

A CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR E NÃO COMO FUNDAMENTO DA PENA

João Marcos Buch¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A evolução do conceito de culpabilidade; 3 Pressupostos de culpabilidade; 3.1 Imputabilidade; 3.2 Consciência da antijuridicidade (erro de proibição); 3.3 Exigibilidade de conduta diversa; 4 A culpabilidade como limitação do poder de punir e não como fundamento da pena; 5 Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O conceito de culpabilidade evoluiu com o passar dos tempos, sob intermináveis discussões acadêmicas, com nítidas divisões, terminando pela melhor e mais atual doutrina que a define como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto. O objetivo deste artigo é conceituar e caracterizar a culpabilidade através de seus pressupostos de imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa, dentro do conceito de elementar do fato punível, para com isso concluir que ela deixou de ser fundamento da pena, passando a ser isto sim um limitador do poder de punir. O método de pesquisa é o indutivo e o do relato, o dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade; Tipo de Injusto; Imputabilidade; Consciência da Antijuridicidade; Exigibilidade de Conduta Diversa; Limitação do Poder de Punir.

ABSTRACT

The concept of culpability has evolved from our past, with endless academic discussions, with clear divisions, finally coming from the best doctrine which defines it as the element of crime, beside the type of fault. The objective of this article is to characterize and conceptualize the culpability behind its presumptions of imputability, conscience of being unlawful and demanding diverse behaviour, within the concept of the elementary of the punishment fact. And then, reaches the conclusion of culpability, which is no longer fundamental of the penalty, but on the other hand, limits of the power of punishment. The research method used is inductive and the report is deductive.

¹ Juiz de Direito (SC), Pós-graduado em Direito Contemporâneo (UNC), Pós-graduado em Criminologia e Política Criminal (ICPC/UFPR), Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

KEY-WORDS: Culpability; Type of fault; Imputability; Conscience of unlawfulness; Demanding diverse behaviour; Limited power to punish.

1 INTRODUÇÃO

A atualidade exige dos atores jurídicos uma visão crítica da culpabilidade, posto que na modernidade é entendida como componente do fato punível, que por sua vez na seara criminal envolve o fenômeno da violência, com todos seus fatores políticos e sociais.

Atualmente a conduta humana definida como fato punível, especificamente como crime, é baseada em três predicados, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

A culpabilidade teve uma evolução conceitual muito complexa, iniciando no campo puramente objetivo, passando a incluir a subjetividade e finalmente deixando os conceitos naturalísticos e descritivos, substituídos por conceitos normativos e valorados, ou seja, pela reprovabilidade da conduta típica.

Nesta senda, entendimento dominante na doutrina brasileira é de que a culpabilidade é pressuposto da pena. Porém, esta orientação vem sendo ultrapassada pela inclusão dela na teoria do delito, ou seja, como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto.

Trabalhando-se assim na evolução do conceito de culpabilidade, nos seus pressupostos (imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa), tendo-a como integrante da teoria do delito, no mundo de hoje não se tem como fugir da culpabilidade também como mais um limitador do poder punitivo, abandonando-se de vez seu conceito de fundamento da pena.

Este artigo, registre-se, não pretende exaurir a matéria, mas apenas lançar perguntas e novas formas de pensar o fato punível. Com plena consciência de que o fenômeno da violência e da tipificação das ações como delitos são profundamente complexas, por uma questão metodológica e necessária aquilo

que se propõe, este artigo trabalha o fato punível sob o enfoque crítico da culpabilidade.

O método de pesquisa é o indutivo e o do relato, o dedutivo. Está o artigo dividido em três capítulos, o primeiro trazendo a evolução do conceito de culpabilidade, o segundo seus pressupostos e o terceiro o indicativo de que ela é um limitador do poder punitivo.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Nem sempre a culpabilidade teve a concepção que hoje é disseminada nos meios jurídicos. Inicialmente vista de forma objetiva, foi ela evoluindo com o passar dos tempos, objeto de acirradas e intermináveis discussões acadêmicas, levando ao ponto de formar nítidas divisões doutrinárias e jurisprudenciais.

