não é justificada pela necessidade de salvaguardar outro bem jurídico prevalente⁹⁸.

Porém, a doutrina jurídico-penal vem atribuindo à culpabilidade uma interpretação com fortes conotações metafísicas e moralizantes. A culpabilidade, compreendida normativamente, apresenta-se como uma estrutura lógico-ontológica básica dentro da construção da teoria do fato punível⁹⁹, e isso reduz a sua capacidade de limitar efetivamente o direito penal, de fixar um limite racional ao poder punitivo estatal. Para que a culpabilidade possa, então, cumprir a sua função, é conveniente repensar o seu conteúdo.

Como já demonstrando, a atual concepção normativa de culpabilidade, como juízo de reprovação, dirigido ao sujeito de um fato antijurídico, em razão de tê-lo cometido quando *podía haber obrado de outro modo*¹⁰⁰, tem como pressuposto existencial a possibilidade de autodeterminação livre do autor, isto é, de livre arbítrio. Essa afirmação é ratificada por Welzel, quando escreve que a reprovabilidade pressupõe que o autor, capaz de culpabilidade em relação ao fato concreto, poderia ter estruturado, no lugar de uma vontade antijurídica, uma conforme o direito¹⁰¹.

O poder de agir de outra maneira é, portanto, requisito irrenunciável do conceito normativo de culpabilidade, quer esta esteja relacionada diretamente com a

⁹⁸ Id., 1998, p. 109-110.

⁹⁹ MAÍLLO, Alfonso Serrano. La culpabilidad. in: _____. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia**: acerca de su construcción. Madrid: Dykinson, 2000. p. 336.

¹⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994. p. 171-174.

¹⁰¹ WELZEL, Hans. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 4.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 187.

decisão livre e consciente da vontade a favor do ilícito, situação em que o poder de atuar de outro modo é seu pressuposto; quer esteja ligada ao cometimento do ilícito por um agente que detinha capacidade para se determinar de acordo com a norma, caso em que o poder de agir de outro modo é simultaneamente seu pressuposto e conteúdo material. Ocorre que, essa maneira de encarar e de tentar solucionar o problema da culpabilidade gera dificuldades inultrapassáveis no âmbito da indemonstrabilidade e da insustentabilidade de sua fundamentação político-criminal¹⁰².

Há tempos, a categoria da culpabilidade, normativamente conceituada, vem sofrendo críticas provenientes de importantes setores da doutrina¹⁰³. E, o questionamento principal se dá sobre o seu fundamento, o livre-arbítrio – alvo de intenso debate entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros do direito penal contemporâneo.

Tentar provar que um ato é livre, ou que um homem é livre, é um esforço inútil, pois a liberdade da qual temos consciência, por meio de uma apreensão imediata, empírica, é a do aqui-e-agora, isto é, a de poder decidir ou de escolher algo, de poder tomar alguma resolução, dentro de certos limites; e não da liberdade referente ao poder de decisão sobre a própria existência, ou do poder de orientação da formação do caráter e da personalidade, esta sim, absolutamente indemonstrável e inapreensível¹⁰⁴.

Welzel¹⁰⁵, ao analisar problemática do livre-arbítrio para saber se é teoricamente concebível, em tese, a possibilidade de estruturação de uma vontade responsável e de acordo com a norma, dividiu o tema em três aspectos distintos: um antropológico, um caracteorológico e outro categorial.

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 235-236.

¹⁰³ MAÍLLO, Alfonso Serrano. La culpabilidad. in: _____. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia**: acerca de su construcción. Madrid: Dykinson, 2000. p. 337.

¹⁰⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 244-246.

¹⁰⁵ WELZEL, Hans. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal alemán**: parte general. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 4.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 170.

Ao longo de sua investigação, ele critica o determinismo tradicional por crer na existência de uma única forma de determinação, a causalidade, isto é, o monismo causal, a partir do qual não é possível realizar um juízo de reprovação ao sujeito que tenha feito a opção pela decisão falsa ao invés da correta, já que toda decisão, independente de ser falsa ou correta, está prefixada de maneira necessária desde o princípio¹⁰⁶.

