



Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
Ordem Jurídica e Ministério Público

LUANA TERESA FREITAS COSTA GOMES

A CULPABILIDADE COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO ESTATAL

BRASÍLIA

2011

LUANA TERESA FREITAS COSTA GOMES

A CULPABILIDADE COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO ESTATAL

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal/Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como quesito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Marcio Evangelista

BRASÍLIA/DF

2011

LUANA TERESA FREITAS COSTA GOMES

A CULPABILIDADE COMO LIMITE AO PODER PUNITIVO ESTATAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal/Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como quesito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Área de Concentração: Direito Penal

Data de Aprovação: ____/____/____

Examinador:

Orientador: Prof. Marcio Evangelista

Menção: _____

À memória de Dimas Teixeira Guimarães que para sempre me acompanhará.

Agradeço a todos que colaboraram, cada um à sua maneira, na elaboração desse trabalho.

Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos, pois não se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundamentar nos sentimentos indeléveis do homem.” (Dos Delitos e Das Penas, Cesare Beccaria)

Resumo

O Direito Penal brasileiro atual tem tornado extremamente frágil um dos seus pontos fundamentais, que é a culpabilidade, prescindindo de um significado preciso. Desta forma, o presente trabalho, pautado no método descritivo, apresentará a evolução do conceito de culpabilidade, para, mais adiante, fragmentar e diferenciar as diversas concepções existentes acerca desse polêmico instituto – a culpabilidade. Posteriormente, com base nos principais autores pátrios e estrangeiros, será feita uma análise crítica acerca do fundamento da culpabilidade, à luz da teoria normativa pura, que é o livre arbítrio, concluindo, ao cabo, pela sua indemonstrabilidade. Eis, então, o resultado deste Estudo: demonstrar a atual função político-criminal da culpabilidade como limite ao *jus puniendi* estatal, de forma a adequá-la ao contexto de um direito penal mínimo, subsidiário e garantista, critérios essenciais em um Estado Democrático de Direito, e que norteiam a presente monografia.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Conceito Material. Limite ao *jus puniendi* estatal.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 Da Vingança Privada (Autotutela) ao <i>Jus Puniendi</i> Estatal.....	11
2 Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo	12
3 O Princípio da Culpabilidade.....	14
3.1 A <i>Culpabilidade</i> como Conceito Contrário à Responsabilidade Objetiva	14
3.2 A <i>Culpabilidade</i> como Limite da Pena	15
3.3 A <i>Culpabilidade</i> como Elemento Integrante do Conceito de Crime	16
4 A Evolução Histórica do Conceito de Culpabilidade.....	17
4.1 O Surgimento da <i>Culpabilidade</i>	17
4.2 Concepção Psicológica de <i>Culpabilidade</i>	18
4.3 A Concepção Psicológico-Normativa de <i>Culpabilidade</i>	20
4.4 A Concepção Normativa Pura de <i>Culpabilidade</i>	23
4.5 A <i>Culpabilidade</i> Segundo o Funcionalismo: <i>Culpabilidade</i> Como Limite à Prevenção.....	25
5 Culpabilidade de Fato e Culpabilidade de Autor	29
6 A Concepção Contemporânea de Culpabilidade	32
6.1 Livre Arbítrio X Determinismo.....	32
6.2 A Liberdade de Vontade como Fundamento da <i>Culpabilidade</i> : <i>Indemonstrabilidade</i>	33
7 Definições Materiais do Conceito Normativo de Culpabilidade.....	37
7.1 A <i>Culpabilidade</i> como Poder de Agir Diferente	37
7.2 A <i>Culpabilidade</i> como Ânimo Merecedor de Repreensão.....	39
7.3 A <i>Culpabilidade</i> como Responsabilidade pelo Próprio Caráter	39
7.4 A <i>Culpabilidade</i> como Atribuição Conforme Necessidades Preventivas Gerais	41
7.5 A <i>Culpabilidade</i> como Dirigibilidade Normativa	42

7.6 A Culpabilidade à Luz da Teoria do Discurso	43
7.7 A Culpabilidade Comunitária	45
7.8 A Culpabilidade e a Teoria da Justiça de Rawls.....	45
7.9 A Culpabilidade em Gimbernat Ordeig.....	46
8 A Culpabilidade como Limite ao <i>Jus Puniendi</i> Estatal.....	47
Conclusão.....	49
9 Bibliografia.....	51

Introdução

O Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito deve observar uma série de garantias fundamentais do cidadão.

Claus Roxin assevera que nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável, pois a culpabilidade constitui o critério central de toda imputação¹.

É como dizia Franz von Liszt: “*é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal*”².

Por ser indispensável, não se concebe o Direito Penal sem princípio da culpabilidade, sendo possível, todavia, conferir a ele novas nuances.

O Direito Penal é visto como um ramo drástico, pois é nele que se cogita da possibilidade de restrição a um dos bens mais valiosos do homem, ao lado da vida, que é a sua liberdade. Dessa forma, reforçar a ideia de um Direito Penal mais apurado necessariamente transmitirá segurança, o que é primordial.

Uma das garantias que o cidadão pode ter é ver a culpabilidade, enquanto elemento integrante do conceito de crime, funcionar como princípio limitador do poder punitivo do Estado, dando mais segurança jurídica para os que cometem um crime (como o faz, também, o princípio da legalidade).

No presente trabalho abordaremos as posições até agora utilizadas como critérios de responsabilização do agente, a fim de verificar se elas correspondem, ou não, às necessidades de um Estado Social e Democrático de Direito.

Ao final, a proposta que se apresenta é de redimensionar o conceito de culpabilidade para que funcione como limite ao *jus puniendi* estatal, com base em verificações apreensíveis e comprováveis.

¹ ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46. São Paulo: RT, 2004, p. 47.

² Apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Vol. I. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008, p. 281.

1 Da Vingança Privada (Autotutela) ao *Jus Puniendi* Estatal

Antigamente a autotutela era o meio através do qual se resolviam os conflitos. Na ausência de uma reação estatal tinha lugar uma resposta privada (as vinganças), e a história vem nos contar que essas respostas eram substancialmente violentas.

De acordo com *Beccaria*, a experiência mostrou que a multidão não adotava princípios estáveis de conduta, de forma que não havia como contrabalançar o sentimento parcial ao bem universal³.

O Marquês de *Beccaria* quis deixar claro que *direito* não contradiz a palavra *força* (para o Marquês a ideia de justiça não está associada à força física). E isso porque as manifestações de vingança costumeiramente ultrapassavam a necessidade de justiça, ou seja, a autotutela ia além do vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares.

Com isso, aboliu-se a vingança e o Estado tomou para si o direito de aplicar sanções.

Sem dúvida essa mutação gerou uma diminuição da violência, mas outras arbitrariedades continuaram a existir, pois em ambos os casos (vingança e poder punitivo estatal) a sociedade tem a percepção de que existem respostas que são gradualmente brutais relacionadas a uma época histórica, independentemente de que as profira⁴.

³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: RT, 2009, p. 31.

⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

2 Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo

O Direito Penal objetivo constitui-se do conjunto de preceitos legais que regulam a atividade soberana estatal de definir crimes e contravenções, cominando as respectivas sanções⁵.

Pelo fato de ser “posto” pelo poder político, o direito penal objetivo recebe o nome de direito positivo, consoante sua obrigatoriedade não depender da aquiescência dos destinatários, mas do empenho estatal soberano que o impõe.

O direito penal subjetivo, por sua vez, é o próprio direito de punir do Estado (*jus puniendi*), vale dizer, é a possibilidade que tem o Estado de fazer cumprir as normas por Ele criadas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário⁶.

Não se concebe um *jus puniendi* ilimitado, conforme ensina Damásio⁷, e isso porque a norma penal não cria direitos subjetivos apenas para o Estado, mas também para o cidadão. Logo, ao *jus puniendi* estatal opõe-se o direito subjetivo de liberdade do cidadão.

O *jus puniendi* é de titularidade exclusiva do Estado. Ainda que em determinadas ações penais o Estado conceda à suposta vítima a faculdade de apresentar queixa-crime, ele não estará transferindo ao querelante o seu *jus puniendi*, pois, como pontua Scarance, uma coisa é o direito de punir, que pertence sempre ao Estado, outra é o exercício do direito da ação, que pode ser atribuído ao particular⁸. À este só cabe o *jus persecuendi*, ou seja, o direito de ir a juízo pleitear a condenação de seu suposto agressor. O direito de executar a sentença condenatória será sempre privativo do Estado.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.35.

