

A reconstrução do idealismo alemão como fundamento do conceito material de culpabilidade num Estado Democrático de Direito

Luciana de Oliveira Monteiro

Advogada criminalista. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Estácio da Bahia e do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da UNIFACS. Doutora em Direito pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo noticiar como um determinado setor da doutrina espanhola vem reinterpretando o pensamento de Kant e Hegel na busca de uma fundamentação do conceito material de culpabilidade. Esta tendência hoje se situa entre os doutrinadores que, preocupados com a progressiva integração de considerações preventivas no âmbito da dogmática penal, consideram necessário reforçar os clássicos ideais de liberdade e justiça para que o Direito Penal seja um Direito justo e legítimo no marco de uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Culpabilidade. Fundamentação. Justiça. Racionalidade comunicativa.

Abstract: The present article aims to report on how a certain sector of the Spanish doctrine has been reinterpreting the thought of Kant and Hegel in their search for a foundation of the material concept of guilt. This tendency is found today among jurists whose concern about the progressive integration of preventive considerations in the criminal dogmatics, leads them to consider that a reinforcement of the classical ideals of freedom and justice is needed for Criminal Law to effectively be a legitimate and just Law in a democratic society.

Keywords: Guilt. Foundations. Justice. Communicative rationality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações sobre o legado de Kant e Hegel. 3 A importância do idealismo alemão no entendimento da culpabilidade. 3.1 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da teoria da justiça. 3.2 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da ética discursiva. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Quando nos indagamos, no âmbito do estudo do Direito Penal, sobre a importância de ler obras de autores clássicos como Kant e Hegel, encontramos como principal motivação a necessidade de compreender como surgiram e de que forma evoluíram os postulados filosóficos e políticos do pensamento ilustrado que conduziram à elaboração de um Direito Penal racional, fundamentado no reconhecimento do homem como sujeito autônomo e responsável.

Essa necessidade de compreensão se justifica ainda hoje não tanto pelo inegável interesse histórico do legado desses autores, mas, principalmente, para entender os termos do debate doutrinal acerca da missão do Direito Penal na sociedade atual e sua repercussão nas categorias sistemáticas do delito, especialmente depois do impacto provocado pelas teorias funcionalistas e sua progressiva radicalização.

Cabe, entretanto, advertir que o debate já não se situa em torno da questão de ser ou não adequado incorporar uma perspectiva político-criminal ao Direito Penal, que o identifique como um sistema normativo preocupado pela função que desempenha numa sociedade concreta e orientado a cumprir determinados fins. De fato, tanto na Alemanha como na Espanha, existe um entendimento majoritário de que o delito é uma construção social e, como tal, as categorias sistemáticas que integram a teoria do delito devem ser compreendidas sob uma perspectiva *normativa e funcional*.

A origem desse entendimento da dogmática penal é devida principalmente a Roxin (1997; 2000a; 2000b), que, a partir dos anos 1960 e 1970 do século XX, desenvolveu um sistema de Direito

Penal orientado à finalidade preventivo-geral e preventivo-especial da pena, limitado por princípios valorativos, entre eles o princípio da culpabilidade, caracterizando-se pelo uso de uma racionalidade teleológica e valorativa¹.

Por meio da proposta de Roxin, o juízo de valor acerca da exigibilidade de uma conduta adequada ao Direito deixa de estar pautado em considerações acerca da determinação ou indeterminação do livre arbítrio e de se houve possibilidade de atuar de outro modo. O procedimento de atribuição de responsabilidade penal, na opinião de Roxin, deve ser estruturado dando por superado esse velho dilema.

Com esse entendimento, produziu-se uma espécie de fragmentação do conteúdo da culpabilidade, pois esta deixou de ser considerada como fonte válida para a determinação concreta da pena, passando a exercer um papel de limitação da pena, no qual se leva em consideração, como pressuposto, se o sujeito, sob o ponto de vista cognitivo e biopsicológico, estava capacitado para entender o mandato normativo e atuar conforme tal entendimento. Dessa forma, o sujeito que realiza uma conduta típica e antijurídica “se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él” (ROXIN, 1997, p. 807). Uma vez constatada essa capacidade de autocontrole e possibilidade de acesso ao mandato normativo, como limite superior da pena, Roxin passa automaticamente à presunção de que o sujeito deve ser tratado como livre. A partir daí, a determinação concreta da pena estaria condicionada por considerações preventivas, que, na proposta de Roxin, integram a categoria da responsabilidade².

1 Sobre o impacto da proposta de Roxin, confira, entre outros, Feijoo Sánchez (2007) e Silva Sánchez (2010).

2 Com base na distinção entre culpabilidade e responsabilidade, Roxin (1997, p. 814-815) estabelece diferenças entre causas de exclusão da culpabilidade e causas de exculpação: “En las causas de exclusión de la culpabilidad, entre las que se cuentan la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde un principio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo. Por el con-

Apesar dos apoios recebidos, tanto no âmbito da doutrina alemã como no da espanhola³, cada vez é maior o número de vozes que se levantam contra essa fragmentação do conteúdo material da culpabilidade⁴.

Na opinião de Martín Lorenzo (2009) – cuja obra constitui hoje um importante referencial no estudo das causas de exclusão da culpabilidade na Espanha –, não se encontra na proposta de Roxin um princípio normativo que explique por que em certos casos de excepcionalidade – em que existe capacidade de culpabilidade e o panorama de conflito de interesses não é suficiente para justificar – é possível admitir a isenção de pena com base em argumentos preventivos. Faltaria, justamente nesse âmbito, uma justificação deontológica dos critérios normativos de tipo preventivo aplicados para a exclusão da responsabilidade penal.

trario, en las causas de exculpación, entre las que se incluyen sobre todo el exceso en la legítima defensa (§ 33) y el estado de necesidad disculpante (§ 35), quedaría una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia [por falta de necesidad preventiva de punición], a la formulación en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad”. Entretanto, o próprio Roxin (1997) reconhece que não se trata de uma distinção rígida, pois também a imputabilidade possui zonas marginais normativas, como as neuroses e os estados passionais intensos, nos quais não se pode excluir a possibilidade de considerações preventivas em sua aceitação ou negação. O mesmo pode ser dito em relação ao erro de proibição, na medida em que a impunidade não depende de uma invencibilidade absoluta do erro, sendo aceitável quando o autor supõe por razões suficientes que estava legitimado para realizar o fato.

- 3 Não tanto no que diz respeito à distinção entre culpabilidade e responsabilidade, mas sim quanto à integração de considerações preventivas no âmbito da culpabilidade. Veja a esse respeito Silva Sánchez (2010).
- 4 Crítico com a postura de Roxin, por exemplo, Jescheck (2003, p. 16) manifesta que “se puede objetar en primer lugar que la culpabilidad, si es el límite superior de la pena, también debe ser codecisiva para toda determinación de la misma [...] Pero fundamentalmente, al limitarse la fijación concreta de la pena a fines preventivos, la resolución del juez pierde el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado, y la pena, con ello, pierde también después de todo su posibilidad de influir en favor de aquellos objetivos de prevención. Porque sólo apelando a la profundidad moral de la persona se puede esperar tanto la resocialización del condenado como también una eficacia socio-pedagógica de la pena sobre la población en general. La renuncia al criterio de la culpabilidad para la pena concreta resulta ser un precio demasiado alto por eludir el problema de la libertad en la teoría de la culpabilidad”.

Outro importante expoente dessa perspectiva normativa e funcional na configuração do sistema penal é Jakobs (1997a; 1997b; 2004; 2008). Seu pensamento se caracteriza principalmente por radicalizar, por meio de uma racionalidade puramente instrumental, o aspecto funcional do Direito Penal, em que somente interessa como referente metodológico aquilo que a pena e as categorias jurídico-penais podem oferecer de estabilidade ao sistema penal, seja ele fruto de um sistema democrático, seja de um sistema totalitário.

Por meio da influência do pensamento de Jakobs, vem-se retirando a importância tradicionalmente outorgada a determinados princípios valorativos, debilitando progressivamente, por um lado, o valor das justificações deontológicas legitimadoras, tanto da norma penal como do procedimento de atribuição de responsabilidade, e a imposição de pena com base no princípio de culpabilidade. É dizer, torna-se possível uma relativização do conceito material de culpabilidade como fundamento da pena e como critério de determinação da pena, com o conseqüente questionamento da importância dos princípios de proporcionalidade, igualdade de trato, legalidade, que, entendidos em uma racionalidade valorativa, funcionam como limite à finalidade preventiva da pena⁵. Por outro lado, vêm-se colocando à prova os limites das categorias sistemáticas do delito, provocando uma crescente flexibilização de conceitos na busca de um Direito Penal socialmente eficaz, o que se critica por conduzir, como adverte Silva Sánchez (2010, p. XVII, grifos no original), a uma “*praxis política sin ciencia*”.

É justamente aqui que se situa o debate, isto é, em virtude da progressiva integração de considerações preventivas e da radicalização do discurso funcionalista no âmbito da moderna dogmática penal, discute-se amplamente o modelo teórico mais adequado, capaz não só de identificar a missão do Direito Penal na sociedade atual, mas, também, de oferecer garantias individuais, aportando o fundamento necessário para a legitimação das normas jurídico-

5 A este respeito, confira, entre outros, Hassemer (1999); Feijoo Sánchez (2007); Schmidt (2008); Martín Lorenzo (2009) e Silva Sánchez (2010).

-penais e do procedimento de atribuição de responsabilidade e imposição de pena ante aquele que delinque. Questões que afetam o entendimento e a sistematização das categorias dogmáticas do delito, entre elas a culpabilidade.

De fato, como diagnosticou Hassemer (1999), o debate, hoje, no marco das perspectivas normativizadoras, gira em torno de saber se a orientação às consequências em Direito Penal cumpre com os postulados filosóficos do liberalismo político ou se, ao contrário, os debilita. O que, para Silva Sánchez (2010) e Alcácer Guirao (2002), pode ser descrito como a contínua evolução do moderno Direito Penal, essencialmente marcada pela tensão dialética entre interesses político-criminais preventivos e interesses humanitários e ressocializantes centrados na proteção de garantias individuais.

Uma resposta adequada a esta moderna tensão dialética vem sendo construída por um determinado setor da doutrina alemã e espanhola que, preocupado com a necessidade de *relegitimação* do Direito Penal, parte de uma releitura dos clássicos representantes dos ideais liberais do século XIX⁶. Concretamente, a preocupação por encontrar um equilíbrio razoável entre ambos extremos (prevenção *versus* garantias) vem sendo plasmada mediante a reinterpretação de Kant e Hegel, com a recuperação, sob uma perspectiva moderna, da dimensão ético-social do delito e do conceito de pena como retribuição de culpabilidade⁷.

6 A este respeito veja a extensa bibliografia indicada por Alcácer Guirao (1998); Martínez Garay (2005); Feijoo Sánchez (2007); Martín Lorenzo (2009); Silva Sánchez (2010).

7 Estamos de acordo com Feijoo Sánchez (2007, p. 124) quando afirma que as construções de Kant e Hegel “forman parte del patrimonio cultural y político europeo. Los principios constitucionales, como los de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (autorresponsabilidad), se pueden definir como principios del derecho natural tradicional secularizados, juridificados o institucionalizados”. E concretamente no âmbito do Direito Penal este autor defende que: “en tiempos de creciente instrumentalización del Derecho Penal, fruto de un predominio de las ideas preventivas, conviene recordar ciertas aportaciones clásicas que tuvieron en cuenta cómo tratar legítimamente a las personas como un fin en sí mismas. Se precisa una mayor reflexión en la Ciencia del Derecho Penal moderna sobre la culpabilidad y la

Este processo de construção de uma espécie de novo consenso, que ainda não existe, mas que se aspira alcançar, vem sendo desenvolvido com apoio em uma racionalidade valorativa legitimadora que neste marco teórico se caracteriza tanto pela busca de princípios mat6rias de justi7a⁸ como pelo uso de uma l3gica procedimental discursiva que se apresenta como uma *racionalidade comunicativa*⁹.

