

## **CULPA & CASTIGO: MODERNAS TEORIAS DA CULPABILIDADE E LIMITES AO PODER DE PUNIR**

**Karyna Batista Sposato\***

### **RESUMO**

O artigo trata do princípio da culpabilidade a partir das modernas teorias formuladas por Winfried Hassemer, Claus Roxin, Günther Jakobs e Francisco Muñoz Conde. Procura discutir em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder punitivo ou ao revés, fundamenta a pena, demonstrando sua necessidade. A questão é das mais relevantes na Teoria do Delito, como critério legitimador da pena e de individualização da sanção. E vive hoje uma inegável crise, que se expressa na disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal – ambas as tarefas atribuídas a um único conceito de culpabilidade. Como é sabido, a culpabilidade é em nossa cultura jurídica um dos pressupostos decisivos para a responsabilização jurídico-penal, ou seja, ela juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade é o que fundamenta a imposição de uma pena. Entretanto, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro de referência para a individualização da sanção. A crise do conceito de culpabilidade, de um ponto de vista dogmático, como se pretende demonstrar se reflete na dificuldade de medir a liberdade de vontade de um autor de um delito ou de sua capacidade de atuar de modo distinto. E de um ponto de vista de política criminal, na dificuldade de legitimação da pena, uma vez que não se pode negar que atualmente mais do que antes se espera obter conseqüências positivas através da utilização do Direito Penal. Por isso, a discussão para além de um interesse teórico-acadêmico é de fundamental importância pois, pode influenciar opções de política criminal na direção de um sistema penal reduzido ao mínimo indispensável à convivência social, ou em sentido oposto, sua exacerbação.

---

\* Mestre em Direito Penal pela USP. Doutoranda em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide – Sevilha/Espanha. Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa. Autora da obra “O Direito Penal Juvenil”, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

**PALAVRAS-CHAVE:** CULPABILIDADE; RESPONSABILIDADE; FINALIDADES DA PENA; INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

## **RESUMEN**

El artículo trata del principio de la culpabilidad desde las modernas teorías formuladas por Winfried Hassemer, Claus Roxin, Günther Jakobs y Francisco Muñoz Conde. Discute en que medida la culpabilidad funciona como limitación del poder punitivo o al revés, fundamenta la pena, evidenciando su necesidad.

El tema es uno de los más importantes de la Teoría del Delito, como criterio de legitimación e individualización de la pena. Y vive hoy una crisis innegable, que se expresa en la disputa entre funciones político-criminales y la determinación de la proporcionalidad de la sanción penal- ambas tareas atribuidas al mismo concepto de culpabilidad. Como se sabe, la culpabilidad es en nuestra cultura jurídica uno de los presupuestos decisivos para la responsabilización jurídico-penal, o sea, ella juntamente con la ilicitud y la antijuridicidad es lo que fundamenta la imposición de una pena. Entretanto, además de fundamentar la pena, cabe a la culpabilidad limitarla, sirviendo como parámetro de referencia para la individualización de la sanción. La crisis del concepto de culpabilidad, desde el punto de vista dogmático, como se pretende demostrar se refleja en la dificultad de medir la libertad de voluntad del autor del delito o de su capacidad de actuar de modo distinto. Y desde el punto de vista de la política criminal, en la dificultad de legitimación de la pena, a la vez que no se puede negar que actualmente más que antes se espera obtener consecuencias positivas a través de la utilización del Derecho Penal. Además del interés teórico-académico, la discusión tiene fundamental importancia pues puede influenciar opciones de política criminal en la dirección de un sistema penal reducido al mínimo indispensable a la convivencia social, o en otro sentido de su exacerbación.

**PALABRAS-CLAVE:** CULPABILIDAD; RESPONSABILIDAD; FINALIDADES DE LA PENA; PROPORCIONALIDAD; INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo discutir a culpabilidade a partir de seus dois grandes atributos: a fundamentação da pena, e seu limite. Trata-se de retomar as distintas teorias formuladas modernamente com o intuito de refletir em que medida a culpabilidade funciona como limitação ao poder de castigar do Estado, seja como critério de individualização da sanção penal, ou em outro sentido, de legitimação acerca da necessidade da pena.

Sabe-se que o tema insere-se dentre os mais importantes na moderna teoria do Direito Penal, mais precisamente na Teoria do Delito, uma vez que mediante uma idéia de culpabilidade se atribui ao agir humano uma característica ou uma feição que o torna culpável, e por conseqüência punível. É dizer que a culpabilidade é um dos elementos centrais na definição de relevância penal a determinados atos ou fatos produzidos pela ação humana.

Dito de outro modo, é a culpabilidade juntamente com a ilicitude e a antijuridicidade que fundamenta a imposição de uma pena em nossa cultura jurídica. É desta maneira, “*prima facie*” a possibilidade de atribuir e responsabilizar uma pessoa concreta de determinado fato<sup>1</sup>. Entretanto, além de fundamentar a pena, cabe à culpabilidade limitá-la, servindo de parâmetro de referência para a individualização da sanção.

Esta compreensão está presente desde as formulações de Arthur Kaufmann e Achenbach e se traduz numa idéia de culpabilidade com dupla conotação ou significado, o de legitimar a imposição de uma pena e ao mesmo tempo limitar sua incidência sobre determinado sujeito.

Todavia, não se pode perder de vista que o fundamento material da culpabilidade e os elementos que a integram vivem hoje uma profunda crise. E não menos importante é a disputa entre funções político-criminais e a determinação da proporcionalidade da sanção penal, como tarefas atribuídas a um único conceito de culpabilidade. É justamente sobre estas questões que se pretende debruçar.

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO FERMÍN; MORALES PRATS Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Aranzadi, S.A. 3ª Edición.

## 1. INTRODUÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade é em nossa cultura jurídica um dos pressupostos decisivos para a responsabilização jurídico-penal, e sua conceituação advém basicamente de duas visões da culpabilidade, a psicológica e a normativa, sendo a última a que melhor traduz o conceito de culpabilidade que utilizamos no chamado Direito Penal de Culpabilidade.

A partir da segunda metade do século XIX surge a concepção psicológica da culpabilidade, em profunda consonância com a teoria jurídica do delito própria dos sistemas de Franz Von Liszt e Ernst Beling, que conceituam o tipo penal como uma fórmula estritamente objetiva e descritiva e que localizam “todo o subjetivo” na culpabilidade.

Enquanto Liszt constrói a culpabilidade como uma relação subjetiva entre o ato e o autor, Beling no mesmo sentido aponta a relação do autor com o resultado e sua vinculação subjetiva com o fato praticado. Para ambos, o que vincula o autor à realização da conduta é a culpabilidade havendo um pressuposto ideológico acerca da liberdade do homem e de sua capacidade intelectual. Também Gustav Radbruch sustenta um conteúdo de vontade na culpabilidade, uma relação psicológica com o resultado.

