UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO

CULPABILIDADE: ANÁLISE ACERCA DO CAMINHO UTILIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA IDENTIFICAÇÃO E SELEÇÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

TESE DE DOUTORADO

Recife
2017

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO

CULPABILIDADE: ANÁLISE ACERCA DO CAMINHO UTILIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA IDENTIFICAÇÃO E SELEÇÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Tese de doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito da Universidade Federal de Pernambuco.
Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.
Linha de Pesquisa: Estado e Regulação.
Orientador: Prof. Dr. Francisco Queiroz Cavalcanti.

Recife
2017

Catalogação na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

F475c Figueirêdo, Simone de Sá Rosa
Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa / Simone de Sá Rosa Figueirêdo – Recife: O Autor, 2017.
304 f.

Orientador: Profº. Drº. Francisco Queiroz Cavalcanti
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.
Inclui referências.

1. Direito penal – Brasil. 2. Culpa (Direito). - Brasil 3. Conduta diversa. 4. Estado democrático de direito. 5. Regra de calibração. 6. I. Cavalcanti, Francisco Queiroz (Orientador). II. Título.

345.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2017-41)

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO

Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.
Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado e os julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem (Presidente/UFPE)
APROVADO

Professor Dr. Andrea Walmsley (1ª Examinadora externa/Damas)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Margarida de Oliveira Cantarelli (2ª Examinadora externa/Damas)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (3ª Examinador externo/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (4ª Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 14 de dezembro de 2017

Coordenador Porfª Drª **Juliana Teixeira Esteves**

RESUMO

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

Este trabalho faz uma análise acerca dos caminhos atualmente utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro na tarefa de identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, definida pelo Direito Penal vigente como uma das causas de exclusão da culpabilidade. O objetivo principal deste estudo é, a partir da análise da jurisprudência que se debruça sobre a temática e da consequente constatação da heterogeneidade das decisões judiciais ou mesmo da ausência de uniformidade mínima em relação às diretrizes utilizadas pelos julgadores nos precedentes que versam sobre a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, constatar a existência de indeterminação ou de contornos mínimos deste instituto, o que se apresenta como incompatível em um Estado Democrático de Direito que tem por base a Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, além da apresentação do referido problema e das soluções trazidas pela doutrina sobre a questão, este estudo aponta, baseando-se na doutrina de Tércio Ferraz Júnior, como oportuna a utilização de outro caminho que, por sua vez, considerada o funcionamento do sistema penal e o papel desenvolvido por institutos como a exigibilidade de conduta diversa, posicionamento este que parte de um viés diferente do comumente utilizado doutrina penal em geral, por afastar-se de critérios fixos e generalizantes. Para tanto, inicialmente, investigou-se historicamente a culpabilidade, desde o gérmen do conceito, até a sua solidificação dentro da dogmática penal. Com base nos aspectos teóricos da literatura especializada, foram apresentadas as concepções de culpabilidade material de Welzel, Roxin, Jakobs e Zaffaroni, isso, pela proximidade destas teorias com a problemática desenvolvida na tese. Ademais, a investigação debruçou-se sobre as considerações da doutrina penal brasileira com relação às balizas a serem utilizadas pelo julgador no momento em que verifica a existência de exigibilidade de conduta diversa nos casos concretos, assim como, sobre os precedentes que tratam da matéria. A partir de um diagnóstico crítico relativo às motivações das decisões apresentadas, evidenciou-se a importância dos objetivos da tese, imprimindo a ideia de que a elucidação de um caminho adequado para a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa é premente. Na sequência, são lançadas justificativas teóricas capazes de revelar que o alcance da homogeneidade exigida pelo sistema jurídico brasileiro torna-se possível a partir da compreensão dos julgadores sobre a função da exigibilidade de conduta diversa dentro do sistema penal, papel este de abreviatura simbólica para a integração concreta de valores.

Palavras-chave: Exigibilidade de conduta diversa. Culpabilidade. Regra de calibração. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. 2017. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

This study analyzes the ways currently used by the Brazilian Judiciary in the task of identifying and selecting supralegal causes of different conduct, defined by the current Criminal Law as one of the causes of exclusion of culpability. The main objective of this study is, based on the analysis of jurisprudence that deals with the thematic and the consequent verification of the heterogeneity of judicial decisions or even absence of minimum uniformity in relation to the guidelines used by the judges in the precedents that concern the admission of supralegais causes of exigibility of diverse conduct, to verify the existence of indetermination or of minimal contours of this institute, which presents itself as incompatible for a Democratic State of Right that is based on the Dignity of the Human Person. In this sense, in addition to the presentation of the aforementioned problem and the solutions brought by the doctrine on the question, this study points out, based on the doctrine of Tércio Feral Júnior, how timely the use of another path which, in turn, penal system and the role played by institutes such as the exigibility of different conduct, this positioning that departs from a bias different from the commonly used criminal doctrine in general by departing from fixed and generalizing criteria. In order to do so, the culpability was historically investigated historically, from the germ of the concept, until its solidification within the criminal dogmatic. Based on the theoretical aspects of the specialized literature, Welzel, Roxin, Jakobs and Zaffaroni conceptions of material culpability were presented, due to the proximity of these theories to the problematic developed in the thesis. In addition, the investigation focused on the considerations of the Brazilian penal doctrine in relation to the beacons to be used by the judge at the moment in which it verifies the existence of exigibility of conduct diverse in the concrete cases, as well as on the precedents that deal with the matter. Based on a critical diagnosis regarding the motivations of the presented decisions, the importance of the objectives of the thesis was evidenced, implying the idea that the elucidation of an adequate way for the admission of supralegals causes of exigent of diverse conduct is urgent. In the sequence, theoretical justifications are presented capable of revealing that the scope of homogeneity required by the Brazilian legal system becomes possible from the understanding of the judges on the function of the exigibility of diverse conduct within the penal system, a symbolic abbreviation for the concrete integration of values.

Keywords: Diverse conduct requirement. Culpability. Calibration rule. Democrat state of law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 07

2 SOBRE OS PRIMEIROS PASSOS PARA A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE 15

3 DO PSICOLOGISMO DE LISZT AO PURO NORMATIVISMO DE WELZEL: análise da teoria psicológica, normativa e normativa pura da culpabilidade 41

3.1 Teoria psicológica da culpabilidade 41

3.2 Teoria normativa da culpabilidade 63

3.2.1 Os reflexos do neokantismo no Direito Penal 63

3.2.2 Sobre as contribuições de Frank, Goldschmidt e Freudenthal 69

3.3 Teoria normativa pura da culpabilidade 89

3.3.1 Welzel e a diferença entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico 89

3.3.2 O finalismo e a culpabilidade puramente normativa de Welzel 96

4 DO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE 117

5 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO 181

6 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO ABREVIATURA SIMBÓLICA PARA INTEGRAÇÃO CONCRETA DE VALORES 244

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 293

REFERÊNCIAS 298

1 INTRODUÇÃO

Dentro da Dogmática Penal, mais especificadamente, da teoria do delito, a culpabilidade se apresenta, já há algum tempo, como elemento de relevo. O debate acerca da sua essência, do seu conteúdo, sobre a sua relação com a pena e, sobretudo, quanto à sua capacidade de limitar o poder de punir do Estado, evidenciou a riqueza e complexidade do referido elemento do crime.

A percepção da doutrina acerca dessa complexidade imanente à ideia de culpabilidade, com o passar do tempo, apenas se intensificou. Isso ocorreu, notamanente, a partir dos estudos sobre um dos seus elementos: a exigibilidade de conduta diversa.

Inicialmente estabelecida a partir da jurisprudência alemã, tão logo, a exigibilidade de conduta diversa foi considerada pela dogmática penal, tomando, definitivamente, espaço nas teorias dos autores que marcaram a história do Direito Penal moderno.

No Brasil, atualmente, esse instituto encontra-se estabelecido legalmente apenas a partir de dois casos definidos como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.

Em contrapartida, já há quase trinta anos, a partir das contribuições, notamante, de Assis Toledo, se iniciou no Brasil um processo de reflexão acerca da insuficiência da lei em relação à previsão dos casos de inexigibilidade de conduta diversa, o que, progressivamente, refletiu na alteração de posicionamento do Poder Judiciário brasileiro sobre a questão.

Observando a essência do conceito de culpabilidade, houve a reflexão no sentido de que os casos em que, embora tendo praticado um ato ilícito, o agente não deveria ser reprovado por não ser exigível atuar de modo diverso, conforme o direito, não poderiam se restringir a obediência hierárquica e coação moral irresistível.

Por conseguinte, considerou-se ser incompatível com o conceito de culpabilidade reprovar aquele que em um dado concreto não poderia agir de forma diversa, mesmo em se tratando de uma situação diferente das referidas na legislação penal como causas de inexigibilidade diversa.

No entando, ressalte-se, essa percepção ocorreu a passos um tanto quanto lentos, de forma gradual. Houve grande resistência por parte da doutrina e, acima de

tudo, por parte do judiciário em relação à admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa.

Essa resistência quase sempre teve em sua fundamentação, como questão central, a ameaça à segurança jurídica que um posicionamento nesse sentido poderia trazer ao funcionamento do sistema penal.

Houve o entendimento de que a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa operaria como ―carta branca‖ para os julgadores absolverem em casos inadequados, contrários à vontade de legislador, o que desembocaria em uma grave instabilidade jurídica.

Esse embate entre os que concluíam que os casos de inexigibilidade de conduta diversa, dada a essência da ideia de culpabilidade, não poderiam se restringir às hipóteses legais do Código Penal brasileiro, e os que depreendiam que essa interpretação traria consequências negativas ao funcionamento do sistema penal, por prejudicar a segurança jurídica, não conseguiu se manter.

A sedimentação da ideia de culpabilidade e o maior conhecimento acerca da sua essência, fizeram com que a conclusão de que os casos de ausência de reprovação por inexigibilidade de conduta diversa ocorrem apenas nas hipóteses de obediência hierárquica e coação moral irresistível se apresentasse cada vez mais antagônica.

Finalmente, em termos jurisprudenciais, em 1990, no Brasil, considerou-se que não haveria razão para o temor, apresentado por alguns doutrinadores da época, de que a admissão da referida tese geraria uma impunidade generalizada, desde que se considerasse a inexigibilidade em seus limites próprios, situada dentro do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo juiz ou Tribunal, e não como mera avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso. Nesse precendente, houve ainda o alerta de que o Código Penal adotou, em 1984, sem restrições, o princípio *nullum crimen sine culpa*, assim sendo, seria enorme contrassenso conceber a aplicação de pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer.

Desde então, mesmo que progressivamente, os tribunais consolidaram esse entendimento, reconhecendo a possibilidade de afastar a culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal.

A proporção da referida sedimentação é de tal magnitude que, já há algum tempo, os precedentes do Poder Judiciário brasileiro sequer se ocupam em justificar a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido,

partem do pressuposto de que não há mais discussão, ao menos com relevância, sobre a temática e que, portanto, é desnecessária a motivação nesse sentido.

Em contrapartida, apesar de todo esse contexto e de ser um instituto da dogmática penal amplamente difundido e debatido nos sistemas jurídico-penais ocidentais, no Brasil, não há uma definição precisa do que seja a exigibilidade de conduta diversa.

Tal afirmação provém do fato de serem desconhecidos os limites da consideração acerca da existência ou inexistência de exigibilidade de conduta diversa, ocasionada pela falta de racionalidade do sistema na eleição dos valores aceitos como aptos à aniquilar a liberdade, o que desemboca no obscurantismo acerca dos limites da analisada causa de exculpação.

Nesse sentido, ao passo que não são conhecidos os limites para a admissão de causas supralegais instituto, são ocultos também os contornos da exibilidade de conduta diversa em si.

Na medida em que são incógnitos os casos em que deve ser considerado inexigível uma ação conforme o Direito, a ideia de exigibilidade de conduta diversa torna-se indefinida, carente da precisão necessária para um instituto com tal natureza atingir satisfatoriamente os seus objetivos dentro do sistema penal.

A partir da análise da jurisprudência brasileira, verifica-se que os precedentes que se debruçam sobre a questão não apresentam homogeneidade em relação as balizas utilizadas para a admissão da tese da inexigibilidade de conduta diversa baseada em causa supralegal.

Não há, sequer, a indicação do caminho pelo qual o julgador deve trilhar na tarefa de identificar a ausência ou presença de situação de inexigibilidade de conduta diversa nos casos concretos eventualmente apresentados.

Há, frise-se, uma carência doutrinária e também jurisprudencial em relação ao esclarecimento acerca das bases pelas quais o judiciário deve se nortar ao se debruçar sobre um caso em que se questiona a existência de inexigibilidade de conduta diversa com base em uma causa supralegal.

Essa escassez tratada no parágrafo anterior tem gerado uma heterogeneidade em relação às decisões do Poder Judiciário brasileiro relativas à questão, considerada grave, posto que gera uma instabilidade indesejada em se trantando um Estado Democrático de Direito.

A ausência de indicação das balizas que devem nortear uma decisão sobre a exigibilidade de conduta diversa serve de móvel para uma sensação de insegurança que, por sua vez, torna os julgadores resistíveis a admissão da tese em casos onde a admissão seria adequada e vice-versa.

Nessa toada, esta tese visa, exatamente, alcançar as bases que os julgadores brasileiros devem observar em uma decisão que verse sobre a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, expondo, assim, os caminhos que devem ser utilizados para se obtenha uma jurisprudência com homogeneidade satisfatória a um Estado Democrático de Direito, ou seja, suficientemente harmoniosa, coesa.

O objetivo deste estudo é, inicialmente, identificar, através de uma revisão na jurisprudência, a inexistência de uniformidade satisfatória nas fundamentações das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário brasileiro ao considerar como presente ou mesmo ausente uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

A partir da referida identificação, busca-se apresentar uma reflexão crítica acerca da atual postura do Judiciário brasileiro, apresentando, outrossim, a partir das contribuições teóricas de Tércio Ferraz Júnior, uma outra perspectiva de análise do problema, voltada à observação do funcionamento do sistema penal, com o objetivo de identificar a partir das características normativas da exigibilidade de conduta diversa, a sua função e, acima de tudo, as balizas que o Poder Judiciário deve utilizar no momento de sua interpretação, da decisão.

Desde já, é importante pontuar que acreditamos que o problema exposto não existe em face da ausência de previsão legislativa, posto que qualquer tentativa nesse sentido seria de todo fracassada, mas pela falta de consciência acerca do funcionamento do sistema penal e, acima de tudo, do papel desempenhado pela exigibilidade de conduta diversa, isso, a partir da compreensão das características desse instituto.

Essa é exatamente a contribuição que a presente tese visa conceder. Sua finalidade é identificar a causa da heterogeneidade dos valores selecionados pelo sistema jurídico-penal em concreto, ou seja, os motivos da grande e desordenada abertura sistêmica hoje existente em relação à consideração das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, no intuito de expor as ponderações a serem feitas no momento de se avaliar decisões que versem sobre admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, tudo, no intuito de apontar caminhos propícios ao alcance da racionalidade e segurança jurídica satisfatórias para um Estado de Direito,

mesmo havendo a inexistência de lei escrita para a solução de todos os casos concretos, método este, passível de identificação a partir de uma detida interpretação do sistema penal brasileiro, reduzindo, assim, a grave lacuna doutrinária atualmente existente no Brasil acerca dessa importante questão.

Apesar da existência de intensos debates acerca da culpabilidade desde o seu surgimento até os dias corrente e de muitos estudos expressivos e de grande valia, dada a complexidade da temática, esse elemento ainda se apresenta como um terreno vasto e farto para discussões inovadoras. A problemática que esta tese se debruça, traz as contribuições antes referidas e preenche uma lacuna hoje existente na doutrina brasileira por tratar da questão a partir do posicionamento atual do Poder Judiciário nacional, unindo a isso, uma detida pesquisa acerca do funcionamento do sistema penal também brasileiro, apregoando, finalmente, a utilização de um caminho coerente de verificação das causas de inexigibilidade de conduta diversa não previstas em lei.

É importante ressaltar que a partir da identificação das balizas, do caminho a ser seguido necessariamente para eleição dos valores considerados aptos a considerar existente a ausência de liberdade do agente, a inexigibilidade de conduta diversa como exculpante torna-se menos indefinida, uma vez que são trazidos contornos mais fortes para essa garantia tão importante em um Estado de Direito, que evidencia o respeito à Dignidade Humana: a culpabilidade.

A presente tese, como demonstrado, possui um objeto delimitado que, por sua vez, é investigado pelo método hipotético dedutivo, no sentido de abordar um tema específico e restrito, como tal se opondo aos estudos panorâmicos que se podem intitular de "enciclopédia de" ou "história do". No entanto, contextualiza-se o problema enfocado, pois fazer um trabalho rigorosamente monográfico não significa perder de vista o panorama. Contém, portanto, um estudo de compilação, para que as conclusões sobre o tema possam ser comparadas a outras conclusões já produzidas sobre o assunto. Ademais, o estudo enfoca a exigibilidade de conduta diversa, com incursões na formação histórica desse instituto.

Em relação ao conteúdo ou significado da tese, adota-se o conceito de Umberto Eco: "... o sentido positivo e progressivo de estudo, entendido não como coleta de noções, mas como elaboração crítica de uma experiência, aquisição de uma capacidade (útil para o futuro) de identificar os problemas, encará-los com método e expô-los segundo certas técnicas de comunicação". (ECO, 1977, p. 14)

Os assuntos abordados foram objeto de pesquisas por meio de instrumentos, isto é, por fontes secundárias do conhecimento. Assim, os assuntos foram estudados em livros e artigos publicados em revistas especializadas que contém análises sobre essa temática.

O primeiro capítulo desta tese relata os primeiros passos que foram dados no decorrer da história para a construção do conceito de culpabilidade. É por reconhecer que a teoria da culpabilidade não surge do nada e que, portanto, é resultado de uma série de contribuições anteriores, reflexo de influências, de ideias que já permeavam a época, que entendemos que a menção a estas, de forma inicial, é imprescindível à compreensão plena das teorias que são criadas seguidamente.

Do Direito Penal primitivo, passando pelo Direito grego, com o reconhecimento inicial da vontade, chega-se ao Direito romano que, na Lei das XII Tábuas traz contribuições sobre a intenção, vista como consciência da imoralidade da conduta ilícita (*dolus malus*).

Dentre outras colaborações para a construção do conceito de culpabilidade, são ainda abordados o período pré-iluminista, a Escola Clássica, com a consideração do delito como relação que requer a existência de forças, o que inclui a força moral, de grande importância para a definição do que a doutrina entende tempos depois como culpabilidade, o positivismo italiano, os aportes trazidos por Feuerbach e, finalmente, por Binding, com a sua ideia de capacidade de ilícito.

O segundo capítulo trata das principais teorias da culpabilidade e, portanto, do conceito hodierno de culpabilidade, quando tal elemento é entendido normativamente, possuindo como essência a ideia de reprovabilidade. Tendo como ponto de partida a teoria psicológica, são estudadas a teoria normativa e a teoria normativa pura da culpabilidade, com base na análise crítica da doutrina responsável pela estruturação das mesmas.

Os referidos capítulos iniciais tem por objetivo demonstrar mais proximamente os motivos da estruturação da culpabilidade regulamentada no direito brasileiro e, dentre outros aspectos, que o relevo dado à culpabilidade pela dogmática ocorreu concomitantemente ao reconhecimento do homem e suas características pelo direito e ao estabelecimento de garantias ao cidadão em relação ao poder de punir do Estado.

Busca-se apresentar, a partir de uma análise histórica, que observa também o contexto geral, notadamente, o político e social em que as referidas contribuições que inserem, a importância e a complexidade da ideia de culpabilidade, mesmo quando

ainda primitiva, com o fito de expor as bases nas quais se ergue teoricamente esse conceito que, com o passar do tempo, tem como conteúdo material a exigibilidade de conduta diversa, objeto central desta tese.

Após a análise histórica e teórica da culpabilidade, este estudo se detém em uma exposição detalhada e crítica acerca do seu aspecto material, se debruçando ainda mais especificamente quanto à análise do objeto da tese, ou seja, à exigibilidade de conduta diversa. Nesse momento, são ainda apresentados, sempre de forma crítica, os debates doutrinários atuais com relação à sua caracterização de uma forma geral.

Logo em seguida, o estudo da exigibilidade de conduta diversa se volta para a realidade jurídica brasileira. Dedica-se um capítulo para a apresentação do problema central desta pesquisa, inicialmente, a partir da exposição de suas causas e justificações teóricas. Há também a colação de decisões mais recentes emanadas do Poder Judiciário brasileiro que consideram causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, assim como, julgados onde se entende por existente a liberdade, ou seja, a exigibilidade de conduta diversa, em que pese o pleito seja em sentido contrário, no intuito de evidenciar a falta de racionalidade e segurança jurídica mínimas, em um Estado de Direito, que respeita a Dignidade Humana, na eleição de determinados valores que, em tese, retiram a liberdade do agente, o que é ocasionado pela obscuridade atual em relação as balizas, ao caminho a ser utilizado na tarefa de identificação dos casos em que inexiste liberdade ao agente de forma concreta.

O quinto e último capítulo se inicia com uma análise crítica dos precedentes apresentados no capítulo anterior, com o objetivo de demonstrar, enfaticamente, o problema sobre o qual este trabalho busca apontar soluções. Em seguida, revela-se o marco teórico utilizado como caminho para esse desfecho: as contribuições teóricas de Tércio Ferraz Júnior em relação ao funcionamento do sistema jurídico.

Nesse sentido, é feita uma análise detida em relação as principais obras de Ferraz Júnior que abordam essa questão de forma geral, desde já, relacionando, sempre que possível, o pensamento desse autor com o sistema penal e a questão da exigibilidade de conduta diversa. Tudo com o fito de possibilitar a chegada até a sua discussão sobre valores, ideologia e as chamadas ―regras de calibração‖, por entendermos que há uma relação muito próxima desses fatores, como interpretados pelo autor, com discussão sobre os limites da admissão das causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa no Brasil.

Filia-se ao conceito de exigibilidade de conduta diversa proposto por Henkel, isso, por se entender que a fluidez dessa definição é necessária tendo em vista a limitação das normas em relação às possibilidades de variação de comportamento. Tal reflexão, inclusive, constitui verdadeiro elemento de enlace em relação à concepção deste autor e ao marco teórico utilizado no trabalho.

Afasta-se dos partidários da adoção de critérios formais para identificação das causas supralegais da inexigibilidade de conduta diversa, partindo para um outro viés: o de compreensão do funcionamento do sistema jurídico-penal, das características da exigibilidade de conduta diversa e do importante papel desempenhado por este instituto: mecanismo de coesão sistémica e de redução da complexidade social.

Entende-se que a partir dessa compreensão há, simultaneamente, a fixação do juridicamente possível em relação a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, a identificação das balizas que devem ser observadas no momento de se analisar a adequação de uma decisão dessa natureza, o que resulta na coerência jurídica exigida em um Estado Democrático de Direito em relação às decisões judiciais.

Da presente tese não resultam conclusões teoricamente fechadas sobre os critérios e método legitimadores em relação à admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Na realidade, o intuito final é abrir, de forma crítica, novos horizontes, possibilitando, quem sabe, a introdução de bases novas, capazes de esvaziar ou ao menos diminuir a insegurança que permeia atualmente a discussão.

2 SOBRE OS PRIMEIROS PASSOS PARA A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

O termo culpabilidade pode ser encontrada nos estratos mais antigos na língua germânica (*schuld*), em estreita relação com *skulan* (dever), com o intuito de indicar aquilo que é devido, o pagamento que deve ser feito, convertendo-se na denominação do fato mal, injusto, que deve por isso expiar-se.

Antes do surgimento das primeiras reflexões necessárias para a formação do conceito de culpabilidade, imperava a responsabilidade apenas pelo resultado. A consideração do aspecto subjetivo do agente para a aplicação da pena só veio a acontecer em uma fase evoluída da história da humanidade.

No Direito Penal primitivo, a sanção era determinada em razão da simples realização do resultado, ou seja, tinha caráter estritamente objetivo, não se indagando se o dano fora causado ou não por vontade do autor. Dessa forma, era exigida apenas a comprovação de nexo de pura causalidade material, entendida como relação de produção, com a dispensa de qualquer análise de cunho subjetivo. Esse pensamento simplista, ou mesmo cego, por ser incapaz de captar o singular valor da atividade interna do sujeito, vingou durante a época primitiva.

Segundo Bettiol (2000, p. 318), nos albores do Direito Penal, bastava, para a aplicação da pena, a existência de um nexo objetivo e de causalidade entre a ação do homem e o evento, independentemente da presença de um liame de caráter subjetivo-psicológico que atribuísse o fato ao seu autor. Admitia-se, em outras palavras, que a responsabilidade penal tivesse caráter objetivo, pois era o conceito de lesão que dominava a matéria, o conceito de dano sofrido que legitimava uma reação, independentemente de qualquer indagação a respeito das condições psicológicas nas quais o autor do dano tivesse agido.

> O delito, no Direito germânico primitivo, era a ação que causava um dano objetivo a uma vítima determinada, não havendo distinção forte entre o ilícito penal e o civil (redução à realização de um dano). Consequentemente, à própria vítima incumbia fazer reparar o dano sofrido por meio do instituto da vingança, que tinha por objetivo maior a humilhação do adversário e de seu clã. O analisado modelo, como visto, deixava pouco espaço para o surgimento da ideia de culpa (TANGERINO, 2011, p. 18).

Na Grécia Antiga, os seus filósofos deixaram vários princípios e fundamentos da pena, entre estes, há o reconhecimento da importância da vontade no embasamento e na graduação das sanções penais. Por um lado, o processo de autonomia se encarrega de separar o elemento jurídico do religioso, fazendo a distinção entre ilícito e pecado e, por outro, surge a corrente subjetivista que irá ganhar paulatinamente toda a estrutura do direito, restringindo o âmbito de ação da pena à pessoa do sujeito-autor do delito, com base na determinação de sua personalidade anímica para a aplicação de uma pena adequada à sua condição. Nesse sentido, gravitam as ideias de Sócrates e Platão (LUISI, 2003, p. 33).

Acrescente-se que, segundo Gonzales Fernández (1995, p. 143), a estrutura analítica, categorial do delito, procede, como uma adaptação modernizada, do desenvolvimento da teoria da imputação de Aristóteles, onde se diferencia o ato voluntário do involuntário como critério para atribuição de sanção.

É certo dizer que com o Direito grego há a intenção de certo abandono da responsabilidade objetiva, isso, com base no ideal de justiça (diké[1]), ideia que foi afinada, em seguida, pelos romanos, senão vejamos.

A causa inicial da construção do conceito de culpabilidade consistiu na necessidade de se excluir do âmbito da responsabilidade dos sujeitos os resultados gerados pelo acaso. Nesse sentido, podemos afirmar que o Direito Romano teve um importante papel nesse processo e, um dos seus expoentes mais destacados foi Cícero que, em sua obra, fundamenta a responsabilidade subjetiva reafirmando paralelamente a

[1] Justiça e direito eram designados por um mesmo vocábulo (BRANDÃO, 2012, p.110).

ideia de liberdade do homem, pilar que permitirá na época republicana o desenvolvimento da Teoria da Culpabilidade.

Na época dos seus primórdios, em Roma, está presente a vontade do agente como fundamento da medida da pena.[2] A chamada *Lex Numa* dos tempos do Rei Numa Pompílio, ou seja, no século IX a.C., previa formas diferenciadas de se cometer o homicídio a depender a intenção do agente, com diferentes penas.[3]

Segundo Mommsen (1907, p. 98), ―a noção de delito exige da pessoa culpável de agir uma vontade contrária à lei‖..

Aponta-se o Direito Romano, na Lei das XII Tábuas, como o primeiro a consagrar o conceito de intenção, passando a hierarquizar o elemento subjetivo na valoração do delito, como um nexo psíquico que se sobreagrega à causalidade material e que torna-se elemento condicionante do ilícito. De forma originária, esse elemento de natureza subjetiva aparece como a consciência da imoralidade da conduta ilícita, como *dolus malus* (FERNÁNDEZ, 1995, p. 139).

Se referindo à Lei das XII Tábuas, Mommsen (1907, p. 99) diz que ―o Direito Penal posterior repousa de uma maneira absoluta sobre a ideia de que é necessário para todo delito uma vontade do autor contrária à lei.‖

O mesmo autor diz existir dolo quando há uma violação intencional da lei moral e da lei do Estado e culpa como sendo uma negligência culpável. (MOMMSEN, 1907, p. 99)

---

[2] Binding (2009, p. 16 e 17) acrescenta que ―muito peculiar seguiu sendo entre os romanos o uso criminal do conceito de culpabilidade. A acusação popular, o *crimen publicium*, que originariamente só podia se interpor nas chamadas *quaestiones perpetuae*, cujo alcance, sem embargo, experiementou uma grande ampliação na época imperial, e que em princípio correspondia a qualquer cidadão livre, até Justiniano só podia baserar-se em determinados atos, fixados legalmente, de *dolus malus*. Exige para o condenado a *poena legitima*, a pena absoluta determinada pelo direito objetivo. Em nenhum momento se produziu uma equiparação dos demais casos de *culpa lata* com os de *dolus*. Aparecem os casos de *culpa dolo proxima*, com base nos quais se permitia ao ofendido a interposição de uma acusação excepcional, um *crimen extraordinarium* ante o juiz unipessoal por pena pública arbitrária. Sem embargo nenhuma ação imprudente dá lugar a que um crime tenha pena pública: para os romanos a imprudência nunca se converteu em culpabilidade delitiva. Produz uma impressão muito estranha observar como um imperador romano detrás de outro proclama a impunidade do homicídio imprudente. A *actio legis Aquilae*, em demanda de uma multa enquanto pena privada, cujo importante entrada no patrimônio do demandante, não era tratada pela via do processo penal, mas ante o juiz civil. A pena privada em seu conjunto, também o *duplum* e o *triplum* e o *quadruplum* na *actio furti* e na *actio vi bonorum*, e também a multa de valoração da injuria eram verdadeiras *poenae.* Prova disso: todas elas se transformavam em penas públicas, concretamente, em penas de açoite quando o condenado a multa não podia pagar. Posto que a *actio legis Aquiliae*, finalmente, ia muito mais além do delito de danos, e esta transfomação da pena privada em pública se confundia facilmente, na recepção se gerou a maior das dúvidas acerca do tratamento criminal dos delitos imprudentes no direito romano.‖

[3] Nesta época, imputabilidade foi também considerada pelo direito romano, uma vez que existiam textos que excluíam a responsabilidade dos menores e dos insanos (LUISI, 2003, p. 33).

–*Dolus malus*: com mais energia, quer dizer, dolo com consciência de injustiça para os cientistas.‖ (MOMMSEN, 1907, p. 99)

Os romanos diferenciavam o *dolus bonus* do *dolus malus*. O primeiro seria a astúcia usada para enganar o ladrão, defender-se de um inimigo, e outras situações semelhantes. Já o segundo consistiria na astúcia empregada não simplesmente para enganar, mas para a obtenção de proveito ilícito, era, portanto, a intenção má, perversa, que dirigia um ato criminoso (TOLEDO, 2002, p. 220).[4]

Mommsen (1907, p. 100) define o *dolus malus* como sendo aquele em que –há também uma energia ruim, isso quer dizer, com consciência da injustiça‖

O dolo, portanto, possuía um elemento naturalístico, a vontade, aliada a outro componente, de cunho normativo, a consciência do mau propósito, ou seja, de que a ação era contrário a moral (antijuridicidade). Segundo Binding (1927, p. 212) O dolo é –uma vontade antijurídica acompanhada da consciência disso, de sua ilegalidade.‖

Em outra obra, acrescenta o mesmo autor (2009, p. 15) que a consciência da antijuridicidade era uma parte essencial para o *dolus malus*, mas não era só isso. –Não menos essencial, seguiu sendo desde o princípio – a traição, o mal engano – um componente adicional de baixeza moral.‖

Fazendo referência à sua obra *Die Normen*, Binding (2009, p. 14 e 15) relata que a unidade da culpabilidade é superada pelos romanos mediante o descobrimento de sua segunda forma, a culpa. Nas Lei das XII Tábuas ainda não é possível encontrar nenhum traço de acerca da imprudência. Na interpretação da *Lex Aquilla*, cuja época de origem é desconhecida, se desenvolve o conceito levado pelos juristas clássicos quase a seu pico. A forma de culpabilidade recém descoberta manteve muito tempo o nome de *casus*, pois seu âmbito consistia em elementos do que até então havia sido o território do fortuito, a respeito dos quais se havia reconhecido o seu conteúdo de culpabilidade. Em nenhum lugar foi descoberta a imprudencia ao lado do dolo, mas sempre ao lado do fortuito. O desenvolvimento do delito privado de danos dolosos e, especialmente, imprudentes é uma obra maestra brilhante da jurisprudência romana.

Há quem diga que as ideias referidas acerca das contribuições trazidas pelo direito romano já foram capazes de constituir uma teoria da culpabilidade, pois –percebe-se, com nitidez, que o *dolus malus* constituía-se do elemento anímico-

[4] Sobre a definição de *dolus malus*, acrescenta Teodomiro C. Noronha (2012, p. 04) que significava –vontade com a consciência da contrariedade à moral da época ou, em termos atuais, à antijuridicidade. A vontade, naquela época, como contrária à moral, bipartia-se em *dolus malus* e *dolus bonus*, sendo que este significava sagacidade, esperteza nas relações comerciais e essa vontade era boa; uma virtude e não uma ação contrária à moral‖

intencional e de um plus: a sua valoração como algo mau, perverso, ilícito. Era, pois, um dolo valorado, normativo, adjetivado de ‗mau'.‖ (TOLEDO, 2002, p. 220).

Gonzalo Fernández (1995, p. 139), por exemplo, informa que com o Direito Romano, o Direito Penal da culpabilidade surge ao poder soberano e impõe limites intransponíveis. É banida a responsabilidade objetiva pelo resultado, relegando-a para níveis excepcionais e se introduz o momento subjetivo, condicionando a punibilidade à prévia comprovação de um vínculo psicológico entre o sujeito e o fato punível. Dessa forma, a ideia de culpabilidade formulada como princípio imputativo, se introduz no Direito Penal com vocação um tanto quanto mais garantista, como uma reação político-garantista, apesar de não supor a tradução de uma necessidade teórico-sistemática de melhoria conceitual na explicação do delito, pois com a subjetivação da responsabilidade criminal, obrigatoriamente, a potestade penal pública se modera.

Outra observação importante, ainda em relação à culpabilidade no Direito Penal romano, é a de que se considerou, muitas vezes, suficiente para aplicação da pena a manifestação de uma vontade delituosa, independentemente da existência do evento lesivo. Dessa forma, no referido período deu-se extrema relevância ao aspecto subjetivo. Torna-se insuficiente e até mesmo, como dito no parágrafo anterior, dispensável a mera causação do resultado, por essa percepção ser contraditória à visão do autor como inimigo do rei, como aquele que agiu intencionalmente contra os interesses daquele que, à época, buscava a centralização do seu poder por meio do discurso que o indicava representante dos interesses comuns.

Inequivocadamente, trata-se do embrião de um grande progresso que é a inclusão da culpabilidade como elemento constitutivo do delito. Inaugura-se a perspectiva subjetivista uma vez que não mais será possível penalizar, de forma legítima, toda e qualquer conduta puramente por ser lesiva. Salvo o parêntese do ―Direito Bárbaro‖, caracterizado pelo bruto objetivismo inspirado na ideia de defesa social, toda a evolução posterior ao Direito Romano marca a reafirmação progressiva da culpabilidade que é definitivamente sedimentada na teoria do delito, inclusive com um viés principiológico-garantista, por reconhecer o homem e seu espírito, o seu substrato psicológico imanente. Acrescente-se que aqui houve também uma construção inicial da ideia de imputabilidade penal.

Desde já, é necessário ressaltar que no Direito Penal romano, mesmo existindo a lei, esta não consistia em obstáculo para a decisão adequada ao caso concreto pelo

pretor.[5] Dessa forma, a construção do conceito de *dolus malus* surge não da lei, mas sim da atividade interpretativa dos julgadores. Nesse sentido, em face da ausência do Princípio da Legalidade e, por tanto, de um Direito Penal sistematizado no sentido de limitar o exercício do *ius puniendi*, acreditamos que no referido período ainda inexistia a garantia ou princípio da vedação à responsabilidade puramente objetiva, apesar de reconhecermos que nesse momento inicia-se um verdadeiro processo de desenvolvimento da exigência da responsabilidade subjetiva, de construção do conceito hodierno de culpabilidade.

O direito germânico só começou a admitir a relevância da vontade do agente para a aferição de responsabilidade penal no fim da Idade Média. Embora alguns autores tenham pregado que já é possível encontrar alguns resquícios da responsabilidade subjetiva nos tempos da monarquia franca no século VIII,[6] essa só veio a se configurar nas Ordenações Branbigensis e, como se observará adiante, na Carolina, nos primeiros decênios do século XVI (LUISI, 2003, p. 32).

A Constitutio Criminalis Carolina é exemplo dos estatutos que tiveram vigência concomitantemente ao Direito Romano que também trataram da responsabilidade subjetiva. Apresenta a imputação do resultado a título de dolo ou culpa (*actio spontanea ou actio voluntaria*). Mesmo não havendo uma caracterização plena dos institutos, consagra-se também a necessidade de se ter culpa para a responsabilização. O debate acerca da liberdade da ação foi central também para o Direito Canônico, influenciando o pensamento penal da época.

―A culpabilidade delitiva ordinária é para a Carolina a malícia ou maldade. O delinquente atua traiçoeiramente, com conhecimento e vontade, de modo dolosamente traiçoeiro, contrariamente ao Direito. Por isso, se entende sempre o dolo conscientemente antijurídico.‖ (BINDING, 2009, p. 19)

Em Santo Agostino, com sua ideia de pecado e de pena purgatória, há a defesa indeclinável do livre-arbítrio do homem, assim como, a visão do mal entendido como defeito da vontade, como opção equivocada do indivíduo, efetuada a mercê de sua liberdade. A culpa, como conceito amplo, era vista no sentido das lições de São Tomás de Aquino como a declinação voluntária do bem, por malícia ou por negligência, como

[5] ―No Direito Penal romano, a lei não poderia ser obstáculo para a construção da decisão boa e justa no caso concreto‖ (BRANDÃO, 2012, p. 127).

[6] A monarquia franca é resultado de um longo período de desenvolvimento interno na sociedade germânica, motivado pelo contato desta com o mundo romano. É parte de um processo interno de re-organização do império romano após a derrocada do ocidente. Os reis francos, como generais romanos competentes, souberam integrar o restante das tropas romanas e torná-las um povo sob o qual poderiam reinar (FABBRO, 2006, p. 77).

uma falha de vontade que serviria para condenar as más obras e os maus desejos. No desenvolvimento da Suma Teológica, o livre arbítrio foi tido como condição da responsabilidade, a razão como a faculdade de reconhecer e discernir entre o bem e o mal de sorte que, frente à ação deliberada, a pena (em si mesma, uma justa retribuição) é um meio para promover o fim moral. Essas são as ideias que vão abalizar a formação do Direito Canônico que se apoderará do lado interno do fato punível, outorgando importância decisiva à vontade humana, à intenção, para condenar não apenas as más obras, mas também os maus desejos (FERNÁNDEZ, 1995, p. 144).

Acrescentou Deciano, pós-glosador, em sua obra eminentemente teórica, *Tractatus Criminalis*,[7] que o ilícito possui causa formal (consiste na lei – que não era necessariamente escrita, pois poderia ser também costumeira -, ou seja, na proibição legal sob a ameaça de pena) e material (se apresenta como a vontade de execução, excluída a punição por pura cogitação), sendo a causa eficiente do ilícito a própria pessoa, definindo assim o crime como o fato humano dito ou escrito, doloso ou culposo, proibido por lei vigente e ameaçado com pena, ao qual justa causa não pode escusar (BRANDÃO, 2008, p. 25).

Os glosadores e pós-glosadores foram responsáveis também por avanços em relação à definição da idade como circunstância que elide a culpa, dividindo em infantes (até sete anos de idade, tidos como incapazes de dolo, em regra[8]), o impúberes (de sete a quatorze anos, que poderiam ser punidos como crianças ou como pessoa com juízo doloso inferior) e os minores (de quatorze a 18 anos segundo estatutos municipais ou até vinte e cinco anos segundo a lei romana, merecedores de pena ordinária, em regra[9]).

Como afirmado, durante a Idade Média, o direito canônico e o direito comum mantém, de uma forma geral, a exigência da presença do dolo e a ideia da culpa (como imprudência ou negligência). Todavia, conforme alerta Luisi (2003, p. 34), houve também uma forte presença da responsabilidade objetiva, com o advento do princípio da ―*versari in re ilicita*‖ (da responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos e queridos, e nem eram previsíveis), onde havia a responsabilidade independentemente da existência do dolo ou da culpa.

---

[7] Responsável pela divisão ―Parte Geral e Parte Especial‖ do Direito Penal.

[8] Quando era percebida alguma capacidade para malícia, dolo, o julgador deveria impor castigo corporal utilizando-se de uma varinha, a título de pena arbitrária.

[9] Excepcionalmente, em casos de *magna stupiditas* ou de idade muito próxima ao mínimo, poderia o juiz atenuar a pena, sobretudo quando se tratava de morte.

O período pré-iluminista também merece ser mencionado. Isso porque possibilita uma melhor compreensão do iluminismo que, apesar de não ter dado grandes contribuições diretas à ideia de culpabilidade, foi base para o surgimento a Escola Clássica, que trouxe grandes avanços na Teoria do Crime e que, em certos aspectos, até hoje se mostra atual. Acerca do tema, Davi Tangerino (2011, p. 30-38) traz considerações importantes, senão vejamos.

Com a secularização e unificação da justiça, a ideia de lei civil passa a significar as leis da República (direito do soberano), diferentes das leis divinas e naturais. Com a chegada do século XVIII, não há mais as disputas de jurisdições pois a autoridade do Soberado está definida e o seu poder é notório. A fonte do referido poder deixa de advir de Deus e passa a ser buscado na própria natureza humana, uma vez que o Soberano existe em face de um poder concedido pela sociedade por meio do contrato social.

