

O CONCEITO DE CULPABILIDADE E O LIVRE ARBÍTRIO

João Paulo Orsini Martinelli

Dentro da teoria do fato punível, talvez o mais complexo dos seus requisitos seja a culpabilidade. A maior dificuldade reside na comprovação de sua existência em determinado fato típico e antijurídico praticado pelo agente. Desde a concepção normativa de Welzel, a exigibilidade de um comportamento diverso trouxe ao direito positivo o dilema do livre arbítrio e sua constatação empírica.

O objetivo do presente trabalho é analisar a problemática do livre arbítrio dentro de um contexto histórico e seus reflexos na teoria normativa da culpabilidade, atualmente adotada pelo Código Penal brasileiro. Haverá três partes para que o assunto seja discorrido: o conflito entre livre arbítrio e determinismo, a teoria normativa da culpabilidade e as críticas ao conceito de culpabilidade.

1. LIVRE ARBÍTRIO

Para os fins deste trabalho, o estudo do livre arbítrio será delimitado pelo pensamento de alguns autores, pois o assunto é amplo e complexo, a merecer atenção durante quase toda a história do pensamento. A seguir, serão expostas as idéias das Escolas Clássica e Positivista, assim como da doutrina finalista, dentro de suas concepções de liberdade humana e crime.

O ponto central da teoria da culpabilidade como exigibilidade de comportamento diverso é a LIBERDADE do homem de agir conforme sua vontade e consciência. A verificação dessa liberdade e a sua influência na conduta humana formam um dos grandes desafios da filosofia em toda sua história. Por isso, não é intenção esgotar o assunto, nem apresentar uma conclusão definitiva. A proposta é levantar dúvidas e provocar a reflexão do leitor a respeito da teoria normativa da culpabilidade.

O conceito de liberdade apresenta duas vertentes, uma positiva e outra negativa. Em sua concepção negativa, liberdade significa a ausência de restrição ou de interferência deliberada de outros seres humanos em uma área em que, se não fosse tal restrição, o homem poderia atuar.¹ Ou seja, a liberdade será maior onde houver menor restrição ou interferência. Para o direito, esse conceito se faz importante porque algumas restrições são necessárias ao comportamento humano, pois, do contrário, seria impossível estabelecer o interesse de coesão social, da justiça e de valores essenciais ao bom funcionamento da sociedade. Em seu sentido

¹ Advogado no Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP. Professor convidado do curso de pós-graduação da Universidade Metodista de Piracicaba. Sócio-fundador do Instituto Panamericano de Política Criminal (SP).

² OUTHWAITE; BOTTOMORE. *The Blackwell dictionary of twentieth-century social thought*, p. 424.

positivo, a liberdade significa a posse de direitos cujo desfrute é benéfico para aqueles que os possuem, invocando-se a noção de cidadania no momento em que são ampliados os direitos civis, sociais e políticos.²

A escola clássica, cujo maior expoente foi Carrara, negava o contratualismo de Rousseau, uma das idéias mais marcantes do Iluminismo. Para os clássicos, o direito penal encontra sua origem e seu fundamento na lei eterna da harmonia universal, em uma lei que é absoluta porque faz parte da única ordem possível para a humanidade, segundo as previsões e decisões do Criador.³

O fundamento do direito de castigar, a razão pela qual se retribui com uma pena ao indivíduo que perturbou a ordem jurídica, encontra-se no livre arbítrio. O homem é um ser inteligente e livre para escolher entre o bem e o mal, entre realizar a ação proibida ou respeitar a proibição.⁴ O agente, no momento determinado, tem a capacidade de analisar a situação por um processo intelectual e optar pela conduta contrária ou favoravelmente ao direito.

Neste sentido, Carrara considera o delito como um *ente de razão* e, em seguida, um *ente jurídico*, devido à essência de razão de cada norma jurídica. Esse atributo de juridicidade do delito não é consequência de uma violação a determinada norma, mas do ordenamento jurídico como um todo, considerado como uma categoria lógico-abstrata de uma elaboração apriorística da razão.⁵ Ou seja, o produto de um procedimento do agente dotado de razão no momento de refletir sobre sua conduta pode ser um crime ou não, depende apenas de sua opção de agir.

