



# LIVRE ARBÍTRIO, DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL: compatibilização em tempos de neurociências

51

## *FREE WILL, HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL LAW: conformity in times of neurosciences*

Elisangela Melo Reghelin

### **RESUMO**

Discute a indemonstrabilidade do livre arbítrio e suas possíveis vertentes doutrinárias, considerando a interferência de ciências afins, como as neurociências, para explicar a culpabilidade de forma moderna, mas respeitosa com os Direitos Humanos e com o Estado Democrático de Direito, evitando-se os riscos de um retorno ao Direito Penal de Autor ou à aplicação de um Direito Penal do Inimigo.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Penal; direitos humanos; livre arbítrio; culpabilidade; Direito Penal de Autor; Direito Penal do Inimigo; neurociências.

### **ABSTRACT**

*This article discusses the unverifiability of free will and its possible theoretical scope. It considers the interference of related sciences, such as neurosciences, in order to explain culpability in a contemporary way, albeit respectful of both human rights and the democratic rule of law, thereby preventing a recurrence of either the criminal law of the offender or the application of an enemy criminal law.*

### **KEYWORDS**

*Criminal Law; human rights; free will; culpability; criminal law of the offender; enemy criminal law; neurosciences.*

## 1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que uma sociedade dita pós-moderna e atormentada, permanentemente, pela sensação de insegurança, faz com que o clamor público aliado ao poder de certos segmentos midiáticos permita o desenvolvimento de certo pânico coletivo a implorar por medidas punitivas cada vez mais drásticas, mesmo quando nem sempre fossem aquelas necessárias, em detrimento da Constituição Federal e dos direitos humanos mais imprescindíveis. Na atual sociedade do risco, a modernidade reflexiva deve conviver, obrigatoriamente, com a imprevisibilidade associada às fontes desses riscos, o que acaba agravando o medo, a insegurança e o descrédito nas instâncias de proteção. A globalização econômica e a consequente globalização cultural determinaram o discurso hegemônico da pretensão de uma segurança que nunca chega. Evidentemente, disto nasce um novo olhar sobre o mesmo Direito, já que novas questões constitucionais e penais se impõem. Por outro lado, acaba nascendo certa crise para as ciências criminais, de um modo geral.

*Na atual sociedade do risco, a modernidade reflexiva deve conviver, obrigatoriamente, com a imprevisibilidade associada às fontes desses riscos, o que acaba agravando o medo, a insegurança e o descrédito nas instâncias de proteção.*

52

O poder do denominado Direito Penal “puramente” simbólico pode chegar a ponto de apresentar reminiscências de Direito Penal de Autor, e ensejar políticas criminais inspiradas no modelo do chamado Direito Penal do Inimigo. Embora não seja nosso foco resgatar a origem histórica do conceito de Direito Penal de Autor, em contraposição à noção de Direito Penal do Fato, breve resgate é primordial no intuito de, logo após, chegar-se na apresentação, igualmente sintética, porém necessária, do Direito Penal do Inimigo, hoje fortemente sustentado e seguido por importante corrente. Diante disto, a crise dos conceitos de livre arbítrio e de culpabilidade traduz séria preocupação da sociedade contemporânea, porquanto alimenta a possibilidade de prejuízos aos direitos fundamentais, em autêntico retorno ao Direito Penal de Autor ou à potencialização do Direito Penal do Inimigo.

## 2 DIREITO PENAL DE AUTOR E DIREITO PENAL DO INIMIGO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Resumidamente, Kant, Hegel e Hobbes apresentavam entendimentos que devem ser registrados sob um ponto de vista histórico. Kant, desde um prisma ético-filosófico, entendia a lei como um imperativo categórico: um mandamento que representava uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim. O homem era um fim em si mesmo e, portanto, seu castigo não poderia ser útil à sociedade, caso em que estaria sendo instrumentalizado. Esta teoria trouxe um aspecto interessante para o tema: o princípio da proporcionalidade (talião), já que não se deveria impor penas maiores ou mais longas do que aquelas relacionadas à exata gravidade do delito. Por isso, a simples prática do delito (ou a infringência da lei)

ensejava a punição, que era puramente retributiva. Assim, a justiça penal era um “imperativo categórico”, pois se a justiça “desaparecesse” não haveria mais razão para o homem viver. Tanto que Kant (*apud* JAKOBS, 1997b, p. 21) dizia: *ejecutarse antes al último asesino que encontrase en prisión; de lo contrario, el pueblo sería cómplice en la vulneración pública de la justicia*. Na mesma escola retribucionista, Hegel (*apud* JAKOBS, 2005, p. 23 e 27), porém empregando mais acentuado embasamento jurídico, sustentava que a pena era a negação da negação do Direito. Entendia que a pena era necessária para restabelecer a vontade geral que fora agredida pelo criminoso. Para Hegel *el hecho punible es algo negativo que vulnera el Derecho en el sentido de su negación. La pena es la vulneración de la vulneración, como restablecimiento del Derecho*.

Hobbes, teórico do contrato social e filósofo das instituições, já dizia que *o cidadão não podia eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de alta traição, pois a natureza destes crimes [...] significa uma recaída no estado de natureza... E estes devem ser castigados, não como súditos, mas como inimigos* (JAKOBS, 2005c, p. 27).