⁶ GRECO, Rogério. 2008, p. 9.

⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*, Volume I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2010, p. 174.

Há, ainda, quem classifique o *jus puniendi* em positivo e negativo⁹. Será positivo quando a manifestação do *jus puniendi* não somente criar tipos penais, mas também executar as decisões condenatórias. O *jus puniendi* em sentido negativo é a faculdade de derrogar preceitos penais ou limitar o alcance das figuras delitivas, atribuição esta que, de acordo com Greco, cabe ao Supremo Tribunal Federal, quando declara a inconstitucionalidade de lei penal.

Por derradeiro, é importante ressaltar a posição de Aníbal Bruno, o qual se insurgia contra a ideia de um direito penal subjetivo. Para ele o que existia era um poder soberano do Estado, efetivado pela lei penal, de forma que o Estado pudesse cumprir sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Aníbal Bruno entendia que reduzir esse poder a um direito subjetivo falsificaria a natureza real dessa função e diminuiria sua força e eficácia, pois resolveria o episódio do crime como sendo apenas um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado¹⁰.

⁹ GRECO, Rogério. 2008, ps. 9 e 10.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.8.

3 O Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade, em sua acepção mais elementar, prega que não há crime sem culpabilidade.

A maioria da doutrina considera tratar-se de um princípio previsto implicitamente na Constituição Federal¹¹.

Figueiredo Dias, dando realce ao princípio da culpabilidade, o classifica como máxima fundamental de todo o direito penal, e, por esta razão, reputa não aventuroso considerá-lo como implícito no sistema jurídico-constitucional¹².

No campo do direito penal atribui-se ao conceito de culpabilidade um triplo sentido, os quais serão abordados separadamente adiante.

3.1 A Culpabilidade como Conceito Contrário à Responsabilidade Objetiva

Bitencourt lembra que uma marca do direito penal primitivo foi a responsabilidade objetiva, para a qual a simples produção do resultado bastava para que alguém respondesse por um crime¹³.

Essa forma de responsabilidade penal objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigindo, por hora, o princípio *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa), uma conquista moderna.

Nesse aspecto, a regra é de que ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa, determinação esta contida expressamente no art. 18 do Código Penal. Vejamos:

Art. 18 do Código Penal. Diz-se o crime:

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008, p.75.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 510.

¹³ BITENCOURT, 2010, p. 46.

II- culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Roxin destaca que a eliminação do direito penal de resultado é, historicamente, uma das maiores conquistas do princípio da culpabilidade¹⁴.

3.2 A Culpabilidade como Limite da Pena

Uma vez concluído que o fato praticado pelo indivíduo é típico, ilícito e culpável (conceito analítico de crime), pode-se afirmar pela existência da infração penal.

Com o decreto condenatório, o julgador deve estabelecer a pena correspondente à infração penal praticada pelo agente, nos moldes de sua culpabilidade.

O postulado da culpabilidade, nesse caso, impede que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpa, ou seja, a pena não deve ultrapassar ao limite necessário à reprovação pelo fato praticado¹⁵.

Esta acepção do conceito de culpabilidade também encontra previsão legal, no art. 59 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

¹⁴ ROXIN, Claus. RBCCrim 46, 2004, p. 48.

¹⁵ GRECO, Rogério, 2008, p. 91.

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Enfim, realça Jakobs, a culpabilidade é um necessário pressuposto de legitimação da pena imposta pelo Estado¹⁶.

3.3 A Culpabilidade como Elemento Integrante do Conceito de Crime

A definição atual de crime, de acordo com a maioria da doutrina, é a elaborada pelo alemão Welzel: crime é uma ação típica, antijurídica e culpável¹⁷.

A culpabilidade, nesse viés, é o terceiro elemento que integra o conceito dogmático de crime. Tais elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) estão relacionados de forma lógica, de modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior¹⁸.

É importante salientar que parte da literatura jurídico-penal brasileira não aceita a culpabilidade como elemento constitutivo do conceito de crime, mas esse particular não será objeto do presente trabalho.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p.11.

¹⁷ BITENCOURT, 2010, p. 251.

¹⁸ GRECO, Rogério, 2008, p. 135.

4 A Evolução Histórica do Conceito de Culpabilidade

Afigura-se didático rememorar a evolução histórica do conceito de culpabilidade, para podermos precisar melhor a sua configuração no Direito Penal contemporâneo.

4.1 O Surgimento da Culpabilidade

Na antiga Grécia o Direito Penal era imposto com certo desprezo à personalidade, e apenas a responsabilidade objetiva era concebida. Assim, o delito firmava-se unicamente com base na violação da norma objetiva apontada (a intenção do agente não era levada em consideração)¹⁹.

O sistema de Direito Penal romano, por sua vez, tratava o delito como sendo oriundo do caráter moral da natureza humana (o Direito Penal era a lei moral convertida na lei política). Nessa época também predominava o princípio objetivo²⁰.

Durante o período republicano de Roma, quando se praticava um fato contra a lei a vontade antijurídica era pressuposta (dolo e culpa não eram conceitos da legislação, mas da interpretação das leis). Já era um início de subjetivismo, ainda que não tão elaborado, afinal de contas nesse período só passou a existir castigo onde existia falta.

O Direito Canônico taxava de “pecado” a falta (culpa) cometida por um cidadão. Ainda assim, o fundamento lógico da ideia de falta era a vontade.

A diferença que merece destaque é que o Direito Canônico não se preocupava em reparar o dano, mas em purificar a alma do agente, e esse era o fundamento para que a pena fosse aplicada²¹.

¹⁹ MACHADO, Fabio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35.

²⁰ MACHADO, 2010, p. 35.

²¹ MACHADO, 2010, p. 37.

Para os germânicos, o delito era uma ação perturbadora da paz, e o delinqüente, assim agindo, perdia o direito a que os demais lhe respeitassem. Por essa razão, qualquer indivíduo estava autorizado a castigar um delinqüente (a ideia de “paga” não era vista como sanção, mas como reparação pelo mal causado).²²

Percebe-se, com isso, que com a evolução da noção de responsabilidade incorporou-se a ideia de delito, nitidamente desprovida de caráter científico.

À época antiga, culpa moral e culpa jurídica eram conceitos que se misturavam, em razão da influência da religião nas relações sociais.

Foi a partir do aperfeiçoamento do conceito de sociedade que o Direito buscou caminhos próprios para regular os conflitos sociais, afastando-se, assim, dos imperativos puramente morais. Com isso, a doutrina passou a se preocupar em distinguir o conteúdo jurídico do conteúdo moral.²³

4.2 *Concepção Psicológica de Culpabilidade*

Com a abolição da responsabilidade penal objetiva, que apenas considerava a mera causalidade física entre o fato praticado e o agente²⁴, houve uma maior preocupação no sentido de se aplicarem sanções somente ao homem causador de resultado lesivo, que poderia ter sido evitado.

Passou a ser notada a diferença entre provocar um dano evitável e provocar inevitavelmente um dano, pois se verificou que a evitabilidade do fato era um aspecto peculiar apenas ao agir humano, ou seja, apenas o homem, em seu interior psíquico, tinha a faculdade de prever os acontecimentos, optando por praticar ou não um delito, evitando-o ou não.²⁵

²² MACHADO, 2010, p. 38.

²³ MACHADO, 2010, p. 37.

²⁴ Francisco de Assis Toledo falava que o “*direito penal era, então, um puro direito penal do resultado*”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

²⁵ TOLEDO, 2011, p. 219.

Nessa esteira, no positivismo do século XIX surge a teoria psicológica da culpabilidade dando ênfase a uma relação psicológica, isto é, ressaltando a existência de um vínculo subjetivo que existia entre a conduta e o resultado²⁶ (posição psicológica do sujeito diante do fato cometido). A consequência disso era que a responsabilidade não decorria do agente, mas apenas dos elementos que constituíam o fato criminoso.

As ideias do positivismo, de que ciência era somente aquilo que se podia apreender através dos sentidos (valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores) influenciaram sobremaneira o conceito clássico de crime.²⁷

Franz von Liszt foi o expoente dessa linha de raciocínio clássica, e ele assim advertia:

[...] 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 produzido²⁸.