Trata-se de um conceito de culpabilidade de matiz causalista, uma vez que busca um nexos psíquico entre a ação e o resultado, cabendo à culpabilidade conceder uma explicação causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexos de atribuição objetiva<sup>2</sup>. Deste modo, se configura um sistema bipartido rígido do Ilícito, separando drasticamente elementos objetivos dos elementos subjetivos, distinguindo, portanto o injusto (elementos objetivos) da culpabilidade (elementos subjetivos).

É importante identificar a influência do positivismo naturalista para esta construção, pois o delito se manifesta como um acontecimento natural, passível de

---

<sup>2</sup> GONZALO D. FERNANDEZ. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F., 1995, vol.1, pág. 164.

observação tal qual um fenômeno das ciências naturais. A culpabilidade nesta perspectiva é um fato psíquico, observável e também passível de uma descrição<sup>3</sup>.

A consequência mais eloqüente do esquema psicológico é imputar determinado fato a um sujeito entendido como culpável, a título de dolo ou culpa<sup>4</sup>, buscando estabelecer uma relação psicológica entre o autor e seu ato.

Paulatinamente as críticas a um conceito de culpabilidade positivista determinista, que se reduzia às idéias de dolo e culpa, conduziram à construção de um conceito normativo de culpabilidade, do qual Reinhard Frank é o maior expoente como fundador, por haver acrescentado ao dolo e a culpa, as chamadas circunstâncias concomitantes e conceber-lhes como elementos da culpabilidade. Sua maior contribuição, entretanto, é o conceito de reprovabilidade como uma valoração negativa de uma conduta desaprovada e que configura em seu ponto de vista, o perfil normativo da culpabilidade.

Por normativo podemos entender o conceito de culpabilidade a partir de Frank porque é também à luz de suas afirmações que tem início uma concepção de que a culpabilidade descansa sobre a norma de dever individual e a exigibilidade se dá quando há a possibilidade de uma conduta adequada ao Direito. Destacam-se nesta linha, Goldschmidt e Freudenthal e não se pode negar a presença do neokantismo<sup>5</sup> em tais formulações, uma vez que acrescenta-se ao conceito clássico causal de delito, no qual dolo e culpa são elementos da culpabilidade, as idéias de dano social e reprovabilidade.

Pode-se dizer que com James Goldschmidt e Fredenthal se estrutura uma *teoria da exigibilidade* na medida em que desenham um conteúdo material : a desobediência de um dever jurídico como fundamento da culpabilidade. Mais do que isso, a reprovabilidade se expressa pelo não deixar-se motivar pela representação do dever e a exigibilidade se constitui no fundamento para a imposição da culpabilidade.

---

<sup>3</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH. “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”. EN: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (www.criminet.ugr.es)

<sup>4</sup> Historicamente culpa e dolo são conceitos utilizados para a atribuição subjetiva de responsabilidade, e até fins do século XIX, foram os mesmos para o direito civil e o direito penal. (QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN. Y PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General* -, Editorial Aranzadi, S.A. 3ªEdición.

<sup>5</sup> A influência do Neokantismo a partir da segunda metade do século XIX para o Direito Penal consistiu na introdução de métodos próprios das ciências humanas dirigidos à compreensão e valoração, em substituição aos métodos das ciências naturais de observação e descrição.

O que está por detrás da exigibilidade, no entanto, é a idéia de que o sujeito poderia agir de modo distinto, ou seja, com livre arbítrio.

Com os avanços do Finalismo, mudanças são implementadas no conceito normativo de culpabilidade, passando este a incorporar a partir de Hans Welzel um critério de reprovabilidade consistente na formação antijurídica da vontade do autor<sup>6</sup>. Para Welzel, a culpabilidade é a parte da responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica, muito embora o mesmo não explique de que forma uma pessoa pode evitar o delito e utilizar seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o Direito, ou seja, também Welzel não oferece uma explicação do livre arbítrio<sup>7</sup>, que segue como uma categoria carente de comprovação empírica.

Importa reconhecer que na Doutrina Finalista da ação se impõe uma separação entre os elementos objetivos do delito e o conceito de culpabilidade, que se perfaz da idéia de reprovação.

Observa-se, portanto, que o finalismo se vale da fórmula de Frank de que culpabilidade equivale à reprovabilidade agregando a ela, elementos valorativos (normativos). Deste modo, a culpabilidade é a reprovação decorrente de uma ação típica e antijurídica realizada, e implica ser responsável por um comportamento antijurídico. Este é um aspecto de relevância, pois é o que faz do conceito de culpabilidade, um conceito jurídico e não moral ou meramente psicológico. Por esta razão, Maurach e Heinz Zipf denominam este conceito de *conceito complexo de culpabilidade* porque compreenderia conjuntamente elementos psíquicos e valorativos.

Muitos autores atuais<sup>8</sup> vêm demonstrando a necessidade de uma redefinição do conceito de culpabilidade, ou de outra parte até mesmo de sua eliminação como fundamento do delito. Se for possível atribuir à crise do conceito de culpabilidade alguma atualidade, esta talvez se refira de um ponto de vista dogmático, à dificuldade de medir a liberdade de vontade de um autor de um delito ou de sua capacidade de

---

<sup>6</sup> Tal concepção pode ser vista em uma sentença do Supremo Tribunal Federal Alemão, que versa sobre o erro: “Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor que tenha decidido pelo injusto quando poderia comportar-se licitamente, e decidir-se pelo Direito. (...) A razão profunda da reprovação de culpabilidade está no fato de que o homem está em disposição de autodeterminar-se livre, responsável e moralmente, e está capacitado portanto, para decidir-se pelo Direito ou ao contrário pelo injusto.” - BGHSt 2, 2000. (ROXIN, CLAUS. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, pág. 64.)

<sup>7</sup> JESCHECK, HANS-HEINRICH. Loc. Cit.

<sup>8</sup> Vale dizer que a crise do conceito de culpabilidade e também da idéia de livre arbítrio é tão antiga quanto o Direito Penal contemporâneo, datando desde a Escola Positiva italiana as primeiras objeções.

atuar de modo distinto, e de um ponto de vista de política criminal, à dificuldade de legitimação da pena, uma vez que não se pode negar que atualmente mais do que antes se espera obter conseqüências positivas através da utilização do Direito Penal. O velho debate acerca da liberdade individual do autor e das finalidades retributivas ou preventivas da pena estatal se renovam na discussão sobre a culpabilidade, que oscila entre a culpa individual e sua justa retribuição e a supremacia da prevenção<sup>9</sup>.