Jakobs, ao sustentar um Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*) contrário a um Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*) teria partido de uma concepção similar ao contratualismo, ao menos como figura retórica. Tanto é assim que, para o professor alemão, o inimigo não firma o contrato social, ou então, se o faz, acaba renunciando a este, em uma opção individual, voltando-se contra a sociedade, gerando sua expulsão do próprio grupo por ela, que teria o poder de determinar quem são seus membros. Essa sociedade, que geralmente reclama o cidadão como membro, a fim de castigá-lo com uma pena que só existe e é legítima dentro dela (e para dar-lhe a oportunidade de reintegrar-se a ela), é quem poderia expulsá-lo, em caso de rebeldia ou traição, o que seria uma recaída no estado de natureza referido por Hobbes. Assim, o objetivo final não seria a imposição de uma pena, mas a neutralização do perigo que o inimigo representa. A metáfora, considerada historicamente como condição real de possibilidade do Direito, parece indicar uma representação social ou coletiva que representa a renúncia de parcelas de liberdades individuais em nome de uma mínima convivência possível a ser garantida pelo Estado, pois este foi criado para facilitar a convivência social, e não para destruí-la (REGHELIN, 2007). No entanto, Jakobs (2008a, p. 48) percebe o contrato como opção individual, aproximando-se da concepção individualista de Hobbes, para quem eram inimigos aqueles contrários ao contrato social, ou seja, aqueles que manifestavam condutas próprias de um estado de natureza, e que, portanto, podiam ser punidos conforme as regras deste mesmo estado de natureza, onde todos são inimigos entre si. E refere: [...] *El se colocará en tal posición, pues la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano*.

A figura do homem destituído da titularidade de direitos e percebida apenas como “vida nua” já era comentada por Agamben (2003). Referia-se este, ainda, à tese de Carl Schmitt sobre a distinção amigo-inimigo. Vale lembrar que em abril de 1933 sobreveio a “lei para a depuração da função pública

de elementos judeus”, e em 1935, as leis de Nüremberg, privando judeus alemães da nacionalidade alemã, rebaixando-os à segunda categoria, numa das maiores violações de direitos humanos já vista. Critérios eugenésicos também foram utilizados, tanto que a partir de 1933, doentes mentais, alcoolistas e homossexuais foram esterilizados em massa. O ápice desta política foram os campos de extermínio, como Auschwitz, na Polônia, e Dachau, na Alemanha, para onde eram destinados os “impuros racialmente”, incluindo judeus, ciganos, poloneses, ucranianos, russos ou eslavos em geral, os quais, por sua “forma de vida” (mendicância, delinquência habitual, vagabundagem) foram submetidos a trabalhos forçados em condições desumanas, tratados como cobaias em experimentos científicos ou, diretamente, condenados à morte. Como referia Agamben (2003), essa “vida nua”, juridicamente, significava um tratamento como não-pessoa, ou seja, como exclusão. O campo de extermínio ou de concentração era, para Carl Schmitt, a máxima expressão do poder constituinte representada pela vontade do Führer. Mezger (*apud* MUÑOZ CONDE, 2003c), naquela época, já falava da existência, no futuro, de dois direitos penais: um para a generalidade, outro para um grupo especial de delinquentes. No último terço do século XIX e primeiro do século XX surgiram as categorias dos chamados delinquentes habituais, recorrentes ou por tendência, para os quais se previa a pena de prisão perpétua, ou por tempo indeterminado, afora o perdimento dos direitos civis e políticos. Esse “Direito”, posteriormente, ficou conhecido como “Direito de Autor”. Assim, desde logo, o Direito Penal de Autor seria a antítese do Direito do Fato, segundo o qual a pessoa seria julgada pelo que é, não pelo que fez. O mais importante não seria a conduta do sujeito, mas sua personalidade, características e notas pessoais, segundo García-Pablos de Molina (2012, p. 532).

Cancio Meliá (2015c) reconhece o perigo do conceito teórico de Direito Penal de Autor, o qual pode vir a ser empregado para finalidades ilegítimas, pois pune o indivíduo pelo que pensa, não por sua conduta. Assim, despreza-se o axioma “*cogitationem ponendam nemo patitur*” (o pensamento não deve ser castigado). O professor madrileno defende a reação penal conforme critérios de proporcionalidade e de imputação, aliás, como exigido pela perspectiva de direitos humanos mais contemporânea, e neste sentido, assevera que o Direito Penal de Autor configura desrespeito ao princípio do fato e, assim, acaba vulnerando também o princípio da culpabilidade (PÉREZ MANZANO; CANCIO MELIÁ, 2015). O estudo da matéria não é novo e há mais de século a velha Europa discute a melhor forma de tratar autores de delitos considerados perigosos, bem como a legitimidade para lidar com estratégias especialmente desenvolvidas para tanto (ROBLES PLANAS, 2010). Tal como é concebido usualmente, o Direito Penal de Autor viola, antes de tudo, o valor da dignidade humana, que resguarda a não instrumentalização do indivíduo, ao contrário do Direito Penal do Fato, o qual se coaduna com o princípio da culpabilidade e com o da segurança jurídica, além do princípio da legalidade. Também se relaciona com outro valor supremo que é a liberdade, já que se avizinha ao princípio da proporcionalidade, comportando análise de lesividade na conduta sancionada.

Neste sentido, o Direito Penal do Fato se constitui em manifestação do princípio da culpabilidade (RODRÍGUEZ MOURULLO, 2011, p. 201). Apenas a título de curiosidade, vale referir que o Direito Penal de Autor ou a chamada “culpabilidade pela conduta de vida”, que são expressões bastante próximas em termos de significação, teriam alguma diferença em relação à chamada “culpabilidade pelo caráter”. Esta última denominação teria como manifestação, por exemplo, a agravante da reincidência, já que é revelada pelo caráter do indivíduo conforme se pode observar a partir de condenações anteriores, conectando-se, assim, a ações culpáveis determinadas (GARCÍA GARCÍA, 2000, p. 102 e 470). Convém referir que, em sentido minoritário, porém não menos importante, para autores como Gómez Martín, o Direito Penal de Autor apresentaria dois níveis: o nível estrito e o nível mais amplo. O nível estrito poderia ser admitido de forma legítima, já que versa sobre regras que obrigam ao magistrado considerar, especialmente para graduar a pena, para além do delito cometido, as circunstâncias pessoais do réu e, principalmente, sua perigosidade exteriorizada. E neste sentido, seu conteúdo seria perfeitamente compatível com os postulados do “*principio de responsabilidad por el hecho*” como limite ao *jus puniendi* derivado do princípio da culpabilidade e consentâneo com um Direito Penal do Fato. Refere o autor espanhol (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2012, p. 25-26): *El resultado de la combinación del Derecho Penal del hecho y el Derecho Penal de autor limitado al que ahora nos referimos seguiría siendo un Derecho Penal del hecho, ahora matizado por la consideración de determinadas circunstancias personales del reo a determinados efectos.*