Ao decidir pela conduta contrária ao direito, o agente será submetido a uma pena, cuja função é a reafirmação do princípio da justiça. Por isso mesmo, a pena como justa retribuição é forte marca em sua doutrina. Carrara insiste na pena como medida de retribuição proporcional a uma violação do ordenamento, com o fim de evitar a arbitrariedade do Estado na fixação das sanções.⁶

Como se pode notar, a escola clássica afirma o homem como ser livre, dotado de razão e capaz de avaliar as situações conforme a norma jurídica e os princípios da moral. Devemos entender por liberdade unicamente o poder de atuar ou não atuar segundo determinações do querer.⁷ Essa idéia é base do conceito de exigibilidade de comportamento conforme o direito que Welzel inseriu na sua doutrina finalista.

Como reação à liberdade de agir do homem, defendida pela Escola Clássica, a Escola Positivista afirmava a existência apenas de entes empiricamente demonstráveis, por meio de conceitos experimentais. A metafísica foi rejeitada em nome dos conceitos empíricos elementares (sensações, impressões, realidades,

² OUTHWAITE; BOTTOMORE. *Op. cit.*, p.425.

³ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidadde Pisa*, apud CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*, p. 74.

⁴ CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*, p. 75.

⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, parte generale*, p. 13; PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. p. 211.

⁶ FIORE, Carlo. *Diritto penale, parte generale*, p. 38.

⁷ ANTÓN, Tomás S. Vives. *El principio de culpabilidad*, p. 215.

percepções), estes sim capazes de fundamentar a ciência. Por isso, o livre arbítrio foi negado pela doutrina positivista, e seus reflexos no direito penal foram de grandes proporções.

Ao negarem o livre arbítrio, os positivistas assumem uma posição de determinismo nas ciências naturais e sociais. O determinismo é uma noção normalmente compreendida como a tese de que, para tudo que acontece, existem condições tais que, uma vez dadas, nenhum outro fenômeno poderia ter acontecido.⁸ Ou seja, todos os fenômenos da natureza estão predeterminados por condições preexistentes a seu acontecimento.

O modelo científico positivista deu origem a duas vertentes: o positivismo jurídico e o positivismo criminológico. O positivismo jurídico procurou elevar a dogmática jurídico-penal (o texto legal) à categoria de ciência mediante o procedimento de um método próprio, similar às ciências da natureza, de acordo com as exigências epistemológicas da época. Já o positivismo criminológico centrou o estudo da ciência penal nas realidades naturais (não jurídicas) que rodeiam o fenômeno do delito, determinando o nascimento da criminologia.⁹

Entre os principais representantes do positivismo criminológico estão Lombroso, Ferri e Garofalo. Para Lombroso, cuja metodologia de estudo denominou *biologia criminal*, o criminoso poderia ser determinado através de dados biológicos facilmente observáveis, como o formato do rosto, a idade da primeira menstruação da mulher, a precocidade sexual, entre outros. Por meio da indução, coletando-se informações sobre pessoas com características semelhantes, seria possível ao estudioso relacionar espécies de crimes a certas características biológicas¹⁰, às quais estaria condicionada a liberdade de agir do homem.

A sociologia criminal de Ferri também rejeita o estudo apriorístico do crime como um ente jurídico abstrato, traço marcante da Escola Clássica.¹¹ O autor recorre aos métodos de observação dos fatos, em analogia à medicina, para traçar e estrutura de uma patologia e de uma “clínica social”.¹² Sua proposta reside no estudo concreto do crime, não como uma abstração jurídica, mas como ação humana, como fato natural e social, estudando-se não somente o delito, mas também, e primeiramente, *quem* o comete.¹³ O homem encontra sua liberdade de agir determinada pelo meio social que forma seu caráter, uma vez que o crime é produto de uma doença social de alguém que não pode comportar-se conforme o ordenamento vigente.

⁸ OUTHWAITE; BOTTOMORE. *The Blackwell dictionary of twentieth-century social thought*. p. 203.

⁹ ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*, p. 124-125.

¹⁰ Conferir, por exemplo, LOMBROSO; FERRERO. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, p. 227 e ss., no quadro comparativo elaborado por meio de observação de mulheres delinquentes. Os autores relacionam a idade da primeira menstruação ao tipo de crime praticado. A título de ilustração, a maioria das prostitutas analisadas teve sua primeira menstruação aos 16 anos de idade, por isso Lombroso alerta para a predestinação à prostituição de todas as mulheres que se encontram nesta situação (ou seja, menstruando pela primeira vez aos 16 anos de idade).