## 2. MODERNAS TEORIAS DA CULPABILIDADE

Como visto, nossa cultura social e jurídica mantém um conceito de culpabilidade calcado na idéia de liberdade do sujeito. Dizer “quem tem a culpa” implica admitir um grau de decisão e responsabilidade naquele que atuou de forma ilícita e antijurídica.

Entretanto, tendências preventivo-especiais existentes desde Liszt pressionam na direção de um direito penal de autor<sup>10</sup>, pois a questão de que a intervenção sobre o delinqüente é necessária para evitar delitos futuros depende mais de sua personalidade que do fato concreto individual.

Esta parece ser a questão recorrente para o Direito Penal que já em 1930, Zimmerl apontava como a questão central na definição de que modelo de Direito penal

---

<sup>9</sup> Por prevenção, se quer designar a prevenção geral - a possível influência sobre o autor - e a prevenção especial - a correção e a salvaguarda sobre eventuais autores. (NAUCKE, WOLFGANG. “*Prevención general y derechos fundamentales de la persona.*” EN : FERNÁNDEZ, GONZALO D. Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, pág 15.)

<sup>10</sup> Como acentua Zaffaroni, por Direito Penal do Autor denomina-se o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Este estado de inferioridade tem para alguns natureza moral e para outros natureza mecânica, ou seja, para os primeiros o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em conseqüência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou perigosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas concepções, o criminalizado é um ser inferior. (ZAFFARONI, EUGENIO, RAUL. *Derecho Penal : parte general*/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia -, Buenos Aires: Ediar. 2002. 2ª Edición) Claus Roxin adverte que o Direito Penal de Autor se verifica sempre que a pena se vincule à personalidade do autor e seja sua associabilidade e o grau da mesma o que decida sobre a sanção: o que faz culpável o autor não é o cometimento de um ato e sim que sua condição o converta em objeto de censura legal”. (ROXIN, CLAUD. *Derecho Penal – Tomo I – Fundamentos de la estructura de la teoria del delito.* Madrid: Editorial Civitas, 1999. pág. 176.)

deve estruturar o sistema: “*Fato concreto ou personalidade: esta é a pergunta sobre o fundamento primário de todo sistema*”.

Trocando em miúdos, a moderna discussão sobre a culpabilidade não escapa da mesma pergunta: a culpabilidade dirige-se a avaliar a personalidade e as condições pessoais do autor do fato para indicar a pena mais adequada ao alcance de finalidades preventivas, ou dirige-se à avaliação do fato em si mesmo e da atuação do sujeito com vistas a adequar a sanção a uma fórmula o mais proporcional possível à medida de sua “culpa”. Ou expressa em última instância, uma ofensa à ordem jurídica, que portanto gera a necessidade de castigo como mecanismo de restabelecimento do Direito.

Este trabalho focaliza quatro autores: Claus Roxin, Günther Jakobs, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde e suas distintas concepções da culpabilidade, que por conseguinte, oferecem caminhos divergentes quanto à necessidade de redefinição do conceito e sua incidência para a responsabilização penal. Podemos identificar posturas de substituição, reforço, eliminação ou superação do conceito de culpabilidade como fundamento do delito.

Chamamos de substitutivas as propostas de Roxin, uma vez que o autor sugere que o conceito normativo de culpabilidade seja aperfeiçoado na direção de um conceito normativo de responsabilidade. A leitura de Jakobs, por sua vez, aponta para a construção de um conceito material de culpabilidade que atenda a fins sociais, demonstrando que a culpabilidade cumpre uma função de reforço à fidelidade ao Direito, Hassemer discute a eliminação da reprovação como elemento da culpabilidade e a necessária preponderância de um conceito de Responsabilidade atento ao fato concreto. Por último, Muñoz Conde propõe a superação da culpabilidade com a introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade da imposição de uma sanção penal tendo em vista as condições pessoais e sócio-econômicas do sujeito.

## **2.1. Responsabilidade e Finalidades Preventivas em Roxin**

A questão essencial da qual parte Roxin é se a culpabilidade funciona como uma justificativa para a pena. Para ele de um lado o conceito de culpabilidade cumpre



um papel de legitimação ao mal que se impõe ao acusado (idéia de retribuição), e de outro, limita o poder de intervenção estatal, assinalando o limite máximo da pena<sup>11</sup>.

Este segundo aspecto é bastante reforçado por Roxin, que vê na Culpabilidade um meio de limitar sanções jurídico-penais, mas não de fundamentá-las. Sua função político-criminal consiste em impedir que por razões de prevenção geral ou especial se abuse da pena.

Importante ainda observar que seu conceito de culpabilidade combina elementos de conteúdo material de caráter subjetivo e objetivo, e se constitui por três aspectos, objeto de valoração (o tipo de culpabilidade); a valoração em si mesma (que muitos autores designam como reprovabilidade/ reprovação); e a união entre o objeto e seu predicado de valor (fato culpável).

Na busca de um conceito material de culpabilidade, Roxin defende que os princípios político-criminais da Teoria dos Fins da Pena sustentem a categoria sistemática que comumente se denomina Culpabilidade. Demonstra que as tentativas em separar Injusto de Culpabilidade resultaram inconsistentes. Os Binômios: Objetivo/Subjetivo; Dever /Poder; Geral/Individual; Desvalor da Ação/Desvalor da Atitude Interna apenas abarcam fragmentos parciais da problemática e não compreendem a totalidade dos fenômenos que se devem incluir sistematicamente nestas categorias.

Reforça que o decisivo não é o poder atuar/ agir de outro modo, e sim que o legislador, a partir de pontos de vistas jurídico-penais, torne responsável o autor por sua ação. Por isso, trata-se mais de um conceito de Responsabilidade<sup>12</sup> que Culpabilidade, pois o que está em jogo são critérios de política criminal que permitam definir a questão quanto à necessidade jurídico-penal de sancionar no caso concreto. A responsabilidade tem como pressupostos a culpabilidade e o conhecimento da antijuridicidade. Enquanto a antijuridicidade confere a um determinado fato o predicado de infringir a ordem do dever ser jurídico-penal, a responsabilidade significa uma valoração do ponto de vista de fazer responsável penalmente o sujeito.

---

<sup>11</sup> Esta visão de Roxin retoma o pensamento de Arthur Kaufmann de que “em última instância o problema da liberdade de vontade também pode atenuar-se, reconhecendo na culpabilidade unicamente uma função limitadora e considerando que seu único sentido consiste em limitar a pena que por outras razões é legítima e necessária, e deste modo, proteger o indivíduo frente os abusos do poder punitivo do Estado”. ROXIN, CLAUD. ROXIN, CLAUD. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* Op. Cit.

<sup>12</sup> Assim também Henkel que concebe uma zona limite de exclusão da responsabilidade que escapa a uma normatização descritiva e é recomendada ao juiz para que pondere no caso em concreto.

