V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

CULPABILIDADE: PARA ALÉM DE UMA ESTRUTURA LÓGICO-REAL, UM INSTITUTO FUNCIONAL

CULPABILITY: BEYOND OF A LOGICAL-REAL FRAMEWORK, A FUNCTIONAL INSTITUTE

Ana Clara Montenegro Fonseca
Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato

Resumo

Tratar sobre a culpabilidade é discorrer sobre a história da dogmática penal. Pode-se dizer que é definir o direito penal pela roupagem de um direito penal cidadão. Daí ser o objetivo dessa narrativa, de abordagem eminentemente teórico, analisar, em um primeiro passo, o conceito e as teorias que definiram a culpabilidade. Em seguida, o estudo estrutura-se a partir de toda a evolução do instituto na epistemologia das ciências criminais, sem olvidar da crítica aos seus percalços. Ao final, há exposição da visão sobre culpabilidade funcional de Claus Roxin e de Günther Jakobs.

Palavras-chave: Culpabilidade, Dogmática, Sistemas, Política criminal

Abstract/Resumen/Résumé

Discuss the question of guilt is to report the history of criminal dogmatic. We can say that is to define the criminal law by the bias of the criminal law of citizenship. It is therefore the purpose of this narrative, with the eminently theoretical approach, analyze, initially, the concept and theories that defined the blame. From this point, the study is structured throughout the evolution of the institute in the epistemology of criminal science, not esquendo to criticize their mishaps. In the end, there is exposure to the functional view of the resulting guilt Claus Roxin and Günther Jakobs.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Dogmatic, Systems, Criminal policy

INTRODUÇÃO

Para a doutrina mais abalizada, a melhor maneira de se conhecer um elemento da dogmática é através de um enfoque histórico. Nessa trilha é assim que abordaremos o tema.

Desse modo, a pretensão inicial é tratar da culpabilidade como um elemento, que, tal qual outro integrante da teoria do crime, que possui uma posição sistêmica, uma estrutura semântica e uma natureza jurídica.

Destarte, é objetivo dessa pesquisa tanto revelar cada um desses três pontos sobreditos, bem como demonstrar que a compreensão da estrutura teórica da culpabilidade é algo imprescindível para o exegeta. A razão seria não só para exercer o seu mister de uma maneira justa e isenta, mas também para que se possa concretizar aquilo que se chama hoje de direito penal mínimo.

Nesse diapasão, este artigo, de caráter eminentemente teórico, segue um roteiro comum, inclusive, a todas as estruturas welzelianas (do finalismo): na primeira parte, estudaremos da história da culpabilidade; em um segundo momento, trataremos dos seus elementos e, em seguida, das suas excludentes.

Com base nessas premissas, abordaremos o conceito que hoje se tem da culpabilidade, revelando que o mesmo engloba um aspecto naturalístico e um aspecto valorativo (normativo). Nesse ponto, abordaremos para além da perspectiva finalista, as teorias de Claus Roxin e de Günther Jakobs sobre a culpabilidade funcional, no intuito de demonstrar as razões pelas quais a culpabilidade não é mais uma estrutura puramente lógico-real, mas um instituto funcional.

Tudo isso por meio daquela consistência teórica que deve respaldar as críticas mais emergentes no horizonte da doutrina jurídico-penal.

1 PERSPECTIVAS INICIAIS SOBRE A CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DA CULPABILIDADE NO TRANSCURSO DA EPISTEMOLOGIA DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS MODERNAS

Juarez Tavares (2000, pp. 5 e ss.) costuma dividir o conceito de culpabilidade como um juízo de valoração ou o que nos expressa a voluntariedade de um ato. Vislumbram-se dois modos de enxergar, que, não só representam à história do direito penal, mas também a base que fez com que Roxin (2000, pp. 5 e ss.) nos desse o norte atual do que hoje se denomina de: princípio da culpabilidade.

De fato, no tempo em que se adotava a teoria da culpabilidade complexa, tinha-se a ideia de que a culpabilidade representava tanto o dolo como a culpa (causalismo). Foi neste contexto que se evoluiu para o mencionado juízo de reprovação (neokantismo), bem como se concluiu que o dolo e a culpa deveriam integrar o tipo (finalismo).

Compreendeu-se a mesma, a partir desse momento, por meio de uma lógica normativa, composta pela potencial consciência da ilicitude, exigência de conduta diversa e imputabilidade. Tudo, contraditado pelo erro de tipo e proibição, coação moral irresistível, obediência à ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal, doença mental e menoridade, dentre outras dirimentes supralegais.

Se o supramencionado retrata o transcurso histórico do referido instituto, há de se perceber também que o tempo atual é bem diferente do pensado por Liszt (FIANDACA e MUSCO, 2010, pp. 7 e ss.).

Após as contribuições dadas por Roxin, na década de setenta do século passado, sobretudo, no âmbito da dogmática, sabe-se que os ramos da ciência conjunta do direito penal se equivalem (KINDHÄUSER, 1996, pp. 5 e ss.). Assim, consideramos que devem ser tratados em um contexto de cooperação que substitui, valendo-nos das palavras de Figueiredo Dias (2004, pp. 17 e ss.), o tempo da ignorância mútua própria de *frères ennemis*.

Com outras palavras, o tempo em que se estudava a política-criminal, a dogmática e a criminologia sem um liame que as unisse ou mostrasse os reflexos que os movimentos de uma ou de outra geram no conjunto dos estudos que se debruçam sobre o problema do crime ou – aproveitando-nos de um termo próprio da sociologia criminal norte-americana – do desvio social.

