

2. DOCTRINA NACIONAL

2.1

A CRISE DO CONCEITO TRADICIONAL DE CULPABILIDADE, SEGUNDO O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA

SUMÁRIO: 1. A crise do conceito tradicional de culpabilidade – 2. Aristóteles e a imputabilidade moral pela conduta de vida – 3. A tentativa de solução da crise – 4. A persistência da crise – 5. Existe uma solução? – Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho analisa a crise do conceito de culpabilidade. Inicialmente, serão expostos o conceito tradicional de culpabilidade e os problemas que decorrem de sua aplicação. Posteriormente, será feita uma analogia à imputabilidade moral de Aristóteles, para mostrar-se que o conceito tradicional de culpabilidade acaba por aproximar-se de uma imputação pela conduta de vida. Em seguida, serão vistas tentativas recentes de solução da referida crise, dando-se ênfase à validação democrática das leis proposta pelo filósofo alemão contemporâneo Klaus Günther, procurando mostrar sua ineficiência em resolvê-la. Por fim, tratar-se-á da dificuldade de “livrar” o sistema penal de resquícios morais, concluindo-se pela inexistência da crise do conceito de culpabilidade, ao menos nos moldes em que tem sido propagada.

Palavras-chave: Culpabilidade – Teoria do crime – Crise do conceito de culpabilidade – Imputação moral – Imputação penal.

1. A crise do conceito tradicional de culpabilidade

O crime é conceituado formalmente pela ciência do Direito Penal como sendo uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, só se atribui responsabilidade penal a alguém que tenha cometido uma ação ou omissão com as características acima mencionadas. Vejamos, de forma sintética, cada um dos elementos do conceito de crime, para a exata delimitação do problema a ser tratado.

Um tipo penal é a descrição de uma conduta caracterizada como crime, como, por exemplo, “matar alguém” (conduta correspondente ao tipo penal do homicídio – art. 121, CP brasileiro). A tipicidade consiste na correspondência existente entre a conduta humana e o tipo penal, ou seja, no caso do homicídio, entre a ação de matar alguém e o tipo penal acima mencionado. Portanto, haven-

do identidade entre a ação humana e a conduta prevista na lei penal, diz-se que a ação é típica.¹

A antijuridicidade, também chamada de ilicitude, é algo que se afirma da conduta típica e que implica contradição entre esta conduta e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões. Assim, em regra, a conduta típica, ou seja, a conduta descrita na lei como crime, é também antijurídica. A antijuridicidade dá-se tanto no fazer o que é proibido quanto em não fazer o que é determinado pela lei. No entanto, em alguns casos a conduta é típica, mas não antijurídica, ou seja, é típica, mas lícita. E isto se dá exclusivamente nas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Portanto, a verificação da antijuridicidade dá-se por exclusão. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses excludentes mencionadas, a ação é antijurídica ou ilícita.

O último requisito justificador da sanção penal é a culpabilidade, que é composta de três elementos: a imputabilidade, a consciência real ou possível da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso. A imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento.² Não são imputáveis, segundo nossa legislação penal, os menores de dezoito anos, os doentes mentais e as pessoas com desenvolvimento incompleto ou retardado que não entendem o caráter ilícito de seu comportamento e nem podem determinar-se de acordo com esse entendimento. Aos inimputáveis, portanto, mesmo que pratiquem uma ação típica e antijurídica, não se aplica pena.

A consciência real ou possível da ilicitude é a consciência que o sujeito deve ter, ao menos potencialmente, de que age de modo contrário ao Direito. Essa capacidade de consciência não é apenas genérica, mas aplicada ao caso concreto, isto é, se o agente sabia ou podia saber na ocasião que seu comportamento era contrário ao Direito. Portanto, para a atribuição de culpa basta o conhecimento potencial da ilicitude.

A exigibilidade de comportamento diverso, conforme ao Direito, é o último elemento da culpabilidade. Com ele se impede a exigência de comportamentos heróicos, pois não se pode atribuir culpa à pessoa que cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diferente, conforme ao Direito.³

Portanto, para atribuir-se culpa a alguém que praticou uma ação típica e antijurídica deve-se verificar se essa pessoa era imputável, se tinha capacidade de

(1) A doutrina mais atualizada já não mais entende que a tipicidade é mero indício da antijuridicidade, através da singela comparação entre o tipo e o fato, eis que deve haver também, no juízo de tipicidade, consideração sobre a lesividade do ato. Sobre o assunto, ver: Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

(2) H. C. Fragoso. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 197.

(3) H. C. Fragoso, op. cit., p. 210.

conhecer a ilicitude de seu comportamento e se lhe era exigível outro comportamento, conforme ao Direito. Essa culpabilidade é culpabilidade da vontade, entendida como vontade livre. No entanto, esse conceito está atualmente em crise em virtude da impossibilidade, ou ao menos da difícil comprovação empírica da possibilidade, de ter o sujeito, em determinada situação, agido ou não de outro modo.⁴ Não se pode dizer com segurança se o autor de um crime tinha “a possibilidade concreta de assumir emocionalmente o fim de sua conduta considerado como ‘correto’ por sua razão, ou seja, se sua razão podia desencadear os impulsos emocionais do sentimento de valor e dever, aptos a dirigir a vontade nessa direção”.⁵ Além disso, deve “também ficar sem resposta a pergunta sobre se o autor tinha a possibilidade de contribuir através de sua vontade para a produção da energia necessária a superar as inibições e resistências derivadas das circunstâncias externas e (ou) dos impulsos contrapostos da esfera vital ou do sentimento”.⁶ Francisco Muñoz Conde assim comenta o tema:

“Não faz muito tempo, dizia Engisch que, ainda que o homem possuísse essa capacidade de atuar de modo diverso daquele como realmente atuou, seria impossível demonstrar, no caso concreto, se usou ou não desta capacidade, porque, ainda que se repetisse exatamente a situação em que atuou, haveria sempre outros dados, novas circunstâncias etc., que a fariam distinta. A capacidade de poder agir de modo diverso daquele como se atuou é, por conseguinte, indemonstrável.”⁷

Não se pode querer transpor essa dificuldade recorrendo-se à figura do homem médio, com capacidade de autodeterminação média, ou ao que dele se deveria esperar, criando-se uma “liberdade para o Direito Penal”, pois essa capacidade média é tão indemonstrável quanto a capacidade de autodeterminação de qualquer indivíduo. Não se pode querer padronizar, estabelecer índices de probabilidade de algo indemonstrável.