Como decorrência, no marco da culpabilidade como fundamento da pena, Roxin concebe que as tradicionais causas de exclusão da culpabilidade são em verdade, casos de exclusão da responsabilidade baseadas nos fins da pena. Ou seja, são considerações de prevenção geral e especial que levam o legislador a renunciar à sanção<sup>13</sup>. A distinção entre culpabilidade e responsabilidade reside precisamente em admitir que a reprovação ou reprovabilidade é uma condição necessária mas não suficiente para a responsabilidade, sendo imprescindível a necessidade preventiva de sanção. Portanto, a responsabilidade consiste em culpabilidade do sujeito combinada com necessidade preventiva da sanção penal. Ressalte-se que seu conceito de culpabilidade é empírico-normativo, vez que é empiricamente constatável a capacidade de autocontrole e a acessibilidade normativa por parte do sujeito<sup>14</sup>.

Por outro lado, no marco da culpabilidade como determinação da pena, observa que o grau de culpabilidade serve à determinação da pena impondo limites às finalidades preventivas. Uma proporcionalidade entendida como justa entre culpabilidade e pena proporciona à condenação a possibilidade de um consenso na comunidade jurídica e assegura a autoridade da norma, o que é sumamente útil para a manutenção do ordenamento jurídico.

Nesta direção, pondera que nenhuma necessidade preventiva por maior que seja pode justificar uma sanção que contradiga o princípio de culpabilidade<sup>15</sup>. A necessidade preventiva opera como uma proteção adicional frente à intervenção do Direito Penal, pois restringe a possibilidade de punição da conduta culpável mediante a exigência de que a mesma seja preventivamente imprescindível.

Conseqüentemente, uma pena pode ser inferior ao grau de culpabilidade, quando a pena adequada à culpabilidade possuir um efeito previsivelmente contrário à

---

<sup>13</sup> Juntamente com Leckner, Roxin aponta que a renúncia ao castigo se produz tanto por razões de prevenção geral como também de prevenção especial.

<sup>14</sup> Por acessibilidade normativa devemos entender a capacidade de comportar-se conforme a norma que é conhecida pelo sujeito.

<sup>15</sup> Muñoz Conde elucida que a culpabilidade pode ser compreendida a partir de uma triple função: como fundamento da pena – no que se refere à verificação dos elementos necessários para a imposição de uma pena (capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa) -, como elemento de determinação ou medição da pena – no tocante à gravidade e duração da pena adequadas ao caso concreto -, e como proscricção de responsabilidade pelo resultado – o que reduz as formas de imputação de um resultado ao dolo e à imprudência. Esta última é justamente a que caracteriza o princípio de culpabilidade, já que exige a existência de dolo ou imprudência para que uma pena possa ser imposta. (MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004, pág. 95.)

socialização. Por isso, faz-se relevante frisar que para Roxin, embora a culpabilidade seja determinada em seu conteúdo por critérios preventivos, não se confunde com prevenção e produz recíprocas limitações ao poder punitivo. Vejamos, como fundamento da pena a idéia de responsabilidade impõe uma limitação ao poder de castigar do Estado ao condicioná-lo a uma necessidade pública de prevenção, e simultaneamente como determinação da pena, a responsabilidade ao abarcar a culpabilidade do sujeito limita a prevenção geral intimidatória e a prevenção especial dirigida ao tratamento.

Entende desta maneira que a manutenção do princípio de culpabilidade significa uma decisão de princípio em favor da prevenção geral integradora<sup>16</sup>, e apenas dentro de seus limites admite-se uma prevenção geral intimidatória.

A manutenção do conceito de culpabilidade justifica-se por três razões principais: a primeira, de ordem terminológica, dada a tradição em nossa cultura jurídica e social, a segunda de cunho dogmático dado o reconhecimento de que é a culpabilidade a categoria que estabelece em muitas legislações e ordenamentos jurídicos, a ponte necessária entre fundamentação e determinação da pena, e a última razão, mas não menos importante, de caráter político-criminal, que consiste em conceber uma distinção estratégica entre culpabilidade e prevenção, definindo-se a culpabilidade como pressuposto de uma responsabilidade configurada preventivamente.

## **2.2. Funcionalismo e Fidelidade ao Direito em Jakobs**

Günther Jakobs também discute a culpabilidade a partir de sua função de legitimação da pena estatal, sendo que desenvolve um conceito funcional de culpabilidade, com atribuição preventiva geral. Para ele somente a finalidade dota de conteúdo o conceito de culpabilidade, e vê esta finalidade na prevenção geral, tanto no sentido de intimidação como também de validação das normas penais.

---

<sup>16</sup> Por prevenção geral integradora devemos entender a capacidade das normas penais e sua imposição em motivar o cumprimento e a interiorização das regras de convivência elementares e que reforçam a confiança social no Direito. Enquanto que a prevenção geral intimidatória se caracteriza pela intimidação aos cidadãos que a ameaça da pena promove.

O fim orientador e determinante da culpabilidade é a estabilização na confiança ao ordenamento jurídico perturbado pela conduta delitiva. A atribuição de culpabilidade e a punição a ela vinculada têm o condão de confirmar a “correção da confiança na correção de uma norma”. O delito frustra as expectativas da comunidade jurídica e tal frustração se compensa interpretando como falha não a norma e sim a conduta que a frustrou (prevenção geral positiva).

As críticas à visão funcionalista de Jakobs destacam uma instrumentalização do indivíduo que apenas serve como instrumento dos interesses sociais de estabilização<sup>17</sup>. Ele por sua vez, rebate as críticas com a assertiva de que é a reprovabilidade o que legitima a pena, e que a utilidade pública da pena jamais poderá sobrepor-se à culpabilidade do autor, o que traduz o respeito em face da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>. Acrescenta que um conceito material de culpabilidade implica normas legítimas, reforçando que o ordenamento jurídico não pode comportar-se frente a um autor como se fosse um “cachorro”<sup>19</sup>.

O Direito Penal de Culpabilidade para Jakobs está fundamentado por fins sociais, e a culpabilidade nada mais é que falta de fidelidade ao Direito, ou ainda a demonstração de um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico.

Em sua obra “*Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*”, explicita que é através do conceito de culpabilidade que se operam as soluções decisivas da teoria da imputação.

Parte de uma distinção fundamental entre sociedade e mundo exterior, que expressa a separação entre *sentido e natureza*, sendo que o que se entende por *sentido* ou por *natureza* se determina funcionalmente. A culpabilidade é para Jakobs o conceito que separa *sentido* de *natureza*<sup>20</sup>. Para melhor compreendermos sua posição faz-se necessário saber que o injusto para Jakobs se ocupa da presunção de que existe uma expressão de sentido defeituosa. Ou seja, o delito demonstra uma carência de validade da norma, e toda expressão de sentido com conteúdo defeituoso gera

---

<sup>17</sup> Desde Kant, há a advertência de tratar-se de uma violação da dignidade humana. “o ser humano jamais pode ser utilizado meramente como meio para os propósitos de outro e ser misturado com os objetos do Direito das Coisas, o que fere sua personalidade inata”.