Sem dúvida, ao contextualizarmos historicamente a dogmática, não é difícil apreendermos os pontos de união entre os referidos ramos da *Gesamte.* Além disso, também os reflexos que estes mesmos ramos geraram nas últimas décadas, presenciados na implantação de uma justiça restaurativa, nas políticas de despenalização ou em propostas de endurecimento da resposta estatal como, por exemplo, o direito penal do inimigo ou de terceira velocidade (HENKEL, 2005, pp. 5 e ss.).

Por esse contexto, podemos perceber os fatos que originaram sugestões como as de Roxin (2000, pp. 5 e ss.), de alterarmos o sistema penal, retirando da culpabilidade a exigência de conduta diversa. É nele que podemos ainda observar o que nos levou inicialmente a destacar a culpabilidade como a parte subjetiva de um crime (causalismo).

Dito de forma simples, passamos a enxergar o caminho valorativo que nos levou a envolvê-la *a posteriori* sob um enfoque meramente normativo (finalismo). A perceber as

incongruências das teorias estritas e limitadas do dolo e da culpabilidade quanto ao erro de tipo e de proibição. Ou mesmo, os reflexos metodológicos disso na chamada culpa imprópria e legítima defesa putativa.

Afora isso, restam ainda as dificuldades do exegeta em absorver um choque de realismo, tão presente nos discursos daqueles juristas que defendem um estado de necessidade exculpante ou extralegal (funcionalismo).

Na realidade, como já é de conhecimento de uma doutrina forte em qualidade e quantidade, tais discursos enfrentam as críticas dos que querem ver a culpa como um fundamento e não só como um pressuposto da pena. Uma proposta que, em síntese, tem os ares de mais democrática (GÜNTHER e CANCIO MELIA, 2005, pp. 30 e ss.; HASSEMER, 1995, pp. 5 e ss.).

Com efeito, passemos agora a traçar de uma maneira mais organizada tais momentos ou fases históricas da dogmática, resumindo os passos dados que mais influenciaram o conceito e o papel que a culpabilidade possui no sistema jurídico-penal.

2 HISTÓRIA DA CULPABILIDADE NA DOGMÁTICA PENAL SOB A ÓTICA DAS TRÊS FASES NORTEADORAS DA TEORIA DO CRIME: CAUSALISMO, FINALISMO E FUNCIONALISMO

O primeiro sistema teórico-penal foi o causalista. Uma corrente que dominou o pensamento jurídico até a segunda metade do século XX. Este via a culpabilidade como um dos dois requisitos do crime. Percebia a mesma como a sua parte subjetiva, isto é, o querer e o ofender negligentemente.

O intuito dos adeptos desse primeiro modo de se enxergar a teoria do crime era afastar a responsabilidade objetiva (*versari in re illicita*). Pois envolvia a mesma essa negligência ou dolo como condição para se responsabilizar alguém. Era o tempo do domínio de uma culpabilidade de verniz psicológico. Uma maneira de pensar que foi posta em xeque, sintetizando-nos um caminho que nos faz reconhecer o quanto, cada vez mais, precisamos trazer Kant para o direito penal.

As mudanças significativas vieram com estudos de Graf Zu Dohna sistematizados por Welzel (2001, pp. 5 e ss.), quando este acrescentou um terceiro requisito para a análise do crime. Isso tudo, vale ressalta, com base nas chamadas "circunstâncias concomitantes" (*normalität der begleitender umstände*), de Frank, as quais exatamente influíram na formação dos elementos da culpabilidade puramente normativa dos finalistas.

Assim, observa-se na obra de Welzel intitulada *Um novo sistema penal*, que, ao se reparar só para o resultado, não se consegue distinguir muitas vezes um crime de outro. Diferenciar, por exemplo, um disparo de arma de fogo de um homicídio tentado.

Para Welzel, o que sugere isto é o elemento subjetivo. Dessa forma, o dolo e a culpa deveriam integrar o primeiro elemento do crime: o fato típico e não o segundo.

Para Welzel esse segundo elemento deveria ser a antijuridicidade ou a ilicitude e a culpabilidade um terceiro. Não mais baseado em padrões naturalistas (como defendiam os autores do causalismo, adeptos da teoria psicológica ou neokantistas simpáticos à teoria normativo-psicológica), mas de acordo com uma teoria normativa pura, fincada na dita potencial consciência da ilicitude, exigência de conduta diversa e imputabilidade.

Nessa linha de raciocínio, o juiz veria um crime quando constatasse que o fato é: (1) típico, já que não houve o contraponto do crime impossível, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz; (2) antijurídico, já que não houve o contraponto da legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito; (3) culpável, já que também não houve o contraponto do erro de tipo e de proibição (direto e indireto, escusáveis), da coação moral irresistível ou obediência à ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal, da menoridade ou doença mental.

Uma maneira de pensar chamada pela doutrina mais forte de finalismo, só superada por meio dos estudos de Roxin, que mudaram mais uma vez a noção de culpabilidade, quando iniciou o funcionalismo.

Assim, uma corrente que demonstrou a necessidade de flexibilização do que se desenvolveu para a teoria do crime, ao longo desses últimos anos.

De acordo com Roxin, era necessária uma relativização que nos levasse a introduzir ao sistema legal o sistema social, unindo os termos indissociáveis do estado de direito e do estado social. Todavia, o mesmo Roxin indagava: como fazer isto, sem trair o sistema?