Os causalistas defendiam um conceito bipartido de crime, com um aspecto objetivo do fato, caracterizado pela ação típica e ilícita (injusto penal), e outro subjetivo, representado pela culpabilidade (oportunidade adequada para o estudo dos elementos psíquicos do autor – dolo e culpa *strictu sensu*).

Uma curiosidade é que mesmo considerando a culpabilidade como um vínculo psíquico, esta teoria apontava a conduta do inimputável como isenta desse elemento subjetivo, o que configura um contrassenso, pois ainda que o inimputável não tenha responsabilidade, é perfeitamente possível que ele aja dolosamente de forma a desejar um resultado.

²⁶ BITENCOURT, 2010, p. 394.

²⁷ GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Revista Jurídica nº 272, Ano 48 – Jun/2000, p. 37.

²⁸ 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. 249.

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, e como consequência, não há como atribuir culpabilidade ao agente, já que não possui qualquer conexão subjetiva comprovável entre a sua conduta e o resultado.²⁹

Conforme lembra Damásio, o equívoco dessa doutrina foi reunir como espécies fenômenos plenamente distintos: dolo e culpa.³⁰ Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer (conceitos positivo e negativo, portanto), não podem ser espécies de um gênero comum, a culpabilidade.

Assim, embora a concepção psicológica tenha contribuído sobremaneira para a evolução do direito penal ao concretizar a responsabilidade penal subjetiva, ela se mostrou frágil e insuficiente.

4.3 A Concepção Psicológico-Normativa de Culpabilidade

Quando a doutrina percebeu que dolo e culpa (esta normativa e aquele psicológico) não podiam ser espécies da culpabilidade, passou a cogitar a possibilidade de haver entre eles um liame normativo.

O precursor da teoria normativa da culpabilidade (também conhecida como psicológico-normativa) foi Reinhard Frank³¹. Este conceito desenvolveu-se no 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 referencial da realidade e dos valores, isto é, entre o mundo do “ser” e o do puro “dever ser”.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 196.

³⁰ JESUS, 2011, p. 504.

³¹ BITENCOURT, 2010, p. 397.

A concepção normativa da 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, sem negar, todavia, dos conceitos de dolo e culpa.

Na precisa lição de 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*”³². Com isso, a culpabilidade não mais era considerada uma mera relação psicológica entre um autor e seu fato, sendo constituída, agora, por um juízo de reprovação.

Outros autores determinantes na configuração da teoria normativa foram Goldschmidt, Freudenthal³³ e Mezger³⁴, 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 ao injusto penal), e “norma de dever”, 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.³⁵

Freudenthal, por sua vez, concebe o conceito de inexigibilidade de conduta como causa geral de exclusão da culpabilidade, sustentando, para tanto, que a culpabilidade era “a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente”³⁶.

E finalmente, Mezger, quem deu contornos definitivos a esta teoria, adotou a ideia de reprovabilidade e de elementos normativos no conceito de culpabilidade. Para Mezger,

³² BITENCOURT, 2010, p. 397.

³³ Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 276.

³⁴ Apud BITENCOURT, 2010, p. 398.

³⁵ BITENCOURT, 2010, p. 397.

³⁶ BITENCOURT, 2010, p. 398.

*[...] a culpabilidade é o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente*³⁷.

De acordo com esta teoria, para restar configurado o dolo o agente tinha de querer praticar um fato típico e ilícito (vontade e previsão, aspecto psicológico, portanto), com a consciência da antijuridicidade desse fato (aspecto normativo). E com isso nasce a ideia de um “dolo híbrido”, o que, na pronta percepção de Mezger, trouxe um problema para o direito penal, a respeito da punibilidade do criminoso habitual.

O criminoso por tendência (ou habitual) normalmente não tinha consciência da ilicitude, em virtude do seu meio social. Não tendo essa consciência, o que era indispensável para configurar o dolo, a conclusão a que se chegava era de que um criminoso habitual agia sem dolo, logo, era inculpável.

Essa era a crítica feita à concepção normativo-psicológica de culpabilidade, pois, segundo Bitencourt,

*[...] chega-se, assim, a uma situação paradoxal, qual seja a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresentava, na visão do direito penal clássico, o comportamento mais censurável.*³⁸

Num desfecho pode-se dizer que a concepção normativa da culpabilidade continuou a retratar a imputação vista “de fora” do agente. Abandonou-se, aqui, o fato, e a responsabilidade passou a se sustentar não no agente, mas no juízo que dele juridicamente se faz³⁹.

Todavia, é imperioso ressaltar que o neokantismo não foi uma “teoria complementar do positivismo”, pois ao lado das ciências naturais foram

³⁷ BITENCOURT, 2010, p. 398.

³⁸ BITENCOURT, 2010, p. 400.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 24. São Paulo: RT, 1998, p. 145.

revalorizadas as chamadas ciências da cultura, as quais possuíam métodos próprios, referidos a valores⁴⁰.

4.4 A Concepção Normativa Pura de Culpabilidade

Numa rápida análise poder-se-ia dizer que os impasses deixados pela teoria psicológico-normativa foram superados com o advento da concepção normativa pura de culpabilidade, concebida pelo finalista Hans Welzel.

Welzel abandonou todo o pensamento abstrato e logicista, próprios da teoria neoclássica, para investigar a verdadeira essência da ação humana, percebendo, assim, um fato incontestável: o elemento intencional, portanto o dolo, faz parte da ação humana e não do juízo de culpabilidade⁴¹.

Com isso, os elementos subjetivos, dolo e culpa, foram extraídos da culpabilidade e incluídos no conceito de ação.

Uma frase de Luís Greco sintetiza bem a pretensão do finalismo: “o direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade⁴²”.

Há quem diga que as origens da teoria de Welzel remontam à ontologia de Hartmann, eis que sua concepção finalista de ação possui forte conexão com o processo teleológico estruturado pelo filósofo⁴³.

Dessarte, a culpabilidade passou a ser vista unicamente sob o aspecto normativo (se pode notar a continuidade ao movimento valorativo iniciado no neokantismo), consistente na reprovação da conduta (percepção puramente axiológica, portanto). Foi só então que se pôde falar em uma “real teoria normativa da culpabilidade”, visto que, apenas neste momento, a culpabilidade

⁴⁰ GRECO, Luís. RJ 272, ps. 37 e 38.

⁴¹ TOLEDO, 2011, p. 228.

⁴² GRECO, Luís. RJ 272, p. 39.

⁴³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Panorama da Concepção Atual de Culpabilidade*. Revista Estudos Jurídicos, nº 87, v. 33. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2000, p. 134.

ficou restrita à pura reprovabilidade. Por isso se fala em teoria da normatividade “pura”.

Nesse sentido, 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 comportamento.⁴⁴

Com efeito, a culpabilidade, na concepção finalista, passa a contar somente com os elementos da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta conforme a norma.

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

Logo se percebe que no modo de ver puramente normativo a responsabilidade continua sendo buscada na imputação, a qual já não deriva do fato, mas de um juízo que lhe é estranho.

Em suma: aqui, a responsabilidade que se busca na imputação deriva de um juízo que é estranho ao fato, e que apenas o toma como referência, mas não como fundamento.

Muito se critica o ontologismo finalista. Mir Puig, de forma didática, questiona a suposta suficiência do finalismo:

⁴⁴ DIAS, 1995, ps. 201 e 202.

O ontologismo finalista parte de um objetivismo essencialista, que desconhece que os conceitos que temos não são puros reflexos necessários da realidade, mas construções humanas baseadas em um consenso social contingente. Não basta para isso a intenção de cada indivíduo. Junto ao fático deve-se reconhecer o papel decisivo do normativo, e o fático tampouco se esgota no naturalístico-causal, nem em sua dimensão subjetiva. Mas não se pode negar a necessidade de uma base empírica nos fatos relevantes para o Direito Penal nem a necessidade de respeitar os condicionamentos da realidade para que os princípios normativos do Direito Penal possam influir adequadamente na realidade⁴⁵.

Não é por outra razão que, apesar de ter contribuído sobremaneira para o desenvolvimento do conceito da culpabilidade, a teoria normativa pura vem enfrentando uma fase de crise em razão do seu fundamento ontológico, acentuado pela definição de culpabilidade como reprovabilidade: capacidade de livre decisão do homem.