Portanto, dois caminhos podem ser seguidos: ou se aceita a capacidade do homem para atuar livremente, ou se nega essa capacidade e conseqüentemente o conceito tradicional de culpabilidade. Essa última hipótese é certamente impraticável, pois se assim fosse, seria necessário admitir que o homem é um ser determinado, movido somente por causas externas ou que não decorrem de sua vontade. No entanto, esse determinismo é insustentável, simplesmente porque não se pode querer atribuir culpa a alguém senão por atos causados em virtude de ação decorrente das intenções, paixões, princípios ou ainda pela falta de cuidado exigível dessa pessoa. Assim, parece-nos que, diante da impossibilidade de negar-se ao homem a capacidade de atuar livremente, devemos aceitar o conceito de culpa-

(4) José Cerezo Mir. “O conceito material de culpabilidade”, *Revista de Ciências Jurídicas* 2/210, s.d., 1998.

(5) Idem, p. 220, citando Henkel.

(6) Idem, p. 220, citando Henkel.

(7) Francisco Muñoz Conde. *Teoria geral do delito*. Porta Alegre : Fabris, 1988. p. 127.

bilidade acima referido, procurando lidar com os problemas dele decorrentes. E o principal problema daí decorrente é o de que o autor do fato, sempre que alegasse não ter podido agir do outro modo, e, não havendo prova que o contrário (o que, como visto, realmente não ocorrerá, em vista da referida impossibilidade), seria absolvido, pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, universalmente aceito.

É importante notar que a impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo no caso concreto não nega o conceito de homem como ser responsável, não havendo, portanto, incompatibilidade entre a capacidade do homem de atuar livremente (o homem tem vontade) e a impossibilidade de comprovação empírica da possibilidade de agir de outro modo (qual é o conteúdo dessa vontade). Entre várias ações possíveis certamente pode-se escolher, mas não se sabe quais as razões últimas que impulsionam a escolha. Assim, não se nega que o ser humano possa autodeterminar-se, ou seja, que tenha vontade, conforme vem sendo demonstrado pela antropologia e psicologia. O que não se pode é comprovar empiricamente que esse ser humano, em determinada ocasião, pudesse autodeterminar-se para agir de outro modo, no caso, conforme a lei, ou seja, não se pode determinar qual era o conteúdo da vontade. A psicologia está “impossibilitada de responder à questão do livre-arbítrio quer no seu *se*, quer no seu *quando*: a competência para tal só pode pertencer ao pensamento fundamental do existir humano (à antropologia filosófica e à ontologia)...”.⁸ Eugenio R. Zaffaroni assim argumenta, de forma ilustrativa, as relações entre Direito, psicologia e filosofia:

“En líneas generales, se critica a esta tesis desde varios ángulos. En principio, se afirma que la libre determinación no es verificable empíricamente, para lo cual se apela al criterio de verdad de las ciencias naturales, lo que otros niegan, tratando de hacer de la libertad una cuestión moral o metafísica. La mezcla de planos es harto elocuente, porque es obvio que la psicología puede llegar a informarnos acerca del posible catálogo de conductas de una persona en una circunstancia, pero no puede decir nada acerca de la libertad como concepto filosófico. No obstante, también es cierto que no se puede medir ni graduar un concepto filosófico y que lo único mensurable es el dato psicológico.”⁹

Do que foi exposto até o momento já se pode ver que o juízo sobre a culpabilidade fundamenta-se na idéia de liberdade do homem. A dificuldade de delimitar o grau de liberdade com que age alguém em determinada circunstância, ou seja, de graduar a liberdade como conceito filosófico que é, faz com que a responsabilidade penal distancie-se de uma base objetiva e se baseie em juízos hipotéticos: primeiro, a imputabilidade, que pressupõe um juízo sobre a capacidade abs-

(8) Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999. p. 234.

(9) Eugenio Raúl Zaffaroni. “La culpabilidad en el siglo XXI”, *RBCCrim* 28/60, São Paulo : RT, out.-dez., 1999.

trata de entender e autodeterminar-se. Segundo, a consciência da ilicitude, que também é um juízo de possibilidade, decorrente da idéia de que ninguém pode ignorar a lei para eximir-se de responsabilidade. Finalmente, a possibilidade de agir de outro modo, último elemento da culpabilidade, fruto de um juízo hipotético ainda mais incerto.¹⁰

Pelo que foi visto, pode-se dizer que a liberdade, a autodeterminação do indivíduo, apesar da impossibilidade de sua demonstração em cada caso, é tida como um dado certo e verificável, que se orienta pelo entendimento dos demais membros de uma sociedade, o que, como mencionado, é um equívoco. A culpabilidade aproxima-se, portanto, segundo esse conceito tradicional, de uma autodeterminação moral. O culpado, tratado como se fosse livre, agiria contra seus próprios bons motivos, envolvendo-se em uma contradição consigo mesmo.¹¹ O problema aqui é que o indivíduo passa a ser visto como pessoa moral, na medida em que a ele se exigia outra ação, que não se sabe ser dele exigível ou não, e não como pessoa de direito, considerada somente pelos atos que praticou, confundindo-se, assim, a distinção básica entre moral e Direito, desejável em um Estado de Direito democrático,¹² ao menos na concepção liberal, onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹³

