

A culpabilidade e a jurisprudência como “forma viva do direito”: homenagem a Alberto Silva Franco

Mens rea and case law as “a living form of law”: tribute to Alberto Silva Franco

Ângelo Roberto Ilha da Silva 

Resumo: O presente artigo é ofertado como uma singela homenagem ao extraordinário penalista Alberto Silva Franco. É consabido que o seu prestigiado *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* marcou época na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Certo é, como já se afirmou, que a jurisprudência constitui “a forma viva do Direito”. Isso porque o Direito é uma ciência da razão prática e coloca-se como instrumental à *praxis*. Não obstante, o que se observa é que, se, por um lado, a doutrina tem por escopo fornecer fundamentos teóricos sólidos à consecução de decisões cujos embasamentos sejam adequados e consistentes, por outro, a doutrina, não raro, ampara-se na jurisprudência. O caso da culpabilidade normativa é um significativo exemplo da contribuição da jurisprudência ao avanço doutrinário, tanto que os casos julgados no tribunal do Reich alemão e a obra seminal de Reinhard Frank mantêm seus reflexos até os dias atuais. Dessa forma, o artigo compõe-se de uma primeira, em que se procede a uma breve evolução da teoria do crime, e uma segunda parte, que aborda o conceito normativo de culpabilidade e a intersecção com a jurisprudência enquanto propiciadora da gênese dessa concepção, fazendo-se referência ao clássico livro de Silva Franco sobre a matéria.

Palavras-chave: teoria do crime; culpabilidade; jurisprudência; jurisprudência como embasadora da doutrina.

Abstract: The present article is offered as a simple tribute to the extraordinary criminal law jurist Alberto Silva Franco. It is well known that his prestigious “Código Penal e sua interpretação jurisprudencial” marked an era in Brazilian doctrine and case law. It is true, as has already been stated, that case law is “the living form of Law”. This is because Law is a science of practical reasoning and is instrumental to *praxis*. Nevertheless, what can be observed is that, if on the one hand the doctrine has the purpose of providing solid theoretical foundations to reach decisions whose basements are adequate and consistent, on the other hand, the doctrine often relies on case law. The case of normative *mens rea* is a significant example of the contribution of case law to doctrinal advancement, so much so that the cases heard in the German Reich court and the seminal work of Reinhard Frank maintain their reflections to nowadays. In this way, the article is composed of a first part, in which a brief evolution of the theory of crime is presented, and a second part that approaches the normative concept of *mens rea* and the intersection with case law as a propitiator of the genesis of this conception, making reference to Silva Franco’s classic book on the subject.

Keywords: theory of the crime; mens rea; case law; case law as the foundation of jurisprudence.

Sumário: Introdução; 1 O sistema clássico; 2 O sistema neoclássico; 3 O sistema finalista; 4 A evolução do conceito de culpabilidade e a contribuição da jurisprudência; Conclusão; Referências.

Introdução

Neste artigo, farei, primeiramente, uma aproximação de como se estabeleceu o conceito estratificado de crime consistente na conduta típica, ilícita e culpável, e as vicissitudes por que passaram cada componente do delito quanto ao conteúdo e quanto às intersecções e dissonâncias entre os diversos sistemas da teoria do fato punível. Para o escopo deste estudo, ficarei adstrito aos sistemas causais – clássico e neoclássico – e ao sistema finalista. Isso porque foram esses sistemas que exerceram influência mais concreta e abrangente nos tribunais e nas legislações de diversos países da tradição *civil law*, além de serem os mais pertinentes à abordagem aqui feita. Ao final, tratarei da culpabilidade, explicitando como casos recolhidos na jurisprudência vieram a constituir o embasamento de um novo modelo de culpabilidade que remonta ao início do século XX, o modelo normativo.

O texto ora ofertado é crítico-descritivo. No entanto, sem desconsiderar a contribuição doutrinária que busco oferecer aos leitores, trata-se de uma celebração, uma justa comemoração aos 90 anos do excepcional Jurista Alberto Silva Franco, completados no dia 25 de novembro de 2021. Dados os limites deste artigo, não farei aqui um inventário da obra desse penalista, querido por todos, das diversas contribuições que a tantos títulos nos legou. Optei por tomar o seu *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* como ponto de contato com o texto seminal de Reinhard Frank quando propôs sua concepção de culpabilidade normativa, inspirada precisamente na jurisprudência. Penso que é correto afirmar que Frank, a partir da jurisprudência, restou por instituir um novo significado à culpabilidade, ao passo que Silva Franco, a propósito de escrutinar a jurisprudência, predicou com sobejante excelência cujo resultado foi uma das maiores obras de Direito Penal que o Brasil viria a testemunhar.

1 O sistema clássico

A despeito de existir uma certa diversidade conceitual sobre o que é crime, para os fins da *praxis* jurídica, importa a edificação de uma teoria jurídica do delito que se compagine com um conceito estratificado, é dizer, um conceito analítico, também dito dogmático ou operacional. Isso sem desconsiderar o re-

levo de um conceito formal, que nos remete à exigência da estrita legalidade, e de um material, que sobreleva reclamos do próprio fundamento da incriminação. Dessa forma, a doutrina do fato punível vale-se de um “procedimento metódico *categorial-classificatório*”¹, que toma como base o conceito de ação ao qual se-guem os qualitativos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade.

O conceito analítico, como é consabido, permiti-nos identificar quando um fato é crime e quando um fato não é crime², ante a possível incidência de causas excludentes previstas para cada componente da infração penal. Não há relutância em afirmar que foi mérito da concepção clássica, causal-naturalista, a definição, no que se refere ao estabelecimento de seus elementos, segundo a qual *crime é ação típica, ilícita e culpável*. Esse constructo não se observava – tomando aqui a representação germânica e a peninsular – em referências do século XIX, como Anselm Ritter von Feuerbach³ e mesmo em Francesco Carrara⁴, este último um pouco mais recente, mas ainda (um pouco) anterior a Franz von Liszt e Ernst Beling.

Releva notar, no entanto, que o conceito suprarreferido não surgiu nos moldes tripartidos no âmbito da concepção causal-naturalista de delito, a princípio. Assim é que no *Tratado de direito penal alemão* – em edição anterior ao livro de Beling que veio a instituir uma nova noção ao tipo penal –, de Franz von Liszt⁵, lê-se:

I – Crime é o *injusto contra o qual o Estado comina pena* e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a *acção culposa e contraria ao direito*.

1º – D’estas definições resulta imediatamente a construção systemática da teoria do crime. Devemos considerar o crime primeiramente como injusto, e portanto: a) como acção, b) como acção contraria ao direito, c) como acção culposa; ao que acresce d) a indagação da diferença entre o injusto punível e o não punível.

Como se pode observar do conceito reproduzido *supra*, no final do século XIX, não se identificava a referência à tipicidade no conceito de delito. Porém, em edição da década de 1930, atualizada por Eberhard Schmidt, o conceito analítico

1 FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal*, p. 192.

2 MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 17.

3 Conforme se observa em FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*.

4 Conferir em: CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* I.

5 LISZT, *Tratado de direito penal alemão* I, p. 183.

no *Tratado* de Liszt⁶ já está a contemplar a tipicidade. Esse conceito – a despeito de haver alguma controvérsia no Brasil sobre se a culpabilidade seria um componente ou um mero pressuposto de pena – é amplamente aceito por autores causalistas, neokantistas, finalistas e funcionalistas.

De modo mais esquemático, Beling⁷, dando atenção mais detida aos elementos do fato punível, articula distintos tópicos em seu famoso *Die Lehre vom Verbrechen*, nomeadamente o crime como ação (*Das Verbrechen als Handlung*), como ação típica (*Das Verbrechen als tatbestandsmäßige Handlung*), como ação ilícita (*Das Verbrechen als rechtswidrige Handlung*) e como ação culpável (*Das Verbrechen als schuldhafte Handlung*). Edmund Mezger⁸, em contraposição à classificação tripartida belingniana, em virtude de vislumbrar a ilicitude como um injusto típico, ao entendimento que em face da incidência de uma causa de exclusão de ilicitude ensejaria a exclusão do injusto, esposa, dessa forma, uma concepção dos elementos negativos do tipo⁹. Não obstante, o professor da Universidade de Munique realça a contribuição de Beling, por ter este último propiciado uma adequada compreensão do tipo penal, não mais como uma noção de *delito como um todo*, um *tipo geral* (*Allgemeinen Tatbestand*), mas sim *como elemento ou componente do crime*.