4.5 A Culpabilidade Segundo o Funcionalismo: Culpabilidade Como Limite à Prevenção

Uma frase de Roxin deu adeus à doutrina do finalismo, inaugurando uma nova era em seus esforços dogmáticos: a era do funcionalismo. Vejamos:

O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal.⁴⁶

Os adeptos dessa linha de pensamento acreditam que a evolução do sistema penal sobre bases eminentemente positivistas, ontológicas e valorativas, contribuiu para que a ciência do Direito Penal se tornasse extremamente formalista e conservadora (e porque não démodé). Até a década de 60, os penalistas (causalistas clássicos, neokantistas ou finalistas) elaboravam suas doutrinas baseados no direito positivo, e entendiam que o Direito Penal esgotava-se na sua dogmática. Não havia, à época, uma

⁴⁵ BITENCOURT, 2010, ps. 240 e 241.

⁴⁶ Apud GRECO, Luís. RJ 272, p. 35.

preocupação com os postulados político-criminais perseguidos na teoria do fato punível pelo Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Então é justamente com ideias de índole prioristicamente normativistas que nasce o funcionalismo. Apesar de poder se separar a intenção de normativismo de natureza sistêmica do normativismo político-criminal, o ponto comum é que as investigações normativistas têm se distanciando cada vez mais do sistema jurídico-penal de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-reais sobre os quais o finalismo welzeliano pretendia fundamentar o direito penal.

Nesse sentido, Roxin salienta o que se segue:

[...] os defensores deste movimento estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto - em que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológico (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal⁴⁷.

Logo se nota que, para os funcionalistas, a pretensão de progresso da moderna dogmática penal está justamente em admitir a tendência à normatização das categorias do delito (tipicidade, antijuridicidade, etc.). Dessa maneira, o fato punível já não contará somente com uma dimensão natural ou ontológica (fática), mas também com uma dimensão normativa ou axiológica (valorativa).

Para os sectários funcionalistas, a dogmática penal deve ter por norte 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)⁴⁸.

Num primeiro momento, parece-nos que os avanços incontestáveis do neokantismo são retomados: a construção teleológica de conceitos, a

⁴⁷ GRECO, Luís. RJ 272, p. 42.

⁴⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214.

materialização das categorias do delito, enfim. Porém, deve-se acrescentar um critério a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do Direito Penal, que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial⁴⁹.

Na oportunidade, duas manifestações funcionalistas devem ser destacadas: o funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs (orientado por disposições radicais) e o funcionalismo-teleológico de Claus Roxin (este seguindo orientações mais moderadas).

O sistema funcionalista de Roxin é caracterizado pela tônica da política-criminal: deve-se identificar uma valoração político-criminal para cada conceito da teoria do delito, de modo a torná-lo funcional, ou seja, construir e desenvolver o conceito de modo a que ele atenda a sua função da melhor maneira possível⁵⁰.

Jakobs, por sua vez, entende que o direito penal existe para cumprir a função de tutelar as normas, e aplicar uma pena é a mostrar para o sujeito infrator do sistema que ainda impera a vigência da norma. O autor integra a ideia de prevenção no conceito de culpabilidade⁵¹.

Roxin se opõe à corrente sistêmica, ao argumento de que considerar o homem como uma engrenagem dentro da sociedade em favor do equilíbrio sistêmico é uma ideia que conduz à “coisificação do homem”, o que viola a dignidade humana. A instrumentalização humana em prol do sistema social pode acabar por revelar a valorização de apenas determinados grupos sociais, fator assaz a gerar um direito penal autoritário (resgate às ideias nazistas)⁵².

Em suma, as ideias do funcionalismo, seja qual for a vertente, podem ser traduzidas a partir das conclusões de Luís Greco:

O finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem

⁴⁹ GRECO, Luís. RJ 272, p. 42.

⁵⁰ GRECO, Luís. RJ 272, p. 44.

⁵¹ LYNETT e CALLEGARI, 2005, p. 18.

⁵² QUEIROZ, 2001, p. 215.

várias as interpretações possíveis da realidade, do modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade de atuação do direito penal⁵³.

⁵³ GRECO, Luís. RJ 272 – Jun/2000, p. 44.

5 Culpabilidade de Fato e Culpabilidade de Autor

No afã de explicar em que consiste o juízo de reprovação e qual o seu objeto de estudo imediato, duas correntes surgiram: uma abordando a culpabilidade pelo fato praticado (teoria da culpabilidade de ato, ou de fato, ou, ainda, teoria do fato isolado), outra abordando a culpabilidade pelo agente que praticou o fato.

Diz-se culpabilidade pelo ato quando há a reprovação do homem por aquilo que ele faz. Já na culpabilidade de autor o que se reprova é o homem como ele é, e não o que ele fez.

Inicialmente, Greco pontua que um Direito Penal exclusivamente do autor se torna um direito intolerável, por avaliar apenas o que o homem é, e não o que ele fez⁵⁴.

À época da teoria psicológica da culpabilidade (sistema causal-naturalista) vivia-se a culpabilidade de autor (a culpabilidade era algo que existia no autor do fato).

É cediço que com a prevalência das concepções normativas de culpabilidade generaliza-se a ideia de culpabilidade como um juízo de censura, direcionado ao indivíduo delinquente pelo seu fato típico e antijurídico. A culpabilidade pelo fato, portanto, tem sido amplamente adotada, como bandeira de um Direito Penal moderno⁵⁵.

Entretanto, há quem defenda que, em certos casos, a possibilidade de compreensão do caráter ilícito do fato está comprometida pela conduta de vida do agente. Censurável, nesse caso, já não seria só o agente do fato, mas também a conduta de vida desse agente, seu caráter, sua personalidade (seu modo de ser e de viver).

Nucci é um dos que defendem a necessidade da dupla censura, ou seja, a reprovação deve ser inerente ao que foi feito e a quem fez. Todavia, o

⁵⁴ GRECO, Rogério. 2008, p. 394.

⁵⁵ TOLEDO, 2011, p. 235.

autor preocupa em deixar claro sua manifestação de culpabilidade do autor como um ponto acessório. Vejamos:

[...] o Direito Penal do Estado Democrático de Direito necessita valer-se, primordialmente, da culpabilidade do fato, sem perder de vista a culpabilidade do autor, como ponto secundário de apoio.

[...]

Evitando-se a confusão de termos, preferimos considerar que, para a aplicação da pena, o juiz deve levar em conta a culpabilidade do fato: analisa-se o que foi praticado à luz da personalidade do agente.⁵⁶

Bockelman também atrelava a culpabilidade ao fato, mas sem desvincular-se de seu autor⁵⁷.

A culpabilidade pelo fato nos volve à ideia de culpabilidade pela conduta de vida (culpabilidade pela condução de vida), há muito defendida por Mezger, assim como nos remonta à noção de culpabilidade do caráter (oriunda das ideias filosóficas de Aristóteles).

Mezger acreditava que o cidadão construía seu caráter de modo a alcançar uma posição censurável de inimidade ao direito, e com isso os maus hábitos e as falsas noções adquiridas o conduziam a um estado de “cegueira jurídica” (já não permitindo ao agente distinguir o que é lícito ou ilícito)⁵⁸.

Aristóteles, de forma mais incisiva, defendia que a prática de certas ações é que orientava a formação do caráter de uma pessoa. Os vícios e virtudes são voluntários, de acordo com o filósofo, pois derivam dos próprios atos do homem.

O ponto crítico, pensamos, é que o filósofo não acreditava na possibilidade de mudanças por parte do ser humano. Uma vez que o homem

⁵⁶ NUCCI, 2008, os. 431 e 432.

⁵⁷ O autor assim dizia: “Mas o fato é o ato do autor, e de sua pessoa não é possível prescindir totalmente na quantificação da pena.” Apud PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. São Paulo: RT, 2006, p. 78.

⁵⁸ TOLEDO, 2011, p. 239.

chegava a esse ponto (onde seu mau caráter já está formado), já não lhe era dada a possibilidade de recuo⁵⁹.

Esse pensamento guarda semelhança com a teoria da *actio libera in causa* (ação livre para a causa): o homem era livre no momento em que escolheu uma personalidade viciosa; depois, uma vez no vício, não é livre, mas sua conduta é reprovável porque escolheu o caminho errado.