2. Aristóteles e a imputabilidade moral pela conduta de vida

O conceito tradicional visto acima, impregnado de conteúdo moral, dada a pressuposição equivocada do livre-arbítrio, acaba por responsabilizar o indivíduo por seu caráter, por sua personalidade, ou seja, pela sua conduta de vida, *em vez de responsabilizá-lo por seu ato*, na medida em que se utiliza somente de juízos hipotéticos, baseados em uma razoabilidade média ou mesmo individual do julgador, porque pressupõe que o autor poderia adequar sua vontade contrária ao Direito de forma correta, “e isto não em sentido abstrato de que *algum homem* em lugar do autor, mas em sentido concreto de que *este homem, nesta situação*, tenha podido adotar sua resolução de vontade de acordo com a norma”.¹⁴ Essa concepção, não exatamente como fundamentadora de imputabilidade penal, mas de imputabilidade moral, isto é, como teoria ética, tem como grande expoente Aristóteles. Passaremos agora a tratar mais detidamente das idéias de Aristóteles,

(10) Juarez Tavares. “Culpabilidade: a incongruência dos métodos”, *RBCCrim* 24/148, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.

(11) Klaus Gunther. “A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro”, *RBCCrim* 24/79, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.

(12) Idem.

(13) CF de 1988, art. 5.º, II.

(14) Welzel, citado por Cezar R. Bitencourt. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. p 277.

particularmente em sua obra *Ética a Nicômaco*,¹⁵ para entendermos sua justificação da imputabilidade *moral* pela conduta de vida, a fim de situarmos melhor a imputabilidade *penal* pela conduta de vida, que lhe é correlata.

Os capítulos 1 a 5 da *Ética a Nicômaco* tratam da ação voluntária e da escolha, para assim estabelecer quais as condições necessárias para atribuir-se responsabilidade a alguém por suas ações ou paixões. Às voluntárias seriam dispensados louvor ou censura e às involuntárias perdão ou piedade (EN 1109 b 30). Para tanto, Aristóteles procura definir quais ações são involuntárias, dizendo que estas seriam as praticadas por compulsão ou coação, ou por ignorância (EN 1109 b 35). A ação por coação é a que tem seu motor (causa) fora do agente, que nada contribui para sua realização (EN 1110 a). No que diz respeito à ignorância, Aristóteles ressalta que é importante deixar claro que ela deve decorrer das circunstâncias do ato e dos objetos a ele relacionados, isto é, do particular, e não do universal (lei moral) (EN 1110 b 30). No caso de Édipo e Jocasta, por exemplo, a ignorância de Édipo era sobre a condição de mãe de Jocasta (do particular) e não sobre a reprovação do incesto (do universal – lei moral). Assim, sua ação é involuntária e, portanto, digna de perdão.

No capítulo 2, Aristóteles passa a distinguir a escolha do desejo, dizendo que a primeira só visa a coisas possíveis, enquanto o segundo pode visar não só coisas impossíveis como também coisas que não dependem de nós, como a imortalidade ou a vitória de algum atleta em uma competição (EN 1111 b 20). Afirma também que o desejo diz respeito ao fim, enquanto que a escolha diz respeito aos meios (EN 1111 b 25). Aristóteles inicia o capítulo 3 dizendo que se delibera somente sobre o que está ao nosso alcance, ou seja, quanto aos meios, enquanto os fins são pré-estabelecidos (EN 1112 a 30). Assim, a escolha é um desejo deliberado de coisas que estão ao nosso alcance, pois se decide por deliberação e posteriormente deseja-se de acordo com o que foi deliberado (EN 1113 a 10), e por ser a ação virtuosa não só voluntária como também de acordo com a escolha, vê-se que tanto a virtude como o vício estão ao nosso alcance (EN 1113 b 5).

Os capítulos 1 a 4 do Livro 2 mostram que a virtude é adquirida pela educação e pelo hábito, e, sendo assim, o homem injusto ou intemperante jamais poderá deixar de sê-lo, pois quando se pratica coisas injustas ou intemperantes, sem ser ignorante, tem-se que a injustiça ou intemperança é voluntária, não comportando conversão, ou seja, para estes homens não é possível ser diferentes. Pierre Aubenque, diferentemente, diz que: “Nous sommes, non ce que nous choisissons d’être une fois pour toutes, mais ce que nous choisissons de faire à chaque instant. (...) Mais ni le vertueux n’est à l’abri de défaillances, ni le vicieux n’est définitivement incapable de conversion”.¹⁶ No entanto, não parece ser esta a me-

(15) A referida obra será mencionada doravante pela sigla EN, acompanhada, se necessário, do número do capítulo ou da numeração padrão.

(16) Idem, p. 130.

lhora posição sobre o tema, pois Aristóteles é claro ao dizer que *o vicioso não se converte*. David Ross, talvez o mais respeitado comentador de Aristóteles, diz que: “Uma vez o caráter estabelecido, não pode ser alterado segundo a vontade”.¹⁷ E sobretudo as passagens da própria *Ética* a Nicômaco atestam a inconvertibilidade:

“Mas quando, sem ser ignorante, um homem faz as coisas que o tornarão injusto, ele será injusto voluntariamente. Daí não se segue, porém, que, se assim o desejar, deixará de ser injusto e se tornará justo. Porque tampouco o que está enfermo se cura nessas condições.” (EN 1114 a 15) “O mesmo sucede com o injusto e com o intemperante: a princípio dependia deles não se tornarem homens dessa espécie, de modo que é por sua própria vontade que são injustos e intemperantes; e agora que se tornaram tais, não lhes é possível ser diferentes” (EN 1114 a 20).

Para Aristóteles, o vício é um caminho sem volta, pois os atos com essa característica são praticados por pessoas que não têm caráter virtuoso e, sendo a virtude adquirida pela educação, pelos hábitos, em fase determinada da vida dos indivíduos, os viciosos não mais podem ser “educados”, ou seja, não terão mais seu caráter modificado para melhor. Assim, os homens viciosos não se tornarão verdadeiramente virtuosos, embora possam praticar atos de tal natureza.

