

A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL: ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE E OS LIMITES AO PODER DE PUNIR DO ESTADO

*CULPABILITY IN CRIMINAL LAW: THEORIES OF THE
STRUCTURE DOGMATIC CULPABILITY AND LIMITS TO
THE POWER OF PUNISHMENT OF STATE*

*Marco Aurélio Florêncio Filho**

Resumo

O presente artigo trata da estruturação dogmática do direito penal a partir da teoria do delito. Para tanto, analisa-se, inicialmente, o princípio da legalidade a partir de sua perspectiva política e dogmática, para posteriormente analisar-se a culpabilidade no direito penal, enquanto princípio, teorias e limitação do poder de punir do Estado.

Palavras-Chave: culpabilidade; dogmática penal; poder de punir do Estado

Abstract

This work deals with criminal law dogmatic structuring from the perspective of criminal offense theory. Therefore, this paper analyses, firstly, the mandatory prosecution principle from its political and dogmatic analysis, to further examines culpability related to its principle, theories and State power to punish limitation.

Keywords: culpability; criminal dogmatic; State power to punish

* Doutor em Direito em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Coordenador Geral e Professor do Mestrado em Direito da Escola Paulista de Direito. Advogado.

1. Considerações iniciais sobre o surgimento da dogmática penal e a colocação do problema da inescusabilidade do desconhecimento de lei

O princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal¹. Isto porque, antes da estruturação deste princípio, o direito penal era conhecido por suas arbitrariedades. Foi o período do terror. No entanto, após a sua instituição, o direito penal inaugurou, com o período liberal, uma nova fase, norteadada pela dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, no campo jurídico-penal, o mais importante estágio do movimento ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.

Se por um lado o princípio da legalidade dava uma resposta ao poder estatal vigente, ou seja, aos abusos do

¹ “Podemos dividir o Direito Penal em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente.” (BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11).

absolutismo, por outro revelava a afirmação de uma nova ordem de garantia do indivíduo perante o poder estatal².

A significação e o alcance políticos do princípio da legalidade extrapolam o condicionamento histórico que o produziu e significam a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Idealizado politicamente por Cesare Beccaria, em 1764, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o princípio da legalidade tem um papel imprescindível para delimitar a atuação dos magistrados e evitar arbítrios. Segundo Beccaria “(...) só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador (...)”³

Beccaria tentava afastar as arbitrariedades daquela época ao afirmar que competia exclusivamente ao legislador formular as leis e que as penas não poderiam ultrapassar os limites fixados por elas. Assim, o princípio da legalidade, além de garantir

² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 65. Segundo Olaechea, “El Derecho penal se presenta como un instrumento creador de libertad y tiene como soporte de esta función el principio de legalidad. No se concibe el Derecho penal occidental sin el principio de legalidad, tanto que simboliza la cultura jurídica de occidente y su marco de influencia.” (OLAECHEA, José Urquizo. Principio de legalidad: nuevos desafíos. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. In: **Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED**, Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000, p. 61).

³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das respectivas penas pelos cidadãos, garante o indivíduo frente o poder estatal, pois não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida pela lei penal.⁴

Ressaltamos entretanto que não coube à Beccaria a formulação dogmática do princípio da legalidade, mas a Feuerbach, segundo o qual “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible.”⁵ Dessa assertiva derivam três princípios que irão nortear toda a dogmática penal: *nulla poena sine lege* (para aplicar uma pena deve existir previamente uma lei penal); *nulla poena sine crimen* (uma pena só poderá incidir sobre uma ação criminosa); e *nullum crimen sine poena legali* (a ação criminosa legalmente cominada está condicionada pela pena legal).⁶

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao directo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67.

⁵ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

⁶ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. “Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; neas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine*”. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao directo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66).

O princípio da legalidade foi, portanto, uma condição indispensável para o surgimento da dogmática penal. Ele é o substrato fundamental no qual se baseia toda a dogmática penal, pois sem a lei penal não há como existir o crime, nem o seu correspondente jurídico, a pena.⁷ Segundo Welzel,

La ciencia ejerció una influencia en la configuración del Derecho Penal del siglo XIX. Con *Anselm v. Feuerbach*, un partidario del criticismo de Kant, comienza la ciencia jurídico-penal en sentido moderno, caracterizada por una conceptualización precisa y una clara sistemática en relación con el objeto (Lehrbuch, 1801).⁸

⁷ Segundo Cláudio Brandão, “o princípio da legalidade já foi descrito como um princípio de princípios, como o valor fundante do direito penal, que representa a condição primeira para o desenvolvimento de toda a dogmática penal deste direito. Tal afirmação de nenhuma maneira espelha qualquer erro. Com efeito, o princípio da legalidade possui um significado formal fundamental para a dogmática penal, porém igualmente importante é o seu sentido material. Pois bem, é desta dicotomia que brotam todos os demais princípios e instituições do direito penal, o que faz com que ele seja apontado como o ‘princípio de princípios’ com justa correção, já que sem ele a dogmática penal não poderia ter os contornos que possui na atualidade.” (BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 147-148).

⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 13. No mesmo sentido, “Feuerbach é frequentemente considerado como o fundador da moderna ciência do direito penal, destacando-se sobretudo a sistematização do seu Lehrbuch (1801) como modelo da tratadística penal ulterior”.(MENDES, Paulo de Sousa. **O torto**

No mesmo sentido, destaca Santiago Mir Puig que:

Aunque probablemente la moderna dogmática alemana no da comienzo definitivo hasta Binding, como fruto del mismo positivismo que originaría en Italia el tecnicismo jurídico-penal, hay amplio acuerdo en la doctrina germánica en considerar a Feuerbach el “fundador (mejor: *Neubegründer*) de la ciencia del derecho penal alemana”, como escribió von Liszt. Desde la aparición de su “*Revisión*” y su *Lehrbuch* hasta la obra de Binding, la doctrina alcanzó ya un importante desarrollo “intensiva y extensivamente”. Era lógico, ya que el movimiento ideológico que hizo nacer en toda Europa la ciencia penal moderna se remonta, como es sabido, a la Ilustración, de forma inmediata por obra de Beccaria.⁹

Com o objetivo de atribuir segurança jurídica à dogmática penal nascente, idealizou-se como absoluto o princípio

intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 265).

⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.177.

error vel ignorantia non excusat, pois diante de poucas leis penais e claras não haveria como o agente alegar o seu desconhecimento.

Beccaria, já em 1764, ao delimitar o caráter político do princípio da legalidade ressaltava a necessidade da elaboração de leis claras e simples, ao discorrer, em verdadeiro exercício dialético:

Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se condense em defendê-las e nenhuma parte da nação seja empregada em destruí-las.¹⁰

Todavia, o projeto político-penal da modernidade relativo à prevenção dos crimes nunca foi implementado. Isto porque previa a necessidade da edição de poucas leis penais e claras, bem diferente daquilo que verificamos atualmente por meio de leis penais extremamente complexas e em grande quantidade. Sobre o assunto, destacava Beccaria que “Proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas

¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p.129.

possam nascer, mas criar novos; é definir ao bel-prazer a virtude e o vício, conceituados como eternos e imutáveis.”¹¹

Para racionalizar a utilização da violência estatal, isto é, afastar a barbárie e afirmar a civilização,¹² é que os alemães desenvolveram no século XIX, a dogmática penal, entendida atualmente como a argumentação feita a partir do direito penal e seus elementos constitutivos. Isto é, a dogmática penal é o método de estudo do direito penal¹³, a teoria que busca atribuir cientificidade ao estudo do direito penal. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

Se falar em “teoria” remete imediatamente à pretensão de se fazer estudos com caráter científico – pois senão mais correto seria falar em ‘doutrina’ – qualificar de ‘jurídica’ uma teoria é sinal de que se tem a ver com a ciência praticada pelos juristas, a chamada ‘dogmática jurídica’, ou seja, que a teoria é direcionada para o estudo do direito tal

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p.128.

¹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

¹³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

como feito pela jurisprudência, no sentido de “ciência do direito.”¹⁴

Assim, a fim de atribuir cientificidade ao estudo do direito penal e diferenciá-lo do estudo de outros ramos do saber, foram desenvolvidas três teorias em torno da dogmática penal: a teoria da lei penal, do crime e da pena. Todas estão indissociavelmente relacionadas, pois não concebemos a existência de um crime, que não esteja previsto numa lei penal e para o qual não exista uma pena correspondente.¹⁵

A teoria do crime dá cientificidade ao direito penal ao representar um método que visa constituir um arcabouço conceitual para que a ação se converta em crime,¹⁶ nos dias atuais entendido como uma conduta típica, antijurídica e culpável.¹⁷ Em

¹⁴ GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2009, p. 32.

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

¹⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

¹⁷ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “o sistema tripartido de fato punível, ainda dominante na dogmática contemporânea, define crime como *ação* típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 76)

palestra proferida em 23 de setembro de 1971, no Instituto de Direito Penal de Córdoba, Welzel destacou sobre o tema:

En primavera de 1966 pronuncié en Japón y Corea varias conferencias sobre la evolución de la dogmática penal alemana en los últimos cien años. En ellas expuse que cien años antes se ignoraban las distinciones con las que hoy trabajamos: hasta ese entonces, el concepto fundamental del Derecho penal fue la “imputación”. Después, se abandonó este concepto: en 1867, Jhering desarrolló el el concepto de la “antijuridicidad objetiva” y de él se separó, cerca de 1880, la culpabilidad “subjética” (sobre todo en el Tratado de Franz von Liszt), en tanto que el concepto del tipo fue elaborado, recién en 1906 por Beling. En esas conferencias dije que “la división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración estructurados unos sobre y a continuación de otro... proporciona un alto grado de racionalidad y seguridad a la aplicación del Derecho” y “al diferenciar los grados de valoración, posibilita, además, un resultado final justo”. Así surgió el nuevo sistema “clásico” del

delito con su división (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).¹⁸

A tipicidade é um juízo de adequação do fato à norma. A antijuridicidade, por sua vez, é um juízo de desvalor que qualifica o fato como contrário ao direito. Segundo Welzel, a antijuridicidade é uma relação entre a ação e o ordenamento jurídico que expressa a desconformidade da primeira com o segundo.¹⁹

A tipicidade e a antijuridicidade são juízos de valor que versam sobre o fato e conformam o que chamamos injusto penal. Só com a culpabilidade é que a ação antijurídica se transforma em delito.

Por sua vez, temos que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal feito ao autor que praticou o injusto penal, pois podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por agir de maneira a contrariá-lo²⁰.

¹⁸ WELZEL, Hans. **Estudios de filosofia, Del derecho y derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 50.

¹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p.166.

²⁰ SAINZ CANTERO, José A. **Lecciones de derecho penal:** parte general, introducción. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 41-42.

A culpabilidade é um limite à intervenção estatal, pois coloca o indivíduo no centro do direito penal. Isto porque, se é correto afirmarmos que é uma exigência do direito penal estabelecer a segurança social, também é certo que compete ao direito penal assegurar as garantias individuais.²¹

Desta forma, a culpabilidade, por meio da sua tríplice concepção moderna (princípio do direito penal, elemento do crime e fundamento da pena²²) assegura ao indivíduo alguns

²¹ CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di diritto penale**: parte generale. Padova: CEDAM, 2010, p. 10.

