

**CULPABILIDADE: DA TEORIA PSICOLÓGICA À TEORIA NORMATIVA
PURA E SUA CONSOLIDAÇÃO COMO PRINCÍPIO**
*CULPABILITY: FROM THE PSYCHOLOGICAL THEORY TO PURE NORMATIVE
THEORY AND ITS CONSOLIDATION AS A PRINCIPLE*

Simone de Sá¹

RESUMO

Este trabalho busca, utilizando-se do método hipotético dedutivo, apresentar uma análise geral da culpabilidade, terceiro e último elemento do crime, conforme a teoria finalista da ação, de Welzel que, para nós, é a adotada atualmente pelo Código Penal brasileiro. Para tanto, inicialmente, é analisada a evolução histórica da culpabilidade, transpassando pelas teorias que, em determinados períodos da história, buscaram definir tal elemento do crime, até, finalmente, chegarmos a teoria normativa pura, momento em que a culpabilidade, como vista hoje, é, finalmente, caracterizada. Por fim, é demonstrada a carga axiológica do analisado elemento do crime dentro da dogmática penal, com a sua apresentação como garantia constitucional, evidenciando a importância da culpabilidade em todo Estado que respeite a Dignidade Humana.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade; Teorias sobre a Culpabilidade; Princípio da Culpabilidade

ABSTRACT

This study aims, using the hypothetical deductive method, to present an overview of culpability, the third and last element of the crime, based on the finalist theory of action from Welzel, which is the currently adopted theory for the Brazilian Penal Code. Initially analyzed the historical evolution of culpability, trespassing theories that in certain periods of history tried to define this element of the crime to finally get to the pure normative theory, and it was characterized as the currently culpability as seen today. Finally, it is demonstrated axiological how the element of the crime within the criminal dogmatic presentation as a constitutional guarantee, highlighting the importance of culpability in every state that respects human dignity.

KEYWORDS: Culpability; Theories about Culpability; Principle of Culpability

1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DA CULPABILIDADE

A consideração do aspecto subjetivo do agente para a aplicação da pena só veio a acontecer em uma fase evoluída da história da humanidade. No Direito Penal primitivo, a sanção era determinada em razão da simples realização do resultado, ou

¹ Mestre e doutoranda em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Damas da Instrução Cristã, da Uninassau, da Universo e da Pós-Graduação em Direito Penal do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas (IBCJus). Coordenadora Executiva da Revista *Duc In Altum*.

seja, tinha caráter estritamente objetivo, não se indagando se o dano fora causado ou não por vontade do autor.

Segundo Bettiol (2000, p. 318), nos albores do direito penal, bastava, para a aplicação da pena, a existência de umnexo objetivo e de causalidade entre a ação do homem e o evento, independentemente da presença de um liame de caráter subjetivo-psicológico que atribuisse o fato ao seu autor. Admitia-se, em outras palavras, que a responsabilidade penal tivesse caráter objetivo, pois era o conceito de lesão que dominava a matéria, o conceito de dano sofrido que legitimava uma reação, independentemente de qualquer indagação a respeito das condições psicológicas nas quais o autor do dano tivesse agido.

Na Grécia, os seus filósofos deixaram vários princípios e fundamentos da pena, entre estes, há o reconhecimento da importância da vontade no embasamento e na graduação das sanções penais (LUISI, 2003, p. 33).

Em Roma, na época dos seus primórdios, esteve presente a vontade do agente como fundamento da medida da pena. A chamada *Lex Numa* dos tempos do Rei Numa Pompílio, ou seja, no século IX a.C., previa formas diferenciadas de se cometer o homicídio a depender a intenção do agente, com diferentes penas.²

Convém explicitar que os romanos diferenciavam o *dollus bonus* do *dollus malus*. O primeiro seria a astúcia usada para enganar o ladrão, defender-se de um inimigo, e outras situações semelhantes. Já o segundo consistiria na astúcia empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de proveito ilícito, era, portanto, a intenção má, perversa, que dirigia um ato criminoso (TOLEDO, 2002, p. 220).

Para Binding (2009, p. 15), a consciência da antijuridicidade era uma parte essencial para o *dollus malus*, mas não era só isso. “Não menos essencial, seguiu sendo desde o princípio – a traição, o mal engano – um componente adicional de baixa moral.”

Há quem diga que as ideias referidas no parágrafo anterior já foram capazes de constituir uma teoria da culpabilidade, pois “percebe-se, com nitidez, que o *dolus malus* constituía-se do elemento anímico-intencional e de um plus: a sua valoração como algo mau, perverso, ilícito. Era, pois, um dolo valorado, normativo, adjetivado de ‘mau’.” (TOLEDO, 2002, p. 220).

² Nesta época, imputabilidade foi também considerada pelo direito romano, uma vez que existiam textos que excluía a responsabilidade dos menores e dos insanos (LUISI, 2003, p. 33).

Outra observação importante, ainda em relação à culpabilidade no direito penal romano, é a de que se considerou, muitas vezes, suficiente para aplicação da pena a manifestação de uma vontade delituosa, independentemente da existência do evento lesivo. Percebe-se, dessa forma, que no referido período deu-se extrema relevância ao aspecto subjetivo.

O direito germânico só começou a admitir a relevância da vontade do agente para a aferição de responsabilidade penal no fim da Idade Média. Embora alguns autores tenham pregado que já é possível encontrar alguns resquícios da responsabilidade subjetiva nos tempos da monarquia franca no século VIII,³ essa só veio a se configurar nas Ordenações Branbigensis, e na Carolina, nos primeiros decênios do século XVI (LUIZI, 2003, p. 32).

Durante a Idade Média, o direito canônico e o direito comum mantêm a exigência da presença do dolo e a idéia da culpa (como imprudência ou negligência). Todavia, no direito medieval, houve uma forte presença da responsabilidade objetiva, com o advento do princípio da “*versari in re illicita*” (da responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos e queridos, e nem eram previsíveis), onde havia a responsabilidade independentemente da existência do dolo ou da culpa (LUIZI, 2003, p. 34).

Convém ressaltar que o Iluminismo, por meio Cesare Beccaria, não trouxe qualquer contribuição especial para a ideia de culpabilidade, embora, é claro, tenha dado uma notável colaboração ao Direito Penal como um todo. Inclusive, ao tratar da forma dos julgamentos, o Marques italiano disse que “... o dever do juiz fica limitado à constatação do fato.” (BECCARIA, 2006, p. 29).

Em que pese os progressos e retrocessos anteriormente relatados no processo de construção do conceito de culpabilidade, a partir século XIX, iniciaram-se estudos cientificistas acerca do tema. A seguir, analisaremos as três principais teorias que retratam os estudos feitos até hoje sobre a culpabilidade: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e por fim, a teoria normativa pura da culpabilidade.

1.1 A teoria psicológica da culpabilidade

³ A monarquia franca é resultado de um longo período de desenvolvimento interno na sociedade germânica, motivado pelo contato desta com o mundo romano. É parte de um processo interno de reorganização do império romano após a derrocada do ocidente. Os reis francos, como generais romanos competentes, souberam integrar o restante das tropas romanas e torná-las um povo sob o qual poderiam reinar (FABBRO, 2006, p. 77).