É possível afirmar que Aristóteles não tratou detidamente do livre-arbítrio dos homens. Vejamos. Importante aspecto de sua ética é o da reprovabilidade tanto das ações do incontinente quanto do continente. O incontinente é o que age incorretamente, porém, pode-se dizer, tem boas intenções ou desejos, o que Aristóteles chama de apetite. Já o continente age corretamente, porém não tem boas intenções, isto é, age sem o apetite. Tratemos, a título ilustrativo, deste último. Como visto, a escolha para Aristóteles envolve o desejo (apetite) e a razão. Por isso, é definida por desejo deliberado, e também por isso a ação do continente é reprovável, pois lhe falta um dos elementos intrínsecos, isto é, o apetite. Vale aqui dizer que para o Direito, a ação do continente aristotélico é legal, não sendo passível de responsabilização penal. Ela é passível apenas de repreensão moral, ao menos segundo a concepção aristotélica. Não se aplica sanção penal às intenções isoladas do agente, mas somente à *ação* lesiva ao bem jurídico tutelado, que pode ou não ser acompanhada dessa intenção má.¹⁸ Por outro lado, as ações do incontinente são relevantes ao Direito, pois, embora tenha “boas intenções”, não age de acordo com elas, sendo sua conduta reprovável penalmente se contrária à lei. Como visto, para Aristóteles, dois elementos são necessários para a ação boa, um de ordem racional e um de ordem passional. O primeiro depende de nós, mas

(17) David Ross. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987. p. 207.

(18) A ação criminosa é acompanhada da intenção má a que se refere Aristóteles nos casos de dolo do agente. De outro modo, nos crimes culposos, a intenção má inexistente, sendo o elemento subjetivo do crime justificado somente pela falta de cuidado (negligência, imprudência ou imperícia).

o segundo não. Então como pode o indivíduo ser responsabilizado por um ato que envolve como condição necessária e indispensável algo que não depende dele? Ele mesmo responde:

“A isso respondemos que, se cada homem é de certo modo responsável pela sua disposição de ânimo, será também de certo modo responsável pela aparência; do contrário, ninguém seria responsável pelos seus maus atos, mas todos os praticariam pela ignorância do fim, julgando que com ele lograriam o melhor.” (EN 1114 b)

Aristóteles diz que são igualmente humanos a razão e o desejo ou intenção (apetite) (EN 1111 b), podendo-se dizer que sua posição é pela existência de uma livre determinação dos homens. No entanto, mesmo assim, o resultado dessa análise continua sendo inconclusivo, por não ter sido tratado com maior profundidade. Essa é a opinião de David Ross: “Em termos gerais, devemos dizer que partilhava plenamente da crença, por parte do homem, no livre-arbítrio, mas que não examinou este problema de forma muito cuidadosa, não se tendo exprimido com uma perfeita consistência”.¹⁹

Do que foi exposto acima, o mais importante para este trabalho é notar que, para Aristóteles, o homem sem virtude é incapaz de conversão, isto é, de tornar-se virtuoso. Portanto, seu caráter, formado basicamente por sua educação e hábitos, é a medida de sua imputação. Trazendo-se tais elementos para o campo da culpabilidade penal, objeto da discussão do presente trabalho, segundo o conceito tradicional já visto, vê-se que, devido à impossibilidade de demonstrar-se empiricamente a possibilidade de agir-se de outro modo, conforme a lei, e, conseqüentemente, tomando-se a autodeterminação do homem como um dado certo, a culpabilidade aproxima-se de uma imputabilidade pela conduta de vida, e não de uma imputabilidade pelo ato praticado. Portanto, para o Direito Penal atual, assim como para Aristóteles, “o homem que se afasta da virtude, vai caindo numa vertente de vício que em determinado momento já não lhe deixa qualquer liberdade para ser virtuoso, porque, com seus atos anteriores, procedeu como aquele que joga uma pedra e depois não é mais capaz de detê-la”.²⁰ Por ser a culpabilidade um “conceito eminentemente graduável”,²¹ um sujeito de maus hábitos, violento e desarrazoado será mais culpável do que um sujeito calmo e pacífico que tenha cometido um crime da mesma espécie. A reprovabilidade do primeiro dá-se porque sua atitude está de acordo com sua personalidade, enquanto que no segundo considera-se o ato criminoso como um evento isolado de seu caráter, um lapso em sua conduta moral. Daí a relação estreita entre o conceito tradicional de culpabilidade e a teoria ética de Aristóteles.

(19) David Ross, op. cit., p. 207-208.

(20) Eugenio Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997. p. 611.

(21) Idem, p. 608.

3. A tentativa de solução da crise

A atribuição de culpa a alguém pela prática de um crime, segundo o que foi visto acima, pressupõe uma exigência moral extremamente forte e indesejável em um Estado democrático de Direito, ao menos na concepção liberal, onde o moral e o legal devem ser esferas distintas. Assim, a imputabilidade penal pela conduta de vida, e não somente pelo ato praticado, nos moldes da teoria ética de Aristóteles, é útil como teoria filosófica, na medida em que esclarece a imputação moral, mas não como justificativa da imposição de pena, que exige delimitação mais aperfeiçoada, em vista do princípio da estrita legalidade, a ser seguido pelos sistemas jurídicos.

Alguns filósofos do Direito vêm defendendo a solução desse problema através de uma maior aproximação entre o cidadão e a norma, seja propondo a aceitação efetiva das normas, seja através de uma legitimação democrática dessas normas, com a possibilidade real de participação do cidadão no processo de confecção das leis (processo legislativo). São essas teorias que, sinteticamente, passaremos a descrever.