Neste artigo, n3o temos, sem embargo, a pretens3o de realizar um estudo espec3fico sobre a concep73o da autonomia da vontade de Kant e seu ideal de justi7a, ou sobre a oposi73o de Hegel aos imperativos kantianos com base em uma compreens3o hist3rica da sociedade, nem mesmo sobre a concep73o retribucionista da pena defendida por estes autores como rea73o 3s teorias utilitaristas de sua 6poca¹⁰.

Em realidade, n3o pretendemos nada mais que evidenciar como um determinado setor da doutrina espanhola vem reinterpretando o pensamento de Kant – concretamente a partir das obras *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, de 1785, e *Metaphysik der Sitten*, de 1797 – e o pensamento de Hegel – a partir da obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, de 1821 – e assim destacar o valor fundamental dessas contribui73es, que ainda hoje servem de base aos ideais de justi7a presentes na legitima73o democr3tica do sistema penal, concretamente na fundamenta73o do conceito material de culpabilidade num Estado Democr3tico de Direito.

personalidad, y para ello tanto Kant como Hegel representan siempre una referencia cl3sica” (FEIJOO S3NCHIZ, 2007, p. 124-125).

8 Inspirados fundamentalmente na obra mais conhecida de John Rawls: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

9 Nas palavras de Habermas (2007, p. 107), a quem se deve o principal desenvolvimento desse conceito, a racionalidade comunicativa 6 aquela que: “se expresa en la fuerza unificadora del habla orientada al entendimiento, la cual asegura a los hablantes un mundo de la vida intersubjetivamente compartido y, con ello, un horizonte dentro del cual todos pueden referirse a un mundo objetivo que es el mismo para todos ellos”.

10 A esse respeito confira, entre outros, Alc3cer Guirao (1998; 2002); Ferrajoli (2000); Feijoo S3nchez (2007); S3nchez-Ostiz (2008).

2 Considerações sobre o legado de Kant e Hegel

As contribuições de Kant e Hegel situam-se na filosofia idealista alemã. Por meio delas, estabeleceram-se certos limites para a atividade punitiva do Estado, derivados de uma determinada concepção normativa de pessoa que, apesar de divergentes quanto ao ponto de partida metodológico, ainda hoje podem ser defendidos como válidos em um Estado Democrático de Direito¹¹.

Apesar de aqueles autores não terem propriamente teorizado sobre a finalidade da pena, o valor de sua contribuição é inegável para o Direito Penal, porque constitui a base argumental fundamental sobre o significado ético-social da pena – pena é essencialmente retribuição¹² – e sobre os elementos que integram o juízo de imputação e que legitimam a imposição de uma pena *justa* pelo Estado¹³.

-
- 11 Nesta linha de entendimento, Feijoo Sánchez (2007, p. 125-126) manifesta que: “Lo especialmente interesante de la línea de fundamentación iniciada por el idealismo alemán es que, a diferencia de lo que había sucedido hasta esa época, se busca una teoría de la pena basada en un orden de libertad (concepto que pasa a ser clave), y no en un mero orden de coacción y fuerza. Estos autores nos han ofrecido los requisitos mínimos que debe tener toda pena en el marco del Estado de Derecho propio de un régimen de libertades opuesto a un Estado policial”.
 - 12 Na opinião de Ferrajoli (2000, p. 254, grifos no original), sobre o conceito de pena kantiano, “pena es una *retribución ética*, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le inflige”. E, sobre o conceito de pena hegeliano, Ferrajoli (2000, p. 254, grifos no original) manifesta que pena “es una *retribución jurídica* justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado”. Feijoo Sánchez (2007) realiza um cuidadoso estudo do conceito de pena como retribuição apontando as diferenças existentes entre o pensamento de Kant e Hegel.
 - 13 A importância do legado kantiano e a sua contraposição ao pensamento hegeliano na concepção de Direito Penal e na fundamentação da pena não constitui algo novo. Sobre essas questões já correram verdadeiros rios de tinta. De fato, a diversidade e o volume da produção bibliográfica a respeito são tão amplos que o controle exaustivo do que foi e continua sendo publicado constitui hoje em dia uma tarefa praticamente impossível de realizar. E, embora o conhecimento dos aspectos fundamentais desse debate constitua ainda hoje uma base comum para todo aquele que tome contato com o estudo do Direito e se preocupe pela sua justificação ética e política, vale a pena reiterar que, em virtude das implicações da pena estatal para a liberdade individual, a discussão sobre a sua legitimação, fundamentação, finalidade e limites também se situa na seara do embate entre defensores dos postulados filo-

As notáveis diferenças na fundamentação teórica do conceito de pena e no entendimento da imputação de responsabilidade não constituíram, sem embargo, um empecilho para o alcance de um importante ponto de encontro entre as propostas de Kant e Hegel. Ambos se preocuparam em desenvolver uma justificação racional para o castigo: a imposição de pena se legitima ante aquele que delinque pela atribuição de culpabilidade, o que se consolidou na tradição jurídico-penal por meio do princípio de que a atribuição de culpabilidade é pressuposto necessário da pena (FERRAJOLI, 2000; KINDHÄUSER, 2006; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

Vejamos alguns dos aspectos relevantes das propostas de Kant e Hegel.

Certamente, o conceito de autonomia da vontade defendido por Kant no final do século XVIII não coincide com o sentido que hoje se outorga à noção de sujeito autônomo. Mesmo assim, em nossa opinião, não cabe a menor dúvida de que os ideais éticos defendidos nessa época marcaram decisivamente o rumo da história que deu lugar ao desenvolvimento do liberalismo político¹⁴.

De fato, é possível afirmar que a partir do pensamento kantiano de que a lei é compatível com a liberdade, por ser um produto desta, produziu-se nada menos que um giro copernicano na histó-

sóficos do liberalismo político e seus detratores. Sobre a doutrina da imputação de Kant e sobre a doutrina da imputação de Hegel, confira Sánchez-Ostiz (2008).

- 14 Vale a pena recordá-lo transcrevendo o texto que, na autorizada opinião de Sierra/Palacios García, constitui a sua mais inequívoca expressão: “veíase al hombre atado por su deber a leyes; mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a su propia legislación [...] Pues cuando se pensaba al hombre sometido a una ley (sea la que fuere), era preciso que esta ley llevase consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía como ley de su propia voluntad, sino que esta voluntad era forzada, conforme a la ley, por alguna otra cosa a obrar de cierto modo. Pero esta consecuencia necesaria arruinaba irrevocablemente todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción por cierto interés, ya fuera este interés propio o ajeno. Pero entonces el imperativo había de ser siempre condicionado y no podía servir para el mandato moral. Llamaré a este principio autonomía de la voluntad, en oposición a cualquier otro, que, por lo mismo, calificaré de heteronomía” (KANT, 1992, p. 432-433, apud SIERRA; PALACIOS GARCÍA, 2006, p. 15).

ria da reflexão filosófico-moral (RAWLS, 1979; SIERRA; PALACIOS GARCÍA, 2006; CORTINA, 2008).

Com efeito, com a ajuda do pensamento kantiano, desenvolveram-se os pilares de sustentação do pensamento liberal sobre a base de uma fundamentação racional da ética: o reconhecimento do homem como sujeito racional dotado de uma vontade autônoma, unido à defesa da liberdade individual como um direito universal para exercer dita autonomia (tanto no âmbito da vida privada como no âmbito da vida pública) e à compreensão de que o sujeito racional e livre é capaz de atuar reflexivamente, limitando sua própria liberdade individual por meio das normas e do seu cumprimento voluntário.

A adoção desse ponto de partida, ou seja, a possibilidade de uma filosofia prática orientada à fundamentação racional da ética, em cujo epicentro está a noção construída do homem como sujeito racional e livre, mantém-se viva ainda hoje e sua renovação está dirigida à legitimação de um sistema liberal e democrático de Direito, como pode ser visto claramente na obra de autores como Rawls (1979; 2002) e Habermas (1998; 2007).

Para Habermas, por exemplo, a pretensão de validez das normas não está fundamentada, como postulava Kant, em uma esfera de valores e verdades morais imutáveis e universais, mas sim na possibilidade de que as normas sejam objeto de um consenso alcançado pela argumentação, é dizer, por um processo democrático de decisão no qual o sujeito, que é destinatário das normas, tem o direito de participar da sua elaboração e, por isso, cumpre os mandatos e as proibições voluntariamente. O sujeito autônomo de Kant passou a ser visto como cidadão livre dentro de um sistema democrático, e, por este caminho, Habermas pretende, no dizer de Rodilla (2002, p. 17),

proporcionar un fundamento a un principio de universalización que en tanto que norma de argumentación representa una reinterpretación dialógico-comunicativa del imperativo kantiano.

A esse respeito cabe, entretanto, esclarecer que dessa forma não pretende o filósofo determinar propriamente o conteúdo das normas, valores ou princípios materiais que devam ser justificados pelo diálogo comunicativo, mas sim evidenciar que o nosso saber moral, como sujeitos racionais e autônomos que somos, permite-nos argumentar e decidir, por meio de um consenso, as normas sobre as quais deve recair o *status* de válidas.

O alcance prático da Filosofia se apresenta, nesse sentido, limitado à tarefa de uma legitimação procedimental do sistema democrático (CORTINA, 2008; MARTÍN LORENZO, 2009). Na construção de Rawls (1979) de uma teoria da justiça, o discurso filosófico-prático estaria encaminhado a uma tarefa certamente mais ambiciosa, e por isso mesmo importante, no caminho de consolidação dos ideais democráticos, a de formular e justificar, racionalmente, princípios materiais de justiça social.

Na justificação do seu entendimento da justiça como imparcialidade, Rawls (1979, p. 551) defende que, dessa forma,

[se] garantizan a todos una libertad igual y nos aseguran que nuestros derechos no serán menospreciados ni conculcados a cambio de una suma más elevada de beneficios, ni siquiera para toda la sociedad.

Tal argumento se ajusta perfeitamente, como reconhece o próprio autor, com as normas de prioridade kantianas (as pessoas não devem ser tratadas como meio, mas sim como um fim em si mesmo) e sua relação com o ideal de fraternidade.

Nas palavras de Rodilla (2002, p. 24):

Rawls sustenta una concepción de justificación que se distancia abiertamente de la mera idea de consistencia lógica, así como de una noción objetivista de la verdad. El objetivo de la teoría de la justicia no es dar con la “verdad moral” [...] sino construir las bases de un acuerdo operativo entre ciudadanos libres por medio del ejercicio público de la razón.

Como esclarece Rawls (2002, p. 211-213), sua construção não se apresenta com o propósito de oferecer uma fundamentação última dos princípios de justiça, como se estivessem assentados sobre uma verdade moral universal que nos antecesse e nos fosse dada como algo imutável, mas sim de evidenciar que até mesmo esses princípios devem ser consubstanciados por meio de um entendimento público, ou seja, por meio da reflexão e da argumentação, para que sejam considerados reciprocamente como válidos¹⁵.

Em realidade, o interesse na revitalização do idealismo alemão vem ganhando espaço nos países ocidentais de tradição democrática na medida em que se aprofunda no debate político-filosófico de contraposição entre liberalismo e individualismo, por um lado, e comunitarismo, por outro, que poderia ser ilustrado pela metáfora de Nino (1989, p. 129): “Fatalmente el espíritu de Kant tenía que enfrentarse al fantasma de Hegel”.

Como destaca Nino (1989, p. 131), aludindo a Charles Taylor, Hegel desenvolveu uma visão da moral prática completamente distinta à de Kant, de acordo com a qual “la moralidad alcanza su completud en una comunidad, la libertad se realiza cuando la sociedad en general satisface las demandas de la razón”.

