

# EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

## DEVELOPMENT OF DOGMATIC CONCEPT OF CULPABILITY

Leonardo Isaac Yarochemsky\*  
Professor da PUC-Minas

### Resumo

No presente artigo buscamos traçar a evolução ou quem sabe, alguns retrocessos, no conceito dogmático da culpabilidade. Sendo certo que quanto mais se evolui e mais se aperfeiçoa o conceito de culpabilidade, mais se reduz a incidência da pena criminal. Na teoria do delito não pode a culpabilidade ser relegada a um segundo plano e, muito menos, ser desprezada, como pretendem os defensores da concepção funcionalista sistêmica ou radical, por isso a evolução do instituto é o objeto da investigação.

Palavras-chave

Culpabilidade. Teoria do delito. Trajetória.

### Abstract

---

\* Professor de Direito Penal da Graduação de do Programa de Pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas. Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Advogado.

*In this article we intend to trace the evolution or perhaps some setbacks, the dogmatic concept of culpability. It being understood that the more one evolves and more perfected the concept of culpability, the more it reduces the incidence of criminal penalty. In the delict theory can not the culpability be relegated to the background and, much less be neglected, how they intend to proponents of systemic or radical functionalist conception, so the evolution of the institute is the research's object.*

**Keywords**

*Culpability. Delict theory. Trajectory.*

## INTRODUÇÃO

Primeiramente, é necessário ressaltar que o conceito de culpabilidade pode e deve ser analisado sob três aspectos distintos: i. a culpabilidade como princípio; ii. a culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime;<sup>1</sup> e iii. a culpabilidade como limitador do poder punitivo e da pena.

---

<sup>1</sup> Neste sentido BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ano 1 – nº 1. Julho/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 174.

Sendo certo que todos os aspectos originaram da evolução do conceito de culpabilidade e suas respectivas funções na dogmática penal.<sup>2</sup>

É incontestável que a culpabilidade constitui o mais apaixonante elemento da teoria do delito. Se, como afirmam Zaffaroni e Pierangeli,<sup>3</sup> o homem esteve presente em toda a teoria do delito, aqui, na culpabilidade, “*o enfrentamos mais do que nunca*”.

Para Giuseppe Bettiol,<sup>4</sup> o problema central do direito penal é o da culpabilidade. Para o penalista italiano, “sem pretendemos estabelecer uma hierarquia de valores entre os conceitos penalísticos, os quais são todos igualmente importantes e estão ligados

entre si de tal maneira que se um desaparece também os outros se ressentem, pode dizer-se que o conceito de culpabilidade é aquele que, mais do que qualquer outro, atrai a atenção dos profanos e dos estudiosos, porque nele se reflete, imediatamente, a orientação mental do investigador.”<sup>5</sup>

Na evolução doutrinária, encontraremos diversas concepções, teorias ou conceitos de culpabilidade. Embora tenha passado por algumas fases, foi com Reinhart Frank, em sua obra editada em 1907, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*<sup>6</sup>, que foi dado importante passo nesta evolução.

Com os romanos, ao longo de dez séculos de evolução, desenvolveu-se um conceito de dolo e culpa por meio de interpretação das leis.

---

<sup>2</sup> BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p, 524.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 603.

<sup>4</sup> BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p. 145.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 145.

<sup>6</sup> FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo - Buenos Aires: ed. B de F Ltda., 2002.

Para eles, o dolo tinha um elemento naturalístico (vontade) e outro normativo (consciência da ilicitude). A expressão *dolus* era geralmente acompanhada da expressão *malus* o que formava o *dolus malus*, ou seja, o dolo mais a consciência da ilicitude.<sup>7</sup> Tratava-se, pois, de um dolo valorado, normativo, “*adjetivado de mau*”.<sup>8</sup>

O *dolus malus* dos romanos era contraposto ao *dolus bonus*. Enquanto o *dolus bonus* era designado para a astúcia e a sagacidade para enganar, o *dolus malus* era designado para a astúcia com a obtenção de um proveito ilícito; era a má intenção que se dirigia a um ato criminoso.

Já meados do século XIX, a problemática em torno da culpabilidade concentrou-se em torno da discussão sobre o livre-arbítrio e o determinismo.

Posteriormente, a partir da segunda metade do século

XIX, com o declínio das teorias que se baseavam no livre-arbítrio e no determinismo se desenvolveu a concepção psicológica da culpabilidade.

No início do século XX, mais precisamente em 1907 através da obra de Reinhard v. Frank foi introduzido um elemento normativo no conceito de culpabilidade. Logo Frank foi seguido por Goldschmidt<sup>9</sup>, Freudenthal<sup>10</sup>, Mezger<sup>11</sup> entre outros. Originando, assim, a que foi denominada concepção ou teoria psico-

---

<sup>9</sup> GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad. 2ª ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002. (La traducción directamente del original alemán. “Normativer Schuldbegriff” – 1930).

<sup>10</sup> FREUDENTHAL, Berthold. Culpabilidad y reproche em derecho penal. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

<sup>11</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 1 e 2.

---

<sup>7</sup> BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 137.

<sup>8</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1987.

lógica-normativa da culpabilidade.

Ainda na primeira metade do século XX com Hans Welzel que, além de reformular o conceito de ação, reestruturou os elementos do conceito analítico de crime, o que representou a época uma “revolução” no direito penal, foi formulada e desenvolvida a concepção finalista ou normativa pura da culpabilidade.

Finalmente, após a segunda metade do século XX, com Claus Roxin e Günther Jakobs, desenvolveram-se as chamadas teorias funcionalistas da culpabilidade, cada qual a seu modo.

Hodiernamente, dúvida não há de que a dogmática penal e, conseqüentemente, o conceito de culpabilidade, apresentaram avanços importantes, sobretudo no que diz respeito às garantias individuais do homem. Contudo, é também inegável que o conceito de culpabilidade sofre, neste século, de uma crise de identidade.

Neste artigo, dentro do tão apaixonante quanto complexo tema da culpa-

bilidade, delinearemos a sua evolução histórica e doutrinária das principais concepções ou teorias da culpabilidade. Partiremos da concepção psicológica até as teorias funcionalistas da culpabilidade, sem perder de vista as críticas que nos apresentam como pertinentes.

## 1. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Com a decadência da Teoria da Liberdade de Vontade, na segunda metade do século XIX, o conceito de culpabilidade do Direito Natural deu lugar à concepção psicológica da culpabilidade.<sup>12</sup>

Para von Liszt,<sup>13</sup> *“La infracción criminal, como el delito*

---

<sup>12</sup> BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de direito penal*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.303.

<sup>13</sup> LISZT. Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid. Hijos de Reus, 1916, t. 2, p. 375. De acordo com Nilo Batista “ao tempo do artigo de

*civil, es un acto culpable. No basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido á la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad del autor.”*

Prosseguindo, o penalista alemão define a culpabilidade como *“la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita (Unrechtsfolge) que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuy á la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor.”*

Assim, de acordo com a teoria psicológica, culpabilidade é o nexo subjetivo entre o agente e o fato por ele praticado; é o liame psicológico entre o

autor e o seu ato;<sup>14</sup> é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso.<sup>15</sup> E, por isso mesmo, está no psiquismo do agente.<sup>16</sup>

Segundo Aníbal Bruno,<sup>17</sup>

*“neste vínculo psíquico se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que se pode manifestar sob as duas formas - o dolo e a culpa. Na realidade, segundo essa concepção, a culpabilidade compreende apenas o dolo e a culpa. Não é mais do que um conceito genérico abrangendo os dois conceitos específicos.”*

Wessels<sup>18</sup> afirma:

---

Frank era von Liszt, cujo tratado havia sido traduzido de sua 7ª edição por JOSÉ HYGINO e publicado, em dois volumes, em 1989”. (Batista, Nilo. “Cem anos de reprovação”. Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.). Rio de Janeiro: Revan, 2011.