²² Cumpre destacar que “as relações entre culpabilidade e pena constituem matéria polêmica, que integra a teoria do crime, onde a estrutura e as funções dogmáticas da culpabilidade, seja na economia do crime, seja na fundamentação da pena, são minuciosamente examinadas.” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.103). Para Fábio Machado, “como alternativa para a superação dessa problemática, busca parte da doutrina fundamentar a imputação subjetiva em princípios alheios ao da culpabilidade, v.g., nas necessidades preventivas de pena. Ou, para negar que a culpabilidade possa servir de limite da medida da pena, para em seu lugar funcionar o princípio da proporcionalidade.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 24). Todavia, Jorge de Figueiredo Dias é categórico ao afirmar que “(...) todo o direito penal é um direito penal de culpa e esta constitui pressuposto e fundamento de toda a pena e da sua medida.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p.177). Quem melhor coloca o problema, por sua vez, é Juarez Cirino dos Santos, ao tratar do fundamento ontológico da culpabilidade, qual seja, o livre arbítrio, a partir do pressuposto epistemológico finalista da ação, ou seja, a partir da concepção normativa pura da culpabilidade. Segundo Juarez Cirino dos Santos, “o fundamento material da culpabilidade (também chamado fundamento ontológico da culpabilidade) é definido pela capacidade de livre decisão do sujeito – e aqui está o problema: a tese da

limites para a aplicação da pena, isto é, a intervenção da violência estatal. Daí, observamos que a culpabilidade é a reprovação fundada no autor.²³ Segundo Welzel, “La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica.”²⁴

Em sendo um princípio, a culpabilidade é erigida pela premissa *nulla poena sine culpa* que significa “não há pena sem culpa”. Esse aforismo latino é o fundamento do pensamento

liberdade de vontade do conceito de culpabilidade é indemonstrável. Se a pena criminal pressupõe culpabilidade e se a reprovação de culpabilidade tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena. Por sua essa razão, o juízo de culpabilidade não pode ser um conceito ontológico, que descreveria uma qualidade do sujeito, mas um conceito normativo, que atribui uma qualidade ao sujeito. Hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual. Essa substituição não representa simples variação terminológica, mas uma mudança de sinal no conceito de culpabilidade, com conseqüências político-criminais relevantes: 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. A definição de culpabilidade como limitação do poder de punir contribui para redefinir a dogmática penal como sistema de garantias do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, capaz de excluir ou de reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão.” (SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 278-279).

²³ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, vol. 1, p.582.

²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p.166.

liberal iluminista, que se baseava no princípio da legalidade e tinha, como decorrência lógica afastar a responsabilidade penal objetiva, elegendo como estrutura a responsabilidade penal subjetiva.

Com o desenvolvimento do princípio da culpabilidade, que afastava toda forma de responsabilização objetiva no direito penal, a culpabilidade ganhou autonomia na teoria do delito, deixando de ser analisada apenas como exclusão da responsabilidade objetiva para ser um elemento autônomo na estrutura do crime.²⁵

A culpabilidade pode ser entendida também como um fundamento da pena; ²⁶ ela afasta qualquer responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade pelo simples resultado e deve estar vinculada à reprovação da conduta do agente, para assim ser possível aplicar uma pena.

A análise da culpabilidade compreendida como um princípio, elemento do crime e fundamento da pena é dirigida à

²⁵ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23.

²⁶ Nesse sentido, informa Karl Binding que: “de acuerdo con la actual convicción jurídica, la culpabilidad en cuanto acción culpable sólo constituye presupuesto ineludible, sino también fundamento jurídico de la pena. El principio ‘sin culpabilidad no hay pena’ rige, de lege lata, sin limitación alguna.” (BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p.05).

proteção do indivíduo, isto sim revelado o verdadeiro fundamento do direito penal moderno.

Todavia, a história do direito penal demonstra que nem sempre o indivíduo foi tratado como o centro das atenções. Por consequência, o tratamento da culpabilidade varia no transcorrer do tempo até a sua estruturação dogmática no século XIX pelos alemães.

No século XX, diversas teorias foram desenvolvidas em torno da culpabilidade. No Brasil, o instituto também ganhou destaque no direito penal.

A primeira parte do artigo 21, do atual Código Penal brasileiro, no entanto, dispõe que “o desconhecimento de lei é inescusável.” Ora, se o juízo de culpabilidade é de reprovação pessoal, como justificar uma premissa aplicável, geral e abstratamente, a todos os indivíduos, sem verificar, no caso concreto, se o agente conhecia a lei penal?

Essa presunção jamais poderia existir em um direito penal que se revela democrático. O Código Penal brasileiro prevê, apenas, que o desconhecimento da lei será causa de diminuição de pena (artigo 65, inciso II).

A premissa *ignorantia legis neminem excusat* apesar de ter se estabelecido, sobretudo nas codificações dos países latinos,

como um princípio intocável do direito moderno, não tem mais guarida diante do pluralismo legislativo e do acentuado caráter técnico da lei penal. Os complexos problemas suscitados a partir da interpretação e da aplicação das leis, inclusive para os juristas, tornam absolutamente impossível na atualidade afirmar que todos devem conhecer a lei.²⁷

Conforme abordamos, a primeira parte do artigo 21, do Código Penal brasileiro, trata de um princípio de política legislativa, que prevê a presunção absoluta das leis por todos os cidadãos. Decerto, não pode prosperar, nos moldes de um direito penal da culpabilidade, que tem por base a análise do indivíduo, uma regra dessa natureza, porque, segundo o enunciado, presume-se que todos conhecem a lei penal quando, em verdade, nem mesmo os juristas²⁸ as conhecem. Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni,

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 53-57.

²⁸ Optamos por utilizar a expressão jurista com o objetivo de sair da expressão comumente utilizada “operadores do direito”. Crítica interessante ao termo “operadores do direito” vem de Felipe Martins Pinto, em assinalar em nota de rodapé de número dez o seguinte: “A palavra foi utilizada em alusão à locução operador, na medida em que detém o mesmo radical e enceta para o autor a idéia de um ‘tecno-burocrata’ do Direito, embotado e domesticado.” (PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: PINTO, Felipe Martins; MARCHI JÚNIOR,

El principio de culpabilidad y su violación mediante la regla *error juris nocet* expresan la dialéctica entre estado de derecho y estado de policía en la teoría del error. A favor de la regla *error juris nocet* se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos. Esto no es sostenible frente a actual legislación penal, que ya no es un limitado catálogo de conductas más o menos conocidas por todos, sino un abigarrado conjunto de disposiciones si transparencia. De la vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, se ha pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie e incluso quines la interpretan técnicamente tienen grandes dificultades.²⁹

Além da grande quantidade de leis em vigor no Brasil, ressaltamos a complexidade de muitas delas, o que dificulta ainda mais a sua compreensão.

Antônio de Padova. **Execução penal:** constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81)

²⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general.** Buenos Aires: Editar, 2006, 567-568.

Ainda, a exigência da lei prévia tem o escopo de fazer os cidadãos conhecerem e compreenderem o caráter ilícito da ação penal reduzida em um tipo penal. O princípio da culpabilidade, uma necessária consequência da legalidade, impede o poder punitivo estatal de agir quando o cidadão não conhecer nem compreender a lei penal.³⁰

2. Teoria psicológica da culpabilidade e a presunção do conhecimento de lei

Denominamos concepção psicológica da culpabilidade aquela cuja metodologia de abordagem foi a das ciências naturais, predominante no século XIX.³¹ A teoria causalista da ação³² fundada na relação causa-efeito, compreende as teorias psicológica e psicológico-normativa da culpabilidade. Segundo Santiago Mir Puig,

³⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editar, 2006, p.567.

³¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 138.

³² Sobre a estruturação da teoria causalista da ação, leia-se FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. A teoria da ação na estrutura do crime. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício. **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 211-212.

(...) o fator científico que determinó la aparición del positivismo naturalista en el derecho penal fue el apogeo de las ciencias de la naturaleza, en general, y de evolucionismo de Darwin (1859), en particular. Se creyó que el único concepto de “ciencia” valedero era el concepto positivista de ciencia, según el cual, salvo la lógica e las matemáticas, sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza caracteriza a una actividad como científica.³³

Nesse sentido, competiu à teoria psicológica da culpabilidade atribuir os elementos objetivos do fato punível à antijuridicidade, enquanto os subjetivos foram atribuídos à culpabilidade, concebida, assim, como uma relação psíquica entre o autor e o fato punível (resultado). Essa regra perfeita e peremptória cumpria a estabilidade pretendida pelo projeto dos positivistas.

O injusto estava relacionado à dimensão objetiva, já a culpabilidade, à dimensão subjetiva do fato punível.³⁴ Segundo Hans Welzel,

³³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.197.

³⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis, Conceito, 2012. p. 274-275.

En los comienzos de la dogmática moderna (desde 1880) se está ante la separación de lo “externo” y lo “interno”, de lo “objetivo” y “subjetivo” (véase supra parágrafo 11 I). Todo lo externo-objetivo se asignó a la antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser “la relación anímica del autor con el resultado”.³⁵

Para cumprir o projeto da Modernidade desenvolveu-se um conceito causal-mecânico de ação cuja origem veio das orientações oferecidas pelas ciências naturais.³⁶ Sobre o tema, afirma Juarez Tavares:

Da relação, portanto, entre a realidade fenomênica regida por uma ordem natural e a formulação dos enunciados,

³⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

³⁶ Segundo Fábio Machado, “Diante das considerações de que a ação era naturalística, isto é, a exteriorização de movimentos corpóreos, causadora de uma modificação no mundo exterior, portanto resultado naturalístico, impunha-se ao agente que assim tivesse agido uma pena. Neste concito de ação, aparecem os elementos causa, resultado e relação de causalidade. Destarte, tenta-se aplicar o Direito Penal os métodos científico-naturais e refletir no delito os elementos naturais do fato.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43)

nasce e se desenvolve a ciência da modernidade, cujo modelo é representado pela mecânica de NEWTON e as leis do movimento ($ma=f$), pelas quais, dadas determinadas condições, se poderiam predizer suas conseqüências e descobrir seus antecedentes, quer dizer, a força (f) empreendida sobre determinado objeto deveria relacionar-se, necessariamente e tão-só, à sua aceleração (a). Como essas leis eram temporalmente reversíveis, seria irrelevante que os valores temporais que se lhe agregassem fossem positivos ou negativos, ou seja, na fórmula apresentada ($ma=f$), pouco importa que qualquer de seus componentes seja tomado num ou noutra sentido.³⁷

Assim, o projeto da Modernidade, que tem sua gênese entre os séculos XV e XVI³⁸, chancelou as ideias de sujeito e diferença.

Um dos marcos mais importantes desta época é a *emancipação* do homem, subjugado anteriormente a *polis* ou à Igreja,

³⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 05.

³⁸Com contribuições oriundas da revolução científica, das grandes navegações e da reforma protestante, seguidas pela revolução industrial (século XVII) na Inglaterra e a revolução francesa (século XVIII).

mas que se descobre sujeito na Modernidade e pretende, por meio da estabilidade, dominar a natureza e a sociedade, ou seja, passar da condição de dominado a dominador.

A ficção está relacionada à ideia de que a lei, compreendida como um objeto do direito, é autoexistente e não uma criação humana. Sendo assim, trata-se de algo que pode ser controlado (investigado) pelo pesquisador que, neste caso, é o jurista (cientista).

Surge daí a ideia de neutralidade, pois o observador da lei, o pesquisador, irá investigar e descrever o objeto estudado, sem, contudo, alterar sua substância ao descrevê-lo.