Uma primeira abordagem do tema foi dada por Francisco Muñoz Conde, que, admitindo a mencionada impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo, rejeita o conceito tradicional de culpabilidade, afirmando que o importante não é a possibilidade de o sujeito agir de outra forma, mas sim de abster-se de praticar a conduta proibida. Com isso, seu conceito de culpabilidade pressupõe uma capacidade de motivação pela norma, que deve fazer com que o indivíduo abstenha-se de agir contra a lei. No entanto, Conde argumenta que essa capacidade pressupõe que o indivíduo concorde com a norma,²² e esse é certamente o principal problema, aliás de difícil solução, de sua tese. José Cerezo Mir assim comenta a tese ora em exposição: "A capacidade de motivação pela norma requer a participação do indivíduo nos bens jurídicos objetos de proteção. Isso significa que o autor por convicção não age culpavelmente se infringe a norma com convicção, por considerá-la carente de obrigatoriedade para ele, dadas suas crenças religiosas, morais ou políticas, faltarão não apenas a culpabilidade moral, mas também culpabilidade jurídica".²³

O personagem Rhodia Romanovich Raskolnikov, central na obra *Crime e castigo*, de Dostoiévski, é um exemplo que ilustra com bastante clareza a concepção de culpabilidade acima referida: julgando estar fazendo uma contribuição à humanidade, mata a velha agiota que emprestava dinheiro aos que dele necessitavam, cobrando juros excessivos e ficando, diante da impossibilidade de pagamento do empréstimo, com os bens dados em garantia. No entanto, é condenado

(22) "Muñoz Conde faz uma ressalva, porém, em relação aos bens jurídicos essenciais para a vida em comum, como a vida, a saúde e a liberdade, e nas hipóteses de interferência em esfera jurídica alheia." José Cerezo Mir, op. cit., p. 215-216.

(23) José Cerezo Mir, op. cit., p. 215.

por tal crime a cumprir pena na Sibéria. Prevaleceu assim a culpabilidade jurídica, não se levando em conta a culpabilidade moral. Se não fosse assim, isto é, se a culpabilidade jurídica não prevalecesse sempre sobre a culpabilidade moral, restariam prejudicados dois indispensáveis pressupostos em que se funda o Direito: a obrigatoriedade e a generalidade. A observância às leis é obrigatória a todos (generalidade). Excluídos esses pressupostos, o Direito de pouco vale, pois seria apenas um amontoado de normas aplicadas conforme a inclinação moral do julgador. Portanto, é fácil verificar que o conceito de culpabilidade apresentado por Muñoz Conde, que importa em motivação pela norma para a abstenção da conduta, que por sua vez importa em concordância efetiva com a norma, impondo, portanto, juntamente com a imputabilidade jurídica, que se verifique a imputabilidade moral do sujeito, está, assim como o conceito tradicional de culpabilidade, impregnado de um conteúdo moral indesejável em um Estado democrático de Direito.

Um dos elementos da culpabilidade, citado no item 1 deste texto, é a consciência da ilicitude. Esta consciência, como exposto, é a que o sujeito deve ter, *ao menos potencialmente*, de que age de modo contrário ao Direito. Essa potencialidade do conhecimento da lei decorre do mandamento legal de que o desconhecimento da lei é inescusável.²⁴ Assim, é uma premissa do ordenamento jurídico que o sujeito, ao menos o que é considerado civilizado,²⁵ conheça a lei, independentemente do fato de ele realmente a conhecer. No entanto, nem todos os cidadãos conhecem efetivamente a lei, conforme será visto adiante de forma mais detida. Assim, se esse conhecimento da lei é potencial, justamente diante da impossibilidade de exigir-se que todos efetivamente conheçam as leis, vê-se que a exigência de concordância com a lei é ainda mais inviável.

O filósofo alemão Klaus Günther apresenta, em seu artigo “A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro”,²⁶ uma versão diferente e mais sofisticada do que a tese de Conde, dizendo que não é necessária a aceitação das normas, mas sim a participação efetiva dos cidadãos no processo legislativo, isto é, faz depender a culpabilidade da validade da norma no que diz respeito a seu processo de produção, ou seja, da legitimação democrática das normas jurídicas. Segundo o próprio Günther, suas ponderações aproximam-se dos argumentos de Jürgen Habermas (*Faktizität und Geltung*) e John Rawls (*Political Liberalism*).²⁷ Vejamos mais detidamente em que consiste essa tese.

Em primeiro lugar, segundo Günther, seria necessária a delimitação do conceito de pessoa, que servirá de ponte entre a pretensão de legitimidade da norma e a exigência de obediência da mesma, cuja contrariedade carac-

(24) Art. 21 do CP.

(25) Alguns índios de regiões remotas, por exemplo, se não têm contato com o homem dito civilizado, estão isentos de pena.

(26) Op. cit., nota 10.

(27) Idem, p. 81.

terizaria a culpa. Diz que cidadãos em uma democracia são não só os destinatários, mas também os autores das leis. Essa concepção de pessoa, baseada em uma concepção comunitária, pressupõe a capacidade de assumir posições críticas, entendidas como “posições motivadas” em relação a condutas próprias e alheias. Essa motivação determina a maneira de agir, de modo que “eu (*ceteris paribus*) atuaria de outro modo se tivesse agido sem este motivo”.²⁸ A pessoa dotada desta capacidade crítica é chamada por Günther de pessoa deliberativa.

A pessoa deliberativa, agindo criticamente, deve *poder participar* das argumentações de onde se origina a pretensa validade da norma. Nessa discussão, pode a pessoa deliberativa autocorrigir-se à luz dos melhores motivos, ou permanecer com sua posição inicial. Então, quando a pessoa puder utilizar sua capacidade de atitude crítica é que suas ações poder-lhe-ão ser imputadas. Esta capacidade de atitude crítica passível de imputação é chamada de competência performativa. Quando a pessoa deliberativa puder efetivamente atuar nas discussões que precedem a confecção das leis, participando da competição pública pela busca dos melhores motivos, isto é, no chamado processo legislativo, torna-se não somente destinatária, mas também autora das normas jurídicas.