---

<sup>14</sup> Nesse sentido TAVARES, Juarez. Teoria do delito: variação e tendências. São Paulo, RT, 1980, p. 25-27.

<sup>15</sup> TOLEDO, *op. cit.*, p. 207.

<sup>16</sup> Cf. TOLEDO, *op. cit.*, p. 210.

<sup>17</sup> BRUNO, Aníbal. Direito penal; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, t. 2, p. 26.

<sup>18</sup> WESSELS, Johannes. *Derecho penal*; parte general. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1976, p.112.

*“la concepción psicológica de la culpabilidad reconoció la esencia de la culpabilidad en relación psíquico-subjetiva del autor frente al hecho. Identificó este concepto con la situación psíquica (saber/ no saber; querer/ no querer) y así consideró como formas de la culpabilidad el dolo y la culpa.”*

No mesmo raciocínio Fragoso<sup>19</sup>, para quem o dolo e a culpa *stricto sensu* apresentam-se como espécies da culpabilidade<sup>20</sup>. Segundo

---

<sup>19</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 195. Para Hungria, “a culpabilidade assume duas formas únicas: o ‘dolo’ e a ‘culpa’ (*stricto sensu*). Dolo é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo. Culpa é a omissão de atenção, cautela ou diligência normalmente empregadas para prever ou evitar o resultado antijurídico. No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão).” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II, p. 114.

<sup>20</sup> Nesse sentido MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*; parte geral. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1990, p. 198;

ele, o conceito de culpa seria, pois, puramente naturalístico, desprovido de valor, esgotando-se no dolo e na culpa *stricto sensu*.

Contudo, verificaremos que, além do dolo e da culpa em sentido estrito, a imputabilidade, dentro da concepção psicológica da culpabilidade, é um dos pressupostos para o reconhecimento da culpa jurídico-penal.<sup>21</sup>

---

BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 304. De igual modo TOLEDO para quem “o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade, pois não se enxergava nesta última outro elemento além dos dois primeiros.” (TOLEDO, Francisco de Assis; *op. cit.*, p. 208).

<sup>21</sup> Ver, MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, p. 154; Segundo Mestieri, “o conceito psicológico completa-se com a noção de imputabilidade, à qual se chega definindo-se-a negativamente, ou seja, pela afirmação de que o sujeito no momento da ação ou da omissão não estava impossibilitado de querer o comportamento, em razão da idade ou de alguma causa patológica (doença mental, desenvolvimento mental

As deficiências desta concepção se evidenciaram na chamada *culpa inconsciente*, também denominada *culpa sem previsão*, ou *culpa derivada de ignorância*. Nesta não existe qualquer vínculo psicológico entre o agente e o fato gerador. Considera-se o exemplo: um motorista avança o semáforo e, sem ver, atropela um pedestre que atravessava a rua. Neste caso, age com culpa inconsciente, já que não houve previsão do resultado. Portanto, não há nenhum vínculo psicológico entre o agente, que sequer previu o resultado e o fato.

Segundo a lição de Toledo,

---

incompleto ou retardado) (*op. cit.*, p.198); Para BRUNO, “a imputabilidade funciona como o precedente necessário da culpabilidade”. (*Direito penal; op. cit.*, v. 1, t. 2, p. 26.); No mesmo sentido José Cirilo de Vargas para quem, a imputabilidade é pressuposto indispensável da culpabilidade, como, de resto, o é, nas demais concepções. (VARGAS, José Cirilo de. Instituições, *op. cit.*, p. 347).

“assim, ou se nega a culpabilidade em tais casos, ou se renuncia a um conceito unitário de culpabilidade, ou se introduz na culpabilidade um outro elemento, comum ao dolo e à culpa *stricto sensu*, capaz de unificar essas duas ‘espécies’ de culpa.”<sup>22</sup>

Além de não responder à questão da culpa inconsciente, a concepção psicológica da culpabilidade não apresenta soluções satisfatórias para situações em que, apesar da existência de uma relação psíquica do agente com o resultado, deva ser negada a sua culpabilidade, servindo de exemplo o estado de necessidade exculpante, porquanto em relação a este a relação psicológica não é afetada.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Cf. TOLEDO; *op. cit.* p. 211.

<sup>23</sup> Ver PIERANGELI, José Henrique. Culpabilidade, inexigibilidade e quesitação de júri. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coordt.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v.2, p.431.

Giuseppe Bettiol também não poupa críticas à concepção psicológica da culpabilidade, observando:

“a culpabilidade é conceito de valor que pressupõe um juízo de desaprovação por aquilo que foi realizado, juízo que certamente é impossível formular quando o fato praticado for um fato lícito. Uma concepção meramente psicológica da culpabilidade é assim uma concepção incolor, naturalística, fria, incapaz de adequar-se à rica casuística das situações para ver se é possível um juízo de reprovação e até que ponto.”<sup>24</sup>

Apesar de sua insuficiência, pela ausência de um conceito completo da culpabilidade, a validade dessa concepção, segundo Juarez Tavares, “*reside, mais do que tudo, na sua simplicidade e na possibilidade de se estreitar o*

*vínculo do agente para com o fato, tornando-o coisa pessoal.*”<sup>25</sup>

Não obstante, observamos que a concepção psicológica da culpabilidade não faz qualquer referência à exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito, o que só iria ocorrer com o surgimento da concepção normativa da culpabilidade. A referida teoria não faz, na verdade, referência a qualquer elemento normativo, mas tão somente a elementos naturalísticos (que não são criados pela norma), mas buscados no mundo real pelo direito.<sup>26</sup>

## 2. CONCEPÇÃO PSICOLÓGICA-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Essa concepção surgiu com Reinhard v. Frank, em sua monografia editada em

---

<sup>24</sup> Cf. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. II, p. 8.

---

<sup>25</sup> TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, op. cit., p.28.

<sup>26</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro...*, ob. cit. p.179.

1907, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*.<sup>27</sup> na qual incorporou ao conceito de culpa um elemento normativo,<sup>28</sup> um juízo de

---

<sup>27</sup> Ver Aníbal Bruno, “foi Frank o primeiro a advertir que o momento psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, a reduzir culpabilidade a reprovabilidade, constituindo o seu conceito não só com o dolo e a culpa, mas com a imputabilidade e a normalidade das circunstâncias concomitantes do fato punível (*Normalität der begleitenden Umstände*), e o primeiro a falar expressamente em um momento normativa da culpabilidade” (*op. cit.*, p. 28, nota). No mesmo sentido Toledo (*op. cit.*, 211).

<sup>28</sup> Segundo Basileu Garcia “a chamada concepção normativa da culpabilidade, de que é um reflexo a inserção do elemento valorativo na noção de dolo, floresceu na Alemanha, a partir de 1907, com aprofundado estudo de Reinhard Frank, seguido por Goldschmidt, Freudenthal, Mezger e outros. O núcleo comum da teoria reside em que a culpabilidade não é mero fato psicológico intelectual-volitivo, mas um juízo valorativo. Efetuado por quem? Pelo próprio agente (normativismo subjetivo), ou por quem julga a conduta, considerando-a ou não como um processo censurável do autor, que se colocou ou não em

valor: a reprovabilidade do ato praticado.

Segundo Frank, para que a culpabilidade se faça presente é necessário verificar se o sujeito age de modo contrário àquele exigido pelo ordenamento jurídico, introduzindo no conceito de culpabilidade um elemento normativo: a reprovabilidade do ato praticado. Como consequência, o dolo e a culpa em sentido estrito deixam de ser espécies da culpabilidade passando a ser elementos desta, ao lado dos elementos normativos. Assim, Frank enriquece o conceito de culpabilidade, com o que ele denomina “*circunstâncias concomitantes*”<sup>29</sup> (*begleitende Umstände*).