<sup>18</sup> JAKOBS, GÜNTHER. “*El principio de culpabilidad*”. EN: ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Madrid: Civitas, 1997, pág. 365.

<sup>19</sup> JAKOBS, GÜNTHER. Op. Cit., pág.381

<sup>20</sup> Importante observar que a expectativa normativa é antes de mais nada uma expectativa cognitiva.

responsabilidade, uma vez que existe uma expectativa de fidelidade suficiente ao Direito.

A responsabilidade, entretanto, somente se pode atribuir ao cidadão fiel ao Direito, ou ainda à pessoa em Direito<sup>21</sup>. Por conseqüência, a medida da culpabilidade não mede ao sujeito, e sim uma pessoa, no sentido mais geral e de quem se espera respeito e fidelidade ao direito, é dizer aquele que presta uma mínima garantia cognitiva de comportamento fiel ao Direito. Significa conceber que o Direito penal não se desenvolve na consciência individual, e sim na comunicação. Os atores são pessoas (tanto o autor do fato, a vítima ou o juiz) e suas condições são determinadas socialmente, e não individualmente.

A conseqüência prática de seu conceito de culpabilidade, como *sentido*, remete à função das leis penais como motivadoras e, portanto, com o escopo de evitar condutas delitivas, donde se depreende também a prevenção geral negativa (intimidação).

Em resumo, a culpabilidade para Jakobs é um conceito funcional que expressa um defeito de motivação, e sua proclamação deve reforçar a confiança na ordem jurídica.

### **2.3. Responsabilidade e Proporcionalidade em Hassemer**

A construção de Hassemer acerca do conceito de culpabilidade parte da observação crítica de suas principais fragilidades. Em primeiro lugar identifica o autor que o tradicional conceito de culpabilidade travestido em princípio, desvia a co-responsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral. Em segundo, devemos reconhecer que ainda hoje utilizamos um conceito híbrido de culpabilidade moral e culpabilidade jurídica, e que por mais esforços destinados, a culpabilidade jurídica nada mais é do que um modo deficitário da moral.

---

<sup>21</sup> Pessoas são destinatários de direitos e deveres, e vice-versa. Somente é pessoa quem é capaz juridicamente, e portanto está excluído do âmbito das pessoas aquele que não pode desfrutar ou exercer nenhum direito e também não pode suportar nenhum dever. (JAKOBS, GÜNTHER. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004, pág. 52.)

Por fim, resta também evidente um desequilíbrio entre Lei Penal e culpabilidade em muitos casos concretos, nos quais a demonstração de falta de culpabilidade gera conseqüências muito mais graves que a pena poderia gerar, como se vê, por exemplo, com a imposição de medidas de segurança.

Desta maneira parece indiscutível que tanto um conceito abrangente de culpabilidade como sua expressão principiológica estejam sofrendo uma progressiva erosão diante dos desafios atuais colocados ao Direito penal, em especial a obtenção de conseqüências positivas. Dentre os penalistas já se admite que a culpabilidade não seja discutida em torno da “liberdade de vontade” ou da capacidade de atuar de modo distinto, e sim a partir das finalidades de prevenção geral e especial.

Para postular uma revisão do conceito, Hassemer identifica cinco dimensões da culpabilidade. Começando pela imputação subjetiva, devemos ter presente que a culpabilidade possibilita uma vinculação entre um acontecer injusto / fato injusto e uma pessoa atuante. Propõe de plano, um segundo aspecto que é a Responsabilidade como um critério de aperfeiçoamento da imputação subjetiva pelo conceito de domínio do fato, ou ainda da possibilidade de governar o acontecer lesivo.

No que diz respeito à diferenciação de graus de participação interna reforça sua particular função de valoração entre distintos graus de responsabilidade que vão desde a imprudência inconsciente até a comissão intencional de um delito. E sobretudo no tocante aos atores, vítima e o autor do delito, que também modificam a valoração dos graus de participação interna.

Quanto à vítima, é necessário reconhecer que a partir de sua perspectiva pode-se sentir o dano causado de diferentes modos, ou seja, quem atua dolosamente produz um dano maior que aquele que atua imprudentemente, ainda que seja do ponto de vista social pessoal e não médico-empírico. Delitos que se realizam na presença do autor e da vítima encerram uma vexação social e pessoal da vítima. O exemplo de um delito de estupro expressa bem, que mais que as lesões físicas produzidas se produz uma séria violação à dignidade da vítima.

Quanto ao autor, desempenham especial papel os chamados delitos sem vítimas, pois nestes também quem atua dolosamente ameaça em maior grau a vigência da norma e ao mesmo tempo a ordem jurídica. Enquanto do autor imprudente espera-se maior cautela em suas ações no futuro, do autor que agiu com dolo, espera-se sua

“conversão normativa, sua mudança de atitude frente as normas”. Por exemplo, o terrorista que realiza um seqüestro, busca um ataque à ordem estatal e jurídica.

A quarta dimensão refere-se à proporcionalidade para a adequação das penas, que acaba sendo uma decorrência das anteriores: possibilitar a imputação subjetiva, diferenciar graus de participação interna são tarefas que o direito penal cumpre não por um mero interesse acadêmico, senão por buscar fundamentar e medir uma consequência jurídico-penal que possa ser qualificada como justa.

Vale dizer que a proporção das sanções jurídico-penais se depreende justamente da aceitação de diferentes graus de participação, ou seja, a diferenciação que o conceito de culpabilidade produz é o que concretiza o princípio da proporcionalidade, sem, contudo, perdermos de vista que outros elementos interagem como critérios de proporcionalidade, como é o caso da lesão ao bem jurídico protegido.

Por último, a reprovação pode ser entendida como uma dimensão central do conceito de culpabilidade. E pressupõe um conjunto de elementos que Hassemer descreve detalhadamente. São eles: a Liberdade de Vontade como um elemento observável no processo penal que avalia e mensura as limitações materiais da liberdade do acusado, ou seja, os indicadores de déficit de liberdade. De outra parte, a vida cotidiana há de ser considerada, uma vez que nela se constrói os conceitos de reprovação ou desculpa. Todavia, a ponderação de que não exista uma vida cotidiana e sim normas grupais de referência e estilos de conduta com diferenças relevantes de reprovação e desculpa também pode desempenhar um papel relevante de exemplaridade para o Direito, é dizer, a cultura cotidiana pode ensinar a cultura do direito de que devemos ser mais cuidadosos com as reprovações, que podemos cogitar de evitá-las, ou esquecer-las. De modo geral, o Direito sempre manteve um distanciamento da cultura cotidiana, o desafio, entretanto não é traduzi-la ao pé da letra, e sim na medida do factível transformar as formas humanas em formas institucionais de elaboração formalizada de conflitos.