### ***O poder do denominado Direito Penal “puramente” simbólico pode chegar a ponto de apresentar reminiscências de Direito Penal de Autor, e ensejar políticas criminais inspiradas no modelo do chamado Direito Penal do Inimigo.***

Em relação a um segundo nível, este denominado “amplo”, o Direito Penal de Autor seria então incompatível com o Direito Penal do Fato, correspondendo, na verdade, a sua negação, segundo Gómez Martín (2007, p. 318-319), conforme a aceção usual e majoritária da expressão. Para o mesmo autor, assim, o Direito Penal moderno ao qual se integram as medidas de segurança, é com certeza, expressão autêntica de Direito Penal do Fato, isto é, um Direito que, de modo não exclusivamente retributivo, responde ao autor do delito pelo que fez e pela qualidade de sua real disposição de cometimento de condutas delitivas (perigo). No caso da medida de segurança, seu fundamento acaba sendo a perigosidade criminal, porém sobre a base do pressuposto normativo de um injusto típico praticado, sem o qual não caberia aplicar a medida. O fato de que a medida seja acorde à personalidade do sujeito encontra respaldo em sua função preventiva, mas antes de tudo, se alicerça na perigosidade criminal, pressuposto e fundamento

para sua imposição. (POLAINO NAVARRETE; POLAINO ORTS, 2001): *La medida de seguridad es una medida post-ílicitum (post injusto típico), pero su fundamento jurídico de la peligrosidad criminal no se circunscribe en modo alguno a su revelación en la realización del injusto típico, sino que, previa constancia de este presupuesto normativo constituye un pronóstico desfavorable de comportamiento futuro, sin cuya verificación es por entero carente de fundamento la imposición de una medida de seguridad, que se ha de aplicar con criterios científicos sobre la base de la actual situación de peligrosidad criminal, no para retribuir comportamientos pasados sino para prevenir la ejecución de comportamientos futuros descritos como delito por la ley penal.*

***Pessoas são indivíduos destinatários de direitos e deveres construídos comunicativamente, questão que não é enfrentada pelas neurociências, as quais investigam apenas indivíduos, e não o funcionamento da sociedade.***

O Direito Penal de Autor é tema recorrente, atualmente, bem como o Direito Penal do Inimigo e, neste sentido, elegemos o pensamento de Jakobs, por sua relevância doutrinária no cenário contemporâneo, eis que referiu, pela primeira vez, em 1985, no Congresso de Penalistas Alemães, em Frankfurt am Main, a expressão “Direito Penal do Inimigo”. Na ocasião demonstrou os perigos da teoria, em outras palavras, um amplo adiamento da punibilidade, criminalização a estado prévio à lesão, penas bastante altas e garantias processuais relativizadas ou, até mesmo, suprimidas (CALLEGARI; DUTRA, 2006, p. 336 e ss.). Em 1999, em um Congresso em Berlim, Jakobs retomou a ideia inicial (MUÑOZ CONDE, 2011a, p. 889). A orientação do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs, após 1999, ou seja, numa segunda fase, voltou-se mais para a questão do terrorismo, por exemplo. Inimigo, então, significaria mais um conceito pseudorreligioso do que militar. Não se tratava de neutralizar um “outro” que é fonte de perigo, mas de reconhecer-lhe competência normativa mediante uma atribuição de perversidade, neutralizando tal perigo. Assim, o Estado não falaria com seus cidadãos, mas ameaçaria a seus inimigos, no dizer do próprio Jakobs, residindo aqui a conexão com a distinção feita pelo professor alemão em relação ao que ele denomina como pessoas e “não pessoas” ou inimigos. Uma pessoa não seria, pois, apenas, um ser biológico, mas uma instituição normativa. E segundo o autor alemão, toda instituição normativa apresenta uma função orientadora que, para ser cumprida, necessita apresentar um seguro embasamento cognitivo, sem o qual não será confiável e, portanto, não poderá servir como orientação aos demais. Desta forma, ao invés de haver expectativas em relação a esta pessoa, surgirá uma defesa contra um inimigo. E este é, para Feijoo Sanchez (2010b, p. 168) o exato ponto crítico ou limite da teoria, já que, na visão de Jakobs, deve-se tratar o autor de um delito como pessoa,

e nunca como objeto, desde que o mesmo possa garantir sua fidelidade ao ordenamento no futuro; caso contrário, deverá ser tratado como inimigo.