---

contrariedade à norma (normativismo objetivo). Acerca do caráter da norma em que se estriba o juízo de culpabilidade, discrepam os normativistas” (*Instituições de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1, t. 1, p. 251, nota).

<sup>29</sup> Nilo Batista em expressivo artigo não poupa críticas as referidas “*circunstâncias concomitantes*”, segundo ele de “carreira teórica efêmera”. De acordo com Nilo Batista “*Circunstâncias concomitantes*”

A concepção psicológica de culpabilidade sofre, assim, uma profunda alteração com a teoria normativa de Frank. A culpabilidade, segundo Tavares, continua a compor-se basicamente de dolo e culpa, mas, agora, não mais se apresenta como o elemento subjetivo do crime, passando a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psico-normativos.<sup>30</sup>

Bettioli observa que “a culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas é um juízo que pressupõe a presença de vários elementos entre os quais se inclui o nexso psicológico entre o evento e o autor”.<sup>31</sup>

---

exprimem uma ambição conceitual tão ampla e difusa quanto imprestável para referenciar as modulações subjetivas na teoria do delito...” (BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.). Rio de Janeiro: Revan, 2011.).

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 40.

<sup>31</sup> *Cf. op. cit.*, p. 12.

Segundo Asúa,<sup>32</sup>

*“adviértase que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad, no sólo el efecto, sino el contenido (contenido de representación). Es preciso, pues, reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo (desvalioso). Las críticas de Rosenfeld, Hippel y Soler a la concepción normativa de la culpabilidad carecen de poderío destructor. Por eso, aquélla se nos presenta como la más certera y la que está más llena de consecuencias eficaces. Nos permitirá, más adelante construir esa causa general de inculpabilidad denominada no exigibilidad de otra conducta”.*

Portanto, a partir desta teoria normativa, dolo e culpa deixam de ser considerados

---

<sup>32</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal* - La ley y el delito. Buenos Aires: Sudamericana S.A., 1958, p.355.

como espécies de culpabilidade.<sup>33</sup> Para ser culpável não basta, agora, que o fato seja apenas doloso ou culposo, mas é preciso que seja censurável ao autor. Assim, poderá existir dolo sem que haja culpabilidade, como ocorre nas causas de exculpação, em que a conduta, mesmo dolosa, não é censurável.<sup>34</sup>

O conceito de culpabilidade se enriquece, segundo Toledo,<sup>35</sup> com novos elementos - “o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme à norma”.

Em síntese, a culpabilidade, dentro desta concepção normativa, é composta dos seguintes elementos: imputabilidade, dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência, imperícia) e exigibilidade, nas circunstâncias de um

comportamento conforme ao Direito.

É preciso salientar que apesar desta concepção ter sido desenvolvida por Frank, deve-se a Berthold Freudenthal a inclusão, no conceito de culpabilidade, do elemento exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> BRUNO, Anibal. “*Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922. V. ainda Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, pág. 65. Goldschmidt desenvolveu o princípio, acomodando-se dentro da sua teoria da norma do dever (Goldschmidt, *Normativer Schuld begriff*, págs. 443 e segs.). Eb. Schmidt o introduz no *Lehrbuch*, de Von Liszt, apresentando-o em sua construção dogmática, que, diz Goldschmidt, se distingue pela agudeza, solidez e lógica (Von Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, págs. 266 e segs.). Também Mezger a acolhe e fundamenta, impondo à amplitude de aplicação com que se apresenta em Freudenthal e Goldschmidt, judiciosas restrições. Mezger interpreta a exigibilidade de conduta diversa como elemento do conceito da culpabilidade, sobretudo como ausência de causa de exculpação (Mezger, *Strafrecht. Eis Grundriss*, 3ª ed., Berlim, 1943, págs. 120-121).” (*op. cit.*, p. 100,

---

<sup>33</sup> Nesse sentido Fragoso: “O dolo e a culpa *stricto sensu* passam a constituir apenas um dos elementos do conceito de culpabilidade, que se torna complexo” (*op. cit.*, p. 195).

<sup>34</sup> Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto (*op. cit.*, p. 309).

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 211.

Apesar do inegável avanço em relação à concepção psicológica da culpabilidade, a concepção psicológica-normativa não se livrou das críticas.

A principal delas é, sem dúvida, relativa ao conceito de dolo, que passa a ser normativo (voluntariedade, previsão e mais a consciência da ilicitude); é a volta do chamado *dolus malus*.<sup>37</sup>

---

nota). Para ASÚA “Frank, en 1907; James Goldschmidt, en 1913; Freudenthal, en 1922; E. Schmidt, en 1927; Goldschmidt, de nuevo, y Higler, en 1930, y Mezger, en 1931, y aun mejor, en 1932, han desenvuelto con insuperable maestría la concepción valorativa de la culpabilidad.” (ASÚA. Luis Jiménez de *Principios de derecho penal*-La ley y el delito. Op. cit., p.355).

<sup>37</sup> Enrico Ferri, “os Romanos já tiveram do dolo uma perspicua intuição, distinguindo o *dolus malus* (criminosamente maligno) de *dolus bonus* (falta civil ou falta penal não maliciosa). ( *Principios de direito criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Bookseller, 1996, p. 388-389). No mesmo sentido Francisco de Assis Toledo, “distinguiam, com efeito, os romanos duas espécies de dolo: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. O *dolus bonus* era empregado para designar a astúcia a sagacidade para enganar. O *dolus malus* era essa mesma

Para Tavares,

“a manutenção do dolo na culpabilidade como elemento psicológico-normativo constitui, sem dúvida, um dos pontos fracos dos sistemas causais modernos, pois além de ser insustentável tal assertiva diante da concepção normativa de Frank, é assistemático distanciar-lo dos elementos subjetivos do injusto ou do tipo. Não se justifica, por outro modo qualquer, que o dolo e os elementos subjetivos caracterizadores da conduta sejam tratados em setores diferentes.”<sup>38</sup>

Figueiredo Dias<sup>39</sup> observa:

“A consideração do dolo como elemento da culpa

---

astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de um proveito ilícito; era a *intenção má, perversa*, que dirigia um ato criminoso” (*op. cit.*, p. 208).

<sup>38</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 48.

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1987, p. 155.

jurídico-penal logo conduz, para muitos, à conclusão de que aquele se não esgota no ‘conhecimento e vontade de realização de um fato típico’ (não é, portanto mero ‘dolo natural’, dolo do facto’ ou ‘dolo do tipo’). A este há de acrescer um elemento jurídico-normativo específico que seja expressão da valoração em que o dolo se integra e o torne em autêntico ‘dolo jurídico’, ‘dolo normativo’ ou ‘*dolus malus*’, só ele capaz de fundamentar a aplicação ao agente da moldura penal mais grave prevista para o facto. Ora o único elemento que responde total e justamente a estes requisitos é a consciência actual da ilicitude.”

Mezger,<sup>40</sup> que serviu ao regime nazista,<sup>41</sup> e um dos

<sup>40</sup> MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, v. 1 e 2.