Outro elemento da reprovação que não pode ser ignorado está presente no que Hassemer chama de *Teoria do Bode Expiatório*. A reprovação decorrente da culpabilidade faz com que a sociedade afetada pelo mal, o projete sobre a pessoa individual, que deve ser afastada ou expulsa. Este mecanismo pode oferecer uma

explicação a mais de porque a reinserção social do delinqüente é algo tão difícil de ser alcançado.

O autor defende que a eliminação da reprovação do conceito de culpabilidade, embora não pudesse extinguir com tal mecanismo psicosociológico, poderia evitar sua intensificação. Ademais, pondera que a reprovação já não cumpre a função de limitação das penas, e tampouco funciona como justificação do direito penal, pois que o direito penal sempre terá uma justificação ético-social que não se encontra no âmbito individual, ou na culpabilidade do indivíduo. A justificação se encontra na força do direito penal para elaborar os conflitos mais graves.

É importante perceber que Hassemer ao descrever as dimensões da culpabilidade e todos os elementos que a compõem acaba por desvendar sua utilização como mecanismo de intimidação<sup>22</sup> e tratamento. O juízo de culpabilidade tal qual hoje elaboramos restringe-se à verificação de em que medida a ação de um sujeito afronta o ordenamento jurídico, e se o mesmo sujeito é ou não objeto de tratamento<sup>23</sup>.

Critica veementemente que a culpabilidade sirva para definir o que se pode fazer racionalmente com uma pessoa, quando deveria servir para definir a responsabilidade. Ao propor um conceito de Responsabilidade, propõe que a atenção dispensada pelo Direito dirija-se a avaliar se o sujeito era responsável por sua ação típica e antijurídica, e não esteja voltada aos objetivos político-criminais de futuro. A responsabilidade desde sua perspectiva é um juízo que aponta ao passado e não ao futuro.

Portanto, de acordo com Hassemer a delimitação da responsabilidade e de seus distintos graus importa como fundamento e princípio de ajuste para a

---

<sup>22</sup> Hassemer critica as Modernas Teorias de Prevenção Intimidatória relembrando que trabalham na mesma lógica dos sacrifícios humanos na construção de diques. A crença de que a imposição de uma sanção a quem infringe o ordenamento jurídico, influirá de maneira positiva em muitas outras pessoas que simpatizem com o delinqüente não se distingue muito da tradição medieval no norte da Alemanha de emparedar uma pessoa, nos diques de contenção do mar, preferentemente uma criança, pela crença de que isso faria com que o dique suportasse o mar mais eficazmente.

<sup>23</sup> Luigi Ferrajoli descreve as doutrinas e legislações penais de tipo correccional que se desenvolvem a partir da segunda metade do século XIX, quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no disciplinar e tecnológico de castigar melhor. A literatura correccionalista demonstra que o projeto disciplinar é articulado com as finalidades da prevenção especial, a positiva – reeducação do réu, e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Ambas não são excludentes e sim ocorrem acumulativamente na definição de finalidade da pena que será diversificada conforme a personalidade, corrigível ou incorrigível. As distintas doutrinas da prevenção especial (moralistas de emenda /da defesa social / e da diferenciação da pena) preocupam-se mais com o sujeito que com o ato praticado. (FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989.)



proporcionalidade da sanção penal. Conceitos deixados à margem pelas concepções preventiva e funcionalista.

#### **2.4. Motivação e a combinação entre dogmática e política criminal em Muñoz Conde**

O primeiro aspecto de elevada importância na posição de Muñoz Conde está na superação de um conceito de culpabilidade fundado na possibilidade de agir de modo distinto. Para ele, as normas penais se dirigem a indivíduos capazes de motivarem-se em seus comportamentos pelos mandatos normativos. A diferença é marcante na medida em que substitui a lógica de que os indivíduos possam eleger entre várias formas de agir pela de que é a norma penal que motiva através de seus mandatos ou proibições para que os indivíduos, por exemplo, se abstenham de determinada conduta em face da ameaça de pena<sup>24</sup>.

Configura desta forma, um conceito material de culpabilidade cujo fundamento descansa sobre as faculdades que permitam ao ser humano participar com seus pares, e portanto em condições de igualdade em uma vida pacífica, e justamente organizada. Em outras palavras, a *motivabilidade* ou capacidade de motivação para Muñoz Conde é a capacidade para reagir frente às exigências normativas<sup>25</sup>. Sendo que tais exigências ou expectativas se estruturam à luz de necessidades preventivas, e vale-se das lições de Mir Puig:

*“O fundamento da culpabilidade não pode derivar-se , sin más (apenas), da natureza das coisas, como crê a concepção tradicional – não cabe castigo ao inculpável porque não pode atuar de outro modo – e perigosamente como dá a entender a teoria da motivação normativa –*

---

<sup>24</sup> Max Weber ao demonstrar a distinção sociológica entre Direito Público e Privado, reflete que o primeiro trata-se de um conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se referem à instituição estatal, isto é, que se destinam à conservação, à expansão ou à execução direta dos fins desta instituição, vigentes por estatuto ou consenso. O direito privado define como conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se referem à instituição estatal, sendo apenas reguladas por esta mediante normas. O mesmo autor ressalta que o *imperium ou jus imperii* do Estado tem como componente o poder de castigar, que constitui-se precisamente em “vencer a desobediência não apenas por violência direta mas também pela ameaça de desvantagens”. (WEBER, MAX *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol.2. Brasília: Editora UnB, 1999).

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. “Culpabilidad y prevención en derecho penal”. EN: Cuadernos de Política Criminal, 1980, pág. 54.

*não cabe castigo ao inculpável porque não pode ser motivado em absoluto pela norma -; é imprescindível introduzir um momento normativo essencial(...) em um Estado Social e Democrático de Direito não se considera justo levar o desejo de prevenção até o castigo a quem atua sem culpabilidade”.*<sup>26</sup>

Refere-se, portanto, aos limites que necessidades preventivas podem impor às penas. Do ponto de vista da prevenção geral e especial. A prevenção geral se revela no ato de determinação da pena, e a especial por sua vez, na definição ao caso concreto da resposta adequada à ressocialização ou ao menos a não dessocialização do delinqüente.

Podemos incorrer em dois equívocos acerca da posição de Muñoz Conde, de que remete-se ao conceito puramente funcionalista de Jakobs, ao admitir que as exigências normativas são fixadas socialmente através de uma normativa concreta, ou ainda que defenda um caráter essencialmente preventivo tal qual Roxin para a culpabilidade. Nem uma, nem outra.