Tendo como principais autores Franz von Liszt e Ernst von Beling, a teoria psicológica da culpabilidade prega que a culpabilidade retira o seu fundamento do aspecto psicológico do agente. Nesse sentido, é a relação subjetiva entre o fato e o seu autor que toma relevância, pois segundo os seus teóricos, a culpabilidade reside nesta (ASÚA, 1945, p. 447).

Segundo Beling (2002, p. 72), toda ação antijurídica repousa sobre uma resolução do autor, no sentido da voluntariedade de mover o corpo, ou de desejar que ele fique quieto, pois, do contrário, não haveria ação alguma. A disposição anímica do autor, com relação ao conteúdo ilícito da ação, varia. É justamente conforme essa disposição que se define se o autor é reprovável e, em caso afirmativo, em que medida (se há intenção, há um grau maior de culpabilidade, já no caso de culpa, há um grau menor de culpabilidade).

No mesmo sentido, Liszt (1927, p. 376), em seu Tratado, afirma que a relação entre o fato e o autor só pode ser psicológica. A ação culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, de acordo com a natureza peculiar do autor, se deduz o conteúdo material do conceito de culpabilidade, que se situa no caráter não social, constatado pelo ato cometido.

Na teoria analisada, tanto o dolo como a culpa constituíam, cada um por si mesmo, a culpabilidade e, tanto um quanto outro, exigiam ser reconhecidos como espécies de culpabilidade, distintos, unicamente, pela modalidade de relação entre o autor e o resultado típico (MAURACH, 1962, p. 18).

No mesmo sentido, diz Bettioli (2000, p. 125):

Em todo caso, dolo e negligência, únicas espécies do gênero culpabilidade, estavam ligados entre si por um superior nexó psicológico, que aprisionavam as suas características individuais num daqueles procurados conceitos da ordem, que pretendem constituir a ossatura do direito penal como ciência sistemática.

Ressalta ainda que o dolo e a culpa são, para a teoria psicológica, formas através das quais a culpabilidade pode apresentar-se em concreto (BETTIOLI, 2000, p. 321).

Para a teoria, a imputabilidade é um pressuposto para adentrar na questão da análise da culpabilidade. Portanto, a imputabilidade é vista como a capacidade de ser culpável.

Diz Beling (2002, p. 65) que a imputabilidade é a disposição espiritual na qual está presente o poder de resistência como poder de ser obediente ao Direito. É a condição prévia sempre que uma ação concreta for examinada a fim de estabelecer se ela foi cometida culpavelmente. Assim, as ações dos inimputáveis escapam por se adiantar a esse exame.

Liszt (1927, p. 366) afirma que a inculpação contida no juízo da culpabilidade pressupõe a imputabilidade. Essa é o estado psíquico do autor que o garante a possibilidade de conduzir-se socialmente, ou seja, é a faculdade que tem o agente de determinar-se pelas normas de conduta social.

Essa também é a ideia de Binding (2009, p. 06), quando afirma que “quem for declarado absolutamente incapaz de ação é incapaz de culpabilidade.”

A teoria psicológica da culpabilidade também defende a separação da fase interna da ação da fase externa da mesma.

Por meio do juízo de valor, segundo o qual uma ação é antijurídica, caracteriza-se somente a fase externa (comportamento corporal) como contraditória ao ordenamento jurídico. Já a análise de que alguém atuou culpavelmente, expressa um juízo valorativo sobre a fase interna (espiritual ou subjetiva) da ação (BELING, 2002, p. 63).

A causalidade para a teoria é um elemento fundamental e definidor da fase interna e externa. Assim como o injusto é definido a partir do conceito de causalidade, ou seja, como causa de um estado lesivo, a culpabilidade é concebida como uma relação de causalidade psíquica, como nexos que retrata o resultado como produto da mente do sujeito (PUIG, 2007, p. 410).

Welzel (1997, p. 47), indo mais além, relata o motivo da criação do conceito causal de ação. Ele diz que a separação do processo causal externo do conteúdo da vontade (interno), parecia para os teóricos da teoria psicológica (se referindo a Liszt, Beling e Radbruch⁴) satisfazer melhor a separação exigida pela dogmática entre a antijuridicidade e culpabilidade. Além disso, critica negativamente a teoria dizendo que a diferença entre a antijuridicidade e culpabilidade não se situa na contraposição entre o externo e o interno, mas na diferença entre a ação como uma unidade do “externo e do interno” e o poder atuar de outra forma do autor para a sua ação.

⁴ Segundo a doutrina, Liszt e Beling se basearam nas ideias de Radbruch para criar a teoria psicológica da culpabilidade (WELZEL, 1997, p. 47).

O fracasso da concepção psicológica da culpabilidade se deu, notadamente, pela existência de causas de exculpação que não excluem o dolo e por na culpa inconsciente não existir nenhuma conexão psíquica entre o autor e a lesão (PUIG, 2007, p. 41).

1.2 A teoria psicológica-normativa da culpabilidade

As ideias trazidas por Reinhard Frank e aperfeiçoadas por Berthold Freudenthal e James Goldschmidt foram marcantes para a definição atual da culpabilidade. Foi nessa fase que se incluíram, pela primeira vez, na análise da culpabilidade, elementos normativos.

Para Asúa (1950, p. 330), o ponto de arranque da doutrina da inexigibilidade de conduta diversa como motivo de exclusão da culpa se encontra nas doutrinas de Frank sobre a referência pessoal do autor do ato, assim como, nas concepções normativas da culpabilidade de Goldschmidt. No entanto, quem edifica com mais extensão a teoria, aplicando-a amplamente no dolo, por entender que o que é justo e correto na culpa havia de ser também a forma mais grave de culpabilidade, é Freudenthal, em sua famosa monografia de 1922.

É indispensável salientar que antes mesmo de qualquer estudo doutrinário e científico sobre o tema, o Tribunal do Império Alemão já havia reconhecido e admitido a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade.⁵

A mais conhecida, e provavelmente a primeira decisão do referido Tribunal negando a culpabilidade, porque ao acusado não poderia ser exigido outro comportamento, foi em 23.05.1897, no famoso caso *dea leinenfünger* (do cavalo que não obedecia às rédeas). Consta que o dono de uma cocheira ordenou a um dos seus empregados que atrelasse determinado cavalo a uma carruagem para efetuar os serviços habituais. No entanto, o animal indicado pelo empregador era rebelde e não obedecia com presteza ao comando do seu condutor. O cocheiro, prevendo a possibilidade da ocorrência de um acidente provocado pelo animal rebelde, resistiu à ordem, desobedecendo, num primeiro momento, ao patrão. O proprietário, no entanto, reiterou

⁵ Apesar de admitida nos Tribunais e na doutrina há algum tempo, a inexigibilidade de outra conduta só veio a receber um tratamento com a reforma da Parte Geral do Código Penal Alemão de 04.07.1969, que entrou em vigor em 01.01.1975. O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa legal excludente de culpabilidade no Direito positivo formou-se através da adoção da teoria diferenciadora relacionada ao estado de necessidade (YAROCHEWSKY, 2000, p. 40).

energicamente a ordem, ameaçando o empregado de demissão caso esse não lhe obedecesse imediatamente. Não podendo perder o seu emprego, o cocheiro resolveu acatar a ordem. Como foi previsto, durante o trabalho o cavalo desobedeceu às rédeas e, apesar dos esforços do seu condutor, saiu correndo, batendo contra um ferreiro que estava na calçada, fraturando-lhe uma perna. O Tribunal de *Reich* absolveu o cocheiro, reconhecendo que não se podia exigir dele outra conduta (YAROCHEWSKY, 2000, p. 36).