Portanto, a concepção clássica de delito coloca a ação como substrato sobre o qual se assentam os predicados da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Essa contribuição é, de fato, mérito da concepção causal. Assim é que, consoante leciona(va) Gustav Radbruch¹⁰ – em sua posição original, que mais tarde iria se alterar –, a ação constitui a categoria genérica superior na classificação do delito, o substantivo do qual todos os demais elementos são seus atributos, de modo que o conceito de crime deve iniciar pelo conceito de ação.

Para considerável parte dos autores dessa concepção, *a ação é o movimento corporal voluntário causador de um resultado no mundo exterior*, devendo-se entender resultado em um sentido físico e o termo voluntário como ausência de coação. Esse conceito é encontrado de forma muito clara em Liszt. Em defesa

6 LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 145: “*Verbrechen ist die tatbestandsmäßige rechtswidrige, schuldhafte Handlung*” (“Crime é a ação típica, ilícita e culpável”).

7 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 8-47.

8 MEZGER, *Strafrecht* (Lehrbuch), p. 173, 175, 204.

9 Para mais detalhes sobre essa concepção, incluindo as contribuições de Adolf Merkel e de Arthur Baumgarten, ver: SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 108 e ss.

10 RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, p. 71.

desta doutrina – de modo incisivo –, Radbruch¹¹, discípulo de Liszt, escreveu sua monografia com a qual logrou sua cátedra em Heidelberg. Vale lembrar que esses autores seguem a orientação do “positivismo”, enquanto “movimento espiritual geral (europeu)”¹², vigente à época, o qual, entre outras coisas, pretende estender o método das ciências naturais às ciências do espírito.

Em Liszt, em tradução ainda no antigo vernáculo, lê-se, textualmente: “Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem”¹³. De forma um pouco diversa, por não incluir em seu conceito o resultado, Beling aduz que a “ação, em contraposição com o *acaso*, é a atividade da vida baseada na vontade, um fazer deliberado (a palavra *fazer* é usada aqui em um sentido mais amplo = comportamento, conduta)”¹⁴. Radbruch, que dedicou esforços em prol do modelo causal de ação em sua monografia para assunção à cátedra, destaca, como antes mencionei, a ação como conceito superior no âmbito da conceituação estratificada em moldes causais-naturalísticos.

A despeito de Beling não utilizar a palavra resultado em sua conceituação, consoante se verifica da reprodução *supra*, tal não significa que esse autor não laborasse, de modo empenhado, em favor da pauta *naturalista*, a qual, a propósito, dividia-se entre autores que davam maior destaque à conduta típica e outros ao resultado¹⁵, sendo que Beling incluía-se justamente entre os primeiros. É exatamente por isso que, de forma assertiva, no escopo de afastar qualquer consideração axiológica, enfatiza em seu *Die Lehre vom Verbrechen* que o seu conceito de ação é – deve ser – um conceito *incolor* (*farblos*)¹⁶.

A conceituação, contudo, que viria a ser repetida e adotada, especialmente por um setor da concepção neoclássica de delito seria, de fato, a de Liszt. Não obstante, essa compreensão em moldes de uma ação que albergava o resultado deparava-se com óbices intransponíveis relativamente aos crimes omissivos, visto que, do nada, nada surge, assim como no plano da tentativa, em que não há se falar em resultado. Os problemas do causal-naturalismo começam na ação, mas aí não se exaurem, como adiante se verá.

11 RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, passim.

12 LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 36.

13 LISZT, *Tratado de direito penal alemão I*, p. 193.

14 BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, p. 28: “Handlung im Gegensatz zum Zufall ist vom Willen getragene Lebensbetätigung gewolltes Tun (das Wort Tun hier im weiteren Sinne genomenn = Verhalten, Benehmen)”.

15 SILVA, *Instituições de direito penal* PG, p. 314-315, 643.

16 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 11.

No percurso do estabelecimento dos elementos do fato punível, como afirmei linhas atrás, o conceito de tipo, tal como o conhecemos, e refiro-me aqui não a seu conteúdo, e sim a seu caráter de elemento, ao lado da ilicitude e da culpabilidade, todo mérito deve ser reconhecido ao sistema causal clássico, nomeadamente na pessoa de Beling¹⁷, que asseverava que “não há crime sem tipicidade”. Porém, o tipo belingniano é neutro, destituído de qualquer componente valorativo¹⁸. A tipicidade, enquanto realização do tipo pela ação concreta, é tão somente formal.

Eis a síntese de Cláudio Brandão¹⁹:

Em 1906, Beling escreveu a obra que inaugurou uma nova sistemática metodológica no direito penal: *A doutrina do crime (Die Lehre vom Verbrechen)*. Beling, nesta obra, reduziu o âmbito de abrangência do *Tatbestand*, que não mais seria considerado como sinônimo de crime, e deu-lhe uma função no método do direito penal. A tipicidade (*Tatbestand*) para ele é uma descrição. Tem, pois, uma função meramente descritiva, separada a antijuridicidade e da culpabilidade. Não cabe à tipicidade o estabelecimento dos juízos sobre as causas de justificação ou sobre o dolo ou a culpa, que são funções da antijuridicidade e da culpabilidade, respectivamente, mas tão somente realizar uma descrição, pois a tipicidade nunca pode ser valorativa, apenas descritiva, porque ela pertence à lei, não à vida real.

Evidentemente, o tipo dessa forma concebido não admite a presença de elementos subjetivos e elementos normativos em seu conteúdo. Importa afirmar que essa concepção de tipo, enquanto esquema penal, não viria a satisfazer às necessidades de ordem prática reivindicadas pela Ciência Jurídico-Penal. Porém, darei antes atenção à categoria subsequente para, após, proceder a uma breve consideração crítica de ambas.

Em sequência à tipicidade, a ilicitude consiste na relação de contrariedade entre o fato e a norma, sem considerações axiológicas²⁰. Portanto, um conceito meramente *formal*. Nesse ponto, em linha diversa, importa lembrar da contribuição de Liszt, que se, por um lado, concebeu um conceito de ação fadado a dificuldades insuperáveis por abarcar o resultado na própria definição; por outro, veio a formular a noção de ilicitude material, nos seguintes termos: “Ilicitude

17 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 23: “Kein Verbrechen ohne Tatbestand”.

18 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 20 e ss.

19 BRANDÃO, *Tipicidade penal*, p. 80-81.

20 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 31 e ss.

material é a ação enquanto comportamento socialmente danoso (antissocial ou ainda associal)²¹.

Consoante adiante será visto em pormenor, a concepção de um tipo neutro, meramente descritivo, não resistiu às evidências da inegável presença de elementos subjetivos e normativos em certos casos. Ademais, tanto a tipicidade quanto também a ilicitude meramente formais não dão conta à resolução de diversas exigências de ordem prática, como, *v.g.*, considerações sobre a insignificância, no âmbito da tipicidade, e sobre a gradação da ofensa ao bem jurídico, no plano da ilicitude.

Por fim, na busca de uma pretensa neutralidade científica, o último elemento do crime, qual seja, a culpabilidade também haveria de abdicar de considerações valorativas – ou, mais enfaticamente, a até mesmo se opor. Dessa forma, a culpabilidade exaure-se no vínculo psicológico entre o agente e o fato. Não farei, por ora, uma apreciação crítica dessa categoria, pois ela será objeto do último tópico deste artigo.

2 O sistema neoclássico

Discute-se, em doutrina, se as concepções clássica de delito e neoclássica guardariam uma maior identidade ou divisar-se-iam de forma mais significativa. A meu ver, ambas concepções antes se aproximam do que se estremam. De igual modo, Hans-Heinrich Jescheck²² observa que a concepção neoclássica de delito, o neokantismo, remanesce *imanente* (*eine system-immanente*) ao causal-naturalismo.

Em consonância com esse entendimento, Juarez Tavares²³ insere a concepção neoclássica dentro do que designa como *sistemas causais modernos*, sobre a qual leciona nos seguintes termos:

A teoria teleológica do delito está intimamente ligada à teoria do conhecimento da filosofia do *neokantismo*, que revigora, ao lado do método empírico-formal das ciências naturais, o método da significação e valoração das ciências hermenêuticas.