Rejeitando as instituições básicas do liberalismo e invertendo a ordem de prioridades estabelecidas por Kant, para Hegel (apud NINO, 1989, p. 131),

la completa realización de la libertad requiere una sociedad porque ésta es la mínima realidad humana autosuficiente; nuestra más alta y más completa existencia moral es lo que podemos lograr como miembros de una comunidad.

15 Nas palavras do autor “El que ciertos hechos hayan de ser reconocidos como razones de lo recto y de la justicia, o en qué medida hayan de contar, es algo que sólo se puede determinar desde dentro del procedimiento de construcción, esto es, a partir de los compromisos adoptados por agentes racionales de construcción cuando se encuentran debidamente representados como personas morales e iguales” (RAWLS, 2002, p. 213).

Nesse sentido, Hegel descartaria uma visão utilitarista do Estado como um instrumento para a realização de interesses individuais e optaria abertamente por uma visão orgânica do Estado, pela qual a identidade individual estaria parcialmente determinada pelo vínculo intersubjetivo estabelecido entre um indivíduo e a comunidade a qual pertence. Em consequência, o valor moral das ações não estaria pautado em uma concepção subjetiva de racionalidade, mas sim em função dos interesses de uma determinada comunidade, condicionada historicamente (NINO, 1989, p. 131-142)¹⁶.

Essa postura produziu como efeito uma espécie de identificação entre Direito e razão, de tal maneira que, axiologicamente, a racionalidade individual passou a identificar-se com a racionalidade coletiva e esta com a racionalidade estatal. Por isso o delito simbolizaria o irracional na construção de Hegel, concretamente um mal que deve ser combatido por outro mal, a pena. Nesses termos, a pena assumiria também a função de restabelecer a racionalidade que simboliza o ordenamento jurídico e suas normas, aportando, dessa forma, estabilidade ao sistema normativo (KINDHAÜSER, 2006; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008).

Nesses termos, estabelece-se uma tensão aparentemente irreconciliável entre um discurso universalizante de princípios éticos liberais e outro relativista, submetido à óptica do particularismo

¹⁶ Na opinião de Feijoo Sánchez (2007, p. 634-635), “Hegel consigue superar la autoconciencia particular encerrada en sí misma que caracteriza al idealismo subjetivista [refiriéndose a Kant] mediante el lenguaje y, sobre todo, mediante la acción mutua de reconocimiento. Mediante el reconocimiento surge en la tradición filosófica alemana la idea de intersubjetividad. Lo decisivo para la personalidad jurídica no es la autoconciencia, la autorreflexión o la autonomía jurídicamente reconocidas. Hegel, al igual que anteriormente había hecho Rousseau, transforma a la persona o al ciudadano en una dimensión dialéctica distinta al ser humano, mediante el paso del estado de naturaleza (entendida como metáfora conceptual o imagen teórica) al estado civil o a la vida en el Derecho. En el marco del estado civil y del Derecho, la libertad queda configurada en un plano distinto y el individuo pasa a ser persona (jurídica). Para este filósofo idealista, la subjetividad sólo es posible en instituciones políticas y sociales, no pudiéndose construir subjetividad más allá del Estado y la sociedad”.

de cada comunidade contemplada tal como é¹⁷. Esse embate entre perspectivas político-filosóficas contrapostas, que na opinião de Alcácer Guirao pode ser identificado como o debate entre liberalismo e comunitarismo, deu lugar a uma rica discussão sobre a justificação do Estado e a legitimação das normas, que não serão analisadas aqui¹⁸. Em realidade, o que nos interessa é reafirmar o valor do legado desses autores na nossa tradição jurídica dando notícia de como este vem sendo reinterpretado no âmbito do Direito Penal. Concretamente, de como a preocupação pela legitimação do Direito Penal vem dando lugar à construção de um discurso pelo qual se evidencia que, mais que uma oposição entre Kant e Hegel, o que necessitamos é de um consenso.

Assim, a concepção construída de homem como sujeito livre e autônomo, típica do legado kantiano, ver-se-ia reformulada, incorporando alguns elementos do legado hegeliano, dando lugar à compreensão das relações sociais e jurídicas a partir de uma recíproca consideração entre os membros de uma sociedade como livres (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007; CORTINA, 2008). Pois, justamente, a partir dessa consideração recíproca do homem como livre, seria possível desenvolver um sistema democrático de Direito, de tal forma que

17 Com efeito, a influência do pensamento hegeliano fez-se notar. Um claro exemplo disso constitui a obra de Michael Sandel, citada por Nino (1989, p. 131 e ss.), como a mais franca crítica ao legado kantiano, que trata de refutar a perspectiva deontológica e construtivista do liberalismo kantiano e o seu ideal de justiça desenvolvido notavelmente por Rawls. Como interpreta Nino (1989, p. 132), “Lo que Sandel quiere atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética: aquella que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno”. Dessa forma, o que se critica em última instância do pensamento kantiano é a sua imagem construída do homem como se fosse uma entidade moral separada de seus próprios desejos e interesses, do contexto social em que se situa e da comunidade à qual pertence, e a sua pretensão universalizadora. Em relação à proposta de Rawls, nega-se que seja possível deduzir princípios materiais de justiça equivalentes e universais para todas as sociedades, na medida em que esta proposta não estaria em realidade apoiada em uma concepção de sujeito moral suscetível de demonstração empírica, e sim em uma espécie de postulado antropológico-filosófico que se alcançaria a partir de uma reflexão sobre o que somos (NINO, 1989, p. 132-133).

18 A este respeito confira, entre outros, Nino (1989), Habermas (1998; 2007) e Alcácer Guirao (1998; 2002).

cada indivíduo – tido *a priori* como sujeito livre e autônomo – não seja arrastado pelo determinismo da sociedade em que vive e tenha a possibilidade de participar, pelo diálogo, das decisões que definem as relações de convivência no âmbito interno dessa mesma sociedade.

Essa concepção *a priori* do homem evidentemente requer que se deem as condições para o exercício de dita liberdade e a participação no debate público, o que não está vinculado somente à capacidade cognitiva e volitiva do indivíduo como sujeito racional, mas também à ausência de fatores condicionantes fortes, como pode ser a exclusão social e a pobreza.

Apesar das críticas que se possam formular hoje, tanto à ética discursiva sobre a qual se erige a pretensão de validade das normas como à pretensão de formular princípios materiais de justiça social, entendemos que este é um caminho de legitimação fascinante. Em primeiro lugar, porque se apresenta como um discurso permeável ao contexto e à realidade das relações humanas. Em segundo, porque uma sociedade não deve renunciar à luta pela construção de um sistema liberal e democrático de Direito. E, em terceiro lugar, porque, à medida que uma sociedade consegue consolidar, no âmbito interno do seu ordenamento jurídico, um sistema democrático de Direito, não deve renunciar a esta pretensão de validade das normas legisladas a partir do consenso, mas sim aprofundar-se nos mecanismos de inclusão social que possibilitam uma participação real no debate democrático e sua constante renovação¹⁹, o que per-

19 Não subestimamos a importância da crítica quando questiona o modelo de eleição justa sob o manto da ignorância ou as bases da ética discursiva e sua efetividade onde não existe uma igualdade de condições entre os interlocutores, ou quando recrimina que esta via somente legitima decisões tomadas dentro de um consenso majoritário sendo, por este motivo, incapaz de alcançar um resultado justo para a minoria que defende um posicionamento distinto. A este respeito, confira Nino (1989); Ferrajoli (2000); Cortina (2008). O que de fato defendemos é que as intrínsecas vicissitudes do processo democrático e sua paulatina consolidação não invalidam a pretensão de estabelecer princípios valorativos do que é justo, e nem mesmo a ética discursiva, porque em nossa opinião se referem a questões distintas sobre democracia. Referimo-nos, em suma, à importância de aprofundar num enriquecimento da política democrática no sentido pretendido por Zigmunt Bauman (2010). Esse autor, depois de analisar os desafios da vida acelerada e a possibilidade da construção de estratégias no atual contexto

mitiria uma progressiva e paulatina *legitimação-aceitação-cumprimento* das regras de convivência, e, inclusive, uma visão compreensiva do outro dentro do procedimento de atribuição de responsabilidade penal, inalcançável se partíssemos de uma visão comunitarista da relação entre homem e Estado²⁰.

O traslado dessa base argumental ao âmbito do Direito Penal permitiria chegar à conclusão de que o procedimento de imputação, que finalmente conduz à imposição de pena, também deve estar fundamentado no respeito à autonomia do indivíduo, concebido como cidadão em um Estado Democrático de Direito. Com esse ponto de partida, o procedimento de imposição de pena, com base nos pressupostos liberais e democráticos, passaria a estar integrado pela discussão, em condições de imparcialidade e a partir do uso da razão prática, sobre o significado e o valor dos interesses individuais em cada caso. O que, nas palavras de Alcácer Guirao (1998, p. 512), pode ser interpretado da seguinte forma:

[...] el Derecho ha de sostenerse sobre presupuestos racionales, susceptibles entonces de ser sometidos a una discusión intersubjetiva, y, segundo, que el fundamento y los fines del mismo han de poder ser aceptados por todos los afectados. “Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas razonables y racionales, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos

da modernidade líquida, mediante um contínuo processo de apoderamento, defende que: “En tales circunstancias, las habilidades que más necesitamos, para brindar a la esfera pública una oportunidad razonable de reactivación, son las relacionadas con la integración con los demás: mantener un diálogo, negociar, alcanzar un entendimiento mutuo y gestionar o resolver conflictos que son inevitables en cualquier manifestación de vida en común” (BAUMAN, 2010, p. 271).

- 20 Adotamos aqui a noção de comunitarismo referida por Alcácer Guirao (2002, p. 143-144), de acordo com o qual, na visão comunitarista de sociedade, a relação entre indivíduo e Estado estaria pautada não na consideração prioritária da liberdade individual, mas, sim, nos valores que pudessem oferecer estabilidade ao sistema em benefício da coletividade.

excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados”.

Com esse ponto de partida, seria possível deduzir que a finalidade primordial do Direito Penal não é, propriamente, a proteção da vigência das normas, e sim a proteção de bens jurídicos, pois, sem renunciar à finalidade preventiva da pena, apresenta-se previamente limitado pelo debate acerca das condições materiais legitimadoras da sanção penal (a realização de uma conduta típica, antijurídica e culpável) que, de acordo com os postulados éticos liberais, somente pode ser construída a partir da referência aos interesses do indivíduo²¹, ou seja, a proteção de bens jurídicos, que, a partir de uma concepção personalista de bem jurídico²², constitui o fundamento ético tanto da norma como da correspondente sanção (no caso de que se produza uma infração penal) e orienta, em suma, toda a interpretação do Direito Penal²³.

Nesses termos, pretendemos a partir de agora dar notícia de como um importante setor da doutrina espanhola, preocupado com os excessos da consideração funcional da culpabilidade, vem incorporando elementos do discurso filosófico de caráter ético-social para, dessa forma, oferecer uma fundamentação sólida ao conceito material da culpabilidade, como pressuposto necessário – enquanto elemento legitimador – para a imposição de uma pena justa. Por esta via também seria possível, como veremos, gerar confiança entre os demais membros da sociedade aportando estabilidade ao sistema normativo.

21 Nas palabras de Alcácer Guirao (1998, p. 574), “Un Derecho penal liberal se fundamenta y legitima en torno a la protección y el respeto de los intereses del individuo”. Dessa forma, é possível até mesmo superar a crítica formulada por Ferrajoli (2000, p. 257) às doutrinas retribucionistas de Kant e Hegel no sentido de que estas não estavam em condições de dar resposta à pergunta “por que proibir?”.