Até o surgimento da teoria de Reinhard Frank, tido como fundador da concepção psicológico-normativa da culpabilidade, havia o predomínio da concepção psicológica da culpabilidade. Nessa época, que se deu na segunda metade do século XIX, como visto, a culpabilidade foi definida de acordo com o positivismo naturalista, como elo subjetivo causal, restrita a uma relação psíquica existente entre o autor do fato e o resultado. Nesse sentido, a análise da culpabilidade se restringia à verificação da existência do dolo e da culpa.

As idéias de Frank contestam justamente o fato da teoria psicológica limitar a análise da culpabilidade ao dolo e à culpa, formulando o que se chamou de “giro normativo” (FERNÁNDEZ, 2004, p. 16). Para o referido autor, na análise da culpabilidade devem ser levados em consideração, para fins de diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade, outros fatores, além do dolo e da culpa, por ele chamados de circunstâncias concomitantes.

Ele diz que

a doutrina dominante define o conceito de culpabilidade de uma maneira que abarca na mesma os conceitos de dolo e imprudência. Em contraposição a isso, é necessário considerá-la de um modo tal que leve em consideração as circunstância concomitantes e a imputabilidade (FRANK, 2004, p. 36).

Diferente de alguns autores influenciados por Liszt, como Feuerbach e Bauer, para Frank a imputabilidade não deve ser considerada como um pressuposto da culpabilidade, mas como parte integrante.

Nesse sentido, expõe que, logicamente, existe uma relação entre imputabilidade e pena, mas essa relação não é diferente da que existe entre culpabilidade e pena: somente o culpável é digno de pena e punível, e a culpabilidade pertence à imputabilidade. Essa não é a capacidade de ser culpável nem pressuposto da culpabilidade, mas sim, elemento da culpabilidade. (FRANK, 2004, p. 35).

Assim como a imputabilidade e as referidas circunstâncias concomitantes, Frank reconhece o dolo e a culpa. Porém, os dois últimos são concebidos, do mesmo modo como na concepção psicológica, como o vínculo psíquico existente entre o autor e o resultado no qual foi representado ou podia sê-lo.

Ele diz que “o dolo (*dolus*) é a previsão (a consciência) do resultado de minha atuação, unindo a isso o conhecimento daquelas circunstâncias que fazem punível a ação”. (FRANK, 2004, p. 61).

Porém, a sua maior inovação, ou melhor, a ideia que mais impulsionou a teoria do crime, foi a de reprovabilidade⁶. Ela traz consigo a possibilidade de um juízo de valor na culpabilidade, pois a reprovabilidade, segundo o autor, é a possibilidade de determinar que um sujeito é culpável pela realização de uma conduta proibida por lei, sendo, dessa forma, uma valoração negativa de uma conduta.

A reprovabilidade teria como critério de “medição” as circunstâncias concomitantes, tais como aquelas exemplificadas por Frank: os dois empregados que furtam valores da empresa, sendo o primeiro motivado por urgentes necessidades da família (“mulher enferma e numerosos filhos pequenos”), enquanto o segundo dedica-se a “namoricos suntuosos”, são culpáveis em graus distintos (FRANK, 2004, p. 28).

Do mesmo modo, não tem a mesma reprovação o “guarda-barreira que logo após um descanso prolongado erra na colocação dos desvios... e o seu companheiro que comete a mesma falta depois de onze horas ininterruptas de trabalho”. Por fim, Frank (2002, p. 42) expõe o famoso caso do cocheiro que, para não perder o emprego, utiliza, por ordem do patrão, cavalo que sabia perigoso, causando lesão em terceiro.

Nesse sentido, informa Goldschmidt (2002, p. 84) que “Frank qualifica, pela primeira vez, a culpabilidade como reprovabilidade e considera como pressuposto seu, além da imputabilidade, do dolo e da culpa, o estado de normalidade das circunstância com as quais o autor atuou.”

Diz ainda que pela primeira vez se fala de forma expressa de um momento “normativo” da culpabilidade. Com efeito, é exposto como algo correto que a reprovabilidade de uma conduta de alguém pressupõe uma obrigação de omitir tal conduta. Assim, nega-se a exigência de uma culpabilidade ética e que a culpabilidade constitua um vício de caráter (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 86).

⁶ É importante salientar que o autor esclarece que a expressão reprovabilidade não é “linda”, mas que não conhece outra melhor que contenha todos elementos do conceito de culpabilidade (FRANK, 2004, p. 39).

Frank (2004, p. 40) prega que “reprovação” é um conceito que não possui valor em si mesmo, ou seja, independentemente, mas tão somente em relação ao que quer demonstrar. Por conseguinte, para que haja reprovação, são necessários três pressupostos cumulativos:

- 1º aptidão espiritual normal do autor, que nós denominamos imputabilidade (...);
- 2º certa e concreta relação psíquica do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta, conforme o qual aquele discerne os seus alcances (dolo) ou podia discernir (imprudência);
- 3º a normalidade das circunstâncias com as quais o autor atua.

Diante do que foi anteriormente exposto, não restam dúvidas que as noções trazidas por Frank concernentes à culpabilidade trouxeram um grande avanço à teoria da culpabilidade, uma vez que ele reconheceu, pela primeira vez, que ali eram insuficientes os elementos puramente psíquicos, sendo necessário inserir também elementos normativos. Porém, como se verá adiante, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, igualmente defensores da teoria psicológico-normativa, aperfeiçoaram as suas idéias trazendo outras contribuições ao processo evolutivo da culpabilidade.

Freudenthal traz ideias contribuidoras para o aperfeiçoamento da concepção psicológica normativa lançada por Reinhard Frank na segunda metade do século XIX, pois a culpabilidade deixa mais claramente de ser um exame puramente psicológico e adquire maior fisionomia normativa.

Diferente da concepção trazida por Frank, Freudenthal (2003, p. 75) destaca que a culpabilidade não tem que reclamar nem a normalidade das circunstâncias concomitantes objetivas, nem uma força motivadora nestas. Pode-se exigir, no entanto, tanto no dolo como na culpa – espécies de culpabilidade - que ao autor seja formulada uma reprovação por sua conduta. Agora, se as circunstâncias da execução se deram de um modo tal que qualquer um teria atuado como ele, faltará ao autor o pressuposto comum do dolo e da culpa, a possibilidade de se formular uma reprovação, e com isso, ainda que a *lege data*, estarão ausentes ambas as formas de culpabilidade.