Por isso, o delinquente passa a ser inimigo da sociedade e não da figura do rei, então, torna-se insuficiente a composição do delito, possível do Direito Penal primitivo, sendo necessária a proporcionalidade entre o mal do crime e o da pena para a consagração da ideia de castigo. Daqui, abrem-se as portas para a guerra contra a criminalidade por meio da utilização de penas cruéis e desumanas e, inevitavelmente, o Direito Penal passa a se sobressair, ganhando autonomia enquanto ramo do Direito.

Concomitantemente à essa separação, surge a necessidade de diferenciá-lo. No século XVII, Althusius dá um importante passo no sentido de pregar uma abordagem racionalista, se oponto, assim, ao empirismo disseminado à sua época. Tal caminho foi seguido por Hugo de Groot, fundador da Escola de direito natural, que localiza o fundamento do Direito na natureza humana e não em Deus, sendo o direito natural um sistema lógico de axiomas oriundos de uma moral laica de que decorre o direito positivo. A partir daqui, liberdade e a razão humana serão os valores centrais de toda elaboração teórica e a relação entre eles e a moral se traduzirá, dogmaticamente, na culpa.

O crime passa, progressivamente, a ser resultado de uma decisão pessoal e equivocada do indivíduo, dotado livre-arbítrio, por violar o direito reconhecido por lei de outrem. A premissa de que todos os homens são nascidos iguais e dotados de autonomia em face de sua condição racional faz surgir uma concepção metafísica que obtaculariza, em tese, que o Direito Penal instrumentalize o homem, notadamente,

quando a punição não é consequência de um comportamento onde há liberdade racional de escolha.

Nesse sentido, Pufendorf funda a Escola Alemã de direito natural, aperfeiçoada por Christian Wolff, que coloca a ideia de liberdade como base do agir humano. Para ele a ação livre surge do concurso entre vontade e o intelecto e é imputável ao autor, como sua causa moral, uma vez que nunca ocorreria sem sua livre determinação, precedida de sua cognição. Assim, a ação livre é decidida em dois momentos: o material, composto pelo movimento corporal, resultado e vontade, e o momento formal que consiste na imputação ao responsável pelo efeito livremente desejado. A referida vontade não é reconhecida como neutral, mas influenciada pela lei, sendo ainda considerada o fator que torna o homem culpado.

É essa imagem de homem livre, racional e moral[10] que servirá de base para o surgimento do Direito Penal moderno. Nas ideias de Beccaria, há a definição do Direito Penal de forma autônoma por este possuir objeto próprio, herdado pela razão ou pela própria natureza humana, missão específica, a defesa do contrato social, e a diferenciada sanção em relação a do direito privado.

Como afirma Ricardo de Brito (2001, p. 74), é a adesão de Beccaria à teoria do contato social que faz com que haja a aceitação da existência de limites impostos ao Estado no que concerne ao poder de punir os indivíduos. Pois, para ele, se o homem concedeu uma parcela de sua liberdade por meio de um pacto, o fez para obter a segurança necessária à conservação da propriedade e de suas liberdades. Nesse sentido,

> o Estado enquanto produto do contrato social só pode punir o indivíduo na medida necessária à sua autodefesa e, consequentemente, à preservação dos direitos individuais.

A liberdade, axioma iluminista, faz com que o Direito Penal possa se explicar apenas partindo de uma visão de homem dotado de racionalidade e faculdades de atuação alternativa.

A possibilidade de escolher entre comportamentos diferentes é um alicerce da censura penal, pois somente pode se exigir de alguém que se comporte conforme o direito na medida que esse seja capaz de governar os seus próprios atos, com faculdades

[10] Por liberdade, considera-se a condição de que o sujeito não está determinado previamente em suas ações (livre-arbítrio – concebido como princípio da liberdade natural do homem, fundamentada na imputabilidade moral-). Por razão, a capacidade de compreensão, de intelecção (a razão aqui não é constitutiva, ela já existe em Deus ou na natureza e há apenas que ser revelada por meio da intelecção). A definição de homem moral exposta como o homem dotado de livre-arbítrio, condição suficiente para aferir a sua culpa, assim, permanece, em grosso modo, o dito por Pufendorf. (TANGERINO, 2011, p. 43 e 44).

de autodeterminação. Assim, surge a necessidade de se construir, no âmbito da intervenção punitiva, de critérios de imputação pessoal que respeitem a dignidade humana. Inicia-se, nesse contexto, um processo de ascenção da culpabilidade, símbolo do respeito à autonomia e racionalidade do homem, e um limite à intervenção estatal. Na aurora científica do Direito Penal, esse elemento estava intrinsecamente ligado à imputação subjetiva, como decisão livre e consciente de um homem racional, fundada em um modelo moralizante, estribado no livre-arbítrio do homem, em que a responsabilidade penal passou a ser predominantemente pessoal e subjetiva (PRADO, 1998, p. 21 e 22).

É valido nesse momento registrar que não é possível se atribuir ao iluminismo a originalidade da tese da responsabilidade subjetiva, como demonstrado em linhas anteriores. Porém, nessa fase da história, se assentaram bases de apoio para um conceito de culpabilidade voltado à impedir a responsabilidade objetiva, pois o Direito Penal ilustrado articula uma teoria do homem autônomo, exaltando valores como racionalidade e liberdade, elevando-os ao nível de pilares centrais da filosofia iluminista. (FERNANDEZ, 1995, p. 75)

A imputação subjetiva trouxe, para o centro da discussão do Direito Penal uma questão até hoje controvertida e que tem relação íntima com o objeto deste trabalho, o livre-arbítrio que, apesar de também não ser uma criação iluminista, foi eleito como dogma de um direito natural racional, um pressuposto axiomático em torno do qual se constroem os princípios da ordem jurídica e que constitui núcleo ideológico do Direito Penal liberal. A imputação penal, segundo o paradigma iluminista, só pode ter como fundamento a decisão livre e consciente de um homem capaz de optar e decidir. É, justamente, a ideia de liberdade, um parâmetro indiscutível para a compreensão da culpabilidade. Portanto, apesar da ideia de liberdade resultante da capacidade de livre-arbítrio do homem (ser autônomo, racional e valioso) não acarretar desenvolvimento autônomo do conceito jurídico de culpabilidade, influenciou decisivamente o pensamento jurídico-penal de tal maneira que os critérios de imputação pessoal e subjetiva foram inteiramente acolhidas pela Escola Clássica (MELLO, 2010, p. 106 e 107).

A Escola Clássica, como visto, surge da disseminação dos ideiais iluministas, sendo considerada um dos frutos desse movimento. Por isso, assume o legado liberal, racionalista humanitário e reformador especialmente em sua orientação jusnaturalista.

A base em comum, a característica que identifica os autores da Escola Clássica, é exatamente o pleito pela limitação do *ius puniendi* estatal por serem considerados intoleráveis os excessos, o rigor punitivo do Antigo Regime. Isso, por meio de um Direito Penal racional, com base no direito natural revelado pela razão humana, que deveria ser interpretado através do método dedutivo. Acerca desse tema, Cláudio Brandão (2005, p. 216) informa a importância da advertência de Bettiol e Mantovani, ao dizer que com a denominação Direito Penal liberal não se encontram um conjunto homogêneo de doutrinas, mas sim, sob certo aspecto, doutrinas contrastantes entre si, reunidas por possuírem um ponto em comum: a limitação ao poder de punir do Estado. Em contraposição ao Direito Penal liberal está o Direito Penal do terror, que tem por característica a ausência de limitação do *jus puniendi* estatal e a não garantia do homem em face do poder de punir.

Em relação à ideia de culpabilidade, a Escola Clássica acrescenta pouco à comentada teoria da imputação moral de Pufendorf. Tendo como premissa maior o fato do direito natural, objeto em última instância do Direito Penal, ser revelado pela razão e como premissa menor, que o homem é livre e racional, será suficiente que o sujeito aja com liberdade para que possa ser considerado culpável. No momento em que se adiciona a teoria da ação de Hegel, a propósito, bastará a ação humana, pois nela estará pressuposta a liberdade, como será visto posteriormente, quando forem analisadas as ideias de Binding (TANGERINO, 2011, p. 40).

Os Clássicos se preocupam em afirmar um conceito de imputação moral, com base no livre-arbítrio, diferenciando os níveis de imputação subjetiva. Romagnosi, por exemplo, sustenta que quando um agente sensível e livre produz consciente e livremente um ato externo, isso importa tanto como realizar um projeto imaginado, uma volição precedente. Em seguida, distingue os graus de execução maliciosa (dolo), culpável (pela ausência de precauções que tomam os homens probos) e a hipótese do caso fortuito não atribuível (sem malícia ou negligência) caracterizando a responsabilidade penal como uma questão eminantemente judicial, baseada em um denominador comum: a imputabilidade moral (FERNÁNDEZ, 1995, p. 148).

Carmignani caracteriza o delito a partir de forças. Para o autor, o concurso de duas forças caracterizaria o delito. A força material, que é a física, consiste no movimento corpóreo para a realização do delito e a violação da segurança pública e privada. Já a força moral diz respeito a intenção do agente e não é valorada juridicamente. Nesse sentido, a moral será um elemento condicionante, na medida em

que toda ação será valorada pelo agente que, como dito, é moral, mas não se identifica com a força moral do agente uma vez que esta é, em essência, a intenção do agente, não estando limitada por nenhum julgamento moral (TANGERINO, 2011, p. 41).

Entre os vários autores clássicos há um com maior destaque, Franscesco Carrara. Sua importância foi tão grande que muitos passaram a denominar a Escola em que se incluia como Escola Clássica de Carrara. Em seu Programa de Direito Criminal de 1859, foi visionário e conseguiu de forma organizada para sua época apresentar, ao menos em essência, muitos institutos, presentes na Teoria do Crime atual.

O delito para ele não é um simples fato, mas um ente jurídico, cuja essência consiste inteiramente em uma relação e requer o concurso des elementos que, ao produzir o choque do fato com a lei civil, originam a criminalidade da ação. Os elementos referidos são chamados por Carrara de forças do delito.

A teoria das forças serve para distinguir os fatos que podem declarar-se delitos dos que não podem assim ser considerados sem incorrer em tirania. Isso porque Carrara prega ser inaceitável a punição política de uma ação quando não são encontradas em concurso todas as forças que constituem o delito, nem admissível o aumento ou diminuição da imputação sem que haja o aumento ou diminuição dessas forças na ação concreta que há de julgar-se (CARRARA, 1996, p. 63).

Essas forças devem ser consideradas, em sua causa (subjetivamente) e em seu resultado (objetivamente). A força moral subjetiva do delito consiste na vontade inteligente do homem que agiu. Por isso, é chamada de força interna, força ativa. Seu resultado moral (ou a força moral do delito considerada objetivamente) é a intimidação e o mal exemplo que o delito produz nos cidadãos, ou seja, o dano moral do delito. A força física subjetiva, por sua vez, representa a ação corporal, com a qual o agente executa o designo perverso, por isso, é chamada de força externa e, frente a força que provém do ânimo, força passiva. Seu resultado (ou seja, a força física do delito considerada objetivamente) é a ofensa do direito atingido, ou, como alguns dizem, o dano material do delito (CARRARA, 1996, p. 69).

No delito, da força interna surge o elemento moral e da força externa, o elemento material, ou sua essência de fato. Da força interna e externa, juntos, o elemento político. Se a ação do homem não apresenta conjuntamente tanto a índole moral como a política, não é possível a autoridade persegui-la como delito (CARRARA, 19996, p. 69).

Quanto à força moral do delito, que mais nos interessa, Carrara (1996, p. 70 e 71) aponta como requisitos: o conhecimento da lei; a previsão dos efeitos; a liberdade de eleger e a vontade de atuar. Para o autor, basta existência potencial dois primeiros requisitos, o que não ocorre em relação aos dois últimos, onde é exigida a existência atual. Além disso, a liberdade de eleger e a vontade de atuar se resumem na fórmula concurso de vontade, porque a liberdade é um atributo indispensável da vontade, de modo que esta não pode existir sem aquela, do mesmo modo que não pode haver matéria sem gravidade. Acrescenta ainda que, do concurso da inteligência e da vontade surge a intenção, a qual se define, em geral, como um esforço da vondade para certo fim e, em particular, como um esforço da vontade de praticar o delito.

Se a inteligência ou a vontade, ou ambas, faltam de maneira total no agente, não há a intenção e, por conseguinte, a imputabilidade. Se existir uma, outra ou mesmo ambas diminuídas, há intenção, mas um intenção imperfeita, havendo imputabilidade minorada (CARRARA, 1996, p. 71).

A intenção se classifica como direta e indireta. O critério desta distinção, para uso da ciência, deve deduzir-se nem tanto dos meios, como estado de ânimo. A intenção é direta quando o agente previu o resultado criminoso e o quis considerando como consequência os seus próprios atos, os que executou precisamente com o fim de produzir, de um modo mais ou menos certo essas consequências. É indireta quando o efeito foi apenas uma consequência possível dos atos do agente, não prevista de maneira alguma ou prevista sem desejá-la. Se o agente previu esse efeito e, apesar disso, quis os meios, ainda que não queira precisamente o efeito, a intenção indireta é chamada de positiva pois, nesse caso, apesar da vontade estar indiferente, sem embargo, a inteligência está em sentido positivo. Mas, se o efeito possível não só não era desejado, mas tampouco previsto, a intenção indireta é chamada de negativa, porque tanto a inteligência como a vontade se encontravam em estado negativo. Completa dizendo que da intenção direta e, nos casos correspondentes, da indireta positiva, surge o dolo. Já da intenção indireta negativa, surge a culpa ou o caso fortuito, segundo o critério da previsibilidade (CARRARA, 1996, p. 72).

Como visto, por meio de sua teoria das forças do delito, Carrara traz uma proposta de sistema bimembre para a explicação do delito. Equiparando a moralidade da ação à força moral subjetiva, cria o conceito de intenção por meio do concurso de inteligência e vontade e, assim, separa com precisão o dolo e a culpa.

De forma sistemática, podemos dizer que Carrara defende a ideia do delito como força física, que tem uma face objetiva (ofensa ao direito atacado, ou seja, o dano material do delito) e outra subjetiva (o agir do corpo com o qual o agente executa projeto perverso) e também força moral que, da mesma forma que a força anterior, possui lado objetivo (o resultado moral, ou seja, a intimidação e o mau exemplo que o delito causa nos cidadãos, o dano moral do delito) e outro subjetivo (vontade inteligente do homem que age).

É pertinente ainda fazer refência as ideia de Rossi, Tissot e Pessina. Rossi, apoiado nos pilares tradicionais resultantes da inteligência e vontade do agente, modela um conceito de culpabilidade especial: um elemento teórico distinto da imputabilidade, que serve de pressuposto e que permite declarar o grau de criminalidade individual. Tissot se volta à questão da imputabilidade moral, reclamando como pressuposto da aplicação da pena, que o delinquente tenha atuado com o conhecimento real ou presumível que fazia mal, mas com liberdade. Com melhor técnica, talvez inspirado em Carrara, Pessina exige a presença de uma causalidade moral, derivada da atividade humana, nos atos contrários ao Direito, diversificando-a de forma tradicional, entre uma variedade dolosa e uma espécie culpável de execução do ilícito (FERNÁNDEZ, 1995, p. 149).

De forma geral, para os clássicos o ser humano é punido na medida em que, detentor de igual dignidade em relação aos demais homens, decidiu livremente pelo caminho do crime e, por isso, deve ser pessoal e individualmente responsabilizado, assim, é responsabilizado penalmente porque é moralmente responsável. Entretanto, segundo Mello (2010, p. 110), essa concepção não demorou a ser alvo de críticas severas, uma vez que a doutrina da imputabilidade moral priva o Direito Penal de sua absoluta autonomia, pois o conceito de imputabilidade moral e o livre-arbítrio (pressuposto) fundam-se em uma doutrina metafísica que deveria ser reconhecida pela legislação positiva e na ciencia desta, ou seja, havia um dogma jusnaturalista que pressupunha o livre-arbítrio como ponto de partida inquestionável da conduta humana, devendo ser obrigatoriamente o início da investigação juridico-penal.

É nesse sentido que em meados do século XIX, a crença no livre-arbítrio do homem foi paulatinamente substituída pela crença na ciência, no positivismo científico. A antítese à visão da Escola Clássica é a posição da Escola Positiva, que opta pelo teoria determinista e, em função disso, seus autores ficam obrigados a desenvolver um

conceito de mera imputação legal e de responsabilidade social, com base na ideia de perigosidade, justificada por razões de estrita defesa social.

O grande contraste existente concentrava-se, precisamente, à volta da liberdade do querer, pois os primeiros eram indeterministas e os segundos, deterministas. O problema da culpabilidade também era apresentado de maneira diferente e, consequentemente, as soluções chocavam entre si. As discussões, na época, giravam em torno da luta da liberdade do querer e, dessa forma, acerca da culpabilidade. O próprio termo ―culpabilidade‖ era objeto de discussão pois, acatando o determinismo não é mais possível falar de culpa; o indivíduo que age em estado de necessidade não é passível de um juízo moral. A culpabilidade como sinônimo de livre-arbítrio só pode ser entendida formalisticamente, como simples referência de um fato a um sujeito. (BETTIOL, 1995, p. 124)

Apesar disso, acerca do surgimento da Escola Clássica e Positiva, Shecaira lembra a existência de ponto em comum (2014, p. 87): ―Embora tenham se formado e distinguido uma da outra, a ambas é subjacente o caldo de cultura iluminista‖

A Escola Positiva teve como principais autores Cesare Lombroso, Ferri e Garofalo. Sobre a ideia de culpabilidade, ao retirar do Direito Penal clássico o seu fundamento e ao modificar a visão de sujeito que lhe dava sustento, a ideia conferida pelos positivistas tomou rumos opostos ao da Escola Clássica. A pena já não tinha nenhum significado ético ou jurídico, sendo apenas um excelente recurso de intervenção na realidade sensível, com vistas a proteger a sociedade contra os criminosos e não mais, como visto antes, ao criminoso em face do Estado. A pena, inclusive, desaparece dando lugar para a medidas de segurança ou aos substitutivos penais, conforme o caso. É, inclusive, Garofalo que cria o conceito de temibilidade que mais adiante é denominado de periculosidade (TANGERINO, 2011, p. 45).

Lombroso defendeu que o comportamento humano é biologicamente determinado com sua tese do criminoso atávico,[11] considerado o homem com certas caracrísticas físicas e mentais, em estágio civilizatório reduzido, anacrônico em relação à sociedade de uma forma geral. Sendo assim, para o autor, seria possível identificar o criminoso a partir de suas características e tal condição era encarada como um fenômeno natural.

[11] Desenvolveu e ampliou assim, as ideias de Charles Robert Darwin (1809 – 1882)

Ferri, na mesma toada determinista, foi além dessa ideia de patologia individual do criminoso de Lombroso, acrescentando outros fatores determinantes para existência do homem criminoso, com base em fatores sociológicos.

Baseia a sua teoria em uma tríplice série de causas do crime: fatores individuais, orgânicos e psíquicos; fatores físicos, ambiente telúrico e; fatores sociais, ambiente social. Sustenta que todo o crime, do mais leve ao mais terrível, não é o fiat incondicionado da vontade humana, mas sim resultantes das três ordens de causas naturais anteriormente citadas e, como estas diversasmente influem caso a caso, indivíduo a indivíduo, disso advém a classificação dos criminosos (nato, louco, habitual, ocasional, passional) que constitui pedra angular do positivismo italiano (FERRI, 2003, p. 62).

Segundo Molina (2006, p. 96)

> [...] o cientista poderia antecipar o número exato de delitos, e a classe deles, em uma determinada sociedade e em um número concreto, se contasse com todos os fatores individuais, físicos e sociais antes citados e fosse capaz de quantificar a incidência de cada um deles. Porque, sob tais premissas, não se comete um delito mais nem menos (lei da ―saturação criminal‖).

O positivismo italiano trilha pelo caminho onde se prega um mundo determinado de forma causal, inclusive a vontade do indivíduo, não cabendo qualquer discussão sobre o livre-arbítrio, pois onde os clássicos criaram modelos teóricos para explicar o delito sem levar em consideração o direito positivo, os positivistas voltaram suas atenções para o empirismo, menosprezando indagações de natureza metafísica.

Segundo Ferri (2003, p. 62), antes de estudar o crime como ente jurídico e infração à lei penal, é preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, ou seja, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas naturais e sociais e avaliando-o como expressão antissocial de uma personalidade delinquente.

O positivismo italiano representa algumas rupturas na questão criminal pensada pelos liberais iluministas. Como informa Baratta (2002, p. 38), essa Escola representa aquela que produz a explicação patológica da criminalidade. Teorias patologizantes trabalham as características biopsicológicas dos ―criminosos‖, passando a fazer com que a humanidade sofra um grande corte entre normais e anormais. Afinal, as classificações são operadas de forma política, instrumentos de conquista geopolítica para o processo de acumulação de capital. Esse determinismo biológico nega, se contrapõe a uma das bases do iluminismo jurídico que é o conceito de livre-arbítrio. A novidade, em termos metodológicos, seria o caráter científico, a individualização dos

sinais antropológicos a partir da observação dos indivíduos nas instituições totais produzidas pelo grande internamento. O objeto se afasta do delito, se aproxima do delinquente e a delinquência é vista com causas individuais determinantes, atravessadas pelo conceito de degenerescência. Esse determinismo, por sua vez, pressupõe práticas para a sua modificação, surgindo, por isso, as estratégias do correicionalismo. Uma das principais permanências dessa racionalidade positivista está no paradigma etiológico, nessa maneira de pensar através das causas, estabelecendo uma mecanicidade organicista e sem saída. Contra o conceito abstrato de indivíduo surge um complexo de causas biopsicológicas.

De acordo com Ferri (2003, p. 64), a grande diferença em relação à Escola Clássica reside principalmente no método: dedutivo, de lógica abstrata, para a Escola Clássica, indutivo e de observação dos fatos para a Escola Positiva. A primeira tendo por objeto o crime como entidade jurídica e a segunda, por sua vez, o delinquente como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado.

Completa Vera Malagute (2011, p. 45) dizendo que no positivismo, o delito é um ente natural. O determinismo biológico se apresenta em contraposição à ideia liberal de responsabilidade moral. O importante é ―estudar‖ o autor do delito e classificá-lo, já que o delito aparece como sintoma de sua personalidade patológica gerada pelos mesmos fatores que produzem a desegenerescência. Se o liberalismo revolucionário tratava de limitar o poder punitivo absolutista, aqui a pena encontrará um caudal de razões para expandir-se; as estratégias correcionalistas se revestirão de características curativas, reeducativas, ressocializadoras, as famigeradas ideologias ―re‖. A natureza criminal irá fazer com que elas também se expandam temporalmente, voltem a ser indeterminadas. Afinal, o fenômeno criminal seria um dado ontológico pré-constituído. Apesar das rupturas apresentadas com relação ao pensamento liberal que o antecedeu, o positivismo também aposta na noção da pena como defesa social, com uma visão totalizante da sociedade abstrata e a-histórica.

Já em 1982, Tobias Barreto alertou que:

> Hoje, porém, que a direção dos espíritos é diversa, hoje que a filosofia cedeu passo às ciências naturais, de cujo triunfo a medicina é a melhor representante e mais apta vulgarizadora, aparece o reverse da medalha. Os penalistas patólogos e *psychiatras* surgem aos grupos e tornam com as suas ideias, pretendidas originais, não poucos livros e revistas completamente ilegíveis. É um defeito característico da atualidade. Todos os países cultos tem mais ou menos pago o seu tributo à essa tendência da época. Mas sobretudo na Itália é que o fenômeno vem tomando proporções de mania. Ali surgiu nos últimos tempos uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros médicos, somente médicos, exagerando por

> demais a pequena soma de verdades, que a *psychiatria* pode fornecer a *theoria do crime*, tem chegado quase ao ponto de fazer do direito criminal um anacronismo, e do criminalista, um órgão sem função, um órgão rudimentar da ciência jurídica (BARRETO, 1982, p. 58).

É por conta disso que esse capítulo da história da Teoria do Crime muito vezes, sequer, é levado em consideração em estudos sobre a culpabilidade. A primeira providência teórica dos positivistas como consequência da adoção do determinismo e, portanto, da desconsideração do livre-arbítrio (se não há vontade livre, não há vontade e, portanto, não há culpa), foi o sepultamento da ideia de culpa e a defesa da ideia de que por viver em sociedade há o dever de assumir a responsabilidade pelo atos praticados, ou seja, da responsabilidade social. No entanto, acreditamos ser pertinente a abordagem, mesmo que em poucas linhas, dado que que o positivismo italiano teve um certo peso e de certa forma influenciou um importante pensamento posterior acerca da culpabilidade, a Teoria de Liszt, que será abordada minuciosamente mais adiante.

Bobbio (1995, p. 143) diz que o positivismo jurídico nasce do esforço em transformar o estudo do direito em uma ciência que tivesse as mesmas características e métodos das ciências físico-matemáticas e naturais, cuja característica central é a avaloratividade, que implica na exclusão da considerações valorativas na ciência do direito.

É comum ser dito que houve um retrocesso em relação à Escola Clássica, apesar de ser possível pensar que o experimentalismo, a neutralidade axiológica do cientista, a inexistência de um direito natural universal e racional, ou mesmo o surgimenro histórico da criminologia e da política criminal, abriram novas portas e novos horizontes para o homem, tendo importância para o Direito Penal. No entanto, o que não se pode, em nenhuma hipótese, perder de vista é que tais ideiais representam riscos evidentes para um sistema penal que valoriza o ser humano como portador de dignidade.

Mello (2010 p. 114 e 115) ressalta que o livre-arbítrio, na segunda metade do século XIX, foi considerado antigo, indemonstrável e, portanto, incompatível com o conhecimento científico. No entanto, postulados positivistas poderiam facilmente ser utilizados para coisificar o homem, utilizando-o apenas como objeto de prevenção, já que a ascenção do determinismo poderia justificar a punição de qualquer um, a partir de certos postulados tidos por científicos que caracterizem um determinado desvio. E, quando se começa a conceber o homem como mais uma espécie dentre tantas outras, há

a diminuição da visão antropocêntrica que concebe o mesmo como singular, contradizendo a própria noção de dignidade, que vê no homem um valor especial, reconhecido e determinados por direitos fundamentais.

No entanto, naquela altura da história, as contribuições anteriores não poderiam simplesmente desaparecer. Como dito em linhas anteriores, a força da Escola Clássica para o Direito Penal é algo que pode ser verificado mesmo nos diplomas atuais. Nesse sentido, não poderia ser ignorado que havia um direito positivo, mesmo sem sistematização, em curso.

–O foco único do delito ideal, jusnaturalista, ou no criminoso, positivista, contribuía pouco para a compreensão e dominação do mundo. Era preciso situar a análise do direito em um ponto intermediário, dando oriegem ao positivismo jurídico‖ (TANGERINO, 2011, p. 45).

Não se podia simplesmente ignorar a existência de um Direito Penal posto, ainda que fragmentado, em desenvolvimento. Resumir-se ao delito ideal, jusnaturalista ou no criminoso, positivista, já contrubuía pouco para a compreensão e dominação do mundo. Daí surge um ponto intermediário, que não se enquadra nem em um idealismo radical e nem num empirismo absoluto, o positivismo jurídico, nascido na Alemanha por meio da obra de Feuerbach, juntamente com a dogmática penal moderna.

Feuerbach defende que a pena tem função de prevenção geral, colocando como condição teórica um sujeito que é capaz de comparar, por meio da razão, as vantagens do crime com as desvantagens da pena, concluindo que a racional decisão será no sentido de se evitar os males da pena. É nesse sentido que ele cria a sua famosa teoria da coação psicológica que, segundo ele, –se configura mediante a efetividade harmônica dos poderes legislativo e executivo em comum objetivo intimidatório‖. Diz:

> Se de todas as formas é necessário que se impressam as lesões jurídicas, então, deverá existir outra coação junto com a física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, proveniente do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação desta natureza só pode ser de índole psicológica (FEUERBACH, 1989, p. 61).

A forma encontrada por Feuerbach para gerar essa coação psicológica é a lei, o direito positivo. Ele acredita, portanto, que a lei é o instrumento apto à evitar lesões por meio do seu efeito intimidatório.

O objetivo da cominação da pena na lei é a intimidacão de todos, como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. O objetivo de sua aplicação é dar fundamento efetivo a cominação legal, dado que sem a aplicação a cominação se tornaria oca (seria ineficaz). Posto que a lei intimida a todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade a lei, resulta que o objetivo mediato (ou final) da aplicação é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos mediante a lei (FEUERBACH, 1989, p. 61).

Posteriormente, na mesma obra (Tratado de Direito Penal), ressalta que ‒da precedente dedução se derivam os seguintes princípio do direito punitivo: toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência jurídica, fundada na necessidade de preservar direito externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível‖ (FEUERBACH, 1989, p. 63).

É por ter pela primeira vez sistematizado o princípio da legalidade dentro do Direito Penal que se atribui à Feuerbach o mérito de ter dado início ao Direito Penal Moderno. Sua obra teve o êxito de conciliar princípios ideais com o direito positivo.

‒O crime é uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal. As injúrias também são possíveis fora do Estado, mas os crimes unicamente o são dentro do Estado‖ (FEUERBACH, 1989, p. 64).

Preocupa-se sempre em vincular o crime à lei, fazendo com que passe a predominar o direito positivo e, não mais, o direito natural.‒O fundamento jurídico para inflingir a pena é a prévia cominação legal‖ (FEUERBACH, 1989, p. 62).

Nesse sentido, diz que:

> (…) é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, se vinculará mediante a lei a uma lesão jurídica determinada (FEUERBACH, 1989, p. 63).

Binding não se afasta da ideia do crime como injusto culpável de Merkel. Constrói a sua teoria em face da dicotomia lei e norma, pois, segundo ele, a norma não se identifica com a lei por ser uma expressão jurídica do caráter imperativo. É uma ordem que estabelece a uma pessoa o dever de atuar ou de omitir um certo comportamento e isso não se confunde com a lei, já que sua existência se dá no plano da lógica (suprassensível), que é um mandamento, um comando que estabelece a obrigação

de agir ou não. O *tatbestand* (gérmen da ideia de tipicidade) é engendrado em função da lei e a antijuricidade em função da norma (BRANDÃO, 2014, p. 79).

Fazendo menção aos seus comentários em *Die Normen*, afirma Binding (2009, p. 08) ter proposto denominar como normas estas proibições e mandados, contrapondo-as com toda claridade às leis penais, que nos dias atuais, para ele, sempre há de pertencer ao Direito escrito. A lei penal nunca tem, *ex professo*, a tarefa de impor deveres aos partícipes da comunidade jurídica: nem sequer se dirige a eles, ao que atribui deveres ou direitos de apenar, e ao condenado, ao que impõe deveres de tolerar a pena. A primeira parte da lei penal necessariamente contém a indicação de uma ação contrária a norma, quer dizer, que pressupõe a proibição ou o mandado dirigido aos integrantes da comunidade jurídica, mas não é ela mesma. A expressão corrente de que o deliquente contraria as leis penais enuncia o impossível. Precisamente porque a ação do delinquente se adapta como uma luva à primeira parte da lei penal, quer dizer, é conforme e não contrário a ela, que ele pode ser penalizado em virtude da lei penal.

Para o analisado autor, caso inexista realização destes comandos normativos, haverá a violação do direito, isto é, a antijuridicidade. E, como os comandos apenas podem ser dirigidos em face de quem tem capacidade para compreedê-los, não é possível separar a antijuridicidade da culpabilidade, uma vez que a vontade geral, expressada por meio da norma, tem por objetivo submeter e comandar a vontade individual, sendo ambas as vontades qualificadas por Binding como racionais. Nesse sentido, todos os imperativos (proibições ou mandatos do direito) só adquirem sentido, para Binding, se dirigidos a quem tem capacidade de compreendê-los e portanto, de cumpri-los, não havendo a possíbilidade de se falar em antijuridicidade quando inexistente a sua ideia de culpabilidade (BRANDÃO, 2014, p. 79) .

Na mesma direção de Merkel, Binding deve ser situado, posto que nega essa divisão categórica entre injusto e culpabilidade, para conceituar o delito como a ação antinormativa culpável; ou seja, a autorrealização de uma vontade antijurídica. Empregando uma expressão gráfica, Binding fala do ―anel de delito‖ do qual são inseparáveis culpabilidade e antijuridicidade, ressaltando o perigo que para ele representa o desprendimento do tipo penal subjetivo, desse ―anel de delito.‖ (FERNÁNDEZ, 1995, p. 153 e 154).

Binding prega a necessidade de existir uma capacidade para ação genérica, que abrange o âmbito civil e penal e outra típica do Direito Penal, a que ele chama de capacidade de ilícito, considerada a soma de uma série de subcapacidades, sendo a mais

importante o conhecimento das norma, oriunda do caráter do próprio Direito que, em sendo vontade autoritária que demanda obediência, tem como pré-requisito a existência de um comando determinado (a norma). Nesse sentido a trasgressão de um ordem não conhecida não seria um ilícito, todavia, haveria uma norma secundária a ordenar, o conhecimento da norma. Vê-se, portanto, que essa subcapacidade desempenha um papel ambiguo uma vez que, apesar de ser um pré-requisito para a fixação da responsabilidade penal de alguém, ela seria amplamente compartilhada pelo corpo social, uma vez que a todos está dirigida a norma que ordena o conhecimento das demais normas, quase que apagando a função ―garantista‖ da mencionada subcapacidade na ficção jurídica do dever de conhecer todas as normas.[12] A segunda subcapacidade seria a de atualização do conhecimento da norma, pois considera incapaz de ação aquele que, mesmo se esforçando para recordar a norma, a esquece inevitavelmente. A terceira é considerada a aptidão como sujeito de dever ou capacidade de dever pois, ainda que conheça a norma, o sujeito pode se orientar por meio da mesma quando for capaz de a perceber, de se motivar pela obrigação por ela emanada e, assim, quando os contraincentivos sejam subjulgados. A quarta e última subcapacidade para Binding é a de cumprir o dever que inclui outras várias subcapacidades, que podem ser resumidas na ideia de cognoscibilidade da situação de ação em toda a sua envergadura, além da capacidade de que a própria vontade aja além da exclusão da coação por um terceiro, a suas afirmações com relação à liberdade de vontade como pressuposto da capacidade de ação (TANGERINO, 2011, p. 54).

A capacidade de ilícito para Binding, de uma forma geral, é condicionada pelo conhecimento da norma em relação ao seu conteúdo (da decisão e do fato). Consiste na aptidão de concretizar uma decisão pela própria vontade, de realizar sua expressão de força reconhecendo a sua significação, de manter, assim, por causa dos motivos da obrigação, o comportamento em acordo com a vontade da norma.

Conceitua, nesse sentido, a culpabilidade como ação juridicamente relevante concretamente antijurídica. É considerada a vontade de quem, juridicamente, não é considerado incapaz.

[12] Para sanar a flagrante contradição, Binding dá contornos amplos à capacidade de conhecimento das normas, uma vez que é inexigível o conhecimento das construções jurídicas publicizadas, bastando apenas que o Direito venha ao encontro do sujeito por meio de um dos vários canais da vida cotidiana. Quiça ainda fortemente influênciado pelo pensar dos práticos, ele parece temer o impacto da alegação de desconhecimento normativo nos Tribunais quando diz que essa alegação é na maioria das vezes uma mentira evidente, considerando, assim, que afirmar a existêcia do dever de conhecer as normas é medida apropriada e necessária.

A culpabilidade –enquanto tal, em primeiro lugar, é uma realização da vontade de um sujeito que não tenha sido juridicamente declarado como absolutamente incapaz de ação. Quem tiver sido declarado absolutamente incapaz de ação é incapaz de culpabilidade‖ (BINDING, 2009, p. 07).

Afirma que ação é a exteriorização da vontade subjetiva ou moral, semelhantemente ao que já tinha dito Merkel, quando expôs que para que haja ilícito, é necessário que sua realização seja característica, por um lado, da vontade e, por outro, de sua relação com as obrigações jurídicas (TANGERINO, 2001, p. 51).

Acrescenta ainda que além da ação, a omissão tem relevância penal. Diz:

> Não necessariamente forma parte da ação em sentido jurídico o desencadear um movimento mediante a irritação dos nervos motores do titular da vontade. Também a omissão própria, quer dizer, o descumprimento de um mandado de ação, é ação em sentido jurídico, concretamente, aos olhos do Direito, uma ação pertubadora do Direito (BINDING, 2009, p. 07).

Como dito, para o analisado autor, não é possível cindir antijuridicidade e culpabilidade. Sua ideia de ação unitária é composta tanto do juízo causal (atribuição do fato à vontade do agente) quanto o juízo distributivo (atribuição da significação do fato ao autor deste pela conexão causal existente entre ambos). Nesse sentido, não poderia se pensar em um comportamento antijurídico sem culpabilidade já que só se pode chamar de ação o agir nascido da vontade, assim, toda ação que vier a ferir uma norma será antijurídica (do ponto de vista objetivo) e culpável. Como se percebe, Binding não entende que possa haver uma ação antijurídica que não tenha sido cometida culpavelmente, já que antinormatividade e antijuridicidade lhe são expressões sinônimas (TANGERINO, 2001, p. 52).

A função da culpa, por ser tratada juntamente com a antijuridicidade e não de forma autônoma, é substituir a ideia de imputação moral, como a intenção de alguém capaz como causa de uma ilegalidade. Nesse sentido exclui-se a caracterização da culpa quando o resultado for fruto de uma ação despida de vontade, considerado como mero acaso, e também ou de quem for incapaz de ação.

A culpa, –aquele comportamento voluntário, mais brevemente, a vontade de um sujeito capaz de ação enquanto causa de uma antijuridicidade‖ (BINDING, 2009, p. 12), ou seja, como capacidade de perceber a própria ação em relação com a norma jurídica e, assim, comportar-se de acordo com seus preceitos, subdivide-se em dolo, que é a vontade conscientemente antijurídica, e a chamada negligência que, por sua vez, é a vontade inconscientemente antijurídica. Como se torna perceptível, não é a vontade que

vai diferenciar as espécies de culpa referidas, mas sim, a consciência presente concomitantemente à vontade a que se reprova.[13]

> O dolo de autor, para cuja a genesis, assim como as decisões culpáveis, só é idôneo a um sujeito com capacidade de ação, é a vontade de cometer por si mesmo uma ação delitiva apesar de sua contradição representada com o dever jurídico (norma) que a prevê. Se pode dizer com exata equivalência: (…) a vontade de uma concreta antijuridicidade acompanhada do conhecimento desta. (BINDING, 2009, p. 47).

Acrescenta o autor que os elementos do dolo são querer e saber (representar). Acerca da vontade, diz: ‒A vontade, a decisão, sempre está dirigida a desencadear uma atividade idônea para realizar total ou parcialmente o tipo objetivo de um delito. Querer significa causar; para causar uma modificação a única via é a da aplicação dos meios idôneos.‖ (BINDING, 2009, 47).

Sobre o conhecimento, entende que ‒no sentido do Direito é suposição impassível de dúvida, consciente com a realidade. (…) O desconhecimento é a ausência de convicção acerca da concorrência de um elemento próprio de uma ação não movida pela dúvida; também pode representar-se como convicção positiva da ausência‖ (BINDING, 2009, p. 47).

Quanto ao chamado delito imprudente, explica o autor que eles são reconhecíveis pela sua evitabilidade (em concreto, por sua previsibilidade), diferenciando-se, assim, do fortuito. Dessa forma, o dever de evitar o injusto existe para todo membro da comunidade jurídica. Quem sabe que planeja cometer um crime facilmente pode abandonar o planejamento. No entanto, também se exige a quem não sabe desde o princípio que o planeja que o omita. Satisfazer esse exigência do ordenamento jurídico só é possível introduzindo uma pausa entre a aparição do primeiro estímulo para realizar a ação e a decisão de executá-la. E esta pausa deve ser utilizada para uma determinada atividade: para avaliar no Direito o fato enquanto ainda se encontra em estado de projeto. Diz: ‒Está proibida ou não, tal como está pensada? Está proibida ou não, tal e como discorrerá na realidade em atenção a lei da causalidade?‖ (BINDING, 2009, p. 122 e 123).

Esse exame prévio da ação projetada em atenção a sua conteúdo jurídico é um trabalho cognitivo puramente intelectual. Se compõe da percepção das circunstâncias com as quais (modificando-as) se atuará; do cálculo do curso da ação planejada com

[13] As subespécies de culpa são na verdade elementos da punibilidade e não da antijuridicidade, uma vez que a norma exige que os bens jurídicos sejam protegidos sendo assim a lesão à norma jurídica será a mesma pouco importando se dolosa ou culposa.

base na experiência e mediante a reflexão com a ajuda da fantasia, e da avaliação da ação com o critério dos deveres jurídicos conhecidos para o autor. É completamente errônio, segundo Binding, denominar tal atividade como uma mera reflexão (BINDING, 2009, p. 123).

Binding (2009, p. 124) completa dizendo que a infração do chamado dever de diligência só é levado em conta na medida em que seu cumprimento era de consideração absoluta para a evitabilidade de um atuar antijurídico. Tratando-se de um comportamento voluntário, mas não doloso, não há outra razão para imputá-lo à culpabilidade, a não ser que o autor tenha suposto a ausência de antijuridicidade com base em um exame prévio insuficiente com relação ao fato projetado.[14]

Como os demais penalistas hegelianos, Binding cinde a culpabilidade em dolo e negligência, dando continuidade a uma antiga tradição. No entanto, considera-se inédita a necessidade do conhecimento da norma como pressuposto da capacidade de ação e, consequentemente, de delito (grande rumo à uma culpabilidadade individualizadora), apesar de não reconhecer ainda um caráter normativo de culpabilidade, pois não se trata de empregar o conhecimento da norma como critério de reprovação do injusto[15]. Sobre esse ponto, deve ser lembrado o marco metodológico do autor, que abraçou o positivismo normativo e, por isso, colocou o Direito positivo como único objeto do Direito Penal, vinculando a norma (alicerce do Direito) à sua teoria do delito, dessa vez, com um papel concreto, tangível. Se não fosse assim, o senso de proibição restaria ainda ao conceito de direito natural, o que era indesejável para o autor. Acrescente-se que a sua capacidade para o dever, que se subdividia em possibilidade de avaliar os impulsos emergentes, de manobra dos contraimpulsos e em possibilidade de fazer prevalecer efetivamente o motivo da obrigação, são os gérmens do que se chamará mais adiante de imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa (TANGERINO, 2011, p. 55 e 56).