22 Em sentido contraposto à concepção espiritualizada de bem jurídico.

23 A este respeito, confira a ampla valoração de Alcácer Guirao (1998; 2002), pela qual é possível demonstrar que a finalidade de proteção de bens jurídicos do Direito Penal permite, entre outros aspectos, a compatibilidade entre a finalidade preventiva da pena e os direitos e garantias individuais.

3 A importância do idealismo alemão no entendimento da culpabilidade

Como vimos, a interpretação da ideia de liberdade e autonomia propugna a visão do indivíduo ante o ordenamento jurídico como sujeito livre e capaz de autodeterminar-se na vida de relação. Essa liberdade de atuar permitiria ao sujeito desenvolver-se e organizar-se em benefício dos seus interesses pessoais, cabendo ao ordenamento jurídico, no marco de um Estado Democrático de Direito, estabelecer as pautas do contato pacífico entre os indivíduos autônomos. E, como contrapartida da liberdade previamente reconhecida, institui-se a responsabilidade pelo organizado na vida de relação. Nesse sentido, a ideia de autonomia expressa uma imagem de homem livre e racional que inspira todo o sistema normativo e legitima a exigibilidade de que os mandatos e proibições inscritos nos preceitos normativos sejam cumpridos (BALDÓ LAVILLA, 1994; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007). É justamente sobre esta base que se constrói o conceito normativo de pessoa individualmente considerada e se fundamenta a regra básica do sistema de imputação: autonomia, como pressuposto para a imposição de responsabilidade penal.

A doutrina espanhola refere-se a esta construção de diferentes formas, por exemplo, o conceito de pessoa racional e colaboradora na acepção de Alcácer Guirao (1998; 2002), ou o de pessoa reflexiva na terminologia adotada por Díaz Pita (2002), ou o de pessoa deliberativa referido por Martín Lorenzo (2009), entre outros. Nessas formulações de uma espécie de imagem normativa do homem, ou seja, construída pelo sistema jurídico, cada indivíduo é considerado *a priori* como sujeito capaz de refletir e de atuar de acordo com as suas reflexões, aspecto que constitui o pressuposto lógico fundamental do procedimento racional e valorativo de atribuição de responsabilidade individual. Com esta perspectiva, seria possível alcançar o reconhecimento de que o sujeito, cujo comportamento será objeto de um juízo de valor pelo Direito Penal, não deve ser visto somente como a fonte produtora de ações e manifestações

a partir do prisma causal, mas sim como pessoa, cuja capacidade racional deliberativa permite formular um juízo de culpabilidade e, conseqüentemente, de responsabilidade pelos atos praticados.

Dessa forma, é possível deduzir que o conceito normativo de pessoa, construído de acordo com ideais éticos acerca da liberdade e autonomia, constitui a base sobre a qual se desenvolveu o fundamento material da culpabilidade.

A reprovação de culpabilidade se legitimaria, portanto, como retribuição à atuação injusta de um sujeito livre e racional que, apesar de estar capacitado para atuar conforme o Direito, realiza uma conduta que entra em contradição com as normas do ordenamento jurídico (ROXIN, 1997; HASSEMER, 1999; STRATENWERTH, 2005)²⁴.

Sem embargo, cabe esclarecer que essa não foi uma construção isenta de problemas como consequência do debate produzido entre deterministas e indeterministas sobre a possibilidade e necessidade

²⁴ Como explica Cuesta Aguado (2005, p. 102) sobre a origem da diferença entre culpabilidade formal e material: “Mientras que el concepto formal de culpabilidad cuestiona los ‘presupuestos o requisitos’ (positivos) necesarios para que exista culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente, neutral o no valorativa; el concepto material de culpabilidad responde a una corriente filosófica jurídica derivada del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa introduciendo criterios valorativos y axiológicos en el Derecho Penal. Este idealismo neoclásico recoge [...] la imagen del hombre como individuo racional, responsable y libre, procedente de la ilustración”. O significado do termo *culpabilidade material*, utilizado no texto, é, portanto, o mesmo que emprega Cuesta Aguado (2005, p. 102) quando defende que: “Al concepto material de culpabilidad le interesa ir más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, intentando responder a la pregunta de por qué el estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables. En este sentido, el concepto material de culpabilidad tiende a convertirse en el argumento teleológico – basado en consideraciones éticas, sociológicas o ideológicas – que legitima al conjunto de elementos que nuestro concreto derecho positivo acoge en la posición sistemática de la culpabilidad. Este concepto material, lo mismo que el concepto de antijuridicidad material, pretende servir como criterio legitimador (y cuando sea posible, además, delimitador) del *ius puniendi* del estado”.

de uma demonstração empírica da liberdade para afirmar em cada caso se houve, de fato, possibilidade de atuar conforme o Direito²⁵.

Essa crise não foi determinante de um completo abandono dos ideais éticos na fundamentação material da culpabilidade, mas sim de uma reformulação sobre bases distintas²⁶. Até mesmo quando levamos em consideração a dificuldade de sistematização das distintas concepções de liberdade na doutrina penal, arriscamo-nos a deduzir que não é possível conceber nem o Direito, nem as relações jurídicas hoje sem o reconhecimento de *uma* liberdade (sem tomar aqui partido por uma definição), e nesse sentido devemos destacar o significado e a importância do legado deixado pelo idealismo alemão, entre outros aspectos, na fundamentação material da culpabilidade.

Essa dificuldade de estabelecer uma compreensão unívoca da liberdade ou de estabelecer um consenso sobre a aceção do termo no âmbito do Direito Penal se agrava quando nos damos conta de que, na valoração da culpabilidade, entram em consideração aspectos do comportamento que não atendem a uma estrita concepção

25 De fato, como evidenciam Melendo Pardos (2002), Urruela Mora (2004) e Muñoz Conde (2007), o juízo formal de reprovação que se elabora na culpabilidade se fundamentou materialmente durante muito tempo, desde concepções normativas da culpabilidade, na existência do livre arbítrio e na capacidade do sujeito de obrar de outro modo. Este conceito normativo de culpabilidade entrou em crise a partir da crítica de Engisch (na obra *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965) sobre a impossibilidade de demonstrar empiricamente a liberdade do sujeito no sentido do livre arbítrio, entendido como capacidade e possibilidade no momento da ação de atuar de outro modo. Para uma aproximação aos termos deste debate, com uma ampla referência bibliográfica, confira Urruela Mora (2004) e Martínez Garay (2005).

26 Com isso, queremos dizer, com apoio em Martínez Garay (2005), que a questão da liberdade passou a integrar o discurso sobre a fundamentação material da culpabilidade, seja sob a perspectiva daqueles que entendem a liberdade como uma realidade passível de demonstração empírica (por exemplo, como realidade psicológica, ou antropológica, ou social, ou gramatical e linguística), seja sob o prisma daqueles que entendem a liberdade como um postulado, uma atribuição ou uma necessária presunção normativa (para a proteção do indivíduo ante a pretensão punitiva do Estado, ou para a estabilização do sistema penal).

determinista ou indeterminista da liberdade. Esta questão é descrita com grande precisão por Martínez Garay, ao analisar os fatores que podem chegar a condicionar o comportamento humano e que se consideram como causas excludentes da culpabilidade, sob as diferentes perspectivas – determinista e indeterminista –, para chegar à conclusão de que:

[...] en realidad solo exculpan aquellos condicionantes que consideramos (o que el Código penal de turno considera) *suficientemente relevantes* para exculpar, por las razones que sean [...] es decir, no todo lo que explica un comportamiento es razón suficiente para excusarlo. El problema es que entonces hay que dar las *razones* para justificar por qué seleccionamos unos factores y no otros (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 181, grifos no original).

Na argumentação sobre a fundamentação material da culpabilidade, dever-se-ia partir, então, de um raciocínio que explicita “cuáles son las exigencias de justicia, es decir, valorativas, desde las cuales se plantea la necesidad de reconocer relevancia excusante a determinados factores” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 182).

Como esclarece a esse respeito Muñoz Conde (2007, p. 139), atualmente não é possível fundamentar a culpabilidade sob uma perspectiva estritamente individual, porque:

[...] realmente no hay una culpabilidad o culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la conducta sino una característica que se atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien defiende los límites de lo culpable y de lo no culpable, de la libertad y de la no libertad²⁷.

27 Com essa base, Muñoz Conde defende um conceito dialético de culpabilidade baseado na correlação entre culpabilidade individual e prevenção geral. A união desses fatores seria, então, determinante para lograr uma fundamentação material específica da culpabilidade, e, para Muñoz Conde, este objetivo pode ser alcançado por

E o que vem sendo defendido ultimamente no âmbito do Direito Penal é que somente por meio de uma argumentação filosófica de caráter ético-social seria possível traduzir em termos normativos quais são as exigências materiais de justiça numa determinada sociedade e, em consequência, aquilo que pode ser legitimamente exigido ante o sujeito que delinque.

Essas propostas, que vêm sendo desenvolvidas por uma vertente da doutrina espanhola, pretendem sair do vazio da fórmula tradicional do *poder atuar de outro modo*, ao mesmo tempo em que se negam a aceitar uma fundamentação puramente instrumental da culpabilidade a partir de teorias preventivo-gerais. E, por isso, defendem a necessidade de buscar um fundamento material para culpabilidade construído com base no discurso de legitimação democrática das normas jurídicas.

Os defensores dessa proposta na doutrina espanhola partem do clássico argumento de que o conceito material de culpabilidade está vinculado à necessidade de legitimação da imposição de pena pelo Estado ante aquele que delinque. Em outras palavras, partem da premissa de que a culpabilidade – enquanto juízo de imputação para atribuição de responsabilidade – deve proporcionar o fundamento e os limites da imposição de uma pena justa. Nessa

meio da função motivadora da norma penal. O fundamento comum aos elementos que compõem a culpabilidade – capacidade de culpabilidade, conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de outra conduta – “se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida común pacífica y justamente organizada. La ‘*motivabilidad*’, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creemos, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante a esa facultad – cualquiera que sea el origen de la misma – deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en posición de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que integra sean reales y efectivas” (Muñoz Conde, 2007, p. 141).

linha de entendimento, o conceito material de culpabilidade deve estar em condições de oferecer princípios valorativos estáveis que orientem o entendimento de quais são as exigências de justiça no âmbito de uma sociedade democrática e, em consequência, quais são as razões que podem vir a ser reconhecidas como válidas para eximir de responsabilidade.

Em nossa opinião, Varona Gómez (2000), Martínez Garay (2005), Feijoo Sánchez (2007; 2009) e Martín Lorenzo (2009) são atualmente os defensores mais representativos dessa tendência no âmbito da doutrina espanhola. E, apesar das diferenças existentes no desenvolvimento do conceito material de culpabilidade em cada um desses autores, consideramos adequado dar notícia dos aspectos convergentes que lhes situam no grupo de doutrinadores que, preocupados com a progressiva funcionalização da culpabilidade, dedicam esforços à tarefa de legitimação ético-social do Direito Penal.

Os trabalhos publicados por Varona Gómez, Martínez Garay e Martín Lorenzo, vistos em conjunto, têm por objetivo o estudo das causas excludentes da culpabilidade reguladas no Código Penal espanhol de 1995. Martínez Garay realiza um amplo estudo da imputabilidade e das causas de inimputabilidade, enquanto Varona Gómez e Martín Lorenzo dedicam suas obras ao estudo daqueles casos em que, apesar da capacidade de culpabilidade do sujeito, pode haver exclusão da culpabilidade ou atenuação da pena por fatores que afetem à exigibilidade da atuação conforme o Direito. Por último, Feijoo Sánchez realiza um profundo estudo das teorias da pena, a partir do qual deduz o conceito material de culpabilidade.

Não realizaremos aqui propriamente uma resenha das obras desses autores, somente destacaremos aqueles aspectos que nos permitem situá-los dentro do setor da doutrina espanhola que pretende resgatar o significado e a importância da legitimação ético-social do Direito Penal, por meio da implicação prática dessas considerações no entendimento da culpabilidade.