<sup>41</sup> Ver “La otra cara de Edmund Mezger: Conferencia del Dr. Francisco Muñoz Conde”. “*Muñoz Conde se explayó sobre los aportes criminológicos de Mezger. Señaló que en el período*

*nazi, el penalista alemán se volcó de lleno a la Criminología, pese a que sus anteriores obras estuvieron dedicadas a cuestiones dogmáticas del derecho penal. Fue en esos años en los que desarrolló un saber criminológico destinado a fundar la legislación de la esterilización y el exterminio de los "extraños a la comunidad". Este saber, encuadrado en el más radical positivismo peligrosista, justificaba el uso de medidas de seguridad de duración indeterminada, la reclusión en campos de concentración, la eliminación y esterilización de los "indeseables"... En consecuencia, su labor científica tuvo como finalidad preponderante fundamentar la política genocida de "solución final" del nazismo". Muñoz Conde “destacó que Mezger, una vez finalizado el régimen Nacional-socialista y tras ser acusado por el Tribunal de Nuremberg, continuó dedicándose a la actividad científica y académica, llegando incluso a integrar la comisión de reforma de la legislación penal en Alemania. Sin embargo, abandonó su dedicación a la criminología positivista para dedicarse de lleno a la dogmática penal, siendo muy famosa su polémica con el jurista Hans Welzel acerca del concepto de acción en la teoría del delito”. (Derecho Al Día. Año II – Edición Nº 26 – 24 de abril de 2003). E também, Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo:*

principais defensores da concepção normativa da culpabilidade, logo percebeu os problemas causados pela adoção do dolo normativo no que diz respeito à punibilidade, tanto do criminoso habitual, como do criminoso por tendência. Não podemos negar que esses dois tipos criminológicos, em virtude do meio social em que vivem, geralmente não atingem a consciência da ilicitude (capacidade de distinguir o certo do errado, o lícito do ilícito), porque foram criados num ambiente social agressivo em que determinadas condutas ilícitas são naturais, fruto, muitas vezes, de uma educação deturpada. Portanto, se esses criminosos não tinham a consciência da ilicitude, pelas razões demonstradas, logo, dentro de uma concepção normativa, agiram sem dolo (dolo normativo). Assim, inexistindo dolo, não há culpabilidade e, sem esta, não há possibilidade de se apenar

o criminoso habitual ou por tendência.

Mezger procurou resolver o impasse construindo um adendo à culpabilidade normativa, por ele denominada *culpabilidade pela condução de vida*.<sup>42</sup>

Toledo é preciso ao observar: “*fácil é ver que a culpabilidade pela condução de vida não explica a culpa jurídico-penal, mas apenas se amolda a certos tipos criminológicos de autor,*

---

<sup>42</sup> Segundo Aníbal Bruno “na Alemanha, um fundamento claro para esta concepção foi trazido pela nova disposição do § 20-a do Código, sobre a agravação da pena para os criminosos habituais. Não se encontra, porém, nos autores, conceito uniforme dessa espécie de culpabilidade. A fórmula de Mezger põe o acento demasiadamente sobre as condições da personalidade do sujeito. O que ele chama *Lebensführungsschuld* é o que Welzel denomina culpabilidade de caráter, como faz sentir este próprio autor. Mezger, entretanto, observa que a expressão *culpabilidade pela conduta da vida* significa apenas que, provada a existência, na conduta da vida anterior do sujeito, de uma culpabilidade no mesmo sentido do fato, esta deve pesar na balança ao lado da culpabilidade pelo próprio fato” (*op. cit.*, p. 35, nota).

---

estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo.

*além de procurar justificar a condenação de determinados agentes sem a exigência da consciência atual da ilicitude.”*<sup>43</sup>

Zaffaroni e Pierangeli não economizam críticas à teoria da “culpabilidade pela condução de vida”. Segundo os autores,

*“é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva e estender a culpabilidade em função de uma actio immoral in causa, por meio da qual se pode chegar a reprovar os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal.”*<sup>44</sup>

Indubitavelmente, o grande mérito da concepção psicológica-normativa da culpabilidade reside na inclusão da exigibilidade da conduta conforme ao direito como um dos elementos da culpabilidade.

Nesse sentido, valiosa é a lição de Aníbal Bruno quando afirma:

“A estrutura do conceito da culpabilidade completa-se com o elemento da exigibilidade de comportamento de acordo com a ordem jurídica, isto é, da possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da normalidade das circunstâncias concomitantes do fato. O sujeito pode ter capacidade de entender e querer relevante para o Direito pode ser imputável, pode haver transgredido o preceito contido na norma penal, por imprudência, negligência ou imperícia, ou por vontade consciente dirigida no sentido desse resultado contrário à norma; ainda assim não estão reunidos os elementos bastantes para suportar o juízo de reprovação em que a culpabilidade consiste. É necessário ainda que, nas circunstâncias, seja exigível do agente uma conduta diversa; que a situação total em que o proceder punível se

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 228.

<sup>44</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 612.

desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito, que se pode humanamente reclamar de todo homem normal em condições normais. O comportamento conforme ao Direito não pode ser exigido de maneira absoluta, mas tem de condicionar-se ao poder do sujeito, físico ou moral, de acordo com a situação total do momento. O juízo de culpabilidade pelo fato punível pressupõe que o agente devia e podia agir de maneira diversa. A exigibilidade desta conduta diversa é um dos elementos fundamentais da concepção normativa da culpabilidade.”

45

### 3. CONCEPÇÃO FINALISTA DA CULPABILIDADE

Também chamada de *teoria normativa pura da culpabilidade*<sup>46</sup>, a concepção

finalista da culpabilidade teve em Hans Welzel<sup>47</sup>, jusfilósofo

---

*erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 74.

<sup>47</sup> Na obra “O Novo Sistema Jurídico-penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista”, tradução de Luiz Regis Prado, Hans Welzel nos dá a seguinte explicação em seu prólogo: “A nova edição deste livro, que resume os capítulos mais importantes do meu Manual (*Das deutsche Strafrecht*, 7. ed., 1960) para a doutrina finalista, aparece exatamente 30 anos após a publicação do meu artigo *Kausalität und Handlung* (Causalidade e ação) (Z. Str. W. 51, p. 703), no qual expus pela primeira vez as ideias fundamentais da doutrina da ação finalista. Nos últimos tempos, esse artigo tem sido diversas vezes lembrado, pois alguns críticos da minha doutrina (diz Welzel) se referem cada vez mais a sua origem e creem poder interpretá-la em uma relação de dependência com um sistema filosófico determinado, a saber, o de Nicolai Hartmann (...) Não teria, sem dúvida alguma, (prosseguir Welzel) nenhum motivo para me envergonhar se a origem de minha doutrina estivesse na filosofia de Nicolai Hartmann –

---

<sup>45</sup> Cf. BRUNO, Aníbal, *op. cit.*, p. 97-98.

<sup>46</sup> Ver BITTENCOURT (*op. cit.*, p.312); MESTIERI (*op. cit.*, p. 198); GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e*

se isso fosse correto. Mas esse não é o caso. As sugestões para a formulação da teoria finalista da ação não procederam de N. Hartmann, mas da Psicologia do Pensamento, e a primeira delas, precisamente, da obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (Fundamentos da psicologia do pensamento), do recém-falecido filósofo Richard Höningwald. Recebi também outras sugestões de trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters e dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfander, entre outros. Todos estes trabalhos, que apareceram entre 1920 e 1930, promoveram uma ruptura com a antiga psicologia mecanicista, de elementos e associações, e evidenciaram uma forma de realização de atos anímicos que não era causal-mecânica. Em meu primeiro artigo (afirma Welzel) denominei essa forma de realização *intencional dos fins* e a segui a partir da ação interna, dos atos do pensamento, que haviam sido destacados pelos trabalhos daqueles autores, ato os atos voluntários e a realização da vontade (por conseguinte, até a ação externa).” (WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à

e professor da Universidade de Göttingen e, posteriormente, da Universidade de Bonn, o seu criador e sistematizador.<sup>48</sup>

Segundo Welzel,

*“objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada*

doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.).