A neutralidade busca, assim, retirar qualquer juízo de valor do pesquisador diante do objeto investigado. Após investigá-lo, temos uma descrição neutra do observador que chega a uma verdade, como, por exemplo, a de constatar que a água ferve a 100 (cem) graus Celsius, em Condições Naturais de Temperatura e Pressão (CNTP).

Por fim, é necessário sistematizar este conhecimento por meio de um desencadeamento lógico de ideais, que leva à noção de ordenamento jurídico. A adoção da ideia de sistema jurídico pretende reduzir a complexidade através de um

sistema taxonômico, para utilizarmos um termo vindo da Biologia.³⁹

Sobre a interferência da Biologia no pensamento da Modernidade, retrata Bakhtin:

E eis que, a partir de pleno final do século XIX, motivos congêneres voltaram a ecoar com nitidez na ideologia europeia. Mais uma vez um organismo biológico abstrato tornou-se personagem central da filosofia burguesa do século XX.

(...)

Os termos biológicos de diversos processos orgânicos inundaram

³⁹ Certamente, a influência que o direito sofreu, e ainda sofre, das ciências naturais física, química e biologia se deu pelo fato do homem, através das ciências da natureza, buscar um controle, talvez o termo melhor seja entendimento, do processo de conhecimento das relações naturais. A taxonomia, por exemplo, que organiza os seres vivos a partir de caracteres comuns, utilizada na biologia para organizar as espécies, até hoje é uma noção presente no direito quando, por exemplo, busca-se a tão almejada natureza jurídica de determinado instituto. De forma bem *esquemática*, pode-se trazer o exemplo da discussão acerca da natureza jurídica do *habeas corpus*, se é ação autônoma de impugnação ou recurso. Independentemente da resposta, a pessoa que está com sua liberdade de ir e vir cerceada, continuará presa! No direito brasileiro, discute-se a questão pois o legislador colocou o *habeas corpus* no Livro III, destinados às nulidades e aos recursos em geral, do Código de Processo Penal. Todavia, segundo Aury Lopes Júnior, “(...) consideramos o *habeas corpus* como *uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com status constitucional.*” (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 653)

literalmente a visão de mundo: passou-se a arranjar para tudo uma metáfora biológica, que anima agradavelmente o objeto congelado no frio do conhecimento puro de Kant.⁴⁰

Essa noção causal, transposta para a ciência jurídico-penal, conduziu a uma concepção de ação puramente psicológica da culpabilidade que até então era entendida como um simples nexos psíquico entre o autor e o resultado.

Para configurar uma ação criminosa, nos moldes da teoria causalista da ação, basta que a ação ou omissão do sujeito tenha origem na vontade, pouco importando seu conteúdo. A ação, baseada nas regras do positivismo, é um processo cego-mecânico: mecânico, porque a categoria da causalidade integra a ação; cego, porque o conteúdo do querer está fora da ação. Assim a antijuridicidade como uma simples lesão a bens jurídicos está em concordância com esta consideração mecânico-causal da ação.⁴¹

A teoria psicológica concebeu a culpabilidade como uma simples conexão subjetiva, na qual verificamos um corte bipartido rígido: de um lado, o injusto punível (esfera objetiva), e

⁴⁰ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **O freudismo**: um esboço crítico. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 08.

⁴¹ CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito**: la doctrina finalista. Barcelona: Ariel, 1963, p. 27-28.

do outro, a culpabilidade (esfera psíquica). Neste sentido a culpabilidade é a relação ideal entre o autor e o resultado, constituída pelo dolo e pela culpa.⁴²

Daí percebemos que a teoria psicológica da culpabilidade é estruturada a partir de um sistema bipartido no qual, de um lado há os elementos objetivos (injusto) e do outro, os subjetivos (culpabilidade).

A formação da culpabilidade como um elemento que compõe a estrutura do crime e integra a dogmática penal alemã nascente deveu-se a Karl Binding, e o seu desenvolvimento a Franz von Liszt.⁴³

Para Binding, o termo culpabilidade (*Schuld*), é germânico e muito antigo. Ele guarda relação estreita com o termo *skulan*, isto é, dever (*sollen*). Originalmente culpabilidade significa então aquilo que é devido. Em direito penal afirmamos que a

⁴² BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 232.

⁴³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 45. Em artigo que precede a obra de Freudenthal, “Culpabilidad y Reproche en el derecho penal”, editada pela BdeF, Gonzalo de Fernández, em artigo intitulado “Culpabilidad normativa y exigibilidad” a relação de índole psicológica da culpabilidade foi formulada inicialmente por Maximilian von Buri, em *Über Causalität um deren Verantwortung*, que é anterior ao sistema lisztiano. (FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 27)

culpabilidade é o devido em decorrência de um crime, mas nos dialetos alemães mais antigos significa o que é pago, a denominação de um fato mal, de injusto que necessita expiar. Para Binding, a culpabilidade é ação juridicamente relevante, concreta, antijurídica.⁴⁴

Assim como a ideia da culpabilidade para a nascente teoria do crime foi concebida de forma psicológica, a teoria da pena também se desenvolveu a partir da mesma origem, ou seja, da teoria da coação psicológica da pena.

Sabemos que a dogmática alemã foi aos poucos se firmando a partir das teorias da lei penal, do crime e da pena. Todas estão estruturadas de maneira que não permite concebermos uma lei penal que não preveja, necessariamente, um crime e uma pena. Da mesma forma, não é possível conceber um crime que não esteja prescrito em lei sem ter como decorrência lógica uma pena. E, ainda, não podemos admitir uma pena que não seja a consequência da prática de um crime prescrito numa lei penal.

⁴⁴ BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 05-06.

Ao tratar da teoria da coação psicológica⁴⁵, Binding destaca que o delito, no século XIX, passou de uma ação antijurídica a um fato contrário à lei, e a infração à norma começou a ser entendida como a vulneração de uma lei penal, o que reduziu bastante a complexidade da abrangência do conceito de norma.

⁴⁵ A teoria da coação psicológica da pena – que é uma teoria de prevenção geral negativa, segundo Binding,– foi formulada por Thomas Hobbes e influenciou na Alemanha importantes tratadistas, dentre eles destaca-se Anselm von Feuerbach. (BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p. 79). É corrente afirmar que a pena é um mal que o Estado impõe aos indivíduos que praticaram crimes. Assim, da mesma forma que o crime importa na violação de bens jurídicos, a aplicação da pena corresponde a uma privação, ou limitação, de bem jurídicos, isto é a execução de uma pena implica na privação de direitos, em decorrência da prática de um delito por alguém. Os fins da pena apresentados pela doutrina, em regra, são dois: justiça ou utilidade. A perspectiva da justiça relaciona-se à relação que a pena pretende infligir ao criminoso, como expiação ou castigo merecido pela prática da conduta proibida. A pena *retributiva* é proporcional à gravidade do delito e à culpabilidade do autor. O caráter retributivo da pena está associado à consciência popular, que entende ser efetivamente uma exigência da justiça retribuir um mal (o crime) com o mal (a pena). Já o critério de utilidade, vinculado ao fim de prevenção da pena, pode ser dividido em prevenção geral (sociedade) e prevenção especial (indivíduo desviante). A prevenção geral, por sua vez, pode ser dividida em positiva ou negativa, bem como a prevenção especial. Fala-se em prevenção geral negativa quando a mensagem da pena visa intimidar os possíveis delinquentes (esta teoria também é chamada de coação psicológica), enquanto que a prevenção geral positiva busca através da pena fortalecer a consciência da sociedade de que o Direito precisa ser respeitado. Já a teoria da prevenção especial negativa busca inocular o delinquente, que preso não voltará a delinquir. A teoria da prevenção especial positiva, por sua vez, almeja a correção moral ou reeducação, reinserção social, ressocialização ou reintegração na sociedade, fazendo com que o criminoso egresso seja capaz de viver sem ter que voltar a delinquir. (BUENO ARÚS, Francisco. **La ciencia del derecho penal**: un modelo de inseguridad jurídica. Madrid: Civitas, 2005, p. 111-121)

Nesse contexto, a presunção do conhecimento de lei por todos era necessária para então possibilitar a aplicação da teoria da coação psicológica da pena. Para que o autor pudesse ser intimidado pela pena decorrente da violação da lei penal, seria imprescindível presumir-se que todos conheçam a lei.

Para Binding, essa presunção é tão ridícula quanto bárbara. Assim, a presunção de culpabilidade parece servir sempre para aplicar o princípio de que se deve apenar os inocentes para que os culpados não fiquem sem pena.⁴⁶

Já Adolf Merkel define a culpabilidade como um fazer ou não fazer antijurídico de uma pessoa que, segundo os critérios correntes, atribui-lhe uma dívida, isto é, uma responsabilidade. A culpabilidade e a causalidade devem subsistir uma ao lado da outra, mas não se confundem. É necessário reconhecer suas diferenças. O conceito de culpabilidade se refere

⁴⁶ BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009, p.80. Sobre o assunto, destaca Muñoz Conde que: “Frente a uma jurisprudência do Reichsgericht aferrada ao princípio ‘error iuris nocet’ e que, portanto, considerava irrelevante o desconhecimento da antijuridicidade, a doutrina alemã, sobretudo a partir de Binding, sustentava que o conhecimento do significado antijurídico dos fatos era também um elemento integrante do conceito de dolo, concedendo ao erro sobre a antijuridicidade a mesma importância que ao erro sobre os fatos, quer dizer, a exclusão da imputação dolosa e a possibilidade de punir, nesse caso, por crime culposos, se o erro fosse devido à culpa do agente.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p.20).

ao agente, enquanto a relação de causalidade, ou juízo causal, é a relação de atribuição da vontade do agente ao fato realizado.⁴⁷

Para Franz von Liszt a culpabilidade era a relação subjetiva entre o autor e o resultado. Dolo e culpa são a própria culpabilidade, daí porque a concepção da culpabilidade ter sua origem na Psicologia.⁴⁸

Segundo Franz von Liszt, a culpabilidade necessariamente supõe a imputabilidade do agente e a imputação do resultado.

⁴⁷ MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 68-72. “Para Merkel, o essencial do injusto só podia ser a imputabilidade, pois que o ordenamento jurídico era o conjunto de proibições que se dirigem, enquanto imperativos, à vontade do sujeito com capacidade de culpa.” (MENDES, Paulo de Sousa. **O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 276)

⁴⁸ “Acerca da teoria de von Liszt, mister destacar que, na 25ª edição do seu Lehrbuch, já sob a colaboração de Eberhard Schmidt, houve uma mudança de direção no sentido de posicionar a culpabilidade no esquema normativista, a seguir exposto, conquanto adiciona um elemento estranho a este positivismo que era o elemento caracterológico. Apenas ad argumentandum tantum, a culpabilidade, longe de ser apenas uma relação de autor e ato, consistiria em uma total confusão com a conduta e caráter do culpável (Charakterschuld). Isto é, a culpabilidade não só supõe a comprovação da discrepância entre a conduta do autor e a exigência jurídica, como também suscita o problema do porquê o processo de motivação foi defeituoso, acarretando, então, na valoração do caráter do autor e no reconhecimento de sua perigosidade, isto é, na disposição anti-social do sujeito.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 48)

A imputabilidade do agente está relacionada, para von Liszt, ao desenvolvimento mental completo, sendo este um elemento imprescindível para caracterizar a culpabilidade, pois “sem imputabilidade não há culpa, e portanto não pode haver crime.”⁴⁹ Tendo em vista que a imputabilidade estava relacionada ao estado normal do homem mentalmente sã e desenvolvido, destacamos que para von Liszt não há imputabilidade quando: 1) faltar o desenvolvimento mental em razão da menoridade do agente ou se ele foi tolhido, como, por exemplo, a surdo-mudez; 2) falta a saúde mental, isto é, quando o agente está em enferma perturbação⁵⁰.