A relação do Direito Penal puramente simbólico com o Direito Penal do Inimigo é facilmente verificável. Conforme Cancio Meliá, (2008b), no caso de crimes sexuais, por exemplo, considerados inimigos por Jakobs, não existe um tratamento frio, desapaixonado, mas uma verdadeira fogueira de sentimentos coletivos contra os agressores, os inimigos. Refere ainda, uma expressão muito utilizada por Jakobs, que denomina a violência empregada pelo Direito Penal do Inimigo como não sendo “muda”, mas “eloquente”. Em termos simbólicos, o denominador comum da agenda político-criminal atual é uma falsa construção de identidade social por meio da exclusão de diversas categorias de indivíduos identificados como alheios ao sistema social, agredindo as noções mais básicas de direitos fundamentais. É que para Jakobs, no dizer de Fakhouri Gómez (2008, p. 90), o Estado se vê obrigado a exercer uma “violência muda” contra o inimigo, pois não existe comunicação com ele, já que este não forma parte da vida social. Diante disto, Cancio Meliá (2008, pp. 75-80) critica tanto a ideia da possibilidade de uma autoexclusão parcial do inimigo (como pode haver uma rescisão unilateral nas mãos do inimigo se a prevenção geral positiva é um mecanismo social?) quanto a ideia de um “cidadão diminuído ou parcial”, ante o conceito de cidadania, de matiz constitucional. Por isto, preocupa-se com essa nova fase que, caso consolidada, segundo ele, causará o desaparecimento do Estado de Direito. Segundo o mesmo professor, o “Direito Penal do Inimigo” não constitui mera regressão a mecanismos defensivistas, mas sim *un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal*. Desta forma, diz o professor madrilenho, que acaba por transmitirem-se argumentações de identificação simbólica a novos setores de regulação com maior rapidez do que faria a argumentação racional com base em riscos mensuráveis, ou seja, *el Derecho Penal del enemigo contamina con especial facilidad –como un poco de aceite industrial un medio acuático natural– el Derecho Penal ordinario (apud CALLEGARI, 2006, p. 42-43)*. Para o professor alemão, segundo a análise de Cancio Meliá (2005e), o Direito Penal não vale mais do que a ordem social que contribui para manter e, portanto, só pode extrair sua legitimidade na última instância da existência de normas legítimas. Não se estaria tratando do Direito Penal de uma sociedade desejável, e sim do Direito Penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria matéria puramente política, e não jurídico-penal. A relação do assunto com a temática dos Direitos Humanos é tão visível que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, homem e cidadão constituem dois *status* subjetivos dos quais dependem duas classes distintas de direitos fundamentais, que são os da personalidade, que correspondem a todos os seres humanos, e os da cidadania, que correspondem,

exclusivamente, aos cidadãos, no dizer de Ferrajoli. Entre os direitos do homem como indivíduo, a Declaração enumera a garantia do *Habeas Corpus* e todas as garantias penais e processuais. Tais garantias devem ser consideradas intangíveis e dizem respeito a todos. Sua violação é sempre um atentado contra a dignidade humana (FERRAJOLI, 2000a, p. 98). Refere Gracia Martín (2017, p. 42) que: [...] *el Derecho Penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso.*

O Direito Penal do Inimigo também aparece configurado em outras vertentes doutrinárias, sob outras denominações. Diante da gravidade de situações excepcionais de conflito, denominados como “hechos de emergencia”, Silva Sánchez (2011, p. 162-167), por exemplo, reconhece a existência de um espaço para um Direito Penal de até três velocidades. A primeira velocidade diz respeito ao Direito Penal do Cárcere, com princípios político-criminais rígidos e clássicos, com regras de imputação e com princípios processuais bem definidos; já o Direito Penal de segunda velocidade fica reservado para os casos em que não há cárcere, mas sim penas restritivas de direitos ou de multa. Nestes, princípios e regras de imputação podem ser flexibilizados proporcionalmente à menor intensidade da sanção (idem, p. 162-167). O Direito Penal de segunda velocidade pode receber a crítica no sentido de que trata de infrações que nem mereciam estar sob a égide do Direito Penal, ou seja, deveriam ser, assim como no Direito de Intervenção, sustentado por Hassemer, repassadas ao Direito Administrativo, deixando-se o Direito Penal apenas para situações ensejadoras de respostas mais contundentes e protegidas por garantias que não poderiam ser flexibilizadas. Basicamente, a diferença entre a proposta de um Direito Penal de duas (ou três) velocidades, de Silva

Sánchez, e a proposta de um Direito de Intervenção, de Hassemer, é que enquanto Silva Sánchez defende a possibilidade de flexibilização de garantias do Direito Penal, Hassemer expulsa do Direito Penal toda imputação não correspondente ao controle social do intolerável (*apud* BUSATO, 2011a, p. 181-182). Por fim, a terceira velocidade ficaria reservada para o que se denomina, hoje, por Direito Penal do Inimigo, embora Silva Sánchez (2011, p. 204 e ss.) tenha recentemente rechaçado a adoção desta terminologia como sinônimo de sua terceira velocidade, posto que cada caso deveria ser estudado individualmente (IDEM, p. 204-207): infrações com penas privativas de liberdade previstas coexistindo com princípios político-criminais e regras de imputação mais flexíveis (BUSATO, 2011b, p. 147). No entanto, o Direito Penal de terceira velocidade, para Landrove Díaz (2009, p. 43-44), por exemplo, seria *el fiel trasunto del Derecho Penal del enemigo*, referido por Jakobs. Ambos vulneram o princípio da igualdade através do disfarce da legalidade formal.

**[...] ignorar ou desprezar o princípio da culpabilidade [...] pode levar a consequências bastante perigosas, como é o caso do ressurgimento de um Direito Penal de Autor ou, numa versão mais contemporânea, ao Direito Penal do Inimigo [...]**

Em termos de crítica aos conceitos referidos, ao tratar da dignidade humana perante o Direito Penal do Inimigo, Ferrajoli (2006b, p. 10) denomina a atual política criminal e suas relações com o Direito Penal como uma “*trágica incongruencia*” ou “*trágica confirmación del nexo indisoluble que liga derecho y razón, legalidad y seguridad, medios y fines, formas y sustancia de los instrumentos, incluso coercitivos, de tutela de los débiles frente a la ley del más fuerte.*” A doutrina majoritária, conforme refere Gracia Martín (2005, p. 2, 8 e 11) tem rechaçado este Direito Penal do Inimigo, tanto como discurso teórico-doutrinário, como posicionamento de caráter político-criminal ou processual, tal qual AMBOS (2009) também o refere. Conforme Streck (2004, p. 303 e ss.), há uma contaminação do Direito Penal