21 LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 176: “Materiell rechtswidrig ist die Handlung als gesellschaftsschädliches (antisoziales oder noch asoziales) Verhalten”. Na lição de Luis Jiménez de Asúa, a expressão ilicitude material aparece pela primeira vez na edição de 1903 do *Tratado* de Liszt. Conferir em: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal* III, p. 959.

22 JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, p. 204.

23 TAVARES, *Teorias do delito*, p. 41-42.

Disso provém a consequência de que, associada à filosofia de Max Scheller, a essência do Direito Penal deve ser vista como expressão normativa de valor. O Direito Penal adquire, com isso, a função instrumental de proteção de valores preexistentes, ao mesmo tempo imanentes à natureza do homem e independentes dela, de tal sorte que se torna, até, possível a criação de um novo direito natural axiológico.

Dessa forma, a doutrina do crime neoclássica não se constitui em uma contraposição à doutrina clássica, e sim uma devida inflexão que veio a agregar e não se pôr em rota de colisão. O crime dividido em duas partes – objetiva e subjetiva – está preservado, mas o elemento valorativo passa a dar o suporte que então faltava. Arthur Kaufmann, ao predicar sobre a assunção do sistema neoclássico em lugar do clássico, assevera, corretamente, que “fatos históricos destituídos de valor e valores cindidos do ser constituem figuras puramente imaginárias, não reais – do contrário estaríamos *submersos* ou ao ser ou ao valor”²⁴.

Kaufmann prossegue em sua apreciação enfatizando que, sob essa perspectiva, o sistema de Direito Penal clássico, que pretendia proceder à distinção entre *tipo* puramente descritivo e *ilicitude* puramente normativa veio a soçobrar. “Na verdade”, complementa o professor da Universidade de Munique, “os tipos penais são *tipos de injusto*: reprováveis fatos históricos tipificados”²⁵. Importa lembrar que Kaufmann considera o tipo, concernente à natureza das coisas, um entre os mais atuais problemas da teoria contemporânea do Direito.

Nos domínios do neokantismo, observa-se uma diversificação de abordagens relativamente à concepção de ação, algumas em linha de similitude com a concepção clássica e outras em sentido diverso. Não é meu propósito fazer um escrutínio mais detido, de modo que, tendo em vista o propósito deste artigo, a exposição será antes exemplificativa do que exaustiva.

Há, com efeito, no modelo neoclássico, por um lado, um setor doutrinário que se mantém, de forma nítida, em conformidade com a noção de ação do modelo que a precedeu e, ao revés, outro que se aparta da concepção anterior, seja por colocar em realce a edificação da tipicidade em detrimento de uma doutrina da

24 KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 37: “Wertfreie Lebenssachverhalte und vom Sein losgelöste Werte sind reine Gedankengebilde, aber keine Realitäten – wir würden sonst entweder im Sein oder im Wert ertrinken”. Optei por traduzir *Lebenssachverhalte* como *fatos históricos*. Uma tradução mais literal seria *fatos da vida* ou *da existência*.

25 KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, p. 37: “In Wahrheit sind die Strafrechtlichen Tatbestände Unrechtstypen: typisierte unwerthafte Lebenssachverhalte”.

ação, seja por oferecer conceitos notadamente genéricos que pouco ou nada definiam. Em consonância com a primeira posição suprarreferida, em seu *Lehrbuch*, publicado em 1915 e reimpresso em 1923, na seção que trata sobre a essência da ação, Max Ernst Mayer²⁶ enfatiza sua posição segundo a qual: “Por conseguinte, cabe definir a ação como uma atuação voluntária com inclusão do resultado”.

Porém, em sequência, Mayer reconhece o fato de muitos autores rechaçarem a inclusão do resultado no sobredito conceito e de forma que reputo como uma postura que chega mesmo a causar espécie afirma que se trata de um problema terminológico, dando a entender que o resultado seria prescindível à definição. A conclusão a que chego é que a posição de Mayer é, no mínimo, claudicante.

Por sua vez, Edmund Mezger²⁷ assevera o caráter do crime como ação ou como conduta humana, enquanto marco mais geral para a determinação do conceito de crime. Destaca o professor da Universidade de Munique a conduta punível sobre a tríplice forma, consistente em crime comissivo (*Kommissivverbrechen*), nos casos em que a lei penal comina com uma pena determinado acontecimento, em crime omissivo próprio (*echtes Unterlassungs- oder Omissivverbrechen*) e em crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão (*unechtes Unterlassungs- oder Kommissivverbrechen durch Unterlassung*). Tal qual o positivismo causal-naturalista, Mezger²⁸ entende que o resultado está incorporado pelo conceito de ação. No entanto, esse entendimento se coloca em dificuldade de compatibilização com os crimes omissivos impróprios mencionados por esse autor como uma entre as formas de conduta.

Radbruch, no entanto, outro representante do sistema neoclássico, um quarto de século após defender com veemência um conceito naturalístico em sua famosa monografia *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem (O conceito de ação e seu significado para o sistema jurídico-penal)*, adota uma postura em que aquele antigo conceito de ação é rechaçado. Assim é que, no livro comemorativo aos 70 anos de Frank, Radbruch²⁹ é assertivo em dar realce à realização da tipicidade, em detrimento de um conceito superior de ação causal-naturalista, em clara refutação à capacidade de rendimento da-

26 MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, p. 101: “Demgemäß ist die Handlung zu definieren als eine motivierte Willensbetätigung mitsamt ihrem Erfolg”.

27 MEZGER, *Strafrecht (Lehrbuch)*, p. 91-92.

28 MEZGER, *Strafrecht (Lehrbuch)*, p. 95: “Im Handlungsbegriff eingeschlossen ist der Begriff des Erfolgs”.

29 RADBRUCH, *FS-Frank*, p. 161-162.

quele antigo conceito por considerá-lo carecedor de aptidão a servir como pedra angular do sistema penal.

Tavares³⁰ oferta sua síntese acerca do primeiro requisito do fato punível, a teor da concepção *sub examinen*, nos seguintes termos:

Especificamente no conceito de ação, a par de seu conteúdo causal, faz-se uma aproximação a um conceito mais geral do que ao referente ao estrito movimento corpóreo.

Propõem-se, para isso, inúmeros arranjos, definindo-se a ação simplesmente como *conduta volitiva, realização da vontade, conduta voluntária* ou *conduta humana*. Amplia-se, assim, a esquemática de Liszt-Beling ao extremo limite que possa suportar ainda um conceito objetivo-causal, a fim de possibilitar dentro do conceito de ação a compreensão de inúmeras formas da atividade fundamentadora de um fato punível. Isto tem particular importância no tratamento do delito omissivo, bem como na própria superação da forma causal-objetiva, subsistente nos autores tradicionais.

Da leitura dessas passagens, fica evidenciado o esforço da concepção neoclássica em edificar um conceito de ação sem incorrer em uma ruptura com o sistema anterior, do qual, como já afirmado, é imanente. A despeito disso, como vimos, um setor doutrinário simplesmente rechaça o conceito de ação como propiciador de um *Oberbegriff*.

Em conformidade com o que referi antes, foi mérito de Beling conceber uma concepção de tipo penal não mais como um *tipo geral*, e sim como um componente do fato punível. Este, por assim dizer, *novo tipo penal* (elemento, parte *do*, e não todo o crime) é meramente descritivo e avaliado, bem como destituído de elementos subjetivos ou normativos, o que remetia a uma tipicidade meramente formal.

Fato é que essa perspectiva encontrava óbice na realidade, como observou Kaufmann. Além disso, os trabalhos de Hans Albrecht Fischer, August Hegler, entre outros, evidenciaram a presença de elementos subjetivos no tipo, ao passo que Mayer, em seu *Tratado*, publicado em 1915, viria a demonstrar a presença de elementos normativos em alguns tipos penais incriminadores.