A idéia que ganhou mais destaque, na obra desse autor, tratou justamente da inexigibilidade de conduta diversa. Para Freudenthal, a exigibilidade de conduta diversa é uma apreciação valorativa da culpabilidade, devendo ser observada como verdadeira base do juízo de reprovabilidade.

O autor acentua que, na culpabilidade, a reprovabilidade resulta do fato de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme o Direito.

Reforça que o juízo da culpabilidade resulta em reprovação, porém, atentando para o fato de que a inexigibilidade concreta do comportamento é uma dimensão negativa da culpabilidade.

Diz que “as circunstâncias concomitantes podem ser mais que meros fatores na individualização da pena. Podem ser decisivas para a questão de se o autor atuou culpavelmente ou inculpavelmente, se tem que ser condenado ou absolvido.” (FREUDENTHAL, 2003, p. 71).

Sobre o mesmo tema, Freudenthal esclarece que as causas de exclusão da reprovação não devem ficar limitadas às causas enunciadas pela lei. Diz que é justamente por uma norma não se estender além dos casos do estado de necessidade no sentido da nossa *lex data*, que ela é defeituosa, pois é capaz de conduzir ao castigo de inculpáveis (FREUDENTHAL, 2003, p. 75).

Ressalta também a necessidade de análise do caso concreto para a observação da existência ou inexistência de exigibilidade de conduta diversa, considerada elemento comum ético que deve existir tanto no dolo como na culpa (FREUDENTHAL, 2003, p. 76).

Nesse diapasão, expõe que quando falta esse poder, não cabe falar de uma forma geral, pois é uma questão de estabelecimento efetivo no caso individual. É aqui o ponto em que as circunstâncias concomitantes do fato fazem justiça. Elas existem em concreto, de forma que se para a execução do fato punível houvesse sido necessária uma medida de resistência que a ninguém se pode exigir normalmente, então estão ausentes, junto ao poder, a reprovação e, com isso, a culpabilidade (FREUDENTHAL, 2003, p. 72).

Como a finalidade deste trecho é, entre outras, expor as principais idéias levantadas por Freudenthal, ainda torna-se indispensável explicitar o que Freudenthal prega para chegar até a resolução do último problema exposto (o alcance das causas de inexigibilidade de conduta diversa).

Para o autor, tanto na culpa como no dolo, é possível a aplicação da analogia, conferindo, dessa forma, a possibilidade de aplicação supralegal da exigibilidade de conduta diversa.

Nesse sentido, afirma que não se pode repetir para os que querem reconhecer um efeito de impunidade ao caráter inevitável do fato, que o Direito vigente, em suas disposições sobre o estado de necessidade, defina os limites desses casos. Ao contrário, essa “causa de inculpação” deve ser aplicada analogamente a todos os casos de inevitabilidade. (FREUDENTHAL, 2003, p. 85).

Goldschmidt não propôs alterações significativas na estrutura do conceito de culpabilidade, como formulada pela teoria psicológica, visto que também a associava a elementos psicológicos (o dolo e a culpa). No entanto, como fizeram Frank e Freudenthal, nela incluiu elementos normativos, que permitiram a valoração da situação psicológica ou, em outras palavras, um juízo de reprovação sobre o dolo e a culpa.

Entende que a culpabilidade é composta, além de seu já tradicional elemento psicológico – dolo e culpa –, por elementos normativos. Goldschmidt (2002, p. 84) defende que ela exerce duas funções na teoria do crime: é fundamento da responsabilidade, visto que sem a culpabilidade não é possível a aplicação da sanção penal e é, também, meio de medição dessa responsabilidade e, conseqüentemente, da pena. No sentido de ser pressuposto da pena, afirma que não existirá culpabilidade, apesar de existir imputabilidade e motivação incorrera (dolo e culpa), quando presente uma causa de exculpação ou de exclusão da culpabilidade.

Quanto à culpabilidade em seu sentido de parâmetro de graduação da pena, acrescenta que, de forma precisa, a gravidade da culpabilidade se determina segundo o grau em que a motivação não corresponde à exigibilidade. Goldschmidt (2002, p. 125-143) aponta quatro critérios de aferição da culpabilidade enquanto grau de reprovação ao autor: (i) a gravidade das conseqüências previstas ou previsíveis; (ii) a facilidade de previsão do resultado; (iii) a ausência de influências perturbadoras; e (iv) a insignificância dos motivos estimuladores do crime.

A responsabilização do autor decorreria da verificação da existência dos pressupostos da culpabilidade – imputabilidade, dolo e culpa – seguida do dever de se motivar pela representação do dever indicado na norma de direito. A responsabilização do indivíduo resultaria, em suma, da constatação de sua imputabilidade, associada ao dolo ou à culpa, e da não motivação pela representação do dever jurídico, apesar de sua exigibilidade.

Em seguida, ao analisar os fundamentos da inexigibilidade de conduta diversa, que é baseada na ponderação de interesses em conflito, Goldschmidt (2002, p. 95) explica que as causas de exclusão de ilicitude, decorrentes de ponderação de interesses,

nem sempre representam uma causa de justificação da conduta, mas podem, igualmente, significar apenas uma causa de exculpação. Tal conclusão é corolário da independência entre ilegalidade (descumprimento da norma de direito) e culpabilidade (descumprimento da norma de dever).

Percebe-se que, nesse momento, ainda não havia a perfeita distinção entre causas de justificação (que se conhecem atualmente como causas de exclusão de antijuridicidade) e causas de exculpação (as causas de exclusão de culpabilidade), visto que ambas eram consideradas causas de exclusão da culpabilidade.

Por fim, tendo sido esta talvez a mais relevante contribuição de Goldschmidt (2002, p. 86), afirma o autor que a culpabilidade se firma por meio do dever de se motivar pela representação do dever indicado na norma de direito. Insere, assim, na culpabilidade, um elemento tipicamente normativo, a norma de dever, firmando a consciência da ilicitude como pressuposto para aplicação e medição da sanção penal.

Após o surgimento da teoria psicológica normativa, o próximo grande passo dado na teoria da culpabilidade ocorreu por meio das ideias trazidas por Welzel, em sua teoria normativa pura da culpabilidade, matéria que será abordada no próximo ponto.

1.3 A teoria normativa pura da culpabilidade

A teoria normativa pura, construída por Hans Welzel, em sua obra “*Studien zum System des Strafrechts*”, nasceu a partir da análise das ideias trazidas pelas teorias anteriores da culpabilidade.

Por meio da teoria normativa pura, houve uma grande evolução na teoria do delito como um todo. Pode-se dizer que Welzel depurou a culpabilidade, alocando elementos que lhe eram estranhos em local compatível com a sua natureza.

Welzel não criou elementos novos, mas somente reorganizou o conteúdo dos três elementos do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Daí a ideia inicial de que a teoria nasceu de ideias antes estabelecidas.