Segundo Günther, o conceito de pessoa deliberativa se ramifica na pessoa do cidadão como autor das normas jurídicas e como pessoa capaz de direito, destinatária das normas. No entanto, o direito subjetivo de participação política não implica em que o indivíduo esteja obrigado a participar, pois o dever de observar a norma não depende da participação efetiva, mas somente da constituição procedimental da norma:

“O dever de cada cidadão de observar a norma se baseia apenas no igual direito ao exercício público de sua capacidade de crítica e no processo juridicamente institucionalizado, no qual esse direito pode ser eficazmente exercido — não, porém, sobre o *se* e o *como*, e também não sobre o resultado do respectivo uso fático desse direito.”²⁹

Assim, a norma é obrigatória mesmo para aqueles que não participam do processo democrático e também para aqueles que, embora participem, não concordem com a norma, afastando-se qualquer tentativa de imputação moral, pois a impositividade do Direito funda-se no direito ao uso eficaz da capacidade de atitude crítica no processo de confecção das leis. O dever de observar a norma pelo cidadão enquanto seu destinatário não impede que o cidadão dotado de capacidade deliberativa discorde da mesma e postule sua modificação. Aliás, o sujeito pode mesmo ponderar as vantagens e desvantagens que a contrariedade à norma pode causar-lhe, tomando-a como um obstáculo, como outro qualquer, à sua liberdade, para decidir se pratica ou não o ato lesivo: “O assaltante de bancos, que desiste de seu plano porque uma patrulha da polícia se encontra nas imedia-

(28) Idem.

(29) Idem, p. 85.

ções, observa com isso da mesma forma que uma pessoa racional a respectiva norma que proíbe o roubo a bancos”.³⁰

Assim, aos indivíduos que têm capacidade de atitude crítica e que possam eficazmente participar do processo democrático de confecção das normas pode ser atribuída culpabilidade, isto é, imputabilidade jurídico-penal pelo ato praticado. Klaus Günther pretende assim, acreditando estar eliminando os resquícios de imputação moral da imputabilidade jurídico-penal, fundamentar seu inovador conceito de culpabilidade.

4. A persistência da crise

A tese de Günther parte do pressuposto de que o processo democrático possibilitaria a participação efetiva de todos os cidadãos, que poderiam “tomar parte nas proposições normativas”. Vejamos algumas passagens sobre o tema:

“Os processos democráticos possibilitam o desenvolvimento da pessoa deliberativa nos procedimentos de formação pública de opinião e de vontade. A legitimidade das normas jurídicas depende dos processos institucionalizados juridicamente, nos quais os cidadãos podem criticamente tomar parte nas proposições normativas.”³¹

“... o dever de observância da norma não depende apenas da capacidade atribuída à pessoa deliberativa de assumir uma posição crítica, senão também do fato de que os processos de formação de opinião e de vontade sejam institucionalizados juridicamente, na forma de processos democráticos, nos quais a pessoa de direito e obrigada a evitar o injusto possa tornar efetivamente válida, como cidadão, sua atitude de rejeição frente à norma. Sem tais processos não há dever de observância da norma e igualmente qualquer culpa, na hipótese de uma lesão normativa. Em síntese, só há culpabilidade jurídico-penal num Estado democrático de direito! Comunidades integradas eticamente preferem, ao invés, uma censura ‘moral’ de culpabilidade e excedem, com isso, os limites entre direito, ética e moral.”³²

No entanto, Günther não explica o que seria a possibilidade de efetiva participação dos cidadãos nas proposições normativas. Inicialmente, é necessário esclarecer que essa participação deve referir-se ao processo legislativo, entendido como a seqüência de atos institucionalizados, juridicamente previstos, pela qual se dá a confecção da lei, de atribuição dos parlamentares escolhidos pela população.³³ Convém esclarecer que a participação do poder legislativo através de re-

(30) Idem, p. 86.

(31) Idem, p. 87-88.

(32) Idem, p. 89-90.

(33) Pode-se resumir o processo legislativo brasileiro, previsto na Constituição Federal de 1988, da seguinte forma: o projeto de lei é apresentado pela pessoa competente (Depu-

apresentação é indispensável, porque há muito já não se pode falar em democracia direta, onde todos os cidadãos participam ativamente. Assim, é inevitável a transferência de poderes, ou seja, a representação política.

As discussões das quais se originam a pretensão de validade das normas devem ter tempo e local apropriados, isto é, no Legislativo, durante as reuniões ou sessões que tratarão do assunto respectivo. Assim, para que a participação da pessoa deliberativa possa ter eficácia, no sentido atribuído por Günther, ela deve poder fazer seus argumentos serem ouvidos por quem vota as leis, na tentativa de fazê-los compartilhar de seus "melhores motivos". É fácil notar os problemas que decorrem dessa pretensa possibilidade de participação do cidadão no processo legislativo. Como a culpabilidade é atribuível individualmente, atrelada, segundo Günther, à possibilidade de participação no processo democrático de confecção das normas, é necessário que o cidadão possa ser ouvido, *independentemente de sua associação a outras pessoas*, por quem pode eficazmente decidir sobre a norma, que são, em um sistema representativo, os parlamentares. Não se pode simplesmente exigir participação de segmentos organizados da sociedade, como ocorre atualmente de forma não institucionalizada, isto é, informal, através do chamado *lobby*. É corriqueiro ver-se *lobby* de empresas, como as de cigarros, armas, ou mesmo de agricultores, funcionários públicos e muitos outros, expondo suas razões a parlamentares. No entanto, a culpabilidade é eminentemente individual, na medida em que a pena não passará nunca da pessoa do condenado, e, além disso, a lei penal, que atribui culpa por crime cometido, tem caráter geral, isto é, aplica-se a todos indiscriminadamente, ainda que existam alguns crimes que digam respeito somente a determinados segmentos da sociedade. Deve-se também admitir que em determinadas situações o cidadão tenha uma opinião singular sobre determinado assunto, não encontrando suporte em nenhuma entidade de classes, associação etc. Enfim, a possibilidade de participação na confecção das leis, para efeitos de justificação da culpabilidade penal, deveria dar-se sempre de forma individual, e nunca de forma coletiva.