Em primeiro lugar, sua concepção de culpabilidade se desenvolve em referência aos demais, é dizer não se trata de um fenômeno individual isolado. Tampouco a culpabilidade traduza uma qualidade da ação individual. É uma característica que se lhe atribui para poder imputar a alguém. Donde decorre importante reconhecer que a definição do que é culpável e não culpável é uma opção de política criminal que determinado Estado elege.

Não se trata de uma visão funcional da culpabilidade porque mesmo partindo da função motivadora da norma penal, Muñoz Conde combina à frustração das expectativas normativas uma dimensão social como fundamento da culpabilidade, que impõe avaliar a utilidade da pena em face da motivação individual e do papel social do indivíduo. Prepondera sobre a busca de fidelidade ao Direito, um juízo de utilidade da pena, ou seja, a pena não deve ser aplicada a qualquer custo, mesmo sendo inútil e desnecessária apenas para reforçar a confiança no sistema<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> MIR PUIG, *introducción a las Bases del Derecho Penal*. Barcelona, 19976, pág. 147. citado por Muñoz Conde.

<sup>27</sup> Gimbernat, reforça que o Estado ao impor uma pena, coloca-se em situação de demonstrar que esta seja necessária para alcançar uma convivência social suportável. E que esta pena seja suficiente em sua gravidade, tanto para conseguir a intimidação geral, como para a afirmação do Direito e a conseqüente

Por outro lado, não compartilha da separação proposta por Roxin entre dogmática jurídico-penal e política criminal, ou substituição da culpabilidade por responsabilidade pois considera as mesmas fragilidades conceituais em ambos os casos.

A máxima preventiva em Roxin padece de um deslize. Não é a culpabilidade que oferece o limite máximo para a imposição da pena, e sim o princípio de legalidade, que fixa os limites dentro dos quais pode mover-se o arbítrio judicial. E tão somente no marco do limite legal pré-estabelecido podem ser discutidas as necessidades preventivas. Demonstra-se inequívoca a relação entre dogmática e política criminal, favorecendo que se desmistifique o direito penal preventivo<sup>28</sup>, dado que tem o potencial de conferir legitimidade e eficácia político-criminal às normas penais.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que é a culpabilidade e seus elementos que operam a atribuição de responsabilidade a um sujeito por um fato típico e antijurídico, devemos reconhecer que estamos diante de um dos aspectos fundamentais para o sistema de controle penal. Por isso, a culpabilidade não é só um problema do indivíduo imputado e sim do próprio Estado no tocante à sua legitimidade e capacidade de exigir responsabilidade. Em outras palavras, a culpabilidade detona para o Estado a necessidade de demonstrar sua condição para exigir do indivíduo o cumprimento das normas jurídicas, e evidentemente tal capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa, suas circunstâncias pessoais e sua relação com o próprio Estado.

---

segurança e confiança dos cidadãos. (BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARÉ. “*Pena y Estado*”. EN: PAPERS, Revista de Sociologia, 13 -1980 – pág. 99 y ss.)

<sup>28</sup> Fala-se em desmistificação porque as críticas que se dirigem ao Direito Penal preventivo, ou ao Direito Penal voltado exclusivamente à prevenção do delito, questionam a legitimidade de um tratamento penal dirigido a alteração coativa da pessoa adulta com fins de recuperação ou integração social, e portanto violador não só da dignidade do sujeito tratado, senão também de um dos princípios do Estado Democrático de Direito, o respeito às diferenças e a tolerância às subjetividades humanas. Fala-se ainda que nesta perspectiva, o poder punitivo é concebido como bem metajurídico, e o delito como mal moral ou enfermidade natural ou social, o que acaba por justificar um direito penal máximo, que se impõe sob a égide de um Estado Pedagogo, Tutelar ou Terapeuta. A desmistificação aqui sugerida trata de reconhecer que embora o excesso preventivo possa dar margem a arbitrariedades, de outra parte necessidades preventivas especiais tem funcionado como fundamento para redução de penas, substituições e até mesmo a suspensão de sua execução.

A teoria dominante da culpabilidade penal baseia-se como vimos em um pressuposto lógico da liberdade de decisão do homem, e que se relaciona estreitamente com a idéia da possibilidade de atuar de modo distinto a partir da suposição de como outras pessoas atuariam nas mesmas circunstâncias, é o que se convencionou chamar de “teoria do homem médio”, pois a punição se dirige àquele que se desviou da média. Importante observar não tratar-se mais de um conceito psicológico, e sim normativo, sustentado em um juízo de reprovação.

Na reprovação identificamos a censura, e ambas, reprovação e censura são elementos que funcionam como justificativas do castigo que se dirige ao infrator. A censura consiste em demonstrar este juízo, ou seja, tratar o infrator como uma pessoa que realizou um dano<sup>29</sup>.

Censura e reprovação são deste modo, elementos que integram um juízo de culpabilidade, uma vez que destinam-se ao infrator e ao mesmo tempo dirigem-se a terceiras pessoas levando a mensagem de que determinadas condutas são puníveis e, mais que isso, são daninhas e por isso devem ser inibidas ou evitadas. A ameaça mediante conseqüências negativas tem por escopo desalentar condutas delitivas<sup>30</sup> e isto se dá mediante uma dupla função presente no castigo: a conseqüência desagradável como medida da retribuição e a censura como razão de ordem moral que serve para desestimular comportamentos delitivos. Vale observar que a natureza ou a gravidade da conseqüência também interage com a censura, na medida em que baixar ou elevar penas altera substantivamente o grau de censura expressado.

Não por acaso os autores em análise sugerem uma substituição da idéia de poder atuar de modo distinto, pela capacidade de motivar-se pelas normas. E assim, voltamos à tensão inicial, retribuição e prevenção como objetivos perseguidos na conceituação da culpabilidade.

A culpabilidade desde uma ótica preventiva encontra duas vertentes que procurou-se descrever neste trabalho, em Roxin e em Jakobs, sendo que este último levando às últimas conseqüências a prevenção geral.

---

<sup>29</sup> A diferenciação entre o pagamento de um imposto e uma multa é elucidativa. Pois enquanto a multa expressa desaprovação e censura, o imposto é tão somente o cumprimento de um dever da cidadania. (VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta. 1998, pág. 35)

<sup>30</sup> Este é o esquema de funcionamento do Direito Penal, pois o Estado criminaliza determinada conduta e emite uma ameaça legal consistente no castigo específico previsto. A ameaça está dirigida explicitamente para evitar a conduta prevista. (VON HIRSCH, ANDREW. Op. Cit, pág. 39)

Das lições de Roxin, devemos sublinhar a concepção de que assim como o injusto penal não pressupõe qualquer antijuridicidade senão uma antijuridicidade qualificada pelo dano social, os fins da pena não reclamam de todo injusto culpável uma punição, e sim remetem-nos a uma cota de reprovabilidade qualificada. O que faz Roxin é construir um conceito de culpabilidade atrelado à teoria dos fins da pena, evidenciando as finalidades preventivas e propondo uma vinculação entre política criminal e sistema penal<sup>31</sup>.