¹¹ FERRI. *Sociologia criminale*, p. 03.

¹² FERRI. *Op. cit.*, p. 15.

¹³ FERRI. *Op. cit.*, p. 23.

Por fim, Garofalo, além de rejeitar o livre arbítrio, também critica o método lombrosiano de buscar o delito natural nas características biológicas do homem.¹⁴ O autor entendia que não se poderiam analisar os atos, e sim os sentimentos humanos. Defendia uma investigação sobre a inconstância das emoções provocadas por certos atos idênticos, mas diversamente apreciados nas diferentes sociedades, a fim de se buscar um caráter constante nas emoções provocadas por aqueles atos que são apreciados identicamente.¹⁵ Em resumo, Garofalo graduava os indivíduos pela capacidade de respeitar a liberdade individual, ao considerar uma escala entre os moralmente superiores e inferiores.¹⁶ Quanto maior a moralidade do homem, maior será sua capacidade de atuar em conformidade com os princípios geralmente constituídos na sociedade à qual pertence.

O positivismo criminológico, ao focalizar o crime como fenômeno social, e ao estudar, principalmente, a biologia, a sociologia e a antropologia, negou o livre arbítrio defendido por Carrara e a Escola Clássica. Percebe-se claramente que os três autores acima citados condicionam o comportamento humano a determinados fatores intrínsecos ou extrínsecos, eliminando-se a plena liberdade de consciência para agir. Essa liberdade estaria restrita a estes aspectos que independem da vontade humana para existirem, pois já surgem aderentes ao agente.

Nascia, assim, o embate entre os que aceitavam o livre arbítrio e os deterministas. Enquanto os clássicos afirmavam que a liberdade seria um atributo indispensável da vontade, os positivistas recusavam a existência do livre arbítrio, por ser este cientificamente indemonstrável. Ao negar o ser humano como sujeito livre em sua vontade, os positivistas, conseqüentemente, recusavam a própria culpabilidade.¹⁷ Ao afirmar o determinismo, o positivismo conclui que o delinqüente é um ser determinado ao delito e, por isso, deveríamos considerar, do ponto de vista natural ou social, que somente podem delinqüir os seres anormais.¹⁸

O livre arbítrio não foi uma premissa exclusiva da escola clássica. Na história do direito penal, muitos outros doutrinadores adotaram a liberdade de pensar e agir do homem como ponto central do comportamento antijurídico. Avançaremos ao século XX, período de desenvolvimento da doutrina finalista da ação, iniciada por Hans Welzel. A estrutura da culpabilidade, conforme exposto adiante, foi fortemente influenciada pela doutrina do livre arbítrio, quando o juízo de reprovabilidade passou por fundamento a exigibilidade de comportamento conforme o direito.

Ao fundamentar o juízo de culpabilidade, Welzel coloca o livre arbítrio no centro de sua teoria normativa. O livre arbítrio é a capacidade para se poder determinar conforme os sentidos. É a liberdade a respeito da coação causal, cega e indiferente ao senso humano, necessária para a autodeterminação humana por meio dos sentidos.¹⁹ A liber-

¹⁴ GAROFALO, *Criminologia*, p. 29-30.

¹⁵ GAROFALO, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁶ GAROFALO, *Op. cit.*, p. 35 e ss.

¹⁷ RAMÍREZ; MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, p. 317-318.

¹⁸ RAMÍREZ; MALARÉE, *Op. cit.*, p. 319.

¹⁹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 207.

dade não é um estado, senão um ato; é o ato de liberação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os sentidos.²⁰

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE (DO NATURALISMO AO FINALISMO)

Ao acompanhar a história da dogmática penal, em especial na Alemanha, desde a doutrina naturalista à doutrina finalista, o centro do debate entre os autores foi o conceito de *ação*. Surge, então, o conflito doutrinário entre a vontade avalorada e a vontade valorada. De um lado, os naturalistas, influenciados pela filosofia naturalista, afirmavam a ação humana como um movimento muscular capaz de provocar alterações no mundo externo ao organismo humano; de outro lado, os finalistas destacavam a necessidade de haver um fim, um objetivo determinado, proveniente da vontade humana.²¹