A imputação do resultado, para von Liszt, dá-se quando o resultado foi previsto pelo agente (dolo) ou *o resultado não previsto pelo agente poderia sê-lo* (culpa em sentido estrito, isto é, imprudência).⁵¹

Para von Liszt o dolo não compreendia a consciência de ilegalidade, diferentemente de Binding para quem o dolo era a vontade consciente e contrária ao direito. Franz von

⁴⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 262.

⁵⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 256-269.

⁵¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 249-250.

Liszt destaca ainda a necessidade de se presumir o conhecimento de lei a partir da concepção da teoria da coação psicológica, pois caso isto não ocorresse, a administração da justiça seria paralisada, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso, que o agente conhecia o preceito violado. Para Liszt, o requisito desta prova em cada caso concreto é inadmissível, não tem apoio na legislação e se opõe à opinião comum dos doutrinadores da época.⁵²

Assim, explicamos o porquê da culpabilidade ser concebida como um simples nexó psíquico entre o sujeito e o resultado: dolo e culpa, nessa toada, são duas formas de manifestação da culpabilidade, que apenas se distinguem entre si com base na relação psicológica. Essa concepção, entretanto, esbarrou num problema insuperável, qual seja, a impossibilidade de considerar a culpa inconsciente caracterizada pela ausência da relação psíquica entre o autor e o resultado.

Logo, como estabelecer a ideia de culpabilidade como vínculo psicológico entre o autor e o resultado, quando presente, como elemento subjetivo da culpabilidade, a culpa inconsciente?⁵³ A própria noção de imprudência (culpa) está

⁵² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Briguet, 1899, p. 285.

⁵³ Nesse sentido, leia-se WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

vinculada a uma concepção de caráter normativo, qual seja, a inobservância ao dever jurídico de cuidado, estranho à estruturação exclusivamente psicológica, conforme pretendia von Liszt. Igualmente, parece que os casos de imputabilidade se referem ao âmbito normativo da culpabilidade⁵⁴.

Foi Reinhard Frank, entretanto, quem supriu a deficiência da teoria psicológica da culpabilidade a partir da teoria psicológico-normativa da culpabilidade desenvolvida, posteriormente, por James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

3 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

O positivismo normativo, como redefinição metodológica, em contraposição às ciências naturais, embasou-se na filosofia neokantista⁵⁵ de forte cunho axiológico.⁵⁶

⁵⁴ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “os defeitos do conceito psicológico de culpabilidade determinaram seu abandono: a culpabilidade como relação psíquica do autor com o fato é incapaz de abranger a imprudência inconsciente, em que não existe relação psicológica do autor com o fato; além disso, a estrutura psicológica do conceito é insuficiente para valorar situações de anormal motivação da vontade, hoje definidas como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p.275).

⁵⁵ Segundo Nicola Abbagnano, o Neokantismo ou Neocriticismo é o “movimento de ‘retorno a Kant’ iniciado na Alemanha em meados do século passado e que deu origem a algumas das mais importantes manifestações da filosofia contemporânea. As características comuns de todas as correntes do N.

O neokantismo, como segundo retorno a Kant, tendo em vista que o primeiro seria o idealismo alemão concebido pelos pós-kantianos, aparece no início do século XX e se concentra sobre duas escolas: a de Baden e a de Marburg. Na escola de Baden, da qual pertencem Heinrich Rickert e Wilhelm Windelband, há uma maior ênfase à *Crítica da razão prática* (1988), sobre os conceitos de valor e dever ser. A escola de Baden, reconhecida pelo seu marcante viés axiológico influenciou os penalistas como Gustav Radbruch. A escola de Marburg, por sua vez, tem como líderes Hermann Cohen e Paul Natorp e se volta a

são as seguintes: 1ª negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento; 2ª distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado; 3ª tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que a possibilitariam.

Na Alemanha, a corrente neocriticista foi constituída pelas seguintes escolas: 1º de Marburgo (Marburger Schule) à qual pertenceram F.A. Lange, H. Cohen, P. Natorp, E. Cassirer, e à qual também se liga, em parte, Nicolai Hartmann; 2º de Baden (Badische Schule), fundada por W. Windelband e H. Tichert, 3º historicismo alemão, com G. Simmel, G. Dilthey, E. Troeltsch, et. Esta última escola formulou o problema da história analogamente ao modo como as outras escolas kantianas formulavam o problema da ciência natural (v. Historicismo). Fora da Alemanha, vinculam-se à corrente neocriticista C. Renouvier e L. Brunschvicg, na França, S. H. Hodgson e R. Adamson, na Inglaterra, e Banfi na Itália.” (ABBAGNANNO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.710).

⁵⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

uma investigação gnoseológica, com reflexo na filosofia do direito, especialmente, em Rudolf Stammler, Hans Kelsen, na Alemanha, e Giorgio del Vecchio⁵⁷, que se destaca entre os italianos.

Enquanto o positivismo naturalista buscava descrever puramente o objeto investigado, o neokantismo estabelecia um conceito racional a seu respeito, substituindo a dedução transcendental pela indução reflexiva, o que leva a Escola de Baden a um duplo grau de compreensão a respeito da realidade. Primeiramente se tem os juízos, a constatação do objeto investigado; posteriormente, ocorre a avaliação por meio dos juízos valorativos. A simples observação do objeto investigado não pode relegar a avaliação. Ou seja, a observação neutra pretendida pela positivismo naturalista é complementada pela ideia do positivismo normativo, de valoração.⁵⁸

No neokantismo há uma relação, portanto, valorativa entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido (investigado). O delito, assim, passa a ser analisado não mais como um fenômeno naturalístico, mas cultural.

⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005, p.23-24.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 18.

A culpabilidade, no positivismo normativo, permanece como um vínculo psicológico entre o agente e o resultado que reconhece o dolo e a culpa como elementos subjetivos. Todavia, percebe-se uma forte carga axiológica, concebida como reprovabilidade.

Reinhard Frank é conhecido como o fundador da teoria psicológico normativa da culpabilidade⁵⁹, pois foi o primeiro a reconhecer que um nexos psíquico entre o autor e o resultado era insuficiente para a concepção de culpabilidade. Segundo Hans Welzel,

El primer paso para superar la concepción sociológica de la culpabilidad lo dio Frank (Aufbau des Schuldbegriffs, 1907), cuanto señaló como elemento Independiente de la culpabilidad junto al dolo y la culpa la “motivación normal” y definió la culpabilidad como “reprochabilidad”.⁶⁰

⁵⁹ Mesmo sendo reconhecido como o fundador da concepção normativa da culpabilidade, segundo Goldschmidt, Frank só reconheceu o caráter normativo da culpabilidade na 18ª edição do *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Sendo assim, Goldschmidt afirma que podemos conceber um Frank anterior e outro posterior (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 88)

⁶⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 167.

Frank renova a discussão sobre a culpabilidade ao publicar *Über den Aufbau des Schuld Schuldbegriffs* (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade) obra em homenagem à Faculdade de Direito de Giessen, em 1907.⁶¹

Deveu-se a Reinhard Frank duas importantes contribuições à culpabilidade: inicialmente concebê-la como reprovação da vontade defeituosa; posteriormente considerar a imputabilidade não um mero pressuposto da culpabilidade, mas um elemento integrante dela.⁶²

⁶¹ O reconhecimento do giro normativo da culpabilidade já foi atribuído a Frank, pelo próprio Goldschmidt, que deu seguimento ao desenvolvimento da concepção psicológico-normativa da culpabilidade, ao trabalhar a *norma de dever*. Consoante Goldschmidt, “La evolución del concepto y sus consecuencias en la obra de Frank han sido descritas tantas veces que aquí puedo ser breve al respecto. En su monografía ‘Über den Aufgabau des Schuld begriffs’, 1907 (Sobre la estructura del concepto de culpabilidad), que abre nuevas vías, Frank califica, por primera vez, la culpabilidad como ‘reprochabilidad’ y considera como presupuesto suyo, además de la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Si ello falta, como ocurre en los parágrafos 52-54 del C.P., existe una ‘causa de exclusión de la culpabilidad’”. (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p 84)

⁶² BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 233-234.

Apesar da palavra reprovação não ser a melhor para representar os elementos da culpabilidade, Frank alega desconhecer outra melhor.⁶³

Inicialmente o autor entende a estrutura da culpabilidade reconhecendo que a opinião comum é de que a sua essência consiste numa relação psíquica que traz um resultado, ou na possibilidade de uma relação assim.⁶⁴

Para superar essa concepção, Frank elabora uma ideia de culpabilidade mais ampla em relação aos elementos anímicos dolo e culpa e inclui dentre os elementos da culpabilidade as “circunstâncias concomitantes” em edições posteriores denominada “motivação normal”⁶⁵ atribuindo-lhes as capacidades

⁶³ FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p.39.

⁶⁴ FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 25.

⁶⁵ “En vista de la objeción de que esas circunstancias concomitantes podrían representar, a lo sumo, un ‘elemento de la culpabilidad’ en su ‘reflejo subjetivo’, Frank, en la 8ª-10ª edición de su Comentario (1911), Nº 11, antes del párrafo 51, reemplaza la denominación de ‘circunstancias normales concomitantes’ por la de ‘motivación normal’. En la 11ª-14ª edición (1914), Nº 11, antes del párrafo 51, abandona la ‘motivación normal’ como elemento positivo de la culpabilidad. Sin embargo, excepcionalmente no existirá culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad en los párrafos 54 del C.P. y 67, II, de la ley sobre el estado civil. Además, existiría también en el campo de la culpa cierto número de excepciones, que ya se hacen notar en su definición. En relación con la culpa, estas excepciones resultarían del frado de las exigencias puestas a la voluntad; y

de diminuir a responsabilidade do agente diante do fato praticado e de excluir a responsabilidade.

Para compreender a ideia das “circunstâncias concomitantes” como um elemento formador da culpabilidade do agente é necessário observar o uso da linguagem na vida cotidiana e investigar os termos que, ao mesmo tempo, tenham algum significado jurídico.⁶⁶

tal grado dependería de las ‘circunstancias concomitantes’, y determinaría, atendiendo a éstas, el grado de la exigibilidad. Como ejemplo cita el caso del ‘Linefänger’ –caballo que no obedece a la rienda– (S.T.P, 30, 25) (Nº VIII, 2 al parágrafo 59). En cambio, en el Nº II antes del parágrafo 51, no sólo el concepto, sino también el grado de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta. En la 15ª – 17ª edición (1924-26) Nº 11 antes parágrafo 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la ‘libertad’ o el ‘dominio sobre el hecho’, el que, sin embargo, de lege lata, faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de los parágrafo 51, 52 y 54 del C.P. El concepto del ‘dominio sobre el hecho’ viene de Hegler, quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. A causa de la readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad, Grank declara ahora ‘superfluo o aun peligroso’ el concepto de las ‘causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad’. Esta inclusión de la libertad haría posible la graduación de la culpabilidad, en la cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. La más reciente edición, la 18ª (1929), Nº II del parágrafo 51, Nº VIII, 5 al parágrafo 59, no sólo mantiene en pleno este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de la culpabilidad, la que se define como ‘reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible.’ (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 84-86).