Citado por Bitencourt² *"Von Litz destacava que 'pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal'. E essa afirmação é absolutamente correta, pois destaca um dos pontos centrais da ciência jurídico-penal, a culpabilidade"*.

Batista³, de forma ímpar traz a concepção da culpabilidade na antigüidade, registrando, *in litteris*:

Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento 'modernizado' desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue sua responsabilidade penal. Não deixemos de

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *In: Tratado de Direito Penal*. V. 1, p.407

³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p.102

imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade objetiva e difusa.

Com o tempo porém a culpabilidade deixou o campo unicamente objetivo e difuso. Ou seja, a subjetividade da ação realizada adentrou no contexto psicológico.

Da mesma forma, a culpabilidade passou a ser identificada como um aspecto subjetivo da conduta delituosa (força moral ou elemento subjetivo do crime). A culpa era assim o nexó *psicológico* que ligava o agente ao evento, restringindo-se ao dolo e à culpa *stricto sensu* como suas espécies (teoria psicológica). O conceito destarte de culpabilidade era puramente naturalístico, esgotando-se no dolo e na culpa *stricto sensu*. As falhas desta teoria eram de fácil constatação, uma vez que se a culpa se esgotava no nexó psicológico então o inimputável (menor de 18 anos e doente mental) também agia culpavelmente. Isto sem mencionar a coação irresistível.

No início do século XX então surgiu a *teoria normativa da culpabilidade*, onde os conceitos naturalísticos e descritivos foram substituídos por conceitos normativos e valorados. A culpabilidade passa a ser entendida como *reprovabilidade* da conduta típica, contendo o dolo e a culpa *stricto sensu* como um dos elementos do seu conceito.

Porém, a evolução deste conceito acaba por excluir da culpabilidade os elementos psicológicos, transferindo o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo subjetivo de injusto, finalizando por distinguir a valoração do objeto e o objeto da valoração (teoria finalista da ação). A culpabilidade portanto acaba encontrando uma estrutura fundada em a) capacidade de culpabilidade. b) conhecimento real ou possível do injusto e c) exigibilidade de comportamento conforme a norma.

Esta estrutura tem na capacidade de culpabilidade o fator biológico e psicológico, fixando-se em idade mínima para entender o caráter ilícito da conduta, bem como na integridade mental do agente, muitas vezes afetadas por doenças ou oligofrenias. O conhecimento real ou possível do injusto significa que o agente além do dolo (consciência e vontade em realizar o ilícito) precisa ter conhecimento de que aquele fato é contrário à norma e definido como crime. Por sua vez a exigibilidade de comportamento conforme a norma em nada mais se concentra se não na verificação de caso a caso sobre o agente ter ou não possibilidade de evitar a ofensa à norma e agir conforme o direito.

Este conceito, baseado na teoria finalista da ação (ação como realização de uma atividade final de um projeto), majoritariamente adotado pelos doutrinadores pátrios, dentre eles, levou à concepção da culpabilidade como pressuposto da pena.

Porém, para Bitencourt⁴,

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime. Não nos convence o entendimento dominante na doutrina brasileira, segundo o qual a culpabilidade, no atual estágio, deve ser tratada como um pressuposto da pena, e não como integrante da teoria do delito. Assumindo essa orientação, Damásio de Jesus, pioneiramente, passou a definir o crime como a ação típica e antijurídica, admitindo a culpabilidade somente como mero pressuposto da pena.