Para o lado da consciência do delito doloso são necessários os seguintes requisitos: 1. O autor ser consciente do querer, posto que quem não sabe o que causa, de nenhum modo pode causar de forma forma dolosa, ou seja, dolosamente. 2. Causar significa provocar uma modificação da situação. (…) A representação prévia do

[14] Binding entendia que no caso de erro inescusável haveria apenas a possibilidade de imputação a título de negligência.

[15] Todo esse conhecimento da causação de uma modificação determinada, corretamente representada, se vê acompanhado – diríamos melhor: impregnado – do conhecimento de que com ele se converte em realidade uma infração de dever perfeitamente determinada. (...) É esta a parte da consciência que se denomina, complementando a correção causal de representação do sucedido, a dea antijuridicidade ou contrariedade ao dever de ação.

resultado concreto da ação é essencial ao dolo, do mesmo modo que a consciência de que sua ação tem virtualidade causal para aquele. 3. A relação desse resultado concreto da ação com a representação do sujeito. (…) Esse requisito se formula melhor em negativo que em positivo: aquele que atuou não devia se localizar fora da representação do sujeito agente (BINDING, 2009, p. 48).

O próximo passo dado na construção história da culpabilidade dentro da Teoria do Crime ocorre a partir da Teoria de Liszt. Em contraposição as ideias acima expostas, com a sua teoria da causalidade física e psíquica, Liszt rebate a ausência de autonomia da culpabilidade em relação à antijuridicidade, defendendo de forma fundamentada a cisão dos institutos.

3 DO PSICOLOGISMO DE LISZT AO PURO NORMATIVISMO DE WELZEL: analise da teoria psicológica, normativa e normativa pura da culpabilidade

3.1 Teoria psicológica da culpabilidade

Após a consolidação dos institutos romano e medieval, o positivismo procurou conceder o status de cientificidade e para isso criou a teoria psicológica da culpabilidade. Ela, cuja a metodologia tinha por base leis gerais e universais, válidas independentemente do binômio espaço e tempo, aproximava o Direito Penal das ciências da natureza,[16] como a física e a química. Por essa razão, a culpabilidade foi despida de todo e qualquer elemento normativo, chegando mais próximo até mesmo da psicologia do que do próprio Direito. Para a teoria psicológica, a culpabilidade é o vínculo psíquico que liga o autor ao resultado, o que é traduzido em uma relação de causalidade psíquica, que, por sua vez, pode se apresentar de duas formas: dolosamente, quando a causação do resultado for voluntária, e culposamente, quando causação do resultado for involuntária (BRANDÃO, 2005, p. 220).

Segundo Asúa (1956, p. 149), se baseiam os partidários dessa teoria na ideia de que a culpabilidade parte de uma determinada situação de fato, –predominantemente psicológica‖. A culpabilidade se esgota inteiramente com a consideração dos pressupostos psicológicos que, com a característica de injusto que ostenta o ato, fundamentam a pena. Esses pressupostos de índole exclusivamente psicológica são o dolo e a culpa. Nesse sentido, o homem é culpável, com toda simplicidade, por ter agido dolosamente ou culposamente. Só a parte psicológica do autor é o que deve se considerar para esta teoria da culpabilidade.

No âmbito da tradição científica naturalística, não pode haver saber científico se não se admitir a validade do princípio da causalidade. Todo fenômeno no mundo natural supõe um fenômeno precedente a que está indissoluvelmente ligado, por outras palavras, supõe uma causa ao qual deriva. Desligar um fenômeno do outro significa inverter os polos em que a realidade se baseia, porque a lei da causalidade não deve ser

[16] As ciências naturais são investigações empíricas, entendendo-se por essas palavras que uma ciência não é possível sem recorrer à experiência: o apriorismo, no campo das ciências naturais, é a negação de ciência. A colheta e o exame minucioso de fatos é o primeiro passo que a investigação científica deve dar. Foi o que compreenderam os positivistas no campo penal quando se dedicaram a acumular dados de fato sobre dados de fato, experiências sobre experiências, medições sobre medições, ainda que, em relação à varios delinquentes, os dados acumulados representem apenas uma pequena parcela do material que deveria ter sido recolhido para poderem formular hipóteses bem fundamentadas (BETTIOL, 1995, p. 73).

entendida kantianamente como uma forma apriorística do nosso espírito, por meio do qual ligamos um fenômeno a outro, sem, efetivamente, nada saber da sua real dependência, mas como expressão de um *quid* ligado às próprias coisas, uma força que atua no coração da natureza, que não precede, nem condiciona, a experiência sensível, mas que é fruto da experiência, imanenete à própria natureza das coisas (BETTIOL, 1995, p. 75).

O pêndulo do método da ciência criminal oscilou entre dois extremos metodológicos: o jusnaturalismo de um lado e o positivismo naturalista de outro. No primeiro, a Escola Clássica e, no segundo, a Escola Positiva italiana. Na busca de um meio termo, nasce a *terza scuola* e, com maiores impactos, o positivismo jurídico de Feuerbach que, por sua vez, se desdobrou no positivismo jurídico-normativo que tinha como única fonte para o Direito Penal o direito positivo.[17] O direito estático, ideal, típico do liberalismo não se apresentava com adequado ou compatível com o Estado Social intevencionista que vinha se desenvolvendo na Alemanha. Era preciso, em termos de método, ir além do direito positivo e contemplar a realidade empírica do delito. Foi exatamente com essa missão que Franz von Liszt publicou o Programa de Marburgo, em 1882, sob a influência das ideias do evolucionismo de Charles Darwin (TANGERINO, 2011, p. 56 e 57).

Como visto, na época do positivismo italiano, de Lombroso, Ferri e Garofalo, já existia o positivismo jurídico alemão, influenciado por Hegel, com base completamente distinta. Liszt quebra esse positivismo alemão e assume, dentro do seu ecletismo, certas bases da Escola Clássica, apesar do predomínio das ideias do positivismo italiano. Da Escola Clássica de Carrara, definições de natureza analítica, a ideia de que os doentes mentais não deveriam ser objeto do Direito Penal, pelo seu conceito de imputabilidade, mesmo sem considerar o livre-arbítrio (pendendo, nesse momento, ao determinismo típico do positivismo italiano).

No Programa de Marburgo, o estudo do direito positivo deveria cumprir regras científicas, cendendo, portanto, ao método naturalista, deveria também compreender o fenômeno criminal além do manejo abstrato e racional das normas do Direito posto, exigindo uma dimensão experimental. A somatória desses saberes integraria a ciência penal integrada, a serviço de uma política criminal, ciente dos seus objetivos. É criada,

[17] Surge na Itália, no início do Século XX, após o positivismo jurídico, o tecnicismo jurídico, agora, influenciado por Liszt, tendo Rocco como um dos seus expoentes, determinando a criação do Direito Penal a partir das normas. O Código de Rocco, apesar de ter certa influência do positivismo italiano, é marcado pela adoção das bases da terceira Escola, do tecnicismo italiano.

dessa forma, no plano teórico, uma situação que ele mesmo reconhecia paradoxal: de um lado as ciências criminais possuem a missão positivista de prevenir o delito mas sem abandonar a missão clássica de proteger o indivíduo, mesclando fundamentos de cunho iluminista. ―O Direito Penal é barreira instransponível da Política Criminal‖. Nesse sentido, o Direito Penal seria o poder de punir do Estado, no entanto, limitado juridicamente, por isso a célebre frase ―o Código Penal é a magna carta do delinquente‖. Já em relação ao ponto de vista dogmática, há certo consenso de que foi com sistema Liszt – Beling que pela primeira vez surgiram, sendo perpetuadas pelas teorias subsequentes, as quatro categorias centrais do delito: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o que evidencia o grande impacto do naturalismo na teoria do delito por serem fruto da necessidade científica de desenvolver um sistema estratificado e analítico do sistema penal (TANGERINO, 2011, p. 57).

Importante desde já lembrar que Merkel e Binding trabalham com um conceito de crime diferente do que trabalhamos hoje. Esse formato atual, partido em categorias é mérito da teoria de Liszt. Em Binding e Merkel o conceito de crime era unitário. A teoria da imperatividade das normas tinha incidência, isso resultava na ideia de que as normas não são dirigidas a todas as pessoas, mas apenas aquelas que tenham capacidade de se conhecer validamente e se dirigir conforme as normas. Por isso, para existir a ilicitude era necessário que o agente fosse culpável e, por conseguinte, para ser culpável era também necessário o cometimento de um fato ilícito. Por isso o conceito era unitário. Em Merkel[18] a análise da culpabilidade era, inclusive, anterior a ilicitude.

Liszt (2005, p. 52), em sua obra ―A ideia do fim no Direito Penal‖, esclarece o seu conceito de pena como proteção aos bens jurídicos exige, irrefutavelmente, que no caso individual se inflija (conforme seu conteúdo e alcance) aquela pena que seja necessária para proteger o universo de bens jurídicos.

Ressalta que a pena necessária é a única pena justa. A pena, para Liszt (2005, p. 52), é o meio para um fim. Porém, a ideia de fim requer a adaptação do meio ao fim e um máximo de economia na sua aplicação. Tal exigência rege sobretudo quando se trata de pena, uma vez que a mesma é uma arma de duplo fio: proteção de bens jurídicos por meio da lesão de bens jurídicos.

Liszt é tido como precursor da teoria psicológica da culpabilidade, ao estabelecer que o delito é ato culpável, contrário ao Direito e sancionado com uma pena.

[18] Professor não apenas de Direito Penal, mas também de Teoria do Direito. Quem se opõe a ele Ihering, contemporâneo de Merkel e também professor de Liszt, ao perceber, no direito civil ilícitos não culpáveis.

Beling, por sua vez, acrescenta que a tipicidade deve ser considerada de forma autônoma, esculpindo a definição de delito como ação típica, antijurídica e culpável, submetida a uma comição penal adequada às condições de dita penalidade.

A primeira ruptura dogmática em relação à teoria de Binding ocorre no campo do crime pois, cinco anos antes da primeira edição de *"Die Normen",* Ihering defende haver, no âmbito do direito privado, injustos não culpáveis, afirmando que em determinadas infrações, embora cometidas sem culpa, subsistiriam como fatos antijurídicos capazes de gerar consequências para o seu autor (ideia é incorporada à dogmática penal por Hugo Hälschner, em sua obra, intitulada ―O Direito Penal alemão comum‖). Nesse sentido, Liszt adere ao modelo iniciado por Ihering, frontalmente oposto a ideia unitária de crime de Binding, e apresentada em seu Tratado de Direito Penal uma separação nítida entre injusto e injusto culpável.

Registre-se que, na teoria de Liszt, há uma grande influência do positivismo italiano, mas existem também ranços marcantes do positivismo jurídico alemão, de Binding e Merkel, pela base hegeliana em seu conceito de ação. O referido infuxo hegeliano é muito mais evidente do ponto de vista subjetivo do que objetivo, diz respeito, notadamente, ao aspecto subjetivo da ação. Isso reflete o fato de que a dimensão mais marcante no conceito de ação dos hegelianos é a ideia de vontade.

Liszt também não relevou a antiga teoria da imputação elaborada por Feuerbach, pois esta serviu como elemento de enlace entre os aspectos externos e internos do delito, considerados de forma interdependente, mesmo com uma dissociação puramente metodológica do conceito unitário de ação. É dessa forma que ele consuma um sistema bimembre de delito, estritamente naturalista em sua definição, baseado em um nexo imputativo de dupla causação físico-psiquica. Inicialmente, define o ilícito como ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena, e considera o ato, epicentro dessa noção, como a conduta voluntária no mundo exterior, causa voluntária ou não impedidora de uma mudança no mundo exterior (TANGERINO, 2011, p. 58).

Culpabilidade, no mais amplo sentido, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que realizou. Liszt separa a ilicitude formal da ilicitude material. Na ilicitude material é que se encontra a ideia, rústica, de lesão ao bem jurídico[19] (aqui ele se afasta do positivismo italiano por adotar uma postura mais garantista). A ilicitude formal seria um conceito próximo à tipicidade, mas não é (de certa forma também há o questionamento sobre a adequação da ação às leis do ordenamento, mas não a ideia

[19] Visto que a teoria do bem jurídico só veio a ser desenvolvida a partir das contribuições de Birnbaum.

propriamente dita, assim, é mais próxima da noção de contrariedade), posto que é definida como a contrariedade da ação ao ordenamento.

O juízo da culpabilidade expressa a consequência ilícita que traz consigo o fato cometido, e se o atribui para a pessoa do infrator. Na desaprovação jurídica do ato, se adiciona a reprovação que recai sobre o autor (...). A ciência, que considera separadamente as características da ideia de delito, toma o conceito de culpabilidade em um sentido estrito, que compreende apenas a relação subjetiva entre o ato e o autor. Esta relação deve ter como ponto de partida o fato concreto, mas ao mesmo tempo sair fora dele, dando então ao ato o caráter de expressão da natureza própria do autor e aclarando o valor metajurídico da culpabilidade (LISZT, 1927, p. 375 e 376).

Sobre a natureza da referida relação subjetiva entre o fato e seu autor, Liszt (1927, p. 376) afirma que a mesma só pode ser psicológica, mas, quando existente, determina a ordenação jurídica em consideração valorativa (normativa). Segundo ela, o ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, relativo à natureza peculiar do autor, se deduz, o conteúdo material do conceito de culpabilidade que se situa no caráter associal do autor, cognoscível pelo ato cometido (conduta antissocial), ou seja, na imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida em comum no Estado, e na motivação antissocial, provocada por essa causa (em propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade).

Inaugura-se a teoria psicológica da culpabilidade que só pode ser vista do ponto de vista psíquico, a culpabilidade é puramente psíquica. O dolo só é naturalístico, é consciência e vontade de realizar uma conduta delituosa. Isso, sem dúvida, de certa forma, limita o poder de punir do Estado e, diferente do conceito de ilícito, a culpabilidade é um conceito puramente do Direito Penal.

Acrescenta ainda que as circunstâncias, consideradas condição para que se siga um efeito jurídico, consistem sempre em fatos juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciáveis pelos sentidos. Os efeitos do injusto, e consequentemente, a pena, só se ligam a certos e determinados fatos. As circunstâncias constitutivas do injusto não podem ser acontecimentos que independam da vontade humana, mas somente ações humanas‖ (LISZT, 1899, p. 193).

É valido também questionar se essa culpabilidade referida pelo autor constitui uma medida adequada para estabelecer a pena, serve para a medida da pena. Levando em consideração que o dolo e a culpa são formas de culpabilidade, não há como dizer

que estabelecer a conduta como dolosa e culposa não constitui a atribuição de medida da pena. Em verdade, para Liszt, questões relativas a medida da pena estão fora do Direito Penal,[20] elas estão contidas na Política Criminal, com influência marcante do positivismo italiano.[21]

Depois de constatato o crime, não há qualquer barreira imposta pelo Direito Penal para aplicação da pena. Por isso, e também por ter um conceito de culpabilidade restrito ao dolo e a culpa, a limitação que a teoria psicológica gera em relação ao poder punitivo do Estado não é tão marcante.

Passada essa barreira (Direito Penal), a Política Criminal seria orientada apenas pela necessidade de socialização do agente. Consequência disso foi a defesa de penas muito rigorosas, de uma forma geral. A pena é medida pela sua finalidade, se mede a pena pela ideia de fim. Quanto mais socialização o agente precisar, maior a pena.

Como será analisado mais detalhadamente nas próximas linhas, culpabilidade como dolo e culpa consiste em seu conceito de culpabilidade formal. Mas Liszt inaugura na 19 edição o conceito material de culpabilidade. Ele traz para o Direito Penal a sua Política Criminal por meio do seu conceito material de culpabilidade, sedimentada sob ideia de Direito Penal do autor. Trabalha assim, a culpabilidade do fato e do autor, dentro do Direito Penal e, mais especificamente dentro do conceito de culpabilidade. Nesse sentido, havendo umas das espécies da culpabilidade analisada formalmente, verifica-se a culpabilidade material, a fim de se estabelecer a medida da pena.

É dessa forma que podemos concluir que nesse momento Liszt retira a barreira colocada em sua célebre frase. Inaugura-se a culpabilidade pelo caráter do autor, ou seja, pela personalidade. A culpabilidade material é considerada a associalidade que o agente demonstra quando realiza o fato delituoso, a falta de estímulos sociais corretos, abrindo a porta para a culpabilidade pelo caráter, que vai ser, posteriormente, aprofundada pela teoria de Mezger, onde a culpabilidade é manifestação da personalidade desajustada do agente.

---

[20] Isso, até uma parte da obra de Liszt visto que na 19 edição de sua obra (Tratado de Direito Penal, Tomo II), ele inclui no Direito Penal, estabelecendo, assim, um conceito material de culpabilidade.

[21] Sobre o contexto histórico da época, trata-se de uma fase da história em que muitos imigrantes passaram residir também na alemanhã, surgindo a necessidade de estabelecer um sistema capaz de higienizar o território alemão, retirar aquelas pessoas que eram consideradas inconvenientes. Para isso, nada mais adequado do que se afastar dos ditames da Escola Clássica e se aproximar do positivismo italiano. Passadas as formalidades exigidas pelo Direito Penal, a barreira estaria transposta e, portanto, tornar-se-ia viável a atuação da Política Criminal, esta, por sua vez, ilimitada, com características anti-garantistas, baseadas na ideia de socialidade, na prevenção especial positiva. Prova de que a Política Criminal da época tinha esse objetivo de ―higienização social‖ é a existência de penas mais brandas, alternativas (por exemplo, o livramento condicional para criminosos ocasionais), em se tratando de situações onde comumente se considerava que não havia essa necessidade, ou seja, para crimes praticados, via de regra, por nacionais e sem grande repercussão.

Liszt (1988, p. 193 e 194) conceitua a ação como sendo o fato que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivel à vontade do homem. Diz que ‒sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não há ação, não há injusto e, finalmente, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado.‖ Destarte são dados os dois elementos, de que se compõe a ideia de ação e, portanto, a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos o autor diz que deve ser acrescentada ― a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior a vontade humana: 1.° quando a mudança foi causada voluntariamente; 2.° quando voluntariamente não foi impedida.‖ E completa dizendo que ‒a comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e consequentemente do crime. A mudança do mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos resultado da comissão ou omissão.‖

Como será tratado mais adiante, a ação era considerada um ‒fantasma sem sangue‖ porque não tinha posição na dogmática jurídica. A ação só vai ser incluída na tipicidade, posteriormente, na obra de Mayer.

Diferentemente do que ocorre na teoria de Binding, não se afirma mais que a ação constitui expressão da vontade moral. Partidário do naturalismo, Liszt desvicula o conceito de ação de qualquer elemento de ordem transcedental. Dividindo-o em três elementos: vontade (conduta voluntária, livre de qualquer pressão física ou psicológica, determinada pelas representações), resultado (alteração no mundo exterior) e a relação estabelecida entre a vontade e o resultado que, por sua vez, tem dois aspectos, um objetivo (relação de causalidade ou de não impedimento) e outro subjetivo (relação psicológica consistente na previsão ou possibilidade de previsão por parte do resultado, que resulta no conteúdo da culpabilidade integrada pelo dolo e pela culpa).

A voluntariedade na comissão ou na omissão, não quer dizer livre-arbítrio no sentido metafísico, mas isenção de coação mecânica ou psicológica. ‒Não há ação por parte daquele que, em um ataque de convulsão, danifica objetos alheios ou que, em razão de um desmaio, não conseguiu cumprir o seu dever; não há ação por parte de quem é coagido pelo poder físico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma co isa‖ (LISZT, 1988, p. 197).

A irrelevância da vontade humana para definir a existência de conduta humana também não significava que fosse desimportante para a existência do crime, uma vez que neste sistema a finalidade da conduta, pelo sua natureza subjetiva, tinha a função de

estabelecer a culpabilidade do agente, considerada nexo psicológico entre ele e o resultado. Tanto é assim que Liszt (1899, p. 198 e 199) diz que a origem da tensão muscular caracterizadora do movimento corpóreo é resultante de ideias ou representações que se cruzam, se contrapõem e se auxiliam. ―A representação do resultado chamamos de motivo‖. Acrescenta: ―é possível que a representação do resultado não tenha surgido no seu espírito ou que ela se desviasse; mas pode ser também que o agente previsse o resultado, ou mesmo que essa previsão tenha sido o motivo (motivo impulsivo) do movimento corpóreo.‖

A noção de nexo causal, na visão naturalista, estava contida no conceito de conduta, de forma que havia a sua exclusão ante a ausência de nexo de causa entre o movimento corporal e o resultado.[22]

A conduta humana foi esvaziada de tudo que possuísse perfil anímico-subjetivo, exceto o termo voluntário, associado ao movimento corpóreo, mantido ali apenas como o mínimo necessário de subjetividade para servir de elemento limite. No causalismo, era necessário um movimento corpóreo voluntário que causasse modificação no mundo exterior para haver conduta humana, no entanto, o objeto da voluntariedade não era a modificação no mundo exterior em si, uma vez que na relação causal a causa é que deve ser voluntária e não os efeitos dela decorrentes. A voluntariedade deve ser livre e, por isso, a coação física irresistível afastava a liberdade e, consequentemente, a própria conduta humana.

Nesse sentido, somente o movimento corpóreo precisava ser voluntário, não sendo relevante na análise da conduta humana, qual a finalidade do agente, o objetivo almejado com o referido movimento corpóreo, o fim daquela conduta. Então, em se tratando de uma lesão corporal por meio de chute, seria necessário que a vontade de mexer a perna guiasse neurologicamente o movimento motor para ser constatada a conduta humana, independentemente do objetivo de lesionar a vítima. No entanto, frise-se, a irrelevância da vontade humana para constatação da conduta humana não significava que a mesma não tivesse importância para a constatação do crime, pois a finalidade da conduta, pelo seu caráter subjetivo, era utilizada para definir a culpabilidade do agente, traduzida como nexo psíquico entre ele e o resultado.

Toda ação se liga um resultado qualquer apreciável pelos sentidos, ainda quando o legislador abstraia aparentemente de um resultado ulterior que na verdade ele tem em vista e isto, para Liszt (1988, p. 195 e 196), também é verdade nos delitos de inação

[22] Diferentemente do que ocorre no sistema finalista, mais adiante analisado, em que se diz que a ausência de nexo causal exclui a tipicidade legal objetiva, quando há tal exigência na estrutura do tipo penal.

propriamente ditos. Acrescenta que ideia geral do resultado tem também aplicação ao fato de colocar em perigo, tão importante no Direito Penal. Colocar em perigo ou comprometer é provocar um perigo, isto é, uma situação em que, atentas as circunstâncias ocorrentes no momento do movimento corpóreo do agente e segundo juízo imparcial, dá-se a possibilidade imediata e, portanto, o fundado receio de que se siga a ofensa.

Emerge, entre os elementos conceituais, o movimento corpóreo humano como primeiro deles e isto fundou há mais de um século a impossibilidade da pessoa jurídica delinquir, sendo viável a prática do crime somente por meio dos seus representantes. No mesmo sentido, animais e objetos inanimados não podiam praticar condutas criminosas, aspectos do Direito Penal medieval que hoje só tem revelância histórica por já estar sedimentado que o Direito Penal só age em relação à condutas humanas.

O resultado naturalístico, como visto, é a mudança no mundo exterior, um fenômeno sensorialmente perceptível, que, segundo Liszt, para ser considerado, precisava da consulta da cominação penal, posto que a ideia de tipicidade ainda não havia sido formulada, já que algumas vezes era abstraído por parte do legislador na caracterização do crime.

Nessa toada, Liszt criticava a existência dos crimes em que essa abstração ocorresse, os crimes formais, pois, se toda conduta gera um resultado naturalíst ico, não deveriam existir crimes formais, mas apenas materias. A ausência de menção do resultado naturalístico pelo legislador como exigência da cominação penal não importava, no entanto, a sua inexistência no mundo fenomênico. Por isso, o referido autor não aceitava a diferenciação entre crimes formais e materiais.

Portanto, levando em consideração que, como qualquer outro fenômeno natural, o delito possui uma causa, ele define essa causa como a ação do homem. Mas não toda e qualquer ação humana, pois ao invés de exigir a expressão de uma vontade moral, como fez Binding, na teoria psicológica, há a exigência de uma relação psicológica, de vontade, entre o autor e o resultado, além da relação causal física, sendo considerada como a culpabilidade. Considera como requisitos da culpabilidade a imputabilidade e a imputação ao resultado.

Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido. No Direito Penal, trata-se, teoricamente, do fato de incorrer o agente em responsabilidade criminal. A desaprovação da ação ao mesmo tempo pronunciada, o juízo sobre o seu valor jurídico ou moral (acentuado por Merkel) — em relação àquele fato e, portanto, a ideia de culpa

– é circunstância completamente acessória. A culpa pressupõe: imputabilidade do agente e imputação ao resultado. Esta ocorre: a) quando o resultado foi previsto – dolo - ; b) quando o resultado não previsto podia sê-lo - culpa em sentido estricto - (LISZT, 1899, p. 249 e 250).

Como se percebe, o conceito de ação em Liszt é um conceito fundamental, é a pedra angular e, nessa definição, o elemento central é a relação de causalidade, que constitui influência do método naturalista, evidenciando o seu ecletismo (positivismo jurídico e italiano).

A ação é o movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior, que gera, portanto, um resultado. Há nítida influência do positivismo italiano por trata-se de um conceito observável empiricamente. O que liga o movimento corporal ao resultado é o nexo causal. Trata-se de um conceito que pode ser visualizado do ponto de vista negativo, uma vez que sem movimento voluntário (estado de inconsciência, movimentos reflexos) não há ação (ponto de vista garantista).

Esse movimento corporal que causa resultado através do nexo de causalidade vai gerar ilicitude. Mas é também preciso ligar a ação ao agente e essa ligação se dá por meio da manifestação da ação como parte do seu ser, então, o conceito de ação do ponto de vista subjetivo só poderia ser de natureza psicológica, sendo o vínculo psicológico que liga o autor ao seu fato (a ação deve ser manifestação do seu próprio ser, então, deve ter a feição do agente, sendo assim, a possibilidade de atribuir o fato como manifestação da vontade do agente). Nesses dois aspectos da ação, existe causalidade. No primeiro caso, a causalidade física e no segundo, a psíquica.

A separação entre ilicitude e culpabilidade, portanto, ocorre porque a própria ação pode ser vista sob dois aspectos. Um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo. A relação da ação no seu aspecto objetivo gera a ilicitude e a ação no seu aspecto subjetivo gera a culpabilidade. Há, portanto, dois elementos completamente distintos.

Essa pureza em relação ao aspecto objetivo e subjetivo que resultou na separação entre ilicitude e culpabilidade também se baseia no conceito de ação de base hegeliana e vem da conclusão de Ihering acerca a existência de ilícitos não culpáveis. Liszt não poderia usar os mesmo fundamentos de Ihering, já que suas conclusões foram no campo do direito civil e, diante disso, ele se utilizou do conceito de ação que os penalista hegelianos utilizavam, inclusive, Binding que defendeu um conceito de ação dessa natureza, apesar de unitário (a ação pode ser vista do ponto de vista objetivo e

subjetivo – dolo e culpa, sendo a imputabilidade - capacidade de se motivar pelas normas, por isso, não merecedores de pena - pressuposto da culpabilidade).

Para Liszt (1899, p. 272), ―sem imputabilidade não ha culpa e, portanto, não pode haver crime.‖ Sobre isso, alerta, de início, que para ele, imputabilidade nada tem a ver com o livre-arbítrio. ―Responsável é todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são. A teoria da culpabilidade criminal deve encontrar o seu centro de gravidade na exposição daquelas situações ou estados excepcionais que excluem a imputabilidade.‖ (LISZT, 1899, p. 257).

Liszt traz o conceito de imputabilidade como pressuposto da culpabilidade. Faz distinção entre doente mental e não doente mental só podendo, por conseguinte, os últimos sofrerem penas, o que, a propósito, foi extremamente criticado por Ferri.

Acerca do momento de aferição, Liszt (1899, p. 260) diz que a imputabilidade deve existir no momento em que o ato é praticado, acrescentando que a inimputabilidade que sobrevenha posteriormente só pode produzir efeitos processuais. ―O que regula é o momento em que o movimento corpóreo voluntário foi empreendido, ou, em se tratando de uma omissão ilegal, devia ser empreeendido; é indiferente o estado mental do agente no momento em que o resultado se produz.‖

A imputabilidade em Liszt é a capacidade de se comportar conforme normas, de motivação normal, de motivar-se normalmente. Conceito que, inclusive, como será visto mais adiante, influenciou bastante o funcionalismo de Roxin. Não havia qualquer preocupação com o livre-arbítrio e a adesão ao determinismo.

A imputabilidade é a capacidade de responder à exigências da vida comum dos homens, dividida em três aspectos. O primeiro aspecto é a capacidade de engendrar, com riqueza, representações para a completa valoração social. O segundo, a existência de uma base efetiva de tais representações, de forma que a força motivadora das normais gerais, jurídicas, morais, religiosas, entre outras, corresponda à média. Por fim, acrescenta ainda como aspecto a normalidade tanto da direção como do vigor do impulsos da vontade. Tal como Binding, trata a imputabilidade como capacidade de ação, constituída de subcapacidades, porém, não acredita que a dita capacidade componha o centro da culpa como ele, pois para Liszt essa é mero pré-requisito.

Beling (2002, p. 67) diz que a imputabilidade é o pressuposto necessário para que alguém possa ser declarado penalmente responsável por um delito pois, quem não é capaz juridicamente não pode ser culpável e, por isso, o Direito coloca em primeiro plano da imputação a capacidade psíquica e biológica do agente.

Para o mesmo autor (2002, p. 68), na construção dogmática do delito, a imputabilidade é o requisito prévio ao exame da culpabilidade o qual implica que, antes de valorar a conduta do sujeito desde o ponto de vista subjetivo, é inevitável perguntar-se por sua maturidade ou saúde mental pois a vontade culpável e, portanto, a responsabilidade só pode se estabelecer se o indivíduo é capaz de valorar o seu próprio ato segundo os cânones sócio-culturais médios.

Nesta teoria, a culpabilidade é dividida em dolo e negligência. O dolo é considerado o conhecimento que acompanha a manifestação de vontade de todas as circunstâncias de fato criminoso, sendo a representação da causalidade mesma, e a culpa como a falta de sentido, dessa representação, como a não previsão do resultado quando o sujeito podia e devia prevê-lo, no momento em que ocorreu a manifestação da vontade, ou seja, há negligência quando o autor do fato delituoso não reconheceu, mesmo sendo possível, o significado antissocial do seu ato, quando há um verdadeiro descaso em relação às exigências da vida social.

Segundo Maurach (1962, p. 17 e 18), a culpabilidade aparece como dolo ou culpa, a partir de uma relação específica entre autor e ato. Tanto o dolo como a culpa constituiam, cada uma por si mesmo, ‒a culpabilidade‖ e, tanto uma como outra exigiam o reconhecimento como espécies de culpabilidade, diferentes unicamente pela modalidade da relação entre autor e resultado típico – tolerância, ao menos, do resultado no dolo, e indiferença ou não conhecimento do mesmo na culpa. Apesar disso, adianta o mesmo autor que uma apreciação valorativa não poderia desconhecer que precisamente a característica da culpa inconsciente é a falta de todo nexo psicológico com o evento e que a culpa só pode subsistir como culpabilidade se for compreendida como conceito normativo, como juízo valorativo sobre o autor.

O resultado é, antes de tudo, imputável, quando o ato é doloso, isto é, quando o agente o pratica, apesar de prever o resultado. Dolo é, pois, a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade). A ideia de dolo compreende: 1. A representação do ato voluntário, mesmo quando este corresponde à ideia de um crime determinado, quer sob a sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave; 2. A previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime; 3. A representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, portanto, a representação da causalidade mesma (LISZT, 1899, p. 270-273).

Mir Puig (2007, p. 410 e 411) resume dizendo que o conceito causal naturalista de delito de von Liszt e Beling (o chamado ‒conceito clássico‖ de delito) era baseado

em uma concepção psicológica de culpabilidade: a –culpabilidade como relação psicológica‖ entre o fato e o autor. O ambiente positivista do fim do século passado plasmou-se em uma construção da teoria do delito que, por um lado, tinha por base a divisão do crime em duas partes que se revelavam ante a percepção dos sentidos: a parte externa e a parte interna. Por outro lado, considerava como elemento definidor a noção de causalidade. A parte externa do fato se identificava com o objeto da antijuridicidade, enquanto a parte interna se referia à culpabilidade. A culpabilidade é exposta como sendo o conjunto de elementos subjetivos do fato. Assim como o injusto é definido a partir do conceito de causalidade, como causação de um estado lesivo, a culpabilidade é concebida como uma relação de causalidade psíquica, como nexo que explica o resultado como produto da mente do indivíduo. O dolo e a culpa são vistos como duas possíveis formas de conexão psíquica entre o autor e o fato. O delito aparece, dessa forma, como o resultado de uma dupla vinculação causal: a relação de causalidade material, que dá lugar à antijuridicidade, e o nexo de causalidade psíquica, em que consiste a culpabilidade. O dolo e a culpa não simplesmente pertencem à culpabilidade, pois são as duas classes ou espécies da mesma, que constitui gênero. Não são somente formas de culpabilidade, pois, como visto, são a própria culpabilidade em uma ou outra de suas possíveis espécies. Nesse sentido, o vínculo de vontade que representa o dolo não constitui somente um requisito da culpabilidade, mas é a culpabilidade específica do delito doloso. É, concretamente, a espécie mais perfeita de culpabilidade, pois significa a relação psíquica completa entre o fato e seu autor. Já a culpa é vista como uma conexão psíquica imperfeita com o fato. Como pressuposto da culpabilidade exige-se a imputabilidade.

Liszt (1899, p. 271 e 273) aponta como hipóteses da existência de dolo quando o agente tem em vista o resultado, isto é, quando a previsão do resultado é o motivo do ato, ou seja, quando o agente empreende o ato por causa das mudanças que ele operará no mundo exterior, e também quando o agente prevê o resultado, embora essa previsão não seja o motivo do seu ato.

Já em relação a culpa, Liszt (1899, p. 273) diz que ela é a ausência de conhecimento, contrária ao dever, da importância da ação ou da omissão como causa. Contrária ao dever e ausente o conhecimento, quando o agente podia e devia o obter. Ação culposa é consequentemente a causação ou não impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo. Dessa forma, a ideia de culpa supõe dois requisitos: 1. falta de precaução por ocasião do ato voluntário, isto é,

despreso do cuidado que a ordem jurídica impõe e que se faz mister conforme as circunstâncias dadas (a medida do cuidado determina-se segundo a natureza objetiva da ação empreendida, e não segundo o caráter particular do agente. A não aplicaçao da atenção, o não preenchimento do dever apresenta-se como falta da vontade) e 2. falta de previsão, isto é, deve ser possível ao agente prever o resultado como efeito do movimento corpóreo, ainda que somente nos seus contornos gerais (na apreciação desta questão cumpre tomar por base as faculdades mentais, a maior ou menor penetração do agente).

Como se percebe, houve a crença de que a característica essencial comum, que deveria justificar o reconhecimento do dolo e da culpa como espécies da mesma culpabildade, residia em uma relação natural do autor com o resultado previsto como crime, em uma relação precisamente psicológica, a saber: na representação da causalidade (fato criminoso) no dolo e na falta dessa representação quando era devido e possível prevê-la, na culpa.

Diante da impossibilidade de fazer um exame dirigido, separadamente, a cada forma de apresentação do elemento psicológico e da necessidade do sistema naturalístico, foi preciso encontrar um denominador comum, um gênero superior, a que pudesse se submeter o dolo e a negligência, admitindo que a preterintenção é um misto de dolo e negligência. Afastada a voluntariedade do evento, visto que a negligência se caracteriza pela involuntariedade do evento, disse-se que a culpabilidade consiste também sempre na voluntariedade de uma conduta de que deriva um evento lesivo, não querido, ainda que previsto.[23] Em todo caso, dolo e negligência, únicas espécies do gênero culpabilidade, estavam ligados entre si por um superior nexo psicológico que aprisionava as suas características individuais num daqueles procurados conceitos de ordem que pretendiam constituir a ossatura do Direito Penal como ciência sistemática. (BETTIOL, 1995, p. 125)

Embora psicológica, há a possibilidade de valoração, da consideração valorativa contida na norma em contraste com a ação, pois o ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável e, da significação sintomática do ato culpável, com relação ao seu autor, se deduz o conteúdo material do conceito de culpabilidade, esse, com raiz no caráter associal do autor, cognoscível pelo ato cometido. Assim, a raiz do conteúdo material da culpabilidade é a imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum e a motivação antissocial provocada por esta causa.

[23] Houve outros que lhe acrescentaram a previsibilidade, especificando o ―não previsto‖ como um ―ainda que previsível‖: isso para dar à negligência um conteúdo humano (BETTIOL, 1995, p. 125).

A culpabilidade é considerada dentro da relação subjetiva entre autor e fato, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que realizou. O juízo de culpabilidade é a expressão da consequência ilícita que traz consigo o fato cometido e se lhe atribui a pessoa do infrator. Assim, para a desaprovação jurídica do ato, soma-se a que recai sobre o autor.

Para Liszt, o autor de um delito demonstra, com a sua ação, que atua em desfavor de um valor socialmente compartilhado, revelando, dessa forma, defeito no sentimento de dever social, imprescindível para a vida em comum na sociedade, e também motivação antissocial provocada por esta causa, por objetivar algo contrário aos fins da comunidade em geral. Tanto é assim que, para que seja constatada a imputabilidade, basta que o sujeito disponha de um aparato psíquico normal, isto é, suficiente para compreender que um ato possa representar a contrariedade a um interesse juridicamente tutelado, a ilicitude das ações que contrariem os valores socialmente compartilhados e motivar-se diante da proibição. Assim, na medida em que o conhecimento da significação antissocial do fato pressupõe só um psiquismo normal, aplica-se a presunção de que o ato está previsto em lei, dispensando-se, assim, o conhecimento da dita lei. Nesse sentido, não se cogita a ideia de que o agente possa ter ou não conhecimento da ilicitude do fato praticado, mesmo porque o Direito Penal se assenta sobre a base presuntiva da consciencia geral da legislação, o dolo, portanto, vem a ser a vontade do agente de praticar uma ação, que está prevista como criminosa, bastando que esteja consciente da relação de causalidade entre a dita ação e o resultado. Portanto, pode-se concluir que as normas penais traduzem uma verdadeira verdade universal, ideia esta já formada na racionalidade moderna, tendo como *lócus* o direito natural, a quem o sujeito iluminista teria que conhecer em virtude da razão pois, protetor do pacto social, herdeiros dos valores do direito natural, também está inscrito na razão das pessoas (TANGERINO, 2011, pp. 63-65).

Beling (2002, p. 72) diz que toda ação repousa sobre uma decisão do autor no sentido da vontade de mover o corpo ou de deixá-lo quieto pois, do contrário, não haveria ação alguma. Mas a disposição anímica do autor, em relação ao conteúdo ilícito da ação, pode ser muito diferente e, conforme isso, se resolve quando o autor é reprovável e, em caso afirmativo, em que medida.

Para ele (2002, p. 72), a mais grave reprovação alcança quem antijuridicamente atua quando se tem o conhecimento de que a ação é antijurídica ou que o é possivelmente e não expressa nenhuma força contrária, ou seja, quem, ante o

pensamento de cometer uma ilicitude, ao menos permanece indiferente, possui um grau maior de culpabilidade: *dolus*, intenção. Por outro lado, há uma reprovação menor da culpabilidade, a culpa em sentido estrito, àquele que rechaçou subjetivamente o pensamento de cometer uma ilicitude, mas que não tomou, suficientemente, a sério a possibilidade de atuar antijuridicamente, ou que não era consciente em absoluto dessa possibilidade, mas que, com oportuno cuidado havia reparado a ilicitude e, com isso, podia e devia desistir de sua decisão.

Beling teve um papel importante, notadamente, por defender o princípio *nullum crimen sine praevia lege*, no momento em que aprimorou o conceito de *Tatbestand*, originalmente tido como *corpus delict* (conteúdo real do ilícito apreciado em sua existência material). Foi a partir da sua teoria que passou a se exigir, além de antijuridicidade e da culpabilidade, que a ação tenha os seus elementos previstos em lei em momento anterior a sua realização, ou seja, ser também típica, tratando assim, a tipicidade como categoria valorativamente neutra, descritiva e objetiva.

Maurach (1962, p. 19) acrescenta que o apego ao psicologismo por parte da teoria da culpabilidade se explica também por motivos que residem na configuração da teoria do tipo, baseada em Beling, uma vez que em sua formulação primitiva o tipo deveria abarcar o total sucesso objetivo do delito e referir todo o subjetivo ao âmbito da culpabilidade. Esta separação, em princípio, sugestiva por sua claridade, conduziu no aspecto subjetivo, como é natural, a um grande apego ao vínculo psicológico e a manter a versão de que também a culpa inconsciente deve caracterizar-se por tal enlace.