Welzel caracteriza o livre arbítrio como a capacidade de poder reger-se, atuar conforme ao sentido, e não como a liberdade de poder atuar de outra maneira, como crê o indeterminismo, e aduz que,

*La libertad no es, por eso, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y el contrasentido, entre valor y desvalor; la admisión de una libertad de elección semejante, carente de fundamento, nos llevaría nuevamente por la errónea senda del indeterminismo...*¹⁰⁷.

Para ele, a liberdade não é um estado, e sim um ato: um ato de liberação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme ao sentido, e é exatamente na falta deste ato que se fundamenta o fenômeno da culpabilidade: “*La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello*”¹⁰⁸.

Por fim, destaca,

*La culpabilidad no significa decisión “libre” en favor del mal, sino dependencia de la coacción causal de los impulsos, por parte de un sujeto que es capaz de autodeterminación conforme a sentido. [...] Tampoco el Derecho Penal parte de la tesis indeterminista de que la decisión delictiva proceda totalmente o en parte de la voluntad libre y no del concurso de disposición y medio ambiente, sino del conocimiento antropológico de que el hombre, como ser determinado a la autorresponsabilidad, está existencialmente en la situación de configurar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos. La culpabilidad no es un acto de libre autodeterminación, sino justamente la falta de determinación de acuerdo a sentido en un sujeto responsable*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Ibid., p. 174.

¹⁰⁷ “A liberdade não é a possibilidade de poder escolher arbitrariamente entre o sentido e o contrasentido, entre valor e desvalor, a admissão de uma liberdade de escolha semelhante, carente de fundamento, nos levaria novamente pelo errôneo caminho do indeterminismo...”. (Tradução livre). Ibid., loc. cit.

¹⁰⁸ “A culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme ao sentido em um sujeito capaz dela”. (Tradução livre). Ibid., p. 177.

¹⁰⁹ “A culpabilidade não significa ‘livre’ decisão em favor do mal, mas uma dependência à coação causal dos impulsos, por parte de um sujeito capaz de autodeterminação conforme a sentido. [...] Tampoco parte o Direito Penal da tese indeterminista de que a decisão de cometer um delito

A impossibilidade de reprovação fundada na livre decisão do sujeito pode ser explicada ainda pela dificuldade de distinção entre vontade e vontade “livre”. Uma conduta voluntária não é necessariamente livre. Um “louco”, por querer matar alguém, age com vontade, mas não se pode dizer que a sua conduta seja livremente querida, em razão da sua incapacidade psíquica¹¹⁰. Segundo Welzel, vontade sem liberdade é uma má vontade, isto é, uma dependência causal de impulsos contrários ao valor¹¹¹.

Para Figueiredo Dias, a crítica fundamental ao critério do poder de agir de outro modo reside no fato de que,

Por um lado, sempre que o delinqüente afirmasse não ter podido agir de outra maneira e senão fizesse a prova do contrário, a consequência haveria de ser forçosamente – em último termo por intervenção do princípio jurídico-constitucional democrático da presunção de inocência e do seu correlativo processual *in dubio pro reo* – a absolvição; [...]. Por outro lado, todos os delinqüentes imputáveis onerados por uma qualquer tendência para o crime, ou que vissem em ambiente criminógeno – afinal, os delinqüentes mais perigosos, mais necessitados de socialização e de que a sociedade tem de defender-se mais fortemente – seriam precisamente aqueles que veriam a sua pena diminuída em virtude do seu diminuído poder de agir de outra maneira e do seu efeito sobre a função limitadora do princípio da culpabilidade¹¹².

Diante do exposto, verifica-se que a redefinição do conceito de culpabilidade como reprovabilidade – a capacidade de livre decisão do sujeito –, não atendeu ainda as exigências de um Estado social e democrático de Direito; ela representou apenas uma alteração de cunho formal, com a substituição de uma palavra pela outra. A teoria normativa não conseguiu explicar o porquê de o sujeito ser considerado culpável ou reprovável. Houve, então, a necessidade de se produzir uma definição do conteúdo material do conceito normativo de culpabilidade a fim de

proceda inteiramente, ou em parte, da vontade livre e não do concurso da disposição do meio ambiente, mas sim do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de controlar finalmente (conforme ao sentido) a dependência causal dos impulsos. A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme ao sentido em um sujeito responsável“. (Tradução livre). Ibid., loc. cit.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 415.