A seguinte afirmação de Ariel Dotti teria levado Damásio de Jesus a mudar seu entendimento sobre a matéria: 'O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente'. Essa afirmação de Dotti leva-nos, inevitavelmente, a fazer algumas reflexões: a) seria possível a imposição de sanção a uma ação típica, que não fosse antijurídica? b) poder-se-ia sancionar uma ação antijurídica que não se adequasse a uma descrição típica? c) a sanção penal (penas e medidas) não é uma consequência jurídica do crime?.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. p. 408-409

Seguindo nessa reflexão, perguntamos: a tipicidade a antijuridicidade não seriam também pressupostos da pena? Ora, na medida em que sanção penal é consequência jurídica do crime, este, com todos os seus elementos, é pressuposto daquela. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade, são pressupostos da pena, que é sua consequência.

(...)

Essa construção deixa claro que, por exemplo, se do exame dos fatos constatar-se que a ação não é típica, será desnecessário verificar se é antijurídica, e muito menos se é culpável. Cada uma dessas características contém critérios valorativos próprios, com importância e efeitos teóricos e práticos igualmente próprios. Ora, é de uma clareza meridiana, uma ação típica e antijurídica somente se converte em crime com o acréscimo da culpabilidade.

(...)

Concluimos, com a afirmação irrefutável de Cerezo Mir: 'Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável'.

Entretanto, a melhor e mais atual doutrina, capitaneada por Santos⁵ passou a compreender a culpabilidade como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto, concentrando nestas elementares todos os elementos da definição analítica de crime.

O impactante resultado disso, conforme adiante se destrinchará, é que a culpabilidade passa a ser vista não como fundamento da pena mas sim como mais um limitador do poder de punir do Estado.

3 PRESSUPOSTOS DE CULPABILIDADE

3.1 IMPUTABILIDADE

Muito embora a lei não apresente definição de imputabilidade, pelo que se extrai dos arts. 26 e seguintes do CP, a contrário *sensu* pode se concluir que "A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**

*confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento.*⁶

Com efeito, para que o sujeito seja capaz de suportar o juízo de censura é preciso que tenha atingido um grau de desenvolvimento biopsíquico e, em razão disso, ser considerado capaz de entender a ilicitude da conduta.

Tendo isto em conta que a imputabilidade passou a ser tratada como pressuposto da culpabilidade e não um simples elemento seu.

Para Leal⁷,

O que fundamenta a imputabilidade é a idéia de que o homem, ao atingir certo grau de desenvolvimento, tem liberdade de decisão e, por isso, deve suportar a reprovação jurídico-penal, se decidiu escolher a prática do crime. (...) A imputabilidade é, assim, mais do que simples elemento da culpabilidade; é seu pressuposto. Sem ela não se pode pensar em culpa jurídico-penal.

Em resumo, o fundamento da imputabilidade assim reside na capacidade que o maior de 18 anos tem de entender a antijuridicidade do seu comportamento, fundada na sua liberdade de decisão, devendo arcar com a reprovação jurídico-penal caso decida-se pela prática do crime.

3.2 CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE (ERRO DE PROIBIÇÃO)

A consciência da antijuridicidade define-se na consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Esta consciência é igualmente um pressuposto da culpabilidade. E isso porque a reprovabilidade da conduta não depende unicamente de ter o agente capacidade genérica para compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. É imprescindível que tenha ele compreendido ou pelo menos pudesse compreender a ilicitude de sua ação.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. p. 203

⁷ LEAL, João José. **Curso de Direito Penal**. p. 265

Para Fragoso⁸,

Normalmente, quem realiza uma ação punível tem consciência de que age ilicitamente, pois as ações delituosas respondem, em regra, a fatos intensamente reprovados pela consciência da comunidade, ou da generalidade das pessoas (furto, estupro, homicídio etc.).

Dentro deste quadro, encontra-se o erro sobre a ilicitude do fato, ou seja, o erro de proibição.