A punibilidade foi descartada como elemento do crime pois sua função de identificar a ilicitude penal começou a ser feita pela tipicidade. Essa função seletivo-descritiva de condutas até os dias atuais se conserva, juntamente com outras, como garantista pela realização do princípio da legalidade, a indiciária da antijuridicidade e a protetiva de bens jurídicos com base na ideia de tipicidade material.

Segundo Beling (2002, p. 73 e 74), a antijuridicidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorre com elas, como característica externa, a tipicidade (adequação ao catálogo) de modo que, dentro do ilícito culpável, está delimitado o espaço dentro do qual aquelas são puníveis (assim como, em uma lei de aduanas, o conceito de objetos gravados se obtém da relação da lei genérica com a tarifação aduaneira). Ação punível é só a ação tipicamente antijurídica e culpável.

Para Beling (2002, p. 63), por meio de um juízo de valor segundo o qual uma ação é antijurídica, se caracteriza apenas a fase externa (comportamento corporal) como

contraditória ao ordenamento jurídico. O juízo de que alguém atuou culpavelmente expressa um juízo de valor sobre a fase interna (espiritual ou subjetiva) da ação: na subjetividade do autor não foi examinado como devia ser o fato, conforme as exigências do ordenamento jurídico e, por isso, por essa deficiência, é culpável a sua ação. Ressalta ainda que as bases do conceito de culpabilidade são os imperativos do ordenamento jurídico, segundo os quais as normas valorativas contidas neste devem ser condutoras para as decisões humanas, pois a culpabilidade jurídica independe de que a ação seja culpável ou meritória em sentido religioso ou ético.

Ainda é importante acrescentar que na teoria causalista da conduta humana há a tentativa de observar e descrever a conduta de maneira neutra, sem qualquer juízo de valor ou carga subjetiva na estipulação do seu conteúdo. Observação e descrição se ligam ao aspecto fenomênico e daqui há a cisão de causa e efeito, em que há uma voluntariedade presente na liberdade de enervação muscular realizada nas condutas comissivas. A ponte com a as ciências naturais é evidenciada exatamente pelo manuseio de elementos biológicos (enervação muscular ou, no caso de Liszt, tensão muscular).

O causalismo, pressuposto para a criação do analisado sistema, foi responsável por modificações tanto no conceito analítico de crime como na concepção de conduta humana, gerando discussões importantes em em relação à questão da omissão, dentre outras que atacavam as bases naturalistas, como a relativa aos crimes formais e materiais, a viabilidade de conceber o resultado como dano social ainda não perceptível pelos sentidos. Em que pese o reconhecimento da dita importância, o sistema Liszt-Beling foi bastante criticado em relação a certos aspectos que adiante serão relatados.

Acerca do assunto, diz Asúa (1956, p. 154): ‒já temos destacado uma frase de Mezger em que diz que, propriamente, jamais existiu ‗um puro psicologismo‘. Inclusive Soler, tão inimigo das doutrinas genuinamente normativas, se vê precisando reconhecer que o seu ponto de vista põe em manifesto que, apesar da culpabilidade, como fato, ser algo psíquico, o conceito de culpabilidade não é puramente psicológico, pois só se pode falar de culpa quando as ações são referidas a uma esfera de normas.‖

A conduta como movimento corpóreo causador de modificação no mundo exterior não foi considerada teoricamente compatível com a omissão que, por sua vez, é deixar de se movimentar em uma direção, é um não fazer relativo à alguma coisa, apesar, diga-se de passagem, da notória tentativa de colocar sob as mesmas bases os dois tipos de conduta humana ação e omissão), bases essas de natureza naturalista, utilizando-se do empirismo.

Para que houvesse crime por omissão era necessário a distensão muscular, que o agente estivesse em estado biológico de relaxamento muscular. Beling (2002, p. 20) apontava a omissão como distensão do músculos, como um não fazer. Com marcante traço biofisiológico, diz ―o fazer (ação positiva) é um movimento corporal, por exemplo, levantar a mão, movimentos para falar, etc., já o não fazer (omissão) é a distensão dos músculos‖.

Mesmo sendo inviável a tentativa de reduzir a omissão a um conceito naturalista, a um não fazer em sentido físico, há a concepção de que seria necessário que houvesse a distensão muscular, que o agente estivesse em estado biológico de relaxamento muscular para a existência do crime omissivo.

Ao lado da causação, vê-se na omissão um não impedimento do resultado. Por isso o conceito de conduta de Liszt (1899, p. 193 e 194): ―causação ou não evitação de uma modificação (resultado) no mundo exterior mediante uma conduta voluntária.‖

Percebe-se o esquecimento do naturalismo nas palavras de Liszt acima referidas, especificamente, quando considera a omissão em direito tão somente quando é antijurídica. Inexistindo deveres no mundo pré-jurídico, base da linha causal para definir a conduta como fenômeno natural, apresenta-se como contraditório a definição de conduta como não impedimento, com natureza naturalista na forma comissiva e normativa (baseada em deveres) na forma omissiva.

Segundo Bettiol, (1995, p. 115), depois de haverem desnaturado o conceito de ação, os conceitualistas, debruçados sobre os sistema ordenador, andaram em busca de um gênero a que pudessem referir não só a ação, depauperada de qualquer elemento vital, mas também a omissão, visto que não fazer qualquer coisa é sinônimo de inércia, de falta de aparência física, de carência de causalidade, todos elementos negativos, sobre os quais a noção de crime omissivo não pode, efetivamente, se basear, a não ser que se queira identificar a identidade do crime com o nada. Para o autor, a referência do conceito de ação e do de omissão para um conceito superior de gênero não é desejável uma vez que as mesmas se situam em planos diferentes: a ação pode ser entendida num plano naturalístico, independente das experiências que uma norma exprime, em relação a um sujeito, ao passo que a omissão adquire a sua luz e significado apenas no plano normativo, pois só pode ser omitida a ação ordenada.

Essa incompatibilidade, provavelmente, foi também percebida pelos causalistas. O próprio Liszt reconheceu que na omissão há um não impedimento do resultado ao dizer que a conduta é a causação ou não evitação de uma modificação (de um resultado)

do mundo exterior mediante uma conduta voluntária, perdendo, dessa forma, a pureza naturalista que procurou pregar à estrutura do crime.

É nesse sentido, que Liszt (1899, p. 208) faz a seguinte afirmação: ―omitir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa e, na verdade o que é esperado. (...) O direito só se ocupa com a omissão injurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que obriga a agir‖.

―Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, se não devêssemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite. O direito só se ocupa com a omissão antijurídica. Ela é injurídica quando há um dever jurídico que o obriga a obrar.‖ (LISZT, 1899, p. 193 e 194)

Se omissão em direito é apenas a antijurídica não há como se pregar um naturalismo puro em relação à estrutura do crime. É certo que omissão para o direito é a uma omissão de deveres, no entanto, não existe deveres no mundo pré-jurídico do qual partia a teoria causal para definir a conduta como algo natural. Apesar de seguir a linha naturalista na forma comissiva de ação, é inegável que a exitência do perfil normativo, baseado no mundo dos deveres, em relação às condutas omissivas.

Mas essa ausência de pureza metodológica não somente se apresentava o tocante as disposições gerais sobre a conduta omissiva. Quanto ao nexo causal também existiram objeções.

Como, em se tratando de causalidade, tudo surge de algo e nada surge ―do nada‖, Liszt (1899, p. 212) afirmou que o resultado produzido em nenhum caso é causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturais que exercem a sua atividade colateralmente à omissão. A criança que a mãe deixa morrer de fome, perece de consunção; o mau nadador, a quem o companheiro recusa a mão salvadora, morre por asfixia. As forças naturais, a que não se opôs o indivíduo obrigado a agir, causaram o resultado; não o causou o autor da omissão.

Como se percebe, inexistindo a relação de causa e efeito e afastando a questão da omissão da relação de causalidade, foi negada a caractarística base da corrente naturalista pois nem todas as ações humanas geravam a causação de um resultado físico, abandonando, assim, o alicerce do naturalismo, base da teoria psicológica.

A necessidade de nexo causal e também do resultado naturalístico, como parte da conduta humana, confronta também com a existência de crimes de mera conduta e formais, onde as ações não podem ter como consequência a modificação no mundo exterior (mera conduta) ou que podem, mas isso é irrelevante à tipicidade (formais).

É por defender que nenhuma conduta deixava de criar um resultado naturalístico que Liszt (1899, p. 195) repeliu a classificação do crimes em formais e materiais. Porém, permitiu que o legislador ―abstraia aparentemente de um resultado ulterior que na verdade ele tem em vista‖, admitindo, dessa forma, a existência de uma cominação penal, já que, como dito, não havia tipicidade, sem que houvesse conduta, pois abstraindo o resultado e, consequentemente, o nexo causal, o legislador estava prevendo punições de um arremedo de conduta, incompatível com a conduta humana conceituada pelo causalismo, ou seja, contraditório com o brocárdio ―não há crime sem conduta‖ referido por Liszt.

Outra crítica ao causalismo que não poderia deixar de ser mencionada diz respeito ao artificialismo do seu conceito de conduta em relação à tentativa. Ao dividir a conduta humana em aspecto externo – vontade de realizar o movimento corpóreo – e aspecto interno – conteúdo, objetivo, o para que do movimento, tratando do primeiro na conduta e o segundo na culpabilidade, ocorreu uma verdadeira subversão do conceito de conduta em busca de conceder pureza ao seu sistema, pois houve o reconhecimento de que a conduta é provida de finalidade, no entanto, como o sistema é cindido em aspecto objetivo-externo e subjetivo-interno, todo conteúdo interno é alocado ao respectivo aspecto subjetivo, havendo, forçozamente, o esvaziamento de conteúdo.

Nessa toada, além da corrente causal ter reconhecido que a ação possuía uma finalidade, chamada por Liszt de motivo, e orientá-la, ao separar essa finalidade, de forma contraditória, como elemento conceitual de conduta, para forçar a manutenção de uma suposta pureza do sistema, gerava-se, entre outros incovenientes, a impossibilidade de se explicar a tentativa, pois nesse sentido, teríamos que esgotar a análise até o último elemento, a culpabilidade, onde seria possível averiguar os motivos do agente e retornar ao estrato da tipicidade para realizar a subsunção.

É válido ainda mencionar que essa mesma ceguera em relação ao reconhecimento da finalidade no agir humano, como parte da conduta, gera também problemas em relação aos crimes culposos, uma vez que não é possível definir os deveres de cuidado exigidos ao agente sem ter conhecimento de qual conduta que o mesmo tinha o objetivo de praticar, pois somente a finalidade da conduta estabelece os deveres de cuidado que devem existir, do contrário, não há como saber o padrão de comportamento exigido e aplicá-lo na análise da conduta realizada.

Segundo Teodomiro N. Cardozo (2012, p. 48) houve uma difícil convivência entre as categorias jurídicas dolo e culpa, a primeira ontológica e a segunda normativa,

posto que ‒a vontade contida no tipo penal era neutra e o seu conteúdo seria analisado na culpabilidade ao se fazer a ligação psicológica do agente com o injusto penal.‖

Acrescenta Mir Puig (2007, p. 411 e 412) que essa teoria fracassou em relação à imprudência e a existência de causa de exculpação que não excluem o dolo.

Quanto ao primeiro aspecto, diz o autor (2007, p. 411 e 412) que a imprudência não podia ser explicada como relação psicológica uma vez que na culpa incosciente não existia qualquer conexão psíquica entre o autor e a lesão, sendo a mesma caracterizada exatamente pela falta de representação de tal possibilidade (desconhecimento do perigo). Tentou-se explicar o caráter psicológico da culpa consciente atendendo-se ao conhecimento do perigo que a mesma pressupõe: Por extensão, toda imprudência é definida em função da previsibilidade. Trata-se de um conceito relacionado com o psicológico, daí a sua aceitação na concepção psicológica da culpabilidade. Entretanto, na realidade, tal conceito não descreve nenhuma relação psíquica efetiva, mas apenas sua possibilidade. Além disso, não bastam nem a previsibilidade nem a previsão da lesão para que se constate a imprudência, o decisivo é que se infrinja o chamado dever de cuidado, que não obriga a evitar toda conduta previsivelmente lesiva. O trânsito, por exemplo, é uma fonte previsível de lesões e, mesmo assim, não se encontra proibido. Na verdade, podemos dizer que praticamente toda lesão é ‒previsível‖, o que ocorre é que apenas temos o dever de prever as lesões cuja possibilidade normalmente contamos. A imprudência, portanto, não consiste em algo psicológico, mas sim, em algo normativo: a infração da norma de cuidado.

Sobre a existência de causa de exculpação que não excluem o dolo, diz Puig (2007, p. 412) que em algumas causas de exculpação o dolo subsiste, como ocorre no estado de necessidade exculpante ou no medo insuperável. Pense, por exemplo, no sujeito que, para salvar a sua vida, mata uma pessoa voluntariamentre. Falta, nesse caso, a culpabilidade, apesar de existir o nexo psicológico entre o resultado e seu autor. Isto somente pode ser explicado renunciando-se à identificação da culpabilidade com o vínculo psicológico que conecta o sujeito ao fato.

É válido lembrar, que a objetivação do tipo penal também impedia a criação de qualquer elemento subjetivo no tipo, de forma contrária ao Direito Penal que já previa e ainda hoje prevê vários elementos subjetivos nos tipos penais. Outra consequência insustentável foi a concepção objetiva das excludentes de ilicitude pois na estrutura objetivo-subjetiva, a ilicitude estava do lado objetivo.

De forma conclusiva, é perceptível a falha na base da teoria, na raiz naturalista, com gênese na qual seria definida um estrutura de conduta natural, correspondente ao mundo do ser, que terminou se apegando à causalidade que, por sua vez, não é sequer aspecto conceitualmente pertenente à conduta humana e sim um elemento relacional por estabelecer ligação entre a conduta e um resultado possivelmente dela derivado.

Em contrapartida, é válido salientar que esta teoria tem o grande mérito de exigir que, como no injusto civil, no criminal, a ação seja culpável. A partir daqui, não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente, é necessário também que se encontre na culpa a ligação subjetiva (LISZT, 1899, p. 249).

–A infração criminal, como o delito civil, é um ato culpável. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido à manifestação de vontade do agente, também deve existir, subjetivamente, o nexo, na culpabilidade do autor.‖ (LISZT, 1927, p. 375)

É certo que, o princípio, hoje subentendido, que a culpa é um dos caracteres da ideia do crime, que sem culpa não se pode infligir pena, é o produto de um longo desenvolvimento, até aqui pouco atendido e ainda não de todo concluído. Só gradualmente a ideia do injusto compreendeu em si a da falta, e é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal (LISZT, 1899, p. 250).

É indispensável aqui sublinhar que o chamado sistema Liszt – Beling constituiu um importante avanço em relação à teoria da culpabilidade, notadamente, por cindir o injusto da culpabilidade. Em relação à primeira, ter-se-ia lesão de um bem jurídico, já na segunda, a relação subjetiva entre autor e o fato. Como se percebe, admite-se a existência de um injusto que, mesmo não sendo culpável, é cenário impossível em Binding. A adoção da teoria psicológica representa também um importante passo teórico em relação à imputação moral dos clássicos por exigir uma análise a partir de critérios objetiváveis e verificáveis, os quais a especulação metafísica do direito natural dispensaria, mesmo que, como foi abservado, essa relação psicológica tenha se tornado muito empobrecida pela negação do livre-arbítrio.

É preciso ainda registrar que, na teoria ora considerada, o Direito Penal, estruturalmente, mesmo com todas as ressalvas de natureza anti-garantistas antes explanadas, já é posto como barreira infranqueável da política criminal, considerando-se que a pena deve ser limitada aos seus objetivos políticos-criminais de prevenção do delito. Assim, opera, em certa medida, como instrumento de proteção do indivíduo em relação ao poder punitivo do Estado.

3.2 Teoria normativa da culpabilidade

3.2.1 Os reflexos do neokantismo no Direito Penal

Apesar de haver quem diga que a fase neokantiana constitui um segundo momento do sistema causalista Liszt-Beling, denominando-a de sistema Liszt-Beling-Radbruch, é necessário fazer uma diferenciação clara desses períodos pelas grandes consequências existentes em relação ao conceito de crime e pelo fato da raiz de um ser completamente distinta do outro.[24]

O neokantismo tomou duas direções centrais: a Escola de Marburgo, representada por Cohen, Notarp e Stammler, e a escola sudocidental alemã, por Windelband e Rickert, em geral, e Lask, Radbruch e Sauer, na área jurídica. Em linhas bem gerais, defende que as coisas em si não podem ser conhecidas pelos seres humanos a não ser através de categorias de entendimento que ele possui, chamadas de formas *a priori.* Nesse sentido, o conhecimento seria a aplicação das referidas formas à realidade sensível, aos sentidos. Dessa forma, a diferença entre a as ciências naturais e humanas não seria o objeto, mas sim o método, isto é, de quais formas, *a priori*, seriam empregadas na análise. Ao lado do perceber, existe uma outra forma de conhecer científico, o querer, adequado ao direito, já que este tem como objetivo apreender conexões do tipo meio *versus* o tipo fim. Portanto, a ciência do Direito seria uma ciência final, diante das ciências naturais que, por sua vez, são causais (TANGERINO, 2011, p. 71).

Enquanto o método naturalista se situa no mundo do ser, o neokantista se baseia no dever ser, em valorações.[25] Esses universos deveriam permanecer separados e incomunicáveis, uma vez que cada um é direcionado por métodos sem semelhança alguma por compreender a realidade a partir de ângulos distintos. Nesse diapasão, esse segundo método se apresenta como contrário a ideia de reduzir a verificação do crime à existência de um fenômeno natural, físico, baseado na relação causa e efeito, retirando, assim, do Direito Penal a pretensão de considerar o crime um fenômeno natural em que a explicação seria cabível às ciências do ser, o que se justifica pelo notório desprestígio das ciências do espírito no fim do século XIX.

É por isso que se torna possível afirmar que o neokantismo é também fruto do resgate do valor científico das ciências do espírito, reintroduzido a ideia de que o direito não deveria estar ao lado das ciências do ser, mas como ciência cultural, do dever-ser e

[24] Foi gerada uma inflexão em face das imperfeições, já apontadas neste trabalho, do método positivista. Nesse sentido, destacam-se duas orientações: uma histórica, encabeçada por Dilthey, e outra filosófica, o neokantismo. ―Ambas queriam ampliar o estreito conceito positivista de ciência, de forma que nele coubessem não só fatos perceptíveis pelos sentidos e sua observação, como também os fenômenos espirituais e a compreensão de sua essência específica‖ (PUIG, 2003, p. 211).

[25] A diferenciação entre ser e dever ser apresenta-se como um tanto quanto antiga na filosofia, no entanto, é na obra ―Crítica à Razão Pura‖, de Kant, que passa a ter maior importância.

isso, ressalte-se, não seria causa de degeneração ou falta de qualidade científica. Resgatava-se a cientificidade das ciências culturais, do Direito Penal e, acima de tudo, a chance de utilizar, nesse ramo do direito, método compatível, baseado na compreensão e valoração de condutas ilícitas, ao invés da observação e descrição.

Segundo Golzalo Fernández (1995, p. 230 e 231), prelavece no sistema neoclássico uma consideração predominantemente teleológica do injusto, com a manutenção da estrutura causal da ação e um lento avanço de subjetivismo, ainda tímido, em torno do conceito de desvalor do ato, enfrentando o desvalor do resultado, assim como a sedimentação de uma teoria normativa complexa da culpabilidade. Aponta ainda, como principais dogmáticos do neokantismo penal, Sauer e Mezger.

Mezger é um normativista que se opõe à exclusiva orientação sociológica e também ao puro finalismo da lei positiva, reinvidicando ‒a formação normativa dos conceitos jurídicos‖. Em seu entender, a ciência penal se caracteriza pela superação de um positivismo unilaterial e do reconhecimento de que os conceitos jurídicos-penais não podem receber apenas da lei o seu conteúdo dominante. ‒As normas são meios para a realização valorativa e os preceitos penais são valorações cuja presença lhe concede um sentido axiológico para a ciência penal chamada à reconhecê-los. (MEZGER, 1990, p. 81)

A realidade ainda tem sua importância para as ciências culturais, mas sempre que se coloque em relação com valores que, por sua vez, não são perceptíveis como os objetos da natureza e sim compreensíveis por meio da interpretação dos objetos relacionados. Possui aqui, portanto, conteúdo axiológico.

Então, como o Direito Penal pertence ao campo das ciências culturais, longe das ciências naturais, tendo em vista essa dualidade metodológica, devem seus institutos ser regidos pelo primeiro método, se separando, assim, definitivamente das ciências do ser. A conduta humana, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade a partir daqui prescindiam da existência de qualquer vínculo com a realidade.

Mezger, nesse sentido, conceitua a culpabilidade como conjunto de pressupostos que fundamentam a reprovação pessoal ao autor pelo fato punível que tenha cometido. Os referidos pressupostos mostram o fato como uma expressão juridicamente desaprovada da personalidade do autor. Diz que a imputação, considerada em si, pode ser definida como culpabilidade formal e a reprovação determinada quanto ao conteúdo como culpabilidade material. A culpabiliadade, portanto, mantém-se de

natureza psicológica e normativa, pois é considerada um juízo normativo acerca de uma situação de fato psicológica (MEZGER, 1955, p. 129)

Quanto ao livre-arbítrio, Mezger acredita que como a culpabilidade consiste em uma situação de fato valorada normativamente, ela é uma concepção jurídica e não ética, de tal maneira que é possível concebê-la independentemente da discussão sobre o livre-arbítrio, ou seja, ela existe independentemente da filiação ao determinismo ou indeterminismo. Nesse sentido, o debate com relação ao ―poder atuar de outro modo‖ se observa juridicamente, uma vez que a vida prática e o direito estabelecem determinadas exigências normativas às pessoas que pertencem à comunidade social, não sendo possível solucionar de forma empírica a questão sobre se o agente podia ou não podia agir de outra forma no momento do fato, ante a falta de um critério seguro para tal identificação. A vida prática e o direito tendem a estabelecer à comunidade social o que se pode reclamar corretamente a uma pessoa nesta situação externa e interna. O direito, por sua vez, como regra geral da convivência social, deve generalizar, ou seja, referir-se a conceitos e costumes geralmente válidos, sendo, com base nisso, preciso ater-se, em certas situações, ainda quando a vida individual experimente certas limitações, àquilo que é ―possível‖ em determinadas situações (MELLO, 2010, p. 149).

É culpável quem não cumpre com as exigências a ele dirigidas. Em sentido jurídico-penal, a culpabilidade existe quando, observadas as circunstâncias externas e internas do caso, é possível conectar ao juízo acerca do fato antijurídico a censura de que ―poderia atuar de outra maneira‖ em tais circunstâncias. Esta situação de fato, mantém-se firme para o Direito Penal também por atores individuais. Essa é a culpabilidade em sentido jurídico (MEZGER, 1958, p. 149).

Esses contornos da culpabilidade de Mezger possui influência de Graf zu Dohna e sua distinção entre objeto da valoração (que seria pressuposto de fato da culpabilidade) e a valoração do objeto (que seria elemento normativo da culpabilidade). Porém, por mais que Mezger sustente a existência de uma culpabilidade jurídica e não moral, o seu juízo de culpabilidade, ainda arrimado sobre pressupostos do causalismo, permite não só uma visão moralizante da culpabilidade, mas também generaliza a imputação a partir do paradigma do ―homem médio‖ (MELLO, 2010, p. 150).

Observa Salas (2006, p. 112-113) que o pensamento de Mezger revela certo agnosticismo sobre as possibilidades do agente atuar de outra maneira e terminam conduzindo a culpabilidade como uma referência da conduta à personalidade do agente e, mais adiante, como uma culpabilidade pela sua condução de vida.

Como o sujeito é responsável pelo seu caráter e por sua condução de vida, haveria pouca ou nenhuma razão para diferenciar imputáveis de inimputáveis, uma vez que seria difícil estabelecer porque uns são responsáveis por sua personalidade e outros não o são. Seria, certamente, difícil ou mesmo impossível, identificar quais traços da personalidade seriam culposamente adquiridos ou não. Assim, a graduação do juízo de culpabilidade, ou até mesmo sua caracterização, partiriam de circunstâncias alheias ao controle do agente, estabelecendo uma censura pessoal ao mesmo pelo que ele é, sendo o dolo e a culpa a única nota indivudualizadora da sua teoria. Obviamente, o referido posicionamento é incompatível com um Estado Democrático de Direito e com o conceito contemporâneo de Dignidade da Pessoa Humana (MELLO, 2010, p. 151)

Assim, quanto à culpabilidade, em seu Tratado,[26] Mezger afirma consistir em juízo de referência a partir da análise da personalidade do agente – reprovação, formado pela imputabilidade, pelo dolo (vontade aliada a potencial consciência da ilicitude) e a culpa e a inexistência de causas de exclusão da culpabilidade que, para Mezger consistiam nos casos de estado de necessidade exculpante, colisão de deveres, excesso na legítima defesa (hipóteses legalmente previstas) e outras causas de exclusão da exigibilidade. Ressalte-se que, tempos depois, em seu livro de estudos, ele retira essas ―outras causas de exclusão da exigibilidade‖, influenciando, inclusive, a jurisprudência alemã da época.

Inicialmente, quanto à possibilidade de admissão de causas supralegais, afirma que deveriam ter muitas restrições para que restasse protegida a segurança jurídica. Considerando a ideia de separação de poderes, entende-se que a admissão ilimitada de causas supralegais seria uma forma dos juízes legislarem, o que não é admissível. Mais além, defende que análise sobre a existência de causas supralegais deve não ser feita a partir da análise do agente, mas do próprio Direito Penal, dos seus valores.

Em poucas linhas pode-se afirmar que, em Mezger, a culpabilidade é um juízo de referência, como expressão desaprovada da personalidade do agente, é, portanto, a manifestação juridicamente desaprovada do agente. Consiste em um fato psíquico, mas que não radica na cabeça do agente, e sim do juiz, posto que é, inevitavelmente, uma valoração que, por sua vez, deve ser permitida pelo Direito Penal. Os limites para a referida avaliação são, exatamente, os valores pertencentes ao Direito Penal.

[26] No Tratado de Mezger, ele aceita causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, mas alerta que há restrições para essa aceitação. No manual de Direito Penal reafirma esse entendimento e, posteriormente, no seu livro de estudos (década de 50) ele nega essa possibilidade.

Tratando agora do neokantismo de forma generalizada, tem-se que a conduta humana sentiu com muita força os seus ideais. Passou de um naturalismo mecanicista para outro estruturado por valores preservados pelo Direito Penal. Ao definir a ação de forma naturalística, relacionada a produção de uma modificação o mundo exterior, ficou prejudicada, como se viu, a teoria em relação à omissão, isso porque não é suficiente a percepção de não agir, eis que, a rigor, com exceção do autor, todo o resto da humanidade se omite em relação ao resultado, não sendo razoável defender que todas as omissões sejam causa do delito. A omissão, portanto, será negativo-normativa sendo imprescindível a análise da norma, o que é de impossível conclusão sob bases naturalistas, uma vez que o dever de ação surge necessariamente de uma obrigação jurídica que remete à uma norma mandamental que será ponto de referência (TANGERINO, 2011, p. 69).

Na tipicidade, passam a ser aceitos elementos subjetivos. Mayer considera que o tipo não pode ser visto como pura descrição objetiva, isento de valorações, uma vez que existem elementos normativos no mesmo que cumprem a função de ligar a tipicidade à antijuridicidade e é justamente pela existência dessa ligação que o autor considera que a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Nessa toada, apenas excepcionalmente, quando presente uma causa de justificação, uma conduta típica não seria considerada também antijurídica.

Em seu Tratado, Mayer (2007, p. 227) diz que os tipos penais são fundamentos para o reconhecimento da antijuridicidade. Que as relações do autor com a tipicidade e antijuridicidade constituem o conteúdo da culpabilidade. Enfatiza ainda a existência de elementos normativos do tipo e elementos subjetivos na antijuridicidade.

Para o autor (2007, p. 228), os elementos normativos do tipo funcionam como se estivessem fixadas a um gancho à tipicidade e com outro à antijuridicidade possuem um duplo caráter: são elementos normativos (por isso, inautênticos) da tipicidade e são, por sua vez, autênticos elementos da antijuridicidade.

Quando à ilicitude, o método positivista tinha imposto a ideia de que a antijuridicidade deveria ser entendida como contrariedade lógica entre a ação e o ordenamento jurídico, ou seja, uma concepção estritamente formal. Embora Liszt tivesse desenvolvido a concepção de antijuridicidade material, aferível por meio da lesão ao bem jurídico, esta também era concebida naturalisticamente, de forma que a esse aspecto da antijuridicidade se esgotava na causação de uma lesão a dito bem

jurídico, assim, quem subtraísse uma coisa alheia móvel, ainda que sem a intenção de apropriação ou lucro, praticam uma conduta antijurídica (TANGERINO, 2011, p. 70).

Por meio de impulso dado por Mayer, com a sua teoria das normas de cultura, na qual um fato apenas pode ser considerado antijurídico quando é contrário às concepções de natureza ética, sociais e política dominantes, houve o desenvolvimento e fortalecimento de sua concepção material, como produção de danosidade social. Nessa linha, deu-se sentido, até os dias atuais, às causas supralegais de exclusão da antijuridicidade, mesmo com a concepção unitária que, por sua vez, antes mesmo de contrapor ilicitude formal[27] e material[28], as soma em unidade.

Finalmente, em relação à culpabilidade houve, como não poderia ser diferente, notável reelaboração em face das imperfeições do método positivista.[29] O abandono da ideia de puro nexo psicológico que baseava a concepção psicológica e a sedimentação da concepção da culpabilidade como reprovabilidade do agente por sua ação, fez como que o referido elemento se tornasse composto de elementos não apenas psicológicos, mas também normativos.

Mezger entendeu a culpabilidade como um conceito complexo, por um lado uma situação de fato da culpabilidade e, por outro, um juízo de valor sobre a situação de fato da culpabilidade. Considera a culpabilidade como um juízo de referência a partir do fato. Diz que ―a culpabilidade é o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica‖, sendo a ação uma expressão da personalidade do agente. ―É uma situação de fato psicológica (situação de fato da culpabilidade) que a valoração decisiva jurídico-penal determina como contrária ao dever e reprovável (juízo valorativo da culpabilidade)‖ (MEZGER, 1990, p. 190)

Resume dizendo que ―a culpabilidade de uma pessoa não está situada em sua própria cabeça, mas na cabeça dos outros, ou seja, na cabeça daqueles que julgam o

---

[27] Relação de contrariedade entre a conduta e o Ordenamento Jurídico.

[28] Lesividade ao bem jurídico. Exemplo disso, no Brasil, é o tratamento dado ao consentimento do ofendido nos crimes onde haja a disponibilidade do bem.

[29] Na culpabilidade como relação psicológica, como dolo e culpa, não há espaço nem para a imputabilidade nem para as causas de exclusão da culpabilidade, eis que a relação psicológica do autor com o seu fato permanece intocada, tratando-se de uma exclusão apenas jurídica da culpabilidade, em contraste com a subsistência da referibilidade psíquica do fato, aferível e ilesa a partir de um ângulo natural-descritivo, o que traduz uma incongruência sistemática da explicação: o menor de idade, o doente mental, aquele que incorre em erro exculpante; nenhum desses é culpável, ainda que todos queiram o resultado voluntariamente produzido (FERNÁNDEZ, 1995, p. 201). Da mesma forma, os atos culposos, especialmente no caso de culpa inconsciente, não podem ser coerentemente explicados uma vez o agente nunca os desejou diretamente, então, assim como no caso da omissão, a culpa possui incontornável conteúdo normativo.

autor (...) é um juízo valorativo acerca da situação de fato e não mera relação psicológica‖ (MEZGER, 1990, p. 190)

A teoria normativa da culpabilidade surge, portanto, em um contexto cultural de superação do naturalismo positivista e de sua substituição pela metodologia neokantiana, própria do denominado conceito neoclássico de delito. A partir daqui, já não se tratava de descrever realidades naturalísticas externas ou internas, mas de compreender o significado valorativo dos conceitos jurídicos, pois a culpabilidade deixa de ser considerada um fato psíquico e para a ser compreendida como juízo de valor (PUIG, 2007, p. 413).

3.2.2 Sobre as contribuições de Frank, Goldschmidt e Freudenthal [30]

Até o surgimento da teoria de Reinhard Frank, tido como fundador da concepção psicológica normativa da culpabilidade[31], havia o predomínio da concepção psicológica da culpabilidade. Nessa época, como visto, que se deu na segunda metade do século XIX, a culpabilidade foi definida de acordo com o positivismo naturalista, como elo subjetivo causal, restrita a uma relação psíquica existente entre o autor do fato e o resultado. Nesse sentido, a análise da culpabilidade se restringia à verificação da existência do dolo e da culpa.

―Em todo caso, dolo e negligência, únicas espécies do gênero culpabilidade, estavam ligados entre si por um superior nexo psicológico, que aprisionavam as suas características individuais num daqueles procurados conceitos da ordem, que pretendem constituir a ossatura do Direito Penal como ciência sistemática‖ (BETTIOL, 2003, p. 125).

---

[30] É de grande impacto a produção de Robert von Hippel e Edmund Mezger. Este último, autor da teoria complexa da culpabilidade, que seria, primeiramente, a situação de fato da culpabilidade, ou seja, uma corporificação das premissas da pena, as quais se situam efetivamente na ―pessoa do agente‖, cuja função seria a de ―estabelecer uma relação mais próxima entre o comportamento e a pessoa do criminoso‖. Para Hippel, a culpabilidade são as características espirituais (psíquicas) do agente que autoriza a reprovação de alguém em relação à sua ação. Mezger reconhece que nesse conceito há uma dimensão valorativa, de conteúdo associado à reprovação quando diz que a culpabilidade é, primeiramente, caracterizada por meio da valoração artificialmente determinada em face dos fatos. É, dessa forma, não apenas culpabilidade quanto à situação de fato, mas culpabilidade quanto aos fatos como essência da culpabilidade/reprovação, é assim, constituída, a um só tempo, pelos fatos e pela reprovação (TANGERINO, 2001, p. 75 e 76).

[31] É importante expor a observação de Salas (2006, p. 108) sobre a ―evolução‖ da culpabilidade. Diz o autor que esse percurso não ocorre de forma linear, sendo necessário registrar a ocorrência de teoria de matriz de Direito Penal do autor. Nesse sentido, por exemplo, as teorias sintomáticas da culpabilidade, que entendem como um defeito psíquico, uma disposição antissocial da vontade (Tesar e Kollmann).

Graças às ideias de Frank, Goldschmidt e Freudenthal, formuladas no início do século XX, a culpabilidade passou a ser compreendida como um juízo de valor, de censura, pela realização do fato antijurídico quando era exigível atuar conforme o direito, o que traz como consequência a desconsideração do dolo e da culpa como a culpabilidade (como espécies), embora ainda contidos nesse elemento do crime como circunstâncias necessárias, porém, ressalte-se, insuficientes para a existência da culpabilidade. (PUIG, 2007, p. 413).

Nesse sentido, Bettiol (1998, p. 130) diz que grande mérito da concepção normativa da culpabilidade foi o de ter trazido para o plano do valor o coração do Direito Penal, o qual não pode pulsar na atmosfera rarefeita do conceitualismo esquematizador, mas precisa viver num mundo concreto, e vital; foi o de ter considerado unitariamente, embora em sentido contrário ao da psicologia descritiva, o problema da culpabilidade, porque, se a culpabilidade é rebelião, é desobediência, esse momento vital e concreto deve se encontrar em todas as formas que a culpabilidade pode revestir, quer seja o dolo, quer seja a negligência.

As ideias de Frank (2004, p. 16) surgem para contestar justamente o fato da teoria psicológica limitar a análise da culpabilidade ao dolo e à culpa, formulando o que se chamou de ‗giro normativo'. Para o referido autor, na análise da culpabilidade devem ser levados em consideração, para fins de diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade, outros fatores, além do dolo e da culpa, por ele chamados de circunstâncias concomitantes.

É nesse sentido que Maurach (1962, p. 19) afirma que Frank demonstra que existem, sem dúvida, ações dolosas que não precisam ser culpáveis, por isso, a característica constitutiva ―da culpabilidade‖ não pode estar integrada por um nexo psicológico entre o mundo afetivo do autor e o resultado típico, mas sim, pelo juízo, formulado pelo mundo circundante, de que o autor se comportou contrariamente ao seu dever quando podia se exigir dele, em sua situação, ser fiel à lei: culpabilidade é a reprovabilidade do injusto típico. Esse juízo ―normativo‖ está justificado, na mesma medida, tanto frente ao agente que atua dolosamente, quanto ao que age por imprudência. No primeiro caso, alcança o autor a reprovação de ter agido conscientemente contra os mandados do direito e, no segundo caso, se faz patente que, por descuido, infringiu as exigências impostas pela vida social. A partir de então, muda, em seus princípios, o conceito tradicional de culpabilidade que passa a ter como centro a reprovabilidade. A culpabilidade deixa de ser um processo subjetivo psicológico e

converte-se em um juízo de valoração objetivo. Sua base passou da cabeça do autor para a cabeça dos outros. Com o reconhecimento da reprovabilidade como centro de gravidade desse conceito, Frank não teve dificuldade alguma para incluir dolo e culpa nesse complexo. Dolo e culpa constituiam não mais a culpabilidade, mas simples manifestações de uma conduta gravada pelo juízo de reprovação. Em consequência da posição preponderantemente assumida por esse juízo, contenedor de ambas, ficaram reduzidas a simples elementos de um conceito complexo: partes integrantes ou pressupostos do conceito superior de culpabilidade, compreendido pela imputabilidade, dolo ou culpa e da ausência de especiais causas de exclusão da culpabilidade.

–A doutrina dominante determina o conceito de culpabilidade de uma maneira que abarca nela os conceitos de dolo e imprudência . Em contraposição a isso é necessário considerá-la de um modo tal que tome em conta as circunstâncias concomitantes e a imputabilidade‖ (FRANK, 2004, p. 36 e 37).

A culpabilidade, portanto, deixa de ser o dolo ou a culpa, como formas, espécies de culpabilidade. Tais elementos tornam-se elementos da culpabilidade, inclusive, não como elementos centrais, já que na centralidade do seu conceito se encontram elementos de natureza normativa, e isso resulta na possibilidade de graduar a pena. Há reflexos, como se percebe, não só na teoria do crime, mas na teoria da pena.

Nesse sentido, superando o sistema Liszt-Beling, Frank funda a teoria normativa da culpabilidade onde, além do dolo e negligência, são consideradas as –circunstâncias concomitantes‖, que consistem em fatores que autorizam a diminuição ou mesmo a exclusão da culpabilidade do agente.

No uso da linguagem comum, eleva certos fatores para medir a culpabilidade, que estão situados fora do dolo, que ele vai chamar de circunstância concomitantes que, por sua vez, podem atenuar ou excluir a culpabilidade.

À propósito, é importante frisar que, em Frank, a exclusão da culpabilidade com base nas circunstâncias concomitantes só ocorria nos casos culposos e, apenas em alguns casos legalmente previstos, nos dolosos. A exclusão da culpabilidade, de forma genérica, só vem a ocorrer a partir das ideias de Freudenthal (FRANK, 2014, p.30).

Quando uma pessoa imputável realiza algo antijurídico consciente ou podendo ter consciência das consequências da sua ação pode ser sujeito, em geral, de uma reprovação, segundo a interpretação do legislador. Porém, é possível que no caso particular isso possa ser impossível, então, não cabe reprovar quando as circunstâncias

concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para uma terceira pessoa e a ação proibida seja executada com o intuito de salvar (FRANK, 2014, p. 40 e 41)

Nesse diapasão, dá-se as chamadas circunstâncias concomitantes quando existente circunstâncias no caso concreto que retiram a normalidade do fato em si, que circundam a ação do agente no momento que este atua (atual), quando as mesmas trazem perigo para o autor ou para terceira pessoa.

Rechaça, portanto, a tese dominante na época de que o conteúdo material da culpabilidade se esgota no dolo e na culpa, sustentando que as denominadas circunstâncias concomitantes e a imputabilidade integram ao mesmo tempo o conceito, como elementos próprios da culpabilidade, ao lado do dolo e da culpa

Assim, a culpabilidade seria composta pela condição normal do agente (capacidade de imputabilidade), dolo ou imprudência e normalidade das circunstâncias concomitantes. Como se percebe, torna-se essência da teoria normativa a realização de um juízo de valor relativo à conduta, para arrepio da abordagem psicológica, satisfeita em apenas descrever a culpabilidade como categoria de conexão entre o autor e o resultado, inscrita na causalidade psicológica (TANGERINO, 2011, p. 73).

É ainda válido mencionar a observação de Asúa (1956, p. 156, 157, 164) sobre o que se entende por concepção normativa da culpabilidade. Diz que, primeiramente, para compreender a autêntica concepção normativa da culpabilidade é necessário separá-la de outras doutrinas que podem usar, sem que sejam chamadas de usurpadoras, o nome de teorias normativas. É certo que os termos reprovação e reprovabilidade foram empregados por Frank, como conteúdo da culpabilidade e que essas expressões, assim como a culpabilidade como juízo, são essenciais à teoria normativa mas, muito antes que Frank as utilizasse, outras expressões equivalentes terminologicamente aparecem na Itália, na França e na Espanha sem que pela semelhança dos termos possa ser dito que a concepção fosse acolhida por Carrara, Rossi ou por Luis Silvela. O fato de encontrar nas obras dos referidos autores a palavra reprovação e reprovabilidade não dá autorização para tanto, nem sequer em se tratando de autores alemães. De toda forma, atribuímos a Reinhard Frank como primeiro que expôs uma teoria em que o normativismo tem caráter real e não meramente sintomático, postulando um juízo valorativo motivado e não simplesmente fático.

No mesmo sentido, Fernández (1995, p. 206) ressalta que sem prejuízo do valor dogmático de todos as contribuições precedentes, o verdadeiro nascimento da

teoria normativa da culpabilidade ocorreu com as ideias trazidas por Frank, complementadas pelas ideias trazidas por James Goldschimdt e Berthold Freudenthal.