¹¹¹ WELZEL. op. cit., p. 174-176.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 237.

evidenciar a origem real do juízo de reprovação e de adequá-lo segundo as novas necessidades da dogmática penal¹¹³.

Nesse sentido, surgiram várias teorias com o intuito de preencher a lacuna da definição material da culpabilidade. A seguir, convém apontar, de forma sintetizada, para o referente estudo, alguns aspectos centrais acerca da crítica das principais teorias.

3.3. Definições materiais do conceito normativo de culpabilidade.

3.3.1 A culpabilidade como poder de agir diferente.

Welzel¹¹⁴ ao transpor o dolo natural ao tipo penal, sob a justificativa de que o conhecimento dos fatos não possuía qualquer relevância para o juízo de reprovação, levou até as últimas conseqüências a concepção normativa, criando assim a teoria do “poder de agir diferente”. Ele percebeu que o “poder de atuar de outra maneira” era a estrutura lógico-objetiva sobre a qual se fundamentava a reprovação de culpabilidade. O agente é pessoalmente censurado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pela norma. A base interna do poder do agente é a capacidade atribuída de livre decisão, que assume como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade¹¹⁵.

Partindo desse pressuposto, a culpabilidade se converte num limite material à intervenção punitiva do Estado e as necessidades de prevenção. Embora o indivíduo não possa agir de outro modo, este ainda pode ser considerado culpável, quando as necessidades de prevenção geral lhe impuserem o dever de assumir uma conduta

¹¹³ WELZEL, 1969, p. 138 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 286-287.

¹¹⁴ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 16.

¹¹⁵ SANTOS, op. cit., p. 288-289.

distinta. O sujeito deixa de ter a faculdade para comportar-se de acordo com a norma para ter o dever¹¹⁶.

3.3.2 A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão.

A teoria segundo a qual a reprovação de culpabilidade baseia-se na livre autodeterminação de um ânimo reprovável ou defeituoso do agente ao realizar o tipo de injusto obteve, vários defensores na literatura, a exemplo de Jescheck e Wessels¹¹⁷.

O critério da reprovação ou do merecimento de repreensão, que deveria caracterizar o ânimo do agente culpável, não possui qualquer parâmetro de conteúdo para que se possa avaliar o alegado déficit de ânimo¹¹⁸. Esse critério não consegue explicar nada além da reprovabilidade, parecendo outra mera definição formal, com a substituição pela palavra ânimo juridicamente reprovado. Ele assume como verdade a hipótese indemonstrável da liberdade de vontade e, igualmente, não evidencia a gênese real do juízo de culpabilidade, uma vez que não mostra o que existe de reprovável na atitude do agente e os motivos para tal reprovação.

Ademais, a análise do ânimo ou da atitude não só é quase impossível, como insuficiente, posto que é equivocado atribuir a um autor doloso inimputável uma atitude impassível de qualquer crítica¹¹⁹.

¹¹⁶ LYNETT, op. cit., p. 16.

¹¹⁷ JESCHECK, 1996, p. 426-427; WESSELS, 1998, 115-116 apud SANTOS, op. cit., p. 289.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140-141.

¹¹⁹ Ibid., loc. cit.

3.3.3 A culpabilidade como responsabilidade pelo próprio caráter.

Essa teoria, cujas bases deterministas remontam a Schopenhauer¹²⁰, vê na culpabilidade o ter de responder pelo comportamento em características da personalidade. Entre os defensores dessa concepção estão Dohna, Heinitz e Engisch¹²¹ e, na atualidade Figueiredo Dias, que defende uma variante existencialista dessa corrente. Para ele a responsabilidade do homem é o ter que responder pelo seu comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser-livre; ou seja, é o substrato que permite imputar à sua essência, e ao seu ser-livre, o seu próprio comportamento, sua ação ou omissão¹²². O existir é, pois, ser-livre, e portanto responsável, e portanto capaz de culpa; conforme as lições do autor,

Culpabilidade é assim – tomada neste seu sentido mais compreensivo – a própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser-livre)¹²³.