<sup>48</sup> Segundo Juarez Tavarez “As origens do finalismo como forma de ser do mundo, remontam, segundo Platão, a Anaxágoras, que teria sido o primeiro a aduzir que a causalidade seria obra da inteligência humana. Entretanto, a concepção que, efetivamente, marcou a filosofia do finalismo deve ser atribuída a Aristóteles, sendo reproduzida com inegável maestria por Santo Tomás de Aquino: tudo o que existe na natureza existe para um fim; o fim é a substância ou forma ou razão de ser da própria coisa. Em Santo Tomás de Aquino chega-se mesmo a afirmar-se a independência entre a pura causa impulsionadora do acontecimento e o fim que norteia a atividade: *a necessidade com que a flecha se move e pela qual se dirige ao alvo foi-lhe imprimida, por quem a lançara e não pertence a flecha*” (*op. cit.*, p. 54).

*al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato.”*<sup>49</sup>

Tavares observa:

“A diferença entre culpabilidade e antijuridicidade não se fez imediatamente através dos primeiros ensaios finalistas. Estes partiam do ponto de vista da teoria normativa de Frank e viam na culpabilidade uma reprovação sobre a formação de vontade decorrente do processo de motivação do agente.”<sup>50</sup>

O cerne desta concepção está na constatação de que toda a ação humana é dirigida a um fim; é, portanto, finalista.

Com a teoria finalista, os elementos subjetivos (dolo e culpa *stricto sensu*) são extraídos da culpabilidade e transferidos para a ação e, conseqüentemente, para o tipo penal.<sup>51</sup>

Porém, não é somente este o mérito da concepção normativa pura da culpabilidade. A consciência

---

<sup>51</sup> Segundo Alcidez Munhoz Netto “situando o dolo e a culpa na tipicidade, o finalismo, como já se viu, expunge a culpabilidade de qualquer elemento psicológico. A culpabilidade é só processo de valoração, ou seja, só juízo de censura que recai sobre o autor, por não se haver absterido da violação da norma, quando tal abstenção lhe era possível. Integrantes da culpabilidade, em conseqüência, são os fatores necessários a que a vontade ou falta de cuidado do autor lhe possam ser reprovadas. Tais fatores são a imputabilidade, a exigibilidade de comportamento adequado à norma e a potencial consciência da antijuridicidade” (*A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 105-106).

---

<sup>49</sup> WELSEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1993, p.195.

<sup>50</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 73.

da ilicitude, que, de acordo com a concepção psicológica-normativa da culpabilidade era integrante do dolo, é, dentro de uma concepção finalista da culpabilidade, retirada deste. Assim, ficou resolvido aquele impasse enfrentado por Mezger na teoria psicológica-normativa da culpabilidade em relação ao criminoso habitual ou por tendência. Com isso, conforme sentenciar Toledo, “*decretar-se-ia, de vez, a morte do antigo dolus malus dos romanos, que já vivera muito e não mais correspondia às necessidades de um direito penal moderno, impregnado de contribuições valiosas da criminologia.*”<sup>52</sup>

Assim, quando estamos diante da morte de alguém causada por uma ação humana, podemos estar diante de um homicídio doloso (tipo doloso) ou de um homicídio culposo (tipo culposo). Para sabermos a qual dos tipos deve ajustar-se o fato, é imprescindível a indagação da vontade do agente, ou seja, se agiu com

dolo ou, pelo menos, com culpa *stricto sensu*.

Para Alcides Munhoz Netto,

“a inclusão do dolo e da culpa no tipo deflui de uma necessidade lógica insuperável. Realmente, para estabelecer a adequação típica de certos comportamentos, é necessário atender ao dolo do autor, bem como, à culpa em sentido estrito. Em face, v. g., da intencional causação de um ferimento em outrem, só se pode estabelecer se se trata de uma lesão corporal dolosa consumada ou de uma tentativa de homicídio através do dolo<sup>53</sup>. Se o exame do

---

<sup>53</sup> Neste sentido, Toledo, para quem “por exemplo, uma tentativa de homicídio, com ferimentos no corpo da vítima. Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave (a tentativa de homicídio) é tão-somente a *intenção de matar* que dirigiu a ação criminosa do agente. Se retiramos da ação essa *intencionalidade*, o objetivo de

---

<sup>52</sup> Cf. *op. cit.*, p. 216.

dolo é essencial para estabelecer a tipicidade nos crimes tentados, também o é quanto aos crimes consumados. Diante, por exemplo, da produção da morte de um homem, só se pode decidir se se trata de um homicídio doloso, de um homicídio culposo ou de um acontecimento fortuito, pela análise da vontade, da omissão de deveres de cautela e da previsibilidade ou não do resultado. Dolo e culpa, portanto, têm de ser considerados para o efeito da definição jurídica do fato, ou, com mais exatidão, para estabelecer-lhe a tipicidade.”

54

A questão de se saber se o dolo está ou não no tipo penal não é mera filigrana jurídica, pois as consequências práticas são inegáveis.<sup>55</sup> Ao denunciar o

---

matar, cairemos em um beco sem saída, pois não restará mais qualquer distinção possível entre a lesão corporal e a tentativa de homicídio” (*op. cit.*, p. 215).

<sup>54</sup> Cf. *op. cit.*, p. 106-107.

<sup>55</sup> Segundo Toledo, “a experiência do direito penal, por vezes dramática, tem revelado que juizes e

indivíduo por homicídio tentado, por exemplo, ao invés de denunciá-lo por lesão corporal dolosa, o Promotor de Justiça, mesmo que não saiba, está sendo finalista (colocando o dolo no tipo). Ao absolver o acusado de furto, que por um erro subtraiu coisa alheia supondo ser sua, está também o Juiz de Direito sendo finalista, já que não existe furto culposo e que o erro de tipo sempre exclui o dolo.<sup>56</sup> Do mesmo

---

tribunais, na grande maioria dos casos, dentro de uma concepção tradicional, esquecem-se da própria culpabilidade, o mais importante elemento do crime, ao confundi-la com o dolo e a culpa. Verificando que o agente atuou com dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não pesquisam a inevitabilidade do fato e, pois, a sua censurabilidade. Com a nova construção, ver-se-ão os julgadores, necessariamente e sempre, diante do problema da culpabilidade. De uma culpabilidade concreta do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória” (*op. cit.*, p. 220).

<sup>56</sup> Sobre o erro no direito penal ver TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1977; MUNHOZ NETTO, *op. cit.*; GOMES, Luiz Flávio. *Erro*

modo, ninguém em sã consciência oferecerá queixa-crime por injúria contra outrem por expressões proferidas no auge e no calor da discussão, por faltar ao agente o dolo (vontade de ofender a honra alheia), indispensável à configuração da infração. E, ainda, o que vai distinguir a ação daquele médico que para salvar a vida de um homem utilizou-se de uma *furadeira* abrindo um furo na têmpera do mesmo para provocar uma hemorragia necessária<sup>57</sup> e da praticada pelo que usa a mesma *furadeira* para matar? O que evidentemente distingue essas duas ações, que objetivamente e exteriormente são iguais, é a intenção de salvar a vida, por parte do médico, e a intenção de matar, por parte do homicida.<sup>58</sup>

---

*de tipo e erro de proibição.* São Paulo, Revista dos Tribunais. 1996.

<sup>57</sup> Caso real ocorrido recentemente e amplamente divulgado pela imprensa.

<sup>58</sup> Toledo dá um exemplo semelhante (*op. cit.*, p. 215).

Toledo nos dá o seguinte exemplo:

“Tomemos o tipo de auto-aborto do art. 124 do Código Penal: ‘Provocar aborto em si mesma...’ . Não está prevista para esse crime a forma culposa. Portanto, só pode praticá-lo a mulher grávida que agir dolosamente. Suponhamos que alguma gestante, agindo sem dolo, provoque em si mesma, pela ação imprudente de praticar algum esporte (andar a cavalo), a expulsão do feto. Terá cometido algum crime? Qualquer jurista ou juiz, por mais aferrado que seja às doutrinas tradicionais, responderá que não, porque não está tipificada no Código a modalidade do delito de auto-aborto culposos.”<sup>59</sup>

Portanto, com o dolo e a culpa *stricto sensu* integrando o tipo penal e não a culpabilidade chegará à inevitável conclusão de que suas ausências levaram, conseqüentemente, ao

---

<sup>59</sup> Cf. *op. cit.*, p. 219.

reconhecimento de um fato atípico.