Orientado por preceitos luhmanianos, Roxin ponderou que o próprio sistema possui válvulas de escape que nos aproxima da realidade, ou seja, visualizou a possibilidade afirmativa de flexibilização do que se desenvolveu para a dogmática, como um exercício de autopoiese.

Na perspectiva roxiniana bastava trocarmos os fins dos elementos intradogmáticos ou das estruturas lógicas-reais welzelianas pela função do todo que, *in casu*, é a função do próprio direito penal. Entendendo-se aqui como função a prevenção de crimes. Era a adoção da teoria dialética unificada de Roxin (DIAS, 2004, pp. 17 e ss.).

Ora, foi por tal ótica que nos sugeriu Roxin que fosse dado aquele mencionado novo perfil ao estado de necessidade, partindo da ideia de que a exigência de conduta diversa não poderia estar restrita ao contraponto da coação moral ou da obediência a ordem hierárquica superior não manifestamente ilegal.

Roxin propôs que o referido elemento da culpabilidade normativizada de Welzel deveria ser perspectivado pela necessidade ou não de prevenção. Assim, sugeriu-nos que os requisitos do crime fossem acrescidos para o número de quatro, passando o último a ser integrado apenas por dita exigência de conduta diversa.

Na verdade, Roxin retira a exigência de conduta diversa da culpabilidade e leva-a para o que denominou de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

Uma proposta que, em que pese a força da sua doutrina, não foi aceita. Assim como não foram aceitas também sugestões como as de Maurach, quando este autor, ao se aproximar do que nos disse Roxin, sugeriu-nos uma maior dimensão para a exigência de conduta diversa.

A doutrina predominante resolveu, ao final, usar a ideia de redimensionar a exigência de conduta diversa à luz da prevenção para criar a figura do estado de necessidade exculpante. Um ponto teórico, também já mencionado nesta narrativa, que, ao lado da imputação objetiva, constitui uma das mais significativas contribuições de Roxin.

Começa-se um tempo que o mote é a preocupação com a ofensa material e não com o formalismo protagonizado por Welzel. Não obstante a isto, insurge ao pesquisador a seguinte questão: que ambiente que nos inseriu nesse contexto?

Ora, antes de adentrarmos nos comentários sobre a estrutura que hoje se dá ao instituto da culpabilidade, definindo-a com consistência, tanto sua natureza como posição sistêmica, passemos agora para a última contextualização que nos é devida.

Tracemos aqui o ambiente que nos levou a esse choque de realidade, que refletiu de forma profunda no tópico central dessa pesquisa. Com efeito, mostremos que tais propostas foram respostas a uma constatação da crise do direito penal tradicional que nos transmitiu a criminologia crítica ou o que se chama de nova criminologia.

3 ENTRE A ESTRUTURA SEMÂNTICA, A NATUREZA JURÍDICA E A POSIÇÃO SISTÊMICA: A CULPABILIDADE COMO UM INSTRUMENTO DOGMÁTICO DA TEORIA DO CRIME

Ora, depois desse traçado histórico, é possível responder as indagações sobre a estrutura semântica, a natureza jurídica e a posição sistêmica da culpabilidade.

A mesma, quanto a sua natureza jurídica, é um requisito do crime, cujo primeiro elemento é a consciência do ilícito. Algo que remonta ao finalismo, eis que nesse sistema teórico o dolo não possui como elemento intelectivo a consciência de uma ofensa proibida em lei, mas só a consciência do ato (FREUND, 2004, pp. 5 e ss.; FRANK, 2004, pp. 5 e ss.; MARINUCCI, 1971, pp. 30 e ss.).

Uma maneira de pensar, fruto de uma tese desenvolvida pela teoria limitada da culpabilidade, que, ao sugerir essa distinção entre a consciência do ilícito e a consciência do ato, fez surgir na teoria do crime algo extremante difícil para ser compreendido pelo exegeta.

A razão dessa dificuldade pode ser vislumbrada a partir de um pensamento hipotético, a guisa de ilustração, portanto, imaginemos alguém que pensa que está em legítima defesa. Ora, a matéria tratada não será deduzida com o auxílio do segundo requisito (a antijuridicidade.), mas com o auxílio do terceiro.

Assevera-se que é, pois, a culpabilidade é que nos revelará a solução desse caso. Até porque, o que ocorreu foi um erro quanto ao tipo permissivo. Houve um problema de consciência. O agente entende que é proibido matar. Ele sabe o que é a legítima defesa, mas pensou erroneamente que estava sofrendo uma violência por parte de alguém.

Ora, resta-nos indagar como o juiz procede diante deste caso concreto. A resposta aproxima-se da seguinte observação: o intérprete abrirá o processo pelo homicídio, satisfazendo assim tanto à análise da parte objetiva do tipo (matar alguém) como à análise da parte subjetiva: seja da vontade de matar (elemento volitivo), seja da consciência de que se estava matando alguém (elemento cognitivo do referido dolo).

Contudo, reparemos que, ao final, o juiz será obrigado a questionar de novo sobre o dolo ou a negligência da conduta do agente. Isso porque o que havia era que o agente não tinha consciência que estava agindo ilicitamente. Pensava que estava em legítima defesa. Na verdade, o juiz aí não indagará sobre as justificantes, deverá partir para o terceiro requisito e nele se concentrar no elemento dogmático denominado de potencial consciência da ilicitude.