Na mesma direção, Muñoz Conde reforça a necessária inter-relação entre política criminal e dogmática penal, propondo um conceito de culpabilidade que contemple uma dimensão social acerca do imputado e conseqüentemente uma reflexão quanto à utilidade e conveniência de uma sanção penal, tendo em vista necessidades preventivas. Diferentemente de Roxin, substitui a lógica da finalidade por um critério de necessidade da pena, que cabe à culpabilidade oferecer.

Hassemer em aguda contradição à vertente preventiva, sustenta um conceito de culpabilidade como critério de proporção entre o agir e a punição, é dizer, a responsabilidade é determinada pelos diferentes graus de participação e a culpabilidade deve configurar-se como avaliação do passado e não prognóstico do futuro.

A posição de Jakobs, por sua vez, se concentra em objetivos de prevenção geral. Para ele, o Direito Penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, e sim na comunicação, portanto a culpabilidade material em sua concepção nada mais é que um déficit de lealdade comunicativa.

O que se pretendeu demonstrar a partir desta descrição crítica das principais tendências acerca da culpabilidade na moderna teoria do delito, é a necessidade de uma redefinição conceitual, que permita construir uma conexão punitiva<sup>32</sup> na qual o limite ao poder de punir seja concedido pela culpabilidade.

Evidentemente tomando tal direção nos afastamos das posições puramente funcionalistas da culpabilidade como reforço à confiança no direito e tomamos outro

---

<sup>31</sup> SCHÜNEMANN, BERND. “*La culpabilidad: estado de la cuestión*”. EN: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA “ed.” *Sobre el estado de la teoría del delito – SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000. pág. 116.

<sup>32</sup> Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni, a conexão punitiva é a vinculação entre o delito e sua conseqüência, ou seja a pena, comportando portanto, uma quantificação da pena adequada ao caso concreto. (ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “*Culpabilidad por la vulnerabilidad*” – discurso em al aceptación del doctorado honoris causa otorgado por la Universidad de Macerata Itália) 2002. – En: *NUEVA DOCTRINA PENAL*, Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.

rumo consistente na busca de sentido e legitimação para a imposição de uma pena. Daí se depreende a tarefa de individualização da sanção que deve combinar a proporcionalidade decorrente da lesão ao bem jurídico protegido com a prevenção de delitos.

As necessidades preventivas entretanto não podem superar um juízo de culpabilidade, como descreve Hassemer, o que nos conduziria a um conceito de culpabilidade de autor e não de ato. Por outro lado para que a culpabilidade não se reduza a uma medida de pura retribuição, os objetivos político-criminais devem ser observados como propõe Roxin, mas sempre em relação às condições sociais e pessoais do sujeito de forma a demonstrar ser a pena necessária para o indivíduo e para a sociedade, como adverte Muñoz Conde.

Reforçamos, finalmente, que a culpabilidade nesta perspectiva é uma demonstração de que o Estado pode exigir responsabilidade por um comportamento antinormativo. Reveste-se de um caráter de garantia e proteção do indivíduo frente ao poder de castigar, condicionado à possibilidade de culpar. Dito de outro modo, o Estado pode castigar tão somente quando a culpabilidade permitir e neste juízo, elementos éticos, racionais, de conteúdo sociológico devem interagir para evitar a seletividade do sistema penal e sua repercussão negativa na vida do indivíduo. Parece justo e necessário reconhecer que a pena é um mal não só para o delinquentes como também para toda a sociedade<sup>33</sup>. Se assim repensamos a culpabilidade podemos talvez em um futuro próximo avançar na delimitação do controle penal ao mínimo indispensável à convivência social.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>33</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *El derecho penal simbolico y los efectos de la pena*. EN: ACTUALIDAD PENAL, n.º 1, (2001), pág. 13

BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALLARÉ. “Pena y Estado”. EN: PAPERS, Revista de Sociología, 1980.

---

\_\_\_\_\_ *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Colección Estructuras y Procesos – série Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. EN: Revista ACTUALIDAD PENAL, n° 1, 2001

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989.

FERNANDEZ, GONZALO D. *Culpabilidad y teoría del delito*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 1995, vol.1.

FRANK, REINHARD. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, reimpresión, 2002.

GOLDSCHIMIDT, JAMES. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2ª Edición, 2002.

HASSEMER, WINFRIED. *Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

\_\_\_\_\_ “Crisis y Características del Moderno Derecho Penal.” EN: Actualidad Penal, n°43/22, 1993.

JAKOBS, GÜNTHER. *Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*. Madrid: Editorial Civitas, 2004.

\_\_\_\_\_ “El principio de culpabilidad”. EN: ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. Madrid: Civitas, 1997

---

JESCHECK, HANS-HEINRICH. “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”. EN: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología -www.criminet.ugr.es

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho Penal – Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 6ª Edición, 2004.

\_\_\_\_\_ “Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. EN: Cuadernos de Política Criminal, 1980.

NAUCKE, WOLFGANG. “*Prevención general y derechos fundamentales de la persona.*” EN : FERNÁNDEZ, GONZALO D. “dir.” Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: Editorial B de F. 2004.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. MORALES PRATS, FERMÍN. Y J. PRATS CANUT, J. MIQUEL. *Manual de Derecho Penal Parte General* - 3Edición, Editorial Aranzadi, S.A.

ROXIN, CLAUDIUS. *CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1981, pág. 64.

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal – Tomo I – Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

SCHÜNEMANN, BERND. “*La culpabilidad: estado de la cuestión*”. EN: SILVA-SÁNCHEZ, JESÚS-MARIA “ed.” *Sobre el estado de la teoría del delito – SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y Castigar*. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

WEBER, MAX. *Economía e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol.2. Brasília: Editora UnB, 1999

WELZEL, HANS. *Estudios de Derecho Penal – estudios sobre el sistema de derecho penal – causalidad y acción*. Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio, Raul. *Derecho Penal : parte general/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia –*, Buenos Aires: Ediar. 2ª Edición, 2002.

\_\_\_\_\_ “*Culpabilidad por la vulnerabilidad*”– *DISCURSO EN LA ACEPTACIÓN DEL DOCTORADO HONORIS CAUSA OTORGADO POR LA UNIVERSIDAD DE MACERATA (ITÁLIA) 2002. – En: NUEVA DOCTRINA PENAL*, Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003.