Apesar do esforço, o pensamento aristotélico somente se mostra válido quando inserto numa teoria de perspectiva moral, e não numa teoria jurídica como o Direito. Não é por outra razão que as ideias do filósofo devem ser transplantadas para o direito penal com certa moderação, como bem destaca Zaffaroni:

Aristóteles não estava limitado pelos princípios da legalidade e de reserva. Aristóteles não escreveu 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 que 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 seu arbítrio⁶⁰.

Nesse diapasão, parece não restar dúvida de que a culpabilidade pela conduta de vida (Mezger), ou mesmo a culpabilidade de caráter (Aristóteles), tendem a burlar a vigência absoluta do princípio da reserva legal, estendendo à culpabilidade uma censura pelos atos mais íntimos do indivíduo.

Valorar o caráter do cidadão e a sua conduta de vida como contrários à ética pode ter como referente, inclusive, apenas os próprios valores internos do julgador, o que é inadmissível.

⁵⁹ TOLEDO, 2011, p. 239.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual e Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007, p. 524.

6 A Concepção Contemporânea de Culpabilidade

6.1 *Livre Arbítrio X Determinismo*

O fundamento da reprovabilidade (o que norteia o juízo de censura) da conduta daquele que praticou uma infração penal é, desde há muito, controvertido e debatido.

Discutindo o tema, duas correntes opostas surgiram: a Escola Clássica pregando o livre arbítrio e a Escola Positiva na defesa do determinismo.

Na concepção do livre arbítrio deve-se ter em mente que todo homem é moralmente livre para fazer suas escolhas, e o fundamento da responsabilidade penal está exatamente na responsabilidade moral do indivíduo, a qual tem por base o livre arbítrio⁶¹.

O livre arbítrio é que serve, portanto, de justificativa às penas impostas aos que delinquem.

A Escola Positiva, por sua vez, aduz que ao homem não é dado um poder soberano de liberdade de escolha, pois fatores internos e externos podem influenciá-lo na prática da infração penal. Essa é a percepção do determinismo⁶².

As ideias deterministas vão no sentido de que a vontade do ser humano não é livre, mas francamente determinada por motivos de ordem biológica, física e social. A livre decisão é uma utopia, pois são os ditos fatores alheios que guiam a prática da infração penal pelo homem.

Oportuno ressaltar que há ainda quem defenda que as ideias de livre arbítrio e determinismo são complementares, uma não exclui a outra. Isso porque, segundo Greco, “*o meio social pode exercer uma influência ou mesmo determinar a prática de uma infração penal. Contudo, nem todas as pessoas que convivem nesse mesmo meio social se deixam influenciar*”⁶³.

⁶¹ GRECO, Rogério. 2008, p. 381.

⁶² GRECO, Rogério. 2008, p.382.

⁶³ GRECO, Rogério. 2008, p. 383.

Não nos parece viável a verificação da culpabilidade com bases deterministas. A determinação do cidadão revela uma degradação da imagem humana.

Referindo-se de forma crítica ao determinismo, Zaffaroni e Pierangeli afirmam o seguinte:

Quem não pode escolher não pode ser responsável de nada, em nenhum sentido. A aberração dessa concepção se revela pela análise das consequências que acarreta, eximindo o homem de qualquer responsabilidade⁶⁴.

Defender que o homem é um ser que somente se move diante de causas (determinado), que não goza de possibilidade de escolha, e que sua conduta em nada se distingue dos outros fatos da natureza, é, indubitavelmente, não deixar espaço para se falar em culpabilidade.

Zaffaroni e Pierangeli taxam de Direito Penal de periculosidade a tese em que se defende o determinismo por parte do ser humano⁶⁵.

O livre arbítrio, ao seu turno, também vem sofrendo severas críticas em razão da sua indeterminabilidade, conforme se demonstrará a seguir.

6.2 A Liberdade de Vontade como Fundamento da Culpabilidade: Indemonstrabilidade

Como se viu, a culpabilidade é um juízo de censura (ou de reprovação pessoal) que recai sobre o agente que pratica um fato típico e antijurídico, justamente por ele não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade).

O livre arbítrio é o fundamento da culpabilidade, e está expresso no critério positivo “poder agir de outra maneira”. A aferição do “poder agir de

⁶⁴ ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 105.

⁶⁵ ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 105.

outra maneira”, por conseguinte, se dá em cima da criação da figura do “homem médio”, que deve ser imaginado com as características do autor, como idade, sexo, profissão, caracteres corporais, faculdades psíquicas e experiência vital.

Roxin pontua que a consciência da liberdade é fruto de uma convenção social, segundo a qual as pessoas podem, em princípio, orientar-se nos termos das leis, tendo capacidade para decidir contra ou a favor de seu cumprimento⁶⁶.

Todavia, o livre arbítrio, fundamento da culpabilidade e regra de jogo social, se mostra impassível de comprovação, e por isso mesmo muito se diz que a culpabilidade não é um dado real, mas uma atribuição (ainda que sócio-psicologicamente fundada, não deixa de ser atribuição).

Com efeito, pode-se concluir que o livre arbítrio é uma reconstrução social, que quer pretender ser real, mas não o é. É social, apenas (para não dizer “resultado de uma presunção”).

Por isso mesmo apresentamos uma questão antiga e insolúvel: a prova da capacidade do ser humano de agir de uma forma ou de outra, ou seja, comprovar que o delinquente em determinada situação poderia ter atuado de modo diverso, ou não, de acordo com seu livre arbítrio.

Já em 1988 se cogitava dessa inapreensibilidade do livre arbítrio, conforme destaca Muñoz Conde:

Não faz muito tempo, dizia Engisch que, ainda que o homem possuisse essa capacidade de atuar de modo diverso daquele como realmente atuou, seria impossível demonstrar, no caso concreto, se usou ou não desta capacidade, porque, ainda que repetisse exatamente a situação em que atuou, haveria sempre outros dados, novas circunstâncias etc., que a fariam distinta. A capacidade de poder agir de modo diverso daquele como se atuou é, por conseguinte, indemonstrável⁶⁷.

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147.

⁶⁷ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 127.

Embora seja a culpabilidade um juízo de reprovação de ordem normativa, a censurabilidade inexoravelmente se vale de critérios que exorbitam a simples normatividade, fator este assaz a ensejar um problema substancial para a dogmática jurídico-penal.

Quando se questiona qual a constituição subjetiva deve apresentar o autor do fato ilícito para que se possa cogitar de sua culpabilidade, a resposta pode se apresentar de variadas formas e em vertentes plúrimas⁶⁸. E é nesse ponto que o problema ganha entonação: a pluralidade, aqui posta, não traz segurança para concluir por tal ou qual sentido.

Pelo fato de não se visualizar um juízo de censura individualizado, mas inevitavelmente compreendido dentro de uma certa generalização, é que o conceito de culpabilidade, baseado no poder agir de forma diversa, se mostra alicerçado em proposições de difícil sustentação. O livre arbítrio pode estar ligado causalmente a um sem número de precursores materiais e, por conseguinte, não mais poder ser considerado livre.

É nesse sentido que Mir Puig, *in verbis*, explica a impossibilidade de demonstração do livre arbítrio:

Mesmo admitindo que a decisão humana não se explica como mero produto mecanicista, é razoável pensar, entretanto, que se encontra determinada pela concorrência de distintos fatores, em parte normativos, que influem no processo de motivação racional de acordo com o sentido: a disposição hereditária e o meio, ao confluírem, dão origem a uma determinada personalidade que reage de uma determinada forma ante cada situação motivacional e que não pode, em definitivo, deixar de se decidir pelo motivo que, segundo seu modo de ser – do qual não é livre -, naquele momento concreto e irrepetível, lhe parece preferível pela razão que seja e no sentido (inclusive irracional) que seja.⁶⁹

Percebe-se, com isso, que até mesmo o “instante do agir” pode não coincidir com um momento anterior ou posterior de culpabilidade do próprio

⁶⁸ ROXIN, Claus. RBCrim 46, 2004, p. 51.

⁶⁹ PUIG, Santiago Mir. Direito Penal. *Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007, ps. 421 e 422.

autor do fato. Realçando essa mesma precisão dos “instantes”, Roxin traz um exemplo claro e elucidativo:

Se parto da premissa de que ultrapassar um sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culposamente⁷⁰.

É como se a culpabilidade fosse um conceito graduável e altamente mutável, pois ainda quando se puder exigir juridicamente de um cidadão uma outra conduta, sempre se lhe poderá exigir mais ou menos, segundo as circunstâncias do caso. Isto mostra que é possível haver graus distintos e formas diversas de culpabilidade, e o que é mais importante, no universo de uma mesma pessoa.