Na concepção de Welzel, “ação humana é o exercício de uma atividade final. A ação é um acontecer final, não apenas causal”.²² Tratava-se, pois, de uma reação à teoria naturalista da ação, segundo a qual a ação seria a mera causação de uma modificação no mundo exterior por um comportamento humano voluntário.²³ Sendo assim, a finalidade da ação baseia-se “na possibilidade de previsão do homem, por meio de seu saber causal, que pode prever, dentro de alguns limites, as possíveis conseqüências de sua atividade”.²⁴

A principal influência de Welzel foi a psicologia do pensamento por meio do filósofo Richard Höningwald²⁵. De acordo com este segmento da psicologia, o processo de pensamento deve ser analisado na representação do conhecimento, na tomada de decisões e na resolução de problemas.²⁶ Nestas três etapas, o homem faz uso de sua liberdade de agir conforme as informações obtidas e processadas dentro de um sistema intelectual, no qual resultam uma finalidade e os meios para alcançá-la.

Percebe-se que Welzel levou às últimas conseqüências a psicologia do pensamento em sua teoria. A conduta típica e antijurídica é representada no intelecto humano antes de sua prática, possibilitando ao agente decidir se deve ou não praticá-la. Essa é a base da teoria finalista da ação e de todo seu desenvolvimento nos requisitos do delito, em especial, para este trabalho, a culpabilidade.

Não existem, portanto, ações finais em si, ou “em absoluto”, mas apenas em relação às conseqüências compreendidas pela vontade de realização.²⁷ Assim,

²⁰ WELZEL, *Op. cit.*, p. 208.

²¹ MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht*, p. 135 e ss.

²² WELZEL, *Op. cit.*, p. 28.

²³ SANTOS. *A moderna teoria do fato punível*, p. 11.

²⁴ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 28.

²⁵ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal*, prólogo.

²⁶ HACOHN, Malachi Haim. *Karl Popper, os anos de formação*. (sem número de página).

²⁷ WELZEL, *O novo sistema jurídico-penal*, p. 31.

Welzel nega a relevância de qualquer conduta que esteja fora do controle mental do homem, seja por faltar consciência, seja por estar ausente qualquer vontade. Enquanto os naturalistas consideravam a ação a composição de vontade, movimento corporal e resultado, os finalistas valoraram essa vontade com a *finalidade* ou *orientação consciente a um objetivo previamente determinado*.²⁸

O requisito culpabilidade sofreu uma evolução de sua natureza psicológica para normativa. A teoria psicológica, seguida pela escola naturalista, considerava a culpabilidade um mero nexos psíquico entre o agente e o resultado. Os naturalistas consideram uma pessoa culpável enquanto o fato realizado possa ser imputado a título de dolo ou culpa²⁹. A culpabilidade, portanto, consistiria nos pressupostos subjetivos, de natureza psicológica, da responsabilidade penal. A rejeição da liberdade da vontade, pela aceitação do determinismo, está na origem da redução do conceito de culpabilidade a uma mera relação psicológica do agente com o fato.³⁰

O conceito psicológico da culpabilidade sofreu forte influência da Escola Positivista. O método positivista conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio da coerção, que vem a constituir-se na primeira e principal característica do direito. Resumindo: o agente só vale na medida em que se veja envolto no processo de imputação.³¹ Imputável será o agente que, por meio de coerção, teria condições de vencer as leis naturais que o levariam à prática do delito.

A evolução para a teoria psicológica-normativa, liderada por Frank, moldou a natureza da culpabilidade conforme a possibilidade de exigir um comportamento diverso do agente. A culpabilidade adquiriu um juízo de reprovabilidade de um comportamento, ao dotar o dolo e culpa de uma importância menor. Essa reprovabilidade seria dividida em partes: constituição psíquica normal, relações psíquicas com o fato e configuração normal das circunstâncias em que o autor atua.³²

Finalmente, ao reconhecer o dolo e a culpa no tipo penal, Welzel inseriu na estrutura material da culpabilidade a *exigibilidade de um comportamento conforme o direito*. Este requisito filiou-se à capacidade de culpabilidade do autor e ao conhecimento real ou potencial da ilicitude na estrutura da culpabilidade. Ou seja, para ser culpável, o agente deve ser capaz, conhecer ou poder conhecer a ilicitude da conduta e não ter podido agir conforme o ordenamento jurídico. Welzel fixou como medida da culpabilidade o uso da liberdade de humana de agir conforme sua inteligência, que pode ser reduzida em determinadas situações (por exemplo, a coação irresistível).