Em primeiro plano, *ex vi* do art. 21, do CP, o desconhecimento da lei é irrelevante para afastar a culpabilidade, podendo apenas ser considerado uma atenuante (art. 65, II, do CP). Porém, o mesmo art. 21, uma vez incluído como pressuposto da culpabilidade, confere relevância ao erro sobre a ilicitude do fato, ressaltando que se for ele inevitável, isenta de pena; e se evitável, pode ser causa de sua diminuição.

Para esclarecer melhor a celeuma causada pela aparente antinomia da norma, Santos⁹ observa que o erro de proibição resta identificado em três modalidades: a) erro de proibição direto: recai na existência, validade e significado da lei; b) erro de permissão: recai sobre uma suposta porém inexistente justificação ou sobre limites jurídicos de sua existência; e c) erro de tipo permissivo: recai em situações justificantes.

Destarte, o art. 21, do CP, traz uma regra (desconhecimento da lei é inescusável), logo seguida das exceções limitadoras, consubstanciadas pelo erro de proibição inevitável (exclui a culpabilidade) e evitável (apenas atinge a graduação da pena).

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. p. 211

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. p. 237-238

Citado por Santos a teoria dominante sobre o objeto da consciência do injusto situa-se no argumento de que o conhecimento da danosidade social ou na "imoralidade" do comportamento (teoria tradicional) não é suficiente, assim como conhecer a punibilidade do fato (teoria moderna) seria desnecessário. "*O objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto*".¹⁰

Exemplo típico das ensinanças supra colacionadas podem ser encontradas nos tipos penais previstos nas leis ambientais e tributárias. Frequentes são os casos em que o agente muito embora conheça a lei acaba por realizar a conduta típica (cortar uma árvore ou deixar de recolher um tributo) simplesmente porque a orientação técnica assim instruiu ou porque na sua concepção aquele bem não se encontrava dentro da previsão legal proibitiva da ofensa.

Com efeito, em suma, a consciência da antijuridicidade nada mais é do que o conhecimento real do valor que possibilita ao autor imputável saber, concretamente, o que faz, afastada ou reduzida nos casos de erro de proibição.

3.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Conforme se viu, a culpabilidade pressupõe a imputabilidade e a consciência da antijuridicidade. Porém, isto não é o suficiente. Necessário ainda que as circunstâncias do fato possibilitem ao agente a realização de outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico.

Como lembra Santos ¹¹ o homem é responsável porque vive em sociedade e esta sociedade é marcada pelo espaço de outrem. Ou melhor, o *ego* existe como *alter* – o *ego* deve respeitar o *alter* pois este respeito sustenta a existência do próprio *ego*.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. p. 229

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, p. 210

Tendo isto em conta, conhecida pelos alemães como *andershandelkönnen* – poder de agir diferente, a exigibilidade de conduta diversa resulta no fato de que não há reprovabilidade e por conseguinte culpabilidade se o agente se encontrava em situação que não se lhe podia exigir comportamento diverso.

De outro visor, não se pode esquecer que a conclusão de que o agente podia agir de modo diferente, conforme a norma, pressupõe “liberdade de vontade” e, neste ponto, há que se reconhecer a dificuldade de comprovação deste “livre arbítrio”.

Além do que, modernamente se percebeu que o cérebro humano vive em constante conflito, para não dizer guerra, onde o córtex-frontal, responsável em geral pela razão, incansavelmente ocupa-se em limitar o sistema límbico, responsável em geral pela emoção e pulsões, pronto para em qualquer instante aplicar algum golpe de estado.

Segundo ensina Jescheck, citado por Amaral¹²,

Não se sabe se da liberdade do homem enquanto espécie se pode inferir a liberdade do autor do fato na situação concreta, devida às constantes alterações que se passam na mente do ser humano sobre as condições em que se produz a decisão, efetivamente indemonstráveis empiricamente; nem se sabe de que forma o homem consegue resistir aos impulsos criminais que o tentam. Apesar disso, é possível que o fato concreto seja somente o resultado da relação de forças existentes entre os impulsos psicológicos, e que na irrepitível situação ao autor tenham faltado as forças necessárias para determinar-se conforme o direito. Por isso, a reprovação de culpabilidade é dirigida ao autor que ‘na situação em que se encontrava, houvera podido atuar de outra forma, no sentido de que, com base na experiência comum sobre a essência do homem, outro em seu lugar poderia ter atuado de outro modo nas concretas circunstâncias, empregando a força de vontade que possivelmente faltou ao autor’.