Assim, percebe-se que o julgador fará uma análise, seguindo a metodologia finalista, através das excludentes. No caso, a discussão se dará pela exculpante denominada de erro de tipo indireto. Isto porque não se está aí questionando o conhecimento da lei (que ensejaria o erro de proibição), mas os elementos que integram o próprio tipo. Como é um tipo permissivo, o epíteto: erro de tipo indireto.

Ora, o juiz nesse terceiro requisito, constando o erro afastará o dolo e consequentemente a culpabilidade. Todavia, ao valorar a dimensão do erro nada impede que o juiz possa punir a conduta do agente a título de negligência.

Pelo exposto, é certo que tudo no finalismo se dá por um exercício valorativo de caráter normativo onde a realidade não é o mote. É sim a possibilidade de uma análise mais consistente. De fato, no finalismo se foge da realidade. Todavia, essa fuga tem limites, até porque sob uma barreira naturalista não se pode conceber uma conduta dolosa ou culposa sem integrá-la com a consciência da ilicitude do que se está praticando.

Tanto o supramencionado é verdade que após afastar o dolo deverá o juiz ver se o crime é negligente. De fato, caso o juiz entenda que houve um erro de tipo indireto é de se indagar se esse erro é escusável (se perdoa) ou inescusável (não se perdoa). Se for inescusável o réu poderá ser condenado por crime de homicídio culposo. Tal culpa é chamada pela doutrina de culpa imprópria. Caso não se puna, ter-se-á a legítima defesa imprópria ou putativa.

Dito de forma simples, não há como se fugir do fato de que em um dado momento o juiz está entre o que é formal ou construído (a consciência vista em um terceiro momento) e o que é real (ao fim se tem de ver se a conduta é culposa ou dolosa, tal qual preconizava o causalismo e a simplicidade das suas estruturas teóricas).

Destarte, feita tal reflexão, posicionemos nossas atenções a uma outra polêmica: a estrutura semântica da culpabilidade.

Olhemos, que, se em 1907, nos estudos, sobretudo de Frank, foi à mesma dotada de um caráter valorativo (a reprovabilidade), hoje se exige que se veja a mesma através de uma dimensão político-criminal (MARINUCCI, 1965, pp. 5 e ss.; MARQUES, 2001, pp. 30 e ss.; MARTINEZ PEREZ, 1989, pp. 5 e ss.).

Veja mais uma vez a exigência de conduta diversa como elemento da culpabilidade. E que foi esse mesmo elemento que ensejou a referida passagem ao alcance político-criminal, sugerido por Roxin. Um alcance que envolve não só a culpabilidade, mas todas as demais estruturas legais, cuja dimensão estava tolhida pelo dogmatismo fechado de Welzel. Na verdade, indagou-nos Roxin: Como entender uma expressão como a exigência da conduta diversa, limitando-nos a diferenciar coação moral da física? Como entendê-la por meio de uma ordem hierárquica superior. Se ela emana de uma autoridade pública ou não.

Ora, a doutrina deu razão a Roxin quando este demonstrou que só se pode exigir algo diverso de alguém à luz das razões político criminais.

De fato, pergunte-se: vale a pena, diante de uma sociedade que também é responsável pelo crime, incriminar uma conduta quando tal incriminação não será exemplo, mas prova de descompasso entre o ser e o dever-ser? Vale a pena incriminar alguém que não merece uma

ressocialização? Sem dúvida, com tais indagações, tentou Roxin realizar a mudança sistêmica já comentada.

Dessa maneira, passou-se a admitir as necessidades de prevenção como mais um mote para a exigência de conduta diversa, entendendo-se que independentemente do sopesamento dos bens sob tutela, que o dogmatismo fechado de Welzel impôs ao estado de necessidade, pode ocorrer a exculpante quando tais necessidades de prevenção assim recomendem. Cite-se o exemplo de uma mãe que em um acidente tem de escolher entre o filho e dois adultos. Claro que ela escolherá o filho. Embora, assim agindo, choque-se com a imposição de Welzel de só haver estado de necessidade quando se salva um bem maior em detrimento de um bem menor. No caso a mão não se enquadra aí pois salvou uma vida em detrimento de duas.

É daí que se indaga: as necessidades de prevenção sugerem a punição da mãe? Sugerem que se exija aí uma conduta diversa? Ela necessita de ressocialização? Conseguir-se-á intimidar quem quer que seja para, estando em uma situação semelhante, não salvar seu filho, pois numericamente sua vida vale menos que a de dois adultos?

Tais questionamentos já demonstram o peso das reflexões de Roxin. Tanto isto é verdade, que, apesar de vários autores terem a imputação objetiva como um marco para o funcionalismo, não é difícil vermos que essa proposta, ao lado do princípio da insignificância, tem uma enorme relevância para o funcionalismo. Uma proposta formulada sob os auspícios, repita-se, da criminologia crítica.

A mesma criminologia crítica que fez com que, com a chegada do princípio da insignificância, os requisitos welzelianos fossem colocados em xeque perante as exigências da política criminal.

4 A CULPABILIDADE COMO SAÍDA A UM DISCURSO LEGITIMADOR DO DIREITO PENAL

De fato, essa última maneira de pensar, exposta acima, foi um dos passos mais impressivos para a satisfação do desejo de se alcançar um conceito material de crime. É esse conceito que é hoje o palco de inúmeras discussões sobre a própria legitimidade do direito penal.