A exigibilidade surge como terceiro estágio do juízo de reprovação da culpabilidade. Primeiramente, no momento do exame da normalidade das circunstâncias

²⁸ PRADO. *Comentários ao código penal*, p. 77-78.

²⁹ OLIVARES. *Manual de derecho penal*. p. 389; FERREIRA, *Direito penal português*. p. 413 e ss.

³⁰ FERREIRA. *Direito penal português*, p. 414-415.

³¹ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*, p. 148.

³² JAKOBS. *Derecho penal, parte general*, p. 569.

se pressupõe a existência de um sujeito normal (imputabilidade); a seguir, verifica-se se o sujeito normal conhecia concretamente o injusto do fato ou teve a possibilidade de conhecer concretamente o injusto do fato; finalmente, examina-se a normalidade das circunstâncias para saber se o agente poderia ter se comportado conforme o direito.³³

Neste terceiro estágio, o agente é imputável e possui conhecimento real ou potencial da ilicitude. A culpabilidade passa a ser analisada de um plano exterior ao agente. Quer dizer: após considerarmos o homem como capaz de culpabilidade e conhecedor da ilicitude, devemos analisar as circunstâncias em que o fato ocorreu. Se o fato foi praticado em situação anormal, a culpabilidade do agente pode ser reduzida ao nível em que a pena seria inaplicável ao autor do delito.³⁴

A teoria finalista preocupou-se em conjugar as condições pessoais do agente (imputabilidade e conhecimento da ilicitude) às condições da situação de fato (exigibilidade de conduta diversa). Diante disso, o agente normal e capaz, em condições anormais de fato, tem sua liberdade de agir restrita, ou seja, apesar de conceber a ilicitude da conduta, não poderia ter agido diversamente. Em situações normais, ocorrendo o ilícito, o ordenamento poderá punir o autor por ter utilizado sua plena liberdade de agir de forma contrário ao direito.

Para Welzel, a culpabilidade é somente a parte de responsabilidade do autor por sua determinação antijurídica. Não obstante, o autor não chega a explicar como pode fundamentar-se a responsabilidade de alguém culpável por sua decisão de cometer o fato. O próprio Welzel reconhece que é impossível conhecer de que forma a pessoa evita o delito e utiliza seu autocontrole com a finalidade de atuar conforme o direito: isto continua a ser o mistério do “livre arbítrio”.³⁵

3. CRISE NO CONCEITO DE CULPABILIDADE

A doutrina atual majoritária aceita a culpabilidade como um juízo de reprovabilidade fundado no trinômio imputabilidade, conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.³⁶ Este último requisito será o objeto de estudo do presente tópico, tendo como diretriz a inconsistência do livre arbítrio como demonstração de culpabilidade.

A exigência de um comportamento conforme o direito é a análise da situação concreta, se o autor poderia tomar uma decisão de acordo com seu conhecimento. Não se trata da capacidade geral de decisão conforme os fins de sua conduta, mas

³³ SANTOS. *Op. cit.*, p. 251-252; AMELIACH, Edgard R. *La culpabilidad como elemento general del delito*, p. 139.

³⁴ As causas de EXCLUSÃO da culpabilidade são a imputabilidade e o erro de proibição invencível, enquanto as causas de EXCULPAÇÃO são aquelas que estão relacionadas à exigibilidade de comportamento diverso, uma vez que a culpabilidade não é excluída, é apenas reduzida, como se o ordenamento desculpasse o agente pela conduta praticada em situações anormais.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Áustria*, p. 06.

³⁶ Como exemplo: SANTOS. *Op. cit.*, p. 249 e ss.

a possibilidade concreta de o autor imputável tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto. Welzel considerava que o conteúdo da reprovabilidade consiste no fato de que o autor podia e devia adotar uma resolução de vontade conforme o direito no lugar de sua resolução de vontade antijurídica³⁷.