Em 1911, Fischer³¹ é o primeiro a ressaltar a existência de elementos subjetivos, se bem que em estudo sobre direito civil, os quais se evidenciavam em relação às causas de exclusão de ilicitude. Hegler³² viria a tratar sobre os elementos subjetivos do tipo em trabalho especificamente penal alguns anos após, em 1915, em seu artigo *Die Merkmale des Verbrechens (As características do crime)*. Por sua vez, Mayer³³ defende que a tipicidade se divisa nitidamente da ilicitude. A tipicidade constitui *indício de ilicitude*, as quais atuam como *fumaça (Rauch)* e *fogo (Feuer)*. Ademais, o professor³⁴ de Estrasburgo e de Frankfurt preconiza o caráter valorativo do tipo, em que este assume claramente um sentido de significado axiológico, densificado nas normas de cultura, com o que contribui para fazer esmaecer definitivamente o tipo belingniano. Dessa forma, Wilhelm Gallas enfatiza que *a punição de uma conduta não está subordinada apenas à subsunção (tipicidade) formal, e sim também à material*³⁵.

É importante lembrar que os autores brasileiros que escreveram sob a égide do CP de 1940, especialmente anteriormente à década de 1970, seguiam a orientação neokantista, divisando o crime em parte objetiva (fato típico) e parte subjetiva (culpabilidade). Nesse sentido é a lição de Nelson Hungria: “O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo) e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime”³⁶. É por isso que consideravam os tipos que contivessem elementos subjetivos e/ou normativos como tipos anormais, como se observa em Anibal Bruno, quando afirma que “o tipo é por definição a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime [...]. Vemos, então, em certas construções de tipo elementos normativos, que implicam uma consideração do ilícito, e, ao lado de elementos puramente objetivos, elementos subjetivos, que pertencem também à culpabilidade”³⁷. Por sua vez, Magalhães Noronha preleciona que

31 FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. Frankfurt-Main: Sauer & Auvermann, 1966. Este trabalho, que foi publicado originalmente em 1911, foi republicado em 1966.

32 HEGLER, ZStW 36, p. 19-44, 1915.

33 MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923. p. 9-10.

34 MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923. p. 51-52.

35 GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 21: “[...] ein Verhalten, um strafbar zu sein, nicht nur formell, sondern auch materiell tatbestandsmäßig sein”.

36 HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal I, II*, p. 9.

37 BRUNO, *Direito penal I*, p. 343.

são esses elementos que dão estrutura aos tipos de mera descrição objetiva, tipos *normais*, consoante Asúa. Outros elementos, entretanto, existem que, às vezes, aparecem, tirando ao tipo sua característica objetiva e descritiva. São elementos subjetivos do injusto e normativos, que informam os tipos *anormais*, ainda segundo o mesmo autor.³⁸

Em continuidade, relativamente à ilicitude, não é necessário proceder a uma maior digressão. Porém, importa fixar que a contribuição de Liszt, que antes mencionei, ao conceber a ilicitude material, veio a afirmar-se, especialmente no sistema ora estudado, bem como a manter-se até os dias atuais, na generalidade dos sistemas do fato punível.

No plano da culpabilidade, observavam-se nítidas dificuldades na construção teórica que precedeu à concepção neoclássica, na medida em que era vista como o vínculo psicológico entre o agente e o fato, sem qualquer elemento valorativo. Isso levava a uma equação tão simplista quanto insustentável, porquanto nos crimes cometidos com culpa inconsciente não há que se falar em vínculo psicológico, ao passo que, na hipótese da prática do fato punível em que o agente esteja sob coação moral irresistível, tal vínculo estará presente, mas não restará infirmada a culpabilidade ante a incidência da dirimente inexigibilidade de comportamento conforme o direito, consoante será visto na segunda parte deste artigo, dando-se uma maior atenção aos pormenores.

3 O sistema finalista

É fato que em um artigo científico não se revela possível tratar detalhadamente sobre os diversos sistemas que se ocuparam em edificar uma teoria do crime. Precisamente por esse motivo, optei por ficar adstrito ao clássico, ao neoclássico e ao finalista. Isso porque foram esses que, de fato, obtiveram espaço de modo efetivo nos âmbitos doutrinário, legal e jurisprudencial, notadamente nesses dois últimos, os quais se constituem, em razão disso, como aqueles que repercutem na vida das pessoas de forma efetiva.

Em modo de síntese – ainda que para tanto seja necessária uma certa e inevitável simplificação ante eventuais variantes³⁹ –, pode-se afirmar que o sistema

38 MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal I*, p. 96.

39 Assim, por exemplo, o saudoso Professor Salgado Martins, o qual segue a estrutura básica do sistema neoclássico, mas, por outro lado, assume algumas posições particulares, como, entre outras coisas, o fato de considerar que “todos os elementos do tipo possuem, em última análise, caráter normativo, pois, como conceitos jurídicos, só valorativa e teleologicamente poderão ser edificados”. No entanto, essa compreensão estrema-se de boa parte de

neoclássico de delito continua a separar o crime em duas partes, uma objetiva e outra subjetiva, a primeira abrangida pela tipicidade e pela ilicitude, ao passo que a segunda se refere à culpabilidade. Porém, esse sistema *admite* elementos subjetivos e/ou normativos no âmbito do tipo, como vimos, mas o tipo que viesse a abarcar elementos subjetivos e/ou normativos consistia em um tipo anormal. Isso está muito claro, entre nós, como vimos, por exemplo, em Nelson Hungria e Anibal Bruno, dois entre os mais influentes penalistas pátrios, especialmente no período que antecedeu à Reforma Penal brasileira de 1984. Neste contexto, o crime é a ação típica, ilícita e culpável. A tipicidade e a ilicitude passam a ser materiais e a culpabilidade é normativa ou psicológico-normativa, consoante será melhor detalhado no último tópico, relevando notar que Frank rechaça a natureza de espécies ou formas de culpabilidade do dolo e da culpa, passando a considerá-los como elementos dessa, enquanto reprovação.

Essa era a realidade da teoria do crime – claro que com algumas divergências aqui e ali, mas essa é a síntese possível, em observância ao espaço e ao escopo deste artigo – no início da década de 1930, quando Hans Welzel viria a propor um novo sistema. Assim é que, em 1931, Welzel publica o seu famoso texto *Kausalität und Handlung*⁴⁰ (*Causalidade e ação*), no qual destaca a importância da intencionalidade da ação, a qual, portanto, não se exaure na causalidade. Porém, o qualificativo *final* somente viria a ser empregado pelo penalista de Bonn, em 1935, em diversas passagens de seu opúsculo *Naturalismus und Wertphilosophie* (*Naturalismo e filosofia dos valores*), republicado na coletânea do autor, em 1975⁴¹.

Mas, em seu percurso doutrinário⁴², é com a publicação de seu *Studien zum System des Strafrechts* (*Estudos sobre o sistema de direito penal*) que Welzel⁴³ apresenta sua concepção de forma mais delineada. Nesse texto, além de explicitar de forma mais elaborada as categorias da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade – especialmente a primeira e a última –, embasadas em seu método, o jusfilósofo concebe, pela vez primeira, a *teoria* do domínio ou melhor *do domínio final do fato*, como contribuição verdadeiramente inovadora à doutrina

autores que esposavam essa concepção, os quais não raro adotavam um conceito estritamente naturalístico de ação. Conforme: MARTINS, *Direito penal*, p. 171.

40 WELZEL, ZStW 51, p. 703-720, 1931.

41 WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*.

42 Para um panorama sobre o pensamento de Welzel, ver: KAUFMANN, *FS-Welzel*; HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme*, p. 336 ss.

43 WELZEL, ZStW 58, p. 491-566.

da participação. Anos mais tarde, a teoria do domínio do fato ganharia as mais variadas versões⁴⁴. Em 1940, o autor lançaria o seu livro (*Das Deutsche Strafrecht*) *Direito penal alemão*⁴⁵, cuja última edição foi a do ano de 1969.

Em conformidade com o que preconizava Alexander Graf zu Dohna, Welzel⁴⁶ divisa o fato punível em objeto de reprovação e juízo de reprovação, sendo que o primeiro corresponde ao injusto e o último à culpabilidade. Dolo e culpa são retirados da culpabilidade para serem inseridos na conduta típica. Porém, o dolo é deslocado para a conduta típica sem a consciência da ilicitude, a qual é alçada a elemento autônomo da culpabilidade ao lado da exigibilidade de comportamento conforme o direito, tendo a imputabilidade como pressuposto. O dolo, portanto, é *natural*. Trata-se de um dolo de tipo e, assim sendo, o agente que age em legítima defesa, a despeito de agir licitamente, continua a agir com dolo, pois esse, como afirmei, não mais incorpora a ilicitude. *A ação humana é o exercício da atividade final*⁴⁷. Isso porque, como sustenta o professor de Bonn, a finalidade é *vidente*, ao passo que a causalidade é *cega*. É importante ter em conta que Welzel embasa seu sistema nas categorias lógico-objetivas, pré-jurídicas.