No contexto do exemplo dado anteriormente, o fato de a pessoa ficar, de início, parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia compreender a mensagem normativa de aguardar diante do sinal vermelho e determinar-se segundo essa exigência. Mas, posteriormente, ao atravessar a rua com a sinalização vermelha, esta pessoa se torna culpável. Com essa visualização hipotética se consegue demonstrar a insustentabilidade do livre arbítrio como fundamento da culpabilidade.

Como se pode notar, o livre arbítrio é um fundamento não esclarecido, ele jamais se baseará em um motivo real, mas sempre num motivo possível. Por essa razão, o princípio da culpabilidade não pode se fundar na metafísica possibilidade de se atuar de outro modo (com base num livre arbítrio).

⁷⁰ ROXIN, Claus. RBCCrim 46, 2004, p. 52.

7 Definições Materiais do Conceito Normativo de Culpabilidade

Falar em culpabilidade material é pretender uma censura realizada concretamente, visualizando-se o fato típico e antijurídico e conhecendo-se o seu autor.

A utilização de um critério que ignora a pessoa em sua subjetividade não pode servir de base para a aplicação de uma sanção penal, sob pena de vermos exteriorizada uma ideia de objetivação da subjetividade, desprezando, assim, qualquer individualidade.

É exatamente a debilidade material do conceito de culpabilidade que deu origem às várias acepções materiais de culpabilidade, algumas das quais, as mais destacadas, serão abordadas a seguir.

7.1 A Culpabilidade como Poder de Agir Diferente

Essa é a teoria que busca a fundamentação da culpabilidade no livre arbítrio, defendida pelo finalista Welzel, e amplamente aceita pela doutrina. Arthur Kaufmann também adere a esta acepção de culpabilidade⁷¹.

Essa teoria recebe outros nomes, como variantes: teoria social da culpabilidade, ou poder médio⁷².

O poder agir de outro modo é o elemento essencial da culpabilidade, e encontra fundamento no livre arbítrio (capacidade do homem de autodeterminar-se). Para aferir se o autor do crime poderia ter agido de outro modo o juiz se vale da ideia de um “homem médio”.

De acordo com as manifestações finalistas, era irrelevante para o juízo de reprovação o conhecimento dos fatos (a culpabilidade continuava, portanto, normativa). Contudo, Welzel teve de apoiar seu conceito de culpabilidade num

⁷¹ SATONS, Juarez Cirino dos. 2010, p. 279.

⁷² MACHADO, 2010, p. 111.

dado substancial (de feição ontológica), e com isso socorreu-se de um outro elemento, de cunho natural, que seria o “poder agir de outro modo”⁷³.

O poder agir de outra maneira passou a ser, então, a estrutura lógico-objetiva sobre a qual se fundamentava a reprovação de culpabilidade (o cidadão é pessoalmente censurado porque optou pelo injusto quanto tinha a oportunidade de se decidir pelo correto). E o que sustenta o poder do agente é exatamente a sua capacidade de resolução (livre arbítrio).

Welzel analisava o livre arbítrio sob três focos: antropológico, caracterológico e categorial. No plano antropológico, o livre arbítrio vem dizer que o homem é um ser responsável (ou predisposto a sê-lo), e este é o critério decisivo que o separa existencialmente, e não somente normativamente, de todo o mundo animal⁷⁴.

No plano caracterológico o livre arbítrio admite a possibilidade de controle dos impulsos pelo próprio homem. Welzel dizia que os impulsos também eram atitudes dirigidas pelo cidadão, segundo as orientações que lhes era peculiar⁷⁵.

Por fim, Welzel dizia que o indeterminismo (um ato de vontade sem qualquer determinação) também era manifestação de liberdade do cidadão, mas liberdade de vontade, e não de ação (esse era o livre arbítrio visto do ponto de vista categorial)⁷⁶. Esse era o argumento com o qual Welzel refutava as ideias deterministas, que, segundo ele, acreditavam, equivocadamente, na existência de apenas uma forma de determinação – monismo causal.

⁷³ TAVARES, Juarez. RBCCrim 24, 1998, p. 150.

⁷⁴ BITENCOURT, 2010, p. 390.

⁷⁵ BITENCOURT, 2010, p. 391.

⁷⁶ BITENCOURT, 2010, p. 392.

7.2 A Culpabilidade como Ânimo Merecedor de Repreensão

Essa linha de desenvolvimento material da culpabilidade também é chamada, na doutrina, de teoria da atitude jurídica reprovada⁷⁷ e teoria da atitude defeituosa⁷⁸.

De acordo com esse esquema de raciocínio, é o ânimo do agente que comete o crime que orienta o merecimento, ou não, de repreensão, de reprovação (ânimo do autor culpável).

Esta é a teoria adotada por Jescheck, Wessels e Schmidhäuser⁷⁹.

Parece ser uma forma diferente de querer dizer o mesmo que já defendia Welzel, ou seja, o cidadão pode, ou não, ter o ânimo de cometer um crime (pode agir conforme o direito se optar por não cometer o crime). É, também, a livre autodeterminação que baseará a reprovação de culpabilidade⁸⁰.

E é justamente por incorrer no mesmo erro é que esta teoria também sofre críticas. Roxin, por exemplo, salienta a falta de suporte de conteúdo para que se possa concluir que o ânimo de um cidadão merece, ou não, repreensão⁸¹.

7.3 A Culpabilidade como Responsabilidade pelo Próprio Caráter

Essa teoria também recebe outras variações: culpabilidade na formação da personalidade e culpabilidade da pessoa⁸².

São defensores dessa linha de ideia Dohna, Heinitz, Engisch⁸³, Eduardo Correia e Figueiredo Dias⁸⁴.

⁷⁷ BELO, Warley. *Culpabilidade Material em Jakobs e Roxin*. Boletim IBCCrim. São Paulo: IBCCrim, ano 19, n. 221, 2011, p.6.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2010, p. 280.

⁷⁹ ROXIN, Claus. RCBCrim 46, 2004, p. 53.

⁸⁰ ROXIN, Claus. RCBCrim 46, 2004, p. 53.

⁸¹ ROXIN, Claus. RCBCrim 46, 2004, ps. 53 e 54.

⁸² TOLEDO, 2011, p. 241.

De acordo com esta teoria, a culpabilidade, que se refere a um fato criminoso, deve materialmente se dirigir à personalidade do agente infrator, pois é na personalidade dele que o fato vai encontrar fundamento. Figueiredo Dias bem a sintetiza: “a liberdade realizada no facto é, afinal, idêntica à liberdade da pessoa: ela é o seu modo de ser⁸⁵”.

As circunstâncias que levaram o autor a tornar-se aquilo que ele é pouco importam, para esta teoria, pois todos são responsáveis pela própria personalidade (e ao cometer um delito o agente expressa sua personalidade). A culpabilidade pela personalidade é, em verdade, uma culpabilidade sem culpa.

Jorge de Figueiredo Dias defende que uma verdadeira aceção material de culpa, em Direito Penal, acontece exatamente no fato de ter o indivíduo que responder pela personalidade que fundamenta um crime e nele se exprime⁸⁶.

Apesar de ser um esquema de raciocínio interessante não há como notar a ausência de qualquer tentativa de fundamentação. Roxin, de forma austera, critica a teoria nos seguintes termos:

[...] se existe total acordo a respeito de que anomalias físicas não podem ser reprovadas àquele que as porta, então não se compreende o porquê de se dispensar tratamento diverso a anomalias psíquicas⁸⁷.

As ideias desta teoria, não obstante o engenho e o ardor com os quais são tratadas, não soam razoáveis, pois pressupõe um Estado ideal, utópico, o que não condiz com a realidade. O mundo em que vivemos hoje não é resultado de uma ordem estável.

⁸³ ROXIN, Claus. RBCCCrim 46, 2004, p. 54.

⁸⁴ TOLEDO, 2011, p. 241.

⁸⁵ Apud TOLEDO, 2011, p. 241.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 242.

⁸⁷ ROXIN, Claus. RBCCCrim 46, 2004, p. 55.

Afigura-se, inclusive, um contrassenso o fato de esta linha de pensamento remontar, originariamente, à Shopenhauer⁸⁸, famoso por seu pessimismo e rancor. Shopenhauer considerava que a vontade humana era responsável pelo sofrimento, o qual inevitavelmente acompanharia a vida de uma pessoa (era uma perspectiva sombria, sem espaços para a felicidade). Então, para o filósofo o ser humano já nascia fadado à cometer o mal, e a sofrer por isso.