⁶⁶ FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p.28.

Para exemplificar as circunstâncias concomitantes, Frank discorre sobre o caso de duas pessoas que praticam uma fraude. Um trabalha no caixa de determinado comércio, tem uma mulher enferma e vários filhos pequenos; o outro é portador de valores e tem uma situação econômica bastante satisfatória. Apesar de ambos terem se apropriado ilicitamente do dinheiro alheio, em relação ao dolo não há diferença alguma, pois ambos possuem a intenção para a prática da conduta realizada. Todavia, todos dirão que o caixa do comércio tem culpabilidade menor que o portador de valores, pois as circunstâncias sob as quais se encontrava lhe eram desfavoráveis. O portador de valores, por sua vez, possui culpabilidade mais grave, pois tinha boa situação financeira.⁶⁷

Além disso, Frank não trata a imputabilidade como um mero pressuposto da culpabilidade, mas como um elemento

⁶⁷ FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 28. Frank ainda traz um exemplo para ilustrar as circunstâncias concomitantes: “el interés del Estado en la conservación de la vida de una criatura seguramente no varía por las relaciones personales de aquel que lo mata. Así, cuando el parágrafo 217 se refiere a la madre soltera que le quita la vida a la criatura durante o inmediatamente después del nacimiento, ella es tratada en forma más benigna que el asesino común, lo cual sólo puede tener como fundamente que ella (la mujer soltera) aparezca como menos culpable, a pesar de que el dolus del acto de matar tiene la misma forma que el de cualquier otro autor imaginable. Desde los mismos puentes de vista, se explica, sin duda, la atenuación de la pena prevista en el parágrafo 213 para el homicidio emocional.”

que a integra. Nesse sentido, a culpabilidade é composta por circunstâncias concomitantes, imputabilidade, dolo e culpa.⁶⁸

Interessante ressaltarmos ainda que, para Frank, a relação entre a culpabilidade e os elementos anímicos dolo e culpa não é apenas de gênero e espécie, como a doutrina dominante afirmava, pois nem tudo o que se aplica à culpabilidade se encaixa nos conceitos de dolo e imprudência. A relação entre a culpabilidade e os elementos subjetivos dolo e culpa está muito mais para uma relação entre a árvore e a raiz, do que para a árvore e o álamo.⁶⁹

É certo que Frank não abandonou a concepção psicológica (dolo e culpa) da culpabilidade, mas reconheceu que ela

⁶⁸ Segundo Frank, “el resultado de las manifestaciones precedentes se deja resumir de la siguiente manera: la doctrina dominante determina el concepto de culpabilidad de una manera que abarca en ella los conceptos de dolo e imprudencia. En contraposición a ello es necesario considerarla de un modo tal que tome en cuenta las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.” (FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 36-37)

⁶⁹ “En cuanto a la doctrina dominante, al aceptar una relación semejante, lleva a la culpabilidad a la misma relación lógica que existe entre el dolo y la imprudencia, como la que media entre el árbol y el álamo. Según mi concepción, es mejor realizar la comparación de esta relación con la que media entre el árbol y la raíz.

Si todo árbol crece por encima de la superficie de la tierra, también lo hace así el álamo, ya que es un árbol. Pero la raíz no necesita crecer sobre la tierra, puesto que ella corresponde al árbol, pero no es un árbol.” (FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 38)

não se define numa análise simplesmente psicológica. Isto porque existem circunstâncias concomitantes que atuam sobre o fato e o agente capazes não só de diminuir, mas também de excluir a culpabilidade. Referidas circunstâncias, chamadas “motivações normais”, seriam um meio para determinar o grau de exigibilidade da conduta.

Coube a Goldschmidt e Freudenthal desenvolverem posteriormente as ideias de Frank. Esse, aliás, é o posicionamento de Goldschmidt ao afirmar em sua obra que “Freudenthal y yo hemos tomado como ponto de partida la obra de Frank.”⁷⁰

James Goldschmidt, para desdobrar sua teoria a respeito da culpabilidade, parte da estrutura concebida por Frank. Segundo Goldschmidt, cada norma jurídica da conduta externa corresponde a uma “norma de dever”, a partir da qual o autor deve orientar a sua conduta interna.⁷¹

⁷⁰GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p.86.

⁷¹ “A partir da estrutura de Frank, Goldschmidt na sua obra ‘Der Notstand ein Schuldproblem’, escrita em 1913, sobre o estado de necessidade, e no artigo em homenagem a Frank, em 1930, com título ‘Normativer Schuldbegriff’, acentua o caráter normativo da culpabilidade, ao considerar que esta supõe o descumprimento de uma norma de dever, que rege conduta interna, independentemente da norma de Direito, que regula a conduta externa e cuja infração determina a antijuridicidade.” (MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A**

Infringir a “norma de dever” constitui a culpabilidade. Assim, explica Goldschmidt, “ao lado de cada norma de direito que determina a conduta exterior, há uma norma de dever que exige uma correspondente conduta interior.”⁷² A “norma de dever”, para o autor, é portanto uma norma de luta, aquela que direciona o indivíduo a agir pelas representações do valor jurídico e que não aspira a uma “pureza interior” dos sentimentos, mas representa a vontade de agir⁷³.

Freudenthal, por sua vez, destaca a exigibilidade penal (*Zumutbarkeit*) formulada como requisito geral da culpabilidade⁷⁴.

É bastante elucidativa a construção de Freudenthal sobre a exigibilidade de outra conduta, pois parte da análise de casos práticos para construir a concepção deste elemento, que

culpabilidade no direito penal contemporâneo. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59-60)

⁷² ⁷²GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p.90-91.

⁷³ “(...) GOLDSCHMIDT propõe a célebre distinção entre norma de direito (Rechtsnorm), como exigência objetiva de comportamento exterior, e norma de dever (Pflichtnorm), como exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a norma de direito – o que permite **reprovar** o autor pela violação da norma de dever, mas admite **exculpar** o autor por inexigibilidade da motivação conforme a norma de dever.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012. p.276).

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002, p. 86.

entende central da culpabilidade⁷⁵. Informa, inclusive, que o Tribunal Supremo analisa em cada caso concreto, individualmente, a exigibilidade de outra conduta⁷⁶.

Freudenthal critica a abstração do direito penal, decorrente de sua cientificidade, que resultou num distanciamento entre o povo e o Direito e ressalta que compete aos juristas ficarem atentos para esse fenômeno a fim de evitá-lo⁷⁷.

Para entendermos a concepção de culpabilidade formulada por Freudenthal, é indispensável compreendermos a normatividade do dolo, inerente aos partidários da teoria

⁷⁵ Interessantes as lições trazidas por Muñoz Conde, sobre a teoria vanguardista desenvolvida por Freudenthal, *vide*: “Por trás desta teoria estava a grave situação econômica e social que as massas trabalhadoras tinham que suportar naquela época. O próprio Freudenthal não esconde que, com a sua teoria, se podia absolver gente como a parteira que inscrevia as crianças nascidas em feriados ou finais de semana como nascidas em dias de trabalho, para que os pais, mineiros da bacia do Ruhr, tivessem um dia de folga pago; ou o caixeiro viajante que, perante a avareza da firma que representa, se vê obrigado a ficar com dinheiro para poder fazer face às despesas de viagem que faz por conta dela e para não perder o posto de trabalho; ou o da jovem siciliana que mata o tio que a desonrara para evitar que o marido saiba. Já anteriormente o Reichsgericht (RGSt., 30, 25 ss.) absolvera um cocheiro que, seguindo as ordens do patrão e para não perder o posto de trabalho, atrelara o carro a uma égua com tendência a desgarrar-se, que, efetivamente, atropelou e feriu gravemente um pedestre.” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 20).

⁷⁶ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 88.

⁷⁷ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.63-64.

psicológico-normativa da culpabilidade. Freudenthal argumenta ainda que, além do elemento psíquico do dolo, isto é, a previsão e o consentimento relativo à conduta realizada, há um momento ético que define a reprovação da conduta do agente⁷⁸.

Freudenthal destaca ainda que a culpabilidade, para o Tribunal Supremo e a doutrina da época, está assentada em dois critérios principais. O primeiro, de ordem objetiva, diz respeito ao dever de cuidado. Se o agente tiver esse cuidado, não há que se falar em culpabilidade. Todavia, se não houve o cuidado devido, daí é preciso analisar o segundo critério, de ordem subjetiva, e que se manifesta pela inevitabilidade subjetiva, isto é, se o autor tinha condições de não realizar o tipo. Só com a reunião desses dois critérios é que estará configurada a reprovação do agente, sem a qual a conduta do autor não será culpável. Logo, percebemos claramente que reprovação e culpabilidade não se confundem, mas que a reprovação é pressuposto para aferir a culpabilidade.⁷⁹

A percepção da exigibilidade de outra conduta é demonstrada por Freudenthal em diversos julgados que conformam a jurisprudência alemã sobre o assunto.

⁷⁸ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.72-73.

⁷⁹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 77-78.

Um deles é o de um cocheiro que ao selar um cavalo por determinação do seu patrão informa-o que o animal era ressabiado. Não obstante, o proprietário determinou que o empregado o fizesse. Ocorre que o cavalo não seguiu as rédeas e atropelou um ferreiro na rua, fraturando-lhe a perna. Nesse caso, o Tribunal Supremo absolveu o cocheiro diante das circunstâncias concretas, pois havia o fundado temor do empregado perder o emprego e, por conseguinte, o seu sustento.⁸⁰

⁸⁰ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.80-81. Todavía, o caso mais intrigante levantado por Feuerbach e demonstra o caráter eminentemente pessoal da culpabilidade é o seguinte: “Finalmente, un caso dudoso, La siciliana Terranova, de diecinueve años de edad, asesinó a su tío y tía. Éstos la habían hecho venir desde Sicilia a Nueva York hacía siete años. El tío la sedujo, con conocimiento de la tía. El joven italiano Terranova desposó a la muchacha. Ambos vivieron en feliz matrimonio, hasta que la tía reveló a aquél que su mujer había mantenido relaciones sexuales con el tío. Luego de esto, el joven abandonó a su consorte. Ésta, siguiendo la concepción popular siciliana, resolvió tomar venganza en la persona de sus tíos y, de este modo, restaurar su honor. En lo que tuvo éxito – así relató ella, con el rostro radiante, en el juicio oral-; había cogido un cuchillo afilado y mató a puñaladas a su tío y a la tía, que trató de defenderlo. Los miembros del jurado la absolvieron. De no ser por falta de conciencia de la antijuridicidad, la absolución se justifica, según nuestro punto de vista, supuesto que faltara en ella el poder obrar de otro modo perteneciente al dolo, en cuanto éste es una forma de la culpabilidad. En tal caso, no se podía reprochar a la autora, en su rudimentaria ilustración, que no haya opuesto resistencia a la concepción imperante en su pueblo y diera muerte a quienes le robaron el honor y la dicha del matrimonio.” (FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.87-88)

Para não deixar o magistrado sem critérios fixos para aferir a culpabilidade ou inculpabilidade do agente, Freudenthal sugere dois critérios, um de ordem positiva e outro, negativa para analisar o dolo do agente no caso concreto. Assim, afirma que a concepção positivo de dolo poderia ser a seguinte:

*obra en forma dolosa el que desatiende conscientemente los deberes de cuyo cumplimiento, según las circunstancias, es capaz, y a resultas de lo cual lleva a cabo el supuesto de hecho de una acción punible con conciencia y voluntad o... etcétera.*⁸¹

Já a concepção negativa para o dolo, segundo o autor, seria: “*no actúa dolosamente aquel a quien, según las circunstancias, no se puede exigir que se abstuviera de la realización del tipo*”.⁸²

Decerto, o critério atribuído por Freudenthal está em estreita consonância com as diretrizes de um moderno direito penal da culpabilidade, tendo em vista que é estruturado a partir de uma análise concreta das circunstâncias individuais. Todavia, a crítica isolada que Mezger faz à obra de Freudenthal é o fato da

⁸¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p.92, itálico no original.