e Processual Penal pelas “*leis de exceção, de supressão de garantias, tudo em nome de uma suposta segurança do cidadão*”, sobrepondo-se a legislação ordinária ao texto da Constituição, quando deveria ocorrer o oposto. Isto posto, verifica-se que, conforme Cancio Meliá (2008b, p. 87) já afirmou, não é possível a convivência harmônica entre um modelo de Direito Penal de Cidadãos com um Direito Penal para Inimigos. A ser assim, a contaminação, cujos sinais já estamos verificando em nossos ordenamentos, será inevitável. Isto suporia uma síntese de um modelo de fim da pena que é incompatível com um Direito Penal como aquilo que agora se identifica em nosso sistema como próprio de um Estado respeitoso com os direitos humanos e com a própria democracia (FAKHOURI GÓMEZ, 2008, p. 90), ao contrário do que sustenta Jakobs, que refere a inexistência de qualquer modelo puro (JAKOBS, 2008e, p. 63 a 88 e 169 a 206). Diante do exposto, e do perigo que as concepções de Direito Penal de Autor e de Direito Penal do Inimigo representam, e que a história já demonstrou na prática, questiona-se, atualmente, adian-

te da crise do conceito de culpabilidade diante da indemonstrabilidade do “poder agir de outro modo”, como compreender esta categoria com maior clareza e segurança jurídica. Por isto, fala-se na desintegração dialética do princípio metafísico (CARVALHO, 1992, p. 63-64). Do mesmo modo, questionam-se, em face dos avanços da medicina e das neurociências, por exemplo, os riscos de perecimento da categoria “culpabilidade”, instaurando-se o completo vazio e a possibilidade, consequentemente, de que interpretações sobre a capacidade de decisão e sobre o livre arbítrio possam conduzir a humanidade aos riscos já examinados e que, historicamente, pareciam-nos já superados. Como questiona Feijoo Sanchez (2013e, p. 277 e ss.), será que poderemos seguir falando de uma fundamentação da culpabilidade diante do atual conhecimento

científico a respeito do funcionamento do cérebro? Veja-se que este conhecimento, até pouco tempo atrás, só nos era acessível através de uma mera experiência ou sensação subjetiva, e as concepções tradicionais da responsabilidade moral e da culpabilidade foram construídas sobre aquele conhecimento que se tinha. Por isto, dentro de uma visão sistêmica e contemporânea, podemos destacar duas concepções que pretendem responder ao problema proposto. Já adiantamos que não há qualquer delas que seja absolutamente perfeita e que, talvez, a consciência destes conceitos e de suas fragilidades é o que pode auxiliar-nos a encontrar respostas mais condizentes com aquilo que se pretende para uma sociedade mais justa.

### 3 CULPABILIDADE COMO PROCESSO MOTIVACIONAL

A convivência do indivíduo com os demais demonstra um complexo sistema de interação e comunicação que corresponde ao que a psicologia denomina como “motivação”, de fundamental importância para que o indivíduo venha a cumprir com seus deveres no que tange ao cumprimento das regras de convívio social. Neste sentido, diz-se que as funções de normalidade motivacional e de proteção a bens jurídicos fundamentam a culpabilidade em sentido material e que o importante não é que o indivíduo possa escolher dentre vários comportamentos possíveis, o que é indemonstrável cientificamente, mas que a norma penal o motive, com seus mandatos e proibições, para que se abstenha de realizar a conduta proibida ante a ameaça de uma pena (MUÑOZ CONDE, 2010d, p. 355). Tal função motivacional somente pode ser compreendida se for situada num contexto de controle social mais amplo. Evidentemente, neste contexto, os fatores psíquicos e os socioculturais, bem como as descobertas científicas mais atualizadas, devem ser considerados, razão pela qual as neurociências devem interferir no sentido de qualificar o debate. Por outro lado, não pode haver eficácia motivadora numa norma penal sem que outros fatores igualmente inibitórios acompanhem aquela norma, ou seja, fatores outros relacionados a outras instâncias de controle social. Do mesmo modo, a função motivadora emanada por estas outras instâncias seria ineficaz se não fosse confirmada e assegurada pela função motivadora da norma penal. No entanto, este controle social realizado pelo Direito Penal necessita de limites (HASSEMER, 1999, p. 116-117) e deve preservar a dignidade do ser humano. Aqui reside a justificativa ética do Direito Penal e do Estado, a qual, a nosso sentir, não pode depender estritamente de considerações individualistas. Neste sentido, a culpabilidade, entendida deste modo, mais que um problema de ordem individual, é um fenômeno de caráter social, não sendo uma qualidade da ação, mas uma característica que se atribui àquela para poder imputar o fato delitivo a alguém. A correlação de forças sociais existentes em certo momento definirá os limites do culpável e do não culpável, entre liberdade e não liberdade. Assim, não existe uma culpabilidade em si mesma (concepção individualista), mas uma culpabilidade em relação aos outros. Por isto, forte segmento doutrinário propugna, modernamente, por um fundamento social ao