A principal preocupação nesse âmbito é a de oferecer uma explicação de por que, em determinados casos, o ordenamento jurídico penal reconhece o valor de circunstâncias excepcionais para eximir o autor de uma conduta típica e antijurídica de responsabilidade ou para atenuar a pena. O que, na opinião dos autores referidos, não teria sido respondido adequadamente nem mesmo pelas teorias preventivas.

Nessa linha, defende-se que, antes de discutir o grau de exigibilidade de um comportamento em função de considerações preventivas, seria preciso esclarecer que tipo de argumentação racional sustenta o juízo de culpabilidade, para que este seja visto como um juízo de retribuição justo e legítimo ante o sujeito que realiza uma conduta típica e antijurídica. Dessa forma, seria também possível chegar ao entendimento de que tipo de circunstância excepcional é relevante para atenuar a pena ou eximir responsabilidade.

Para alcançar esta meta, os autores referidos estabeleceram uma estreita conexão entre o conceito material de culpabilidade e os trabalhos de filósofos como Rawls e Habermas.

3.1 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da teoria da justiça

Passando à exposição das propostas da doutrina espanhola, Varona Gómez (2000) argumenta que, para fundamentar o concreto âmbito de aplicação das causas excludentes da culpabilidade, e seus requisitos, é necessário encontrar, referindo-se a Rawls, um estado de equilíbrio reflexivo, concretamente uma base filosófica moral e política que justifique o próprio Direito Penal e que se estuda no marco da justificação racional ou legitimação da pena.

Isso porque, apesar da importância de considerações de política-criminal na articulação e compreensão das categorias dogmáticas do delito, na opinião de Varona Gómez (2000, p. 12),

sigue siendo una cuestión debatida qué significa exactamente la reconstrucción del delito a partir de tales consideraciones y cuáles son, de hecho, las consideraciones político-criminales que deben participar en esta labor.

Sob a perspectiva do autor, uma resposta adequada a esta questão somente estaria em condições de ser elaborada caso fosse definido previamente, e a partir de considerações ético-sociais, qual é a missão do Direito Penal e quais são os princípios valorativos que orientam a aplicação justa da pena²⁸.

Com esta base, Varona Gómez defende que o fundamento de uma causa de isenção de pena está diretamente relacionado com a concepção de justiça e o procedimento de atribuição de responsabilidade penal individual sob uma perspectiva retribucionista. Com isso, o autor não quer dizer que a pena cumpra somente uma finalidade retributiva, mas sim que a fundamentação de uma causa excludente da culpabilidade, a partir de uma doutrina de justificação retribucionista, proporciona a garantia de que a pena não será imposta para dar resposta somente às ponderações utilitaristas de custos-benefícios sociais, e que se levará, portanto, em consideração o princípio de culpabilidade. O que até mesmo abriria espaço para estabelecer no plano teórico uma espécie de equilíbrio – que deve

28 “En definitiva, si se parte de la decisiva incidencia que las consideraciones político-criminales relativas a las finalidades del derecho penal desempeñan en toda su construcción teórica y aplicación práctica, y por tanto, también en la configuración de una causa de exención de la responsabilidad penal, debe procederse a una discusión abierta sobre ellas. Eso sólo parece posible desde las propias teorías de filosofía política y moral que justifican el derecho penal; *pues estas teorías son, precisamente, la respuesta racional que la doctrina pena ha pretendido dar al problema de los fines y principios justificantes a los // que le derecho penal debe ajustarse*. De esta manera, se consigue situar la discusión en los márgenes de un marco definido en el que sea posible discutir y valorar racionalmente las apelaciones de política-criminal” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 13-14). Esta questão vem despertando o interesse de um setor importante da doutrina espanhola justamente porque se considera que as causas de exclusão da culpabilidade estão intimamente relacionadas com a proteção e o respeito aos direitos individuais diante do poder punitivo estatal, que, por isso mesmo, não podem ser valoradas desde uma *exclusiva* ou *primordial* ótica político-criminal, orientada a finalidades preventivas, sob pena de prescindir de sua própria natureza jurídica.

existir – entre pretensões político-criminais e pretensões de garantia individual por uma doutrina mista de justificação do castigo.

Varona Gómez não é alheio às críticas que, durante muito tempo, se dirigiram à fundamentação material da culpabilidade e ao conteúdo do princípio de culpabilidade a partir da ideia de *liberdade de eleição individual* e do correlativo *poder atuar de outro modo*. Por isso, considera que a fórmula mais adequada do princípio de culpabilidade é a oferecida por Hart²⁹, de acordo com a qual uma pessoa somente poderá ser castigada penalmente quando tiver “una justa oportunidad de evitar la comisión del delito” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 39). De fato, na opinião do autor, a ideia de “justa oportunidade de cumprir com o mandato normativo” constitui a raiz do princípio de culpabilidade (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 40).

O entendimento desse princípio valorativo no juízo de atribuição de culpabilidade, uma vez constatado que o sujeito realizou uma conduta típica e antijurídica, significa que, na interpretação das causas de exclusão da culpabilidade, é preciso estabelecer o que é que pode ser exigido de maneira razoável daquele que delinuiu.

Como expõe Varona Gómez (2000), não seria possível elaborar uma resposta adequada a esse tipo de valoração com base no *standard* de homem médio, indagando sobre o que outra pessoa faria no lugar do autor, nem com base em argumentos preventivo-gerais que primam pela exigência de estabilidade do sistema.

Nessa linha argumental, Varona Gómez (2000) defende que, para chegar à conclusão de se os motivos alegados pelo autor da conduta ilícita podem ou não ser entendidos como válidos para atenuar a pena ou eximi-lo de responsabilidade, deveriam ser consideradas tanto as características individuais do sujeito como as circunstâncias em que este atuou. Com essa individualização, estaria o juiz ou o tribunal habilitado a decidir se o sujeito em questão

29 Varona Gómez (2000) refere-se à Herbert Lionel Adolphus Hart. *Punishment and responsibility, Essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon press, 1968.

teve uma justa oportunidade de evitar o delito e se era, portanto, possível exigir-lhe um mínimo de fidelidade ao mandato normativo de não cometer delitos.

Referindo-se concretamente à excludente de medo insuperável (art. 20.6 do Código Penal Espanhol), Varona Gómez (2000) sustenta que a determinação de quando estariam ausentes as condições de uma justa oportunidade de obrar conforme o Direito estaria vinculada à existência de uma situação de conflito em que é compreensível e razoável, sob uma perspectiva normativa, que o indivíduo por ela afetado realize uma legítima opção a favor de seus próprios interesses. Dita perspectiva normativa estaria, nessa linha, pautada a partir de considerações sobre a razoabilidade dos motivos alegados pelo sujeito afetado pela situação de conflito, para explicar por que atuou de uma determinada forma e não de outra, e a correlata ponderação de se, nas circunstâncias do caso e ante os motivos expostos, existiu uma justa oportunidade de atuar conforme o Direito, sendo, portanto, exigível o cumprimento do mandato ou da proibição normativa.

A legitimidade da atuação a favor dos próprios interesses residiria “en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la especial perspectiva del autor implicado en él, debido a su vinculación personal con el interés amenazado” (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 58).

O autor tampouco é alheio à existência de resistências acerca da admissibilidade de uma causa de exclusão da culpabilidade, fundamentada na preferência subjetiva do autor pelo bem ameaçado, em um determinado contexto de conflito de interesses. Contudo, justifica quando caberia esta possibilidade:

Ciertamente, que el ordenamiento penal reconozca una eximente fundada en la preferencia subjetiva del autor por el interés en peligro puede resultar extraño y hasta discutible. Pero creo que, de hecho, refleja unas pautas o valores ampliamente reconocidos en nuestra sociedad moderna, que tienen que ver con la adecuada *sepa-*

ración entre persona y ciudadano; esto es, entre la situación de la persona como miembro de la comunidad (ciudadano) y por lo tanto sujeto a determinadas obligaciones, y su consideración como ser autónomo (persona) que promueve su propia felicidad e interés. Esta separación da lugar a un doble nivel de relaciones (unas basadas en la idea de parcialidad y otras en exigencias de imparcialidad) que el derecho no puede desconocer (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 59, grifos no original).

Por essa via, abrir-se-ia o caminho para a consideração de como as características pessoais afetam os juízos normativos de valoração:

cuando las características individuales que hacen a una persona especialmente vulnerable a una determinada amenaza se acreditan en juicio, entonces el problema probatorio se convierte en una cuestión material de justicia (VARONA GÓMEZ, 2000, p. 174).

Dito isso, Varona Gómez (2000, p. 179) finalmente deduz que

el parámetro de inexigibilidad o razonabilidad debería ser lo suficientemente flexible para poder dar cuenta de aquellos casos en los que la persona no pueda cumplirlo y aun así no parezca justo castigarla con una pena.

Seguindo por esse caminho, Martínez Garay (2005, p. 182) defende que a argumentação sobre a fundamentação material da culpabilidade deve partir de uma reflexão que explicita “cuáles son las exigencias de justicia, es decir, valorativas, desde las cuales se plantea la necesidad de reconocer relevancia excusante a determinados factores”.

A mesma autora entende o juízo de culpabilidade como um juízo personalizado sobre a conduta antijurídica, no qual se consideram as diferentes características ou situações particulares do autor da conduta para a valoração e graduação da responsabilidade. E aclara que, para realizar este juízo personalizado sobre a culpabilidade do autor da conduta típica e antijurídica – para assim chegar

à decisão de se era legítimo exigir ao autor do fato que atuasse conforme o Direito –, é necessário estabelecer critérios materiais que sirvam de base de comparação no procedimento de atribuição de culpabilidade (MARTÍNEZ GARAY, 2005).

En otras palabras: la culpabilidad es una instancia en la que se seleccionan como relevantes para determinar la responsabilidad algunos de entre los múltiples factores que inciden en el comportamiento de las personas. [...] En consecuencia, todo concepto de culpabilidad presupone que de entre todos los factores o variables que pueden aparecer en el contexto de los actos delictivos se ha llevado a cabo una selección, de acuerdo con determinados criterios de relevancia (en la selección de estos criterios materiales es donde se plantea el problema del fundamento). Del hecho de que la culpabilidad suponga una selección deriva necesariamente que algunas condiciones serán relevantes para la exculpación y otras no. [...] Por otra parte, y como se ha señalado con acierto, la culpabilidad, al menos la culpabilidad jurídica, no puede dejar de ser un juicio analógico, una comparación: para valorar un comportamiento desde el punto de vista de si era exigible un comportamiento diferente es necesario saber bajo qué condiciones es exigible un comportamiento diferente, es decir, es preciso disponer de un término de comparación (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 379-380).

Com esse entendimento, a autora define culpabilidade como “exigibilidade del comportamiento adecuado a derecho en atención a las circunstancias personales del autor en la situación concreta” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 386)³⁰. E, na sua opinião, a concreta

30 Em sentido amplo, a exigibilidade deve ser entendida como “matriz común desde la que explicar el fundamento de cada una de las exenciones de culpabilidad” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 386). Em relação ao fundamento específico da imputabilidade, Martínez Garay (2005, p. 387) defende que este consiste na “exigencia de igualdad real, entendida como diferenciación de trato a los desiguales”. “Esta concepción entroncaría con un entendimiento de la culpabilidad como conjunto de garantías o límites al *ius puniendi*, fundamentados en los principios y valores que inspiran una convivencia democrática en un Estado de Derecho que procure fomentar la igualdad real entre sus ciudadanos. Entre esos principios, además del de igualdad en la dimensión de trato desigual a los desiguales, estarían también, en mi opinión, consideraciones de proporcionalidad, de humanidad de las penas, de resocialización, de intervención mínima, y de respeto a la dignidad humana. El

delimitação da culpabilidade, como categoria dogmática, depende de critérios normativos que sejam capazes de expressar as convicções materiais de justiça de uma determinada sociedade, aplicadas a um ordenamento jurídico-penal concreto.