Assim, preconizam os adeptos dessa concepção que todos são responsáveis pelo próprio caráter, independentemente das circunstâncias que levaram o autor a tornar-se aquilo que ele é. A exclusão da base metafísica do juízo de reprovação não impede os problemas em face do princípio da culpabilidade. Culpabilidade pela personalidade é culpabilidade sem culpa, haja vista não conseguir explicar satisfatoriamente a inimputabilidade, pois a ação de uma pessoa inimputável é expressão de sua personalidade, logo, se a pessoa deve responder pelo seu próprio caráter, pouco importando como ela seja, não é mais possível explicar a exculpação desse autor¹²⁴.

¹²⁰ SCHOPENHAUER, 1839, apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 289-290.

¹²¹ DOHNA, 1954, p. 505 e ss.; HEINITZ, 1951, p. 57 e ss; ENGLISH, 1963, p. 57 e ss. apud ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 152.

¹²³ Ibid., loc. cit.

¹²⁴ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

Além disso, essa teoria parece supor um Direito penal com fins preventivos, e uma punição com finalidades preventivas anula o significado político de garantia individual (limitação à pretensão punitiva do Estado) atribuído à culpabilidade¹²⁵.

3.3.4 A culpabilidade como atribuição conforme necessidades preventivas gerais.

O conceito funcional de culpabilidade, formulado por Jakobs¹²⁶, segundo o qual a culpabilidade é completamente absorvida pela noção de prevenção geral positiva, a tal ponto que o fim da pena se torna o fator determinante do conteúdo do juízo de reprovação¹²⁷, tem sido objeto de intensa discussão nos últimos anos.

Para essa concepção, também chamada de teoria do defeito de motivação jurídica¹²⁸, a culpabilidade do agente independe de suas qualidades psicológicas, mas de ser a sua punição indicada ou não em favor da estabilização das expectativas sociais¹²⁹.

Isso ocorre porque, segundo essa teoria, os integrantes das sociedades criam expectativas no sentido de que uma pessoa pode esperar algo de alguém e vice-versa, podendo tal fato acontecer ou não, ou seja, a expectativa pode ser defraudada. Por essa razão, o sistema social (o direito) deve criar mecanismos para reagir frente a essas defraudações. Dessa forma, quando um indivíduo se comporta de forma diversa ao esperado, descumprindo a expectativa normativa, os membros

¹²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 290.

¹²⁶ JAKOBS, 1991, p. 516 apud ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209.

¹²⁷ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 18.

¹²⁸ JAKOBS, 1997, p. 480-481 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 290.

¹²⁹ JAKOBS, 1991, p. 17 e ss. apud ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143.

da interação social podem seguir confiando na norma porque o sistema tem um mecanismo para que se mantenha a ordem social: a sanção.

Sobre a idéia de imposição da pena como estabilização das expectativas normativas da comunidade, atesta Lynett,

Através desta o Estado afirma que, apesar de que se tenha rompido uma norma de conduta (há uma negação), o cidadão pode seguir confiando nela, porque com a imposição da pena se afirma que não vige a especial concepção do mundo que tem o sujeito (há uma negação da negação), e por isso a pessoa seguir orientando sua conduta com base nas expectativas gerais. É dizer, com a imposição da pena se mantém a vigência da norma como modelo do contato social¹³⁰.

Portanto, a culpabilidade – influenciada pelas exigências de prevenção geral – é admitida, juntamente com a sanção penal, como “exercício de fidelidade ao direito”, pois o indivíduo não é mais tratado consoante a medida de seu próprio caráter, mas unicamente enquanto instrumento de interesses sociais¹³¹.

Acontece que, como já dito, a teoria de Jakobs – vinculada funcionalismo –, ao fundamentar a culpabilidade na prevenção geral e na “eficácia da pena” instrumentaliza o ser humano, ferindo assim a dignidade da pessoa humana, não podendo fornecer a gênese real do juízo de reprovação.