Seu ponto de partida implica em uma modificação substâncial: a realocação da imputabilidade na estrutura da culpabilidade. O referido elemento deixa de ser considerado um simples pressuposto da culpabilidade e, dessa forma, alheio à estrutura da mesma. Assim, diferente de alguns autores influenciados por Liszt, como Feuerbach, Bauer e Radbruch, para Frank a imputabilidade não deve ser considerada como um pressuposto da culpabilidade, mas como parte integrante. Nesse sentido, expõe que:

> logicamente, existe uma relação entre imputabilidade e pena, mas essa relação não outra além da que existe entre culpabilidade e pena: somente o culpável é digno de pena e punível, e à culpabilidade pertence a imputabilidade. Essa não é capacidade de culpabilidade, nem pressuposto da culpabilidade, mas pertence à culpabilidade (FRANK, 2004, p. 35).

Como se percebe, a imputabilidade não é mais pressuposto é, sim, incluída na culpabilidade, visto que não havia mais a exigência de pureza, ‒imputabilidade não constitui um pressuposto é sim uma parte integrante da culpabilidade, a qual pertence a ela‖. Constitui uma qualidade espiritual do autor e, nesse ponto, há uma grande influência de Liszt.

Ressalte-se que, ao incluir a imputabilidade na culpabilidade, Frank inclui também a ideia de personalidade no juízo de culpabilidade.

No caso do portador de valores, Frank afirma nitidamente que a ideia de personalidade está incluída na culpabilidade. Ao dizer que ‖inclinações à mulheres e vinhos como circunstâncias que incrementam a culpabilidade‖, ele demonstra a consideração da personalidade do agente na análise da culpabilidade. (FRANK, 2014, p.28).

Há, portanto, um julgamento pelo caráter do autor na teoria de em Frank, pois as considerações não refletem o fato, mas sim, características pessoais do autor. Exemplificadamente, no caso em exame, ele considera de circunstâncias fáticas e também relativas ao autor.

Importante também desde já considerar que a concepção normativa de culpabilidade permite tanto a consideração da culpabilidade do fato como a do autor. Nesse sentido, quando o fato em questão é levado em consideração por si, na culpabilidade, trata-se de uma culpabilidade do fato, mas, quando esse fato retrata a personalidade do agente e isso é que constitui o fator considerado, trata-se da ideia de

culpabilidade do autor, o que vai de encontro a um sistema democrático (aplica-se a pena pelo simples fato de ser, da diferença).

Assim como a imputabilidade e as referidas circunstâncias concomitantes, consideradas circunstâncias do fato capazes de atenuar ou mesmo excluir a culpabilidade, Frank reconhece o dolo e a culpa. Porém, os dois últimos são concebidos, do mesmo modo como na concepção psicológica, como o vínculo psíquico existente entre o autor e o resultado no qual foi representado ou podia sê-lo.

Diz que o ―o dolo (*dolus*) é a previsão (a consciência) do resultado de minha atuação, unido ao conhecimento daquelas circunstâncias, as quais fazem puníveis a ação‖ (FRANK, 2004, p. 61).[32]

Porém, a maior inovação, ou melhor, a ideia que mais impulsionou a teoria do crime, foi a de reprovabilidade. A referida ideia traz consigo a possibilidade de um juízo de valor na culpabilidade, pois a reprovabilidade, segundo o autor, é a possibilidade de determinar que um sujeito é culpável pela realização de uma conduta proibida por lei, sendo, dessa forma, uma valoração negativa de uma conduta.

―Na busca de uma expressão breve que contenha todos os mencionados componentes do conceito de culpabilidade não encontro outro além de reprovabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. Essa expressão não é linda, mas não conheço uma melhor.‖ (FRANK, 2004, p. 39)

A culpabilidade deixa de ser uma relação psíquica, passando a ser reprovabilidade. Isso significa que a culpabilidade passa a ser um juízo de valor. Afinal, a identificação da reprovação é algo não observável por meio dos sentidos, não há existência real. É uma análise feita a partir das circunstâncias concomitantes.

Para compreender plenamente as mudanças que a teoria de Frank operou na ideia de crime, é necessário ainda entender as implicações teóricas do estado necessidade. Na Alemanha, ele, especificamente, se posiciona no sentido de constituir apenas causa de exclusão da culpabilidade, apesar de reconhecer a existência de muitos questionamentos com relação a isso. (FRANK, 2004, p. 31)

A reflexão do autor acerca da relevância das circunstâncias concomitantes se deu a partir da análise de casos práticos onde estava presente a situação de estado de necessidade exculpante. Parte-se do questionamento no sentido de que naquelas situações, apesar de existente o dolo (antes suficiente para a constatação da culpabilidade) não eram consideradas criminosas por falta de culpabilidade. Mesmo

[32] O dolo é normativo em Frank. (FRANK, 2014, p. 55).

sem justificar dogmaticamente a decisão, o Judiciário Alemão entendia inexistente a culpabilidade.

O caso do portador de valores citado por Frank é bastante ilustrativo. Não há qualquer diferença nas duas hipóteses do ponto de vista subjetivo, há dolo nos dois casos, mas em um deles não há reprovação, tornando nítido que o dolo e a culpa não são a conexão punitiva que liga o crime à pena.[33]

Como se percebe, reprovabilidade teria como critério de _medição‘ as circunstâncias concomitantes, tais como aquelas exemplificadas por Frank: as duas pessoas que defraudam valores, sendo o primeiro (caixeiro viajante), motivado por urgentes necessidades da família (–mulher enferma e numerosos filhos pequenos‖) enquanto que o segundo (portador de valores), dedica-se a –amores suntuosos‖, são culpáveis em graus distintos. Do mesmo modo, não é a mesma a reprovação do –vigilante que após um descanso prolongado erra na colocação dos desvios... que seu companheiro que comete a mesma falta depois de onze horas ininterruptas de trabalho‖. Por fim, Frank expõe o famoso caso do cocheiro que, para não perder o emprego, utiliza, por ordem do patrão, cavalo que sabia perigoso, causando lesão em terceiro (FRANK, 2004, p. 28).

Nesse sentido, informa James Goldschmidt que –Frank qualifica, pela primeira vez, a culpabilidade como _reprovabilidade‘ e considera como pressuposto, além do dolo e da culpa, o estado de normalidade das circunstâncias com as quais o autor age (FRANK, 2004, p. 84).

E continua:

> Pela primeira vez se fala de maneira expressa de um momento _normativo‘ da culpabilidade e se discute sobre isso. Em efeito, se expõe, como uma coisa aceita, que a reprovabilidade de uma conduta de alguém pressupõe uma obrigação de omitir tal conduta. Se nega que se exija uma culpabilidade ética e que a culpabilidade constitua um vício de caráter‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 86).

Frank prega que –reprovação‖ é um conceito que não possui valor em si mesmo, ou seja, independentemente, mas tão somente em relação ao que quer demonstrar. Por conseguinte, para que haja reprovação são necessários três pressupostos cumulativos:

---

[33] Inclusive, se fosse analisada apenas a possibilidade de voltar a delinquir, a falta de socialização do autor, como em Liszt, o caixeiro viajante que tinha situação econômica mais difícil teria uma culpabilidade maior, visto que teria mais chances de voltar a delinquir, e não menor ou inexistente, como em Frank.

> 1º uma aptidão espiritual normal do autor, ao que nós denominamos de imputabilidade (...);
> 2º uma certa e concreta relação psíquica do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta conforme o qual aquele discerne seus alcances (dolo), ou bem poderia discernir (imprudência);
> 3º a normalidade das circunstâncias com as quais o autor atua.

Mesmo assim, é preciso também aqui confessar que o próprio Frank modificou várias vezes a sua primitiva construção. Em 1907, empreende Frank um novo caminho que hoje transita a maioria dos penalistas alemães, usando o termo reprovabilidade com esse novo sentido para definir materialmente a culpabilidade. Além disso, considerou como pressuposto da culpabilidade o dolo e a culpa, incluiu o estado de normalidade das ―circunstâncias em que o autor atua‖, as chamadas circunstâncias concomitantes, que, ausentes, acarretam em uma causa de exclusão da culpabilidade. Aos seus colegas compatriotas se contraporem que essas circunstâncias eram um elemento da culpabilidade em seu reflexo subjetivo, Frank substitui os termos ―circunstâncias normais concomitantes‖ por ―motivação normal‖. Apesar disso, abandona Frank a tese da ―motivação normal‖ como elemento positivo da culpabilidade (sensível aos novos ataques recebidos‖, segue acreditando que, excepcionalmente, o sujeito não pode ser reputado como culpável, ainda que exista imputabilidade e motivação desviada - dolo ou culpa -), se concorre uma causa de inculpabilidade, como o estado de necessidade. Ademais, em direta referência a culpa, volta a mencionar as ―circunstâncias concomitantes‖ como meio de determinar o grau de exigibilidade. Do mesmo modo, devemos advertir que a ―motivação normal‖, desenterrada como caráter positivo, o serve para estabelecer o conceito e o grau de culpabilidade, de acordo com a aproximação ou distanciamento das mesmas da motivação correta (Asúa, 1956, p 165 e 166).

Passado um longo decênio, outra vez se instala reformas em seu pensamento ao comentar o Código Alemão. A motivação normal reaparece transformada em ―liberdade‖ ou em ―domínio sobre o fato‖, como requisito positivo do conceito de culpabilidade, ao lado do dolo e da culpa. De *lege data* só faltaria aquela condição nos casos de inimputabilidade (inconsciência, trastornos mentais...), coação ou estado de necessidade. Esse elemento positivo da culpabilidade parece tornar desnecessária sua caracterização por fórmulas negativas e por isso Frank declara agora ―supérfluo e inclusive perigoso‖ inserir nessa noção de conceito as causas de inculpabilidade. Ao incluir a ―liberdade‖ em sua nova teoria, torna possível graduar a culpabilidade, em que, por outra parte, deve influir no fim do autor. Dessa forma, preparou terreno para agregar

–o fim‖ em sua definição de culpabilidade, como o fez em sua última edição de seu –Comentário‖. É quando fala pela primeira vez, de modo expresso, do momento normativo da culpabilidade (Asúa, 1956, p 165 e 166).

Como se percebe, é a primeira vez que a culpabilidade serve como ponte entre o crime e a pena. A culpabilidade vai servir como critério para valorar, fundamentar, medir a pena.

Até Frank, existia um rio separando o crime da pena, que funcionava como barreira. A pena era reflexo da política criminal, medida não pela gravidade de crime, mas pelas suas finalidades que, para Liszt, eram no sentido de ressocializar o agente. O critério era apenas esse, sem nenhuma limitação. A partir daqui, a pena passa a levar em conta a gradação do delito, que se faz pela culpabilidade, constituída não apenas pelo o dolo e pela culpa, mas também por juízos de valor, consubstanciadas nas circunstâncias concomitantes.

Não restam dúvidas as noções trazidas por Frank concernentes à culpabilidade trouxeram um grande avanço à teoria da culpabilidade, uma vez que ele percebeu e reconheceu, pela primeira vez, que ali eram insuficientes os elementos puramente psíquicos, sendo necessário inserir também elementos normativos. Porém, como se verá adiante, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, igualmente defensores da teoria normativa, também chamada de psicológica-normativa, aperfeiçoaram as suas ideias trazendo outras contribuições também importantes ao processo evolutivo da culpabilidade.

Berthold Freudenthal traz ideias colaboradoras para o aperfeiçoamento da concepção normativa lançada por Reinhard Frank na segunda metade do século XIX. Nesse sentido, a culpabilidade deixa ainda mais claramente de ser um exame puramente psicológico e adquire, mais fortemente, fisionomia normativa.

Como um autor que trabalhava direito juvenil, tinha por objetivo reduzir a complexidade da culpabilidade, a fim de que as pessoas comuns entendessem claramente quando há e quando não há culpabilidade.

Publica em 1922 –Culpa e Reprovação no Direito Penal Vigente‖, obra combativa em favor do normativismo, centrada no conceito de exigibilidade. Pela primeira vez se relaciona a exigibilidade com o poder atuar de outra forma. A culpabilidade, nesse sentido, vem a ser a desvalorização pelo autor ter atuado assim, quando podia e devia agir de outra forma. É esse –poder atuar de outra forma‖ que fundamenta a exigibilidade de conduta diversa, adequada ao direito. O modelo para a

exigibilidade e também para a reprovabilidade vem do caso concreto, da situação individual que age o autor, diferente de como pensa Goldshmidt que, por sua vez, dá preferência ao padrão ―homem médio‖. Nesse sentido, a inexigibilidade para Freudenthal derivava da máxima romana *"impossibilium nulla est obligatio"* e exlui a reprovação, servindo de fundamento dogmático comum para todas as causas de exclusão da culpabilidade, pois quando o indivíduo não pode ajustar a sua conduta ao mandamento normativo, agindo de forma diferente, essa outra atuação hipotética não é exigível, apesar da subsunção do ato ao injusto típico.

Foi além da taxatividade, em relação às hipóteses de inexigibilidade, pois aplica a ideia de inexigibilidade não só nas causas legais de exculpação, mas também como fundamento para exculpação supralegal, excluindo a reprovação em todas as situações não contempladas expressamente pelo ordenamento jurídico, nas quais não seja exigível ao sujeito um comportamento alternativo, adequado à norma. Para alguns, esse é, inclusive, o principal mérito de Freudenthal (FERNÁNDEZ, 1995, p. 210 e 211).

Diferente da concepção trazida por Frank, Freudenthal ressalta que:

> a culpabilidade não há de reclamar, nem a normalidade das circunstâncias concomitantes objetivas, nem uma força motivadora nessas. Mas bem podemos exigir, tanto no dolo como na culpa – espécies de culpabilidade-, que ao autor possa ser formulado uma reprovação por sua conduta. Agora, se as circunstâncias da execução se deram de um modo tal que qualquer um haveria agido assim como ele, então falta o pressuposto comum do dolo e da culpa, a possibilidade de formular uma reprovação e, com isso, ainda de *lege data*, estariam ausentes ambas formas de culpabilidade (FREUDENTHAL, 2003, p. 75 e 76).

Para Freudenthal, a exigibilidade de conduta diversa é uma apreciação valorativa da culpabilidade, devendo ser observada como verdadeira base do juízo de reprovabilidade. Ele acentua que, na culpabilidade, a reprovabilidade resulta do fato de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme o Direito.

Como visto, em Frank, as circunstâncias concomitantes só excluem a culpabilidade nos crimes culposos, posto que, nos crimes dolosos, isso só é possível em relação aos casos legalmente previstos, como no estado de necessidade exculpante, ou seja, o alcance das circunstâncias concomitantes, do momento normativo da culpabilidade era restrito. A grande contribuição de Freudenthal é trazer a exigibilidade e, portanto, a ideia inicial das circunstâncias concomitantes, para o centro da

culpabilidade. Ao fazer isso, ele diz que a culpabilidade é a exigibilidade, sendo o mais importante o fato de que, como elemento central, a exigibilidade exclui tanto os crimes culposos como dolosos, independentemente de previsão nesse sentido.

Freudenthal fixa também a ideia do conceito material da culpabilidade, sob a perspectiva da exigibilidade. Traz novamente a ideia de livre-arbítrio para o centro da culpabilidade. Nesse sentido, defende que o questionamento sobre a possibilidade de agir, concretamente, conforme as normas jurídicas, deve ocorrer dentro da culpabilidade. Pode se dizer que, na sua teoria, já é possível depreender um questionamento relativo à liberdade de escolha, não com a mesma clareza de Welzel, como se observará mais adiante.

Interessante observar que com a teoria de Freudenthal, ao mesmo tempo que há uma ampliação da ideia de exigibilidade de conduta diversa, há uma restrição, posto que, ao mesmo tempo em que informa que a exigibilidade se aplica também aos crimes dolosos, ou seja, a todos os crimes, afirma também que a exigibilidade é um fator que deve ser analisado apenas na culpabilidade, alocando toda essa discussão somente nesse elemento do crime.

> Esse aporte supõe, ademais, inserir definitivamente a exigibilidade no terreno da culpabilidade material, desligando-a, assim, do injusto e de sua relação com a antijuridicidade, como propiciava aquela doutrina que subsumia a inexigibilidade de outra conduta como causa de justificação. Pelo contrário, se trata de uma questão atinente à culpabilidade. O contato entre poder de atuação alternativa e exigibilidade se converte, dessa maneira, na equação central e decisiva para formular o juízo de reprovação. Desvinculada da teoria da justificação, a exigibilidade de outra conduta passará a gravitar, adiante, como causa de exclusão da culpabilidade, assumindo uma nova inserção sistemática que, em termos gerais, é aceita pela doutrina posterior (FREUDENTHAL, 2003, p. 31).

Para o autor, não há importância se a culpabilidade foi identificada como reprovabilidade, como pensa Frank e Beling, como contrariedade evitável ao dever jurídico, como acredita Mittermaier, ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever, como alega Mayer, pois, de toda forma ele afirma que basta, para a sua desaprovação, que o autor tenha se comportado de determinada maneira, quando poderia e deveria se comportar de maneira diversa. Em síntese, a falta de poder do autor gera a falta de culpabilidade.

Reforça que o juízo da culpabilidade resulta em reprovação, porém, atentando para o fato de que a inexigibilidade concreta do comportamento é uma dimensão negativa da culpabilidade.

Diz que ―as circunstâncias concomitantes podem ser mais que meros fatores na individualização da pena. Podem resultar decisivas para a questão de se o autor atuo culpavelmente ou inculpavelmente, de se há que condená-lo ou absolvê-lo‖ (FREUDENTHAL, 2003, p. 69). E, em outro trecho, enfatiza dizendo que ―Sem o poder do autor falta a sua culpabilidade‖ (FREUDENTHAL, 2003, p. 71).

Como dito, Freudenthal é também o primeiro autor que admite amplamente causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, visto que Frank, em relação aos crimes dolosos, só admitia se houvesse expressa previsão legal.

Ele esclarece que as causas de exclusão da reprovação não devem ficar limitadas às causas enunciadas pela lei. Diz: ―porque uma norma que não se estende mais além dos casos de estado de necessidade no sentido de nossa *lex data*, tem que ser defeituosa: poderia conduzir ao castigo de inculpáveis‖ (FREUDENTHAL, 2003, p. 75).

Ressalta, nesse sentido, a necessidade de análise do caso concreto para a observação da existência ou inexistência de exigibilidade de conduta diversa (elemento comum ético que deve existir tanto no dolo como na culpa). Nesse diapasão, expõe da seguinte forma:

> Quando falta esse poder, não cabe dizê-lo de uma forma geral; é questão de estabelecimento efetivo no caso individual. É aqui o ponto em que as circunstâncias concomitantes do fato fazem justiça. Existem em concreto, de sorte que se para a execução do fato punível houvesse sido necessária uma medida de resistência que não se pode exigir normalmente, então estarão ausentes, junto ao poder, a reprovação, e com a reprovação, a culpabilidade (FREUDENTHAL, 2003, p. 76).

Na teoria de Freudenthal, a exigibilidade se determina conforme um juízo individual. Deve ter-se em consideração não uma tabela de valoração objetivo-geral, centrada em quanto se pode razoavelmente exigir a um sujeito pensado em abstrato, mas uma análise subjetiva-individual. Porque o dever de evitar pressupõe o poder de fazê-lo e esse exame, para o autor, tem projeção individualizadora (FREUDENTHAL, 2003, p. 32)

É indispensável ainda, explicitar o que Freudenthal propõe para chegar até a resolução do último problema, a questão relativa ao alcance das causas de inexigibilidade de conduta diversa. Para o autor, tanto na culpa como no dolo, é

possível a aplicação da analogia, conferindo, dessa forma, a possibilidade de aplicação supralegal da exigibilidade de conduta diversa. Neste sentido, afirma que:

> Não se pode replicar que o Direito vigente, em suas disposições sobre o estado de necessidade, sinalize limites aos casos para os quais quer reconhecer um efeito de impunidade ao caráter inevitável do realizado. Ao contrário, essa ‗causa de inculpabilidade' deve ser aplicada analogicamente a todos os casos de inevitabilidade. (FREUDENTHAL, 2003, p. 85).

Goldschmidt não propôs alterações significativas na estrutura do conceito de culpabilidade, como formulada pela teoria psicológica, visto que também a associava a elementos psicológicos, o dolo e a culpa. No entanto, como fizeram Frank e Freudenthal, nela incluiu elementos normativos, que permitiam a valoração da situação psicológica, ou em outras palavras, um juízo de reprovação sobre o dolo e a culpa (FREUDENTHAL, 2003, p. 84).

Depura a perspectiva normativista resgatando o pensamento que já encontrara em Binding, relativo à cisão entre normas de direito e normas de dever. A norma de direito é imperativa e diz respeito aos comportamentos externamente considerados. Já a norma de dever, embora não autônoma, é implícita à norma de direito e consiste na obrigação do agente de se conformar com do Direito, ou seja, de não contrariá-lo. Como consequência disso, Goldschmidt, na sua definição de reprovabilidade, o faz exclusivamente com referência à norma, ou seja, reprova-se o fato do agente não ter se motivado pela norma de dever, que obriga a obediências às normas, embora isso lhe fosse exigível. Como se percebe, o cerne da culpabilidade está em não se motivar pelas representações do dever quando exigível, portanto, na contrariedade ao dever ou reprovabilidade. Culpabilidade como moralidade de um fato antijurídico é a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável (TANGERINO, 2011, p. 74).

Por isso, dentre os três autores referidos no título deste ponto, é o mais normativista de todos. Goldschmidt representa o mais puro normativismo ao considerar a culpabilidade com referência à norma de dever, ao passo que a motivação normal, dolo e culpa são elementos psicológicos, de caráter psíquico. Nesse sentido, entende que ao lado de cada norma jurídica, ou norma de direito, que obriga a pessoa determinada conduta externa, há também uma norma de dever, não expressa, que ordena o sujeito a conduzir sua conduta interna e se motivar pelas representações de valor jurídico. Nesse diapasão, a norma jurídica se refere à conduta exterior, à causalidade, tanto que a norma de dever se vincula com a conduta interior, com a motivação. Por conseguinte, reprova-

se o sujeito que a norma de dever não haja surtido os seus efeitos, apesar de exigível. (FERNÁNDEZ, 1995, p. 208).

Acrescenta Gonzalo Fernández (1995, p. 209) que a medula da reprovação está na ausência de motivação pelas representações do dever apesar da exigibilidade, na contrariedade ao dever ou reprovabilidade. A raiz normativa da culpabilidade transcende a mera relação psíquica do autor com a ação antijurídica. Pelo contrário, identifica a culpabilidade com uma valoração do suposto fato psíquico, coincidente com a motivação desaprovada. Nesse sentido, a norma de dever marca o limite extremo da exigibilidade, que será, portanto, o fundamento das causas de exculpação, onde, como a imputabilidade, a motivação anormal ou contrária a norma de dever não é penalmente reprovável.

Em três principais tópicos se evidencia a concepção de culpabilidade de Goldschmidt. Em primeiro lugar, por entender que a culpabilidade é composta, além de seu já tradicional elemento psicológico – dolo e culpa – por elementos normativos, e por defender que ela exerce duas funções na teoria do crime: é fundamento da responsabilidade, visto que sem a culpabilidade não é possível a aplicação da sanção penal, e é também meio de medição dessa responsabilidade, e consequentemente, da pena. No sentido de ser pressuposto da pena, afirma: ―excepcionalmente não existirá culpabilidade, apesar de existir imputabilidade e motivação incorreta (dolo ou culpa, se concorre uma causa de exculpação ou de exclusão da culpabilidade‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 95).

Sobre a culpabilidade, em seu sentido de parâmetro de graduação da pena, diz que ―precisamente, a gravidade da culpabilidade se determina segundo o grau em que a motivação não corresponde à exigibilidade‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 125).

Goldschmidt (2002, p. 126-143) aponta quatro critérios de aferição da culpabilidade enquanto grau de reprovação ao autor: (i) a gravidade das consequências previstas ou previsíveis; (ii) a facilidade de previsão do resultado; (iii) a ausência de influências perturbadoras; e (iv) a insignificância dos motivos estimuladores do crime.

A responsabilização do autor decorreria, assim, da verificação da existência dos pressupostos da culpabilidade – imputabilidade, dolo e culpa – seguida do dever de se motivar pela representação do dever indicado na norma de direito. A responsabilização do indivíduo resultaria, em suma, da constatação de sua imputabilidade, associada ao dolo ou culpa, e à não motivação pela representação do dever jurídico, apesar de sua exigibilidade.

Em segundo lugar, ao analisar os fundamentos da inexigibilidade de conduta diversa, que é baseada na ponderação de interesses em conflito, Goldschmidt explica que as causas de exclusão de ilicitude, decorrentes de ponderação de interesses, nem sempre representam uma causa de justificação da conduta, mas podem, igualmente, significar apenas uma causa de exculpação. Tal conclusão é corolário da independência entre ilegalidade (descumprimento da norma de direito) e culpabilidade (descumprimento da norma de dever) (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 95).

Por fim, como introduzido em linhas anteriores, afirma o autor que a culpabilidade se firma por meio do dever de se motivar pela representação do dever indicado na norma de direito. Insere, assim, na culpabilidade, um elemento tipicamente normativo, a norma de dever, firmando a consciência da ilicitude como pressuposto para aplicação e medição da sanção penal (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 86 e 87).

A contribuição de Reinhard Frank à teoria da culpabilidade foi notável por haver percebido que o dolo e a culpa, puníveis penalmente, requeriam um juízo de reprovação. Como já exposto, a ideia de reprovação da conduta traz consigo a possibilidade de um juízo de valor na culpabilidade, pois a reprovabilidade, segundo o autor, é a possibilidade de determinar que um sujeito é culpável pela realização de uma conduta proibida por lei, sendo, dessa forma, uma valoração negativa de uma conduta.

Especificamente em relação ao conceito de consciência da antijuridicidade, Frank esclarece que o referido conhecimento da ilicitude não deve ser interpretado simplesmente como conhecimento da lei, quando indaga se pode existir reprovação a alguém por seu comportamento momento em que não se conhecia o preceito penal proibitivo. Diz:

> a negação dessa questão quiçá estaria apresentada se a conduta humana estiver dominada pelo direito. Ao lado desse, se acham os poderes da ética e da moral. Se se tem em conta isso, se demonstra que a reprovabilidade de um comportamento não depende senão do conhecimento da norma proibitiva, posto que quem não conhece como uma norma jurídica a ode conhecer como uma norma ética. (FRANK, 2004, p. 55).

No entanto, foi a contribuição de Goldschmidt, nesse momento de formação do conceito de culpabilidade, a mais relevante para a consolidação da consciência da ilicitude como um de seus elementos.

Ao definir que há um dever de se motivar pela ‗norma de dever', e que a culpabilidade requer a verificação da motivação por esta norma, Goldschmidt insere, definitivamente a consciência da antijuridicidade na teoria do crime.

Baseia-se Goldschmidt na dupla função da norma penal – norma geral, que se dirige genericamente a todos, especificando aquilo que é ilícito e a norma subjetiva de determinação, direcionada ao sujeito para fins de aferição da reprovabilidade de sua conduta, que denomina de ‗norma de dever' – afirmando que ―ao lado de cada norma de direito que determina uma conduta exterior, há uma norma de dever que exige uma correspondente conduta interior‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 90 e 91). Esta teoria se origina da teoria clássica do delito, conhecida como teoria causalista da ação, que subdividia a antijuridicidade em formal (contrariedade ao texto da norma jurídica) e material (contrariedade ao preceito da norma, isto é, ao interesse protegido pela norma, o bem jurídico). A antijuridicidade material afastava as causas de exclusão (estado de necessidade, legítima defesa...), e não as causas de exculpação.

Desta forma, a norma de direito afirma: ―tu não deves matar‖, enquanto a norma de dever informa: ―1) É necessário se conter dessa atuação de vontade pela representação de que ela causaria a morte do outro; 2) Representa-se no momento de da atuação de vontade de efeito mortal, esse efeito‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 101).

Esta concepção, como formulada por Goldschmidt, e também como adotada no Código Penal brasileiro, não exige o conhecimento atual, mas apenas o conhecimento potencial da antijuridicidade. Basta, assim, que o sujeito ―tenha tido condições de auferi-la em seu convívio social‖ (BRANDÃO, 1997, p. 56), como já exposto anteriormente.

Ressalta Goldschmidt (2002, p. 92 e 93) que há independência entre as normas de direito e de dever. Desta forma, o sujeito pode agir contrariamente à norma de direito, sem, no entanto, se conduzir de forma contrária à norma de dever. Cita casos de legalidades ‗imorais', isto é, obediência à norma de direito contrária à norma de dever, tais como a tentativa absolutamente inidônea e o erro de tipo, nesses dois exemplos:

> Seria permitido derrubar de um tipo à uma pessoa que intenta matar outra mediante orações? Ou a uma pessoa louca que está por oferecer um vaso de água açucarada para uma menina, porque se imagina que assim pode provocar o aborto de um feto que, na realidade, não existe? (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 92 e 93)

Esclareça-se que a iniciativa de Goldschmidt de explicitar a consciência da ilicitude, por ele evidenciada como uma contrariedade ao dever contido na ‗norma de

dever‘, foi plenamente acatada pelo Código Penal brasileiro, em especial pela inserção do erro de proibição, em seu art. 21, podendo resultar em causa de exculpação ou apenas de redução de pena. Exatamente como previa Goldschmidt em seu sistema de aferição de graus de culpabilidade. Quanto a tal questão, já exposta anteriormente[34] o Código nacional segue a formulação de Goldschmidt, no sentido de que será menos culpável o homem quanto maior for o esforço que ele deva fazer para internalizar a norma, ou seja, para poder motivar-se por ela, com o que concorda Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 533). Tal entendimento tem por base a possibilidade de atenuação da pena dentro do intervalo de um sexto a um terço[35], em face, justamente, de critérios de maior ou menor culpabilidade.

Além de haver logrado êxito em explicitar que seu conceito de consciência da ilicitude se referia ao erro de proibição e, diferenciando-o do erro de tipo – definindo-os como causas de exculpação e de justificação (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 111), respectivamente – Goldschmidt distinguiu as descriminantes putativas do erro de tipo, como o faz o Código Penal em seu §1ª do art. 20. Isto se pode concluir pela afirmação do autor de que:

> Causa de exculpação é só a _motivação anormal‘...A falta da representação do resultado não é uma causa de exculpação, assim como a falta de representação do resultado não é causa de justificação...Mas tampouco a suposição errônea de circunstância de fato que justificam o fato, origina uma causa de exculpação (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 101).

É necessário, neste ponto, esclarecer que a norma de dever não tem por finalidade atingir a consciência do indivíduo em termos de sua ‒pureza interior‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 91), mas sim em termos de sua ‒conduta exterior‖. Segue, assim, Goldschmidt, o entendimento de que é irrelevante, do ponto de vista penal, a consciência ética kantiana, inclusive citando Schiller e sua crítica ao imperativo categórico: _de boa vontade sirvo aos amigos. Mas, que lástima, o faço por afeto a eles. Não me sinto, portanto, um homem virtuoso. Devo deixar de apreciá-los para, só então, fazer, ainda que contrariado, o que manda o dever‘(GOLDSCHMIDT, 2002, p. 92).

[34] A culpabilidade, em seu sentido de parâmetro de graduação da pena, significa ‒precisamente, a gravidade da culpabilidade se determina segundo o grau em que a motivação não corresponde à exigibilidade‖. (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 125 - 143).

[35] Art. 21, caput, 2ª parte: O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Questiona Goldschmidt (2002, p. 103 e 106) como se daria a consciência de antijuridicidade: pelo reconhecimento da motivação contida na norma de dever ou pelo reconhecimento da abstenção a uma norma de direito? E as causas de exculpação, estariam implícitas nas normas de direito ou seriam características negativas do tipo? Estariam todas essas causas previstas em lei, ou haveria causas _supralegais?

Em resposta, Goldschmidt (2002, 105 e 106) inicia considerando, como já exposto, que a culpabilidade é o resultado da exigibilidade, isto é, da ocorrência da imputabilidade (domínio sobre o fato), associada ao significado conhecido ou conhecível (dolo ou culpa) e à motivação normal (liberdade de atuar, ou ausência de causas de exclusão de antijuridicidade - causas de justificação - e de causas de exculpação). Em seguida explica que a imputabilidade, o dolo/culpa, e a possibilidade de motivação _normal‘ são pressupostos da culpabilidade, e não seus elementos, e que o grau de imputabilidade, de dolo/culpa e de motivação _normal‘, são, na verdade, graus de culpabilidade. Posiciona-se contrariamente a Reinhard Frank, quanto a este tópico, para quem a imputabilidade, a vontade (dolo ou culpa) e a ausência de circunstâncias concomitantes (isto é, a ausência de causas de motivação _anormal‘), são os elementos da caracterização do crime e da reprovação a seu autor.

Em seguida, afirma que a resposta à questão de estar a causa de exclusão de ilicitude implicitamente contida na norma de direito, ou se ela está prevista em outra norma, distinta da norma de direito, é meramente técnica, de ‒regular a relação entre regra e exceção‖. Ademais, é praticamente impossível indicar, numa norma, todos os modos possíveis em que ela poderá ser excepcionada (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 107 e 108).

Especificamente em relação à consciência da ilicitude, declara que ‒A falta da consciência do que _não deve ser‘ exclui, de antemão, um _querer que não deve ser‘‖ (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 111). Conclui-se, portanto, que a causa de exclusão de ilicitude não está contida na própria norma de direto que prevê a conduta ilícita.

Por fim, enfrenta a questão referente à existência de previsão taxativa das causas de exclusão de culpabilidade ou, ao contrário, de que há causas _supralegais‘, reconhecidas a critério valorativo do juiz. O autor entende que há motivos, para o ‒homem médio‖, que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores à representação da norma de dever, e que seriam, justamente, as causas de exculpação

supralegais[36]. Indagando-se se a reconhecimento de causas de exclusão de culpabilidade baseadas em ‗motivos' (causas de exculpação) não previstas em lei, fragilizaria o direito – num processo que denominou de osteomalaxía‖ do direito – Goldschmidt reflete que o reconhecimento de causas de justificação (causas de exclusão de antijuridicidade) baseadas na ponderação de interesses – como nos casos de legítima defesa e estado de necessidade – são pacificamente aceitas nos tribunais, sem qualquer prejuízo à segurança jurídica (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 121). Desta forma, de mesmo modo, pode-se acatar causas supralegais de exculpação, sem riscos de fragilizar o direito.

Diz:

> Realmente, a livre admissão de causas de exculpação não conduz a uma ‗tautologia' ou a uma ‗osteomalaxia' do Direito Penal, como não o faz o reconhecimento das causas supralegais de justificação. Assim como o reconhecimento das causas de justificação ‗supralegais' se baseia na ideia básica do interesse preponderante para a comunidade jurídica, o reconhecimento de causas de exculpação ‗supralegais' tem por base o conceito básico de que há motivos que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores ao motivo de dever em relação a um homem médio (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 119 e 120).

De modo análogo pensa Freudenthal, para quem há possibilidade de aplicação, por analogia, de causas supralegais da exigibilidade de conduta diversa, se pode inferir deste posicionamento que seriam admitidas, também por este autor, outras causas de exculpação. Neste sentido, Freudenthal (2003, p. 85) afirma que:

> Não se pode replicar que o Direito vigente, em suas disposições sobre o estado de necessidade, sinalize milites aos casos para os que quer reconhecer um efeito de impunidade ao caráter inevitável do realizado. Ao contrário, essa ‗causa de inculpabilidade' deve ser aplicada analogamente a todos os casos de inevitabilidade.

Ressalte-se que as causas de exclusão de culpabilidade, para Goldschmidt (2002, p. 121), têm como parâmetro de reconhecimento o ‗homem médio'. Apesar de reconhecer que a desconsideração das características individuais do sujeito – exceto nos casos de imputabilidade por patologias – pode levar ao castigo da simples estupidez, Goldschmidt (2002, p. 122) alerta também que, se for levada em conta a capacidade para ‗motivação' do indivíduo, corre-se o risco de se desculpar o delinquente por convicção. Tal posição, relativamente às condições do ‗homem médio', difere da

[36] Goldschmidt cita a absolvição do marido, da acusação de lenocínio, porque não se podia exigir que pusesse fim à impudícia de sua mulher. (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 118)

tendência adotada no Código Penal brasileiro, que toma em consideração as circunstâncias especiais que envolvem o autor, como indivíduo[37].

Mir Puig (2007, p. 413) resume a teoria normativa da culpabilidade, a partir da análise dos autores supracitados, da seguinte forma:

> Concebida como censura pela vontade defeituosa, a culpabilidade requeria, segundo a concepção normativa originária: a) a imputabilidade, como capacidade de culpabilidade, é dizer, como pressuposto de uma vontade defeituosa reprovável; b) o dolo ou a culpa como vontade defeituosa. O conhecimento próprio do dolo, ou sua possibilidade, na imprudência, para serem defeituosos se referir tanto aos fatos quanto ao seu significado antijurídico; c) ausência de causas de exculpação (como estado de necessidade exculpante), cuja presença impediria a censura da contade defeituosa por ser inexigível a adoção de uma decisão conforme o direito.

Completa o mesmo autor (2007, p. 414) que esse conteúdo do conceito neoclássico de delito caracterizava-se não só pela introdução de uma perspectiva valorativa na explicação da essência da culpabilidade, mas também pela manutenção do conteúdo psicológico do fato como objeto de valoração. Mais que uma mudança dos elementos integrantes da culpabilidade, que ainda giravam em torno do dolo e da culpa, produziu-se, sobretudo, uma reinterpretação do seu significado. Da mesma forma que esse modelo não deixou de lado o conceito causal de ação, mas se limitou a entendê-la em termos valorativos, manteve para a culpabilidade o conteúdo sistemático próprio do causalismo.

Podemos visualizar claramente, diante das teorias dos autores supracitados, que as alterações ocorridas no primitivo modelo causal-naturalista do delito desacreditou as bases do sistema clássico, deixando sua estrutura mais complexa, pois o neokantismo começou a corroer a teoria penal anteriormente predominante. Apesar disso, permanece o enfoque causal da ação, mas agora questionado enquanto conceito superior, contendedor das modalidades do agir omissivo.

Mesmo assim, a lenta evolução que culminará no finalismo, objeto de análise do próximo capítulo deste trabalho, já se inicia neste momento, onde alguns autores resistem, explicando a ação no marco da pura causalidade natural invocando certa direção de sentido, já não tão distante da finalidade welzeniana. No que tange ao tipo, a presença de elementos normativos e subjetivos acaba por eliminar a sua pretensão de objetividade ou neutralidade valorativa, como aquela natureza descritiva rígida que encontramos em Beling, iniciando um esquema teórico de tipo complexo, valorado, de

[37] Art. 21, parágrafo único: Considera-se evitável o erro se a agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

natureza objetiva e subjetiva. Quanto à antijuridicidade, ocorreu algo um tanto quanto semelhante, pois os elementos subjetivos do injusto (que, para alguns, formam parte da antijuridicidade) e a presença de elementos normativos no tipo, ocasionam grande alteração ao modo de relacionamento entre ambas as categorias. A tipicidade, já infiltrada por elementos valorativos, passa a ser a *ratio essendi* da antijuridicidade, então, ambos elementos do ilícito se compenetram de agora por diante, a ponto de chegar a se fundirem num conceito sintetizador, ―tipo de injusto‖, que, na definição mezgeriana, quer dizer ―antijuridicidade tipificada‖. A culpabilidade, elemento que nos detemos nesta tese, deixa para trás o perfil naturalista, que a reconduzia a uma simples referibilidade psíquica ou relação de natureza psicológica entre o sujeito e o resultado, uma vez que passa a responder à uma matriz normativa estrita e implicar em um juízo de valor, a ―reprovabilidade ou desaprovação‖, que recebe a conduta contrária à norma (FERNÁNDEZ, 1995, p. 212 e 213).

Como se percebe, está bem nítida a distorção e declínio do sistema penal antes predominante que separava elementos objetivos (ação, nexo causal e resultado) e elementos subjetivos (culpabilidade psicológica). A teoria do crime avança para um modelo estruturado em função do valor, que encaixa todas as categorias do delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

No próximo ponto, daremos continuidade à análise desse processo de aprimoramento da teoria da culpabilidade, analisando a teoria normativa pura, fruto do sistema finalista, de Welzel.

3.3 Teoria normativa pura da culpabilidade

3.3.1 Welzel e a diferença entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico

Em sua obra ―Estudos de Filosofia do Direito e Direito Penal‖, Welzel faz uma exposição acerca das consequências da adoção do positivismo jurídico e do direito natural para o Direito Penal. Ao tratar das bases do direito natural e do positivismo jurídico a partir de uma análise histórica, correlaciona-os com o Direito Penal e suas características.

A referida análise é de suma importância para a compreensão da teoria finalista da ação e, consequentemente, da teoria normativa pura da culpabilidade, uma vez que, em verdade, resulta na base, no fundamento dessas teorias.

Após o surgimento do positivismo jurídico e sua rápida consolidação (viabilizada pelo neokantismo), o direito natural passou a ser visto pela maioria dos teóricos da época (fim do século XIX e início do século XX) como ultrapassado.

Radbruch consagrou ética e filosoficamente, em sua obra ―Filosofia do Direito‖, o positivismo desse momento, onde expôs que a justiça é apenas a missão secundária do Direito, já a segurança jurídica, por outro lado, é a primeira. Para o autor, quem pode impor o direito demonstra que é quem está chamado a ditar o direito, portanto, o juiz tem a obrigação de fazer valer a vontade da lei, sacrificando o próprio sentimento jurídico ante a ordem autoritária do direito.

Uma vez que não se pode definir o que seja o direito justo, torna-se necessário estabelecê-lo através de um poder capaz de impor o que foi estabelecido. É o que justifica o Direito Positivo, pois a segurança jurídica só pode ser obtida através da positividade do direito. (RADBRUCH, 2010, p. 28).