Cite-se o que nos foi detalhado pela doutrina de Zaffaroni, quando tratou sobre a necessidade de se ver a norma como uma premissa que precisa de um argumento de validade (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1999, pp. 150 e ss.). Fundado na ideia de que a norma é um gênero que envolve as regras e os princípios, sugere-nos Zaffaroni à necessidade de a

tipicidade envolver não só uma subsunção formal, mas um ataque à intenção normativa, posicionando o crime como uma verdadeira antinormatividade (COBO DEL ROSAL e VIVES ANTON, 1999, pp. 30 e ss.; MUÑOZ CONDE, 1988, pp. 30 e ss.; MUÑOZ CONDE e ARÁN, 2000, pp. 30 e ss.; ZAFFARONI e PIERANGELI, 1999, pp. 150 e ss.).

Expressa no fato de que as normas penais incriminadoras são normas-princípios (já que o artigo 121 do CP, por exemplo, tem de ser otimizado com o 23) e cabe ao exegeta refletir sobre o enquadramento de uma conduta a um tipo de uma maneira mais abrangente.

Uma reflexão que levou Muñoz Conde (1997, pp. 5 e ss.), por exemplo, a tratar sobre os erros metodológicos de se tomar o exercício regular de direito como uma excludente de antijuridicidade, mesmo que se vejam hoje os primeiros e s segundos requisitos da teoria do crime (tipo e antijuridicidade) como estruturas vinculadas. Ou seja, pela ótica da *ratio essendi* de um perante o outro.

Uma conclusão que levou também outros autores as discussões que nos exigem a vinculação da dogmática penal às exigências de um sistema jurídico-constitucional. Tudo fundado em uma proposta que toma por referência a hermenêutica constitucional (*Wertrationalität*).

Com outras palavras, um exercício de subsunção que leve em conta só os ataques aos bens jurídicos que possuem dignidade constitucional, tornando tal premissa um pressuposto às razões de prevenção (*Zweckrationalität*) (ANDRADE, 1992, pp. 5 e ss.).

Uma ótica que se desenvolveu no Brasil através de estudos denominados de "teoria constitucionalista do delito". E, na Itália, por um termo caro a Antolisei, chamado de nova concepção realista. Responsável por se discutir não um ataque a bens jurídicos com dignidade constitucional, mas o princípio da ofensividade como o referido pressuposto às razões de prevenção. Cite-se como exemplo de estudo, a respeito dessa temática, os trabalhos de Palazzo, Marinucci, Musco, Fiandaca, Dolcini, Pagliaro, Paliero, Fiore e Stella (COSTA, 2007, pp. 5 e ss.).

Opiniões que também refletiram em Portugal, no momento em que nesse país ganha força à tese de se dar a ofensividade o estatuto de cânone compreensivo. Uma tese, protagonizada por Faria Costa (seguido no Brasil por inúmeros autores, especialmente Fábio Roberto D'Avila), que se baseia na necessidade de hoje o direito penal se voltar mais um pouco para o aspecto onto-antropológico. Fundado nas premissas que referido autor enxerga existir na relação matricial do cuidado-de-perigo (COSTA, 2000, pp. 90 e ss.; D'ÁVILA, 2006, pp. 11 e ss.).

Um tema negligenciado pelo causalismo (que dava relevo ao resultado), finalismo (que era ontológico, mas preso demais ao contexto formal) e também pelo funcionalismo, que, inclusive, leva-nos ao risco de instrumentalizarmos a pessoa do infrator, enaltecendo mais as funções da pena do que a culpabilidade deste mesmo autor de uma infração. Uma conclusão que foi sem dúvida além das teorias de verniz marxista como a da vulnerabilidade e da co-culpabilidade que visam diminuir as responsabilidades por causa de certas ausências do Estado. Foi ao âmago de uma discussão que nos demonstra que a culpabilidade exerce um papel que prepondera ao da pena na compreensão de um crime.

Com efeito, reparemos que muito embora a culpabilidade como estrutura semântica apenas nos demonstra que o ato tem de ser ao menos culpável (culpa e dolo) e o fato tem de ser ao menos reprovável ao autor (culpabilidade como terceiro requisito), algo muito mais complexo pode ser extraído do seu sentido.

Sem dúvida, não nos custa ver também que se o neokantista Frank (1907) nos legou a tese da reprovabilidade, Roxin, ao ponderar sobre o dito dogmatismo fechado e a teoria da imputação objetiva como uma temática a se acrescentar ao nexo de causalidade, não fez mais que incrementar essa lógica de dever-ser. Como nos diz Roxin, a partir do momento que se toma a prevenção como mote para todos os elementos intradogmáticos, deve-se ver mais o termo imputação do que culpabilidade. Para ele a culpabilidade seria um mero limite de pena.

Ora, quando se fala sobre as críticas aos exageros roxinianos, de ver tudo pelas razões de prevenção, toma-se como núcleo discursivo, mais uma vez, o sentido de culpabilidade. Daí se dizer que a sua estrutura semântica tem um alcance maior que noção de reprovabilidade de uma conduta. Se ela, para Roxin, é um pressuposto, para Faria Costa, por exemplo, é um fundamento. Algo que se percebe quando se depara com a realidade de que um crime culposo não tem uma pena maior que um doloso, embora até ocorra estatisticamente mais vezes. Com outras palavras, para Faria Costa, não são as razões de prevenção que ao fim prevalecem, mas as razões atreladas ao ato culposo e reprovável do acusado.