Com muito esforço podemos encontrar justificativa para a origem dessas ideias em Shopenhauer apenas pelo fato de o filósofo sempre ter sido convencido de sua genialidade e querer propagar essa “virtude”, para evitar o desconhecimento por parte das outras pessoas (logo, se ele se reputava tão perfeito, parece confortável concluir que personalidades não perfeitas, diferentes da dele, portanto, seriam criminosas)⁸⁹.

Enfim, estudar a origem das causas é importante por nos fazer compreender a eficiência das discussões atuais.

7.4 A Culpabilidade como Atribuição Conforme Necessidades Preventivas Gerais

Esta teoria também recebe o nome de defeito na motivação jurídica⁹⁰, e advém do conceito funcional de culpabilidade elaborado por Günther Jakobs.

O que se nota, a bem da verdade, é que Jakobs substituiu o conceito de culpabilidade pela noção de prevenção geral positiva (se não substituiu, as tratou como se idênticas fossem⁹¹). E isso porque, para o autor, a pena serve como um mecanismo de prevenção, por visar à estabilização da confiança do sistema jurídico (a sanção tem o escopo de reforçar a confiança no sistema, no ordenamento jurídico).

⁸⁸ ROXIN, Claus. RBCCrim 46, 2004, p. 54. SANTOS, Juarez Cirino dos. 2008, os 289 e 290.

⁸⁹ RUSSELL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental. A Aventura das Ideias dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, ps. 369 e 370.

⁹⁰ BELO, Warley. IBCCrim, n. 221, 2011.

⁹¹ ROXIN, Claus. RBCCrim 46, 2004, p. 56.

Jakobs assenta seus ideais na teoria dos sistemas, de Luhmann, tratando o direito como ponto de referência para o sistema social⁹². Para o autor, a sanção penal sobre o indivíduo deve ser aplicada em nome da performance do sistema.

Como aponta Roxin, do conceito de culpabilidade esta teoria conserva apenas o nome, pois fundamenta a imputação subjetiva (culpabilidade) exclusivamente nas necessidades de prevenção geral⁹³. É dizer: o homem é reduzido a um “meio” e não a um “fim” do sistema, pois ele serve mais de exemplo para a sociedade, desconsiderando qualquer direito seu de se ver reintegrado, ressocializado.

Ter o ser humano assim como instrumento o esvazia de sentido. Como adverte Castanheira Neves, isso acaba por reduzir o homem à imanente titularidade de estratégias de interesses que lhe permitirão uma existência formalmente calculada, e nada mais⁹⁴.

Enfim, Jakobs busca uma culpabilidade mais social e menos individual, o que compromete fatalmente o instituto da imputação subjetiva.

7.5 A Culpabilidade como Dirigibilidade Normativa

Essa linha de entendimento da culpabilidade foi originariamente elaborada por Noll, e sustentada por autores como Liszt e Albrecht⁹⁵. Na atualidade, Roxin vem dando novos contornos a esta teoria⁹⁶.

De acordo com o jurista alemão, “a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer⁹⁷”. Isso significa

⁹² TAVARES, Juarez. RBCCrIm 24, 1998, p. 152.

⁹³ ROXIN, Claus. RBCCrIm 46, 2004, p. 56.

⁹⁴ Apud CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Notas Críticas sobre a Instrumentalização da Culpa*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº. 67. Porto Alegre: Síntese, 2011, p. 67.

⁹⁵ Apud SANTOS, Juarez Cirino dos. 2010. p. 281.

⁹⁶ ROXIN, Claus. RBCCrIm 46, 2004, p. 51.

⁹⁷ ROXIN, Claus. RBCCrIm 46, 2004, p. 51

dizer que a capacidade do sujeito de compreender o caráter ilícito do injusto (de ser destinatário dessa norma) e a sua capacidade de autodeterminar-se é que orientarão a culpabilidade.

Diante da incapacidade de compreensão, de autocontrole e orientação do cidadão, só se pode concluir, por óbvio, que ele não foi alcançado pela mensagem da norma.

A culpabilidade, nesses moldes, seria constituída por um elemento passível de verificação empírica, e em princípio comprovável, que é a capacidade de compreensão do caráter ilícito de um fato (capacidade para ser destinatário de normas), associada à capacidade de livre decisão (autodeterminação). Demonstrando a fácil constatação, Roxin assevera que mesmo o leigo pode verificar em si próprio a redução de sua orientação intelectual e de sua capacidade de autocontrole em determinadas situações⁹⁸.

Conquanto as críticas, este viés material da culpabilidade merece registro, e isto porque a ideia de culpabilidade como mecanismo de freio do *jus puniendi* estatal foi preservada, além de ter sido apontada a gênese do juízo de reprovação (o que dispensa pressupostos metafísicos indemonstráveis)⁹⁹.

7.6 A Culpabilidade à Luz da Teoria do Discurso

A teoria do discurso, sustentada por Jürgen Habermas, pretende eliminar da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, procurando a fundamentação em um puro processo racional¹⁰⁰.

É cediço que todos os casos minimamente problemáticos pedem uma valoração, a qual não pode ser inferida diretamente de conteúdos normativos preexistentes. E é exatamente neste ponto que entra a racionalidade do discurso jurídico.

Nesse sentido sintetiza Alexy:

⁹⁸ ROXIN, Claus. RBCCCrim 46, 2004, p. 58.

⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2010. p. 282.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. RBCCCrim 24, 1998, p. 154.

*A questão da racionalidade na fundamentação jurídica leva, então, à questão acerca da possibilidade de fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais.*¹⁰¹

A culpabilidade, nesse viés, deve ser compreendida como sendo uma atribuição que se faz a uma pessoa consoante a violação normativa que lhe é imputada¹⁰². Todavia, a idoneidade dessa atribuição é verificada na capacidade da pessoa de poder participar das argumentações feitas diante de suas pretensões (suas manifestações e ações).

Juarez Tavares chama de *pessoa deliberativa* a que porta essa tal capacidade¹⁰³. Klaus Günther, à sua maneira, fala em *competência performativa*.

Para Klaus Günther, o fato de a pessoa efetivamente fazer uso de sua capacidade é indiferente, pois o que importa é apenas que ela tenha a capacidade de atitude crítica (o cidadão não deixa de ser o centro produtor de suas manifestações e ações por isso).¹⁰⁴

A despeito do esforço, a concepção oriunda da teoria do discurso continua a ver na culpabilidade um juízo de retribuição (com base na capacidade do indivíduo de agir criticamente). O juízo de censura continua, portanto, um juízo de cognição.

E o juízo de cognição se mostra nocivo diante da teoria do discurso por uma simples razão: o procedimento discursivo é compatível com resultados os mais variados. Isso acaba por reforçar a insegurança jurídica no campo da culpabilidade.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.

¹⁰² TAVARES, Juarez. RBCrim 24, 1998, p. 154.

¹⁰³ TAVARES, Juarez. RBCrim 24, 1998, p. 154.

¹⁰⁴ GÜNTHER, Klaus. *A Culpabilidade no Direito Penal Atual e no Futuro*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 6, n. 24. São Paulo: IBCCrim/RT, 1998, p. 83.

7.7 A Culpabilidade Comunitária

Esta compreensão material da culpabilidade é formulada por Urs Kindhäuser, e tem por base a importância que se deve dar ao autor e à norma como condições de legitimidade da reprovação de culpabilidade e da pena¹⁰⁵.

Nessa linha a culpabilidade é vista como infidelidade ao Direito, mas não nos mesmos moldes de Jakobs. Aqui o cidadão assume sua condição de responsável pelo bem público (cidadão nato), tendo que cumprir as normas asseguradoras de estabilidade do Estado e da sociedade para não ver prejudicada a aspiração geral pelo bem.

É como se a fidelidade ao Direito construísse cidadãos virtuosos. A culpabilidade, então, é o desprezo da responsabilidade pelo bem comum.

Kindhäuser reconhece que deve haver uma relação interna entre a norma e seu destinatário para que se fundamente a culpabilidade material. Só assim, segundo o autor, será possível explicar o componente emocional da decepção ante a infração normativa¹⁰⁶.