De acordo com a concepção finalista da culpabilidade, a consciência da ilicitude<sup>60</sup> foi extraída do dolo que deixou de ser valorado (dolo normativo), mas não foi só: a noção da consciência da ilicitude é reelaborada e transformada em “*consciência potencial da ilicitude*”.<sup>61</sup>

Assim, temos que, para a concepção finalista

---

<sup>60</sup> Segundo Luís Augusto Sanzo Brodt, “consciência da ilicitude é a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, apreender a ilicitude do seu comportamento; quando presente, autoriza a reprovação do sujeito. Se ausente, permite ao mesmo alegar que atuou em erro sobre a ilicitude do fato” (*Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 17).; Sobre o tema ver a clássica obra de DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal..* Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

<sup>61</sup> Neste sentido TOLEDO, Francisco de Assis. *op. cit.*, p. 216. Para quem, aquele que sabe, ou pode saber, num juízo leigo, profano, que faz algo proibido têm a consciência potencial da ilicitude (*op. cit.*, p. 217).

(normativa pura), culpabilidade é, no dizer de Juarez Cirino dos Santos, “*o poder concreto de agir conforme a norma, próprio do sujeito imputável que realiza, sem justificação, o tipo de um crime, conhecendo (ou podendo conhecer) a antijuridicidade da ação típica, em situação de exigibilidade de comportamento diverso.*”<sup>62</sup>

Aqui, a exigibilidade de comportamento conforme ao Direito já estava sedimentada como elemento imprescindível para o reconhecimento da culpabilidade.

O mérito principal da teoria finalista segundo Tavares foi “*levar a investigação da teoria do delito às mais profundas indagações acerca de seus elementos e de proporcionar um*

---

<sup>62</sup> Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* (A nova parte geral). Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 107; Para FRAGOSO, “a culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito” (*op. cit.*, p. 196).

*debate aberto sobre questões controvertidas do Direito Penal.”*  
63

A teoria finalista no Brasil no final do século XX predominou entre os penalistas pátrios. O conceito analítico ou dogmático de crime, para maioria da doutrina, assentou-se no conceito de que crime é uma ação típica, antijurídica ou ilícita e culpável.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 86. Ainda, segundo Juarez Tavares, “dogmaticamente, a colocação do dolo no tipo, que hoje é aceita até mesmo por não-finalistas, trouxe enormes facilidades na construção do delito. Primeiramente, equacionou o problema da separação assistemática dos elementos subjetivos, que informam o ilícito, do dolo, para juntá-los num mesmo bloco. Tudo, o que é, assim, naturalisticamente subjetivo deve ser encarado de uma mesma forma. Depois, pôde-se obter um melhor enquadramento técnico da tentativa e do crime consumado, da autoria e da participação, do erro de tipo e do erro de proibição, como também dosar-se adequadamente o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade” (*op. cit.*, p. 86).

<sup>64</sup> Para uma exata compreensão da evolução da teoria do delito no

Como qualquer teoria, a concepção finalista da culpabilidade também não se viu livre de objeções e críticas, às quais não nos ocuparemos neste trabalho. Porém, apesar do desenvolvimento de outras concepções acerca da culpabilidade, parece-nos que as três aqui apresentadas - concepção psicológica; concepção psicológica-normativa; e concepção finalista - demonstram com clareza a evolução do conceito da culpabilidade. E, dentre essas concepções, a finalista, pelo menos até hoje, apresenta-se, em nosso entender, melhor estruturada.

#### 4. CONCEPÇÕES FUNCIONALISTAS DA CULPABILIDADE

Necessário primeiramente deixar assen-tado que

---

Brasil ver Nilo Batista (BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ano 1 – nº 1. Julho/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.).

as concepções funcionalistas que serão expostas apresentam-se com propostas diversas, embora ambas de caráter funcional. Assim sendo, merecem destaques o funcionalismo teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico defendido por Günther Jakobs.

O funcionalismo não parte das exigências axiológicas de justificação e limitação inerentes ao direito penal. Aposta, de acordo com Bruno Moura<sup>65</sup> com base em Ernst-Joachim Lampe, *“na extensão da chamada orientação pelas consequências (Folgenorientierung) – tradicionalmente limitada à legislação e à execução da pena – rumo a jurisdição: toda decisão jurídico-penal deve ser manejada em função dos efeitos fáticos de sua aplicação no mundo da vida, justificando-se na medida em que produza as consequências*

*favoráveis, e evite as desfavoráveis, desde a perspectiva do fim de prevenção da criminalidade”*.

Certo que é na culpabilidade, como elemento do conceito analítico de crime, onde mais se percebe a influência dos que defendem as concepções decorrentes do funcionalismo, posto que os fins da pena, para os funcionalistas, *“atingem grande importância, transformando-se em valor basilar do injusto”*.<sup>66</sup>

#### **4.1. CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA TELEOLÓGICA DE ROXIN**

Para Claus Roxin, a culpabilidade tem, igualmente, como função no âmbito da estrutura do fato punível, a de revelar as funções da pena. Roxin passa a trabalhar com um conceito de *“responsabilidade penal”*, que compreende não somente a

<sup>65</sup> MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 19, v. 90, maio-jun, 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>66</sup> SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Funcionalismo no direito penal. Parte Geral do código penal brasileiro: 30 anos depois. Estudos em homenagem ao professor Décio Fulgêncio. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 299.

culpabilidade, como, em especial, a necessidade da pena no que se refere à prevenção e as razões de política-criminal.

A culpabilidade para Roxin funciona como uma justificativa de pena. Segundo ele, a culpabilidade cumpre uma dupla função: o papel de legitimação ao mal que se impõe ao acusado e o de limitação do poder punitivo estatal (limite máximo da pena)<sup>67</sup>.

De acordo com Roxin,

*“El concepto de culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse también teóricamente en esta segunda función”*.<sup>68</sup>

Para Claus Roxin o conceito de culpabilidade

fundamentado pela teoria da retribuição (entendida como imposição de um mal adequado) sob o ponto de vista político-criminal é prejudicial ao acusado, legitimando o mal que se impõe. Segundo o Catedrático de Direito Penal da Universidade de Munique, a teoria da retribuição não pode ser aceita, porque parte da premissa que o fato ilícito praticado pelo delinquente deve ser compensado e anulado pela pena retributiva, o que *“es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia”*.<sup>69</sup>

Segundo Claus Roxin, *“A culpa (culpabilidade) não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial”*.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

<sup>68</sup> ROXIN, ob. cit. p. 43.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Coimbra: Vega, 1986, p. 44.

Assim sendo, a culpabilidade para Roxin é apenas uma das condições necessárias para imposição da pena, que deve atender, também, aos critérios políticos-criminais de necessidade. Para o citado autor, como já referido, o que está em jogo são os critérios de política criminal que definiram a necessidade jurídico-penal de aplicar a pena no caso concreto.<sup>71</sup>

Com bem observa Bruno Moura,

“Quando se está em jogo a utilização do Direito Penal pela Política Criminal, o espaço de legítima movimentação desta última se encontra previamente fixado pela juridicidade determinada segundo princípios normativos. Do contrário, muito pouco restaria à ciência normativa do Direito Penal, i.

---

<sup>71</sup> SPOSATO, Karina Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, n. 56, setembro-outubro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

e., à dogmática jurídico-penal. Uma vez que não existe nenhuma primazia ou domínio no seio das disciplinas da *gesamte Strafrechtswissenschaft*, o Direito Penal não pode ocupar uma posição de sujeição à Política Criminal”.<sup>72</sup>

Diante do sistema proposto por Roxin, o perigo para um direito penal comprometido com a dignidade humana e com o Estado Democrático de Direito reside na ausência de limites para se punir em nome dos critérios de política criminal e da necessidade da pena.