O conceito de ação welzeliano foi alvo de críticas, especialmente com relação aos tipos culposos, mas, como bem esclareceu Eberhard Struensee⁴⁸, nesses a finalidade se relaciona com um acontecimento prévio ao resultado lesivo. Isso porque a finalidade na ação culposa recai sobre o perigo de produção de um resultado lesivo.

Nesse ponto, abro parêntese para mencionar a teoria social da ação, a qual já havia sido preconizada por Eberhard Schmidt, autor mais ligado ao naturalismo, mas mais contemporaneamente esposada por Johannes Wessels⁴⁹ e Jescheck⁵⁰, para quem *ação é o comportamento humano socialmente relevante*. Essa doutrina não busca edificar um novo modelo de teoria do delito, e sim um conceito superior de ação, apto a dar conta às diversas formas de comportamento delitivo.

44 Para um panorama, ainda que não contemple – por impossível, visto que frequentemente surge alguma nova – todas as teorias existentes, ver: SCHILD, *Tatherrschaftslehren*. No Brasil, vide: ALFLEN, *Teoria do domínio do fato*.

45 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*.

46 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 140.

47 WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33.

48 STRUENSEE, JZ 42, p. 53 e ss. Ver, ainda: TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 101 e ss.; SILVA, *Instituições de direito penal* PG, p. 317 e ss., p. 325 e ss.; GUARAGNI, *As teorias da conduta em direito penal*.

49 WESSELS/BEULKE, *Strafrecht* AT, p. 32.

50 JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts* AT, p. 223: “*Handlung ist danach sozialerhebliches menschliches Verhalten*”.

No entanto, consoante adverte Günter Stratenwerth⁵¹, da mesma forma do que acontece com o conceito pessoal de Claus Roxin, o conceito social é destituído de um *conteúdo concreto* (*konkreter Inhaltlichkeit*). Por outro lado, Stratenwerth⁵² considera que o conceito social não é incompatível com o conceito final, na medida em que se trata de problemas diversos, ou seja, o conceito social busca caracterizar um denominador comum mínimo a todas as formas de conduta, mas se traduz em um *mero* conceito genérico, por carecer de um substrato real.

Em prosseguimento à abordagem do sistema finalista, a tipicidade material mantém-se, por evidente, em Welzel⁵³, tanto que, com base nela, propõe o seu princípio da adequação social⁵⁴, o qual é indissociável de um *significado material do tipo*, visto que o tipo seleciona, entre as inumeráveis condutas, aquelas que se colocam como relevantes para o Direito Penal. Ademais, pelo fato de o tipo, em sua doutrina, compor a matéria de proibição, o professor de Bonn adere à proposição de Mayer no sentido de a tipicidade constituir indício de ilicitude, mas, em virtude de ter realocado o dolo e a culpa para a tipicidade, propicia outra significativa contribuição: a conduta típica como *injusto pessoal*. Tal formulação promoveu não apenas consequências importantes, como, por exemplo, no âmbito da tentativa e do erro jurídico-penal, como também na compreensão mais adequada do tipo culposos.

E isso é, de fato, evidente, porquanto, consoante leciona Hans Joachim Hirsch⁵⁵, a simples causação de um resultado não pode ser objeto de um mandamento normativo. É necessário algo mais, é dizer: que a conduta seja valorada como contrária ao cuidado. O agente, tendo em vista a previsibilidade, dirige o seu comportamento sem observar o cuidado devido⁵⁶. Com isso, impõe-se à caracterização dos delitos culposos a inobservância do dever objetivo de cuidado, aquisição essa que se faz presente até os dias correntes.

Por fim, a culpabilidade, deixando de albergar o dolo e a culpa, torna-se puramente normativa. Culpabilidade é reprovação ou melhor *puro* juízo de reprovação, pois agora está destituída de elementos psicológicos⁵⁷.

51 STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht AT*, p. 68.

52 STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht AT*, p. 68-69.

53 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 53.

54 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 55 e ss.

55 HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme*, p. 336 ss.

56 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 127 e ss.

57 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 138 e ss.

Não há como não reconhecer que as bases metodológicas postas por Welzel culminaram por propiciar avanços em diversos institutos. Nesse sentido, como lembra Bernd Schünemann⁵⁸, o sistema finalista resultou por se afirmar por mais de duas décadas após o desmoronamento do regime nacional-socialista e é hoje dominante, no essencial, relativamente à caracterização da estrutura do crime, a qual é aceita também por autores que não são adeptos ao finalismo. Schünemann⁵⁹ – sem deixar de criticar algumas posições da concepção welzeliana ortodoxa – também destaca conquistas do finalismo com relevo, segundo afirma, de *patrimônio comum da Ciência Jurídico-Penal*, tais como o estabelecimento do injusto pessoal, do tipo subjetivo, propiciando a distinção entre crimes dolosos e culposos já no plano da tipicidade (com os elementos subjetivos no tipo não mais como um corpo estranho, como ocorria no neokantismo), da superação do crime culposos com o foco fundamentalmente no resultado para dar destaque à inobservância do dever de cuidado (e com a consagração da caracterização do crime culposos como inobservância do dever objetivo de cuidado na jurisprudência, a partir de decisão do BGH, no ano de 1957), da redefinição de modo muito mais aprimorado das categorias da ação, da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, dos elementos objetivos do tipo como matéria de proibição, da afirmação da teoria da culpabilidade no âmbito da teoria do erro – a partir da decisão do BGH, no ano de 1952, e com a consagração legislativa no CP alemão de 1975.

De igual modo, Hans Joachim Hirsch⁶⁰, em texto cujo objeto é a controvérsia sobre a doutrina da ação e do injusto publicado por oportunidade dos 100 anos da *ZStW* – e reproduzido em seu livro no qual reúne três decênios de seus escritos –, assevera que as contribuições advindas da teoria do injusto pessoal foram recepcionadas pela doutrina dominante e também, em parte, expressamente pelo legislador. Hirsch⁶¹, então, destaca o reconhecimento da moderna teoria do erro, baseada na distinção entre dolo e consciência da ilicitude (a teor dos arts. 16 e 17 do atual CP alemão), da teoria da culpabilidade (em detrimento da teoria do dolo, que predominara até o início dos anos 1950), da teoria da participação (concurso de pessoas) a partir da concepção do injusto pessoal, tanto com relação à acessoriedade do dolo (arts. 26 e 27 do CP alemão) quanto também relativa-

58 SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p. 34.

59 SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, p. 35-38.

60 HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme*, p. 343.

61 HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme*, p. 343-344.

mente à majoritária teoria do domínio do fato, bem como da moderna doutrina da culpa, ou seja, do crime culposos.

Entre os principais representantes do finalismo, em seu país de origem, estão, além de Welzel, Maurach⁶², Gallas⁶³, Kaufmann⁶⁴, Niese⁶⁵, Zielinski⁶⁶ e Hirsch⁶⁷. Na Espanha, é esposado, entre outros, por Cerezo Mir⁶⁸, Cuello Contreras⁶⁹ e Gracia Martín⁷⁰. Na Argentina, Zaffaroni⁷¹ e Donna⁷² incluem-se entre os maiores expoentes. Entre nós, a doutrina finalista foi introduzida por João Mestieri⁷³, Miguel Reale Júnior⁷⁴, Luiz Luisi⁷⁵ e Francisco de Assis Toledo⁷⁶, recepcionada pela Reforma Penal de 1984, presidida por este último penalista, sendo esposada por autores como Fragoso⁷⁷, Dotti⁷⁸, Prado⁷⁹, Cirino dos Santos⁸⁰, Batista⁸¹,

62 MAURACH/ZIPF, *Strafrecht* AT, p. 159 e ss.

63 GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. Neste seu famoso texto – publicado originalmente na *ZStW* –, Gallas, ainda que não espouse o finalismo nos moldes defendidos por Welzel, adere à concepção, sobretudo em suas consequências dogmáticas. Tanto é assim que Gallas é apontado como finalista, mas com fundamentação a seu próprio modo. Nesse sentido: KLUG, Ulrich. *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht* II, p. 170.