Mas foi a partir da confiança e cumprimento da lei que o Terceiro Reich fez história, gerando, posteriormente, reflexões sobre a potencialidade do direito positivo, sobre a existência de limitações ou mesmo acerca da sua suficiência.

Segundo Welzel (2006, p. 178 e 181), o Terceiro Reich tomou ao pé da letra o positivismo jurídico, levando até as últimas consequências a teoria positivista em que o Estado pode determinar qualquer conteúdo jurídico independentemente da ética. Por isso, depois de 1945, a reação jusnaturalista na Alemanha foi enorme tendo a praxis seguido essa linha. O Tribunal de Frankfurt decidiu que uma lei (que estabelecia que a propriedade podia ser usada para fins de defesa) violava o direito natural e, por isso, era nula, pois reclamava a entrega da propriedade privada sem indenização, tendo decidido, no mesmo sentido o Tribunal de Wiesbaden.

Esse ressurgimento do direito natural ocorreu com novas nuances. Segundo Welzel (2006, p. 182), o direito natural foi visto de forma mais ampla, como elementos indispensáveis em todos os ordenamentos e não só como os antigos e tradicionais direito à vida, à liberdade e à propriedade, incluindo-se também os direitos à proteção da esfera privada secreta, à livre exteriorização da opinião, à livre atividade científica, artística e religiosa, em semelhança às constituições modernas, em especial a de Weimar.

No entanto, de forma relativamente rápida, esse entusiasmo pelo direito natural é substituído pela volta do direito positivo, como demonstra a jurisprudência do Tribunal de Hamburgo com relação à lei do Conselho de Controle, ao expor que a validade do

poder estatal promulgada em forma de lei não depende do acordo ou desacordo do seu conteúdo com a ética, pois uma lei de conteúdo injusto, no sentido da filosofia do direito não perde a sua força obrigatória quando declara que é direito algo que do ponto de vista ético, não deve ser assim considerado (WELZEL, 2006, p. 182).

É nesse contexto conflituoso que Welzel faz uma reflexão crítica sobre a adoção do positivismo jurídico e seus reflexos no campo penal. De início, trata do problema do valor e dos limites do positivismo jurídico, e chega a uma ideia de direito positivo nova, não mais no sentido positivo, mas no sentido negativo, ou seja, a um direito natural que dissesse o que não poderia assim ser intitulado.

Lembra que o positivismo jurídico não foi construído a partir de bases sólidas, sendo carente de fundamento, de teoria sobre si mesmo, e que isso se apresenta como um verdadeiro perigo para o Direito Penal pela consequente inexistência de limites. Compara a liberdade do legislador com a liberdade de um artista em suas criações, por o positivismo ser a ocupação prática com o direito.

Em contrapartida, o direito natural já surge como reflexão filosófica, como teoria em sentido eminente. A sua força é, exatamente, a teoria, seu ponto deficiente, a praxis. Por isso, existe uma grande quantidade de teorias jusnaturalistas, mas nenhuma do positivismo. Essa lacuna no positivismo é perigosa, uma vez que impede a sua justificação e os seus limites e, inevitalvelmente, é causa de desprestigio (WELZEL, 2006, p. 183).

Diferente do Direito Positivo, que constitui imposição momentânea daquele que detém o poder de ditar o direito sendo, portanto, efêmero, transitório, o direito natural tem validez, tem os seus traços essenciais, independente do tempo e do seu reconhecimento.

Segundo Welzel (2006, p. 183 e 184), direito, no sentido verdadeiro e próprio é apenas o direito natural. A ele se refere a famosa definição de Aristóteles que afirma que o direito é aquele que possui em todos os lugares a mesma validez, independentemente do fato de seu reconhecimento. O direito positivo é, pelo contrário, o direito perecível, que vale apenas graças à imposição estatal.

É nesse sentido que Welzel (2006, p. 184), desde já, ressalta a relevância do direito natural em detrimento das limitações do direito positivo. O direito natural contém as determinações eternas do justo, o direito positivo, em contrapartida, regula apenas as relações dentro do éticamente indiferente, por isso, a primazia do direito natural sobre o positivo, podendo negar-lhe validez quando esse o contradiga. Nesse

sentido, as leis positivas são meros apendices de um direito natural imutável, cuja necessidade depende dos usos e costumes especiais dos diferentes povos.

Quando apareceu o cristianismo com uma nova e positiva concepção, teve que ser produzida uma mudança fundamental na atitude frente ao indivíduo e ao historicamente único. Na Alta Idade Média, a oposição entre o sistema de São Tomás de Aquino e do monge franciscano Duns e o nominalismo se manifestou com relação ao problema da mutabilidade ou imutabilidade do Decálogo.

Segundo Tomás de Aquino, o Decálogo era em sua totalidade imutável e, sem exceção, direito natural válido. No entanto, essa tese entrava em conflito com alguns relatos da bíblia nos quais evidentemente Deus havia admitido algumas exceções. Por outro lado, chegou Duns a conclusão de que nenhuma das normas sociais do Decálogo pertence ao direito natural em sentido estrito. Só a proibição de odiar a Deus tem validade universal absoluta. Tem valor na medida em que estão em acordo com o direito natural estrito de amar a Deus (WELZEL, 2006, p. 186).

Com esse princípio de consonância se criou entre o direito natural e o direito positivo uma relação completamente diferente das que até então eram conhecidas na teoria do direito natural. Apesar da anterior teoria do direito natural, o direito positivo tinha apenas função de complementação daquele dentro do eticamente indiferente. Agora, se transformava em um elemento integrante da ordem ética, pois se o direito natural estrito de amor à Deus pode concordar com diferentes normas sociais, é necessário uma decisão da autoridade para saber qual das diferentes formas sociais possíveis, nas diferentes circunstâncias, é a justa. Com essas reflexões, aparentemente teológicas, se abre, pela primeira vez, o acesso a um entendimento legítimo do positivismo e se estabelece um ponto de partida para a teoria do positivismo. Frente à exaltação do universal da teoria idealista do direito natural, Duns lutou pelo direito do particular, do individual e do histórico, descobrindo a contingência dos conteúdos éticos, quer dizer, a impossibilidade de sua dedução racional a partir de conceitos essenciais universais e sua condicionalidade histórica (WELZEL, 2006, p. 187).

A importância jurídica dessas teorias toma visibilidade no início da época moderna, com Hobbes, que transladou essa problemática, até então teológica, ao campo do Estado. Sua teoria do Estado contém todos os elementos essenciais para uma teoria do positivismo e alguns pontos de vista importantes para a delimitação do campo legítimo daquele. Mostra os fundamentos decisivos que fazem o direito positivo não um mero agregado do direito natural, mas sim, um pressuposto constitutivo de toda ordem

real no mundo humano. O primeiro fundamento é o contingência da descoberta por Duns, a impossibilidade de dedução do conteúdo ético das normas, da reta razão permitir o conhecimento de situações concretas do direito natural, pois muitas vezes o que se entende por reta razão, em caso de conflito, é a razão de cada um, então, se o objeto da discursão é contingente, não dedutível de maneira racional estrita dos princípios da razão, é necessário estabelecer uma instância suprema que decida com autoridade os critérios que devem ter validade no atuar social e que devem ser direito, pois a contingência dos conteúdos éticos faz necessário uma decisão positiva com relação às normas sociais dentro de uma comunidade e, inclusive, a isso se agrega o segundo fundamento de Hobbes, a dinâmica da natureza humana.[38] Como se percebe, todo o sistema de Hobbes está penetrado pela ideia de que o direito é essencialmente uma ordem configuradora da realidade e que toda teoria jurídica pode servir unicamente para reforçar e justificar essa força criadora do direito positivo. (WELZEL, 2006, p. 188 e 189).[39]

A teoria do Estado de Hobbes contém a justificação mais profunda do direito positivo, significa a justificação jusnaturalista do mesmo. Segundo Welzel (2006, p. 190), toda teoria moderna do positivismo jurídico deveria se orientar segundo as bases colocadas por Hobbes, primeiro, por estar lá a contingência do conteúdo material do valor do direito, pois todas as tentativas de encontrar conteúdos supratemporais e universalmente válidos da ética social e do direito não passaram de fundamentações formais e de vagas generalidades e, frente a isso, a crítica da filosofia da existência assinala que o supostos valores materiais são imprecisos e muito amplos para o caso concreto, não sendo as relações empíricas iguais ou similares para haver a satisfação com esses valores. Portanto, as regras universais do Direito, em geral, possuem uma universalidade relativa e empírica, não tendo validade absoluta e atemporal, já que a regulação justa dessas questões só é possível caso se considere a grande quantidade de circunstâncias empíricas temporalmente condicionadas e também que essa regulação é adequada apenas enquanto tais circunstâncias se mantenham.

Nesse diapasão, se há o objetivo de chegar à uma regulação única e obter, portanto, uma comunidade jurídica unitária, é necessário decidir autoritariamente essa diferença de opinião que, por sua vez, ocorre mediante o uso da lei positiva, assim, a

[38] As teorias idealistas do direito natural partem de uma concepção otimista do homem.

[39] Com isso, polemiza incessantemente e com paixão todas as teorias idealistas do direito natural. Essas, não só tem se mostrado incapazes de apresentar proposições concretas e materiais de direito natural que possuem evidência obrigatória mas que, sobretudo, causa perigo à validade do direito positivo mediante a afirmação de que toda proposição jurídica que contradiz um suposto direito natural, não é obrigatória. (WELZEL, 2006, p. 190)

contingência do conteúdo material dos valores do direito, torna necessária a positividade do direito.

No entanto, o direito apenas adquire seu caráter específico de valor quando possui força suficiente para se conformar à realidade. Segundo Welzel (2006, p. 193), da contingência do conteúdo dos valores e da necessidade de assegurar a existência, resulta que todo direito tem que ser uma ordem real, positiva, mas isso não significa que essa ordem real possa ter qualquer conteúdo, pois essa ideia do positivismo jurídico que torna o legislador onipotente é ultrapassada, inclusive, tal liberdade do legislador é o seu verdadeiro pecado original.

Segundo Welzel (2006, p. 194), o legislador deve estar sempre sujeito à determinados limites que são, por sua vez, imanentes ao direito positivo. O primeiro deles se encontra nas estruturas lógico-objetivas que atravessam integralmente a matéria jurídica, como um tecido, prescrevendo-lhe uma regulação de um determinado tipo. Apesar de constituir o maior grupo de limitações, sua função limitadora é só relativa, obrigam o legislador quando esse quer se ocupar de uma regulação de um determinado tipo e só o obrigam logicamente, ou seja, quando se quer que a sua regulação corresponda à realidade das coisas. A violação dessas estruturas não significa que a regulação não seja válida, mas sim, que não logrará seu fim, ou seja, que se estabeleceu uma regulação lacunosa, contraditória e não objetiva, exceto em um caso: quando desrespeita a autonomia ética do próximo.[40]

Continua dizendo que a parte geral do Direito Penal, em grande medida, está cruzada por estruturas lógico-objetivas. Para toda ordenação positiva é dado de antemão a legalidade categorial do atuar humano. Assim, quem quer impor normas à ação tem que pressupor a estrutura categorial do agir humano, pois nenhum legislador pode modifica-la e, daqui, surgem determinadas consequências dogmáticas com relação aos elementos da ação e a recíproca posição dos mesmos entre si, sobretudo, a posição da vontade, pois os juristas que pretendem agregar a solução do erro de proibição na chamada teoria do dolo estão equivocados em relação à estrutura categorial da ação.

Como se percebe, a grande questão é relativa à existência de limites pré-determinados ou imanantes para o legislador. Welzel diz que o legislador deve, necessariamente, respeitar a autonomia ética do próximo, considerando assim, o sujeito

[40] A autonomia ética do próximo é a única limitação para o legislador (o ser humano precisa impor à sua vida uma ordem plena de sentido). Então, o ‒poder agir de outra forma‖ é o centro, a base da culpabilidade, uma vez que respeita a autonomia ética do próximo. Não se pode, portanto, reprovar alguém que não podia, concretamente, agir de outra forma, poisse fosse possível, trataríamos o ser humano como coisa, produto de impulsos causais, com vida sem sentido, sem significações.

como responsável, pois do contrário haveria o tratamento do ser humano como coisa, que, por sua vez, é injusto, inválido, sendo a autonomia ética do próximo considerado, de fato o único princípio, única prescrição obrigatória.

Welzel compreende que o Direito natural não está fora nem acima do direito positivo, mas sim, como limite imanente, dentro do mesmo acrescentando que, para vê-lo, basta um olhar límpido. Nas estruturas lógico-objetivas se encontram limitações materiais ao legislador, inutilmente buscada pela maioria dos teóricos da época do direito natural. Segundo ele (2006, p. 197 e 198), não chegamos ao direito natural legítimo quando projetamos os nossos desejos em um reino ideal, mas quando com fatigoso trabalho, investigamos as legalidades lógico-objetivas que, como um tecido, atravessam todo o direito positivo, dando-lhe firmeza, sem que haja espaço para arbitrariedades.

Baseado na proposição kantiana que diz que o homem não pode ser utilizado como coisa, como simples meio para um fim qualquer, mas sim, ser tratado como um fim em si mesmo, Welzel (2006, p. 198) diz que no direito, o real está essencialmente vinculado com o normativo. Porque cria uma ordem que necessariamente conserva a existência, obriga. *Protego, ergo obliga*. O direito é, por sua vez, poder protetor e valor obrigante. Sem embargo, ambos aspectos podem distinguir-se conceitualmente. Como poder coage, como valor obriga. O conceito de um dever coativo, ou seja de um dever que surja da coação é uma *contradicto in adjecto*. A coação coage mas não obriga. Só um valor pode nos obrigar e nesse caso, nos obriga eticamente. Há também deveres jurídicos, mas só como deveres éticos. Porque a vida, como dizia Aristóteles, é um bem, uma ordem que nos assegura a vida, nos obriga eticamente. Mas a sua força obrigatória termina ali, onde ordena ir contra um bem que eticamente não pode ser afetado por nenhuma circunstância. E esse bem é a autonomia ética do próximo. Como a pessoa, graças a sua utonomia ética, possui um valor próprio independente de toda outra persecução de fins, tem que ser respeitada em seu valor por todos os demais.

Como se percebe, vislumbra Welzel, em sua análise crítica das diversas concepções jusnaturalistas, na periferia ontológica, a existência de uma estrutura lógico - objetiva obrigatória para o legislador: a autonomia ética do ser humano. Este último, afirma ele, está não somente vinculado às leis da natureza física, mas deve atender a determinada estrutura lógico-objetiva da matéria tratada; do contrário, essa regulação será necessariamente falsa. Essa estrutura lógico-objetiva não pode ser desconsiderada por valoração ou regulação jurídica alguma.

As estruturas lógico-objetivas não geram um sistema, mas subjazem à matéria regulada pelo direito, como pontos isolados. Enumeram-se várias estruturas lógico-objetivas. A primeira delas é o conceito ontológico da ação. A ação humana consiste no exercício de uma atividade finalista. O legislador não deve modificar nem desconsiderar a estrutura finalista da ação humana, nem o papel que nela desempenha a vontade. A ação não é uma somente a soma de elementos objetivos e subjetivos, mas sim uma direção do curso causal regido pela vontade humana. O conteúdo da vontade está contido no conceito da ação e este corresponde ao seu ser.

Para o referido autor, o Direito é mais do que coação, traduz valores em sua dimensão normativa, assim, o homem não é instrumentalizado, é, sim, dotado de responsabilidade e é daí que podemos extrair a sua segunda estrutura lógico-objetiva e, na verdade, a mais importante, ‒ser humano dotado de autodeterminação‖. A força vinculante do direito é adquirida, portanto, pela força do conteúdo valorativo que lhe é ínsito e não pela efetividade pura, por isso, o direito como poder coage e, por outro lado, como valor vincula (TANGERINO, 2011, p. 78).

É nesse sentido que Cerezo Mir (2004, p. 02) diz que para Welzel, não é possível deduzir, da natureza humana o ‒dever ser‖ do direito. Em todas as concepções jusnaturalistas há o mesmo vício lógico. Incluem-se previamente na natureza humana somente aquelas características que se consideram valiosas e seguidamente obtém-se seu caráter valioso de pertencer à "natureza humana".

É a partir desses fundamentos filosóficos que Welzel dá partida à construção da teoria finalista da ação e, consequentemente, a teoria normativa pura da culpabilidade. Ganha grande notoriedade com sua teoria que se disseminou rapidamente, perdurando até os dias atuais em alguns países como o Brasil. A seguir, será dado continuidade à abordagem das ideias de Welzel, agora, mais especificamente em relação ao finalismo e a teoria normativa pura da culpabilidade.

3.3.2 O finalismo e a culpabilidade puramente normativa de Welzel

O finalismo surge a partir da análise crítica de Hans Welzel sobre as construções teóricas anteriores, como reação ao normativismo desenhado pelo neokantismo. Depois da II Guerra, e com a crise do positivismo jurídico, houve uma revisão o princípio metodológico fundamental da escola subocidental alemã: a distinção

entre o ser e o dever-ser como duas esferas independentes, vale dizer, a separação taxativa entre o ser e o dever-ser.

Segundo Zaffaroni (2005, p. 132), o finalismo aparece marcado por um forte movimento de renovação, imediatamente após o ponto culminante da guerra mundial e que corresponde à fase de reconstrução ou fundação do pensamento jurídico República Federal alemã. O tom dos anos do pós-guerra tinha marcado jusnaturalistas acentos e respondeu à necessidade de fornecer argumentos aos juízes que limitassem o poder do legislador, numa altura em que o constitucionalismo ainda carecia lei básica ou era incipiente, com efeito, a confiança a sua estabilidade foi enfraquecida com a triste experiência de Weimar e do direito internacional dos direitos humanos, que só tinha uma Declaração e ficou órfão de instrumento convencional universal ou regional europeu (a Convenção de Roma não existia ou não tinha sido cobrada real vigência). Seguindo essa tendência, a jurisprudência constitucional da época, em várias ocasiões, apelou aos argumentos jusnaturalistas. Neste contexto, a teoria das estruturas lógico-reais constitui parte da apelação geral para a natureza das coisas e a menos pretenciosa de suas manifestações, qualificada inclusive como uma espécie de direito natural em sentido negativo.

Segundo Mir (2004, p. 1), a extraordinária difusão da doutrina da ação finalista e do novo sistema de Direito Penal ocorreu tão somente após a II Guerra Mundial. Produz-se então, na Alemanha, uma crise do positivismo jurídico, como resultado das experiências do nacional-socialismo, que propiciou uma revisão crítica da filosofia jurídica neokantiana. A filosofia jurídica fundamentada na filosofia dos valores, da escola subocidental alemã, quis superar o positivismo jurídico, mas não teve êxito. Na realidade, a jusfilosofia da escola subocidental alemã veio unicamente complementar o direito positivo com uma nova esfera: a da valoração. O direito positivo viu-se complementado por um critério axiológico: a idéia do direito com seus três elementos integrantes de justiça, segurança jurídica e utilidade.

As questões sistemáticas penais não se deixam desenvolver apenas da lei, como queria acreditar o positivismo puro. Na obra ‒Estudos de Direito Penal‖, Welzel (2003, p. 22) acrescenta que não existe ciência, e ainda menos uma ciência natural, que se dedique à forma da ação como o Direito Penal, ou seja, aos fenômenos social e eticamente relevantes e com sentido. Como a aparição real da vida (social), a ação e sua estrutura é examinada pelo Direito Penal de forma imparcial.

Analisando sob o prisma político, afirma-se que em sua concepção, Welzel se opõe ao pensamento do nacional-socialismo e que esse se apoderou das teorias tradicionais fazendo alterações. Põe, como exemplo, que da mesma forma ocorreu com os conceitos ‒nacional‖ e ‒social‖ e do mesmo modo diz que houve o aproveitamento das ideias utilitárias e naturalistas em matéria jurídico-punitiva. Segundo Welzel, o conceito de ação finalista responde às tendências do Terceiro Reich pois, é certo que a desejada base ético-social do nacional-socialismo não corresponde aos antecedentes que, agora, Welzel invoca para a sua doutrina (Aristóteles e São Tomás); mas nos tempos que surgiu a concepção finalista da ação, soou esta à todos com os postulados autoritários da alemanha hitlerista (ASÚA, 1956, p. 214).

Segundo Asúa (1956, p. 197), Welzel critica vêementemente o sistema que considera primeiro a ação de modo natural e depois o injusto do ato, para ocupar-se logo da culpabilidade, local onde se trata o dolo e a culpa como referência anímica do autor do fato objetivo. Em seu parecer, com esse sistema secessionista, se destrói a estrutura unitária, que é final, da ação.

‒A diferença entre antijuridicidade e culpabilidade não se encontra na contraposição de ‗externo e interno‘, mas na diferença entre ação como uma unidade de ‗externo e interno‘ e o ‗poder no lugar disso‘ do autor para a sua ação.‖ (WELZEL, 2002, p. 48)

Em crítica à teoria causalista da ação, Welzel (2002, p. 53 e 54) informa que, naquela teoria, nos delitos dolosos, há o desconhecimento de que o dolo é uma espécie da vontade final de realização, a saber a vontade final de realização das circunstâncias de fato de um tipo legal; que o dolo, por conseguinte, como elemento da ação, é um parte integrante da ação típica e que esta se compõe, portanto, de elementos objetivos (externos) e subjetivos (anímicos). Ao excluir o dolo do tipo e desprezá-lo na culpabilidade, desgarra não só a unidade interna do tipo objetivo e subjetivo, mas inclusive o mesmo tipo subjetivo; pois desde o reconhecimento dos elementos subjetivos do injusto, admite no tipo alguns elementos subjetivos (intenções, tendências). Sem o dolo, esses elementos estão alí no ar, sem embargo.

Trouxe como consequência imediata a mudança de paradigma filosófico utilizada pelo Direito Penal para construir o conceito analítico de crime. Se opondo ao entendimento de separação completa entre o *ser* e o *dever ser* e de que o Direito Penal deveria buscar suas respostas apenas nesse segundo âmbito, o finalismo prega o estabelecimento de limites ônticos ao legislador. Através do conceito ôntico de ação

final, tratou o injusto como injusto pessoal, ou seja, defendeu que o injusto deve ser atribuído a uma pessoa determinada, o que trouxe como consequência a ideia de desvalor do ato.

> A estrutura final da conduta humana tem que ser levada em conta necessariamente pelas normas do Direito Penal. As normas jurídicas, quer dizer, as proibições e os mandados do direito, não podem dirigir-se aos processos causais cegos, mas apenas às ações, que podem configurar finalmente o futuro. As normas só podem mandar ou proibir uma conduta final. As normas se diferenciam segundo as ações que proíbem ou ordenam.‖ (WELZEL, 2002, p. 47)

Em outra obra, Welzel (2003, p. 143 e 144) ressalta a mesma ideia ao dizer que tem demonstrado o circuito ontológico e sua específica legalidade dentro da qual se encontram unicamente os objetos penalmente relevantes: o que só é causal e não pertence à relação de ordem teleológica da intencionalidade não se leva em consideração em um juízo penal. Acrescenta o autor que não é na relação causal, mas na teleológica entre resultado e sujeito, que descansa a legalidade da intencionalidade, que é o fundamento objetivo da existência do ser de valorações possivelmente jurídico-penais.

Para Welzel, o neokantismo, ao acreditar ser o método que determina o conhecimento, inverte a natureza das coisas. Ali, as coisas existem amorfas na realidade e cada observador cria a forma dessas coisas ao imprimir-lhes categorias de pensamento.[41] Entende o autor que as categorias *a priori* não são subjetivas no sentido de que podem variar de pessoa para pessoa, mas objetivas para toda mente inteligente.

Como visto no sub-item anterior, o resgate de Kant e a revisitação ao direito natural[42] fizeram com que a produção de Welzel fosse além do método pois, ao se posicionar no campo da relação entre jusnaturalismo e direito positivo, diz que o primeiro não pode ser verificado fora do segundo ou acima dele, que, em verdade, o direito natural se insere no mesmo como seu limite imanente cuja concretização ocorre por intermédio das denominadas estruturas lógico-objetivas. A primeira delas é a ação finalista que, na realidade, não é o ponto de partida das ideias de Welzel, mas consequência necessária de sua ideia de finalidade, onde se defende que para o direito tem relevância a ação humana na sua especificidade espiritual, ou seja, a definida pela finalidade, conforme o sentido, pela consciência do sentido. (TANGERINO, 2011, p. 77).

---

[41] Quando Kant afirma que o entendimento prescreve para as coisas as suas próprias leis, ele não se referiu ao entendimento humano, como pensam os neokantistas, mas sim ao entendimento puro.

[42] Welzel pode ser inserido entre o grupo de autores europeus que retornaram ao direito natural, por volta de 1945. É necessário ressaltar que não se trata de um simples retorno ao jusnaturalismo, replicando-o, mas sim, de reiterar a crença numa fundamentação e validade transpositiva de todo o direito e pregar a possibilidade de descoberta de princípios de ações relativamente a situações novas, ainda não experimentadas e para as quais, dada a complexidade que nelas se percebe, os princípios tradicionais não apresentam critérios válidos de decisão (TANGERINO, 2011, p. 80).

Segundo Welzel (2002, p. 39) a atividade final é um agir orientado conscientemente a um fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido a um fim, mas é resultado causal dos componentes causais existente em cada caso.

–A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em função do fim, apesar do acontecer causal não estar dirigido em função do fim, mas ser resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, dito de forma gráfica, vidente, a causalidade, cega‖ (WELZEL, 2002, p. 41).

Diz:

> O que me interessa na teoria da ação é desenvolver o princípio geral da estrutura de uma ação humana, quer dizer, sua finalidade, para demonstrar que a _ação‘ também em seu curso _externo‘, é um acontecimento dirigido e conduzido pela vontade interna e fato externo. Se este é um princípio geral da estrutura da ação humana, então também deve ser o princípio de estrutura das ações típicas e relevantes para o Direito Penal. (2006, p. 04)

A ação humana é exercício de atividade final.[43] A ação é, portanto, um acontecer _final‘ e não somente _causal‘. A _finalidade‘, o caráter final da ação, se embasa na ideia de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, atribuindo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, para a consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. (WELZEL, 2002, p. 39)[44]

Para elaborar a sua teoria finalista da ação, Welzel se inspirou em Aristóteles, para quem tudo no mundo se movimenta para o preenchimento de uma finalidade, munindo-se, dessa forma, de instrumentos para definir a ação humana como sendo o exercício de uma atividade final, cotejando com o conceito de conduta humana causalista ao enfatizar que o acontecer causal é o resultado causal dos componentes causais, não dirigido por um fim, portanto, é cego, já finalidade é vidente, é o agir orientado à determinado fim, que se baseia no fato do homem, detentor de um saber causal (prévio), poder prever as consequencias de sua atividade e por isso, poder também colocar diante

[43] A ação é a atividade da intenção humana. Fazer real as intenções significa utilizar como meio fatores causais do mundo externo, os quais fazem real um preciso resultado como meta. Causalidade é uma categoria cega, é a ordem do processo cego e indiferente da intenção do impulso: o efeito é a resultante cega dos componentes causais de motivações presentes. (WELZEL, 2003, p. 30)

[44] Segundo Welzel (2002, p. 43), –a direção final de uma ação se realiza em duas fases, que nas ações simples se entrecruzam: a) a primeira transcorre completamente na esfera do pensamento. Começa com: a) a antecipação do (o propor-se ao) fim que o autor quer realizar. A isso segue – a partir do fim – b) a seleção dos meios necessários para sua realização. O autor determina, sobre a base do saber causal e em um movimento de retrocesso desde o fim, os fatores causais que são necessários para sua consecução, inclusive aquele movimento corporal com o que pode por em marcha toda a cadeia causal (meios da ação). Este processo mental se chama –de retrocesso‖ porque o fim já está determinado e a partir dele se leva a cabo a seleção dos fatores causais necessários como meios da ação.‖

de si diversos fins e, a partir desses, dirigir a sua conduta. É, pois, a finalidade que diferencia a conduta do homem dos fenômenos da natureza.

Para o autor (2003, p. 141), os atos de impulso da vontade são condicionados intencionalmente

> enquanto eles devem determinar a sua direção segundo os meios propostos por eles em movimento para conseguir o resultado desejado, ademais, enquanto que devem reger seu transcurso segundo sejam ligados à sucessão e a ordem das causas postas em movimento converjam no resultado planejado. Por isso, os motivos físicos de um resultado não são produzidos meramente de forma causal, mas ao mesmo tempo de forma voluntária e intencional.

–Todas as normas éticas e jurídicas podem apenas se referir à ações que são algo mais que simples processos naturais causais e que, pelo contrário, se diferenciam destes últimos pelo momento da condução com consciência de fins, quer dizer, pelo momento de finalidade.‖ (WELZEL, 2006, p. 124)

Por isso, é correto afirmar que, diferente da teoria causal-naturalista e da proposta neokantiana, a vontade é mais abrangente por deter a finalidade, baseada na ideia de que a capacidade humana de determinar as suas ações, de representar previamente o objetivo a ser alcançado com o seu movimento físico, não se restringido, assim, a esse último aspecto. –A conduta humana se desenvolve não só no mundo da força ou intensidade dos impulsos, mas também em um mundo pleno de significação, no qual os motivos compreendem critérios de sentido (...).‖ (WELZEL, 2006, p. 42)

Para Welzel (2003, p. 31),

> a vontade não é somente um fator modificante da realidade, mas, sobretudo, um fator de realização consciente. Isso não é um mera característica ‗subjetiva' da vontade, mas uma função objetiva: o sucesso da ação em seu aspecto objetivo não é causalmente cego, mas eleito e dirigido à uma meta, apesar de todos os processos causais finalmente predeterminados. Sobre essa função objetivo-final, descansa toda a existência cultural, social e jurídica.

Esse –para que‖, inevitavelmente, preenche o vazio existente até então na voluntariedade da conduta humana (vontade de movimentar-se), que a tornava um conceito distante da realidade, trazendo, dessa forma, um forte limite à atividade legislativa, ao garantir a vinculação do conceito de crime com a realidade. Garante-se ao homem, responsável, com um compromisso ético-social com o direito no sentido de estar obrigado a pautar a sua conduta de acordo com o dever-ser imposto pelo direito, que o legislador parte da realidade do mundo, onde há efetivamente as condutas e que estas serão tratadas por ele do modo como são na realidade, funcionando assim, como estágio civilizatório humano.

Segundo Welzel (2002, p. 42), dado que a finalidade se baseia na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-la, por conseguinte, conforme um plano, a consecução do fim, a espinha dorsal da ação final, é a vontade consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalmente; sem ela ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, a ação.[45]

É nesse sentido que Welzel exige que o Direito Penal esteja em conexão com a realidade, pois a realidade da existência humana resulta num direito transcendente à existência concreta de cada ser, por meio de uma estrutura ôntica de conduta que considera a capacidade humana de determinação pois, apenas dessa forma, o Direito Penal trata o ser humano como responsável e o obriga (não o força, simplesmente), cobrando-lhe uma postura ético-social de conformidade com os valores juridicamente estabelecidos. Assim, a missão do Direito Penal é desvalorar ações humanas, as condutas que resultam a negação dos valores estabelecidos e não, simplesmente, o resultado lesivo em si.

> Um ordem social só é direito quando é algo mais do que a mera manifestação da posição de poder do momento, quando contém melhor o intendo de realizar o socialmente correto e justo dentro dos pressupostos e condições de sua época. Só então logra enfrentear-se com o individuo, não só com a coação mas com a pretensão de obrigá-lo em sua consciencia. (WELZEL, 2006, p. 132)

Para Welzel (2006, p. 120), todo mandado que, como norma jurídica, quer obrigar o homem, deve reconhecê-lo como pessoa. O reconhecimento do homem como pessoa responsável, portanto, é um pressuposto mínimo que deve cumprir uma ordem social se não pretende simplesmente coagir como poder, mas obrigar enquanto direito.

Segundo Cerezo Mir (2004, p. 06), é certo que a adoção do critério valorativo da concepção do ser humano como pessoa estabelece como de suma importância para a valoração jurídica a estrutura finalista da ação humana, de modo que a valoração jurídica deve recair sempre sobre a unidade finalista-causal da ação. Não pode recair exclusivamente sobre o lado causal, sob pena de incorrer em uma contradição que não é puramente lógica, mas também lógico-objetiva. O conteúdo da vontade de realização do

[45] Acrescenta o autor (2002, p. 43) que –de acordo com a antecipação mental do fim, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes, o autor leva a cabo sua ação no mundo real. Põe em movimento, conforme um plano, os meios da ação anteriormente eleitos (fatores causais), cujo resultado é o fim junto com os efeitos concomitantes que foram incluídos no complexo total à realizar.‖

autor deve ser sempre objeto da valoração jurídica. Para Welzel, a referida necessidade decorria exclusivamente do ponto de vista do dever-ser. O respeito da dignidade da pessoa humana, de sua condição de pessoa autônoma, era um princípio material de justiça de validez a *priori*. Se o direito não quer ser apenas força, terror, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, tem que respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável. O direito tem já força obrigatória por sua mera positividade, por sua virtude de superar o *bellum omnium* contra *omnes*, a guerra civil; porém, no caso de uma infração grave do princípio material de justiça, de validez *a priori*, do respeito à dignidade da pessoa humana, não terá força obrigatória e, dada sua injustiça, será preciso negar-lhe o caráter de direito.

Segundo Welzel (2003, p. 17), o dogma causal converteu todo sucesso delitivo em processos de causação. Os sucessos se interpretavam juridicamente como lesões de bens jurídicos e com isso se realizava em um só sentido o aspecto do resultado, apesar do modo e a forma de realização, quer dizer, tanto os elementos subjetivos da ação como os objetivos deixavam de ter importância ou, pelo menos, ficavam irreconhecíveis em sua específica peculiaridade.

A conduta humana, notabilizada pela capacidade de sobredeterminação, em sentido ôntico, era pressuposto que permitia o homem se desenvolver analisando os graus do seu estado civilizatório, o que deveria ser sempre considerado pelo Direito Penal pois só assim trataria o homem como sujeito dotado de responsabilidade, apresentando assim, em sua teoria, a herança recebida do jusnaturalismo, acrescentando que apenas dessa forma gera-se obrigação, enquanto direito e não, simplesmente, a força através do poder.

Segundo Zaffaroni

> De toda forma, não é possível contruir uma teoria do Direito Penal privada de teleologia política, esta se manifestava expressamente em Welzel de modo diáfano: construía seu Direito Penal assinando-lhe como objetivo a reafirmação dos valores elementares da sociedade. Dalí deduzia que quanto mais elementar é um valor (ou seja, quanto mais elementar o cumprimento da regra que proíbe a sua lesão), maior é a reação punitiva frente às condutas que o ofendem. Não é possível ignorar que essa teleologia política construtiva, conhecida e discutida como eticização do Direito Penal, se complementava com sua tentativa de limitar a amplitude da potestade legislativa pelo marco político de seu tempo: depois do desastre provocado por um Estado criminal, era necessário o reforço dos valores sociais elementares por parte do poder público, para preservar a si mesmo, como Estado de Direito. A eticização welzeliana não só requeria o respeito pela estrutura lógico-real fundamental que vincula o direito com a pessoa, mas que também demandava a observância das restantes, pois do contrário, o Direito Penal careceria de eficácia, quer dizer, não lograria o seu objetivo ético de reforço dos valores elementares e, ainda que seguisse sendo direito, seria um Direito Penal ineficaz. Precisamente, essa condição é o que o impulsiona a sustentar um conceito de ação ou conduta ancorada no ôntico-

> ontológico, ou seja, seu famoso conceito finalista da ação (...). Esse conceito o contrasta com o de ação como construção jurídico-penal do neokantismo de Baden. Sobre essa base, suprime Welzel a duplicidade de conceitos de ação (ôntico e jurídico) dessa corrente, para reivindicar um único conceito de ação. Desde a perspectiva de sua teoria das estruturas lógico-reais, um Direito Penal eficaz requeria um conceito jurídico de ação que coincidisse com o ôntico-ontológico.

Volta para Pufendorf, onde resgata uma visão de ordenamento jurídico como mínimo ético existente para proteger a dignidade humana, tida como substância última da liberdade da decisão moral. É justamente esse mínimo ético, associado ao âmbito normativo, que faz com que o Direito, para Welzel, não seja mero exercício de poder, mas tenha natureza vinculante tendo esse caráter nascido da identificação entre o sujeito e o valor contido no ordenamento jurídico, por isso, não há obediência apenas porque nesse caso será punido, mas também pelo valor contido no comando que inspira a ação humana desse sujeito considerado responsável[46], isto é, capaz de obedecer por referência ao valor, que não o coage, mas sim , o vincula (TANGERINO, 2011, p. 81).

É nesse sentido, que podemos acrescentar que para a concepção filosófica de ser humano, soma-se uma de natureza psicológica, uma vez que Welzel acredita que o ser humano teria passado a contar com uma complexa estrutura mental pois construiu, concomitantemente, um ―centro do eu‖ e viu decair aquelas formas de comportamento inatas, tratando-se de uma crescente renúncia à pura realização de pulsões em nome de imposições trazidas pelo ―centro do eu‖. Haveria nessa estrutura mental uma camada mais profunda chamada de estratos inferiores, que abarcaria os impulsos vitais de conservação do ―eu‖ e da espécie, que buscam impelir o ―eu‖ à uma determinada ação, colocando-se quase que em posição de vítima passiva dos próprios impulsos. Acima, se localizariam os chamados estratos superiores, como centro de regulação dos impulsos, que os canaliza a partir dos sentidos e valores, em face de uma missão de vida que ultrapassa o momento, de um objetivo de vida transcendente e vinculador, ressaltando que não se trata de direcioná-los diretamete ao evento causal, mas aos impulsos que conduzem à realização, ou seja, há um direcionamento por meio dos instintos e o que permite que os instintos sejam canalizados à luz dos sentidos e valores é justamente a existência de um significado transindividual para com quem o homem acredita estar obrigado quando de sua condição de vida: as normas do ordenamento jurídico.[47]

---

[46] Continua-se uma perspectiva que já era encontrada na autonomia ética de Kant.

[47] Com essas ideias se considera que a visão de sujeito de Welzel não é diferente dos seus antecessores pois como os clássicos, crê na capacidade inata do homem de submeter os seus instintos a uma ordem valorativa externa que se confunde com o ordenamento jurídico o que sintetiza a crença no homem iluminista e na existência de valores compartilhados de forma universal, protegidos pelo Direito Penal (TANGERINO, 2011, p. 82).

Acredita, portanto, que quando mantidos na camada mais profunda, nos estratos inferiores, o critério que define que impulso prevalecerá será a força e se, por outro lado, o impulso for submedito ao centro do ego, nos estratos superiores, este poderá substituí-los por atos de condução que, orientados pelo sentido, farão com que os impulsos não sejam mais sentidos puramente como compelir patológico, mas sim, compreendios em seus significados, em suas expressões valorativas em face de uma verdadeira missão de vida. Dessa forma, o impulso será submetido á razão, ou seja, ao conjunto de valores que informam o projeto de vida do sujeito consubstanciado nas normas jurídicas. Nesse sentido, toda vez que houver a realização de um injusto existirá a possibilidade ou da falha do processo de submissão em face de um defeitos constitutivo, circunstância capaz de excluir a imputabilidade, ou do sujeito não ter feito valer o sentido e o valor da sua missão de vida, determinada pelo ordenamento jurídico, caso em que haverá reprovabilidade e portanto, a culpabilidade. Portanto, o sujeito deve ser considerado culpável nos casos em que não se submeteu o seu impulso delitivo ao significado e ao valor que o ordenamento jurídico elegeu como ―missão de vida‖, nos casos em que há, dessa forma, reprovabilidade[48] (TANGERINO, 2011, p. 82 e 83).

Juarez Tavares (2000, p. 152 e 153) ressalta o que foi anteriormente dito dizendo que a o finalismo inova, notadamente, em dois aspectos substanciais. Primeiramente, subordina toda estrutura do injusto ao conceito final de ação, que não é um conceito normativo, mas ontológico, ou seja, anterior a qualquer formulação e cujo elemento essencial (a finalidade) é tido como uma verdade incontestável. Segundo esse conceito, o legislador deve submeter seus projetos aos esquemas da ação final, imodificáveis por sua vontade ou interesse. Esse conceito, inclusive, possui validade não apenas para o direito, mas para todas as ciências do comportamento. Em segundo lugar, no campo político, confere para a norma penal a função primária de proteção dos valores éticos-sociais e, com isso, no lugar do resultado, elege o sentido próprio da ação como o elemento essencial de configuração do injusto. Por meio de um raciocício refinado e sedutor, pela sua razoável coerência, não foi difícil demonstrar a função no injusto de uma valoração incidente sobre o sentido da ação e não sobre o resultado, como consequência da elaboração de uma teoria subjetiva do injusto que, diferentemente das demais, é lançada com o epíteto de definitiva ao se basear na ordem essencial das coisas.

[48] Acrescente-se que a ligação essencias entre crime e pena não foi alterada. Welzel define o Direito Penal como a fatia do ordenamento jurídico que estabelece elementos de comportamento delitivo e a ele vincula a pena ou a medida de segurança, sendo o fundamento jurídico da pena o próprio delito (WELZEL, 1997, p. 145)

O livre arbítrio do homem como base ontológica da culpabilidade acaba sendo a causa das principais críticas ao finalismo de Welzel, pela impossibilidade de comprovação seja concretamente, seja genericamente. Outra crítica que acaba por gerar um certo peso para a sua teoria diz respeito à estreita vinculação entre Direito e moral dentro da culpabilidade como reprovabilidade, sob o fundamento de que o juiz penal conhece a pessoa de forma seletiva e restrita, não havendo como constatar satisfatoriamente a reprovação, que não há legitimidade para o Estado elervar-se moralmente em relação ao cidadão e também que não é possível constatar a exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversar a menos que fosse possível a repetição da situação fática (TANGERINO, 2011, p. 84).