Os autores mencionados nessa epígrafe não entram, contudo, no debate metaético acerca do caminho metodológico a seguir para a identificação dos critérios normativos necessários, em última instância, para a definição do conteúdo da culpabilidade. De fato, Martínez Garay (2005, p. 389) assevera que “el contenido de la culpabilidad queda en gran medida indeterminado, pues es susceptible de ser concretado de formas muy distintas en cada ordenamiento jurídico”. Em contrapartida, defendem uma interpretação

principio de culpabilidad aglutina, en definitiva, un conjunto de valores o exigencias de justicia, que obedecen evidentemente a una determinada concepción de esta última” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 387). Neste âmbito, o objeto de análise específico para averiguar se existem ou não razões materiais para desculpar ao inimputável seria a *estrutura do seu processo motivacional*, o que permitiria chegar à conclusão de se estava caracterizada, no momento do fato, uma situação de inexigibilidade excepcional (pela constatação de uma relevante alteração na estrutura dos processos psíquicos cognitivos e afetivos que deram lugar à realização do delito), que o tornasse merecedor de um tratamento penal distinto aos casos de normalidade motivacional. Como justifica Martínez Garay, a relevância dos transtornos, anomalias ou alterações psíquicas, para a modulação da responsabilidade penal, requer um ponto de vista normativo que permita ao magistrado decidir sobre a imputabilidade ou inimputabilidade de um determinado sujeito. Esse filtro normativo estaria materialmente fundamentado no princípio de igualdade real e permitiria modular o grau de exigibilidade de comportamento adequado ao Direito quando se identificasse, por meio dos conhecimentos atuais sobre psicologia da motivação, um mau funcionamento dos processos cognitivos e afetivos relacionados com a motivação humana. Com essa base, a autora finalmente define imputabilidade como “exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos cognitivos y afectivos que dieron lugar a la realización del delito”, e inimputabilidade como “inexigibilidad de conducta adecuada a derecho, por alteración patológica suficientemente relevante, desde el punto de vista del principio de igualdad – en su aspecto de igualdad como diferenciación –, de la estructura de los procesos psíquicos cognitivos y afectivos que dieron lugar a la conducta delictiva” (MARTÍNEZ GARAY, 2005, p. 451). Enquanto em relação às demais causas excludentes de culpabilidade, o objeto específico de análise, para averiguar se existem ou não razões materiais para exculpar, estaria relacionado com o conteúdo da motivação, ou seja, na valoração das razões que motivaram o comportamento delitivo de um sujeito que se sabe não padece de uma relevante alteração na estrutura dos processos psíquicos cognitivos e/ou volitivos.

de cunho constitucional dos princípios de legalidade, igualdade e proporcionalidade, para dessa forma deduzir como operam os critérios normativos que integram o juízo de culpabilidade.

Nesse sentido, a proposta de fundamentação ético-social do conceito material de culpabilidade desses autores identifica-se em grande medida com o pensamento filosófico de Rawls (1979), que é justamente criticado, como relata Nino (1989), por certa desvinculação entre discurso filosófico e práxis. Em consequência, não apelam diretamente à ética discursiva para explicar como se obtém o consenso acerca do que pode chegar a ser entendido, sob uma perspectiva normativa flexível, como razões suficientes para eximir de responsabilidade. Nem deduzem diretamente da ética discursiva os critérios que logo são utilizados para valorar as condições de exigibilidade de um comportamento conforme o Direito. Esse aspecto, pelo contrário, aparece como pilar fundamental das propostas de Feijoo Sánchez (2007) e Martín Lorenzo (2009).

3.2 A construção do conceito material de culpabilidade a partir da ética discursiva

Antes de manifestar sua opinião sobre o conceito material de culpabilidade, Feijoo Sánchez (2007) realiza um estudo extraordinário acerca das teorias da pena. Esse autor parte da perspectiva de que somente é possível resolver de maneira satisfatória a tensão entre finalidade preventivo-geral da pena, por um lado, e garantias individuais que derivam de uma concepção retributiva da pena, por outro, por meio de uma teoria comunicativa da retribuição e da prevenção geral positiva.

A través de una teoría normativa de la prevención general positiva se puede desarrollar, dogmáticamente, un modelo de imputación que establezca una proporción fundamentada entre delito y pena. La idea esencial es que sólo es posible la estabilización normativa en un Estado democrático de Derecho a través de la imputación personal y la retribución de hechos culpables. Una teoría preventiva no instrumental, sino comunicativa, que lleva implícita la idea de

culpabilidad por el hecho, plantea de partida importantes ventajas político-criminales y garantistas que no deben ser desdeñadas (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 594-595).

Esse autor defende, assim, uma teoria bidimensional da pena que se caracteriza por levar em consideração tanto aspectos preventivos – necessários para a estabilização do sistema – como aspectos retributivos – para a garantia individual ante a ingerência estatal. Em consequência, apela, para explicar como se obtém o consenso acerca do que pode chegar a ser entendido, sob uma perspectiva normativa flexível, como razões suficientes para eximir de responsabilidade, a uma racionalidade comunicativa que se caracterizaria por conectar as vantagens de uma racionalidade instrumental ou estratégica com as vantagens de uma racionalidade valorativa.

Con ello, la teoría de la prevención general positiva consigue conciliar las ideas de retribución (viejo principio de la tradición europea vinculado a las ideas de dignidad y Estado de Derecho) con los de necesidad social, sin incurrir en los excesos de las teorías preventivo-instrumentales o más utilitaristas. Sólo se puede asegurar las bases institucionales de la confianza en la norma en un sistema de libertades mediante retribución de injustos culpables (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 595).

Dessa forma, delimita claramente os dois aspectos que devem ser levados em consideração quando se trata de legitimar a atuação estatal mediante o Direito Penal: por um lado, a questão relacionada com os fins que legitimam, para uma determinada sociedade, uma instituição como a pena (modernamente a prevenção geral positiva) e, por outro lado, a questão relacionada com a justificação e legitimação da aplicação de uma pena àquele que a suporta, que deve ser construída a partir da ideia de retribuição à prévia comissão de um delito (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

É justamente nesse último âmbito que se situa o debate sobre o fundamento material da culpabilidade, que, para Feijoo Sánchez (2007, p. 599), significa, como consequência do legado kantiano, um debate sobre

cuáles son los ‘criterios de justicia’ (que evitan que un hombre sea usado como si fuera una cosa o un medio de la intención de outro) imperantes en una determinada sociedad, según la cual se determina cuándo se debe imponer una pena concreta.

Certamente este debate já não gira em torno da imagem de homem construída pelo idealismo kantiano – visto de maneira individualizada e desconectada da sociedade, a partir de argumentos metafísicos e transcendentais da razão prática –, pois, com o avanço das ciências sociais, as ações morais – concretamente as ações que se expressavam com liberdade e autonomia, como pressuposto necessário para atribuição de responsabilidade – deixaram de ser concebidas como o produto de operações racionais subjetivas e passaram a ser vistas como o resultado de interações intersubjetivas³¹. A relevância jurídica do comportamento humano não pode ser definida hoje a partir de critérios morais, mas, sim, por critérios normativos. De fato, em sua opinião, “Sólo se puede construir un concepto adecuado de culpabilidad jurídico-penal a partir de una comprensión normativa (no ontológica) e intersubjetiva de la cuestión” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 612).

Isso, na opinião do autor, vem sendo determinante, não de uma exclusiva reinterpretação do legado kantiano, mas, sim, de um entendimento funcional da culpabilidade e, nesse sentido, o giro metodológico a Hegel por meio da análise, em termos intersubjetivos, do vínculo do indivíduo com a sociedade à qual pertence.

Nessa linha, Feijoo Sánchez apela a uma visão construída do homem em sociedade com base nos postulados da ética discursiva. Como consequência, vincula o entendimento de sujeito imputável

31 “La radicalización del individualismo, sin tener en cuenta que la individualización se constituye mediante socialización y que subjetividad e intersubjetividad son fenómenos paralelos, plantea inconveniente en su doble dimensión: desarrolla un concepto individualista del ser humano inadecuado para describir el funcionamiento de las sociedades modernas, y convierte el fenómeno de la interacción social o bien en un actuar en paralelo aisladamente, o en un permanente actuar egoísta en contra de otros. El defecto esencial de las teorías individualistas es que dejan de lado, como tema a tratar, el fundamento de la vinculación del individuo con el orden social y el sistema jurídico” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 611).

à imagem de sujeito autônomo e capaz de participar do debate público desenvolvido no marco da ética discursiva³².

Com essa perspectiva, o fundamento da culpabilidade, que outorga legitimidade à imposição de pena, sustenta-se por meio da referência a uma espécie de ética democrática do discurso histórico-socialmente contextualizado³³.

Nessa linha, Feijoo Sánchez (2007) propõe normativizar o fundamento do juízo de reprovação, classicamente vinculado à ideia de *poder atuar de outro modo*, mediante o entendimento da culpabilidade material como ausência de uma disposição jurídica mínima, exigida por um determinado ordenamento jurídico.

Como adverte o próprio autor, sua proposta estaria orientada a fundamentar a culpabilidade em um Estado Democrático de Direito e por isso não encaixaria em uma racionalidade instrumental estrita, mas sim em uma racionalidade instrumental valorativa, comprometida com um referente material claro, que se relaciona com os princípios democráticos que formam parte do procedimento de configuração de um ordenamento social concreto. Por

32 O autor defende que somente podem ser considerados como sujeitos imputáveis “aquellos a los que se les reconozca plena competencia en asuntos públicos (derecho de sufragio activo y pasivo, posibilidad de ser miembro de un jurado, etc.) o, en todo caso, se les trate normativamente como los que detentan dicha competencia (extranjeros que son tratados en territorio español como ciudadanos). Sólo debe sufrir una pena por poner en entredicho un ordenamiento jurídico el que tiene reconocida normativamente la capacidad para participar en la elaboración y configuración de ese ordenamiento jurídico” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 641). “Ésta es una de las razones por las que quedan excluidos y deben quedar excluidos – mientras no cambien las circunstancias – como sujetos susceptibles de culpabilidad, los menores de edad (es decir, a los que no se les reconoce plena mayoría de edad política y social) y las entidades colectivas” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 642).

33 “Sólo un concepto material de delito que permita entender, dentro de un determinado contexto social, la pena como una sanción adecuada a la responsabilidad individual, permite entender la pena como una institución jurídica dentro de un sistema de libertades, que es lo que aquí interesa, y no sólo como un mero ejercicio de poder (sin negar que lo sea, ya que las penas son siempre males impuestos por quien detenta el poder) que puede acabar siendo arbitrario o no” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 602).

isso, sua exposição está marcada pela preocupação constante de esclarecer em que medida sua proposta diferencia-se da concepção funcional-sistêmica de Jakobs.

De fato, na opinião de Feijoo Sánchez (2007), o conceito funcional de Jakobs é incompleto porque este autor nunca logrou desenvolver um fundamento material adequado à culpabilidade e, além disso, é criticável porque nunca chegou a vincular o conceito de culpabilidade a um fundamento material que tivesse um claro compromisso com os princípios democráticos.

Como alternativa a Jakobs, Feijoo Sánchez reivindica um conceito de culpabilidade a partir da vinculação democrática do indivíduo com o ordenamento jurídico. Essa perspectiva supõe incorporar uma visão construída do homem como sujeito autônomo e responsável, participante do sistema deliberativo democrático, para, finalmente, deduzir que culpabilidade significa atribuição de responsabilidade em função da ausência de disposição jurídica mínima.