invés do tradicional elemento psicológico. O caráter motivador da norma penal configura-se como revelador de participação e de comunicação, culminando no processo de socialização do indivíduo. Assim, uma sociedade onde residem diversos sistemas de valores deverá ser considerada pelo julgador (MUÑOZ CONDE, 2010d, p. 353), tanto que um transtorno relevante que incida sobre a capacidade de motivação do sujeito, igualmente, deve ser considerado à luz de um Direito Penal da culpabilidade, e esta deve ser diminuída na proporção direta daquela diminuição de capacidade, como refere Bitencourt (2012, p. 461 e ss.) A culpabilidade é o terreno onde as possibilidades psíquicas de motivação normal do autor são examinadas. A ausência desta normalidade não impede de seguir valorando o fato como antijurídico, pois não supõe uma impossibilidade absoluta de motivação, mas apenas uma ausência de normalidade do processo motivacional. Por tudo isto, Mir Puig (*apud* BITENCOURT, 2012, p. 536) afirma, a respeito do princípio da culpabilidade, que a probabilidade de fracasso na internalização das normas deve ser considerada, no caso concreto, como uma possível ponte para a imputabilidade. No que tange à imputabilidade, refere Muñoz Conde (1982b, p. 130 a 135) que qualquer fator que incida sobre processos de socialização *aunque no afecte a la inteligencia y a la voluntad, deve ser tenido presente. El sujeto no motivable por la norma es inimputable al haber fracasado los procesos de socialización y aprendizaje.* No mesmo sentido, ou seja, pela incapacidade de culpabilidade em certos casos, opinam Jescheck e Weigend (2002, p. 605). Isto procede, principalmente, nos casos de embriaguez, psicopatias e perturbações sexuais, porquanto nestes casos, apesar de concorrer uma clara consciência do injusto, em algumas situações excepcionais podem predominar os impulsos, ou os fatores inibidores podem restar debilitados, deixando de serem domináveis. Sobre este tipo de discussão, Quintero Olivares (1999, p. 159) faz uma forte crítica à forma como as ciências penais separam as pessoas entre imputáveis e inimputáveis, independentemente do delito cometido. Logicamente, esta não é a única separação que se faz de modo preliminar, pois também se divide a população entre enfermos e sãos, entre capacitados e incapacitados. São todas falsas comparações, pois a imputabilidade é um conceito jurídico construído para estabelecer a vinculação subjetiva entre pessoas e atos delitivos. Não faz sentido se referir a ela como uma condição natural ou social. Portanto, não se pode ser imputável em abstrato, com independência de um delito, já que se trata de condição que somente pode ser examinada após a prática do crime. Por tudo isto, entendemos que a imputabilidade é elemento, e não pressuposto da culpabilidade, tal qual Martínez Garay (2005, p. 80 a 83) recomenda. Assim, mesmo um sujeito que venha a ser considerado inimputável poderá receber a absolvição própria, completa, sem medida de segurança, diante de inexigibilidade de conduta diversa, esta igualmente considerada como elemento (e não como pressuposto) da culpabilidade, por exemplo.

Enfim, o princípio da culpabilidade também deve ope-

rar como limite ao *jus puniendi*, segundo sua vertente mais tradicional, como refere Mir Puig (1986b, p. 56) no mesmo sentido de Roxin (1981, p. 29, 36 e 110), que defende limites ao *jus puniendi* através do princípio da culpabilidade, e conforme a corrente limitadora da prevenção geral positiva, por este sustentada, a prevenção geral positiva deve estar adequada à culpabilidade, ponto de partida do sistema de medição das penas. No caso concreto, Roxin também sugere que se aplique uma pena inferior à adequada à culpabilidade quando aquela resultar dessocializadora ou contraindicada pela prevenção especial.

#### 4 CULPABILIDADE COMO EQUIVALENTE FUNCIONAL À IDEIA DE LIVRE ARBÍTRIO

O controle social é condição básica da vida social, sendo missão do Estado, assegurando-se o cumprimento das expectativas de condutas e dos interesses contidos nas normas que regem a convivência, confirmando-as e estabilizando-as, em caso de sua frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta de uma determinada forma ou procedimento. Jakobs propõe nova forma de compreensão do princípio, a partir de sua teoria retributivo-funcional, qual seja, a teoria compensatória da culpabilidade, como refere Gómez-Jara Díez (2008). Para o professor alemão (JAKOBS, 2008e, p. 198), a culpabilidade, dentro de um moderno Direito Penal, deve ser entendida como a responsabilização pela falta de disposição de se automotivar conforme a norma, preenchendo todo o conteúdo da prevenção geral positiva (JAKOBS, 1997b, p. 566). Para Jakobs interessa sobremaneira a sociedade concebida como um sistema autopoiético, ou seja, uma sociedade na qual as pessoas participem como “estruturas” ou como “portadoras de papéis”. A culpabilidade significaria, assim, a ausência de fidelidade individual perante o ordenamento jurídico vigente (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007c, p. 502), propugnando-se pelo ideal de prevenção geral. A culpabilidade (JAKOBS, 2008e, p. 198) corresponderia, pois, em toda a sua extensão, ao ideal de prevenção, e não propriamente como ideia de limite ao poder punitivo do Estado. Neste sentido, Feijoo Sánchez observa que Jakobs rejei-

ta o conceito material de delito como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, que é a base das teorias penais na atualidade. Portanto, a culpabilidade, segundo Jakobs, deixaria de corresponder à ideia de censurabilidade individual (pela errônea conformação da vontade do agente ou por seu equivocado processo de motivação) para constituir-se na responsabilidade por um déficit de motivação de ordem jurídica que se exteriorizaria na contradição da norma, conforme Lesch (1999, p. 277).

Para Jakobs (2008a, p. 203), o conceito de livre arbítrio não deve ser assumido, então, para além de uma metáfora, e sim como construção normativa. Isto porque, segundo ele, uma sociedade vincula pessoas (sentido jurídico), e não seres humanos individuais. Pessoas são indivíduos destinatários de direitos e deveres construídos comunicativamente, questão que não é enfrentada pelas neurociências, as quais investigam apenas indivíduos, e não o funcionamento da sociedade. Assim, em que pese a polêmica acerca de alguns posicionamentos de Jakobs como o Direito Penal do Inimigo, este refere que as pessoas são competentes para manter uma liberdade de autoadministração: *existe una correspondencia entre autonomia y responsabilidad, pero no entre albedrío y responsabilidad*. Jakobs critica a tese da motivabilidade dizendo que tem-se trabalhado com a ideia de atribuir capacidade de motivação, mediante normas, aos sujeitos chamados “normais” ou “iguais” (o “homem médio”), a fim de evitar uma diminuição do princípio punitivo e, conseqüentemente, a perda da eficácia do Direito Penal. Refere o professor alemão que tais generalizações são feitas também por autores que pretendem manter o princípio da culpabilidade sobre seu pressuposto clássico da liberdade de vontade, mas que acabam se curvando ao argumento de sua indemonstrabilidade. É que o Direito Penal se fundamenta em exigências normativas que a sociedade dirige ao autor, “o qual é tratado como cidadão responsável, e não como menor ou como doente”, no sentido que esta “espécie de imputação subjetiva é tão necessária quanto justificada num ordenamento jurídico baseado na