⁸² FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 93, itálico no original.

concepção do autor ser extremamente voltada aos interesses individuais, em detrimento do interesse da sociedade. Logo, falta ao conceito de culpabilidade de Freudenthal um equilíbrio entre ambos os interesses⁸³.

Ora, em que pese a crítica realizada por Mezger à concepção de culpabilidade formulada por Freudenthal, a concepção individual de culpabilidade formulada por ele está em consonância tanto com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, como também ao da dogmática jurídico penal. Quanto ao

⁸³MACHADO, Fábio. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 65. Todavia, percebe-se na obra de Mezger que a culpabilidade, formulada por referido autor, encontra-se em consonância com a teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Segundo Mezger: “La culpabilidad jurídico-penal es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (*situación fáctica de la culpabilidad*), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consiguientemente, la pena que al autor ha de aplicarse. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser *castigado*, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada. Aquí encontramos, por tanto, un nuevo y especial grupo de presupuestos de hecho de la pena a los que corresponde la misión de establecer las íntimas relaciones de la acción con la *persona* del sujeto.” (MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 3). Em outra obra, informa-nos Mezger que “La concepción normativa de la culpabilidad dice que la ‘culpabilidad’ jurídico-penal no se agota en las relaciones psicológicas concretas constatables, sino que ante todo significa un juicio de valor esencial y como tal comprueba la ‘reprochabilidad’ del hecho cometido”. (MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal**. Valencia: Tirant ló Blanch, 2000, p. 51). E, ainda, MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general, libro de estudios. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 189-192.

modelo de Estado Democrático de Direito temos que o indivíduo é o centro das atenções desse modelo Estatal⁸⁴.

Dogmaticamente também percebemos uma coerência no raciocínio de Freudenthal, já que os juízos tipicidade e antijuridicidade versam sobre o fato, e o juízo de culpabilidade sobre o autor do fato, logo é voltado ao indivíduo. Temos, portanto, a tipicidade e a antijuridicidade direcionadas para os interesses da sociedade⁸⁵, enquanto a culpabilidade volta-se para entender os fatores individuais que levaram o agente a realizar o injusto.

Compreendemos então, claramente, o posicionamento de Mezger quando o autor é confrontado com a escola de Kiel⁸⁶ e as políticas do Nacional-Socialismo Alemão. Sobre o tema, destaca Olivé:

⁸⁴ Leia-se, por exemplo, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso III: Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).”

⁸⁵ Até porque o direito, em tese, jamais criaria uma lei que não fosse para proteger a sociedade.

⁸⁶ A escola de Kiel realizou a teorização de um direito penal nacional-socialista, fundada na elevação às pretensões de vontade científica dos princípios do direito positivo nacional-socialista. Os maiores expoentes dessa escola foram Dahm e Schaffstein. Sobre a escola de Kiel, pontua Santiago Mir Puig que “El programa era ambicioso, pero en realidad ocultaba una única finalidad: dotar de rango científico a las deleznable ideas penales del Estado de Hitler. Así – por

A possibilidade de se aceitar a inexigibilidade como uma causa suprallegal de isenção foi duramente criticada pelos penalistas do nacional-socialismo – por

citar exemplos especialmente escandalosos-, la nueva metodología irracionalista sirvió para justificar la derogación del principio de legalidad operada por la admisión de la analogía contra reo y del ‘sano sentimiento popular’ por el derecho penal nacional-socialista, y para substituir el derecho do acto – es decir, el principio de culpabilidad por el hecho realizado – por un derecho penal de autor (Täterstrafercht) que vino a reclamar el castigo del modo de ser del sujeto. Si a esto se añade la expresión solicitud de sustitución del derecho penal ‘liberal’ por un derecho penal ‘autoritario’, como una de las primeras banderas de la escuela de Kiel, se comprenderá el verdadero ‘significado’ de su programa irracionalista.” (MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003, p. 238). A relação de Mezger com os ideais do Estado nacional-socialista alemão e as idéias da escola de Kiel são apresentadas na tese elaborada por Muñoz Conde, onde referido autor faz uma análise detalhada sobre os posicionamentos político-criminais e dogmáticos afetos aos interesses de Hitler. Inclusive, a obra de Mezger é dividida em três períodos: 1º) anterior a 1933, quando é nomeado Chanceler do governo alemão de Adolf-Hitler; 2º) entre 1933 a 1945, período que além de ter sido nomeado Chanceler, participou da Comissão de Reforma do Código Penal brasileiro, que tinha como função adaptar o direito penal aos interesses políticos do Führer; 3º) após a queda de Hitler, em 1945, onde Mezger resgata os escritos anteriores a 1933. (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 79-80). Além do programa político-criminal de Mezger para as políticas do nacional-socialismo alemão, “(...) Mezger também foi um dogmático importante durante o nacional-socialismo, a única diferença das propostas anteriores a 1933 e posteriores a 1945, foi que suas súdadas elucubrações se encaminharam a partir de 1933 a configurar e interpretar o Direito Penal segundo os postulados nazistas. Assim, por exemplo, desde um Direito Penal e a única base de todas estas elucubrações não podiam ser outras que ‘a vontade do Führer’.” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005, p. 80.

exemplo, Schaffstein – que a consideravam uma solução demasiadamente *indulgente*. Em sua perspectiva, todo indivíduo estaria obrigado a se *sacrificar* em favor do Estado, motivo pelo qual não era admissível nenhuma manifestação de debilidade humana que pudesse servir de desculpa para isentar de pena. A partir desta polêmica, a maior parte dos penalistas alemães (inclusive aqueles que não compartilhavam do ideal nacional-socialista para isentar de pena) foi abandonando a inexigibilidade como causa supralegal de isenção de responsabilidade.⁸⁷

Alexander Graf zu Dohna, por sua vez, desenvolve a sua teoria sobre a culpabilidade a partir do critério de imputação⁸⁸. Informa Graf zu Dohna, baseando-se nas teorias de Goldschmidt e Freudenthal, que a ideia de exigibilidade e a de contrariedade ao dever são idênticas, pois as infrações às normas

⁸⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *Et. Al. Direito penal brasileiro: parte geral, princípios, fundamentais e sistema*. São Paulo: RT, 2011, p. 495.

⁸⁸ DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoria del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 66 e ss.

de direito não podem ter validade contrária ao dever, quando verificado que era inexigível ao agente atuar de modo diverso⁸⁹.

A culpabilidade para Graf zu Dohna se baseia na desaprovação de uma conduta psíquica. Mas ressalta o autor que nem todos os indivíduos imputáveis criminalmente por seus atos, mas apenas aqueles com certas qualidades psíquicas podem direcionar a sua conduta de acordo com as normas de dever. Assim, desenvolve-se a ideia de capacidade de imputação como a de compreender o injusto do fato e de determinar a vontade de acordo com essa compreensão. Essa capacidade de compreensão, por sua vez, está associada ao grau de maturidade necessário e a um estado de saúde mental.⁹⁰

Sobre a maturidade do indivíduo, destaca Graf zu Dohna que todo homem atravessa uma época da vida durante a qual a incapacidade é normal. Em outras palavras, o que o autor define como época da vida em que isto ocorre chamamos período de formação ética do indivíduo, que varia de um indivíduo para o outro, ainda que o Código Penal defina um critério etário a partir do qual se presume essa capacidade, isto é, a formação ética do

⁸⁹ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 64.

⁹⁰ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, 65-67.

indivíduo.⁹¹ No atual Código Penal brasileiro essa idade é 18 anos.⁹²

Certamente, os autores partidários da teoria psicológico-normativa da culpabilidade avançaram bastante na concepção de reprovação do juízo de culpabilidade ao romperem com a análise meramente psicológica de culpabilidade que a entendia como um vínculo psíquico entre o autor e o resultado.

Todavia, o giro conceitual da teoria do delito deu-se com Hans Welzel, que reestruturou os elementos contidos,

⁹¹ Segundo zu Dohna, “Todo hombre atraviesa una época de su vida durante la cual su incapacidad es normal, hasta el momento en que la evolución progresiva lo lleva intelectual y moralmente a esa madurez que permite hacerlo penalmente responsable por su conducta. El momento de esa madurez varía naturalmente de uno a otro individuo. La ley quiere, sin embargo, evitar el examen de esa madurez en los menores de catorce años y establece por ello en el parágrafo 3, II del R.J.G.G una presunción irrefragable de su incapacidad de imputación. Para menores entre catorce y dieciocho años, considera la madurez como problemática y hace depender la responsabilidad de los mismos de su existencia, que ha de ser comprobada expresamente en cada caso. (parágrafo 3, I R.J.G.G). Pero aún entonces quedan sometidos a decisiones más benignas (penas o medidas disciplinarias). Bajo ciertas condiciones, autores de más de doce años están equiparados a los mayores de catorce y menores de dieciocho (parágrafo 3, II, inc. 2 R.J.G.G.). Cumplidos los dieciocho años, comienza la época de capacidad de imputación presunta. A ellos está equiparados, bajo ciertas condiciones, ‘jóvenes precoces (inc. I) y ‘delincuentes peligrosos con anomalías de carácter’ (inc. II) – (El límite inferior de dieciséis años, de acuerdo con el derecho del 4 de octubre de 1939, ha sido suprimido).” (DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 67).

⁹² “Artigo 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

principalmente, na tipicidade e na culpabilidade. A nova estruturação da culpabilidade ocorreu por meio da teoria normativa pura da culpabilidade.

4 Teoria normativa pura da culpabilidade

Deve-se a Hans Welzel o deslocamento do dolo – que para os causalistas estava alocado na culpabilidade – para a tipicidade⁹³. Segundo Welzel, toda ação é dirigida a um fim lícito ou ilícito. O dolo, destarte, “(...) en sentido técnico penal, es solo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un

⁹³ Não se pode confundir tipo penal, juízo de tipicidade e tipicidade, visto que cada um desses institutos, apesar de estarem vinculados indissociavelmente, possui características próprias. O tipo é uma figura conceitual, que descreve formas de como se pode realizar a conduta humana proibida (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2004. p. 74). O tipo irá reunir o conjunto de elementos necessários para se configurar o fato punível descrito na lei penal. O juízo de tipicidade é uma operação intelectual que será realizada com base na lei penal e na conduta realizada. Caso haja a adequação da conduta humana com a lei penal, então a conduta praticada pelo agente é típica. Se o juízo for negativo, ou seja, a conduta não se adequar aos elementos descritos no tipo penal, não haverá tipicidade. Se através do juízo de tipicidade verificar-se que a conduta não é típica, não há que se falar em crime, no entanto se se configurar a tipicidade, há de se verificar ainda, se a conduta é antijurídica e reprovável (culpável), visto que uma conduta, para ser adjetivada como criminosa, deve ser típica, antijurídica e culpável. A tipicidade, por último, se configura quando o juízo de tipicidade for positivo, ou seja, dá-se quando a conduta humana adequa-se a uma lei penal.

delito”⁹⁴, ou seja, é uma ação dirigida a um fim ilícito.⁹⁵ Observa Alexis Couto de Brito que:

Após Welzel, a culpabilidade definitivamente perde o dolo e a culpa como seus elementos. Mas o que pouco se nota é que o autor não cinde a exigibilidade de conduta diversa do dolo e da culpa, deixando-a na culpabilidade. Fazemos tal referência, porquanto Welzel, ao retirar o dolo da culpabilidade, muda seu conceito, que continha também a

⁹⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77.