Porém, é impossível querer que todo cidadão possa ir ao Congresso, Assembléia ou Câmara, ou mesmo que possa fazer chegar até lá suas razões a respeito de determinado assunto, tentando fazer valer seu pretensão direito de participação no processo democrático. Evidentemente, não há possibilidade de tal fato

tados, Senadores, Presidente da República, Tribunais Superiores, Procurador Geral e cidadãos) ao Senado ou à Câmara; discussão do projeto pelas comissões permanentes; votação pela Câmara e revisão pelo Senado, ou vice-versa, dependendo da Assembléia; sanção ou veto do Presidente da República; promulgação, que importa em inovação do mundo jurídico; publicação em jornal oficial, ato pelo qual a lei torna-se de conhecimento público. O processo legislativo nos estados e municípios ocorre de forma semelhante, excluindo-se a existência da casa revisora, presente somente na esfera federal. Existem algumas espécies normativas, excepcionais, que possuem processo legislativo um pouco diferente, como é o caso das emendas à Constituição e das medidas provisórias.

ocorrer devido à inviabilidade de um processo como esse, isto é, de institucionalizar-se um procedimento no qual quem quisesse poderia participar. Vê-se que nos dias de hoje os trâmites já são excessivamente morosos, mesmo sendo as assembléias constituídas de um número bastante limitado de participantes. Além disso, em uma sociedade pluralista e extremamente complexa como a nossa, com um número enorme de leis tratando dos mais variados temas, os próprios cidadãos não têm condições de tomar conhecimento delas, muito menos de forma detalhada, para poder argumentar contrária ou favoravelmente à norma. Assim, muitas vezes não podem os cidadãos nem mesmo conhecer qual seu dever jurídico diante de um ordenamento tão pluralista, impondo-se, por isso mesmo, a tolerância.

Outro problema que surgiria seria o seguinte: o cidadão poderia não ter interesse em um tema tratado por determinada lei no momento de sua confecção e, por isso, não ter participado, se possível fosse, das discussões sobre a lei, e, posteriormente, passar a tê-lo, de modo que não poderá mais o fazer, eis que as discussões sobre determinado assunto não estão sempre em pauta, mas surgem somente quando há projeto de lei proposto pela pessoa competente para tanto. Assim, vê-se que a participação da população, conforme parece entender Günther, não é possível. No caso do Brasil, por exemplo, existe a chamada lei de iniciativa popular, prevista no art. 61, § 2.º, da CF de 1988, onde se vê que para tanto é necessário que o projeto seja subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles. Essas condições visam inequivocamente a limitar, senão impossibilitar, a participação dos cidadãos no processo legislativo. Como se vê, essa participação impõe esforços inalcançáveis e, além disso, faz a participação depender, quando muito, de outras pessoas (participação por entidade de classe, associação, *lobby*), o que não pode ocorrer, pois o conceito de culpabilidade é, como visto, individual. Juarez Tavares assim comenta a tese de Günther:

“Na concepção bem articulada por Günther se pretende solucionar essa questão da legitimidade – ao reconhecer-se o caráter de rotulação da imputação por culpabilidade – mediante o recurso ao reconhecimento à capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito, no exercício de suas respectivas funções no que toca às suas pretensões de validade quanto a ações e manifestações próprias. Ainda que contenha um efeito funcional, é um discurso que afasta evidentemente do modelo funcional clássico, porque faz depender a validade da norma do processo democrático de sua produção. E possuí, por isso mesmo, um valor próprio, de desmistificar o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo através de uma visão política. *Vale para uma sociedade absolutamente democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e ao mesmo tempo alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultural, étnica e religiosa* [grifamos].

No entanto, qualquer que seja a interpretação que se possa emprestar a esse discurso, é indispensável que se possa pensá-lo não apenas dentro do âmbito de

um processo de participação democrática, mas dentro das diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade. Caso contrário, restaria um discurso meramente formal, formulado sobre uma sociedade ideal [grifamos].”³⁴

Assim, a atribuição de culpa a alguém pela transgressão de uma norma não pode ter como fundamento o processo de confecção dessa norma, com a possibilidade da participação efetiva dos cidadãos, pelos motivos expostos neste item.

5. Existe uma solução?

Qualquer norma produzida pelo poder legislativo representativo já possui ela própria conteúdo axiológico, na medida em que representa a *vontade* da maioria dos homens que a fizeram ou com ela concordaram, votando a seu favor. Esse tipo de intervenção moral tem sido aceita, por ser inevitável. Especificamente no que se refere à atribuição de culpa a alguém por um crime cometido, a impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo, já demonstrada, acabou por gerar uma crise no conceito tradicional de culpabilidade, tida por uma espécie de culpabilidade pela conduta de vida, conforme a teoria ética de Aristóteles, em vista de suas implicações morais.