3.3.5 A culpabilidade como dirigibilidade normativa.

Formulada originalmente por Noll e, defendida por autores como Liszt e Albrecht¹³², a teoria da culpabilidade como dirigibilidade normativa foi redefinida por Roxin como “realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de

¹³⁰ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p.14-15.

¹³¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 144.

¹³² LISZT, 1905, P. 43 e ss; ALBRECHT, 1983, p. 193 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 291.

normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer¹³³, significa dizer, é a capacidade que o indivíduo tem de compreender o caráter ilícito do fato, ou seja, de idoneidade para ser destinatário de normas, e assim agir conforme o direito.

A culpabilidade, segundo esse conceito, seria constituída pelo elemento empírico, e a priori comprovável, da capacidade para ser destinatário de normas e, pela capacidade de livre autodeterminação ou de livre decisão, uma postulação normativa, porém não comprovável, cumprindo assim, as tarefas simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento anti-social e como mecanismo de freio do poder punitivo estatal, no atual Estado Democrático de Direito¹³⁴.

Roxin assevera que a idoneidade, enquanto núcleo da culpabilidade, ao contrário do livre arbítrio, é a única passível de comprovação forense. Portanto, a base real da verificação da culpabilidade deve ser o critério da idoneidade para ser destinatário de normas, e não o da liberdade de decisão¹³⁵.

Embora tenha sido alvo de diversas críticas, tanto por parte de indeterministas quanto por parte de deterministas, a concepção de culpabilidade como dirigibilidade normativa é digna de registro, posto que preservaria a função da culpabilidade, como mecanismo de freio do poder punitivo estatal, e indicaria a gênese do juízo de reprovação, sem a necessidade de pressupostos metafísicos indemonstráveis¹³⁶.

3.4 A culpabilidade como mecanismo de freio ao exercício da pretensão punitiva estatal: um estudo aprofundado.

O principal problema da culpabilidade está, portanto, no seu fundamento ontológico. A construção do conceito de culpabilidade não deve ser dar sobre

¹³³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. cit. p. 138.

¹³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 291.

¹³⁵ ROXIN, op. cit., p. 149.

¹³⁶ SANTOS, op. cit., p. 292.

estruturas preexistentes ou de bases metafísicas. Não se trata de um conhecimento científico-jurídico do ser, independentemente do modo pelo qual se manifesta, mas de uma concepção com finalidades político-criminais¹³⁷.

A culpabilidade, bem como as demais categorias integrantes da teoria do delito, não constitui uma realidade ôntica, relacionada com uma teoria absoluta da pena, tampouco deve fundamentar-se sobre estruturas lógico-objetivas (a exemplo do poder de atuar de outra maneira), tidas como “verdades-eternas”¹³⁸. Como se pôde observar ao longo do presente estudo, o conceito normativo de culpabilidade como reprovabilidade, que tem por elemento essencial o critério do poder-agir-de-outro-modo fundamentado no livre arbítrio, não esclarece, a nosso ver, o conteúdo material do juízo de reprovação. A tese da liberdade de vontade da concepção de culpabilidade, e por extensão, do conceito de punição, é um dado impassível de comprovação¹³⁹.

Para melhor embasar, de outra forma, o nosso posicionamento acerca da questão da liberdade de ação, tomaremos como exemplo a situação apresentada por Roxin¹⁴⁰. Um indivíduo, que sempre respeitou a sinalização de trânsito, encontra-se estacionado no cruzamento, esperando que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um avião, acaba por ultrapassar o sinal vermelho a uma velocidade acelerada. Podemos concluir unicamente, pelo fato do cidadão ficar, de início, aguardando diante do sinal vermelho, que ele pode orientar-se, em princípio, segundo as normas de direito e que lhe é possível determinar o seu comportamento segundo as exigências normativas de trânsito. Contudo, não é possível saber se ele, apesar de sua pressa, estava em condições de esperar diante do sinal vermelho, ou se as circunstâncias que o levaram a correr para pegar o vôo determinaram de modo inexorável sua decisão de cruzar a rua com o sinal ainda vermelho.