Nas palavras do autor:

La referencia a la disposición jurídica mínima es la que hace de tamiz de todos los elementos individualizadores que puedan ser tratados en el proceso (edad, formación, condicionantes sociales, historia vital, situación familiar etc.). Sólo son relevantes los datos del individuo que nos permitan valorar dicha disposición jurídica y, además, todos los datos relevantes deben ser valorados en función de dicha idea (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 668).

Em coerência com esse entendimento, Feijoo Sánchez (2007, p. 674-675) defende que:

[...] la referencia a la exigibilidad de un comportamiento distinto por la posibilidad de actuar de otro modo significa, materialmente, que el autor infringió la norma debido a la ausencia de una disposición jurídica mínima que le es exigida por un determinado ordenamiento jurídico.

Outro claro expoente dessa tendência é a recente obra de Martín Lorenzo (2009), que, apoiando-se em maior medida na proposta de Günther³⁴ e em menor medida na proposta de Kindhäuser³⁵, reivindica uma construção, com base na teoria discursiva, do conceito material de culpabilidade.

O objetivo da autora é o de estabelecer pautas de atribuição de responsabilidade penal individual, levando seriamente em conside-

34 Martín Lorenzo refere-se à Günther, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat. Vittorio Klostermann Verlag: Frankfurt a. Main, 2005. Na opinião de Martín Lorenzo (2009, p. 289): “La tesis principal de Günther es que existe un nexo entre la culpabilidad y la legitimación de las normas en el sentido de que el concepto de persona que permite legitimar la atribución de responsabilidad sólo puede encontrarse si se vincula el concepto penal de culpabilidad a la idea de legitimación democrática de las normas jurídicas y a la persona del ciudadano como titular del derecho a la participación política en los procedimientos democráticos de formación de opinión y voluntad relativos a la creación de normas jurídicas. Tales afirmaciones exigen encadenar a la institución penal de la culpabilidad con el alumbramiento democrático de las normas como fuente de legitimación del ordenamiento”. Confirma também a resenha de Sánchez-Ostiz (2006) sobre a obra de Günther, em que manifesta, entre outros aspectos, que este autor alemão transita entre o Direito Penal e a Filosofia do Direito utilizando um método de trabalho próprio do Instituto de Frankfurt (Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie da Universidade de Frankfurt, Johann Wolfgang Goethe-Universität), o que explicaria a conexão das posições defendidas por Günther com as obras de autores como Jürgen Habermas e John Rawls, em maior medida do que com as obras de penalistas.

35 Martín Lorenzo refere-se à KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad. Traducción de Percy García Caveró. In: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, MIR PUIG, SANTIAGO (Dir.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid, 1999; KINDHÄUSER. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 3. ed. Baden-Baden, 2006. Esse autor alemão defende a construção de um conceito material de culpabilidade orientado valorativamente aos princípios de uma sociedade democrática. De acordo com o seu entendimento, “la culpabilidad material es – en una sociedad constituida democráticamente – un déficit de la suficiente fidelidad al Derecho que se espera de una persona en Derecho en la observancia de las normas” (2006, p. 153). E embora a argumentação utilizada por Kindhäuser lhe aproxime de uma concepção funcional da culpabilidade, este autor pelo menos reivindica a necessidade de uma fundamentação racional limitadora do juízo de retribuição de culpabilidade que seja coerente com a imagem construída do homem dentro de um Estado Democrático de Direito. O que significa o seu distanciamento das propostas funcionais mais radicais que primam pela neutralidade axiológica, e um claro posicionamento a favor de garantias inerentes a todo indivíduo, que derivam da consideração da dignidade humana e inspiram as sociedades democráticas.

ração, no momento de elaborar um juízo de culpabilidade, tanto a oportunidade que deve ser dada ao autor da conduta típica e antijurídica de explicar sua conduta como o dever do operador jurídico de examinar essa conduta e as razões que a motivaram, de modo que, dependendo das circunstâncias, este possa chegar a compreendê-la com base em critérios normativos de valoração.

O pilar fundamental de sua elaboração teórica parte da concepção normativa de pessoa, entendida como pessoa deliberativa dentro de um sistema democrático de Direito³⁶, e, sobre esta base, estrutura-se por meio da referência à competência comunicativa do sujeito cuja conduta é objeto de valoração pelo Direito Penal³⁷. Nessa linha de entendimento, Martín Lorenzo pretende oferecer não tanto um conceito material positivo de culpabilidade, mas sim uma concepção material de culpabilidade internamente justificada, segundo os postulados do Estado Democrático de Direito:

En tal medida, la culpabilidad jurídico-penal sólo puede legitimarse en un sistema democrático que, de manera más o menos imperfecta respecto al presupuesto contrafáctico del proceso discursivo ideal, articula la participación de todos en los procesos creadores de normas. El reflejo legal de esta idea de culpabilidad no se concreta en un concepto material positivo de culpabilidad que haya de probarse, sino que se articula a través de la determinación de aquellas circunstancias bajo las que dejan de estar presentes las bases fundamentadoras de la exigencia de responsabilidad (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

36 “El sujeto protagonista del Derecho penal de un Estado democrático de Derecho encarna los rasgos de una persona deliberativa y, sobre todo, su característico desdoble en ciudadano autor de las normas y persona en Derecho destinataria de esas normas, cuyo intercambio reglado de roles hace buena idea de que las personas en Derecho solo pueden ser autónomas en la medida en que puedan ser entendidas como autores, en virtud de sus derechos de ciudadanos, de las normas a las que deben prestar obediencia” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 301).

37 “La noción central de la culpabilidad penal en el sistema jurídico propio de un Estado democrático reside en el concepto de persona deliberativa. Bajo tal nomenclatura no se esconde más que la referencia a la competencia comunicativa de de un sujeto, proyectada tanto en su faceta de ciudadano responsable de la producción de normas como en la de persona en Derecho responsable de su cumplimiento” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

Com essa base, Martín Lorenzo assume, como referente valorativo dos motivos que podem ser intersubjetivamente válidos para exculpar, dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, a consideração do indivíduo, concretamente do autor do fato típico e antijurídico, como pessoa livre, dotada de competência comunicativa e conseqüente aptidão para o exercício de direitos políticos (consideração recíproca entre os membros de uma sociedade democrática da existência de um âmbito de autonomia privada – liberdade individual – e autonomia pública – liberdade política), o que implicaria, em segundo lugar, que a infração da norma deverá ser punida como ruptura do consenso adquirido democraticamente, exceto quando as razões alegadas pelo autor se identifiquem com os valores que a sociedade tem o interesse de preservar.

De fato, como defende Martín Lorenzo (2009, p. 302),

[...] las razones que explican la lesión de la norma por el destinatario están presentes también en la propia elaboración normativa por parte del ciudadano proyectado a su rol de destinatario, que arbitrará el marco normativo adecuado para excluir la responsabilidad por el incumplimiento si tales motivos alcanzan el *status* de intersubjetivamente aceptables.

É justamente por isso que, na opinião da autora, nem o juiz nem o tribunal pode deixar de escutar, no momento de decidir sobre a atribuição de responsabilidade jurídico-penal, as razões alegadas pelo autor para atuar.

Com essa base dialogal e horizontal é que pretende Martín Lorenzo outorgar sentido ao tradicional conceito material-normativo de culpabilidade como exigibilidade e interpretar as normas que disciplinam as causas de excludentes de culpabilidade³⁸.

38 Nas palavras da autora: “la estructura dialogal del reproche acoge el primer presupuesto de una atribución de responsabilidad acorde con un ordenamiento jurídico-penal democrático: ofrece al autor de la conducta típica y antijurídica la oportunidad de explicar su conducta y al operador jurídico la ocasión para examinar esa conducta, sus razones y, en su caso, comprenderla” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 308-309).

E o que significa isso? Acaso qualquer explicação pode ser compreendida e aceita como um motivo válido para exculpar? Não. Como esclarece a autora, as motivações individuais para atuar de uma determinada forma não contam *per se* como válidas para excluir a reprovação de culpabilidade, mas, sim, devem ser levadas em consideração com o objetivo de identificar se constituem, ou não, a expressão de interesses positivamente valorados pela sociedade, ou seja, se podem chegar a ser intersubjetivamente válidos para exculpar. “Aforísticamente expresado: las razones para exculpar suponen razones que todos consensuamos” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 310).

De fato, nas palavras da autora,

[...] el reproche, como concepto adecuado para articular una culpabilidad compatible con el debido carácter dialógico de la atribución de responsabilidad jurídico-penal en un sistema democrático, y el decaimiento del reproche, como fruto de la general comprensión de las razones de la conducta antijurídica aducidas por el autor en ese diálogo, conforman el esqueleto de las reglas de exculpación democráticas. Este marco impide una concepción absoluta de la culpabilidad en términos de poder fáctico para cumplir la norma y da paso a la evaluación de los motivos del sujeto. Además, como primera aproximación general y positiva al fundamento material de la exculpación, emerge la comprensión de los motivos del sujeto como reflejo de nuestra autocomprensión como personas responsables que se refleja en la propia imputación cotidiana. Con la ayuda de tales parámetros se estará en mejor estado para atacar el último tramo de la tarea de definir las razones materiales de la exculpación, esto es, el contenido de su razón normativa: la comprensión (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 318).

Para este fim, Martín Lorenzo especifica os elementos que devem ser levados em consideração em sede de culpabilidade. Vejamos.

Por um lado, esta autora refere-se à necessidade de valorar se o sujeito em questão era dotado da capacidade de adotar uma postura crítica, em suas duas vertentes, cognitiva e volitiva, como

pressuposto do uso comunicativo da linguagem. Essas habilidades formariam parte da capacidade humana de autoconhecimento como participante na vida de relação e constituiriam, portanto, o pressuposto indispensável para valorar se o sujeito era, ou não, dotado de competência comunicativa.

Esta capacidade de adotar uma postura crítica, descrita por Martín Lorenzo como competência comunicativa, teria como conteúdo:

[...] la aptitud para atender y examinar conforme a razones las acciones propias y ajenas y la disposición a alterar los propios planes de conducta en función del resultado del examen, en ambos casos con el reverso de la asunción de responsabilidad por las propias manifestaciones o acciones como garantía de las pretensiones de validez que esas exteriorizaciones implican (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 319).

Por outro lado, a autora refere-se à valoração do conhecimento da norma e à ausência de um contexto coativo ou de razões poderosas que possam afetar à sobrevivência da imagem normativa de pessoa deliberativa num sistema democrático. E isso porque uma concepção material de culpabilidade, internamente justificada, demandaria, para além da figura da pessoa deliberativa, também um horizonte de reconhecimento dos fatores que afetam o cidadão no exercício de sua capacidade de posicionamento racional no papel de destinatário da norma (MARTÍN LORENZO, 2009).

Por esse motivo, seria necessário averiguar se o autor da conduta antijurídica teve a possibilidade de exercitar as capacidades que lhe caracterizam como sujeito autônomo, destinatário das normas, e como cidadão, ou seja, seria necessário constatar se o sujeito sobre cuja conduta recai o juízo de reprovação teve a oportunidade de atuar na condição de partícipe do sistema democrático. O que significa que, no momento de determinar a culpabilidade pela prática de uma conduta típica e antijurídica, deve ser demonstrado não só que o autor da conduta atuou em condições de normalidade a respeito de suas capacidades cognitivas e volitivas, livre de erro ou

coação, mas também é preciso constatar que estava presente o pressuposto da efetiva possibilidade de acesso ao debate público, como parte do núcleo da legitimação da reprovação de culpabilidade.

En otras palabras, el fundamento de la responsabilidad penal individual se plasma en unas causas de inculpabilidad jurídico-positivas que reflejarán las situaciones en las que, primero, el sujeto no ostenta la genérica capacidad de imputación – la capacidad de evaluar críticamente sus planes de acción y de modificarlos atendiendo a razones, en este caso las que representa la norma penal, especialidad que determinará su configuración concreta –; segundo, no se dan las condiciones para hacer uso de ella integrado el motivo que representa la norma; y tercero, falta el presupuesto concomitante de una accesibilidad real al proceso de producción de normas (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 320-321).