Daí se adentrar a doutrina em uma relevante discussão, já travada por Binding, no momento em que este autor questionou o fato de se tomar a ideia utilitária, fincada na prevenção, como o cânone compreensivo do direito penal. Pontuou Binding que a ofensividade, como vetor da culpabilidade, deveria ter tal primazia. Isto para não falar que a premissa de validade da norma deveria ser buscada por meio de uma interpretação que tomasse como referência à lógica da própria norma (KAUFMANN, 1976, pp. 35 e ss.).

Segundo Zaffaroni, com tal raciocínio, Binding foi taxado erroneamente de normativista. Algo que começa a ser relativizado tanto na doutrina como diante de alguns

julgados do Tribunal Constitucional brasileiro (STF), que, em crimes de perigo abstrato, como o porte de arma de fogo, tem desenvolvido raciocínios não só sobre a constitucionalidade da norma, mas também sobre o que expressa a lógica da ofensividade ao bem jurídico que o legislador demonstrou querer proteger nas entrelinhas da norma (ZAFFARONI e PIERANGELI, 1999, pp. 150 e ss.).

De fato, é de tais discussões que hoje se fala em temas como direito penal de terceira velocidade, direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) – tão difundido nos trabalhos de Jakobs e Cancio Meliá –, ou direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*). Esse é defendido nas teses do que hoje se chama de escola de Frankfurt, protagonizada por Hassemer e Naucke (COSTA, 2007, pp. 5 e ss.).

Claro que o desenvolvimento de todas essas ideias ocorreram de um modo bastante particular. No entanto, o tópico que ora tratamos é central a todos esses ramos. É um ponto de união.

5 O DESPREZO DO LIVRE-ARBÍTRIO COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE: O PENSAMENTO DO FUNCIONALISMO NORMATIVO-SISTÊMICO

Após todo o arcabouço teórico sobre a culpabilidade, apresentamos uma perspectiva mais radical sobre a mesma, com base nas lições funcionalistas normativa-sistêmicas de Günther Jakobs.

Para o autor, o indivíduo não é elemento do sistema social, mas sim as comunicações. Apenas são atos relevantes as comunicações dotadas de sentido, os demais atos inserem-se no ambiente (*umwelt*) externo ao sistema social, e, por isso, não lhe são importantes. Tal perspectiva sobre o indivíduo repercute evidentemente na culpabilidade. O pensamento de Jakobs, isto é, sua concepção de culpabilidade social modifica a teoria penal tradicional de base ontológica, ao priorizar uma imputação objetiva, e não mais subjetiva.

Schünemann (p. 99) afirma que para o funcionalista "não é o indivíduo como sujeito em si que importa, mas a sociedade concebida como um sistema social autopoiético", para o qual os homens adquirem relevância estruturas ou portadores de funções e que o direito penal não se desenvolve na consciência do indivíduo, senão na comunicação.

Em decorrência da função de prevenção geral positiva da pena, já explicitada, a reprimenda tem a finalidade de manter a confiança geral na norma. Por isso, para Jakobs (1997, p.556), a culpabilidade decorre da responsabilidade por um déficit de motivação jurídica (antijuridicidade). "*La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de*

fidelidad al Derecho. Con ello se alude a la infidelidad por la que se há de responder, un concepto determinado normativamente".

Insta destacar a aparência formal que a culpabilidade assume no funcionalismo normativo-sistêmico: ausência de motivação normativa, necessária para que a ação seja culpável, nada diz a respeito do conteúdo da norma a que se pretende resguardar. Essa crítica é assumida pelo próprio Jakobs (1996, p. 53), quando destaca duas acepções do conceito de culpabilidade, uma concernente a um entendimento meramente formal, que seria próprio de qualquer ordenamento (inclusive os totalitários): é dizer que "(...) *la culpabilidad dentro de un ordenamiento que a su vez no vale nada es una culpabilidad exclusivamente formal*".

Todavia, pelo exame sobre a legitimidade das normas usadas como referencial de comportamento, alcança-se um sentido material para a culpabilidade. Porém, torna-se complicado verificar a legitimidade de normas quando se nega em absoluto conteúdos pré-determinados às estruturas jurídicas como um todo, como é a teoria sistêmica luhmanniana. De toda forma, a culpabilidade material implica que as normas protegidas se direcionem para a pessoa, conceito que diz respeito não ao indivíduo ensimesmado (objeto de manifestações internas, psíquicas), mas sim em um âmbito social (em que há interação/relação comunicacional). Disso surgem duas categorias fulcrais para se compreender a culpabilidade funcional, a saber: a competência e a igualdade.

Segundo Jakobs, vincula-se à capacidade de culpabilidade. O termo tradicional imputabilidade para Bacigalupo (2005, p. 409) seria inadequado, posto que "(...) ao se substituir essa terminologia pela de capacidade de motivação ou capacidade de culpabilidade atinge-se uma maior aproximação ao núcleo do problema dentro da sistemática moderna".

Além disso, a culpabilidade pressupõe a igualdade entre as pessoas. Assim, somente há a ruptura de uma expectativa de conduta se a pessoa agir contrariamente à motivação normativa, ou seja, quando não obedecer condições exigíveis a qualquer outra pessoa. Aquele que não é igual aos demais, no âmbito de uma sociedade, não é pessoa, ao menos em um sentido jurídico. Portanto, não é competente. Ser pessoa "(...) é ter a aptidão de provocar nas demais pessoas a espera confiada no próprio desempenho social, sem o quê se faria impossível a interação social" (ALBUQUERQUE, 2006, p. 144).