64 KAUFMANN, *FS-Welzel*.

65 NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*.

66 ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*.

67 HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme*, p. 336 ss.

68 CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español* I.

69 CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español* PG.

70 GRACIA MARTIN, *Fundamentos de dogmática penal*.

71 ZAFFARONI, *Manual de derecho penal* PG.

72 DONNA, *Derecho penal* PG II, p. 144, referindo-se à ação final: “*Es más, diríamos que esta posición se acerca más al concepto de ser humano que se tiene en la Ley Fundamental*”.

73 MESTIERI, *Curso de direito criminal* PE.

74 REALE JÚNIOR, *Dos estados de necessidade*. Em trabalhos mais recentes, o professor das Arcadas mantém fundamentalmente a estrutura finalista de crime, mas apresenta “divergências com Welzel”. Assim é que em seu livro *Fundamentos de direito penal*, p. 102, adota, em suas próprias palavras, “uma visão finalista, mas não welzeliana”.

75 Especialmente em sua tese de livre-docência desenvolvida e defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul na década de 1970 e depois republicada já com a Reforma de 1984 em vigência. Vide: LUISI, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*.

76 TOLEDO, *O erro no direito penal*.

77 FRAGOSO, *Lições de direito penal* PG.

78 DOTTI, *Curso de direito penal* PG.

79 PRADO, *Tratado de direito penal brasileiro* I.

80 CIRINO DOS SANTOS, *A moderna teoria do fato punível*.

81 ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro* II, I. Neste livro em que Nilo Batista faz uma tradução e, também, uma adaptação do livro de Zaffaroni, originalmente publicado na Argentina, adverte, em nota explicativa, na página 7, a urgência da publicação, expressamente para contrapor “certa artilharia funcionalista que sinaliza um horizonte político-crime muito preocupante”.

Pierangeli, Damásio de Jesus, Bitencourt⁸², Brandão⁸³, Ilha da Silva⁸⁴ e muitos outros.

Não há relutância em reconhecer que a doutrina fundamental⁸⁵ presente sobretudo em obras gerais é, de fato, o finalismo. Ademais, é nele em que se amparam fundamentalmente os tribunais brasileiros, quando examinam a caracterização do erro de tipo ou do erro de proibição, da tentativa, do tipo culposo – com a apreciação da observância ou não do dever objetivo de cuidado –, entre outros institutos, porquanto, como afirmou Schünemann, trata-se de patrimônio comum da ciência jurídico-penal. Feitas essas observações, passemos ao último ponto.

4 A evolução do conceito de culpabilidade e a contribuição da jurisprudência

A breve síntese da teoria do fato punível empreendida até aqui possibilita o encaminhamento à abordagem da construção doutrinária da culpabilidade que viria a se firmar não apenas no sistema neoclássico de delito, mas também – e de forma mais enfática – no finalista. É o que tratarei neste derradeiro tópico.

Em termos doutrinários, até as últimas décadas do século XIX, as características do fato punível se exauriam na ação, na ilicitude e na *imputatio*, doutrina que remontava a Samuel Pufendorf⁸⁶, a qual era esposada pela doutrina italiana e embasava “a jurisprudência do direito penal comum dos séculos XVI e XVII”⁸⁷. Isso porque, como bem refere Hans Achenbach⁸⁸, somente com a publicação do

82 BITENCOURT, *Teoria geral do delito*.

83 BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*.

84 SILVA, *Instituições de direito penal* PG. Também em: SILVA, *Teoria geral do crime*.

85 É certo que muitas categorias têm precipitado, independentemente do sistema, insuperáveis dificuldades, como é o caso, v.g., do crime omissivo e do dolo eventual, com a publicação de frequentes trabalhos. Sobre o ponto, ver: TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*; D'AVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*; COSTA, *Dolo penal e sua prova*; VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*; WUNDERLICH/RUIVO, *RBCCrim* 161, p. 365-390. Sob a possível conciliação da teoria da cegueira deliberada e do dolo eventual no Direito brasileiro, ver: SILVEIRA, *RBCCrim* 122, p. 255-280; EDINGER, *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*; CEOLIN, *REC* 80, p. 97-150.

86 Na versão francesa: PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, ou système general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* I, p. 76: “La forme des Actions Morales consiste dans l'immutabilité”. Confira-se, ainda: SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 229: “Assim é que o barão Samuel Pufendorf, mediante o conceito de imputação (*imputatio*), em seu *De Jure Naturae et Gentium*, publicado em 1672, concebe a primeira estrutura mental suscetível de desenvolvimento. Sobre essa construção, ressalta Welzel que a ideia de dignidade humana está no centro do sistema de direito natural de Pufendorf e fundamenta-se na liberdade moral (*sittlichen Freiheit*)”.

87 SILVA, *Teoria geral do crime*, p. 229.

88 ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, p. 27.

primeiro volume do *Die Normen und ihre Übertretung*, de Karl Binding⁸⁹, em 1872, a culpabilidade passa a constituir um elemento do crime, em lugar da antiga da *imputatio*.

Nos idos finais do século XIX, em seu livro sobre *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung* (As formas de culpabilidade no direito penal em uma abordagem histórica e dogmática comparada), Alexander Löffler⁹⁰ inicia afirmando que a questão da natureza da culpabilidade constitui um dos fundamentos mais disputados do Direito Penal. Para o professor⁹¹ de origem húngara que veio a desenvolver sua cátedra em Viena, a culpabilidade é, em essência, constituída das relações penalmente relevantes entre o mundo interno de um homem e o resultado social danoso de suas ações.

Por sua vez, Liszt, um dos nomes sempre referido a figurar entre os principais representantes da teoria psicológica da culpabilidade, afirma que o último componente do crime é a *responsabilidade pelo resultado produzido*. Esse penalista, que é um verdadeiro expoente não apenas da concepção clássica, mas também de modo mais abrangente da história do Direito Penal, destaca que “não basta que o resultado possa ser objectivamente referido ao acto de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa[bilidade] a ligação subjetiva”⁹².

Inserida no ambiente cultural dos decênios finais do século XIX, a concepção clássica, consoante visto, considerava como único e verdadeiro método admissível o método das ciências naturais, que consistiria na verificação de “fatos”, empiricamente observáveis⁹³. E, em tal contexto, só havia lugar para um conceito naturalístico de culpabilidade, que se traduzia na teoria psicológica, consistente no vínculo psicológico entre o agente o fato, na forma de dolo ou na forma de culpa, ou seja, dolo e culpa eram a própria culpabilidade, os quais constituem suas (duas) espécies, a depender do caso concreto.

No entanto, essa concepção ressentia-se de dificuldades muito flagrantes e intransponíveis. Realçando a superação dessa concepção e também a importân-

89 BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* I, p. VII-VIII.

90 LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, p. 1. Entre nós, ver: CAMARGO, *Culpabilidade e reprovação*; VELO, *O juízo de censura*; MACHADO, *Culpabilidade no direito penal*; TANGERINO, *Culpabilidade*; SIQUEIRA, *Culpabilidade e pena*; BUONICORE, *Culpabilidade e fundamentos filosóficos*; MELLO, *O novo conceito material de culpabilidade*.

91 LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, p. 5.

92 LISZT, *Tratado de direito penal alemão* I, p. 249.

93 LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 36 e ss.

cia da doutrina que veio, então, assumir a posição de preferência, assim leciona Alberto Silva Franco:

A teoria normativa da culpabilidade introduziu, realmente, na área de significado do conceito de culpabilidade, este *outro* elemento: a reprovabilidade do ato praticado. Para que a conduta típica e ilícita possa ser considerada culpável, não basta que o agente imputável tenha atuado com dolo ou culpa. É mister algo mais: é preciso mover contra ele um juízo de censura por ter agido de modo contrário ao direito, quando poderia adequar a ele sua conduta.⁹⁴

Essa nova concepção, que veio a acrescentar este outro elemento do qual carecia a culpabilidade, remonta primordialmente a Frank.

Muito embora Alexander Graf zu Dohna⁹⁵ já houvesse, em 1905, feito referência a elementos normativos e ao aspecto ético da culpabilidade, é Reinhard Frank⁹⁶, com efeito, quem inaugura de modo mais delineado, no plano doutrinal, uma estruturação axiológica desse componente do fato punível, em seu famoso artigo *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (*Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade*), publicado em 1907, e que integrava o livro comemorativo dos 300 anos da Faculdade de Direito de Giessen. Impende lembrar que Frank fundamentou sua doutrina em casos concretos recolhidos da jurisprudência, consoante se observa dos diversos precedentes colacionados em seu texto.