Cabe neste momento alertar que, mesmo sem “inovar” como os teóricos anteriores, a teoria de Welzel foi tão importante quanto. Não é a toa que é utilizada em muitos ordenamentos jurídicos atuais, inclusive no Brasil.

Em sua lição, Assis Toledo (1991, p. 232) enfatiza essa ideia quando diz que a nova construção, que teve início com Welzel, é deveras importante para a realização do ideal de justiça, no Direito Penal. Ao transferir o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo,

aliviamos a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, no entanto, perdê-los, visto que são apenas transferidos de localização.

A teoria de Welzel fez a primeira construção puramente normativa da culpabilidade. Essa ficou despojada de todas as características psicológicas, de todos os objetos de valoração próprios do mundo de representações do autor, pois, agora, constitui exclusivamente um juízo do processo de motivação (MAURACH, 1962, p. 24).

Expondo a essência da culpabilidade, Welzel (1997, p. 166) diz que é no poder que possui o autor de se motivar e atuar de acordo com a norma, relacionado à configuração da sua vontade antijurídica, que reside a essência da culpabilidade. É onde está o fundamento da reprovação pessoal que se formula no juízo da culpabilidade ao autor, por sua conduta antijurídica. Para isso ocorrer, a teoria da culpabilidade deve definir e expor os pressupostos pelos quais se reprova o autor da conduta antijurídica.

Como se percebe, a ideia central de Welzel é expressar a característica da reprovação pessoal na culpabilidade. Para o autor, essa reprovação se dá quando se constata que o autor podia agir em consonância com o Direito e, mesmo assim, optou por atuar de forma antijurídica, isso, não no plano abstrato, mas a partir da análise do caso concreto.

A anterior concepção psicológico-normativa da culpabilidade não rompeu mais que parcialmente com o psicologismo ao qual parecia opor-se: a “vontade defeituosa” constituía centro da culpabilidade. Diferentemente, aqui, a culpabilidade limita-se a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a censura do fato antijurídico, ou seja, todo objeto de censura encontra-se no injusto. Na culpabilidade permanecem somente as condições que permitem atribuí-lo ao seu autor (PUIG, 2007, p. 414).

Welzel não entende como situar o dolo dentro do juízo de culpabilidade e, com isso, deixar a ação humana sem o seu elemento característico e fundamental, a intencionalidade, ou seja, o seu finalismo. Isso vai, inclusive, contra a estrutura ontológica da ação, uma vez que essa, como se sabe, não pode ser desligada de seu finalismo direcional, sob pena de fraturar a realidade. Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, que a direciona é, por sua vez, o dolo (TOLEDO, 2002, p. 227).

Consequência lógica foi igualmente a localização da culpa *strito sensu* no tipo legal de crime, pois, se esse último é a descrição da ação proibida, e se a culpa pertence à ação, não se pode deixar de situar no tipo o outro elemento (além do dolo) estrutural da ação (TOLEDO, 2002, p. 228).

Como diz Francesco Antolisei (1969, p. 256), a ação humana é por sua essência finalista, uma vez que mira um escopo a ser realizado segundo um plano já estabelecido. O momento dessa finalidade encontra a sua natural expressão no dolo. Disso se resume que o dolo não pertence a culpabilidade.

Com a analisada teoria, a culpabilidade foi estruturada a partir de três elementos: a imputabilidade, a possibilidade de compreender o injusto e a exigibilidade de conduta conforme o direito. Cada um desses componentes, como dito, contém um juízo de desaprovação de diferente natureza.

Para Welzel (1997, p. 187), a imputabilidade deve ser formulada negativamente. Deve-se excluir todas aquelas pessoas que ainda não são totalmente capazes ou incapazes de ter a mesma autodeterminação do homem comum. Esses são os que por juventude, surdomudez ou por anormalidade mental não podem ser culpáveis.

Quanto à possibilidade de entender o caráter injusto, diz o finalista que a reprovabilidade também pressupõe que o autor tenha podido, no caso concreto, estruturar, no lugar da vontade antijurídica da ação, uma conforme o direito, e esta última só existe quando ele reconhece o injusto do seu fato ou, ao menos, quando tenha havido a possibilidade de reconhecer. Dessa forma, o autor só pode ser reprovado quando estiver possibilitado de reconhecer a antijuridicidade de sua conduta (WELZEL, 1997, p. 187).

Ainda em relação aos elementos da culpabilidade, completa Welzel (1997, p. 210), dizendo que com a confirmação tanto da imputabilidade quanto da possibilidade de conhecimento do injusto se encontra estabelecida materialmente a culpabilidade, o “poder no lugar disso” do autor em relação a sua ação típica e antijurídica. No entanto, isso ainda não significa que a ação é típica e antijurídica, nem que o ordenamento jurídico fará a reprovação da culpabilidade.

Pode ainda ter razões para renunciar a reprovação e, em tal medida, exculpar o autor, o absolvendo da pena. Nesses casos são consideradas situações extraordinárias de motivação, nas quais se encontra fortemente diminuída a possibilidade de motivação conforme a norma e, com isso, a culpabilidade ou o “poder no lugar disso” (WELZEL, 1997, p. 210).

Aqui, a exigibilidade de conduta diversa é uma situação extraordinária de motivação, diferenciada por ser uma causa fática de exculpação. Em que pese a existência de culpabilidade, ordenamento jurídico, em tais casos, outorga a indulgência do autor.

Mesmo sendo pacificado na doutrina que Welzel teve uma grande importância para a evolução da teoria do delito, há doutrinadores que apontam várias insuficiências na sua teoria.

Alguns, como Muñoz Conde e Mercedes García Arán (2004, p. 353), dizem que a exigibilidade de conduta diversa é indemonstrável no caso concreto, pois, ainda que se repetisse a mesma situação que se atuou, haveria sempre outros dados, novas circunstâncias e etc. E, mesmo que se partisse para a análise do “homem comum”, o pressuposto seria puramente descritivo e insuficiente para fundamentar o conceito de culpabilidade que tem fins pragmáticos e serve para justificar e limitar a imposição de uma pena para o autor de uma fato típico e antijurídico.

Dando continuidade ao estudo da culpabilidade, passaremos agora a analisar o princípio da culpabilidade, que teve sua história construída juntamente com as teorias aqui expostas.

2 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O Direito Penal primitivo, por a sanção ser determinada em razão da simples realização do resultado, dispensava a culpabilidade. No entanto, na medida em que o Direito Penal ampliou o seu horizonte de projeção, foi chegando cada vez mais perto do ponto em que nos encontramos, uma vez que foi dando mais importância ao aspecto subjetivo da conduta humana, aproximando-se ao que atualmente denominamos de princípio da culpabilidade.

Como visto, no passado, a finalidade plena de expiação atribuída à pena retirava da mesma qualquer sentido preventivo, pois o fundamento da sua determinação era apenas a gravidade do fato (baseada na moral e na ideia de pecado), extraída da extensão do resultado a ser retribuído. A sistemática de fixação da pena era precisa, desconsiderava a pessoa do agente e atentava para a sua conduta. Nessa época, o princípio da culpabilidade ainda não era aplicado (CAMARGO, 1994, p. 82).