Do sobredito insurge a seguinte crítica: no funcionalismo sistêmico, ser pessoa equivale a ser criminalmente culpável. A pena, por sua vez, funciona como uma reação à quebra da expectativa decorrente da conduta criminosa. Dirige-se talqualmente a toda a coletividade, para reafirmar o sentido da norma lesionada.

Se a conduta não enseja uma comunicação significativa – a conduta não é culpável por ausência de algum de seus elementos, como, por exemplo, a competência -, não há que se falar em ação penalmente relevante, vez que tratar-se-ia tão somente de um caso isolado, pertencente à natureza (esfera não-comunicativa) (JAKOBS, 1996A, pp. 45 e 46.).

Por esse motivo, só haverá ação penal se esta for culpável. A partir da culpabilidade se verificarão os demais elementos do delito: há completa inversão na ordem seqüencial dos componentes do crime, propugnada pelo finalismo, na qual a culpabilidade pressupõe necessariamente a existência de antijuridicidade e de tipicidade. Portanto, é o conceito de injusto penal, dependente da existência de culpabilidade. Todas as categorias penais prévias ao conceito de culpabilidade são auxiliares, têm uma função meramente didática.

Surge, assim, o tipo de culpabilidade positivo, atinente aos requisitos necessários para a imputação de uma conduta como culpável e em um tipo de inexigibilidade, negativo, composto por circunstâncias que excluiriam a imputação. Ao tipo positivo de culpabilidade inclui-se o próprio conceito de injusto penal, ou seja, os dados objetivos que possibilitam a imputação. Logo, o conceito de injusto penal compõe o tipo de culpabilidade (JABOKS, 1997, p. 596).

Observa-se que a culpabilidade é valorada a partir de modelos determinados com referência aos papéis sociais. Estes são compreendidos pela competência, com relação à determinada expectativa de conduta. A competência pode corresponder a papéis sociais especiais, nos quais a pessoa assume uma função específica em dado contexto social (competência institucional, exemplo assumidas por pais, cônjuges), ou corresponder a papéis gerais, não há relações especiais, mas sim anônimas, sem nenhum caráter de especificidade (competência relacional, as relações de trânsito).

Essas delimitações no âmbito da culpabilidade (competência organizacional e institucional) são particularmente vagas e indeterminadas, pois totalmente artificiais. Tais seriam as mesmas indicadoras de uma "(...) posição de garante absolutamente ilimitada, e por isso não é nada mais que uma mera afirmação, uma pura decisão adotada como remédio para recolocar fórmulas circulares e vazias de conteúdo" (SCHÜNEMANN, 2000, p. 132).

O que nos parece mais definitivo e característico da concepção funcional de culpabilidade é a retirada da liberdade de agir como pressuposto fundamentador da mesma. O livre-arbítrio era a pedra fundamental da culpabilidade para a teoria finalista. Há uma tendência na atual doutrina penal bastante cética quanto à sua constatação empírica, o que resultou em um desenvolvimento do princípio da culpabilidade que não mais toma por base

essa estrutura lógico-objetiva. Sendo assim, conforme Jakobs a culpabilidade não tem mais como fundamento o livre-arbítrio. Isso porque tal conceito carece de dimensão social

Já o método finalista, em uma tentativa de superar o paradigma neokantiano, valeu-se da teoria da natureza das coisas: não haveria uma separação total entre a esfera do *ser* e do *dever-ser*, pois na faticidade já se encontraria, também, a normatividade (GIMBERNAT ORDEIG, 2002, p. 87). Assim, procurou utilizar estruturas reais/lógico-objetivas na construção de uma dogmática jurídico-penal na qual a esfera valorativa dirigia-se à natureza das coisas.

Assim, a culpabilidade, para a teoria finalista corresponde a um juízo valorativo negativo dirigido à pessoa que pratique uma conduta contrária ao Direito (antijurídica) quando, concretamente, pode evitá-la. Logo, concerne à reprovação para com o autor da ação. Assim, o livre-arbítrio não se relaciona com um indeterminismo, nem tampouco com um determinismo causal (cego), mas sim com "um determinismo finalístico, que decorre de uma capacidade de poder orientar-se e decidir-se conforme um sentido" (WELZEL, 2006a, p. 45).

Assim, é pressuposto da ação finalística a liberdade volitiva e cognitiva. Porém, como afirma Vives Antón (1996, p. 331): *el problema básico que, para muchos plantea la afirmación de la libertad es que resulta indemostrable y paradójica*. Apesar disso, acredita-se que a não comprovação empírica da liberdade não deve influenciar a fundamentação da culpabilidade. Couto de Brito (2006, p. 245), afirma que "a possibilidade de se autodeterminar não poderá ser provada em um contexto empírico ou ontológico. Mas, por que deveria?". O plano ontológico (*naturae*), indispensável para a formação e fundamentação do direito positivo não pode ser desprezado, mas o positivo igualmente não. E o plano no qual trabalha o jurista é o normativo. O ontológico é o ponto de referência, a "base de legitimação para os demais planos, mas dele decorre o normativo como ferramenta indispensável para a demonstração e alcance da justiça, valor buscado pelo Direito"

Parece-nos exagerado defender uma normatização que não tem por base dados reais (ônticos), como pretende o funcionalismo normativo-sistêmico. Nesse sentido, ratificamos o que afirma Gracía Martin (p. 70) é possível atestar a falta de cientificidade do método puramente normativista, pois este remete-se a "objetos completamente inventados, que carecem de existência na realidade fenomênica do mundo ao qual o Direito Penal se orienta".