Com esta configuração, mantém-se o desenho tripartido da culpabilidade em cujo âmbito se inserem os requisitos a) da imputabilidade, b) o da consciência da antijuridicidade e correspondente ausência de erro de proibição, e c) o da exigibilidade de atuar conforme o Direito, e correspondente ausência de uma situação conflituosa para bens jurídicos ou de coação limitadora da capacidade de tomar uma decisão racional.

Dessa forma, o juízo de culpabilidade atenderia ao conceito de pessoa deliberativa construído pelo Direito e permitiria atribuir responsabilidade penal quando se tratasse de um indivíduo imputável, é dizer, com capacidade de entendimento e de posicionar-se criticamente atendendo a razões. Além disso, dito juízo de culpabilidade estaria submetido à prévia verificação de se o sujeito imputável teve acesso ao conhecimento da norma e, portanto, a oportunidade de ajustar sua conduta, adequando-a conforme o Direito. Por último, estaria vinculado à análise de se o sujeito imputável e conhecedor da antijuridicidade da conduta que realiza teve a oportunidade de atuar motivadamente. Isto é, livre de uma situação conflituosa para bens jurídicos individuais e livre da coação limitadora da capacidade de tomar uma decisão racional. Nesses casos,

estariam presentes as condições de exigibilidade de atuar conforme o Direito (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 322-331).

Contudo, na opinião da autora, a esses elementos estruturais da culpabilidade é necessário acrescentar um novo, que reconhece ser de difícil enquadre no sistema tripartido clássico: o que a autora especifica como “la falta de oportunidad de participar públicamente, que, por ejemplo, podría servir de base a eximentes o atenuantes relacionadas con la falta de oportunidades sociales” (MARTÍN LORENZO, 2009, p. 321).

A autora, entretanto, esclarece que esse aspecto pontual da sua proposta não está dirigido a promover uma eficácia exculpante indiscriminada das circunstâncias sociais no processo de atribuição de responsabilidade penal. Em realidade, segundo a nossa interpretação, o que a autora sugere é que a falta de oportunidades sociais poderia chegar a ser relevante quando repercutisse sobre os demais elementos que integram a culpabilidade.

Em nossa opinião, o sentido prático e positivo dessa proposta consiste, de um lado, em garantir sob o ponto de vista procedimental o direito do autor da conduta típica e antijurídica a expor suas razões e, assim, defender-se, cuja contrapartida implica que o operador jurídico tem o dever de levar em consideração ditas razões no juízo de reprovação e de atribuição de responsabilidade penal. De outro lado, por meio dessa proposta, é possível deduzir que a adoção de um juízo dialógico de reprovação e de atribuição de responsabilidade penal implica, em última instância, um claro posicionamento a favor de um sistema penal democrático de Direito orientado à proteção de bens jurídicos. E isso porque, se partirmos da base de que no processo de valoração dos motivos alegados pelo autor é necessário averiguar se estes representam, ou não, motivos intersubjetivamente válidos para exculpar, o juiz ou tribunal estará obrigado, em todo momento e para cada caso concreto, a ponderar se são atendidos os ideais de justiça erigidos de maneira democrática por uma determinada sociedade.

Esse tipo de proposta também pode ser valorado positivamente na medida em que se propõe a oferecer limites valorativos tangíveis à elaboração estritamente funcional da culpabilidade. A este respeito, Martín Lorenzo (2009, p. 343) defende que:

[...] no se puede elaborar el sistema penal de espaldas a la interpretación social de la culpabilidad y la pena: la estabilización de la norma depende de que la sanción impuesta se perciba como justa, de modo que el Derecho penal está necesariamente vinculado a su entendimiento normativo por la sociedad. Con ello se pone de relieve que la fuente originaria de la decisión de atribuir culpabilidad a un sujeto radica en si está justificado imponer una pena al autor, no en si sancionarle estabiliza la conciencia normativa. Esta necesidad de pasar de un sistema funcional a un sistema normativo implica abandonar una perspectiva externa – las reglas de imputación atienden a un análisis de sus efectos y su carácter funcional respecto a los fines – y adoptar la perspectiva interna de la sociedad – las reglas de imputación deben ser legítimas, no sólo funcionales –, que conduce incluir la perspectiva del propio autor.

Esse entendimento é perfeitamente respeitável como uma coerente dedução dos argumentos sobre os quais se apoia. Ele pode ser, contudo, questionado na medida em que conduz a uma inadequada vinculação entre os elementos que integram o juízo de culpabilidade e os requisitos para o exercício de direitos políticos numa sociedade democrática (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2006; COUSO SALAS, 2006).

Além disso, uma concepção de culpabilidade como a que acabamos de resenhar somente estará internamente justificada quando, para além da constituição de um sistema democrático de Direito, os membros da sociedade tiverem a possibilidade de conviver em condições de igualdade, o que traz consigo o paradoxo de que fora de uma sociedade democrática ideal – pelo menos fora do contexto daquelas sociedades democráticas em que existe um verdadeiro Estado do bem-estar – é sumamente complicado fundamentar um juízo de culpabilidade internamente justificado. Em consequência, a aplicação de uma pena justa para aquele contingente de pessoas

que sobrevivem em um contexto de opressão, de desigualdade ou marginalidade social, transforma-se, praticamente, em uma utopia.

Os autores analisados nesta epígrafe não são alheios a essas dificuldades, e, apesar das críticas que vêm recebendo de setores mais resistentes à incorporação da ética discursiva na construção do conceito material de culpabilidade, defendem a importância dessas considerações para uma correta compreensão da criminalidade e, em consequência, para a eleição da resposta legítima e adequada em cada caso³⁹.

4 Considerações finais

Como é possível observar, as propostas anteriormente resenhadas apresentam uma interessante via de fundamentação ético-social do conceito material de culpabilidade, como alternativa à progressiva radicalização da compreensão funcional desta categoria sistemática.

Essa nova via de solução à tensão dialética existente entre interesses político-criminais preventivos e garantias individuais no âmbito da culpabilidade tem como marca identificatória a pretensão de incorporar ao âmbito do Direito Penal, enriquecendo o debate jurídico, considerações oriundas da filosofia social acerca das condições para o alcance de uma decisão justa.

A aceitação dessas propostas encontra-se, contudo, em grande medida condicionada à necessidade de um consenso acerca do

³⁹ Nesse sentido, Feijoo Sánchez (2007, p. 525) destaca que: “cuanto más evidente sea que el delito viene motivado por la injusticia de un determinado orden social, menos se podrá acudir a la responsabilidad del delincuente como solución al conflicto. La delincuencia de clases marginadas motivada claramente por la exclusión fáctica del orden social, es un fenómeno del que la sociedad no puede dejar de asumir su responsabilidad y del que no puede culpar al que ha sido excluido desde la infancia. No se debe olvidar el dato de que la criminalidad se acumula en determinados ámbitos de la sociedad demostrando que existen causas sociales o de desigualdad social en el origen de un cierto tipo de delincuencia. En los casos extremos de exclusión social, la política social y no la pena deben ser los instrumentos de solución de los conflictos. Si en vez de ello sólo se busca contener a las masas excluidas mediante represión, ello no tiene nada que ver con la concepción de la prevención general mediante retribución que se está intentando perfilar aquí”.

caminho metodológico a seguir para o entendimento contextualizado das condições de verdade e justiça material em uma determinada sociedade, que sirva de referente ao juízo de atribuição de culpabilidade para a imposição de uma pena justa pelo Estado. Essa já seria uma tarefa árdua, em virtude das já existentes divergências no âmbito da filosofia social, até mesmo entre representantes de mesma escola filosófica, como pode ser visto no estudo realizado por Cortina (2008), mas não irrealizável. De fato, se o Direito pretende justificar-se como uma das ferramentas que temos à nossa disposição para a consecução de uma sociedade mais justa, não pode pretender desvincular-se por completo da especulação sobre as condições de verdade e justiça.

Nesse sentido, o que em nossa opinião verdadeiramente representa o grande desafio para a aceitação dessas propostas é a questão de se estamos dispostos a aceitar uma fundamentação crítica da reprovação de culpabilidade, assumindo as consequências da argumentação ético-social na aplicação prática do Direito. Especialmente quando a consideração das condições de verdade e justiça conduza ao próprio questionamento da validade das normas e sua aplicação no procedimento de atribuição de responsabilidade e imposição de pena, em um caso concreto.

O estudo em profundidade dessas propostas e a valoração de sua repercussão prática nos elementos que compõem a culpabilidade enquanto categoria sistemática do delito constituem, portanto, um novo desafio para aqueles que se dedicam especificamente ao tema. O tempo dirá se essa nova tendência resistirá à crítica ou se se consolidará como alternativa possível ao avanço do discurso funcionalista no âmbito do Direito Penal.

Referências

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 51, p. 365-588, p. 1998.

———. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 25. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Universidad de Alicante: Seminario de Filosofía de Derecho, 2002, p. 139-175. Disponible em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23584061091481851665679/doxa25_05.pdf>. Acceso em: 5 feb. 2011.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad”*. Barcelona: J. M. Bosch, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. *Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global*. Traducción de Albino Santos Mosquera. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 2010.

CORTINA, Adela. *La escuela de Fráncfort: crítica y utopía*. Madrid: Síntesis, D. L., 2008.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CUESTA AGUADO, Paz María de la. *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. España: Dykinson, 2005.

DÍAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, culpabilidad y estado de derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2007.

———. Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal. Recensión a María Martín Lorenzo: “La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabili-

dad penal”. Editorial Tirant lo Blanch, Tirant monografías n. 613, Valencia, 2009 (540 p.). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n. 2. UNED, 2009, p. 229-252.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Introducción y traducción sobre la cuarta edición revisada de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

———. *Verdad y justificación*. Traducción de Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Trotta, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997a.

———. *Estudios de derecho penal*. Traducción al castellano y estudio preliminar Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, Universidad Autónoma de Madrid, 1997b.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Recopilación de artículos, Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

———. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. Traducción

de Bernardo Feijoo Sánchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; CANCIO MELIÁ, Manuel (Eds.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Madrid: Civitas, 2008, p. 169-206.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria. Traducción de Patricia esquinas Valverde. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 05-01, p. 1-19, 2003. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acceso em: 5 feb. 2011.

KINDHAÜSER, Urs. Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de derecho. Traducción de Nuria Pastor Muñoz. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Cord.). *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. v. 2. Montevideo – Buenos Aires: B de f, 2006, p. 137-164.

MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal*. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal. Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal*. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.

MELENDO PARDOS, Mariano. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas. Granada: Comares, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*: Parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979.

———. *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 209-262.

RODILLA, Miguel Ángel. Razones del impacto de una teoría de la justicia. Para una caracterización de la obra de J. Rawls. In: RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Selección, traducción y presentación de M. A. Rodilla. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 11-45.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I*. Fundamentos de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

———. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000a.

———. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000b.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Recensión a Klaus Günther, Schuld und kommunikative Freiheit. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, n. 3, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122194/169314>>. Acesso em: 1º feb. 2011.

———. *Imputación y teoría del delito*. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2008.

SCHMIDT, Andrei Zekner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional normativista. In: *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIERRA, José Domingo; PALACIOS GARCÍA, Juan Miguel. *La autonomía moral de Kant*. España: Universidad Complutense de Madrid, 2006. Disponível em: <<http://site.ebrary.com/lib/bupo/>>. Acesso em: 4 maio 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2010.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general, I. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, D. L., 2005.

URRUELA MORA, Asier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica: la capacidad de culpabilidad penal a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Granada: Comares, 2004.

VARONA GÓMEZ, Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada: Comares, 2000.