⁹⁵ Segundo Hans Welzel, “toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere – el momento intelectual – y por la decisión al respecto de querer realizar-lo – el momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real, forman el dolo (= “dolo de tipo”). La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo” (WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 77). No mesmo sentido afirma Jescheck que o dolo significa conhecer e querer os elementos objetivos que pertencem ao tipo penal (JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002, p. 314). Muitas críticas surgiram contra o conceito de ação final de Welzel, principalmente confundindo os conceitos de dolo de tipo e vontade finalista da ação. Para essas críticas responde Welzel que: “tengo la sospecha de que la confusión acerca de la relación entre el dolo del tipo y a voluntad finalista de acción es el presupuesto más importante en el que se apoyan las críticas que se formulan a la teoría finalista de la acción. Valga pues como aclaración: todo dolo del tipo es una voluntad finalista de acción, pero no toda voluntad finalista de acción es un dolo del tipo” (WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2006, p.06).

consciência da ilicitude, ou seja, dolo e consciência da ilicitude eram inseparáveis. Ao passar o dolo para a conduta, deixou a consciência da ilicitude na culpabilidade.⁹⁶

Todavia, devemos destacar, segundo Kai Ambos, que Heinrich Luden, ainda no século XIX, já mencionava o posicionamento do dolo no tipo penal, tendo em vista que para Luden o tipo penal era estruturado objetiva e subjetivamente. Assim, antes de Welzel, Luden já tinha retirado o dolo do juízo de culpabilidade, alocando-o no tipo penal. Assim, para Kai Ambos, a teoria do tipo obteve um novo impulso graças a Heinrich Luden.⁹⁷

⁹⁶ BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patrícia. **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 237.

⁹⁷ Observe as afirmações tecidas por Kai Ambos sobre o assunto: “Sob influência da ideia hegeliana do ilícito penal como violação do Direito objectivo e racional, ele realizou a separação entre os conceitos de acção e tipo, e desenvolveu uma **teoria do tipo em dois degraus**, ou seja, uma teoria composta por um fenómeno criminoso objectivo e por um tipo subjectivo (dolus e culpa sem imputabilidade). Luden, além disso, subjectivou o conceito determinista de acção mediante a componente da ‘determinação criminoso da vontade’. Ao exigir uma ‘**intencionalidade**’ para a acção, ele pressupunha um conteúdo determinado de vontade. E, deste modo, temos, muito antes do finalismo de Welzel, a fundação de um conceito finalista da acção, apesar de o próprio Welzel nunca ter feito referência a Luden” (AMBOS. Kai. Da “*Teoria do Delito*” de Beling ao conceito de delito no direito penal internancional”. In: **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra, ano 16, n.3, p. 363-384, jul./set., 2006.)

Entretanto, a tipicidade (*Tatbestand*), como um elemento autônomo dentro da teoria do delito, apenas foi formulada em 1906 por Ernest von Beling, no século XX⁹⁸.

A separação entre objetivo (antijuridicidade) e subjetivo (culpabilidade)⁹⁹ defendida pelos causalistas não podia mais ser sustentada a partir da descoberta de elementos subjetivos especiais no injusto penal, como, por exemplo, a finalidade especial de agir do sujeito ativo no crime de furto. Isto porque, além da subtração da coisa alheia móvel, é necessário para ocorrer o crime de furto, que o agente tenha o *animus* de subtraí-la para si ou para outrem. Segundo Welzel,

⁹⁸ Sobre a evolução do conceito de tipicidade, leia-se FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. A tipicidade no direito penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância a nível constitucional. In: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil. **Ciências criminais no século XXI**: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Universitária UFPE, 2007, p. 373-418; e VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-32

⁹⁹ “La dogmática del derecho penal intentó comprender, primero, el concepto de lo injusto, partiendo de la distinción: “objetivo-subjetivo”. A lo injusto debían pertenecer, exclusivamente, los caracteres objetivos, externos, de la acción, mientras que los elementos subjetivos, anímicos, debían constituir la ‘culpabilidad’. El fundamento doctrinal de esta concepción era suministrado por la doctrina de la acción causal, proceso causal externo, del contenido subjetivo de la voluntad; de este modo se incluyó todo lo ‘externo’ en la antijuridicidad y todo lo ‘interno’ en la culpabilidad.” (WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 97)

Con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una honda fisura en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo, y en la asignación de lo “externo” a lo injusto y de lo “interno” a la culpabilidad. Se advirtió que en muchos tipos, lo injusto no puede ser concebido de un modo puramente objetivo, sino que está también constituido por determinados elementos subjetivos-anímicos. Lo injusto específico del hurto (artigo 242), frente a la perturbación arbitraria de la posesión prohibida en el derecho civil, no se agota en el simple apoderamiento objetivo de una cosa ajena, sino que sólo el *ánimo de lucro* convierte al apoderamiento en un hurto.¹⁰⁰

A teoria da culpabilidade formulada pelos finalistas é conhecida como normativa pura porque com o deslocamento do dolo e da imprudência para a tipicidade, permaneceram na culpabilidade apenas os elementos normativos: capacidade, exigibilidade de outra conduta e consciência de ilicitude.

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 97.

Este último elemento passou a ser analisado apenas normativamente, tendo em vista que para os causalistas a consciência de ilicitude integrava o dolo.

Destarte, Welzel ao deslocar o dolo da culpabilidade para a tipicidade, o fez sem a consciência de ilicitude, que permaneceu na culpabilidade. No dolo permaneceu apenas a consciência naturalística, que precede o elemento volitivo. Assim, o dolo passou a ser composto pela consciência naturalística (elemento intelectualivo) e pela vontade (elemento volitivo)¹⁰¹.

Por sua vez, a consciência que permaneceu na culpabilidade não tem caráter naturalístico, mas normativo, pois se refere à consciência que o agente possui sobre a proibição de sua conduta.

Coube ao finalismo efetivar a dicotomia do erro formulada por Alexander Graf zu Dohna, erro de tipo-erro de

¹⁰¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 78-81. Segundo Luciano Lopes, “Com a teoria finalista, o tipo penal tomou as feições dogmáticas atuais. Há a ideia do dolo e da culpa integrando tal conceito. O tipo tornou-se uma realidade complexa, com uma parte objetiva (que compreende a ação – com eventual resultado – e as condições e características objetivas do agente), e uma parte subjetiva (que constitui a vontade reitera do agente, com o dolo e, por vezes, com elementos subjetivos do injusto).” (LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 26)

proibição. Esse último relaciona-se diretamente com a consciência de ilicitude (consciência da proibição) da conduta. Segundo Welzel,

La expresión “error de prohibición”, que fue introducida sobre todo por Dohna en el derecho penal, puede dar lugar también, sin embargo, a confusiones, por ejemplo, a la de que se trate sólo de un error sobre la *prohibición*, es decir, sobre las “*reglas generales* de la conducta”. Error de prohibición es, más bien, la denominación abreviada del *error sobre la antijuridicidad* del hecho real. Este error impide ver al autor que su acción típica infringe el ordenamiento jurídico.¹⁰²

A culpabilidade para os finalistas é um juízo de reprovação voltado ao autor do fato que podia satisfazer as exigências jurídicas, no entanto não as satisfêz. Segundo Welzel,

Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría *podido* satisfacer las exigencias

¹⁰² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 179.

jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber *podido* obrar conforme la norma.¹⁰³

A culpabilidade é, portanto, uma culpabilidade de vontade. Isto porque o autor poderia ter atuado conforme o direito, mas o fez de modo diverso. No entanto, não se confunde a culpabilidade como elemento da teoria do delito (culpabilidade em sentido estrito), com aquela em sentido amplo (como vontade de uma ação culpável).

A culpabilidade em sentido amplo (de vontade), pressupõe a culpabilidade como juízo de reprovação (em sentido estrito).

A culpabilidade de reprovação, por sua vez, pressupõe uma determinada vontade como seu suporte específico, isto é, somente uma vontade antijurídica ou uma ação típica e antijurídica pode ser culpável para o direito penal. Por isso, pertence à noção de culpabilidade a vontade antijurídica.¹⁰⁴

¹⁰³ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 125-126.

¹⁰⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 127.

A culpabilidade é um conceito normativo, ou mais especificamente um conceito valorativo negativo. Logo, é graduável, maior ou menor, segundo a exigência do direito e à possibilidade ou não do sujeito satisfazê-la.¹⁰⁵

Assim, percebemos que além de integrar o conceito analítico de delito, a culpabilidade também é a medida da pena.

Registramos ainda que a essência da culpabilidade é a reprovação, o resultado de um longo processo da dogmática penal. Segundo Welzel,

El reproche de la culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido adoptar su resolución de voluntad antijurídica de un modo más correcto, es decir, conforme con la norma, y esto no en el sentido abstracto de que *algún hombre* en lugar del autor, sino en el sentido concreto de que *este hombre, en esta situación*, hubiera podido adoptar su resolución de voluntad de acuerdo con la norma.¹⁰⁶

¹⁰⁵ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 127.

¹⁰⁶ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 134.

A capacidade de culpabilidade é formada por um elemento intelectual (a compreensão do injusto do fato) e um volitivo (decidir-se de acordo com esta compreensão). Apenas a soma do conhecimento e da vontade constitui a capacidade de culpabilidade. Decerto, se falta um dos elementos, por menoridade ou por estados mentais anormais, o autor não é capaz de culpabilidade.¹⁰⁷

O pressuposto da reprovação que existe no juízo de culpabilidade é a capacidade de autodeterminação livre do agente, isto é, conforme o sentido do autor (capacidade de culpabilidade ou imputabilidade). A reprovação se refere a uma conduta antijurídica real. É uma relação específica na qual se encontra a vontade da ação do agente de violar o ordenamento jurídico. Os elementos da reprovação são todos aqueles necessários ao autor, capaz de culpabilidade, para adotar no caso concreto uma solução conforme o ordenamento jurídico, em lugar da vontade antijurídica.¹⁰⁸

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 182.

¹⁰⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 155-156.

Para Welzel, o elemento central da culpabilidade como um juízo de reprovação é a consciência de antijuridicidade da ação:

Un hecho es solo reprochable si el autor ha conocido, o ha podido conocer, as circunstancias que pertenecen al tipo y su antijuridicidad. El conocimiento de ésta se basa en el de aquéllas; la antijuridicidad del hecho ser sólo conocida si el autor ha conocido, o ha podido conocer, sus circunstancias que pertenecen al tipo.¹⁰⁹

A consciência de antijuridicidade, antes elemento integrante do dolo (*dolus malus*), segundo os causalistas, passou, a partir de Welzel, a figurar como um elemento autônomo no juízo de culpabilidade, já que o dolo passou a integrar a tipicidade. Conclui Welzel que:

Un hecho no es ya reprochable porque el autor conociera o pudiera conocer sus circunstancias que pertenecen al tipo, sino sólo si conocía, o podía conocer, también, su *antijuridicidad*. Al conocimiento o

¹⁰⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 156.

cognoscibilidad de la realización del tipo tiene que añadirse el conocimiento o la cognoscibilidad de la antijuridicidad.¹¹⁰

A exigibilidade de conduta conforme o direito, segundo o autor, não integra materialmente a culpabilidade:

Con la confirmación tanto de la imputabilidad como también de la posibilidad de conocimiento del injusto se encuentra establecida materialmente la culpabilidad, el “poder en lugar de ello” del autor en relación a su acción típica antijurídica. Sin embargo, esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. Más bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida “exculparlo” y absolverlo de pena. Al respecto se consideran situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el poder en lugar de ello, como por sobre todo en el estado de

¹¹⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 160.

necesidad penal “exculpante” de los parágrafos 52/54 stgB.¹¹¹

Destarte, apesar de existir materialmente a culpabilidade, quando verificada a imputabilidade do autor que tem consciência de antijuridicidade da ação, o agente não pode ser punido quando lhe for exigida uma conduta diversa.