Já para Leal¹³:

¹² AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. p. 203-204

¹³ LEAL, João José. **Curso de Direito Penal**. p. 276

“Tratando-se de um elemento normativo, caberá ao juiz decidir se, considerando as condições pessoais do agente e as circunstâncias objetivas em que a conduta típica foi praticada, era razoável exigir-se-lhe um comportamento conforme a ordem jurídica”.

Observa-se assim que a exigibilidade de agir conforme a norma refere-se e deve ter em conta sempre a situação particular do agente, suas características e peculiaridades. Ou seja, por ocasião da ação, pressupõe-se que há um agente *normal*, com características normais referentes à maturidade e sanidade psíquica.

Uma situação de anormalidade tanto pode ser considerada em seu desfavor como em seu favor. Exemplificando: em um delito de trânsito, é razoável exigir maior acuidade e conduta de acordo com a norma de um exímio piloto de fórmula um do que de um recém habilitado no trânsito.

O mesmo se diga em uma briga de rua envolvendo ora pessoa pacata, introspectiva e que nunca se envolveu em discussões e ora envolvendo um campeão de luta livre. Não é razoável exigir-se o mesmo comportamento de um e de outro, pois o campeão de luta livre possui melhores condições de avaliar a maneira de se conduzir e a intensidade de seus atos.

Concluindo, só há culpabilidade quando o agente, devendo e sendo capaz de agir de acordo com a ordem jurídica, atua de forma diferente, contrária à norma.

4 A CULPABILIDADE COMO LIMITAÇÃO DO PODER DE PUNIR E NÃO COMO FUNDAMENTO DA PENA

É de fundamental importância analisar a natureza da culpabilidade, precipuamente entre a dicotomia limitação do poder de punir em confronto ao fundamento da pena. E isso porque os efeitos disso são graves para toda a teoria do crime, desde os elementos gerais do direito penal às particularidades do processo penal.

Esta análise, por outro lado, não pode fugir da perspectiva da Justiça Política, ou seja, de uma perspectiva ética sobre direito e estado.¹⁴

Dotti¹⁵ defende que a culpabilidade deve ser considerada um pressuposto da pena e não um requisito ou elemento do crime, merecendo análise dentro daquele quadro e não na seara da teoria geral do delito. Esclarece ainda que:

O crime como ação tipicamente antijurídica é causa da resposta penal como efeito. A sanção será imposta somente quando for possível e positivo o juízo de reprovação que uma decisão sobre um comportamento passado, ou seja, um posterius destacado do fato antecedente.

Entretanto, segundo leciona Santos¹⁶, a questão básica da culpabilidade reside em seu fundamento, sedimentado pela definição de culpabilidade como reprovabilidade (aptidão de livre decisão do agente). Neste ponto, para este doutrinador, acertadamente, a tese de *livre decisão* é impossível de se demonstrar e, em assim sendo, a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena. Esclarece ele que:

Por esta razão, o juízo de culpabilidade deixou de ser um conceito antológico, que descreveria uma qualidade do sujeito, para constituir um conceito normativo, que atribui uma qualidade ao sujeito. Hoje, a tese da culpabilidade como fundamento da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como limitação do poder de punir, com a troca de uma função metafísica de legitimação da punição por uma função política de garantia da liberdade individual. Como se pode observar, essa substituição não representa simples variação terminológica, mas verdadeira mudança de sinal do conceito de culpabilidade, com conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem pode existir

¹⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Uma filosofia da justiça política que discute, desde o princípio da liberdade, a legitimação e a limitação de uma ordem do direito e do estado" (pág.22).