Segundo Asúa (1956, p. 210),

> Quando, com efeito, Welzel insiste em ressaltar que a culpabilidade é um conceito de relação e que o dolo é tão diferente da culpabilidade como o objeto da avaliação do juízo de valor esquece que se o dolo já foi objeto do juízo de antijuridicidade, não pode também funcionar como objeto do juízo de culpabilidade porque isso significa, de um lado, levar em consideração um mesmo fato duas vezes e, de outro, reconhecer que o juízo de culpabilidade não tem um objeto próprio.

Segundo Asúa (1956, p. 202), na própria Alemanha foi recebida com franca hostilidade a doutrina da ação finalista que caracteristicamente representam Welzel e Hellmuth von Weber. Na segunda edição de *Grundriss* Edmund Mezger a combate. Uma das reprovações não tem fundamento uma vez que Welzel não considera apenas como ―efeitos‖ da ação os que foram ―conteúdos do querer‖. Junto com a ação finalista dolosa, reconhece também, ainda que de forma muito menos desenvolvida e excessivamente desvinculado de seu sistema orgânico, o ―fato penal culposo‖ que, se é certo que se estima ―ação causal cega‖, não deixa de ser ação, por ser referida à finalidade. Maior exatidão encontra-se o argumento mezgeriano de que os chamados delitos qualificados pelo resultado escapam do regime de Welzel, mas a pouca frequência dessas infrações, a constante crítica que se faz com relação à sua subsistência nas leis e, sobretudo, as interpretações preterintencionais que associam a imputação do resultado mais grave à possibilidade de prever-lhe minimizam tal alegação.

Para muitos autores, apesar a da ampla aceitação da teoria finalista da ação em relação aos delitos dolosos, o pensamento welzeniano em relação aos culposos se apresenta como um corpo estranho naquela doutrina, como algo irremediável, apesar das diversas tentativas por meio de retificações em seus trabalhos.

> A mesma inquietude sistemática do criador da doutrina acusa a sua insegurança. Primeiro a culpabilidade afigura-se como ‗apêndice' em seu plano metodológico; logo, assume capítulo próprio, mas desvinculado do dolo e da culpa que figuram como problemas da ação; finalmente, essas espécies se enlaçam mais com o caráter de reprovação culpável. Seu fracasso na construção dos delitos culposos é inegável. (ASÚA, 1956, p. 211)

A sua teoria normativa pura da culpabilidade construída a partir da obra ―*Studien zum System des Strafrechts",* fruto ou consequência da teoria finalista da ação, nasceu também a partir da análise das ideias trazidas pelas teorias anteriores da culpabilidade.

Por meio dela, houve uma grande evolução na teoria do delito como um todo. Pode-se dizer que Welzel depurou a culpabilidade, alocando elementos que eram estranhos a esse elemento do crime em local compatível com a sua natureza.

Welzel não criou elementos novos, mas somente reorganizou o conteúdo dos três elementos do crime, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Daí a ideia inicial de que a teoria nasceu de ideias antes estabelecidas.

Cabe neste momento alertar que, mesmo sem ―inovar‖ como os teóricos anteriores, a teoria de Welzel foi tão importante quanto. Não é atoa que é utilizada em muitos ordenamentos jurídicos atuais, inclusive no Brasil.

Welzel (1997, p. 166) apresenta a sua concepção de essência da culpabilidade dizendo:

> A conduta do autor não é como exige o direito, ainda que houvesse podido observar as exigências do dever ser do direito. Ele havia podido motivar-se de acordo com a norma. Nesse ‗poder no lugar disso' do autor relacionado à configuração de sua vontade antijurídica reside a essência da culpabilidade; ali está fundamentado a reprovação pessoal que se formula no juízo da culpabilidade ao autor por sua conduta antijurídica.

Segundo Mir Puig (2007, p. 414), como consequência do deslocamento da finalidade para o centro do injusto, o finalismo de Welzel subtraiu o dolo e o dever objetivo de cuidado do injusto, base da imprudência, da culpabilidade, considerada até aqui, sede tradicional. Todo o fato, concebido como unidade definida pelo subjetivo e não apenas pela parte objetiva, constitui-se no conteúdo do injusto. A culpabilidade deixa de abrigar a parte subjetiva do fato. Assim, consegue-se abandonar completamente o conteúdo psicológico da culpabilidade e converter a concepção normativa do causalismo em uma puramente normativa. Como visto no ponto anterior, a teoria normativa não rompeu mais que parcialmente com o psicologismo ao qual aparentava opor-se, uma vez que a vontade defeituosa constituía o centro da

culpabilidade. No entanto, para o finalismo, a culpabilidade limita-se a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a censura do fato antijurídico, pois todo o objeto de censura encontra-se no injusto e na culpabilidade permanecem apenas as condições que permitem atribuí-lo ao seu autor.

A vontade é tida como objeto primário da reprovação na teoria de Welzel. Segundo ele (1997, p. 167), –já que através da vontade o autor pôde dirigir de acordo com a norma a sua conduta, o objeto primário da reprovação da culpabilidade é a vontade.‖

Culpabilidade, portanto, é a reprovabilidade da configuração da vontade. Toda culpabilidade é –culpabilidade de vontade‖. Apenas as ações em que o homem pode algo voluntariamente, pode ser reprovado como culpabilidade. (WELZEL, 1997, p. 167)

Em sua lição, Assis Toledo (1991, p. 232) enfatiza essas ideias quando diz que a nova construção, que teve início com Welzel, é deveras importante para a realização do ideal de justiça, no Direito Penal. Ao transferir o dolo e a culpa *stricto sensu* para o tipo, aliviamos a culpabilidade de alguns corpos estranhos, sem, no entanto, perdê-los, visto que são apenas transferidos de localização.

Na obra –Estudos sobre Direito Penal‖, Welzel (2003, p. 70 e 71) diz que

> o objeto central da reprovação é, como se viu, um modo especial da decisão de valores da vontade a favor do injusto. O dolo no sentido da decisão da ação e da consciente finalidade dirigida à realização dessa decisão não constitui o objeto da culpabilidade: esse dolo existe em toda ação final também naqueles capazes de imputação, sempre e quando esse apresente uma ação (consciente de uma finalidade) e não somene um movimento reflexo ou algo semelhante. Ele é o decisivo elemento final dentro da ação.

Como considera a ação é vontade dirigida a um fim, necessariamente, essa vontade dirigida a um fim é elemento da ação. Como considera que tal vontade é o dolo, prega que esse elemento está contido na conduta humana e não na culpabilidade. Consequência disso é a alteração da localização do dolo que passa a compor ao tipo penal. Assim, o finalismo ao considerar o dolo como sendo vontade dirigida a um fim, modifica a própria estrutura do conceito de dolo pois a partir daqui o mesmo só seria composto do elemento naturalistico vontade, já que, como será visto adiante, a consciência da antijuridicidade será considerada elemento autônomo, integrante do conceito de culpabilidade na teoria de Welzel. (BRANDÃO, 2005, p. 222)

Cerezo Mir (2004, p. 02) considera que a pedra angular desse sistema é a relação que estabelece entre finalidade e dolo. O dolo é considerado a finalidade referida a um tipo delitivo. A finalidade é sinônima de vontade de realização. Refuta-se, assim, a interpretação estrita da finalidade, segundo a qual esta compreenderia unicamente as

consequências que constituem o fim perseguido pelo autor e no máximo as que ele considerava necessariamente unidas à realização do fim. Rechaça-se, portanto, a extensão da finalidade a todas as conseqüências previstas pelo autor como possíveis. Ficam excluídas da vontade de realização, no dizer de Welzel, aquelas consequências que o autor prevê como possíveis, porém confia em que não se produzam. A finalidade, a vontade de realização compreende o fim, as consequências que o autor considerava necessariamente unidas à consecução do fim e aquelas previstas pelo autor como possíveis e com cuja produção contava. Essa delimitação de conteúdo da finalidade (a equiparação entre finalidade e vontade de realização) poderia estar influenciada pelo conceito jurídico de dolo, vale dizer, por considerações valorativas, mas pode aceitar-se que se deriva da estrutura finalista da ação humana.

Considera o mesmo autor que deve-se reconhecer, mesmo assim, que a precisa delimitação do conteúdo do dolo exige, em certas ocasiões, o recurso a ulteriores critérios valorativos, como, por exemplo, na determinação da relevância do desvio do curso causal, do erro sobre objeto, erro sobre pessoa ou no desvio do golpe (*aberratio ictus*). O próprio Welzel, para verificar se o desvio do curso causal era essencial e deveria dar lugar a uma exclusão do dolo, lança mão do critério da previsibilidade objetiva. Um desvio do curso causal seria essencial se não era objetivamente previsível, ou seja, previsível pelo ser humano em geral. Na solução dos problemas que apresenta o erro sobre o objeto (uma de cujas variedades é o erro sobre a pessoa) e o desvio do golpe (*aberratio ictus*), utiliza-se do critério da equivalência do objeto ou da pessoa do ponto de vista dos tipos de injusto, critério que é de caráter normativo. Da estrutura finalista da ação humana se resume a necessidade de que o dolo seja um elemento subjetivo do injusto dos delitos dolosos. Trata-se do chamado dolo natural, isto é, a consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo, que não compreende a consciência da antijuridicidade. [49]

[49] Segundo Cerezo Mir, (2004, p. 03), –essa dedução foi posta em dúvida, com razão, por vários penalistas. O juízo desvalorativo da antijuridicidade poderia recair em princípio exclusivamente sobre o lado objetivo ou externo da ação. Convincentes eram, de outro lado, os argumentos de caráter sistemático invocados por Welzel para fundamentar a inclusão do dolo no tipo de injusto dos delitos dolosos: a existência de outros elementos subjetivos do injusto, a presença de alguns tipos de verbos de significado inequivocadamente finalista 21e, especialmente, o argumento da tentativa. Na tentativa, a resolução delitiva, o dolo é necessariamente um elemento subjetivo do injusto, embora não punível a tentativa inidônea, como ocorre no novo Código Penal (LGL 1940\2) espanhol (arts. 16 e 62). Do ponto de vista exclusivamente objetivo ou externo não é possível, em certas ocasiões, constatar a existência de uma tentativa de delito, nem a periculosidade da ação, a partir de um ponto de vista ex ante. Um conhecido exemplo de Engisch coloca claramente a questão. Em um restaurante, um cliente pega um casaco alheio que está pendurado sobre o seu, com a intenção de levá-lo no caso de que possa fazê-lo sem ser visto; no caso de que o dono do casaco se dê conta da manobra, quer aparentar que pegou o casaco alheio somente para poder despendurar o seu do cabide. Nesse exemplo, se o autor não tivesse o propósito de se apoderar

De toda forma, a teoria de Welzel fez a primeira construção puramente normativa da culpabilidade. Essa ficou despojada de todas as características psicológicas, de todos os objetos de valoração próprios do mundo de representações do autor, pois agora, constitui exclusivamente um juízo do processo de motivação (MAURACH, 1962, p. 24).

É no poder motivar-se e atuar de acordo com a norma do autor, relacionado à configuração da vontade antijurídica, que se localiza o fundamento da reprovação pessoal que se formula no juízo da culpabilidade ao autor, por sua conduta antijurídica. No entanto, para isso ocorrer, a teoria da culpabilidade deve definir e expor os pressupostos pelos quais se reprova o autor da conduta antijurídica.

Como se percebe, a ideia central de Welzel é expressar a característica da reprovação pessoal na culpabilidade. Para o autor, essa reprovação se dá quando se constata que o autor podia agir em consonância com o Direito e, mesmo assim, optou por atuar de forma antijurídica, isso, não no plano abstrato, mas a partir da análise do caso concreto.

A anterior concepção psicológico-normativa da culpabilidade não rompeu mais que parcialmente com o psicologismo ao qual parecia opor-se: a ‒vontade defeituosa‖ constituía centro da culpabilidade. Diferentemente, aqui, a culpabilidade limita-se a reunir aquelas circunstâncias que condicionam a censura do fato antijurídico, ou seja, todo objeto de censura encontra-se no injusto. Na culpabilidade permanecem somente as condições que permitem atribuí-lo ao seu autor (PUIG, 2007, p. 414).

---

do casaco alheio, isto é, se quisesse pegar o casaco somente para poder retirar o seu, a ação realizada - que se repete diariamente em todos os restaurantes -, considerada em si, objetivamente, não somente não seria expressão de uma vontade criminal, como não suporia perigo algum ao bem jurídico protegido, o patrimônio. A mesma periculosidade da ação, desde um ponto de vista ex ante, depende aqui da presença da resolução delitiva, do dolo. O juízo desvalorativo da antijuridicidade não pode ir referido, por isso, na tentativa, exclusivamente ao lado objetivo ou externo da ação. Por outra parte, se o dolo é um elemento subjetivo do injusto na tentativa, terá que desempenhar a mesma função no delito doloso consumado. Como poderia depender, dizia ele, de que o disparo efetive-se ou não, para que o dolo seja um elemento subjetivo do injusto ou uma forma da culpabilidade? Ao se consumar o delito, diziam Gallas e Bockelmann, acrescenta-se ao desvalor da ação o desvalor do resultado, porém este não pode substituir ou anular aquele. O fato de o dolo pertencer ao tipo de injusto é, por outra parte, uma conseqüência obrigatória da concepção da antijuridicidade como infração de normas de determinação (mandatos ou proibições). As normas jurídicas são normas de determinação, mandatos ou proibições, que se baseiam em juízos de valor, inerentes ao ordenamento jurídico. O direito valora positivamente certos bens, que, ao gozarem de sua proteção, se convertem em bens jurídicos. De modo conseqüente, o direito valora negativamente as ações que lesionam ou põem em perigo os bens jurídicos. Pois bem, dada a limitação do saber causal dos seres humanos, o direito não pode proibir a simples causação de resultados, mas tão-somente a realização de ações dirigidas pela vontade à produção de lesão ou de perigo de lesão de um bem jurídico. Só assim, mediante a referência ao conteúdo da vontade e, portanto, ao dolo, poder-se-á precisar a conduta proibida ou ordenada.‖

Welzel não entende como situar o dolo dentro do juízo de culpabilidade e, com isso, deixar a ação humana sem o seu elemento característico e fundamental, a intencionalidade, ou seja, o seu finalismo. Isso vai, inclusive, contra a estrutura ontológica da ação, uma vez que essa, como se sabe, não pode ser desligada de seu finalismo direcional, sob pena de fraturar a realidade. Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, é que a direciona, é, em resumo, o dolo (TOLEDO, 2002, p. 227).

Como diz Francesco Antolisei (1969, p. 256), a ação humana é por sua essência finalista, uma vez que mira um escopo a ser realizado segundo um plano já estabelecido. O momento dessa finalidade encontra a sua natural expressão no dolo. Disso se resume que o dolo não pertence a culpabilidade.

Consequência lógica foi igualmente a localização da culpa *strito sensu* no tipo legal de crime, pois, se esse último é a descrição da ação proibida, e se a culpa pertence à ação, não se pode deixar de situar no tipo o outro elemento (além do dolo) estrutural da ação (ANTOLISEI, 1969, p. 228).

Sobre a reprovação nos delitos culposos, Welzel (1997, p. 207) diz que em relação a eles regem os mesmos princípios da reprovabilidade que foram expostos: dado que antijuridicidade dos delitos culposos surge da lesão do cuidado objetivo na execução da ação do autor, a ‗possibilidade de conhecimento da antijuridicidade' significa possibilidade individual de conhecimento da contravenção do cuidado da ação do autor. Já que a contravenção do cuidado está referida sempre à possibilidade de uma lesão do bem jurídico, a ‗possibilidade de conhecimento da antijuridicidade' compreende também a possibilidade de conhecimento individual da contravenção do cuidado da ação do autor em relação à uma possível lesão do bem jurídico.[50]

Por acreditar que as diferenças entre delitos dolosos e culposos se expressam já no tipo objetivo, inclusive legalmente, divide os atos em dolosos, considerados autênticos atos finalistas, pois desde a preparação da ação busca-se seu objetivo, e culposas que, apesar de ser um acontecimento causal cego, podem e devem ser consideradas ação porque os seus efeito são ―evitáveis finalmente‖. Anote-se que nesse edifício levantado por Welzel, o dolo é um elemento da ação, ou melhor, o fator configurador-objetivo da mesma, como a culpa o é do fato culposo, e mais, o dolo pertence ao injusto (ASÚA, 1956, p. 197 e 198).

[50] Para o Welzel (2002, p. 207), é necessário distinguir a culpa consciente, que é a lesão consciente do cuidado objetivo na confiança de que o possível resultado não se produzirá, da culpa inconsciente, que é a lesão do cuidado objetivo não reconhecida, mas reconhecível pelo autor em relação ao resultado de possivel produção.

Segunda Asúa (1956, p. 199), essa foi exatamente –a mais grave e heterodoxa consequência do sistema de Welzel e que o dolo e a culpa não são _elementos‘, _formas‘ ou _espécies‘ de culpabilidade, como na dogmática tradicional, mas momentos constitutivos da ação e do injusto pessoal, por pertencerem à ação e ao tipo do injusto, saindo, assim, da culpabilidade.‖ Por sua vez, a culpabilidade é só reprovabilidade. Retém apenas o elemento normativo, não é um tipo psíquico mas um juízo de valor sobre um tipo psíquico existente ou inexistente, sendo a reprovação de um processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o fato, nas produção não dolosa de resultados, a reprovação por não havê-los evitado mediante uma atividade regulada de forma finalista.

Com a analisada teoria, a culpabilidade foi estruturada a partir de três elementos: a imputabilidade, a possibilidade de compreender o injusto e a exigibilidade de conduta conforme o direito. Cada um desses componentes, como dito, contém um juízo de desaprovação de diferente natureza.

A culpabilidade para o autor deve ser considerada um injusto específico, que se acopla à ação como consequência da decisão de valor com sentido, da vontade a favor do injusto. Essa determinação do conteúdo é a determinação da capacidade de culpabilidade (legal) para a culpabilidade da ação final individual. Capacidade de culpabilidade é a capacidade da vontade, de poder decidir razoavelmente entre os valores. Ela é dependente de uma certa maturidade emocional e moral, que se alcança com um certo estado de desenvolvimento e pode ser excluída mediante uma grave perturbação psíquica.

A teoria da imputabilidade de Welzel é baseada na natureza do homem, na sua capacidade de autodeterminação e liberdade. Ressalta ainda que a constatação da capacidade de culpabilidade deve ser feita a partir da análise concreta.

Diz o autor que com o conhecimento de que o homem, como ser determinado à própria responsabilidade, é capaz de autodeterminação conforme o sentido, e com a compreensão da estrutura categorial dessa forma de determinação, se tem dado certamente uma determinação geral da natureza do homem e de sua liberdade; mas não se tem comprovado com isso que esse homem possui realmente, na situação concreta, capacidade de autodeterminação conforme o sentido. Uma constatação desse tipo não é um juízo categorial geral, mas um juízo existencial, que expressa uma afirmação sobre a realidade individual. (WELZEL, 1997, p. 181)

Para Welzel (1997, p. 182), a imputabilidade deve ser formulada negativamente. Deve-se excluir todas aquelas pessoas que ainda não são totalmente capazes ou incapazes de ter a mesma autodeterminação do homem comum. Esses são os que por juventude, surdomudez ou por anormalidade mental não podem ser culpáveis.

A imputabilidade ou capacidade de culpabilidade é a capacidade do autor de compreender o injusto do fato e de determinar a vontade conforme essa compreensão. A capacidade de culpabilidade tem, dessa forma, um momento cognoscitivo (intelectual) e um volitivo. Conjuntamente, esses dois momentos constituem a capacidade de culpabilidade. (WELZEL, 1997, p. 182)

Quanto à possibilidade de entender o caráter injusto, diz o finalista que a reprovabilidade também pressupõe que o autor tenha podido, no caso concreto, estruturar, no lugar da vontade antijurídica da ação, uma conforme o direito, e esta última só existe quando ele reconhece o injusto do seu fato ou, ao menos tenha podido reconhecer. Dessa forma, o autor só pode ser reprovado quando estiver possibilitado de reconhecer a antijuridicidade de sua conduta (WELZEL, 1997, p. 187).

Welzel (1997, p. 187) também apresenta a ligação existente entre a imputabilidade e a consciencia da antijuridicidade quando diz que

> a reprovabilidade pressupõe que o autor capaz de culpabilidade com relação ao fato concreto tinha podido estruturar no lugar davontade antijurídica de ação uma conforme o direito: esse é o caso quando tem reconhecido o injusto de seu fato ou tenha podido reconhecê-lo. A verdade é que o reprovar da culpabilidade – o autor havia podido construir sua vontade de ação conforme o direito ao invés de uma antijurídica – só pode ser imposta ao autor quando esse estava em situação de reconhecer a antijuridicidade do seu agir.

Na sua teoria, o objeto de reprovação da culpabilidade é a vontade de ação antijurídica, que é reprovado ao autor na medida em que poderia ter consciência da antijuridicidade da ação e ela, por sua vez, poderia converter-se em contramotivo determinante do sentido. Ao autor, é mais fácil a possibilidade de autodeterminação conforme o sentido quando conhece positivamente a antijuridicidade, sendo indiferente se essa consciência é atual ao momento da comissão do fato ou se pode atualizar-se de imediato. (WELZEL, 1997, p. 195)

Nesse sentido, para a constatação da culpabilidade, Welzel entende ser suficiente que a consciência da antijuridicidade seja potencial, não sendo exigido, portanto, que tal consciência seja atual.

Diz que mais difícil resulta ao autor quando não conhece a antijuridicidade, mas podia reconhecê-la com um pouco mais de cuidado. Se houver podido conhecer o injusto do seu fato através de um maior esforço de consciência, consultas e outras formas semelhantes, o deve ser reprovado, ainda que em menor medida em relação ao primeiro caso. O erro de proibição evitável atenua a reprovabilidade e, por conseguinte, a pela na medida de sua evitabilidade. (...) Se o desconhecimento da proibição era inevitável, ficam totalmente excluídas a reprovação e a pena (WELZEL, 1997, p. 195).

Para Brandão (2005, p. 224 e 225) a maior consequência da sua teoria foi a estruturação da consciência da antijuridicidade, uma vez que caso não haja a sua concretização, a culpabilidade do agente restará excluída por erro de proibição. Como antijuridicidade e lei são coisas bem diferentes, tal elemento não deve ser confundido com a consciência da lei, pois a antijuridicidade é um juízo de valor negativo sobre a conduta que a qualifica como contrária ao direito, dessa forma, estará presente sempre que o agente tiver consições de valorar negativamente a sua conduta, de representá-la como proibilida, ruim, isso, levando ainda em consideração que o direito não é a única fonte ou ordem valorativa de condura, pois coexiste a religião, a moral, dentre outros sistemas norteadores.[51] Welzel considera que a consciencia da antijuridicidade pode ser atual, ou seja, presente na mente do autor durante o curso intelectivo da sua ação, e potencial, quando não se faz presente, no entanto, é exigível ao agente por meio de um juízo de comparação do sujeito com uma pessoa normal, nas mesmas condições, que a experiência mostra auferir dita valorização negativa.

Segundo Cerezo Mir (2004, p. 04), da estrutura lógico-objetiva da culpabilidade, deduzia Welzel apenas a necessidade de conceder relevância ao erro de proibição. Desenvolveu a chamada teoria normativa pura da culpabilidade, segundo a qual a consciência da antijuridicidade não é um elemento do dolo. Se o erro de proibição era vencível, poderia dar lugar a uma atenuação da pena, e se era invencível ficariam excluídas a culpabilidade e a pena. Suatentou assim a chamada teoria pura ou estrita da culpabilidade, segundo a qual o erro sobre as circunstâncias que serve de base às causas de justificação é um erro de proibição. Não se afirmou, no entanto, que da estrutura finalista da ação humana decorra a necessidade de se optar pela teoria pura da culpabilidade, como pensa Schünemann. Essa necessidade não decorre sequer da estrutura lógico-objetiva da culpabilidade. A teoria restrita da culpabilidade, segundo a qual o erro sobre as circunstâncias que serve de base às causas de justificação é um erro

[51] É o que Mezger chama de valoração paralela na esfera do profano.

sobre elementos (negativos) do tipo, ou deve ser tratado como se fosse, é perfeitamente compatível com a estrutura lógico-objetiva da culpabilidade.

Ainda em relação aos elementos da culpabilidade, completa Welzel, dizendo que com a confirmação tanto da imputabilidade quanto da possibilidade de conhecimento do injusto se encontra estabelecida materialmente a culpabilidade, o ―poder no lugar disso‖ do autor em relação a sua ação típica e antijurídica. No entanto, isso ainda não significa que a ação é típica e antijurídica, nem que o ordenamento jurídico fará a reprovação da culpabilidade (WELZEL, 1997, p. 210).

Pode ainda ter razões para renunciar a reprovação e, em tal medida, exculpar o autor, o absolvendo da pena. Nesses casos são consideradas situações extraordinárias de motivação, nas quais se encontra fortemente diminuída a possibilidade de motivação, conforme a norma e com isso a culpabilidade ou o ―poder no lugar disso‖ (WELZEL, 1997, p. 210).

Aqui, a exigibilidade de conduta diversa é uma situação extraordinária de motivação, diferenciada por ser uma causa fática de exculpação. Mesmo constatados os dois elementos anteriores da culpabilidade, ordenamento jurídico, em tais casos, outorga a indulgência do autor.

Em que pese a existência de importantes aspectos relativos a esse tema, por se tratar da essência desta pesquisa, a exigibilidade de conduta diversa delineada normativamente será abordada no próximo capítulo, juntamente com vários outros importantes aspectos relacionados à essa exculpante.

Segundo Mir Puig (2007, p. 414 e 415), concretamente, o conteúdo da culpabilidade no finalismo pode ser resumido pela constituição dos seguintes elementos: a imputabilidade, sem a qual se entende que o sujeito não tem liberdade para comportar-se de modo diverso de como o faz (poder atuar de outro modo). De pressuposto da culpabilidade, esta categoria passa a erigir-se em condição central de reprovabilidade, já que o núcleo da culpabilidade já não é a vontade defeituosa (da qual a imputabilidade era um pressuposto), mas as condições de atribuibilidade do injusto, e tais condições giram em torno da ideia de ―poder atuar de outro modo‖, essência que Welzel confere à imputabilidade; b) a possibilidade do conhecimento da antijuridicidade do fato. O dolo é transferido ao injusto somente como ―dolo natural‖, não se incluindo no mesmo o conhecimento da proibição (que no causalismo pertence ao dolo como *dolus malus*). O exame desse aspecto é relegado à culpabilidade, mas não mais com um conteúdo psicológico de conhecimento efetivo, mas sim como possibilidade,

normativamente determinável, de tal conhecimento. Do mesmo modo que na imputabilidade, pergunta-se se o sujeito poderia atuar de outro modo, neste ponto é verificado se o mesmo poderia conhecer a proibição do fato, como condição para poder conformar a sua conduta à norma. A falta de tal possibilidade não exclui o dolo (natural), mas a culpabilidade (erro de proibição invencível). Havendo um erro de proibição vencível, pode-se atenuar a culpabilidade, o que não ocorrerá quando existir um erro grosseiro; c) A ausência de causas de exculpação (ou de desculpa) como o estado de necessidade exculpante. Apesar de reconhecer que estas causas não excluem de forma completa a possibilidade de se atuar de outro modo, nem, portanto, a culpabilidade, se entende que as mesmas diminuem de forma suficiente para desculpar (no sentido de perdoar) o sujeito e eximir-lhe da _censura‘ de culpabilidade.

É indiscutível a importância e atualidade da teoria normativa pura para a dogmática penal atual. Tanto é assim que constitui base necessária para análise da problemática desta tese.

Como dito em linhas anteriores, daremos continuidade a sua análise, dentre outras, no próximo capítulo, no entanto, tratando especificamente da exigibilidade de conduta diversa.

4 DO CONCEITO MATERIAL DE CULPABILIDADE

Nos capítulos anteriores desta tese, foram expostos os aspectos formais da culpabilidade. A partir daqui, daremos continuidade ao estudo da culpabilidade nos atendo detalhadamente ao seu aspecto material, tomando como norte as teorias de Welzel, Roxin, Jakobs e Zaffaroni, sem prejuízo, contudo, da exposição de forma menos metódica das contribuições de outros doutrinadores que tiveram destaque no processo de construção desse conceito.

A definição do aspecto material de culpabiliadade exige ir mais além do mero cumprimento do conteúdo formal da culpabilidade, uma vez que ao se questionar o fundamento material da culpabilidade, se analisa o motivo do Estado impor uma pena a determinadas pessoas qualificadas como culpáveis. Tende a converter-se no argumento teleológico – baseado em considerações éticas, sociológicas ou ideológicas – que legitima o conjunto de elementos que o direito positivo concreto acolhe na posição sistemática da culpabilidade. Esse conceito material pretende servir como critério legitimador e delimitador do *jus puniendi* do Estado, se convertendo, portanto, em um conceito de importância capital, visto que pode chegar a permitir desenvolver causas supralegais de exclusão da culpabilidade (AGUADO, 2003, p. 103).

Como visto em linhas anteriores, a concepção atual de culpabilidade é uma construção que se inicia com a teoria normativa, apesar do termo ser bastante utilizado anteriormente, de ser entendido como sinônimo de responsabilidade.

Esse marco se justifica por apenas a partir dali a culpabilidade ser concebida como juízo de reprovação pessoal que se dirige ao sujeito que, apesar de poder cumprir as determinações das normas jurídicas, praticou uma ação constitutiva de um tipo penal, realizando, assim, uma conduta prevista como delito mesmo havendo a possibilidade de agir de forma diferente. Nesse sentido, Roda (1977, p. 16-18) acrescenta que ‒a culpabilidade como requisito da noção de delito constitui uma construção da dogmática jurídica submetida, como tal, ao marco representado pela lei.‖

Lembra ainda que com a teoria finalista, há a continuação dessa essência normativa, mas com duas mutações de índole sistemática que foram propostas. A primeira ao conceber a ação de modo final e incluir, consequentemente o dolo no tipo, entendido como conhecimento e vontade de realizar o fato típico, e a segunda, ao considerar o delito culposo ou imprudente como uma forma de infração, carente de um

estudo sistemático em boa medida, próprio e independente. Como resultado dessas duas mudanças, a culpabilidade adquire um nova sistemática do delito.

Como se percebe, a partir da normatização da culpabilidade, ela é definida como um juízo de reprovação cujo pressuposto é o poder do sujeito de adaptar a sua conduta às normas do direito. Nesse momento também surge uma série de questionamentos, de observações acerca desse ―poder‖, da liberdade de ação, com relação à forma da sua identificação diante dos casos concretos, aos limites do cientificamente factível.

Há culpabilidade quando a conduta do autor não é como exige o direito, pois o autor poderia realizá-la de acordo com a norma. Nessa dupla relação, de não dever ser antijurídica quando podia ser jurídica, consiste o caráter específico da censura na culpabilidade (WELZEL, 2002, p. 125).

O finalismo, fundamentando novo conteúdo, com requisitos distintos, consequência da adoção dessa culpabilidade na ideia de homem que tem a possibilidade de atuar conforme o direito, acaba concebendo o referido elemento do crime como um juízo de reprovação que recai sobre a resolução da vontade, pois o autor poderia adotar, no lugar de uma resolução de vontade antijurídica, uma conforme a norma. Examinando a situação particular e o indivíduo concreto, conclui o finalismo que o sujeito culpável poderia dirigir a sua vontade no mesmo sentido do comando normativo.

Quanto à essência da culpabilidade, Welzel (2002, p. 127) diz que esta consiste em uma qualidade negativa da conduta do autor, podendo ser definida, em termos mais precisos, por meio da palavra reprovabilidade.

Ressalte-se, porém, que o seu conceito de reprovabilidade não é o mesmo conceito desenvolvido por Frank, uma vez que na teoria de Welzel, é o que deve o sujeito à comunidade jurídica por sua conduta contrária ao direito, desde que tenha podido atuar conforme as normas. É, assim, um conceito valorativo negativo e, dessa forma, graduável. A culpabilidade pode ser graduável, de acordo com a importância que tenha a exigência do direito ou segundo a facilidade ou dificuldade que teve o autor de satisfazê-la. Nesse diapasão, a vontade da ação tem uma culpabilidade maior ou menor; é mais ou menos culpável, mas ela, em si mesma não é culpabilidade que, por sua vez, consiste em uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação, mas não consiste na vontade. Por isso, Welzel contesta a antiga doutrina que defende ser a culpabilidade um

> determinado estado anímico, pois esse estado anímico pode ser portador de uma culpabilidade, mas não é, em si mesmo, a culpabilidade (WELZEL, 2002, p. 127-128).[52]
>
> As concepções normativas do neokantismo não romperam de maneira definitiva com o psicologismo, pois insistiam em manter o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, de modo que a culpabilidade era centrada numa espécie de vontade defeituosa. Com o finalismo, em contrapartida, a culpabilidade se limita a reunir as circunstâncias que condicionam a reprovabilidade do fato antijurídico, de tal sorte que o objeto da reprovação se encontra no injusto, enquanto na culpabilidade estão as condições que permitem atribuí-la ao seu autor (MELLO, 2010, p. 159).

Segundo Gallas (1959, p. 61), no finalismo antijuridicidade e culpabilidade valoram o mesmo objeto, a ação, em que a antijuridicidade é valorada preferentemente em atenção à realização da vontade e a culpabilidade mais no sentido da formação da vontade. Nesse sentido, a diferença entre a antijuridicidade e a culpabilidade não está no objeto de valoração, que é o mesmo, a conduta, mas sim na escala da valoração, pois a antijuridicidade é examinada na conformidade ou não da conduta com a ordem jurídica e a culpabilidade se refere à censura pessoal, quando o autor atuou de modo contrário ao direito quando podia agir de modo diverso.

A culpabilidade passa a ser um juízo de valor sobre a resolução da vontade, a qual passa a ser objeto de valoração da culpabilidade, dessa forma, o autor será censurado penalmente quando podia adotar uma resolução de vontade conforme a norma, no lugar da antijurídica. Nesse sentido, sobre a questão generalizante trazida do barema do homem médio, que a possibilidade de atuar conforme o direito não se verifica num sentido abstrato, comparado a conduta do agente com a de outro homem, no lugar do autor. Ao contrário, assevera que isso se verifica num determinado sujeito, em certa situação, se poderia adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma.

Para o autor (2002, p. 155-156), o juízo da culpabilidade só pode censurar o sujeito que pode, com livre determinação, conhecer e dirigir seu comportamento conforme o sentido. Nessa linha, os elementos constitutivos da culpabilidade são aqueles necessários ao sujeito, para que o mesmo adote uma resolução de vontade

---

[52] Destaca-se, no finalismo, a distinção sustentada inicialmente por Graf Zu Dohna, entre objeto da valoração e valoração do objeto. A culpabilidade, entendida como esse juizo de reprovação, pressupõe uma certa vontade ou uma certa conduta, como seu suporte específico. Somente uma vontade (antijurídica) ou uma ação (típica, antijurídica) pode ser culpável, num sentido relevante para o Direito Penal. Assim, uma vontade pode ter uma culpabilidade maior ou menor, mas ela não é em si a culpabilidade. Por isso se estabelece uma clara distinção entre a teoria normativa pura, em que a culpabilidade é uma qualidade valorativa negativa da vontade, das teorias normativas que precederam, pois a culpa e o dolo integravam em maior ou menor medida, o conteúdo da culpabilidade (MELLO, 2010, p. 159).

conforme o direito. Dessa forma, a culpabilidade concreta é formada por elementos intelectuais e volitivos. Quando o sujeito não tem a possibilidade de atuar conforme o direito, seja porque lhe falta capacidade de culpabilidade (imputabilidade), seja porque há carência no elemento intelectual da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude) ou seu elemento volitivo (exigibilidade de conduta diversa), o sujeito não será culpável.[53]

Como visto no capítulo anterior, a estrutura da teoria do delito desenvolvida por Welzel perdura, com poucas alterações, até o início do século XXI, no entanto, muito controvertida, debatida, defendida e combatida é a sua concepção de culpabilidade material, fundada num livre-arbítrio que, por sua vez, é formado a partir de ―capas‖ de determinismo, em que o sujeito será culpável apenas quando, em uma análise retrospectiva, poderia ter atuado de outra maneira, ou seja, o sujeito é culpável quando pratica um ilícito penal na medida em que poderia, no caso concreto, ter dirigido sua vontade em conformidade com o direito e assim não o fez. Nesse sentido, a construção do conceito de injusto pessoal e a concepção de culpabilidade em Welzel têm íntima correlação com a ideia de livre-arbítrio. Mello (2010, p. 161 e 162) acrescenta que, longe de tratar a questão da liberdade nos moldes clássicos, o livre-arbítrio em Welzel é discutido em um triplo aspecto (antropológico, caracterológico e categorial) adiante analisado.

No aspecto antropológico, Welzel (2002, p. 135-136) diz que o homem se caracteriza negativamente pela sua liberdade em relação às formas inatas e instintivas de condutas, e positivamente pela capacidade e pela tarefa de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta por meio de atos inteligentes; a liberdade existencial, portanto, seria uma característica positiva e decisiva do homem, a vinculação de seu espírito a critérios de verdade, de sentido e valor. A capacidade de realizar ações finais é o primeiro requisito essencial do homem e é exatamente nessa capacidade que estão os pressupostos biológicos da desvinculação dos impulsos. Para Welzel, a diferença entre o homem e o animal impõe uma dura carga, que é a perda da segurança da vida meramente instintiva, que confere ao animal um sistema de ação para o futuro. Assim, o homem livre desta segurança instintiva, deve elaborar, por meio da educação, da autoinformação, um sistema de ações para o futuro, como ser responsável, o que o

[53] Válido registrar a observação de Roxin (2003, p. 793) quando diz que Welzel faz diferença entre causas de exclusão da culpabilidade (por inimputabilidade e por falta de potencial consciência de ilicitude) e de exculpação (por inexigibilidade de conduta diversa), por no segundo caso não haver propriamente ausência de culpabilidade, mas sim, a sua redução a um patamar mínimo do qual deriva uma indulgência do legislador em face da debilidade humana.

separa a existencialmente e normativamente do animal. Essa liberdade existencial e desvinculação do orgânico, do instintivo, é a carcaterística positiva e decisiva do homem.

Quanto ao aspecto caracteriológico, Welzel (2002, p. 137-138) trata do retrocesso das formas inatas de conduta e das aparição de um ―eu‖ (centro regulador responsável), fazendo com que a estrutura anímica do homem tenha uma pluralidade de ―capas‖. Em um nível mais profundo, estão os impulsos de conservação da espécie, de autoconservação, desejos, aspirações anímicas e sobre esses impulsos, eleva-se o ―eu‖ como centro regulador, que dirige esses impulsos racionalmente conforme sentido e valor. Nesse sentido, todos os impulsos, desde aqueles situados na capa mais profunda, como os que emergem do ―eu‖ responsável, possuem um duplo aspecto: uma determinada força e um determinado conteúdo de sentido. No âmbito mais profundo, quando há contraposição entre dois impulsos, a prevalência fica-se pela força do impulso, enquanto no âmbito mais elevado – que envolve o ―eu‖ regulador, não é levada em conta apenas a força, mas também o seu conteúdo e sentido e a sua significação valorativa para uma configuração correta da vida. Os diversos conteúdos de sentido convertem-se em motivos (razões objetivas) nos quais se apoiam as respectivas decisões da vontade. Porém, são os impulsos da ―capa profunda‖ o pressuposto material dos atos conforme o sentido.

Em relação ao terceiro aspecto, o categorial, Welzel (2002, p. 139-145) questiona como é possível ao homem dominar a coação causal por meio de uma direção orientada a sentido, em virtude da qual, unicamente, é possível fazê-lo responsável por haver adotado a decisão errada ao invés da correta. Ressalta que a resposta não pode ser feita pelo tradicional indeterminismo, que acredita, por sua vez, nada determinar o ato de vontade, nem pelo determinismo tradicional, que crê na existência de apenas uma forma de determinação (monismo causal). Prega que há concorrência de várias formas de determinação. No entanto, o sujeito cognoscente não deve ser apenas objeto do jogo dos seus impulsos, mas tem que ter capacidade de compreender o impulso do conhecimento como uma tarefa plena de sentido, que deve ser afirmada ante os impulsos contrários. Dessa forma, o homem será responsável pelo impulso do ato de conhecimento, e a liberdade de vontade, pois, será a possibilidade de reger-se conforme o sentido, ou seja, a liberdade não é a possibilidade de eleger arbitrariamente entre o que tem sentido e o absurdo, entre o valor e o desvalor, pois a liberdade não é um estado,

mas sim um ato, ato este de liberação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme um sentido.

Como se percebe, a questão do livre-arbítrio surge para Welzel a partir da seguinte pergunta: como é possível o domínio da coação causal de se fazer responsável por uma certa decisão no lugar de outra? Com base filosófica, se questiona como é possível o ser humano dominar o curso causal e se fazer responsável por uma ação em face da possibilidade de realizar outra, indicando como caminho para a resposta reflexões sobre o ato de conhecer.

Nesse sentido, segundo o autor, o ser humano é composto por vários estratos. Há estratos inferiores, chamados de reguladores biológicos, que são formas inatas, instintos, emoções, que não diferenciam o homem do animal que, por sua vez, influenciam as demais capas (superiores).

O que diferencia o homem dos animais, portanto, é a razão, é a capacidade de dominar os impulsos causais dando motivo para os mesmos em face do ―eu‖. O ―eu‖ é que dá sentido aos impulsos causais (tarefas plenas de sentido ou a partir de um sentido), sendo influenciado pelas capas superiores apesar de ser capaz de se livrar desses impulsos causais uma vez o que o ser humano pode agir de forma inteligente (dando sentido às suas ações) que, pode conhecer não só a si mesmo, mas também as estruturas lógico-objetivas das coisas.

Segundo Welzel, em face da razão, o ser humano tem capacidade de conhecer a essência das coisas e, por isso, por conhecer as estruturas lógico-objetivas dos objetos, pode conhecer a própria realidade.