Isto porque, sendo o juízo de culpabilidade um juízo de reprovação pessoal feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por contrariá-lo verificamos que a culpabilidade revela-se um juízo de reprovação cujo pressuposto é o poder do autor de adaptar a sua conduta às normas do direito.¹¹²

5 A culpabilidade como limitação do poder de punir do Estado

O fundamento material da culpabilidade é estruturado a partir da capacidade de livre decisão do sujeito. Pela impossibilidade de demonstrarmos o livre arbítrio, não há como

¹¹¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 210.

¹¹² CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 23.

atribuir à culpabilidade a característica de fundamento da pena, mas a de impor limite ao poder de punir do Estado.

As principais teorias que definem o conceito material de culpabilidade são: 1) teoria do poder de agir diferente (de Hans Welzel); 2) teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa (de Jescheck e Wessels); 3) teoria da responsabilidade pelo próprio caráter (cujas bases deterministas remontam a Schopenhauer); 4) teoria do domínio de motivação jurídica (de Günter Jakobs); 5) teoria da dirigibilidade normativa (de Noll).¹¹³

A teoria do poder de agir diferente é a dominante na literatura e na jurisprudência alemã, segundo Juarez Cirino dos Santos, e fundamenta a reprovação da culpabilidade no poder atribuído ao agente de poder ter direcionado a sua conduta de outro modo, ou seja, o agente optou livremente por praticar o injusto penal, fato típico e antijurídico, quando poderia ter agido conforme o direito¹¹⁴. A teoria do poder de agir diferente baseia-se na hipótese inviável de ser demonstrada relativa à liberdade de vontade. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o poder de agir

¹¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 279-282.

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 279.

diferente é atribuído a uma pessoa imaginária colocada no lugar do sujeito real.¹¹⁵ Segundo Hans Welzel:

El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esta situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas:

1. Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la “imputabilidad”).
2. Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto). Cnfr. Armin Kaufmann, *Schuldfähigkeit und Verbot-sirrtum* (Schmidt-Festschr, p. 319)

Precisamente respecto de ambos problemas ha de plantearse la discusión de si y cómo es teóricamente concebible en general la posibilidad de la estructuración de una voluntad responsable y de acuerdo

¹¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 280.

a la norma (el problema de libre albedrío).¹¹⁶

Já a teoria da atitude jurídica reprovada, também conhecida como teoria da atitude defeituosa, assim como a teoria do poder de agir diferente, fundamenta a reprovação da culpabilidade na hipótese de liberdade de vontade. Fundamenta o caráter de reprovação da culpabilidade na livre autodeterminação de uma atitude reprovada ou defeituosa do agente ao realizar o injusto.¹¹⁷

Para Johannes Wessels, partidário da teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa,

Objeto da censura de culpabilidade é a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico.

A autorização interna da censura de culpabilidade situa-se em que o homem está investido de livre autodeterminação e se apresenta apto a evitar o juridicamente proibido, esforçando

¹¹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 170.

¹¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 280.

sua *consciência jurídica*, tão logo tenha obtido a maturidade mental e moral e enquanto não seja incapaz por causa de estados mentais anormais, no sentido do parágrafo 20, a entender o injusto do fato ou a atuar segundo este entendimento.¹¹⁸

Também partidário da teoria da atitude jurídica reprovada ou defeituosa, informa Hans-Heinrich Jescheck que:

La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al Derecho digna de reprobación expresada a través de una acción típica e antijurídica. Tal deficiencia puede concurrir en mayor o menor medida, por lo que el criterio para determinar un valor superior o inferior de los motivos viene suministrado por la formación de la voluntad. De ahí que la culpabilidad, al igual que el injusto, sea un concepto susceptible de graduación. En la deficiencia desaprobada de la actitud interna reside el punto de referencia al que se dirigen los distintos elementos del concepto de culpabilidad y a partir del

¹¹⁸ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 84.

cual tienen que ser comprendidos estos últimos.¹¹⁹

A teoria da responsabilidade pelo próprio caráter fundamenta a culpabilidade a partir das características da personalidade do agente, vinculando a responsabilidade a partir do pressuposto daquilo que os agentes são¹²⁰.

O determinismo da responsabilidade pelo próprio caráter viola o caráter moderno de culpabilidade. Apesar de ser uma tentativa de desvinculá-la do caráter metafísico do livre arbítrio (fundamento das teorias do poder de agir diferente e da atitude jurídica reprovada), a teoria da responsabilidade pelo próprio caráter relaciona-se ao direito penal do autor, e não a um direito penal do fato, como o é o direito penal da culpabilidade.

Decerto, o direito penal do autor não encontra espaço num direito penal de estruturas democráticas, no qual são

¹¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEGEND, Thomas. Granada: Comares, 2002, p. 457.

¹²⁰ Segundo Juarez Cirino dos Santos, “o propósito louvável de excluir a base metafísica do juízo de reprovação não evita problemas em face do princípio da culpabilidade: primeiro, culpabilidade pelo caráter é culpabilidade sem culpa; segundo, culpabilidade pelo caráter parece supor um Direito Penal com finalidades preventivas; terceiro, punição com finalidades preventivas anula o significado político de garantia individual (limitação do poder de punir) atribuído ao princípio da culpabilidade.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 280-281).

colocadas no centro do direito penal a proteção às garantias individuais. O direito penal da modernidade não pode sustentar a punição de um agente por aquilo que ele é, mas sim em função daquilo que fez. Todavia, apesar do Brasil ser um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988), o Código Penal (artigo 59), aprecia a personalidade como uma forma de individualizar a pena, demonstrando explicitamente os resquícios de um direito penal do autor em nosso sistema penal.

Demover dispositivos legais como o do artigo 59, do Código Penal brasileiro, é sobretudo estruturar o direito penal nos moldes do texto constitucional e fundamentá-lo em um sistema de garantias, típico de países democráticos, como o Brasil.

A teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica fundamenta referido juízo de valor a partir da estabilização das expectativas normativas da sociedade. Para Jakobs:

Como es imposible demostrar que desde el punto de vista individual sea preferible respetar las normas sociales cognoscibles, es asunto de cada cual procurarse la motivación necesaria para respetar la norma, esto es, fidelidad al ordenamiento jurídico. Lo que se llama culpabilidad es

un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.¹²¹

Por fim, a teoria da dirigibilidade normativa fundamenta a reprovação do juízo de culpabilidade a partir da normal determinabilidade por meio de motivos, no estado psíquico disponível ao apelo da norma existente nos maiores de idade psicologicamente sãos ou na capacidade de se comportarem conforme a norma¹²².

CONCLUSÃO

A teoria do delito foi desenvolvida para dar alto grau de racionalidade para a atribuição da reponsabilidade penal e, com isso, evitar-se, arbítrios. Nesse sentido, o ponto de partida para a estruturação da dogmática penal foi o princípio da legalidade. Ocorre que a culpabilidade é o fundamento de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo, pois além de afastar qualquer espécie de responsabilidade penal objetiva, também é o

¹²¹ JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Centro de publicaciones, Tomo XLV, Fascículo I, p. 1051-1083, Enero/Abril, MCMXCII, p. 1083.

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 280.

único elemento da teoria do delito que se volta para o autor do fato típico e antijurídico.

Destarte, enquanto a tipicidade e a antijuridicidade são juízos de valor que versam sobre o fato, a culpabilidade é um juízo de valor que versa sobre o autor do fato. O desenvolvimento dogmático da culpabilidade, a partir das teorias psicológica, psicológico-normativa e normativa pura da culpabilidade permitiu evoluir a discussão a respeito dos elementos constitutivos da culpabilidade, quais sejam: imputabilidade, exigibilidade de conduta conforme o direito e consciência de ilicitude.

Compreender a culpabilidade é reconhecer os limites do poder de punir do Estado, circunscritos, decerto, nas garantias individuais.

A culpabilidade atualmente deve ser entendida a partir de uma concepção arquitetônica e não mecânica, pois todos os elementos que a estruturam, quais sejam, imputabilidade, exigibilidade de comportamento diverso e consciência de ilicitude encontram-se estruturados de tal forma que não se pode conceber um elemento sem o outro. Isto é, referidos elementos não se encontram conformados mecanicamente (justapostos), mas sim arquitetonicamente. Aliás, papel de destaque, a nosso ver, possui a consciência de ilicitude dentro da culpabilidade, pois é o elemento

definidor para a estruturação dos demais, que funciona como um amálgama nesta arquitetura conceitual que é a culpabilidade.

A culpabilidade, assim, é uma necessária consequência da legalidade, pois impede o poder de punir do Estado, quando não existe o conhecimento e a compreensão, pelo cidadão, da lei penal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANNO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMBOS, Kai. Da “*Teoria do Delito*” de Beling ao conceito de delito no direito penal internancional”. In: **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra, ano 16, n.3, p. 363-384, jul./set., 2006.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **O freudismo: um esboço crítico**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual. In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. **Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUENO ARÚS, Francisco. **La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica**. Madrid: Civitas, 2005.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. **Elementi di diritto penale: parte generale**. Padova: CEDAM, 2010

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORDOBA RODA, Juan. **Una nueva concepcion del delito: la doctrina finalista**. Barcelona: Ariel, 1963.

_____. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio Pinto. A teoria da ação na estrutura do crime. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício. **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. A tipicidade no direito penal: uma abordagem sobre os seus diversos aspectos e sua importância a nível constitucional. In: SILVA, Ivan Luiz; CARDOZO, Teodomiro Noronha; FÖPPEL, Gamil. **Ciências criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Universitária UFPE, 2007, p. 373-418.

FRANK, Reinhard. **La estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.

JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Centro de publicaciones, Tomo XLV, Fascículo I, p. 1051-1083, Enero/Abril, MCMXCII.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Comares, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAURACH, Reihart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, vol. 1.

MENDES, Paulo de Sousa. **O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena.** Coimbra: Coimbra, 2007.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal:** parte general. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal.** Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

_____. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal.** Valencia: Tirant ló Blanch, 2000

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo:** estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005

OLAECHEA, José Urquizo. Principio de legalidad: nuevos desafíos. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. In: **Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED,** Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *Et. Al.* **Direito penal brasileiro:** parte geral, princípios, fundamentais e sistema. São Paulo: RT, 2011.

PINTO, Felipe Martins. O princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena privativa de liberdade. In: PINTO, Felipe Martins; MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Execução penal:** constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008.

SAINZ CANTERO, José A. **Lecciones de derecho penal:** parte general, introducción. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán:** parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2004.

_____. **Estudios de filosofía, Del derecho y derecho penal.** Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; SLOKAR, Alejandro; e ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editar, 2006.