Já no período clássico, a culpabilidade possuía apenas os elementos psíquicos do delito, numa concepção que se esgota no conhecimento, ou na possibilidade de conhecimento, do autor em face do fato criminoso. O dolo e a culpa, como espécies de culpabilidade (excluídos os elementos valorativos), estabeleciam uma simples ligação psicológica entre o autor e o fato (CAMARGO, 1994, p. 82). Mesmo assim, pode-se dizer que já haviam novas exigências para infligir a pena.

Após essa fase, surge por meio, inicialmente, das ideias de Frank, a teoria normativa da culpabilidade. Nesse momento, como explanado detalhadamente em linhas anteriores, prega-se que a culpabilidade deve ser um juízo de reprovação que não se esgota no dolo ou na culpa. Além de requisitos de natureza psíquica, existe a exigência de pressupostos normativos para se infligir a pena.

Posteriormente, Welzel criou a teoria finalista da culpabilidade (aplicada atualmente no Direito Penal brasileiro), eliminando por meio dela os elementos psicológicos da culpabilidade, alterando, assim, as exigências para se considerar um sujeito culpável, passível de pena.

As consequências do finalismo foram marcantes, influenciando decididamente na evolução da teoria do delito e, como não poderia ser diferente, teve forte repercussão no conceito de culpabilidade, fazendo surgir uma nova definição do princípio da culpabilidade.

A partir dali, a culpabilidade, além de ser considerada um juízo de reprovação realizado sobre a pessoa com base no Direito Penal, passa a ser também definida como a exteriorização de fatores individuais que levam à reprovação penal, quando presentes os seguintes elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade da conduta e exigibilidade de conduta diversa.

É, justamente, por essa característica (análise subjetiva) que a culpabilidade se diferencia da tipicidade e da antijuridicidade, tendo assim, destaque na teoria do crime. É essa ideia de Paul Bockelmann e Klaus Volk (2007, p. 39) quando, tratando do Direito Penal Alemão dizem que “a pena pressupõe culpa – *nulla poena sine culpa* (BVerfG 20, 331). A culpa é, portanto, o elemento mais importante do conceito de crime.”

Por isso, se diz que nenhuma categoria no Direito Penal é tão controvertida e ao mesmo tempo indispensável quanto a culpabilidade. É controvertida, por uma série de mal-entendidos e indispensável por constituir o critério central de toda a imputação, objeto único da dogmática jurídico-penal. “É por isso que não pode existir Direito penal sem o princípio da culpabilidade.” (BOCKELMANN; KLAUS, 2007, p. 39).

A pena, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, encontra sua justificativa justamente na reprovação da conduta do agente que, ao causar um dano específico, atinge todo o grupo social, como algo inadmissível para a convivência social.

Por funcionar como fundamento e também como limite da pena, é possível afirmar que a reprovação penal constitui verdadeiro núcleo ou centro da ideia de culpabilidade. Asúa, por exemplo, conceitua culpabilidade como sendo “o conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica.” (ASÚA, 1945, p. 444).

A concretização da culpabilidade é realizada por meio da individualização dessa reprovação (no caso brasileiro, com base no artigo 59 do Código Penal), que levará em conta elementos informadores, pois, como dito, a ideia da pena com um fim em si mesma (mal pelo mal), agora, faz parte da antiguidade.

Para a constatação da culpabilidade em casos concretos, observar-se o âmbito de determinação que o agente dispunha ao praticar o crime. Esse âmbito de determinação se valora tendo em vista as circunstâncias do fato, atentando-se para as características da personalidade do agente que se incorporam ou vêm integrar essas circunstâncias (PIERANGELI, 1999, p. 110).

A origem de toda essa definição, comum na doutrina nacional e internacional, é a dogmática alemã, a qual teve tanta importância que influenciou grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Exemplo disso, é a doutrina espanhola, que a define como “juízo de reprovação pessoal que se dirige ao sujeito posto que, inobstante poder cumprir as normas jurídicas, levou a cabo uma ação constitutiva de um tipo penal.” (BRANDÃO, 2005, p. 209).

Carlos Creus (204, p. 129), ao tratar da responsabilidade subjetiva, também demonstra ter captado essa concepção de culpabilidade, quando diz que são culpáveis as ações que podem ser reprovadas juridicamente ao sujeito por esse não fazer o que devia fazer quando sabia que estava fazendo algo distinto do obrigado ou proibido por lei e ainda, as condições dentro das quais ele atuou ou se omitiu, são consideradas pelo direito como suficientes para permitir-lhe optar entre cumprir com a lei ou violá-la.

É justamente pela indispensabilidade de sua constatação para a aplicação da pena por meio de uma decisão judicial, que se pode afirmar que a culpabilidade deve ser vista não somente como elemento do crime, mas também como um princípio, uma verdadeira garantia individual. Estando presente no Direito Penal, torna-se imprescindível para que o autor de um fato criminoso seja merecedor de uma pena que sua conduta seja tipificada pelo Direito Penal (tipicidade), contrária ao Direito (antijuridicidade) e também, que o agente seja considerado culpável pela lei penal.

Sobre esse tema, Roxin, Arzt e Tiedemann (2007, p. 25) dizem que o injusto penal tampouco é punível de imediato. A sentença de injusto relata somente que o fato do agente é reprovado, mas ainda não autoriza a concluir que, por isso, ele também será pessoalmente responsabilizado. Pelo contrário, essa decisão não se dá senão numa terceira etapa da análise no campo da culpabilidade. Se uma pena não pode ser imposta sem que haja culpa, conseqüentemente, um comportamento típico e antijurídico pode muito bem não ser punido se o agente agiu sem culpa no caso concreto, por exemplo, porque, em razão de doença ou perturbação mental, não era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou agir de acordo com esse entendimento.

Mezger, em seu tratado, já dizia que

a ação típica, não justificada por uma causa de exclusão do injusto (isto é, de forma abreviada, a ação típica e antijurídica) necessita, finalmente, para ser punível, ser imputável. Salvo algumas escassas exceções que tendem a desaparecer, só é punível uma ação quando é ‘reprovável’, que dizer, quando é culpável; uma imputação sem culpabilidade se rechaça por uma consciência jurídico-penal purificada e em harmonia com os ideais da época. (MEZGER, 1946, p. 161).

O postulado “não há pena sem culpabilidade” constitui uma parte integrante da consciência jurídico-penal moderna. Diz Mezger (1946, p. 21) que, primeiramente, é um programa, pois significa um princípio jurídico que se reconhece de forma geral, já para a interpretação do direito positivo é um princípio reator, nos casos de dúvida, e para o direito penal do futuro constitui um princípio meta, cuja realização prática, sem exceções, se exige de modo imperioso pela consciência cultural atual.