Não obstante o referido trabalho seminal, há três nomes sempre referidos como protagonistas da então novel concepção normativa: Reinhard Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal. Permito-me incluir um quarto: Alexander Graf zu Dohna. Em modo de alegoria, se tomássemos o romance *Três mosqueteiros*, de Alexandre Dumas, saberíamos que, a despeito do título, são quatro mosqueteiros que protagonizam o desenrolar da história, e não três.

Poder-se-ia, de igual modo, proceder-se a uma afirmação idêntica com relação aos protagonistas da concepção da culpabilidade normativa como reprovação, ou seja, trata-se de quatro expoentes, devendo-se incluir Graf zu Dohna. Porém, começarei por Frank, por ser, de fato, o principal penalista na edificação da concepção que no início do século XX veio dar um alento à noção de culpabilidade.

94 FRANCO, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 103.

95 DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*.

96 FRANK, *FS-Uni-Giessen*.

Entre os casos mais famosos que inspiraram Frank está o do *apanhador de rédeas* (*Leinenfänger*). O professor⁹⁷ de Giessen reporta a decisão de 23 de março de 1897, que julgara o cocheiro que, mesmo após informar a seu patrão e dono de um cavalo agressivo sobre os riscos que este representava às pessoas, foi instado a sair com o trotador indomável vindo a atropelar um ferreiro que caminhava pela rua, o qual veio a ter sua perna fraturada. Nesse caso, o tribunal alemão restou por absolver o trabalhador, ponderando que não era exigível desse que desobedecesse seu patrão de modo a perder seu emprego, mesmo tendo ciência de que poderia vir a lesionar terceiros com o cavalo indócil que não obedecia às rédeas. Frank prossegue afirmando que, para se aferir a caracterização da culpabilidade, deve-se considerar também as *circunstâncias concomitantes* (*begleitenden Umstände*). Em suma, amparado, além do aqui brevemente apresentado, também em diversos outros casos julgados, Frank é assertivo: “Culpabilidade é reprovação”⁹⁸.

Ademais, assim como se observa em outros neokantistas, como Wilhelm Sauer⁹⁹ e Jürgen Baumann¹⁰⁰ – possivelmente, o último grande expoente do sistema neoclássico –, dolo e culpa deixam de ser consideradas como espécies ou formas de culpabilidade para tornarem-se elementos. Nas palavras de Frank,

a doutrina [então] dominante determina a relação de culpabilidade, dolo ou culpa como relação de gênero e espécie, quando na verdade não se trata disso. [...] Na minha perspectiva, o conceito de culpabilidade é um conceito complexo, cujos elementos incluem, dentre outros, [ou] o dolo ou a culpa.¹⁰¹

Dessa forma, a culpabilidade passa a albergar elementos psicológicos e normativos, inaugurando-se a teoria normativa ou psicológico-normativa.

Não é necessária maior digressão sobre a contribuição de Frank, porquanto é largamente conhecida. Não obstante, consoante ressaltai, Dohna – nem sempre lembrado – deve ocupar um lugar de ascendência no desenvolvimento da culpabilidade normativa. Assim é que se observa em seu *Die Elemente des*

97 FRANK, FS-Uni-Giessen, p. 531-532; AMERICANO, *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*, p. 348-349.

98 FRANK, FS-Uni-Giessen, p. 529: “Schuld ist Vorwerfbarkeit”.

99 SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 148.

100 BAUMANN, *Strafrecht AT*, p. 330-331.

101 FRANK, FS-Uni-Giessen, p. 528: “Die herrschende Lehre bestimmt das Verhältnis der Schuld zu Vorsatz und Fahrlässigkeit wie das Verhältnis der Gattung zur Art, während es in der Tate in anderes ist. [...] Nach meiner Ansicht ist der Schuldbegriff ein zusammengesetzter Begriff, zu dessen Bestandteilen unter anderm auch Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehören”.

*Schuldbegriffs*¹⁰² (*Elementos do conceito de culpabilidade*), publicado em 1905, após referir-se à culpabilidade como *genus proximum* da qual seriam espécies o dolo e a culpa, e fazer menção à possibilidade da presença de elemento normativo no conceito de culpabilidade, utilizando os exemplos dos menores (*Kinder*) e dos doentes mentais (*Geistesranke*) em suas considerações sobre a responsabilidade penal, indaga se, de fato, o conceito de culpabilidade deve restar destituído do referido elemento normativo. Vale lembrar que Dohna¹⁰³ também faz menção ao famoso caso *Leinenfänger*, referido por Frank e diversos outros autores¹⁰⁴.

De modo muito nítido, evidencia-se o labor de Dohna relativamente à culpabilidade, com suas publicações – além da referida antes –, tais como, v.g., o artigo intitulado *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*¹⁰⁵ (*Sobre o estado atual da doutrina da culpabilidade*) e o opúsculo *Der Aufbau der Verbrechenslehre* (*A estrutura da teoria do crime*)¹⁰⁶. Neste último trabalho, cuja primeira edição remonta ao ano de 1936, o professor de Heidelberg enfatiza a culpabilidade como juízo de reprovação, em contraposição ao objeto de reprovação, é dizer, divisa de forma assertiva o fato punível entre injusto e culpabilidade¹⁰⁷.

Hans Achenbach¹⁰⁸, em seu excelente livro *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre* (*Fundamentos históricos e dogmáticos da doutrina da culpabilidade no sistema de direito penal*), no qual procede a uma criteriosa pesquisa histórica, em diversas passagens, reafirma o contributo de Graf zu Dohna. Achenbach¹⁰⁹ chega a afirmar que Graf zu Dohna

102 DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*, p. 3, 4 e 8.

103 DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 41.

104 FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, p. 13; GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*, p. 429; DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 41; MEZGER, *Strafrecht* (Lehrbuch), p. 372; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, p. 597; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, p. 261; ROXIN, *Strafrecht AT I*, p. 1106-1107; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, p. 410-411; AMERICANO, *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, p. 348-349; REALE JÚNIOR, *Dos estados de necessidade*, p. 20-21.

105 DOHNA, *ZStW* 32, p. 323-338.

106 DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*.

107 Também observado por DONNA, *Teoría del delito y de la pena II*, p. 95: “Por lo demás, como ya lo había visto Graf zu Dohna, el dolo es objeto de la valoración, y no parte de la valoración; es decir, desde la culpabilidad se reprocha la conformación de la voluntad que conociendo el tipo penal lo realiza. En este punto comienza el reproche de culpabilidad”.

108 ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Para um exame detalhado da trajetória de Dohna, ver: ESCHER, *Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht*.

109 ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, p. 113: “Als erster Autor hatte Alexander Graf zu Dohna auf der Basis einer ethischen Auffassung im Schuldbegriff ein psychologisches und ein ethisches oder normatives Element geschieden”.

foi o primeiro autor a destacar um elemento *ético* ou *normativo*, além do psicológico, a conferir uma perspectiva ética da culpabilidade.

Em sequência, James Goldschmidt¹¹⁰, em 1913, em sua publicação *Estado de necessidade, um problema de culpabilidade*, desenvolve sua fundamentação da culpabilidade normativa com base na *motivação normal* em face das *normas de dever*. Mais tarde, em 1930, no livro em homenagem a Frank, Goldschmidt¹¹¹ reafirma sua concepção e também responde a diversas críticas que a ele foram opostas. Por sua vez, Berthold Freudenthal¹¹², com seu livro *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht (Culpabilidade e reprovação no direito penal atual)*, publicado em 1922, desenvolve a categoria exigibilidade como elemento integrante da culpabilidade, em uma espécie de refinamento das circunstâncias concomitantes de Frank.

Em todo este contexto evolutivo, resumidamente descrito, observa-se que a jurisprudência se revelou como um verdadeiro impulso à formulação da concepção da culpabilidade normativa e à assunção a um juízo valorativo, de reprovação. Isso pode se verificar nas referências a autores aqui trazidos, em que se observa a menção ao famoso caso do cavalo indócil, também referido por Frank, ao lado de tantos outros precedentes.