liberdade,” como referem Peñaranda Ramos, Suárez González e Cancio Meliá (2014, p. 65-66). Feijoo Sánchez (2012a) refere, até mesmo, que a possibilidade hipotética de uma atuação conforme o Direito nunca foi a razão de punir do Estado, e que isto vem camuflando o real fundamento normativo da culpabilidade: *nunca se ha declarado culpable a nadie por haber podido actuar de otra manera o de manera conforme al Derecho en la situación concreta*. A proposta de Jakobs é instigante, e diante de eventuais críticas que criticam o posicionamento de corte funcionalista moderado, responde, provocativamente, Ortiz de Urbina Gimeno (2007, p. 153), dizendo que se trata de um rechaço que parece alimentado pela crença de que existe somente um modo de fazer dogmática com relevância político-criminal: *...esto, sin embargo, es por completo incorrecto, ya que política criminal hacen todos los planteamientos dogmáticos: el problema está en qué tipo de política criminal se hace*. Assim, entendemos que somente será possível oferecer uma resposta satisfatória a respeito da culpabilidade se esta for compreendida numa perspectiva indispensável no marco de um sistema de liberdades e, neste sentido, a culpabilidade, no sentido jurídico-penal, está construída sobre a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Não é possível construí-la sobre uma base constituída por uma liberdade absolutamente incondicionada, mas sim como competência socialmente dada sobre a qual se constroem as correspondentes estruturas de responsabilidade. Isto nada tem a ver com a exigência de um comportamento distinto diante da possibilidade de atuar de outro modo, e sim com a disposição jurídica mínima, que é indispensável, prestada por todos os cidadãos em prol de um convívio comum e necessário. Refere Callegari (2003d, p. 17) que *da mesma maneira que ocorre no âmbito da responsabilidade culpabilista, determina-se por um procedimento normativo quem é o competente para o resultado, e não por um curso natural, isto é, nem pela biologia, nem pela física, nem tampouco pela psicologia*. Para Feijoo Sánchez (2013e, p. 293), no marco de um Estado Democrático de

Direito, a única disposição (intersubjetivamente) relevante é a de cumprir com as normas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não nos parece ser o mais relevante discutir teses deterministas ou indeterministas, mas a compreensão de que até mesmo um determinismo parcial não é incompatível com a noção jurídica da liberdade, e que somente desta, resulta a noção de responsabilidade. Isto não significa desprezar conhecimentos relevantes de outras áreas do conhecimento que possuam reflexos importantes para as ciências jurídicas, como as neurociências, por exemplo. Porém, quanto às escolhas que o indivíduo faz e quanto à responsabilização penal, a análise de sua liberdade deve ser jurídica. Se fôssemos seres absolutamente livres e incondicionados em nossas decisões, estaríamos diante de vontades incontroláveis, totalmente privados de controle e de responsabilidade por nossas ações. Diante disto, a questão agora não é mais saber se somos ou não determinados, mas “como” estamos determinados, segundo leciona Feijoo Sánchez (2013e, p. 285). A ideia de liberdade como criação social, com a qual resulta impossível trabalhar em um laboratório, não descaracteriza, em hipótese alguma, o conceito jurídico (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011d, p. 47). Concordamos com Feijoo Sánchez, para quem cultura e socialização não podem ser compreendidas como uma mera ilusão pelo fato de que não possam ser observadas dentro do cérebro humano mediante experimentos científicos, já que são realidades diversas dos processos naturais. No entanto, não deixam de serem processos tão reais quanto os neuroquímicos. O fato é que as necessidades preventivo-sociais em certo momento histórico também devem ser consideradas, bem como a aplicação dos princípios constitucionais democráticos. Cancio Meliá (2004a, p. 64 e ss.), por exemplo, narra o desenvolvimento do conceito do princípio da culpabilidade e traz análises sobre novas incidências doutrinárias, como o moderno e polêmico enfoque da prevenção geral positiva, com seus efeitos sociocomunicacionais, ou seja, a pena como confirmação da vigência da norma, autenticando a identidade social. Cancio Meliá (2013f, p. 539 e ss.), inclusive, refere a necessidade de se avançar numa direção mais clara quanto às categorias da culpabilidade, mas levando em conta seu caráter normativo, ou seja, as condições reais e sociais do sistema de imputação penal. Isto deve significar uma superposição do normativo em relação ao fático-biológico. É que a responsabilidade jurídica, como construção social, pertence ao mundo social, que não é irreal ou ilusório (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013e, p. 293). São critérios estritamente normativos os que nos permitem determinar o nível de disposição jurídica exigível aos cidadãos, bem como em quais casos o autor da infração não deve ser responsabilizado pela deficiente disposição jurídica que foi manifestada através do injusto. A obrigação jurídica essencial não consiste em ser fiel à norma simplesmente, mas sim, precisamente, em evitar seu “não reconhecimento mediante uma ação que a infrinja,” como diz Feijoo Sánchez (2007c, p. 575). Portanto, ignorar ou desprezar o princípio da culpabilidade, em qualquer de suas vertentes, conforme demonstrado, pode levar a consequências bastante perigosas, como é o caso do ressurgimento de um Direito Penal de Autor ou, numa ver-