Como visto no item anterior, a tentativa de solucionar-se a crise dada por Klaus Günther, através da validação democrática das normas em seu processo de confecção, isto é, em sua gênese, não foi bem-sucedida, devido à inviabilidade prática de implementação de um processo legislativo onde fosse possível a participação de todos. Aqui, deve-se apontar para o fato de que a validade da norma é vista em sua gênese. Sob esse ponto de vista genético, Hume pretendeu criticar Hobbes ao dizer que a noção de contrato tem caráter histórico, genético, sendo os governos quase sempre estabelecidos pela força, sem pretender ter o consentimento da população, de forma que não se poderia falar na concordância de todos em aderirem ao pacto. No entanto, como esclarece Aguinaldo Pavão,³⁵ Hobbes preocupa-se com a validade do poder político independentemente de sua gênese histórica. Assim, não é necessário que todos os cidadãos efetivamente consentam com o pacto, pois “quem ingressou na congregação (*congregation*) da assembléia concordou em se conformar com a resolução da maioria, o que significa que houve um pacto tácito”.³⁶ Isto é, vale mais a coerência do sistema do que sua origem histórica.

Da mesma forma, não sendo possível legitimar democraticamente as normas pela sua gênese histórica, como quer Günther, importa ao sistema penal a validade

⁽³⁴⁾ Op. cit., p. 155.

⁽³⁵⁾ Aguinaldo Pavão. “A fundamentação do poder político em Hobbes”, *Crítica – Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 2, 7/277, abr.-jun., 1997.

⁽³⁶⁾ Idem.

da norma em vista de sua coerência no sistema. E o sistema penal parecer ser coerente, ao menos parece possuir uma razoável inteligibilidade, mesmo não sendo possível a legitimação genética da norma através da possibilidade de participação de todos. Assim, se não se pode querer que todos participem do processo democrático (democracia direta), deve haver representação política; se não se pode querer que todos sejam efetivamente ouvidos pelos parlamentares representantes, como visto acima, devem ser admitidas e tidas como devidamente legitimadas as leis por eles confeccionadas. E isso não implica a invalidade das normas que atribuem culpa a alguém por crime cometido, pois o sistema é coerente. A “moralidade” de que esse sistema está impregnado não o invalida só por esse motivo. É importante ainda ressaltar que mesmo os chamados positivistas deixam claro que não existe uma só moral nos sistemas jurídicos, mas inúmeras, variando seu conceito conforme sejam os interesses da classe dominante. Podemos ver essa multiplicidade moral em Hans Kelsen, ao descrever sua Teoria Pura do Direito:

“O que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a idéia de que não há única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um grupo ou camada da população.”³⁷

Enfim, acreditamos ser louvável a tentativa de mitigar o conteúdo moral da atribuição de culpa penal. No entanto, o ato de julgar é ato essencialmente humano, tanto direta quanto indiretamente, isto é, tanto o julgador (juiz) é um homem, quanto também o é o legislador, que estabelece as leis pelas quais o homem-juiz aplicá-las-á, e por isso mesmo a eliminação do conteúdo axiológico desse julgamento é impossível. Assim, da mesma forma que a norma produzida pelo poder legislativo representativo possui um conteúdo axiológico já recepcionado pela tradição, por representar a *vontade* da maioria dos homens responsáveis por sua confecção, a atribuição de culpa a alguém igualmente não escapa a um conteúdo axiológico intrínseco, devido à impossibilidade de demonstração empírica da possibilidade de agir de outro modo. Na medida em que essa demonstração é impossível ao homem-juiz, que deve decidir se alguém teria ou não podido agir de outro modo, por ser a liberdade um conceito eminentemente filosófico, deve o julgador proferir julgamento onde inevitavelmente existirá juízo de valor. O julgamento não é mera aplicação das leis, como queria Montesquieu. O juiz não é somente “a boca que repete as palavras da lei”, mas sim um instrumento de criação, não da lei propriamente dita, mas do Direito, exercendo, ao julgar, o que se

(37) *Teoria pura do Direito*, 1991. p. 74.

chama de interpretação criativa.³⁸ No entanto, não é conveniente alongarmos-nos em tal tema, por não ser parte do presente trabalho.

Enfim, o sistema jurídico penal, baseado no conceito tradicional de culpabilidade, apesar das críticas que lhe são feitas, é um sistema inteligível. Suas falhas devem ser superadas na medida do possível. De outro modo, como se viu, as tentativas de aperfeiçoamento tratadas no presente trabalho não estão aptas para tanto. Apesar disso, deve-se dizer que a democratização dos debates em torno das leis deve ser perseguida, mas não pode fundamentar a culpabilidade. A Internet poderá servir para melhorar o acesso dos cidadãos aos integrantes do poder legislativo. Alguns mais entusiasmados já falam no *e-government*. Além disso, o Direito Penal deve ser aplicado somente nos casos em que é estritamente necessário, onde não há possibilidade de solução de conflitos de outra forma, tendo-se em vista ainda, sempre, o princípio da tolerância.

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Borheim. 1. ed. São Paulo : Abril, 1973.
- AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. 2. ed. Paris : Quadrige/PUF, 1997.
- BITENCOURT, Cezar R. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GÜNTHER, Klaus. "A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro", *RBCCrim* 24/77-82, São Paulo : RT, out.-dez., 1998.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo : Nova Cultural, 1988.
- HUME, David. *Ensaio morais, políticos e literários*. São Paulo : Nova Cultural, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991.
- MIR, José Cerezo. "O conceito material de culpabilidade". *Revista de Ciências Jurídicas* 2/209-227, s.d., 1998.
- PAVÃO, Aguinaldo. "A fundamentação do poder político em Hobbes", *Crítica – Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 2, 7/251-292 abr.-jun., 1997.
- ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa : Dom Quixote, 1987.
- ROUANET, Sérgio Paulo. "Da pólis digital à democracia cosmopolita". *Caderno Mais!*, *Folha de S. Paulo*, 21.05.2000.

(38) Sobre o assunto, vale consultar a seguinte obra de Ronald Dworkin: *O império do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

TAVARES, Juarez. "Culpabilidade: a incongruência dos métodos", *RBCCrim* 24/77-82, São Paulo : RT, out.-dez. 1998.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La culpabilidad en el siglo XXI", *RBCCrim* 28/56-71, São Paulo : RT, out.-dez. 1999.

——— e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo : RT, 1997.