O poder de agir de outra maneira na situação concreta é um requisito irrenunciável do conceito de culpabilidade – quer esta se veja diretamente na decisão livre e consciente da vontade a favor do ilícito, de que o poder de agir de outra maneira é mero pressuposto, quer ela se veja no cometimento do ilícito por um agente que detinha a capacidade para se determinar de acordo com a norma, caso em que o poder de agir de outra maneira é simultaneamente pressuposto e conteúdo material da culpabilidade.³⁸

Por estas considerações, a reprovação da culpabilidade funda-se no *poder de evitar* individual do autor. Assim, para saber se a conduta é reprovável, pergunta-se se a pessoa em concreto que se encontra como acusado estaria em situação de fazer algo distinto. Tal questão somente pode ser planejada razoavelmente no sentido de se perguntar se, de acordo com a experiência acumulada do observador, *outra pessoa*, na situação do autor, poderia ter resistido à tentativa de delinquir.³⁹

Segundo a doutrina finalista, o terceiro observador, que analisa a possibilidade de agir de outra maneira, é dotado de conhecimento ou cognoscibilidade da realização do tipo como elemento de reprovabilidade e a cognoscibilidade da antijuridicidade.⁴⁰ Ambos os juízos de cognoscibilidade devem ser parte da capacidade intelectual do homem médio, ou seja, o ser humano considerado dentro de uma inteligência normal, nem acima nem abaixo da maioria das pessoas.

Muitas críticas doutrinárias recaem sobre o conceito “welzeliano” de culpabilidade. A principal delas reside no fundamento material da culpabilidade, que radica no livre arbítrio ou liberdade de atuar em um sentido ou outro. Este fundamento seria empiricamente indemonstrável, assim como a referência ao homem médio carece de valor real, ou seja, trata-se de ficção que foge ao caso concreto.⁴¹ Desse modo, o agente individual acaba por ser substituído por alguém que não existe no processo de imputação.

A construção do homem médio, segundo Reale Junior, é impossível. Para o autor, o critério do “homem médio” não é necessário, nem suficiente. Considerando-se um juízo de valor, não é possível encontrar a média humana, pois há o perigo de se cair na irrealidade através da soma de qualidades baseadas em meros dados estatísticos. Para julgar um eventual criminoso, o juiz deveria sair de si mesmo para construir o homem médio, em uma operação de puro abstracionismo, passando por várias etapas, o que desfiguraria, inevitavelmente, o real.⁴²

³⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. p. 138.

³⁸ DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 231-232.

³⁹ JESCHECK; WEIGEND. *Tratado de derecho penal, parte general*. p. 459.

⁴⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, p. 110 e ss; do mesmo: *Das deutsche Strafrecht*, p. 280 e ss.

⁴¹ DIAS, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 233 e ss.

⁴² OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Manual de derecho penal, parte general*, pp. 396-397.

⁴² REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, vol. I*, p. 182.

Na ciência jurídico-penal, há consenso de que a culpabilidade somente é possível quando há liberdade. Porém, essa liberdade, como ela se entende, não é um conteúdo sobre o qual o juiz pode chegar a constatações comprovadas. Pelo contrário, toda acentuação de fatores e cadeias causais no comportamento interior e exterior do autor exclui a suposição de liberdade nesses comportamentos.⁴³

A liberdade humana, reduzida à liberdade individual no momento do fato concreto, não pode ser reproduzida identicamente para avaliação do terceiro observador.⁴⁴ As variações do ser humano impedem que o terceiro coloque-se no lugar do agente nas mesmas condições do caso concreto, uma vez que a margem de decisão das pessoas flutua por numerosos fatores causais, como idade, sexo, origem, experiências, doenças, temperamento, humor, excitação e afeto.⁴⁵

Em posicionamento remodelado, Reale Junior acata a liberdade em outro sentido. Na verdade, segundo o autor, a liberdade humana não se encontra na avaliação da exigibilidade de um comportamento conforme a norma, mas sim em sua imputabilidade. O imputável é o homem livre, que possui liberdade. No entanto, trata-se de uma liberdade distinta do indeterminismo da Escola Clássica, uma vez que a liberdade de querer é a capacidade de impor um sentido aos impulsos. O homem livre, em síntese, é aquele que pode interferir no processo dos impulsos, impondo-lhe um sentido.⁴⁶

Na Espanha, há uma corrente doutrinária que contraria o livre arbítrio como fundamento da culpabilidade, dando-lhe outra dimensão. Surge uma concepção dialética da culpabilidade, que se materializa na idéia da suficiente motivação normativa do autor do fato jurídico.⁴⁷ Este conceito está calcado no caráter da *suficiencia*, de acordo com as funções de prevenção geral e especial da pena. Houve forte influência das ciências sociais dos anos 60, que ligavam estreitamente o direito aos fenômenos de transformação social.⁴⁸