Trata-se da percepção e do reconhecimento de que para que uma conduta seja considerada criminosa e merecedora de sanção, há também necessidade da análise do agente, não sendo suficiente a averiguação da conduta por ele praticada. “Argumenta-se que a pena não deve reger-se exclusivamente pela utilidade pública que se espera dela, e sim que se deve manter dentro do marco da culpabilidade do autor”. (JAKOBS, 2003, p. 112).

Nesse sentido, ensina Nilo Batista (2007, p. 103) que o princípio da culpabilidade deve ser entendido, primordialmente, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve ser também compreendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, seja-lhe reprovável.

O princípio da culpabilidade relaciona-se a uma percepção do ser humano, como ente dotado de capacidade de decidir acerca da conduta a ser realizada (racionalidade). Só a partir dessa concepção é que se torna possível a reprovabilidade, pois o princípio em comento tem como pressuposto lógico a liberdade de vontade do homem, como afirma Jescheck. Dessa forma, quando é feito o juízo de reprovação sobre determinada pessoa com base no Direito, no agente, é reconhecido esse caráter de ente responsável. É a livre determinação da vontade humana o pressuposto lógico e necessário do princípio da culpabilidade (PIERANGELI, 1999, p. 124).

Essa percepção de que a culpabilidade tem como fundamento o livre arbítrio tem por base o liberalismo.

Não há dúvida que a doutrina penal do século XX, ao conceber a culpabilidade como reprovabilidade, elegeu o fundamento clássico, evolução que, como tem assinalado, culmina na construção welzeliana do finalismo, na qual a culpabilidade, como elemento estrutural do delito, termina vazia de todo o conteúdo material para esquematizar-se como puro juízo de reprovação (CREUS, 2004, p. 130).

Afasta-se a responsabilidade objetiva, pois ela desconsidera a parte subjetiva da conduta. Não há cabimento, no Direito Penal estabelecido em um Estado Democrático, para uma responsabilidade derivada apenas de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo de lesão para um bem jurídico.

Outra consequência do princípio ora analisado é a personalidade da responsabilidade penal, que gera tanto a intranscendência da pena como a sua individualização. A primeira impede que a pena ultrapasse a pessoa do condenado (inexistência da responsabilidade penal subsidiária, solidária ou sucessiva). Já a segunda, exige que a pena aplicada considere características pessoais do agente à qual se destina (BATISTA, 2007, p. 103).

Ressalte-se que o Código Penal brasileiro adotou a teoria da culpabilidade do ato ou de fato⁷, onde, diferente da culpabilidade do autor (considera que a conduta do agente é uma manifestação de sua personalidade, punindo-o não pelo que fez, mas sim pelo que é), censura-se o autor por ele ter cometer uma conduta típica e antijurídica na medida de sua possibilidade de determinar-se no caso concreto.

Se há a necessidade da constatação de que o agente é culpável para a imposição de uma pena, pode-se afirmar que há também uma limitação do poder de punir do

⁷ Apesar dessa adoção, há institutos vigentes, como a reincidência, que são contrários a teoria.

Estado. Esse pressuposto é mais um fator colaborador para o distanciamento da arbitrariedade estatal nos dias correntes.

Aqui, é necessário deixar claro que seria um exagero afirmar que a inclusão da exigência da culpabilidade entre os requisitos integrantes da noção de delito tem como consequência a plena e absoluta garantia para o correto exercício do poder de punir do Estado, excluindo todas as possibilidades de abuso no exercício da referida faculdade (RODA, 1977, p. 37). No entanto, acreditamos ser correto declarar que tal inclusão é uma das formas efetivas de limitar o exercício punitivo. Constitui uma grande evolução do Direito Penal justamente por considerar o ser humano e, dessa forma, respeitar a dignidade que lhe é ínsita.

O Direito Penal que se preocupa com o ser humano e se distancia da arbitrariedade não é tão recente. Só na segunda metade do século XVIII, com a obra de Beccaria intitulada “Dos delitos e das penas”, que foi explanada de forma sistemática a necessidade de limitar o poder de punir do Estado. Para ele, a legalidade o mais importante instrumento para tanto (BRANDÃO, 2005, p. 214).

Tal evolução se iniciou quando pensadores do Iluminismo erigiram a Teoria do Contrato Social na parte mais importante da sua teoria política. Segundo ela, o Estado e o poder soberano não se fundavam no divino, mas num acordo contratual entre cidadãos que, por meio dessa associação organizatória e da investidura de um poder coator, tinham como fim a proteção a sua liberdade e a convivência pacífica contra a interferência de terceiros (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 2007, p. 40).

Foram essas as ideias causadoras da alteração tanto da função, quanto dos limites do Estado. A partir dali, a função do Estado passou a ser apenas garantir a convivência de seus cidadãos, restringindo a punição apenas quando um determinado comportamento atingir de forma nociva ao direito de outrem, e não se for pecaminoso ou imoral (ROXIN; ARZT; TIEDEMANN, 2007, p. 25).

Beccaria (2003, p. 20) diz que a primeira consequência que se tira do princípio da legalidade “é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.” E continua afirmando

Ora, o magistrado, que faz parte dessa sociedade, não pode com a justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob pretexto

do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão (BECCARIA, 2003, p. 20).

Como expõe Ricardo de Brito (2001, p. 74), é a adesão de Beccaria à teoria do contato social que faz com que haja a aceitação da existência de limites impostos ao Estado no que concerne ao poder de punir os indivíduos. Pois, para ele, se o homem concedeu uma parcela de sua liberdade por meio de um pacto, o fez para obter a segurança necessária à conservação da propriedade e de suas liberdades. Nesse sentido, “o Estado enquanto produto do contrato social só pode punir o indivíduo na medida necessária à sua autodefesa e, conseqüentemente, à preservação dos direitos individuais.”

São essas ideias que dão início ao chamado Direito Penal liberal. Acerca desse tema, Cláudio Brandão (2005, p. 214) faz importante colocação, sobre a advertência de Bettiol e Mantovani, ao dizer que:

Sob a denominação Direito Penal Liberal não se encontram um conjunto homogêneo de doutrinas, mas sob um certo aspecto se encontram mesmo doutrinas contrastantes entre si, que são reunidas por possuírem um ponto em comum: a limitação ao poder de punir do Estado. Em contraposição ao Direito Penal liberal encontra-se o Direito Penal do terror, que tem por característica a não limitação do *jus puniendi* estatal e a não garantia, via de conseqüência, do homem em face do poder de punir.

Como visto, a culpabilidade, desde o seu estabelecimento, procurou um limite à responsabilidade, ou seja, aos próprios fundamentos da pena. Para tanto, os seus elementos deveriam ser analisados de forma positiva e negativa. Considerando-se que, no primeiro caso, a pena será necessária, já no segundo, será proibida.

Diante disso, pode-se afirmar que a culpabilidade, como o próprio princípio da legalidade, traz em seu âmago restrições ao poder de punir concedido ao Estado quando exige uma fundamentação normativa baseada na responsabilidade subjetiva para a imposição da pena. Se, para uma conduta ser considerada criminosa, ela tem que ser típica, antijurídica e culpável, ausente um dos elementos da culpabilidade (atualmente no Direito Penal brasileiro: imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), o Estado está plenamente impedido de exercer o seu poder de punir, consistindo, a culpabilidade, em uma concreta restrição ou pressuposto para essa forma de atuação estatal.