## 4.2. CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA SISTÊMICA DE JAKOBS

A concepção funcionalista sistêmica de Günther Jakobs (funcionalismo radical) decorre da teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann que, por sua vez,

---

<sup>72</sup> MOURA, Bruno. O normativismo jurídico penal... ob. cit. p.26.

foi influenciado pela teoria estrutural-funcional do sociólogo Talcott Parsons.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> A teoria estrutural-funcional de Parsons, segundo Juarez Tavares, “é fundamentalmente uma teoria estruturalista, influenciada por diversas correntes, de Durkheim, Spencer, Malinowski, Freud e Max Weber até o positivismo”. A referida teoria é chamada de estrutural-funcional, porque, de acordo com Tavares, “seu ponto de partida é compreender o sistema social como submetido a certa estrutura, a qual se devem adaptar as regras ou os instrumentos funcionais.” (TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 56 e segs.). Parsons foi o principal nome do funcionalismo sistêmico clássico. Deve-se a ele, nos informa Délio Lins e Silva Júnior, “a tentativa de transformar o funcionalismo num teoria geral, capaz de apresentar hipóteses lógicas que tivessem o condão de guiar a realidade”. (SILVA

Segundo Niklas Luhmann,<sup>74</sup> o sistema jurídico é um subsistema do sistema social global de um sistema unitário e a função do direito deve ser compreendida diante das expectativas, ou seja, da manutenção e da estabilidade de determinadas expectativas, tendo em vista as decepções previsíveis e inevitáveis. As expectativas<sup>75</sup> têm como

---

JÚNIOR, Délio Lins e. Funcionalismo no direito penal. Parte Geral do código penal brasileiro: 30 anos depois. Estudos em homenagem ao professor Décio Fulgêncio. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014).

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Naffarrate. México, DF, 2000.

<sup>75</sup> A expectativa segundo Luhman diz respeito não só ao estado atual de consciência de um indivíduo determinado, senão um aspecto temporal do sentido de comunicação. Luhman refere-se as expectativas cognitivas e normativas. “La sociedad pone a disposición dos posibilidades distintas para reaccionar frente a las decepciones de expectativas, o bien dos modalidades de la expectativa: 1) cambiar las expectativas delusorias adaptándolas a la realidad que sufre la decepción; 2) detener las expectativas, sin importar la realidad delusoria. En el primer

função orientar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento diante da complexidade e da contingência do mundo.

Para Luhmann, a relação que mantém a função do direito com o futuro explica a necessidade de simbolização, que é próprio de todo ordenamento jurídico. As normas jurídicas constituem um entrelaçamento de expectativas simbolicamente generalizadas.

Referindo-se a teoria funcional de Luhmann, Juarez Tavares observa que:

---

caso, se habla de expectativas cognitivas (cogniciones); en el segundo, de expectativas normativas (normas)... Em el caso de expectativas normativas, satisfacción y decepción se consideran según la distinción entre comportamiento conforme (que satisface las expectativas) y comportamiento desviante (que las decepciona).” (CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 82.

“A relação temporal do direito, que se reflete na função da norma jurídica, independente, porém, do período de vigência dessas normas e de sua historicidade. Como a norma jurídica tem como seu objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulamentação num futuro ainda desconhecido e incerto.”<sup>76</sup>

Portanto, se a função do direito é manter e assegurar determinadas expectativas, admitindo-se as desilusões (infrações a norma) como um fato, essas se tornam irrelevantes para a expectativa generalizada, ou seja, a norma continuará a existir independente da prática da infração. Do contrário, estaria comprometida e abalada a confiança na norma e sua função orientadora.

---

<sup>76</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 72.

Verifica-se assim, que a teoria sistêmica de Niklas Luhmann constitui o embasamento<sup>77</sup> para aqueles que como Günther Jakobs sustentam que *“el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoria según la cual el Derecho penal está orintado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad.”*<sup>78</sup>

Neste raciocínio, Jakobs sustenta que a pena tem como função mostrar ao infrator que a sua conduta não impede a manutenção da

norma. É função da pena manter a expectativa que existe em torno da vigência da norma, de estabilizar as expectativas de comportamento.

Jakobs busca, através de uma concepção funcional sistêmica, determinar a culpabilidade a partir dos fins da pena. A culpabilidade, como responsabilidade, significa *“falta de fidelidade ao Direito”*.

De acordo com Jakobs esta concepção da pena

*“no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de mui variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico.”*<sup>79</sup> Críticas não são

<sup>77</sup> Neste sentido Luiz Regis Prado, para quem os modelos funcionalistas foram “concebidos inicialmente, no domínio das ciências biológicas (biologia molecular), nos anos 70, como sistemas de auto-referência e de circularidade, foram transpostos para as ciências sociais por influência de Niklas Luhmann.” (ob. Cit. P. 201).

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther. Sociedad, norma, persona, em uma teoria de um derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijóo, in Cuadernos de Conferencias y Artículos n 13. Colômbia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Extremado de Colômbia, 1998, p. 9.

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther. Sociedad, norma, persona, em uma teoria de um derecho penal funcional. Trad.

poupadas em relação à teoria sistêmica-funcionalista, sobretudo no que diz respeito à função da pena.

Os modelos funcionalistas “*deixam o legislador absolutamente livre, sem vinculação a qualquer estrutura prévia à normação jurídica, para considerar apenas, na seleção de condutas objeto de criminalização, o aspecto social, com o objetivo de influir na estrutura da sociedade através da sanção criminal (fins da pena)*.”<sup>80</sup>

Continuando sua crítica veemente a concepção sociológico-funcionalista, Régis Prado afirma que de acordo com esta concepção,

“a punição subordina-se tão-somente ao social, às necessidades do sistema, aliás, de duvidosa

constitucionalidade. Esse defeito grave, que ignora as circunstâncias do agente, admitindo sua punição para satisfazer necessidades sociais, implica a falta de legitimidade da concepção funcionalista. (...) Não é possível falar-se em eficácia normativa desconsiderando as formas peculiares do agir humano, a concepção do homem como ser livre, digno e responsável.”<sup>81</sup>

Em valioso artigo, Fábio da Silva Bozza<sup>82</sup> aponta 19 (dezenove) pertinentes observações críticas, com as quais coligamos neste trabalho, à teoria de prevenção geral positiva proposta pelo modelo defendido por Jakobs. Das 19 (dezenove) críticas destacamos as seguintes: 1. O fato de Jakobs não explicar o

---

Manuel Cancio y Bernardo Feijoó, in Cuadernos de Conferencias y Artículos n. 13. Colômbia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Extremado de Colômbia, 1998, p. 11

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 201.

---

<sup>81</sup> Idem, p. 202.

<sup>82</sup> BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16. n. 70, janeiro-fevereiro, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

porquê buscar a estabilização das expectativas normativas através de *“um instrumento tão violento que é a pena criminal, e não outros, como o direito civil, administrativo, etc.”*; 2. *“A teoria da prevenção geral positiva reduz a questão da justiça à funcionalidade de critérios (e sua concretização judicial) para a função atribuída à pena de estabilização simbólica de expectativas contra a significação simbólica da ação criminosas”*; 3. *“No extremo de uma funcionalização do direito penal, a culpabilidade perdeu a sua função de critério ontológico de aferição da responsabilidade individual”*; 4. Para a teoria funcionalista, o ser humano não é um fim em si mesmo, mas a norma; 5. O ponto mais grave da prevenção geral positiva (assim como a negativa), diz Bozza: *“consiste na alienação subjetiva e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição normativista e instrumentos de funções sociais”*; 6. A teoria sistêmica de Luhmann, fundamento para o funcionalismo defendido por Jakobs, funda o sistema político sobre si mesmo,

próprio de um direito penal autoritário. Neste modelo o Estado é um fim em si mesmo, permitindo a instrumentalização do direito, o que não condiz com um direito penal democrático. Num Estado Democrático de Direito, corretamente afirma Fábio Bozza, *“o Estado (e, por consequência, o direito) é um meio para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos, e não o contrário”*; 7. No sistema funcionalista, na feliz expressão utilizada por Fábio Bozza, a pena *“se executa como pelas costas dos cidadãos”*, já que tanto a reação do agente ao delito como a pena, são vistos como *“parte de um contexto sociológico funcional, excluindo a participação do indivíduo na discussão sobre a forma de resolução de conflito”*.