¹³⁷ NEUMANN, U. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 3. n.10, 2003. p.33.

¹³⁸ Ibid., p.35.

¹³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 287.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146.

Portanto, constatamos que a capacidade de livre decisão do sujeito e o “poder-de-agir-diversamente” carecem de comprovação empírica, constituindo dessa forma um postulado metafísico indemonstrável¹⁴¹, e as conseqüências práticas de uma concepção metafísica de culpabilidade podem ser inúmeras. Essa nossa sensação de poder agir segundo a nossa livre vontade pode nos enganar, da mesma forma que os doentes mentais, se consideram, no mais das vezes, absolutamente normais. Outrossim, aquele que parte unicamente do livre arbítrio como base real de verificação da culpabilidade, finda por sobrecarregar-se desnecessariamente com problemas pertinentes a outras ciências¹⁴². Recorrer-se-ia a exames criminológicos, para com auxílio da psicologia, psiquiatria e ciências afins, chegar-se ao juízo de censura sobre a formação do caráter ou da personalidade do agente de um crime, o que é totalmente inaceitável.

Ademais, interpretada metafisicamente a culpabilidade perde sua capacidade de limitar efetivamente o direito penal, pois uma vez indemonstrável a existência de livre decisão, não é possível exigir que o direito penal se limite a punir quando o sujeito podia atuar de outra maneira¹⁴³. Além do mais, a interpretação metafísica do conceito de culpabilidade tem suas raízes em premissas ideológicas ou religiosas do direito, remetendo à chamada culpabilidade ética¹⁴⁴, que pelo princípio da secularização não é passível de legitimação de uma proibição penal. Nem todo comportamento eticamente reprovável perturba a convivência entre os homens, muitos princípios éticos são mera questão de crença, por isso a imoralidade e a reprovabilidade ética de um comportamento não podem ser impostas ao indivíduo como objeto de reprovação¹⁴⁵. Não é papel do Direito penal punir comportamentos considerados subversivos pela sociedade.

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994. p. 174.

¹⁴² ROXIN, op. cit., 147-149.

¹⁴³ MIR PUIG, op. cit., loc. cit.

¹⁴⁴ NEUMANN, U. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 3. n.10, 2003. p.34.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 34-37.

Logo, conclui Cirino dos Santos que: “se a pena criminal pressupõe culpabilidade e se a reprovação de culpabilidade tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena”¹⁴⁶.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se que a pena passa a ter como fundamento razões preventivas, e não mais a culpabilidade, que deixa então de assumir uma função metafísica legitimadora da punição¹⁴⁷, para funcionar como limite do intervencionismo estatal, visando defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que possam ser desejados e praticados pelo poder do Estado¹⁴⁸.

Afinal, a tendência do direito penal do futuro é de uma maior prevenção, ao invés de punição. Essa prevenção deve ser exercida através de uma vigilância mais intensiva por parte do Estado para reduzir a criminalidade, sem tornar supérfluo o direito penal¹⁴⁹, que deve ser utilizado em último caso, pois, à luz do princípio da subsidiariedade, o Direito Penal somente pode ser usado quando todas as outras esferas do Direito também falharem. Porém, é importante ressaltar que as medidas preventivas devem ser exequíveis de um modo limitadamente eficiente, caso contrário o fortalecimento do Estado através de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos fomentaria o desenvolvimento de regimes autoritários.

Além do que, o modelo de vigilância contraria os princípios do Estado Democrático de Direito, somente sendo possível, e ainda assim parcialmente permitido, em setores restritos. A limitação à esfera privada e íntima que um sistema de vigilância traz consigo não é de maneira alguma ilimitadamente permitida num Estado de Direito. Deve-se preservar o núcleo da personalidade, deixando-o livre da ingerência estatal, obedecendo assim os princípios da necessidade e da intervenção mínima.

¹⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 287.

¹⁴⁷ Ibid., p. 287.