¹⁵ OTTI, Ariel. **O incesto**. p. 173

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**, p. 205-206

qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos.

Observa-se portanto, com indisfarçável satisfação, que esta concepção de culpabilidade (limitadora do poder de punir do Estado), concorre para a redefinição da dogmática penal, consistente num sistema de garantias do indivíduo em face do poder repressivo do Estado, chegando à capacidade inclusive de reduzir e até mesmo excluir a sua intervenção no status de liberdade.

Aliás, acolher a culpabilidade simplesmente como pressuposto da pena é emprestar a esta unicamente a finalidade de prevenção geral (ou especial) do crime, numa corrente utilitarista, cujos limites residem na sua eficiência funcional. Abandona-se por esta via o papel humanístico e garantidor da culpabilidade, com riscos nítidos de involuções.

Do contrário, acolhendo-se a culpabilidade como limitação do poder punitivo do Estado talvez seja um dos divisores de água da recente história do direito penal. A partir do momento em que os operadores do direito (juízes, advogados e promotores) passarem a conceber esta concepção, por certo o leviatã opressor e iníquo se verá enfraquecido pela real cidadania, garantida pelos fundamentos humanísticos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão da culpabilidade na teoria do delito, como elementar do fato punível, ao lado do tipo de injusto, abandonando a idéia de pressuposto da pena, fez o que o conceito normativo e valorado da culpabilidade (reprovabilidade da conduta típica) já havia feito com seu conceito naturalístico e descritivo, ou seja, superou-o.

Neste momento histórico a visão crítica da culpabilidade é de fundamental importância para o alcance do conceito garantista do próprio direito penal.

A evolução do conceito de culpabilidade, que se viu complexo, começou no campo exclusivamente objetivo, passou a incluir a subjetividade e finalmente deixou os conceitos naturalísticos e descritivos, vindo-se substituídos por conceitos normativos e valorados - reprovabilidade da conduta típica.

A partir do estudo dos pressupostos da culpabilidade – A imputabilidade como a capacidade do sujeito de suportar o juízo de censura, a partir de um grau de desenvolvimento biopsíquico que, por isso, é capaz de entender a ilicitude da conduta. A consciência da antijuridicidade como a consciência (compreensão) que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. A exigibilidade de conduta diversa, a partir do que não há reprovabilidade e por conseguinte culpabilidade se o agente se encontra em situação que não se lhe pode exigir comportamento diverso, dentro de um contexto particular e de normalidade da situação – chegou-se à superação do conceito normativo e valorado.

Pelo conceito e pressupostos da culpabilidade, tratados sob seara fundada em uma justiça política, ou seja, com uma perspectiva ética sobre direito e estado, consegue-se chegar ao melhor conceito e por conseguinte aos efeitos mais benignos à sociedade organizada.

Assim, conforme a política criminal, a culpabilidade, vista dentro da teoria do delito, abandona sua função metafísica de legitimação da pena e passa à função política de garantia da liberdade individual.

Este novo conceito de culpabilidade, de limitação do poder de punir é um “divisor de águas”, pois para além da alteração semântica, a mudança traz consequências radicais em sede de política criminal. Em síntese, deixa-se a culpabilidade como fundamento da pena, que legitima o poder do Estado, do Leviatã, e recebe-se-a como limitação da pena, que garante a liberdade do cidadão. Se não há culpabilidade não há fato punível. Se não há fato punível não há pena. E se não há pena não há intervenção estatal.

BUCH, João Marcos. A culpabilidade como limitação do poder de punir e não como fundamento da pena. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIA DA FONTES CITADAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCrim, 2003

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *In: Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, Ariel. **O incesto**. Curitiba: Guignone.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Petrópolis: Vozes, 1991

LEAL, João José. **Curso de Direito Penal**. Blumenau: Furb.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.