Nesse sentido, ensina Francisco Palazzo (1989, p. 52), que o princípio da culpabilidade funciona tanto como fundamento da pena e do próprio poder de punir do Estado, quanto como limite da intervenção punitiva estatal.

Como se vê, a culpabilidade pode ser classificada como um axioma garantista, uma vez que não expressa proposições assertivas, mas proposições prescritivas, não descreve o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer, não enuncia as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos.

Sendo assim, tem um papel importante para que a atividade Estatal se dê de forma democrática. Cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe qualquer modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a constatação da responsabilidade penal e para, conseqüentemente, a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual está proibido punir (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

Ressalte-se que não se busca com os reflexos garantistas advindos do estabelecimento da culpabilidade como pressuposto necessário à pena, um simples favorecimento ao acusado, mas ao contrário, o cumprimento da verdadeira missão do Direito Penal que é única e exclusivamente proteger bens jurídicos, censurando de forma legítima e dentro de limites claros, anteriormente aqui expostos, as pessoas cuja conduta é tida como insuportável para o convívio social.

Como visto, a função específica das garantias, como a culpabilidade, no Direito Penal, na realidade não é tanto consentir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, dessa forma, deslegitimar o poder de punir absoluto.

São elas que definem o perfil do Direito Penal e, conseqüentemente, do próprio Estado. Estabelecer ou reestabelecer os fins e os limites do direito de punir, supõe, por conseguinte, conhecer, antes, os fins e os limites do próprio Estado. Até porque os limites do Direito Penal constituem os limites do Estado (QUEIROZ, 2005, p. 115).

Exemplificando, Ricardo de Brito (2006, p. 217) diz que “por trás da previsão abstrata de imposição da pena privativa de liberdade para o crime de homicídio, produto de uma decisão político criminal, está presente toda uma discussão prévia sobre a legitimidade do poder de punir do Estado.”

A referida discussão leva em conta aspectos sociais do Estado. Tem por finalidade chegar à definição de uma forma do Direito Penal ser o mais eficaz possível em sua missão, que é a paz social, sem desconsiderar a dignidade humana. O que se

pretende é, justamente, conciliar a dignidade humana e a necessidade da pena, com base na realidade social corrente.

Diante disso, temos que considerar que o Estado Democrático de Direito não se apresenta como algo estático e, formalmente com um aspecto coercitivo puro. A própria dinâmica social exige a constante revisão do processo de persecução penal, bem como, o estabelecimento do modo de intervenção do Direito Penal, para que a pena não seja um lesão inútil e que, em proporção, sejam evitados os seus danos (CAMARGO, 1994, p. 44).

A interpretação do Direito Penal, que leva a sua concretização, é a forma de conhecer, por meio da análise em contato com a realidade social, o seu significado para o Estado Democrático de Direito, não só como um elemento de garantia para toda pessoa, indistintamente, como também um indicador para todo o ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

O nascimento da culpabilidade ocorreu concomitantemente com o reconhecimento do homem e suas inatas características na definição do conceito do crime. Podemos até mesmo afirmar, que a exigência da culpabilidade é consequência do dito reconhecimento.

Não obstante a inexistência de um marco exato, definido, de criação do conceito de culpabilidade, a teoria psicológica da culpabilidade, a teoria psicológica-normativa e a teoria normativa são de indispensável apreciação para a compreensão da formação histórica e sedimentação da ideia de culpabilidade.

A teoria normativa pura, de Welzel, elaborada a partir da sua teoria finalista da ação, foi responsável por despir da culpabilidade elementos estranhos à sua natureza. Sem criar elementos novos, Welzel, a partir de contribuições anteriores à sua teoria, deu uma nova definição à culpabilidade, despindo-a de elementos psicológicos, impondo um análise puramente normativa ao estudado elemento.

Hoje, na culpabilidade, seguindo a linha exposta no parágrafo anterior, cabe a verificação da existência da imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da antijuridicidade (o dolo e a culpa, elementos de ordem psicológica, são analisados na ação, ou seja, na tipicidade). Assim, diferente da tipicidade e da antijuridicidade, que apreciam a conduta, a culpabilidade analisa o autor da conduta.

A exigência da análise da reprovação do autor da conduta, e não só do fato, para a constatação ou não da existência do crime revela a face principiológica desse elemento do crime, o que, inevitavelmente, o traz relevo dentro da dogmática penal e, conseqüentemente, dentro do ordenamento jurídico.

A culpabilidade constitui verdadeira garantia uma vez que ninguém cometerá um crime, ou seja, será considerado criminoso, caso não seja pessoalmente reprovado. Assim, além do fato ser típico e antijurídico, é imprescindível que haja a reprovação do seu autor para a constatação do crime.

Nesse diapasão, não há dúvida que respeito à exigência da culpabilidade revela a existência ou inexistência de um Estado Democrático de Direito. É inegável que a exigência de reprovação do autor de um fato típico e antijurídico se apresenta como uma vigorosa forma de limitação do *jus puniendi*.

Reclama-se, com a culpabilidade, que o Estado vá além do fato, que chegue até o autor, o considerando como homem, em suas características mais íntimas, para então considerar existente ou não o crime e, conseqüentemente, punir. Por isso, contemplar a garantia da culpabilidade é sinalizar para a proteção da dignidade humana.

É por constituir um verdadeiro limite a atividade punitiva, exigindo a análise do autor da conduta típica e antijurídica, respeitando o que se reconhece da essência humana (capacidade, consciência e o livre arbítrio), que a culpabilidade torna-se capaz de evidenciar os fins do Direito Penal então vigente.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: parte generale**. 6 ed. Milão: Dott. A. Guiffrè editore, 1969.

ASÚA, Luiz Jiménez de. **El criminalista**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1950.

_____. **La ley y el delito: curso de dogmática penal**. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1945.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: La doutrinha del delito-tipo. Buenos Aires: Libreria “El foro”, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Red Livros, 2000.
- BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Uruguai: B de f ltda, 2009.
- BOCKELMANN, Paul; KLAUS, Volk. **Direito Penal**: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: parte general. 6 ed. Valência: tirant lo blanch, 2004.
- CREUS, Carlos. **Derecho Penal**: Parte General. 5 ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- FABBRO, Eduardo. **A golpes de machado**: as origens da monarquia Franca. 2006. Brasília: Biblioteca da Universidade de Brasília, 2006.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. La Fundación de la Teoría Normativa de la Culpabilidad. In.: FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi; TAVARES, Juarez. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**: Fundamentos do Direito Penal Moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. Ciências Criminais e Filosofia política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. **Revista brasileira de ciências criminais**. n. 63, nov/dez 2006.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 2 ed. Madri: Editorial reus, 1927.

LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Vol. XII, tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

PALAZZO, Francisco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídico-Penais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODA, Juan Cordoba. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1997.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.