Há autores que propugnam pela substituição do conceito de culpabilidade pela prevenção geral. Para Jakobs, o conceito de culpabilidade deve configurar-se funcionalmente, quer dizer, conforme a determinados princípios de regulação, de acordo com os fins da pena, para uma sociedade de estrutura determinada.⁴⁹ Jakobs considera o livre arbítrio irrelevante, pois, como a função do direito penal é assegurar a ordem social, o importante é determinar se o agente é motivado pela norma, no caso concreto, e não se poderia agir de outra maneira.⁵⁰

Também Roxin trabalha um conceito diferente de culpabilidade, para o qual não importa a disputa filosófica entre a demonstrabilidade ou não do livre arbítrio. O livre

⁴³ HASSEMER; ELLSCHEID, *apud* RAMÍREZ; MALARÉE, *Op. cit.*, p. 318.

⁴⁴ JESCHECK; WEIGEND, *Op. cit.*, p. 440.

⁴⁵ JESCHECK; WEIGEND, *Op. cit.*, pp. 442-443.

⁴⁶ REALE JUNIOR, *Op. cit.*, p. 189.

⁴⁷ GÓMES DE LA TORRE; ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVÉ; PIEDECASAS. *Lecciones de derecho penal*, p. 245.

⁴⁸ GÓMES DE LA TORRE; ZAPATERO; GARCÍA RIVAS; FERRE OLIVÉ; PIEDECASAS. *Op. cit.*, pp. 243-244.

⁴⁹ JAKOBS, *Op. cit.*, p. 584.

⁵⁰ JAKOBS, *Op. cit.*, p. 586.

arbitrio é uma asserção normativa independente dos dados empíricos e igualmente admissível para deterministas e indeterministas.⁵¹ A culpabilidade, segundo Roxin, é um dado misto empírico-normativo, pois são empiricamente constatáveis a capacidade geral de autocontrole e a exeqüibilidade normativa com que se produz. Ou seja, atribui-se à norma a possibilidade de constatar uma conduta conforme o direito.⁵² Com isso, sua concepção de culpabilidade restringe o direito penal ao absolutamente indispensável para a sociedade, de acordo com a função de prevenção geral e especial da pena.

Há posicionamento distinto na doutrina alemã, em especial em Schünemann, que considera as críticas ao livre arbitrio um equívoco. Segundo o autor, o livre arbitrio não é um mero dado biofísico, senão uma parte da chamada *reconstrução social da realidade* e, inclusive, pertence a uma capa elementar da cultura ocidental, cujo abandono seria concebível somente em caso de eliminação desta cultura em sua totalidade.⁵³ Schünemann faz uso da teoria da linguagem para explicar sua idéia: nas línguas ocidentais, em geral, a construção das frases com um sujeito agente e um objeto que padece de ação, assim como as formas gramaticais da voz ativa e voz passiva, mostram uma visão de mundo conformada pelo sujeito ativo e sua liberdade de ação, que constitui imprescindível das estruturas lingüísticas.⁵⁴

Conclui Schünemann que “aqueles que advogam pelo completo abandono da idéia de livre arbitrio no direito penal se comportam de forma tão ingênua como inválida”⁵⁵. O livre arbitrio está assentado nas estruturas elementares de nossa comunicação social e, por isso, tem uma presença real na sociedade. Como ilustração dessa afirmação, o autor alemão cita a seguinte hipótese: o acusado, que se defendia perante o juízo, alegando que não poderia ser condenado porque inexistia seu livre arbitrio, foi surpreendido pelo magistrado, que lhe replicou dizendo que a ele não caberia fazer outra coisa a não ser condená-lo, pois também estava desprovido do livre arbitrio.⁵⁶

Mesmo ao fazer uso da teoria da linguagem, Schünemann parece persistir no uso de artifício indemonstrável para sustentar o livre arbitrio. A reconstrução social da realidade por meio da linguagem não convence pela seguinte razão: mesmo que o autor do fato ilícito tenha consciência de sua inserção no contexto social e seja plenamente capaz de compreender a comunicação para a vivência em sociedade, como provar que o mesmo teria feito uso dessa capacidade no caso concreto? A questão parece reacender um ciclo vicioso, no qual a liberdade do agente, supostamente demonstrável, perde eficácia no momento em que não podemos demonstrar se a mesma seria utilizada para compreender a ilicitude do injusto penal na oportunidade real.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*, p. 808.