são mais contemporânea, ao Direito Penal do Inimigo, o qual não é o simples retorno de uma política criminal autoritária, mas sua nova fase evolutiva, conforme Cancio Meliá (2010d, p. 440), razão pela qual é preciso estar atento a novas possibilidades de enfrentamento do tema, em face das impossibilidades naturalmente impostas ao princípio da culpabilidade e já mencionados neste trabalho. Por ora, fiquemos com o conceito proposto de livre-arbítrio em sentido jurídico, que mesmo diante das neurociências ou das mais modernas tecnologias, não perde seu caráter avaliativo individual e humano, razão de ser do Direito Penal, que segue existindo como mecanismo de controle social imprescindível, como matriz comportamental, mas sempre de forma respeitosa e limitada pelos contornos dos direitos fundamentais e de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. 1ra. reimpressão. Valencia: Pre-textos, 2003.
- AMBOS, K. *Terrorismo, tortura y derecho penal*. São Paulo: Atelier, 2009.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, P.C. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. In: MUÑOZ CONDE; BUSATO, P.C. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a, p. 155 – 230.
- BUSATO, P.C. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.
- CALLEGARI, A.L.; DUTRA, F.A. Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales. In: CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006. V. 1.p. 325– 340.
- CANCIO MELIÁ, M. ¿Crisis del lado subjetivo del hecho? Separata de: ZUGALDIA ESPINAR, J.M.; BARRIA DE QUIROGA, J. (coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004 a.
- CANCIO MELIÁ, M. Derecho penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Navarra: Aranzadi, 2008b. p. 63– 88.
- CANCIO MELIÁ, M. Direito penal do inimigo? In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c. p. 51– 81.
- CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de derecho penal*. Lima: Palestra, 2010d, (Colección de Ciencias Penales, n. 2).
- CANCIO MELIÁ, M. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. In: CALLEGARI, A.L.; GIACOMOLLI, N.J. (coord.) *Direito Penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005e. p. 89– 115.
- CANCIO MELIÁ, M. Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In: DEMETRIO CRESPO, E.; CALATAYUD MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Montevideo, 2013f. p. 529-545.
- CARVALHO, M.D.L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y. Resumen de la discusión en la primera sesión: ¿derecho penal del enemigo? In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: Seminario con Günther Jakobs en la UAM*. Navarra: Aranzadi, 2008, p. 89– 100.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Aranzadi, 2012a.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. Funcionalismo y teoría del bien jurídico. In: MIR PUIG, S.; QUERALT JIMÉNEZ, J.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010b.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. La normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007c.p. 469-576.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. Derecho penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa? In *Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, n. 2, p.1-57, abr. 2011d.



FEIJOO SÁNCHEZ, B. Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias. In: DEMETRIO CRESPO, E.; CALATAYUD MAROTO, M. (coord.). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer; Montevideo: IBDeF, 2013e. p. 269-298.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2000a.

FERRAJOLI, L. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho. *JD: Revista Jueces para la Democracia*, n. 57, p. 3-10, nov. 2006b.

GARCÍA GARCÍA, L. *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al derecho penal: instituciones, fundamentos y tendencias del derecho penal*. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2012. v.2

GÓMEZ MARTÍN, V. *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo? *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, n. 2, p. 1-31, abr. 2008.

GRACIA MARTÍN, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *RECPC: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, n. 7, 2005. Disponible em: <http://criminol.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acceso em: 20 fev. 2017.

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

JAKOBS, G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Navarra: Aranzadi, 2008a. p. 23-62.

JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997b.

JAKOBS, G. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo, noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005c. p. 19– 50.

JAKOBS, G. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003d.

JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: Seminario con Günther Jakobs en la UAM. Navarra: Aranzadi, 2008e. p. 63– 88 e p.169– 206.

JESCHECK, H.; WEIGEND, T. *Tratado de derecho penal*. Parte general, 5. ed. Granada: Comares, 2002.

LANDROVE DÍAZ, G. *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LESCH, H. H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTÍNEZ GARAY, L. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MIR PUIG, S. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011a.

MIR PUIG, S. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, t 39, n. 1, p. 49-58, enero/abr, 1986b.

MUÑOZ CONDE, F. El derecho penal en tiempos de cólera. In: MUÑOZ CONDE, Francisco; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVÉ, J.C; CORTÉS BECHIARELLI, E. NUÑEZ PAZ, M.A (coord.). *Un derecho penal comprometido*: libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011a. p. 851-911.

MUÑOZ CONDE, F. La imputabilidad del enfermo mental. *Revista Psicopatología*, n. 2, 1982b. p. 130-135.

MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003c.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal: parte general*. 8.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010d.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *La excusa del positivismo*. La presunta superación del 'positivismo' y el 'formalismo' por la dogmática penal contemporánea. Madrid: Civitas, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65-66.

PÉREZ MANZANO, M.; CANCIO MELIÁ, M. Lección 4: principios del derecho penal (III). In: LASCURAIN SANCHEZ, J. A. (coord.). *Introducción al derecho penal*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2015.

POLAINO NAVARRETE, M.; POLAINO-ORTS, M. ¿Medidas de seguridad 'inocuidadoras' para delincuentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad". *AP: Actualidad Penal Revista*, Sección Doctrina, t. 3, ref. 38, p. 1-31, 2001. *La Ley* 17274/2001.

QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

REGHELIN, E.M. Entre terroristas e inimigos... *Revista IBCCrim: Instituto Brasileiro*

*de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, n. 66, p. 271-314, maio/jun. 2007.

ROBLES PLANAS, R. Sexual predators: estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Cataluña, p. 1-25. oct. 2007. Disponible em: [http://www.indret.com/pdf/478\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf). Acceso em: 30 set. 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Principios y garantías. In: MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.). *Memento práctico penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2011. p. 67-108.

ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ed. Buenos Aires: Edisofer, 2011.

STRECK, L. Bem jurídico e Constituição. Da proibição de excesso (überma-verbot) à proibição de proteção deficiente (unterma-verbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *BFD: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica*, Coimbra, v. 50, 2004.

Artigo recebido em 27/2/2019.

Artigo aprovado em 6/3/2019.

Elisangela Melo Reghelin é Delegada de Polícia Civil, Doutora em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid, Espanha, e Professora de Direito Penal UNISINOS/RS.