Na década de 1930, com o advento do sistema finalista¹¹³ e a realocação do dolo e da culpa para a conduta típica, ou seja, com a retirada dos elementos psicológicos da culpabilidade, essa passa a ser *puro* juízo de reprovação. Tem-se, a partir de então, a teoria normativa pura da culpabilidade, a qual é composta pela imputabilidade, pela consciência da ilicitude (sendo suficiente que seja potencial) e pela exigibilidade de comportamento conforme o direito. A leitura dos arts. 21, 22, 26, 27, 28 do CP brasileiro permite aferir que essa foi a opção adotada pelo legislador brasileiro de 1984.

Penso que a exposição feita se revela suficiente em demonstrar a importância da jurisprudência na edificação do conceito normativo de culpabilidade, visto que Frank expressamente invoca diversos precedentes como embasamento de sua então novel concepção, em face da antiga teoria psicológica. Por outro lado, para além do sem-número de contribuições para a Ciência Jurídico-Penal que nos foram legadas por Alberto Silva Franco, elegi a formação da concepção

110 GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*.

111 GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*.

112 FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*.

113 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 33 e ss.

normativa da culpabilidade por ela, ao fim e ao cabo, remontar à contribuição jurisprudencial e pelo fato de essa temática revelar um ponto de contato com sua obra magistral.

Porém, é importante pôr em realce que o *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, de Alberto Silva Franco, não se limita a apresentar uma interpretação jurisprudencial. O título do livro não espelha a magnífica exposição doutrinária deste clássico do Direito Penal brasileiro, que, de fato, é de primeira grandeza. Assim, sob o pálio de ofertar o que os tribunais apresentavam, o homenageado restou, por via oblíqua, por nos legar um dos maiores monumentos doutrinários surgidos na história do Direito Penal brasileiro. Este é o genial Alberto!

Conclusão

Consoante vimos, o sistema clássico laborava sob um monismo metodológico buscando empregar nas ciências do espírito o mesmo método das ciências natureza, ou seja, o empírico experimental, afastando qualquer consideração axiológica. Tal postura estava presente em todas as categorias do fato punível e, portanto, também na formulação da culpabilidade.

No entanto, com a publicação do texto sobre a culpabilidade normativa, tendo posto em realce o aspecto ético do último componente do fato punível, Frank inaugura (ao menos em contornos mais elaborados) a compreensão da culpabilidade como reprovação, um pequeno leme – se me é permitida a alegoria – que viria a dar um novo curso à grande embarcação doutrinária que até então seguia rumo diverso, como se pôde observar nas seções sobre as teorias do crime. Porém, como se pode verificar ao longo das páginas do referido artigo, publicado em 1907, as bases da doutrina de Frank remontam a diversos precedentes advindos da *jurisprudência* – a despeito de, neste artigo, em razão do escopo, eu ter ficado adstrito ao caso mais famoso e ilustrativo –, a qual, como referiu Paulo José da Costa Jr. no prefácio do famoso *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, é a *forma viva do Direito*, livro este que tanto evidenciou o talento invulgar do extraordinário Alberto Silva Franco e que tanto contribui para a formação de um sem-número de juristas brasileiros. Receba, notável *Magister*, por meio deste singelo artigo, meus parabéns pelos 90 anos, ricamente completados!

Referências

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer, 1974.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- AMERICANO, Odin. Da culpabilidade normativa. In: *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Tübingen: Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 1964.
- BELING, Ernst von. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.
- BELING, Ernst von. *Grundzüge des Strafrechts*. 3. Auflage. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1905.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts: Normen und Strafgesetze*. Leipzig: Wilhelm Engelmann, v. I, 1872.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1978.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico*. Curitiba: Juruá, 2017.
- CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. 11. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, v. I, 1924.
- CEOLIN, Guilherme Francisco. As divergentes concepções da teoria da cegueira deliberada: uma análise dos precedentes dos tribunais superiores e tribunais regionais federais (2012-2019). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 97-150, 2021.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 6. ed. Madrid: Tecnos, v. I, 2004.
- COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA JR., Paulo José da. Prefácio: O Papel da Jurisprudência. In: FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español: parte general*. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002.

- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- DOHNA, Alexander Graf zu. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Auflage. Bonn: Röhrscheid, 1947.
- DOHNA, Alexander Graf zu. *Die Elemente des Schuldbegriffs*. Stuttgart: Union Deutsche Verlagsgesellschaft, 1905.
- DOHNA, Alexander Graf zu. Zum neuesten Stande der Schuldlehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 32, p. 323-338, 1911. DOI: 10.1515/zstw.1911.32.1.323.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, t. II, 2014.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea, t. II, 1995.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ESCHER, Alfred. *Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 11. Auflage. Giessen: Geor. Friedricch Heyer, 1832.
- FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. Frankfurt am Main: Sauer & Auvermann, 1966.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In: FRANK, Reinhard (Hrsg.). *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Alfred Töpelmann, 1907. p. 519-547.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Worwurf im geltenden Strafrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922.

GALLAS, Wilhelm. *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem: mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*. Wien: Manz, 1913.

GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff. In: HEGLER, August. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930. p. 428-468.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 36, p. 19-44, 1915. DOI: 10.1515/zstw.1915.36.1.184.

HIRSCH, Hans Joachim. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Strafrechtliche Probleme: Schriften aus drei Jahrzehnten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 336 ss.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, t. III, 1958.

KAUFMANN, Armin. Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. In: STRATENWERTH, Günter; KAUFMANN, Armin; GEILEN, Gerd; HIRSCH, Hans Joachim, SCHREIBER, Hans-Ludwig; JAKOBS, Günther; LOOS, Fritz (Hrsg.). *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. Berlin: De Gruyter, 1974. p. 393-414.

KAUFMANN, Arthur. *Analogie und "Natur der Sache": Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1965.

KLUG, Ulrich. *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme*. Berlin: Springer Verlag, v. II, 1981.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Auflage. Berlin: Springer Verlag, 1991.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, t. I, 1899.

LISZT, Franz von; SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 26. Auflage. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.

LÖFFLER, Alexander. *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1895.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, v. I, 1987.

MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. 2. Auflage. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MESTIERI, João. *Curso de direito criminal: parte especial*. São Paulo: Alba Limitada, 1970.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

NIESE, Werner. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1951.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1987.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2021.

PUFENDORF, Samuel. *Le Droit de la Nature et des Gens, ou Systeme General des Principes les plus Importans de la Morale, de la Jurisprudence, et de la Politique*. 5. ed. Traduit de Latin par Jean Barbeyrac. Amsterdam: Chez la Veuve de Pierre de Coup, t. I, 1734.

RADBRUCH, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin: J. Guttentag, 1904.

RADBRUCH, Gustav. Zur Systematik der Verbrechenslehre. In: HEGLER, August (Hrsg.). *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. 16. August 1930*. Tübingen: Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930. p. 158-173.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971.

REALE JÚNIOR. *Fundamentos de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: C. H. Beck Verlag, v. I. 2006. (Há tradução da segunda edição para o espanhol, de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.)

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre: Eine lehrbuchmäßige Darstellung*. 3. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

SCHILD, Wolfgang. *Tatherrschaftslehren*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: Walter de Gruyter, 1984. p. 1-68.

SIQUEIRA, Leonardo. *Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Teoria geral do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 24, v. 122, p. 255-280, 2016.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

STRUENSEE, Eberhard. Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts. *Juristenzeitung*, [s.l.], v. 42, n. 2, p. 53-63, 1987.

- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. (Há tradução parcial para o espanhol, levada a cabo por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.)
- WELZEL, Hans. Kausalität und Handlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 51, p. 703-720, 1931. (= Causalidad y acción. In: WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 121-145.)
- WELZEL, Hans. Naturalismus und Wertphilosophie. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Walter de Gruyter, 1975.
- WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 58, p. 491-566, 1939. (= Estudios sobre el sistema de Derecho Penal. In: WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 15-120.)
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 36. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso “Boate Kiss”: Santa Maria/RS). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 27, v. 161, p. 365-390, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal: parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. II, I, 2010.

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Ângelo Roberto Ilha da Silva | E-mail: angeloilha@uol.com.br

Doutor em Direito (USP). Professor (UFRGS). Procurador Regional da República (4ª Região).

Recebimento: 10.08.2022

Aprovação: 21.08.2022