⁵² ROXIN, *Op. cit.*, p. 810.

⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad em el derecho penal preventivo*, p. 154-155.

⁵⁴ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 155.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, *Op. cit.*, p. 157.

Como se percebe, as opiniões contrárias ao livre arbítrio são mais contundentes do que as favoráveis. Sem dúvida, por mais respeitadas que sejam as vozes que defendam a liberdade de agir do homem, a indemonstrabilidade do fundamento de Welzel é uma barreira insuperável para um direito penal legítimo e democrático, pois a imputação sempre será respaldada em abstrações alheias ao conhecimento do julgador.

4. CONCLUSÕES

A culpabilidade ainda é o ponto obscuro da teoria do delito, pois sua essência ainda é pouco clara: ao mesmo tempo em que é requisito para a existência do crime, também está intimamente ligada ao agente, o que não ocorre com o injusto penal. A concepção welzeliana de culpabilidade, adotada pelo nosso Código Penal, acentua essa ligação com o agente, pois considera o pressuposto da liberdade de agir conforme as normas jurídicas.

A liberdade humana de agir é indemonstrável, por isso mesmo ineficaz como fundamento de um juízo de reprovabilidade. Para que alguém possa analisar e julgar a conduta de um agente, a conseqüente decisão deve estar fundamentada e, no entanto, tal fundamentação torna-se impraticável quando seu argumento é indemonstrável.

Não pretendemos, como exposto no início, propor, por enquanto, uma solução para a problemática da culpabilidade, mas apenas levantar uma reflexão acerca da liberdade de conduta do homem. Certo é que o conceito de culpabilidade fundado na exigibilidade de um comportamento conforme o direito, ao ter por parâmetros um homem médio e o livre arbítrio, precisa ser revisto, sob pena de falta de legitimação do próprio direito penal.

A discussão parece-nos saudável a partir do momento em que os operadores do direito abusam dos argumentos de autoridade, ao aplicar a inexigibilidade de comportamento diverso como verdade absoluta, por imposição de um ou outro autor. Se é possível fundamentar um juízo de culpabilidade sobre o livre arbítrio, está lançado o desafio de se provar que todo homem pode ser analisado homoganeamente com base em um juízo único de reprovação.

BIBLIOGRAFIA

AMELIACH, Edgard R. La culpabilidad como elemento general del delito, in *Capítulo Criminológico*, vol. 27, n.º 1, 1999. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

ANTÓN, Tomás S. Vives. El principio de culpabilidad, in *La ciencia del derecho*

- penal ante el nuevo siglo*. Org. José Luis Díez Ripollés. Madri: Tecnos. 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, parte generale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Mlani, 1966.
- CANTERO, José A. Sáinz. *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Barcelona: Bosch, 1970.
- ESPINAR, José Miguel Zugaldía. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*. Granada: Universidad de Granada, 1991.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português, parte geral*. Lisboa: Verbo, 1980.
- G. Figueiredo; LOMBROSO, C. *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1927.
- FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*. Turim: Fratelli Bocca Editori. 1900.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- IORE, Carlo. *Diritto penale, parte generale*. Turim: Editrice Torinese, 1993.
- GAROFALO, R. *Criminologia*, Trad. Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.
- HACOHEN, Malachi Haim. *Karl Popper, os anos de formação*. Retirado da Internet, em 07/07/2005, em <http://www.fflch.usp.br/df/opessoa/Popper-Bio-1.pdf>.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpe>.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares Editorial. 2002.
- MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht, allgemeiner Teil*. Munique: Verlag

C.F. Müller Karlsruhe, 1958.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Manual de derecho penal, parte general*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

OUTHWAITE, Willian; BOTTOMORE, Tom. *The Blackwell dictionary of twentieth-century thought*. Oxford: Blackwell Publishers. 1993.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

PETROCELLI, Biagio. *Saggi di diritto penale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos, MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal*, vols. I e II. Madri: Editorial Trotta, 1997.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Trad. Luzón Pena/García Conlledo/Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad em el Derecho penal preventivo. In *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, Estudios em honor de Claus Roxin em su 50.º aniversario*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 24, ano 06, outubro/dezembro 1998.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1956.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2002.