¹⁴⁸ Alusão ao princípio da necessidade ou da proibição do excesso, no sentido de que o direito penal deve ser limitado e controlado por ser um poder. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 231.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5-9.

Por esse motivo, segundo Cirino dos Santos, o juízo de valoração deixou de ser um conceito ontológico, que descreveria uma qualidade do sujeito, para constituir um conceito normativo, que atribui uma qualidade ao sujeito¹⁵⁰. A culpabilidade passa a exercer um papel eminentemente garantístico como instrumento de frenagem ao exercício da pretensão punitiva estatal. Essa função reconduz o conceito de culpabilidade jurídico-penal a uma valoração político-criminal excepcional¹⁵¹.

Enfim, a noção de culpabilidade como princípio regulador do controle penal parece contribuir para a redefinição da dogmática penal como um sistema de controle voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito penal mínimo e garantista, além, é claro, de funcionar como orientador do legislador ordinário para que o mesmo proteja a esfera de liberdade do cidadão da intervenção estatal.

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 287.

¹⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 231.

CONCLUSÃO

A controvérsia em torno da fundamentação ontológica ou normativa da culpabilidade ainda atrai e sobrevive a muitas críticas. É indiscutível que o finalismo contribuiu de modo decisivo para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal; mas a sua estrutura ontológica, concentrada em estruturas lógico-reais, um tanto abstratas, é nitidamente necessitada de complementação de dados empíricos.

Normativismo e referência empírica são métodos que se complementam. As categorias do sistema do direito penal devem se basear em princípios reitores normativos político-criminais que, aplicados aos dados empíricos chegarão a conclusões diferentes e adequadas à realidade.

O sistema do direito penal não deve fornecer uma dedução a partir de conceitos normativos abstratos ou um reflexo de regularidades ontológicas. Ele é, na verdade, uma combinação de idéias reitoras político-criminais, que penetram na matéria jurídica, a estruturam e possibilitam resultados adequados às peculiaridades desta.

A emissão de proibições penais não está à plena disposição do legislador. O legislativo não pode penalizar um comportamento pelo simples fato de ser ele indesejado. Devem existir limites à faculdade estatal de punir, e tais limites ao *ius puniendi* devem estar relacionados com a idéia de um Direito penal mínimo e garantista.

Todavia, a idéia de uma culpabilidade como fundamento da pena, como é colocada atualmente pelo conceito normativo, legitima ainda mais o poder do Estado face às garantias individuais.

Por isso, defendemos a aplicação da culpabilidade como limitação da pena, preservando, dessa forma, a liberdade do cidadão contra o poder do Estado. A

culpabilidade deve, portanto, limitar o poder punitivo estatal a fim de fazer valer o direito penal mínimo, sem necessidade de acudir a idéia da liberdade de vontade.

Porém, ainda há muito que caminhar em relação à categoria da culpabilidade. A experiência do direito penal em tribunais tem revelado que um grande número de magistrados se esquece de analisar o juízo de reprovação. Verificando que o agente atuou com dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não procuram investigar a evitabilidade do fato e a sua reprovabilidade, tampouco observam a verdadeira função do juízo de culpabilidade, como garantia do cidadão perante o exercício da pretensão punitiva estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. vol.1. 12.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 89-426.

_____. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 134-140.

JAKOBS, Günther. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez Murillo. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas, S. A., 1997. p. 565-603.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. vol.1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. (Coleção história do direito brasileiro. Direito penal).

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. in: **Direito penal e funcionalismo**. CALLEGARI, André Luís et al. Trad. André Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 11-28.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. La culpabilidad. in: _____. **Ensayo sobre el derecho penal como ciencia**: acerca de su construcción. Madrid: Dykinson, 2000. p. 335-355.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5.ed. Barcelona: 1998.

_____. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1994.

NEUMANN, U. La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 3. n.10, 2003. p. 33-45.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20-218.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 181-257.

_____. **Estudos de direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-164.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1989. p. 38-79.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 73-346.

TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade. in: _____. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 216-253.

WELZEL, Hans. La culpabilidad. in: _____. **Derecho penal alemán: parte general**. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 4.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 166-219.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.