O modelo funcionalista, que prioriza o sistema e a manutenção das expectativas da vigência da norma em detrimento do indivíduo, do ser humano também é criticado por Eugenio Raúl

Zaffaroni.<sup>83</sup> De acordo com o jurista argentino, o sistema Luhmann não se integra com todas as pessoas da sociedade; “*Luhmann opõe ‘sistema social’ a ‘homens’, considerados ‘subsistemas’*”.

Zaffaroni e Pierangeli<sup>84</sup>, referindo-se a “*nova direita penal*” afirmam que:

“Na Europa, a ‘nova direita’ tem se manifestado de uma forma inorgânica, num posicionamento retributivo frequentemente denominado ‘neoretributismo penal’. Trata-se de uma renovação da tese retributiva pura, ou seja, da concepção da pena como uma retribuição necessária – não como limite ou medida máxima -, privada, todavia do conteúdo idealista que a justificava (...). Um argumento mais depurado é proporcionado pelos autores tributários da sociologia de Luhmann, para quem a única finalidade da pena é a de

reforçar a confiança nos organismos e instituições do Estado, com o que considera o valor ‘ordem’ como o único bem jurídico.”

No Estado Democrático de Direito a pena jamais pode se converter em um fim em si mesmo, o direito penal deve se orientar pelos princípios da legalidade, da irretroatividade, da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), da lesividade, da culpabilidade e da humanidade, não perdendo de vista os pressupostos de proteção ao bem jurídico “*quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana*”.<sup>85</sup>

Assim, dentro de uma concepção sistêmico-funcionalista a teoria da prevenção geral positiva é segundo Baratta

---

<sup>83</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<sup>84</sup> Ob. cit., p. 356-357.

---

<sup>85</sup> PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 52.

“uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução.”<sup>86</sup>

Portanto, é inegável que a pena se apresenta para o funcionalismo no âmbito da teoria da prevenção geral positiva. De acordo com esta teoria a pena não é dirigida nem aos infratores atuais nem aos potenciais, mas, “sobretudo aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência ‘espontânea’ a respeitá-la”.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup>BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

Têm a pena, portanto, em relação aos “cidadãos fiéis à lei” a função de reforçar a validade das normas, mantendo as expectativas e a confiança na vigência das mesmas, independente de terem sido violadas.<sup>88</sup>

Sintetizando o discurso sistêmico funcionalista, Zaffaroni é preciso e enfático ao afirmar que:

“apesar de reconhecer tanto a falsidade do discurso jurídico-penal tradicional como os dados reais deslegitimadores do exercício do poder do sistema penal, responde, simplesmente, que é necessário que assim seja por ser funcional para a

---

<sup>88</sup> Neste sentido Alessandro Barrata, para quem “a teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria de função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com afirmação da validade das normas, confirmação essa simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução.”(Ob. cit., p. 21).

manutenção do ‘sistema social’, única coisa que importa ou, pelo menos a mais importante.

Indubitavelmente, trata-se de *resposta relegitimadora do exercício de poder do sistema penal por excelência*, mas, à custa do desconhecimento do discurso jurídico-penal tradicional, opera um conceito de ‘direito’ privado de qualquer referência ética e antropológica (que mal pode ser chamado de direito), coloca em cheque, em larga perspectiva, praticamente todo o direito penal de garantias e retroage a um direito penal ultrapassado diante de um paradigma fictício, característico do discurso jurídico-penal autoritário.”<sup>89</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo buscamos traçar a evolução ou quem sabe, alguns retrocessos, no conceito dogmático da culpabilidade.

Sendo certo que quanto mais se evolui e mais se aperfeiçoa o conceito de culpabilidade, mais se reduz a incidência da pena criminal.

Como assevera Nilo Batista “devemos compreender que um longo processo, certamente inconcluso, transformou radicalmente as bases da responsabilidade penal. O ponto mais importante desse processo é a produção histórica do princípio da culpabilidade”.<sup>90</sup>

Por outro lado, Tavares salienta que “passados mais de dois séculos de evolução da teoria do delito, que se poderá considerar de certo modo como iniciada com a obra de Feuerbach, os juristas ainda discutem os fundamentos da responsabilidade individual sob os mesmos patamares metodológicos”.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

<sup>91</sup> TAVARES, Juarez. Culpabilidade: A incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, out.-dez./98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>89</sup> Em busca das penas perdidas. Ob. cit. p. 87-88;

Já dissemos alhures que o princípio da culpabilidade decorre da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A culpabilidade, como já referido na introdução deste trabalho, deve ser compreendida como princípio, como integrante do conceito analítico de crime e como limitador do poder punitivo e da pena.

Por tudo, não pode a culpabilidade ser relegada a um segundo plano e, muito menos, ser desprezada, como pretendem os defensores da concepção funcionalista sistêmica ou radical que tem em Günther Jakobs seu principal defensor.

Necessário buscarmos através de processos verdadeiramente democráticos (democracia material), voltados à proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, dentro da nossa realidade política, econômica e social, as melhores alternativas, possíveis, na dogmática penal e na política criminal, com a, sempre bem-vinda, crítica criminológica, para através de

um conceito da culpabilidade, que tenha o homem como um fim e si mesmo e jamais como instrumento, atingirmos os ideais de igualdade e de justiça.

## Referências

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5, janeiro-março de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. *Cem anos de reprovação: Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Nilo Batista e André Nascimento (Orgs.). Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. Revista da

Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ano 1 – nº 1. Julho/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de direito penal*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16. n. 70, janeiro-fevereiro, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Ano 1 – nº 1. Julho/dezembro de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Aníbal. Direito penal; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, t. 2.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Cláudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Bookseller, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*; parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Montevideo - Buenos Aires: ed. B de F Ltda., 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. Culpabilidad y reproche em derecho penal. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1951, v. 1, t. 1.

GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad. 2ª ed. Trad.

Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002. (La traducción directamente del original alemán. ‘Normativer Schuldbegriff’ – 1930).

GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1996.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma, persona, em uma teoria de um derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoó, in Cuadernos de Conferencias y Artículos n 13. Colômbia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Extremado de Colômbia, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal - La ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana S.A., 1958.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid. Hijos de Reus, 1916, t. 2.

LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Naffarrate. México, DF, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*, parte geral. Rio de Janeiro: Ed. do Autor, 1990.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Trad. Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MOURA, Bruno. Normativismo jurídico-penal: consequência ou resistência ao funcionalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

São Paulo, ano 19, v. 90, maio-jun, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. Culpabilidade, inexigibilidade e quesitação de júri. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coortd.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, v.2.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y preñición en derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Coimbra: Vega, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* (A nova parte geral). Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Funcionalismo no direito penal. Parte Geral do código penal brasileiro: 30 anos depois. Estudos em homenagem ao professor Décio Fulgêncio. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

SPOSATO, Karina Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, n. 56, setembro-outubro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: A incongruência dos métodos.

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, out.-dez./98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

WELSEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

WESSELS, Johannes. *Derecho penal*; parte general. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito*

*penal brasileiro*; parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raùl. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991.