Destarte, cabe a interrogante acerca da possibilidade de encontro entre a teoria funcionalista sistêmica e a finalista. Em aproximação de resposta, apesar dos elementos conexos entre o funcionalismo teleológico-racional e o finalismo (adequação social e imputação objetiva), que não nos cabe analisar neste trabalho, é dificultosa uma aproximação

entre o funcionalismo normativo-sistêmico e a teoria finalista. Tais teorias aparecem completamente divergentes entre si: no finalismo o fundamento é o homem como ser auto-determinável (ação finalística); já o funcionalismo toma por referência a sociedade e as comunicações dela advindas, desprezando os caracteres internos (psicológicos) em sua concepção de pessoa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compartilhamentos da ideia de Lizst ao pensar que a culpabilidade é um indicativo do grau de evolução do próprio direito penal.

Infere-se que a concepção de culpabilidade normativa apresenta-se como obstáculo para a configuração do crime e para a aplicação da potestade penal.

Jakobs, com base os estudos sociológicos de Luhmann, afasta a concepção ontológica da ação, desconsiderando os elementos intrínsecos à noção de pessoa, concebendo-a objetivamente por papéis sociais. Com isso, despreza-se o livre-arbítrio, entendendo a culpabilidade como a quebra da fidelidade do sujeito a norma.

Para Roxin, a culpabilidade não se apóia na indemonstrável liberdade de agir ontológica, senão adota critérios de política criminal. A culpabilidade adquire a forma de responsabilidade. Da mesma forma que o princípio da igualdade não reconhece que todos são idênticos, senão que a lei deve tratar a todos de maneira igual, quanto à culpabilidade: não significa que o homem possui liberdade, mas apenas que a lei lhe atribui tal permissão, independentemente de comprovação ontológica. A liberdade de agir se torna uma ficção jurídica para limitar a pena.

Sendo assim, a perspectiva de Roxin nos traz o pensamento de alterarmos o sistema penal, retirando da culpabilidade a exigência de conduta diversa. É necessária uma relativização que nos leve a introduzir ao sistema legal o sistema social, unindo os termos indissociáveis do estado de direito e do estado social. Isso implicaria em trocarmos os fins dos elementos intradogmáticos ou das estruturas lógicas reais welzelianas pela função do todo que, *in casu*, é a função do próprio direito penal. Entendendo-se aqui como função a prevenção de crimes. Assim, Roxin retira a exigência de conduta diversa da culpabilidade e leva-a para o que denominou de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

Portanto, vislumbramos um tempo que o mote é a preocupação com a ofensa material e não mais com o formalismo protagonizado por Welzel. Logo, a partir do momento que se toma a prevenção como mote para todos os elementos intradogmáticos, deve-se ver mais o

termo imputação do que culpabilidade, configurando essa para além de uma estrutura lógico-real, um instituto funcional teleológico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *Princípio da confiança no Direito Penal – Uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – Parte geral.* São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra. Coimbra Editora. 2000.

_____. *Noções fundamentais de direito penal. Fragmenta iuris poenalis*. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Culpabilidade. Evolução e análise crítica atual. Direito Penal – Aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. "O inimigo no direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica". *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Tomo I. Coimbra. Coimbra editora. 2004.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Parte generale. Quarta edizione. Bologna. 2010.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpablidad* (Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Título original: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*). Buenos Aires - Montevideo. IbdeF. 2004.

FREUND, Georg. "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal" (Tradução de Ramon Ragués i Vallès. Título original: *Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem*). *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y processo penal*. AAVV. Madrid. Marcial Pons. 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do finalismo e o Direito Penal do inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. *Noções e críticas* (Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli). Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2005.

JABOKS, Günther . *Derecho Penal – Parte general (Fundamentos y teoría de la imputación)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. El principio de culpabilidad. Fundamentos del Derecho Penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

_____. *Sociedad, norma, persona en uma teoría de un Derecho Penal funcional*. Bogotá: Universidad externado de Colômbia, 1996 A.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal* (Tradução de Francisco Muñoz Conde, Luis Arroyo Zapatero. Sem referência ao título original). Barcelona. Bosch. 1984.

HENKEL, Heinrich. Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo (Tradução de José Luis Guzmán. Título original: Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip). Montevidéu-Buenos Aires. IBdeF. 2005.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conduta peligrosa* (Traudução de Claudia Lopez Diaz. Sem referência ao título original). Bogota. Universidad Externado de Colombia. 1996.

MARINUCCI, Giorgio. *La colpa per inosservanza di leggi*. Milano. Giufrè. 1965.

_____. *Il reato come azione. Critica di un dogma*. Milano. Giuffrè. 1971.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

MARTINEZ PEREZ, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid. EDERSA. 1989.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal* (Tradução de Luís Greco. Sem referência ao título original). São Paulo. Renovar. 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. La Culpabilidad: estado de la cuestión. *In* SCHÜNEMANN, Bernd *et allí*. *In* Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte. Del Rey. 2000.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal* (Tradução de Luiz Regis Prado. Sem referência ao título original). São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001.

_____. Reflexiones sobre el líbre albedrío. *In Estúdios de Filosofia del Derecho y Derecho Penal*. Montevideo: B de F, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. Parte geral. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.