

CULPABILIDADE PENAL E O SEU PAPEL DE LIMITAR O PODER DE PUNIR DO ESTADO

CRIMINAL CULPTABILITY AND ITS ROLE IN LIMITING STATE'S POWER TO PUNISH

*Marco Aurélio Florêncio Filho**
Mackenzie - SP

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 e seu papel de limitação do poder de punir do Estado.

Palavras-Chave

Culpabilidade. Dogmática penal. Poder de punir do Estado.

Abstract

This article 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 and State power to punish limitation.

Keywords

Culpability. Criminal dogmatic. State power to punish.

1. Considerações iniciais

* Pós-Doutorando em Direito pela PUC-Minas. Doutor em Direito em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

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 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

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).

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 Urquiza. 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).

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 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*

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

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

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

sine poena legali (a ação criminosa legalmente cominada está condicionada pela pena legal.)⁶

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

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 direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66).

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”.

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 *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

(MENDES, Paulo de Sousa. **O torto 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.

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

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

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.

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

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 a 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 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”

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)

y de él se separó, cerca de 1880, la culpabilidad “subjetiva” (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 filosofía, Del derecho y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 50.

¹⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Jurídica 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

2. O papel da culpabilidade no direito penal moderno

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

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 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

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 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

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 consequências 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, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 278-279).

²³ MAURACH, Reihart; 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.

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 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?

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).

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

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.

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

3. 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 atribuir à

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

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

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).³¹

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 direito³². 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 diferente é atribuído a uma pessoa imaginária colocada no lugar do sujeito real.³³ 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:

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 279-282.

³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 279.

³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 280.

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 a la norma (el problema de libre albedrío).³⁴

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.³⁵

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

³⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 170.

³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 280.

auto-determinação e se apresenta apto *a evitar o juridicamente proibido*, esforçando 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.³⁶

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 cual tienen que ser comprendidos estos últimos.³⁷

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 são³⁸.

³⁶ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 84.

³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Comares, 2002, p. 457.

³⁸ 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

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 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:

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).

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.³⁹

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 psiquicamente são ou na capacidade de se comportarem conforme a norma⁴⁰.

4. Considerações finais

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 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

³⁹ 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.

⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, Conceito, 2012, p. 280.

valor que versa sobre o autor do fato. A culpabilidade, por sua vez, é um juízo de valor que versa sobre o autor do fato.

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

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.

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

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

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

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

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

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

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.

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

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 culposos como condição necessária da imputação da pena**. Coimbra: Coimbra, 2007.
MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2003.

OLAECHEA, José Urquiza. 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.

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.

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

WELZEL, Hans. **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.