Mais uma vez, essa doutrina não considera o fato real como objeto de valoração, mas um metanível de comunitarismo, o que denota a falta de um critério de certeza e precisão.

7.8 A Culpabilidade e a Teoria da Justiça de Rawls

Rawls remodela o antigo conceito de contrato social, de Rousseau, para formular sua concepção de culpabilidade.

Para o autor, a culpabilidade deriva da ideia de liberdade e é aferida quando o cidadão opta por não cumprir as obrigações políticas hipoteticamente assumidas. A pena, assim, restaura a vigência dos princípios de justiça¹⁰⁷.

¹⁰⁵ MACHADO, 2010, ps. 163 e 164.

¹⁰⁶ MACHADO, 2010, p. 165.

¹⁰⁷ MACHADO, 2010, p. 172.

Parece ser mais uma forma diferente de expor o mesmo que Jakobs, pois aqui a pena é vista como necessidade de confirmar o contrato. Renega-se, portanto, qualquer análise fatídica.

7.9 A Culpabilidade em Gimbernat Ordeig

Merece destaque a tese de Ordeig, que se apresenta de forma impactante, partindo da necessidade de reconstrução do sistema de Direito Penal.

O autor afirma que o princípio da culpabilidade impediu o reconhecimento do fim e função verdadeiras do Direito Penal, pois ao fundamentar a culpabilidade no livre arbítrio construiu-se uma ficção indemonstrável baseada na liberdade da pessoa, impedindo, por consequência, um diálogo com as ciências naturais¹⁰⁸.

A proposta é renunciar a culpabilidade como fundamento e limite da pena, sem, contudo, retornar à responsabilidade objetiva e à quebra das garantias derivadas da culpabilidade. A pena se justificaria apenas na prevenção geral e especial.

Essa ideia de permanente intimidação mais se aproxima dos regimes de terror do que dos regimes defensores das liberdades e garantias. Por essa razão, a tese de Ordeig é severamente criticada.

¹⁰⁸ MACHADO, 2010, p. 173.

8 A Culpabilidade como Limite ao *Jus Puniendi* Estatal

Como se pôde verificar no presente estudo, não se mostra viável optar por uma determinada concepção de homem (concepção de construção antropológica) para fins de aferir a censurabilidade da conduta humana em geral. Uma versatilidade muito grande é a marca de todos esses conceitos (homem e conduta), e por essa razão fixá-los previamente não demonstra segurança jurídica. Partir de uma realidade pré-jurídica, portanto, não convém.

Com isso, a ideia de culpabilidade como fundamento da pena vem cedendo espaço à tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, saindo de cena a função metafísica de legitimação da punição, abrindo alas para a função política de garantia da liberdade individual.

Juarez Cirino dos Santos vê nisso uma “mudança de sinal” no conceito de culpabilidade:

*A culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos.*¹⁰⁹

A noção de culpabilidade com a função de limitar o intervencionismo estatal deriva da dignidade da pessoa humana, assentando-se na ideia fundamental de liberdade. É nesse sentido que Figueiredo Dias afirma que a culpabilidade deve se estabelecer com apoio na função que exerce a partir de uma valoração político-criminal (de garantir o valor liberdade diante de um infundado intervencionismo estatal)¹¹⁰.

Para que a culpa cumpra sua função de limitação ao *jus puniendi*, ela não pode esgotar-se num puro juízo de censura dirigido a uma matéria que foi determinada sem qualquer conexão com os pontos de vista próprios da culpa.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. 2010, p. 279.

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 228.

É como aduz Figueiredo Dias:

Afirmar que culpa é censurabilidade nada diz sobre aquilo que materialmente se censura: se o facto na sua revelação objectiva, se a inobservância da norma de dever quando o agente podia cumpri-la; se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto e que o fundamenta¹¹¹.

Não consentir com a culpabilidade como limite ao *jus puniendi* estatal é admitir que, de fato, há sim uma verdadeira manifestação do poder de império estatal ao aplicar a pena, como queria Aníbal Bruno¹¹². Então, também para deixar de ver a pena como uma manifestação de poder exercido ilimitadamente, é que essa função limitadora se impõe.

Ver a culpabilidade como mecanismo de freio ao poder punitivo é, em vias transversas, efetivar a culpabilidade, e com isso se evita a instrumentalização de uma pessoa ao impor a pena. Afinal, nenhum homem pode ser instrumentalizado para a realização de fins que lhe são alheios.

Sendo assim, atribuir à culpabilidade uma função limitadora do intervencionismo estatal significa, de forma reflexa, porém não menos importante, defender a pessoa do agente de excessos e arbitrariedades que pudessem ser desejados e praticados pelo poder do Estado.

¹¹¹ DIAS, 2007, p. 513.

¹¹² Segundo o autor, “com a ideia de reduzir a função punitiva do Estado a um direito subjetivo desfigura-se o realismo do fenômeno, tão rico de vida e de humanidade, na sua rudeza, que é o crime, e perde-se de vista a natureza e o fim da reação do Estado contra ele”. BRUNO, Aníbal. 2003, p. 9.

Conclusão

Definir os fins e os limites do direito de punir pressupõe, por conseguinte, conhecer os fins e os limites do próprio Estado¹¹³, por isso não se concebe um *jus puniendi* a plena disposição.

Dessa forma, nada melhor do que um instituto eminentemente subjetivo, como a culpabilidade, para aplacar outro, também subjetivo, que é o *jus puniendi* estatal. Este último já dispõe de força o suficiente para se impor (e por isso se propõe que a culpabilidade deixe de ser vista como fundamento da pena), e é por isso que, em contrapartida, a culpabilidade como mecanismo de freio deve ser aprimorada.

A responsabilidade pelo próprio comportamento não pode ser uma questão metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, porque é um problema prático ligado à realidade da vida social. E a consequência prática disso é, inevitavelmente, a restrição à liberdade do cidadão.

A liberdade de agir de outro modo, como se viu, é uma ficção, que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros da sociedade. E na medida em que a isso se vincula uma “censura moral”, viola-se a separação entre moral, costume e direito, que é decisiva para um Estado de Direito liberal e democrático.

A culpabilidade na feição em que se encontra, atualmente, mais se aproxima de um juízo de imputação do que de sua constatação.

A culpa jamais poderá cumprir sua tríplice função se o seu conteúdo material for formado por existências presumidas em função de um padrão generalizante¹¹⁴.

Buscar o aperfeiçoamento do conceito de culpabilidade é ter a intenção de ir para além da filosofia do castigo, em busca de uma resposta penal fundamentada. E isso porque, como se viu, não se pode afirmar com

¹¹³QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação X Deslegitimação do Sistema Penal*. São Paulo: RT, 2008, p. 113.

¹¹⁴DIAS, 2001, ps. 238 e 239.

segurança se o autor de um crime tinha a possibilidade concreta de assumir emocionalmente o fim de sua conduta considerado como correto por sua razão.

Num desfecho, o conceito de culpabilidade deve ter capacidade para oportunizar uma resposta suficiente às exigências político-criminais, e é por isso que os estudos desse tema se mostram importante.

Atribuir à culpabilidade a função de limitar o exercício do poder punitivo é, sem dúvida, uma evolução no seu aspecto material. Porém, a necessidade de novos estudos é uma constante e por isso não se pode dizer ultimado o processo de construção da culpabilidade.

9 Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- BELO, Warley. *Culpabilidade Material em Jakobs e Roxin*. In Boletim IBCCrim. São Paulo: IBCCrim, ano 19, n. 221, abril/2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, volume I. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Notas Críticas sobre a Instrumentalização da Culpa*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 67. Porto Alegre: Síntese, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- 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.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Volume I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

GRECO, Luís. *Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito*. Revista Jurídica. Ano 48: Junho de 2000 – nº 272.

GÜNTHER, Klaus. *A Culpabilidade no Direito Penal Atual e no Futuro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, nº 24. São Paulo: IBCCrim, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º volume, parte geral. 31ª ed. São Paulo, Saraiva: 2010.

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. CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal e Funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal. Legitimação X Deslegitimação do Sistema Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46. São Paulo: Editora RT, 2004.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental. A Aventura das Ideias dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Panorama da Concepção Atual de Culpabilidade*. Revista Estudos Jurídicos, nº 87, v. 33. São Leopoldo/RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2000.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 24. São Paulo: RT, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: Parte General*. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Parte Geral. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Código Penal. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2011.