Assim, Welzel acredita que o ser humano pode quase que tocar a realidade, que a linguagem é apenas uma forma de intermediar o conhecimento do ser humano e a modulação disso em som seria capaz de dizer exatamente a realidade das coisas, havendo, portanto, a exata correspondência entre objeto e linguagem. Percebe o ser humano como sujeito pleno (fundo antropológico), capaz de conhecer a realidade das coisas e de agir não por simples impulsos causais, mas com sentido, com significações.

O conhecimento das estruturas lógico-objetivas leva à ideia de que os atos de pensamento, de conhecer, são atos que não estão a depender de cursos causais, uma vez que são derivados da estrutura lógico-objetiva dos objetos, dessa forma, eles não ficam condicionados pelos estratos-inferiores (como o ser humano pode conhecer essas estruturas lógico-objetivas que existem independente do tempo, pode conhecer a

realidade, chegar à essência das coisas, não pode ser considerado produto dos seus impulsos causais).

Nesse diapasão, os pensamentos seriam independentes, videntes e determinariam a si mesmos, uma vez que não estão submetidos apenas ao sujeito, mas o ato de conhecer pressupõe também as estruturas lógico-objetivas das coisas que, por sua vez, é algo que está fora do sujeito (porém, é evidente que o sujeito também interessa pois os reguladores biológicos também influenciam).

Welzel não adota um total indeterminismo pois as estruturas lógico-objetivas das coisas, a essência dos objetos (que para ele é possível se chegar, isso, dentro da filosofia da linguagem) constituem uma limitação. O indeterminismo é limitado posto que se fosse ilimitado Welzel diria que o ser humano, por si mesmo, teria pensamentos independentemente de causas. Ao contrário, ele defende que os estratos inferiores condicionam os seres humanos, que fazem parte do inconsciente.

A diferença é que o ser humano pode racionalizar os estratos inferiores mesmo sendo influenciado por eles uma vez que a razão permite que o ele conheça os objetos, as estruturas lógico-objetivas do mundo, a realidade, dessa forma, é determinado por isso, pelo conhecimento não estar só condicionado pelo sujeito, mas também pelas estruturas lógico-objetivas das coisas.

Se o sujeito age puramente por impulso causal, não há ação para o Direito Penal, por isso, de forma figurada se diz que a causalidade é cega e a finalidade é vidente.

Segundo Mello (2010, p. 163), Welzel conceitua a culpabilidade como a falta de autodeterminação conforme o sentido em um sujeito que era capaz de tê-la. Não é a decisão em si mesma, mas sim o fato do ser humano deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor. Portanto, a culpabilidade não seria uma livre decisão em favor do mal, ela consiste no fato do sujeito deixar-se prender pela coação causal dos impulsos, sendo capaz de determinar-se conforme o sentido. Conclui, nesse sentido, que a culpabilidade não é um ato de livre determinação, senão precisamente a falta de uma decisão conforme o sentido em um sujeito responsável (WELZEL, 2002, p. 164). Dessa forma, em face dessa capacidade de autodeterminação conforme um sentido, o finalismo pressupõe a imputabilidade, como capacidade de culpabilidade, no sentido referido de capacidade de compreensão do injusto e capacidade de determinação de vontade conforme o sentido.

Nesse diapasão, é possível dizer que a estrutura da culpabilidade é delineada da seguinte forma: a culpabilidade é a reprovabilidade do fato antijurídico individual, cujo pressuposto existencial é a capacidade de autodeterminação livre (conforme um sentido) do autor, ou seja, sua imputabilidade. A culpabilidade individual termina sendo a concreção da capacidade de culpabilidade em relação ao fato concreto individual. A reprovabilidade se refere a uma conduta antijurídica real, ou seja, se arrima nos mesmos elementos concretos em cuja a concorrência geral constitui a capacidade de culpabilidade: o autor terá que conhecer (efetiva ou potencialmente) o injusto do fato concreto, bem como ter a possibilidade de decidir por uma conduta conforme o direito nas circunstâncias do caso concreto. Assim, a reprovabilidade concreta é formada, da mesma forma que a imputabilidade, de elementos intelectuais e volitivos, sendo a consciência real ou potencial da ilicitude o elemento intelectual da culpabilidade e a exigibilidade de obediência ao direito o seu elemento volitivo (MELLO, 2010, p. 164-165).[54]

A culpabilidade formal para Welzel compreende os elementos do fato que, em uma ordem jurídica determinada são exigidos positivamente como pressupostos para a imputação, ou seja, consiste na totalidade dos componentes intelectuais e volitivos que são considerados normativamente como requisitos para a imputação pessoal. Já a culpabilidade material, objeto do presente capítulo, se fundamenta na possibilidade do homem concreto atuar conforme o direito quando atuou de maneira contrária ao mesmo. Trata-se da possibilidade de atuar de outro modo, forma esta, compatível com o direito, que, por sua vez, é algo centrado em uma ideia de liberdade de vontade que sustenta a reprovabilidade da conduta antijurídica. Este é conteúdo material da culpabilidade finalista, que, inclusive, representa o ponto de partida das teorias contemporâneas da culpabilidade, seja para reafirmar a ideia de liberdade, seja para negá-la, em razão da sua inverificabilidade empírica.

Para Welzel, além de pressupor o conhecimento das estruturas lógico-objetivas dos objetos, é necessário que a ação esteja livre de determinantes externos, pois exige-se o domínio dos estados anímicos e liberdade de vontade para o autor é a capacidade de reger-se de acordo com os próprios sentidos.

---

[54] Os critérios jurídicos fundamentais da culpabilidade fluem diretamente das determinações antropológicas básicas do homem como ser atuante e conformador de seus impulsos. Firmam-se, assim, como elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a consciência real ou potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, os quais continuam sendo utilizados mesmo no início do século XXI (MELLO, 2010, p. 165).

Então, o ato de conhecer pressupõe tanto o conhecimento das estruturas lógico-objetivas quanto a ausência de determinantes externos, ou seja, que o agente tenha vontade (liberdade de vontade ou possibilidade de reger-se conforme os seus sentidos e não de a partir de condicionantes externos), pois o agente que age de acordo com os condicionantes externos não deve ser reprovado. Inclusive, a partir daqui, constata-se que a culpabilidade em Welzel pode ser graduada porque a maior ou menor possibilidade de agir conforme o direito pode ser constatada caso a caso. Além de manter a culpabilidade no centro da responsabilidade penal, de colocá-la como limite e fundamento da pena, a estabelece como medida da pena.

Baseia-se, portanto, na ideia de liberdade de vontade e considera como pressuposto fundamental da responsabilidade o poder atuar de outro modo. Assim, as causas que excluem a culpabilidade devem encontrar como fundamento a ausência, no autor, da dita possibilidade de atuar de outra forma (PUIG, 2006, p. 162).

Segundo Prado (2015, p. 432), na teoria de Welzel, a culpabilidade formal está fundamentada na culpabilidade material, que, segundo este autor, se cristaliza na concepção do poder atuar de outro modo.

A exigibilidade de outra conduta, por conseguinte, ―debruça-se sobre a liberdade do agente que o reprova pelo mau uso da dita liberdade, a saber: o agente é censurado por ter escolhido se comportar contrário ao direito, quando podia se comportar conforme o direito.‖ (BRANDÃO, 2005, p. 224)

No mesmo sentido, Dias (2011, p. 65) diz que a culpabilidade da vontade na teoria de Welzel é uma culpabilidade da vontade potencial, em que o comportamento ilícito será culpável sempre que o agente individual seja, concretamente, capaz de se deixar determinar pelo dever jurídico de atuar de acordo com a norma.

À essas considerações relativas à liberdade do agente merecem ainda ser acrescentadas algumas questões sobre a ideia de reprovação pessoal. Acrescenta Roda (1977. p 25-27) que a culpabilidade na doutrina normativa exige que o autor tenha consciência da antijuridicidade (da norma proibitiva dos delitos dolosos ou da norma que prevê o dever de cuidados, nos culposos) já que é considerada um juízo de reprovação em face do autor ter agido ilicitamente quando podia ter agido licitamente, mas isso não se confunde com a existência de um sentimento ou vivência de culpabilidade no sujeito, entendida como juízo de reprovação que o próprio agente faz sobre si mesmo, pois esse sentimento pode existir por várias razões em um ser humano, sem que dita vivência leve a ação delituosa e que uma ação delitiva pode ser cometida

sem que concorra sentimento alguma relativo à culpabilidade no agente por as mais diversas causas. Assim, o ato se situa em uma lógica que não corresponde à uma forma pessoal de viver os acontecimentos, mas que se enraíza no campo das relações sociais. O caráter eticamente neutral da ação realizada pode certamente explicar também a ausência do referido sentimento de culpabilidade do agente.

Nesse sentido, até mesmo pela inviabilidade prática, a doutrina dominante prescinde a exigência de se constatar a existência de dito sentimento ou vivência na pessoa do infrator. Condicionar a culpabilidade à uma realidade do psiquismo do agente traria como consequência isenções de responsabilidade dificeis de admitir, sendo mais um pressuposto da culpabilidade do que a verdadeira noção desta. Além disso, a capacidade inibidora das normas estará, em boa parte, em função de um fato que não se relaciona com o referido processo de aceitação das mesmas na consciência do sujeito, a saber o grau de realização de tais normas na vida social, por conseguinte, o grau de controle exercido pela administração da justiça sobre os referidos fatos e da crença dos indivíduos sobre a eficácia alcançada no dito controle (RODA, 1977, p. 31).

É claro que a inviabilidade de tal análise para a constatação da culpabilidade nos casos concretos não legitima a criação ou manutenção de uma legislação inadequada em relação às exigências valorativas da sociedade. Mas é inegável que a concepção normativa de culpabilidade a entende como juízo de reprovação dirigido ao sujeito, que inexige a existência de um sentimento ou de uma vivência desse juízo pelo indivíduo, dispensando, assim, um juízo desvalorativo do sujeito sobre a sua própria decisão de delinquir.

Dessas discussões, chega-se ao ponto de se questionar se em face das dificuldades de se constatar idealmente a culpabilidade, esse conceito não deve ser substituído pela verificação da necessidade da pena com base na política criminal, de prevenção geral e especial, sob a promessa de com isso não serem restringidas os aspectos garantistas da culpabilidade normativa, lembrando ainda, que a doutrina do livre-arbítrio não impede a existência de abusos.

Roxin (1987, p. 536), por exemplo, diz que no finalismo a culpabilidade está assentada sobre quatro pensamento que, embora amplamente aceitos, são questionáveis: a) o delinquente transgride a lei penal, embora tivesse o poder de se comportar de outra maneira, vale dizer, com fidelidade ao direito (livre-arbítrio); b) esse comportamento direcionado contra o Direito Penal, escolhido livremente, fundamenta uma reprovação moral e, com isso, a culpabilidade do autor (reprovabilidade moral); c) a reprovação do

fato legitima o Estado a retaliar mediante a imposição de mal, que assumirá uma das formas admitidas correspondentes à intensidade da culpabilidade (culpabilidade como medida da pena); d) a pena retribuidora da culpa é o meio mais conveniente para o combate ou evitamento de modelos de comportamento socialmente danosos (pena retributiva versus combate à criminalidade). Além das considerações críticas sobre os dois primeiros pensamentos, em relação aos dois últimos diz que, em primeiro lugar, ainda que fosse possível determinar tanto a culpabilidade como a reprovabilidade moral, não haveria garantia de que a pena serviria de retribuição à culpa. A hipótese de que uma lesão corporal seria recompensada por um determinado tempo de prisão do agressor é irracional e sua ferida não curará mais depressa em razão disso. Também não se pode aceitar, sem mais, que a tese de que a pena é o melhor instrumento de combate à criminalidade, afinal, combater é um juízo prospectivo e retribuir, retrospectivo, ―finalidades preventivas são de natureza diversa da retribuição‖ (TANGERINO, 2011, p. 94).

Conde (2007, p. 136), acerca dos referidos questionamentos, alerta que há a difícil situação de ter que se decidir entre dois extremos igualmente questionáveis: ou aceitar a capacidade humana de atuar livremente e aceitar também, com isso, o conceito de culpabilidade; ou negar esta capacidade, negando, com isso, ao mesmo tempo, a culpabilidade como elemento ou categia do delito.[55]

Mesmo assim, segundo Roda (1977, p. 33), com a eliminação da culpabilidade e sua substituição pela exigência referente à necessidade da pena, não se pretende de modo algum abandonar o conjunto de garantias em favor do indivíduo centradas no rechaço de toda responsabilidade objetiva ou pelo resultado (...) Não se persegue por em perigo o conjunto de princípios de cunho liberal e relacionado às características da pessoa humana aos que a concepção da culpabilidade respondia. Se aduz, assim, a existência de sistemas jurídicos-penais, tais como os dos países escandinavos e anglo-saxônicos, nos quais a falta da ideia de culpabilidade não gera abusos do direito de punir e, por outro lado, a manutenção da doutrina do livre-arbítrio não impede, em contrapartida, em outros sistemas jurídicos tais como o espanhol, a aparição dos referidos abusos.

Para esse autor (1977, p. 35-53), o primeiro problema da doutrina de Welzel diz repeito exatamante ao objeto desta tese: a dificuldade ou talvez impossibilidade de se identificar seguramente os casos de inexigibilidade de conduta diversa, pois as teorias

[55] Ao tratar do funcionalismo ainda neste capítulo, tal discussão voltará à tona de forma mais detalhada.

normativas, ao pretenderem condicionar que o juiz constate que o acusado no momento de cometer a sua ação era possível agir de modo distinto da forma que agiu, excede os limites do factível. Conceber a culpabilidade como o juízo de reprovação por não haver evitado o sujeito a comissão do delito quando podia fazê-lo, não comporta, com efeito que se atribua ao juiz o dever de averiguar se o acusado no momento de cometer o fato delitivo gozava do referido poder e de limitar a formulação do particular e concreto juízo de culpabilidade aos supostos em que essa averiguação haja conduzido a uma resposta afirmativa.[56] Resume dizendo que os principais problemas da teoria normativa são: a) impossibilidade dos Tribunais constatarem efetivamente a existência de liberdade de atuação do condenado na situação concreta em que cometeu o delito submetido à juízo e; b) nas dificuldades de conceber a culpabilidade como uma reprovação, quando o certo é que a formulação deste não pressupõe a existência de autoreprovação alguma do agente.

Essa problemática ainda se desenvolve sinalizando no sentido de considerar-se satisfeita a referida análise a partir da utilização do critério ―homem-médio‖ no julgamento de casos concretos em que seja levantada a questão da inexigibilidade de conduta diversa como tese defensiva. Como são evidentes as dificuldades práticas para chegar a se afirmar, em virtude de um juízo individualizador, que o agente, no caso concreto, tinha liberdade de atuação ou não, entende-se que as situações de ausência ou redução da capacidade devem ser consideradas como aqueles estados que produzem um tal efeito de ausência ou diminuição em qualquer pessoa em que concorra o conjunto de elementos integrantes da respectiva situação concreta.

Alguns, como Muñoz Conde e Mercedes Gárcia Arán (2004, p. 353), dizem que a exigibilidade de conduta diversa é indemonstrável no caso concreto, pois, ainda que se repetisse a mesma situação que se atuou, haveria sempre outros dados, novas circunstâncias e etc. E, mesmo que se partisse para a análise do ―homem comum‖, o pressuposto seria puramente descritivo e insuficiente para fundamentar o conceito de culpabilidade que tem fins pragmáticos e serve para justificar e limitar a imposição de uma pena para o autor de uma fato típico e antijurídico.

É nesse sentido que se afirma que a concepção finalista é cientificamente insustentável, já que se baseia em argumentos racionalmente indemonstráveis: a capacidade de poder atuar de forma distinta a que agiu, algo que se pode crer, mas não

[56] Nesse momento, o autor lança dúvida sobre a o posicionamento da noção normativa de culpabilidade acerca dessa questão. Diz ‖Questão distinta, cujo estudo não iremos efetuar aqui, é se um consequente e pleno desenvolvimento da noção normativa de culpabilidade atribuirá ao juiz tal missão‖ (RODA. 1977, p. 36).

se pode demonstrar. Completa relatando a forma com que a liberdade de ação é vista e demonstrando a sua fragilidade em relação aos fins, dizendo que, aparentemente, existe uma capacidade de eleição de várias opções nas pessoas, que constitui o pressuposto do atuar humano social e juridicamente relevante, mas esse pressuposto é puramente descritivo e é insuficiente para fundamentar o moderno conceito de culpabilidade, que tem fins pragmáticos e serve para justificar e limitar a imposição de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico. ‒Um coisa é certa: entre as várias opções possíveis, sempre se pode eleger, mas não sabemos quais são as razões últimas que impulsionam a eleger uma ou outra opção. Por isso, é impossível fundamentar a culpabilidade em algo que não conhecemos suficientemente.‖ (CONDE, 2007, p. 137)

Para Roda (1977, p. 78), é necessária a consideração as variações experimentadas no poder do sujeito de atuar conforme o direito no momento da comissão do delito. Como mostra a diversidade de cada infração, como ato humado, cabe pensar que o poder do agente de adaptar sua conduta à normas jurídicas, como dado suscetível de análise empírica, ofereça grandes variações na realidade, por diversos fatores, tanto de índole hereditária como de ordem ambiental. Na complexa evolução da sociedade, a incitação ao consumo, a consciência de que certas práticas constitutivas de delito estão permitidas e a frequente incidência de situações-limite no atuar do indivíduo, constituem algumas amostras da variedade de circunstâncias que podem influir na *génesis* do fato delitivo e na capacidade do sujeito atuar conforme o direito.

Nesse diapasão, pretender que a justiça penal consiga uma perfeita adequação das sanções à totalidade das características particulares das ações concretamente cometidas não parece possível. Mais além, as circunstâncias que retiram esse ‒poder atuar de outra forma‖, aludidas pela legislação, não pressupõem para a sua aplicação que o sujeito, de fato, no caso concreto, estivesse impossibilidade de agir conforme o direito.

Em contrapartida, inevitavelmente, há os casos em que há a ausência de liberdade, do ‒poder agir conforme o direito‖, em que pese a falta de previsão legal dessas situações como causa de exculpação.

Segundo Aguado (2003, p. 93), a teoria normativa da culpabilidade inicia um processo espiritualizador da mesma, a partir da introdução da referência à valores e fins como guia interpretativo e, com isso, é legitimadora; processo que posteriormente se viu acentuado com as aportações finalistas e a inclusão do dolo e da culpa na tipicidade,

liberando a culpabilidade de conteúdo psicológico. Inspirada em valores, a culpabilidade acabou legitimando a intervenção estatal nos conceitos valorativos subjacentes: a imagem do homem que propunha e sua relação com a sociedade. A partir desse momento, a crítica ao conceito material de culpabilidade referente à valores, baseado na ideia de reprovação, como elemento legitimador do *jus puniendi* tornava-se independente do debate teórico sobre a culpabilidade como categoria dogmática do delito, atingindo, segundo o autor, o modelo de sociedade e de intervenção penal (legitimidade).

Completa García Arán (1988, p. 74) que a reprovação baseada no livre-arbítrio considera um homem livre e autônomo, de perfil individualista na dialética liberal do enfrentamento estado-cidadão como sujeitos de reprovação mas, ao mesmo tempo, quiçá por isso, predominam os conceitos generalizadores, bem como os fundamentos da concepção, integradores do juízo da reprovação, posto que desde a infração da norma genérica de dever, que supõe a obrigação de determinar-se em Goldschimidt, até a mesma ideia de dever resultante da ―objetividade da lei moral‖, em Kaufmann, não se olvida do conceito de ―homem médio‖ como barema de determinação da exigibilidade, ainda que se introduza a valoração das circunstâncias pessoais e a situação do autor.

Esse intenso debate acerca da culpabilidade como reprovabilidade gera também certa crise do modelo de legitimação, que deriva do próprio conceito de homem e suas relações com o Estado em que se fundamenta. O conceito de culpabilidade material, desde a teoria normativa, assumiu funções à legitimação da intervenção penal mediante a assunção de referências valorativas, está submetido à crise de legitimação próprias da evolução social e à necessidade constante de racionalização e relegitimação da sociedade em evolução democrática.

De todas essas críticas à teoria finalista ação, notadamente na década de 60 do século passado, se inicia um processo de renormatização do pensamento jurídico-penal. Há o afastamento da pretensão de, com base no mundo do ser, criar, por meio de conceitos ontológicos, das estruturas lógico-objetivas (pré-jurídicas, consideradas vinculantes ao legislador), o sistema analítico do crime. Eis o surgimento do funcionalismo.[57]

[57] Segundo Aguado (2003, p. 80 e 81), ante os questionamentos em torno do livre-arbítrio, a doutrina tem adotado diversas posturas com critérios distintos para a fundamentação do conceito material de culpabilidade. As teorias que concebem a culpabilidade como acessibilidade normativa, a teoria da motivação e a teoria funcional da culpabilidade abandonaram a ideia de reprovação, ao menos explicitamente, e tendem a converter em atributividade, responsabilidade ou motivação. O problema do livre-arbítrio é evitado, fixado como elemento alheio a discussão ou, simplesmente, dispensando.

> Rechaçar o conceito tradicional de culpabilidade não significa necessariamente ter que renunciar o mesmo como categoria jurídico-penal, mas a necessidade de buscar um fundamento distinto. Para isso, há que decidir por abandonar de uma vez por todas a velha concepção, produto da ideologia individualista dominante no momento em que surgiu como categoria autônoma dentro do Direito Penal. Essa concepção vê na culpabilidade um fenômeno individual isolado que só afeta o autor de um fato típico e antijurídico. Mas realmente não há uma culpabilidade ou culpabilidade em si, mas uma culpabilidade em referência aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da conduta, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputar-se a alguém como seu autor e fazer-lhe responder por ela. É pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais existentes em um momento histórico determinado, quem define os limites do culpável e do não culpável, da liberdade e da ausência de liberdade (CONDE, 2007, p. 139)

Conforme alerta Puig (2006, p. 161) acerca desse momento pós-finalista, as opiniões doutrinárias se separam no momento de se contestar a pergunta acerca dos motivos da existência da diferença entre os inculpáveis, que tem como consequência a exclusão da responsabilidade penal, apesar do cometimento de uma fato proibido por lei. O finalismo responde com base na ideia de retribuição, já o funcionalismo, como será adiante visto, com base na ideia de prevenção geral positiva.

A nomenclatura ―funcionalismo‖ é adequada à essa corrente visto que nela busca-se que os conceitos básicos da teoria do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) sejam desenhados de acordo com suas respectivas funções dentro do Direito Penal. Para o funcionalismo, o conteúdo das categorias do sistema dogmático deve ser definido em função do que se apresente mais adequado ao sistema social em geral ou a um subsistema social, como o subsistema Direito Penal.

Os referidos conceitos devem ser criados a partir desse método orientado a partir das funções desempenhadas nos sistema para que possam cumpri-las da melhor forma possível, fazendo com que o Direito Penal obtenha êxito como sistema de controle social, assegurando, assim, que as expectativas normativas que demarcam o papel de cada pessoa, não sejam frustradas. Busca-se, portanto, fazer com que o sistema penal permaneça estável e que além disso, que os elementos do crime não operem de forma independente, isolada, mas sim, de forma atrelada num mesmo sentido, com o mesmo norte, com o objetivo central de fazer com que o Direito Penal realize as finalidades propostas baseado nas teorias preventivas da pena, guiando com eficiência a política-criminal que se dispõe a desenvolver.

Nesse sentido, a justificativa ou razão da existência das correntes funcionalistas, que tem em comum apenas o método neokantista, é a pretensão de se construir a teoria do crime por meio de conceitos formulados a partir da missão político-criminal do Direito Penal e as finalidades da respectiva teoria da pena. Neste trabalho, dada a maior repercussão das suas teorias em relação a problemática abordada, analisaremos apenas as teorias funcionalistas de Roxin e Jakobs.

É certo que a definição de culpabilidade apresenta-se no Direito Penal moderno como de suma importância para definir a legitimidade do sistema criminal. A relação da culpabilidade com a pena, a ideia de prevenção, apesar de se fazer presente desde o início da construção da Teoria do Delito, reaparecem de forma especial na Teoria de Roxin,[58] levantando mais uma vez, os debates acerca da possiblidade da perspectiva preventiva da pena culminar em restrição ou não de direitos fundamentais, da instrumentalização do homem por parte do Estado através de políticas criminais dessa natureza, que desconsiderem direitos e garantias fundamentais, enfim, sobre a existência de progresso ou retrocesso com a inclusão ou relevo desse aspecto junto à culpabilidade.

Segundo Aguado (2003, p. 119) na teoria da prevenção geral positiva se atribui uma função explicativa, legitimadora e fundamentadora da pena, do Direito Penal e da responsabilidade individual, substituindo o conteúdo tradicional da ―culpabilidade‖ por a prevenção geral positiva (Jakobs) ou intentando complementá-la pela prevenção de integração e fundamentá-la nos pressupostos de exclusão da responsabilidade individual em outros fins da pena (Roxin).

Acrescente-se, de logo, que dentro da ideia de prevenção geral, se entende que os casos em que, em um dado momento histórico, se considerou que pessoas em determinadas situações deveriam ser consideradas isentas de responsabilidade penal, não debilitava esse objetivo ou a defesa dos interesses sociais frente à esses indivíduos, pelo contrário, posto que o efeito intimidatório geral e a defesa social se fortalecem ao declarar isentos de responsabilidade criminal poucas pessoas que, como a experiência indica, não se pode esperar que cumpram as expectativas de conduta contidas nas normas penais, confirmando, assim, a necessidade de cumprimento pelas demais pessoas que não se encontram nessas situações (CONDE, 2007, p. 139).

Roxin é um dos autores funcionalistas que entende existir nas necessidades preventivas da pena uma garantia adicional para a culpabilidade, reunidas sob a ideia de responsabilidade. Assim como Jakobs, que terá sua teoria abordada ainda neste ponto da

[58] Sua obra Política criminal e sistema jurídico-penal, de 1970, é marcante para a disseminação do funcionalismo uma vez que nela Roxin estabelece os fundamento do sistema penal que defende.

tese, não entende a culpabilidade como fundamento ou medida da pena, mas apenas como limite. Inclusive, compartilha algumas ideias próprias da doutrina penal pós-finalista. [59]

Segundo ele, o finalismo, por meio do seu método axiomático de deduzir soluções jurídicas de dados do ser, criou um sistema que não confere espaço autônomo à diretrizes político-criminais na dogmática (ROXIN, 2000, p. 27).

Rechaça também o ponto de partida do finalismo. Diz que a formação do sistema jurídico-penal não pode vincular-se à realidades ontológicas prévias, mas única e exclusivamente guiar-se pelas finalidades do Direito Penal (ROXIN, 2003, p. 203).

À propósito, Zaffaroni (2000, p. 368) lembra que de qualquer maneira, fica claro que existe um denominador comum em todas as tendências contemporâneas nas quais se inclui o funcionalismo: a pretensão de livrar-se de dados ônticos.

Diferente de Welzel, diz que a culpabilidade, apesar de ser um conceito que detém dimensões teológicas, filosóficas e sociológicas, deve ser observada do ponto de vista jurídico, já que não importam os conceitos de culpabilidade de outras disciplinas, muito menos da metafísica, não sendo o juiz representante de qualquer divindade, uma vez que os seus julgamentos éticos não são mais valiosos do que o qualquer outro cidadão, assim, em relação à culpabilidade é necessário determinar sob que pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente lesivo de maneira que se lhe apliquem sanções desse ramo de direito (ROXIN, 2004, p. 48).

Para o autor, o importante não é a discussão sobre a possibilidade real o sujeito agir, concretamente, de outra forma, mas sim, saber o que o sistema jurídico exige do autor com relação à sua natureza e circunstâncias externas do evento em relação a outras pessoas, ou seja, quais as exigências endereçadas ao indivíduo de forma que se torne legítimo a imputação do fato.

De início, trata da tensão existente entre Direito Penal e a política criminal. Lembra a ideia de Liszt de que o Direito Penal é a barreira instransponível da política

[59] De início, é necessário esclarecer que diferente do neokantismo, onde havia a ausência de um valor hierarquicamente superior que orientasse a construção da pirâmide sistêmica e ordenasse os demais valores e finalidades (causa do desencadeamento de uma liberdade de criação dogmática que colocou em risco o tratamento uniforme dos casos penais), no funcionalismo adota-se um valor ou uma finalidade como norte para a construção de todos os conceitos e níveis analíticos do Direito Penal (os conceitos estão vinculados uns aos outros pelo fato de se voltarem à uma mesma finalidade). O apoio nas ciências sociais também merece destaque como característica do funcionalismo visto que há uma preocupação de ligar o sistema penal às ciências sociais (sobretudo à sociologia sistêmica) de forma que o sistema jurídico funcione como mecanismo pelo qual se controla a atuação das pessoas segundo expectativas estampadas nas normas, dentro de um sistema mais abrangente, que é o sistema social (ZAFFARONI, 2000, p. 368).

criminal, uma vez que o Direito Penal consiste em um sistema de garantias do indivíduo frente ao poder de punir do Estado e a política criminal se apresenta como medidas empíricas para o combate da criminalidade. Diz que essa clássica lição, onde o Direito Penal e política criminal estão em polos opostos, não deve mais prevalecer.

Na orientação lisztiana, como visto em linhas anteriores, servia o Direito Penal como um conjunto de normas orientado principiologicamente a garantir a liberdade das pessoas em relação ao poder punitivo estatal (Magna Carta do delinquente) e, por sua vez, a política criminal como ciência cujo objeto é o fundamento jurídico e os fins do poder de punir que ao Estado pertence como a origem e a natureza do crime, que encontra, por sua vez, no Direito Penal um obstáculo ou limite ao seu desenvolvimento.

Em contrapartida, Roxin alerta que esse pensamento traz como consequência um sistema penal fechado de verificação do crime, um positivismo jurídico de caráter classificatório, isolando a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais e por outro, da realidade social e, como a tarefa da lei não se esgota na função garantista, há a necessidade do reconhecimento de que problemas político-criminais constituem conteúdo da teoria do delito (ROXIN, 2000, p. 14).

Roxin observa nessa tensão um grande problema, diz que existem decisões sistematicamente perfeitas mas, no entanto, politicamente ruins e, por isso, acrescenta à teoria do crime questões relacionada à pena a partir das necessidades estatais, ou seja, aos fins da pena.[60]

A fim de eliminar uma relação contraposta entre política criminal e Direito Penal, Roxin (2000, p. 20) diz que é necessário deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do Direito Penal de modo que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas desse sistema não fiquem a dever nada em relação à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem se contradizer, mas sim, devem ser unidas em uma síntese.

Nesse sentido, na relação entre dogmática penal e política criminal, onde Liszt observa diferença e constante tensão, Roxin proprocia a convergência, a partir da abertura à possibilidade da dogmática permitir ser permeada e definida pela missão do Direito Penal como instrumento de política criminal: a prevenção delitiva.

[60] Válido ressaltar desde já que não são inseridas reflexões ou exigências de natureza sociológica, da criminologia, da política, para enriquecer o sistema penal, mas tão-somente questões relacionadas às necessidades estatais, com fins preventivos.

Como dito rapidamente em linhas anteriores, especificamente em crítica à teoria normativa pura e o seu entendimento em relação à inexigibilidade de conduta diversa, Roxin (2003, p. 799) diz que na teoria de Welzel o ―poder atuar de outro modo‖ não se sustenta, mesmo com a utilização do critério ―homem médio‖, uma vez que a existência do livre-arbítrio é cientificamente indemonstrável e inconciliável em termos práticos.

Roxin (1981, p. 60-72) defende que é necessário superar, inevitavelmente, o fundamento ―pode atuar de forma diversa‖, visto que é absolutamente indemonstrável, e propõe questionar os fundamentos da culpabilidade a partir de outro foco: do por que se exige do autor outra conduta. É necessário questionar, portanto, os motivos pelos quais o legislador, desde pontos de vista jurídico-penais, queira tornar o autor em questão responsável pelo fato apurado, não se tratando, assim, de apurar a culpa, mas a responsabilidade. A responsabilidade, porém somente pode ser apreendida a partir de pontos de vista de política criminal, associados, de algum modo, à necessidade jurídico-penal de sancionar o caso concreto.

Para contornar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e a vinculação da culpabilidade a valores, núcleo da ideia de reprovabilidade, Roxin (1981, p. 182) redefine a culpabilidade em face das demais categorias do crime. Diz que enquanto a tipicidade estabelece pata todos os cidadãos, em nome da prevenção geral, os parâmetros legais (proibições principiológicas notórias) e a antijuridicidade informa o comportamento correto em caso de conflito, a ―culpabilidade‖ estaria relacionada à pergunta se do ponto de vista penal uma sanção contra um indivíduo concreto é ou não necessária e não se um comportamento diverso era possível, ou seja, o injusto decide quanto ao problema de ser um comportamento adequado ao Direito Penal e a ―culpabilidade" responde a questões de natureza político-criminal, relativas à necessidade de imposição de uma sanção penal aos casos concretos.[61]

Além de criticar a ideia de livre-arbítrio, no sentido de que se trata de um conceito metafísico indemonstrável, acrescenta que a culpabilidade não seria fundamento ou medida da pena, mas sim limite da pena. O que mede a pena, portanto, é a necessidade de prevenção especial (não a geral que, por sua vez, serve para excluir a responsabilidade), de ressocialização. Diz que Welzel no momento em que analisa a culpabilidade, não verifica o sujeito em si mas o ―homem médio‖ e isso consiste em um prejuízo já que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal naquela teoria,

[61] Por isso, diz que deixa de falar em culpabilidade, substituindo o termo por responsabilidade.

portanto, idealmente, teria que se reprovar o sujeito em si e não uma ‒ficção‖, mas isso não é possível exatamente porque o livre-arbítrio é um conceito metafísico, indemonstrável.[62]

Considera, nesse sentido, que os conceitos de dignidade humana e autonomia do homem autorizam concebê-lo como ser capaz de responsabilidade e de culpa, reconhecendo a opção da ordem jurídica pela concepção, ainda que ficcional, de ser humano livre, de tal modo que a ideia de liberdade tem íntima relação com o conceito de culpabilidade.

Para Roxin, o termo culpabilidade não é o mais correto, apesar de o manter, e sim o de responsabilidade que, por sua vez, une culpabilidade à necessidade da prevenção geral positiva[63] (quando se aplica uma pena – tem como pressuposto a responsabilidade – há um reforço na confiança dos súditos no ordenamento jurídico).

Inova, portanto, em seu conceito de categoria que representa a reprovação ao autor, propondo que a categoria culpabilidade seja substituída pela categoria denominada responsabilidade, que, por sua vez, deve incluir a culpabilidade, com os elementos que lhe são conhecidos, e somar-se à necessidade da pena. Resultado dessa fórmula é que onde há a desnecessidade de pena, ou seja, onde a aplicação da pena não resta justificada, mesmo estando presentes a correta compreensão do fato praticado por parte do autor, não se justifica o reconhecimento da existência do crime (BUSATO, 2013, p. 543).

A responsabilidade, como categoria conceitual que inclui a culpabilidade com elemento necessário, faz uma ponte com as teorias preventivas da pena, ao condicionar a punibilidade do agente à existência de efetiva necessidade preventiva de aplicação da pena, havendo, assim, a união da teoria do crime com as finalidades da pena pois, muito embora os elementos do crime sirvam como pressupostos para a imposição da pena, curiosamente, a dogmática penal se desenvolveu de forma independente dessas finalidades sobre as quais figuram como pré-requisitos. Por isso, considera-se que na teoria de Roxin há a superação desse distanciamento.

---

[62] Apesar de se considerar que Freudenthal é o único autor que defende um critério individualizador, no sentido de exigir que se ‒entrasse na vida do indivíduo‖ para se constatar a culpabilidade, defende-se que na teoria de Welzel não há o reconhecimento dessa impossibilidade, posto que este entende que há a análise concreta, individual, do autor na verificação da imputabilidade.

[63] De logo, faz-se necessária a crítica no sentido de que a teoria da prevenção geral positiva apesar de negar, trabalha com teorias de dissuasão (a população será desestimulada pela aplicação de uma pena) que são impossíveis de se comprovar, pois os motivos do crime são os mais variados, não havendo como generalizar.

Como se percebe, em relação aos pressupostos para a responsabilização do ponto de vista penal, aponta a exigência de existência de culpabilidade e necessidade preventiva da pena (deduzida da lei). Para tanto, Roxin (2003, p. 761) defende a existência de uma relação de limitação recíproca entre culpabilidade e prevenção. Trata-se de uma teoria dialética, que surte efeitos na própria estrutura da teoria do delito pelo motivo da culpabilidade deixar de ser um elemento autônomo ao se transformar em uma parte de um conceito maior, o de responsalidade, como juízo de valoração que pode fazer uma pessoa ser considerada penalmente responsável. Por conseguinte, a existência de apenas um dos requisitos antes apontados não basta para a existência de responsabilidade pena, sendo imprescindível a presença da culpabilidade e também da necessidade de prevenção para que o autor de um ilícito seja considerado responsável e, consequentemente, merecedor de uma pena, ou seja, a necessidade preventiva não substitui o requisito de culpabilidade nem o transforma numa função sua, já que prevenção e culpabilidade são requisitos distintos, que se limitam mutuamente, sendo que a necessidade preventiva da pena se apresenta como um requisito adicional à responsabilidade, como garantia suplementar do cidadão contra o excesso punitivo do Estado, representando um alternativa à pena retributiva e o seu caráter moralizante.

— (...) A culpabilidade e as necessidades de prevenção limitam-se reciprocamente e somente em conjunto dão lugar à ‗responsabilidade' pessoal do agente, que desencadeia na imposição da pena‖ (ROXIN, 2003, p. 204).

A necessidade preventiva da pena é, portanto, definida como requisito da responsabilidade, por Roxin considerar que a culpa não legitima a pena por si só, já que isso apenas seria possível se fosse adotada uma ideia retributivista da pena, o que seria incompatível com um Direito Penal tido como *ultima ratio* em relação à proteção de bens jurídicos. Sustenta que a pena retributiva fracassa em relação à tarefa de definir um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo estatal deixando obscuros os pressupostos de punibilidade por seus fundamentos (baseados na ideia de livre-arbítrio) não estarem comprovados, sendo irracionais e não vinculantes. Sendo assim, a culpa só poderia ser capaz de justificar a imposição da pena no domínio do indispensável por motivo de prevenção geral e enquanto não for capaz de impedir que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial.

Nesse sentido, Roxin apresenta a responsabilidade como uma valoração sob o ponto de vista da responsabilidade do autor, em contraposição à antijuridicidade, um juízo referente a um ato violador do ordenamento jurídico, dependendo a

responsabilidade, por sua vez, de dois fatores: a culpabilidade do autor e da necessidade preventiva da reprimenda penal, extraída da lei, já que o agente age culpavelmente quando realiza um injusto penal, embora pudesse ter sido alcançado pelo efeito apelativo da norma e possuísse uma capacidade suficiente de autodeterminação, de forma que uma alternativa de comportamento adequada ao direito fosse psicologicamente acessível a ele (ROXIN, 2000, p. 144).

Roxin diz que no excesso culposo na legítima defesa por perturbação, medo ou susto há tipicidade, antijuridicidade, imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e também poderia ser exigido comportamento diverso, isso inclusive no estado de necessidade exculpante, mas não há crime porque há a ausência da necessidade de se aplicar a pena, de ser reforçada a confiança dos súditos no ordenamento jurídico, excluindo nitidamente a ideia de culpabilidade como fundamento da pena.

Sustenta, por conseguinte, que o legislador isenta de pena pessoas em situações de culpabilidade, como o estado de necessidade exculpante, em razão de aspectos preventivos, isso, com o objetivo de justificar a falta de inclusão da prevenção geral como categoria integrante da responsabilidade. Essas situações, para o autor, eram tratadas incorretamente por Welzel como sendo causas de exculpação e não como causas de exclusão da culpabilidade. Segundo o autor, tal distinção não deve proceder pois existem determinadas zonas nas quais há culpabilidade diminuída, casos em que seria recomendável também a renuncia do Estado ao direito de punir. Além disso, as causas de exculpação, em verdade, pertencem à outra categoria da responsabilidade que é a da prevenção, assim, a chamada ―exculpação‖ seria uma hipótese em que o legislador reconhece a culpabilidade, no entanto, renuncia à imposição da pena por a mesma não ser preventivamente necessária. É exatamente quanto a esse ponto que a doutrina visualiza certa vantagem da teoria de Roxin, no sentido de que o reconhecimento de que a culpabilidade e prevenção ocupam o mesmo nível na condição de pressuposto da responsabilidade penal faz com que haja evidente conexão do conceito de responsalidade com a teoria dos fins da pena, podendo o juiz, dessa maneira, excluir a responsabilidade penal quando a pena não fosse mais preventivamente necessária (MELLO, 2010, p. 234).

Roxin rebate críticas no sentido de que essa possibilidade supostamente aberta de isenção de pena geraria insegurança jurídica ou a possibilidade indiscriminada de sentenças absolutórias. Diz que a interpretação do direito não concede aos juízes o

poder de isentar de pena de acordo com suas próprias convicções político-criminais, mas sim, analisar as hipóteses preventivas que servem de base à lei. Argumenta também que as interpretações sobre as necessidades preventivas não geram mais espaço do que em outros casos semelhantes em que se dá ao julgador a possibilidade de desenvolver a dogmática penal. A inclusão de necessidades preventivas como requisito adicional da culpabilidade submete-se ao mesmo tipo de crítica que pode existir, por exemplo, a tipos penais abertos, em que há uma ampla margem de discricionariedade judicial para a concretização do direito. A necessidade preventiva estabelecida pela lei não pode ser substituída pela necessidade preventiva pessoal e arbitrária do juiz, a partir de seu critério pessoal de justiça.

Acerca dessa questão tratando das margens existentes ao julgador, Mello (2010, p. 235-236) faz referência ao pensamento de Perelman, relativo à ideia de justiça formal como decisões na mesma medida para casos semelhantes, tratando da possibilidade do julgador ir além da lei, no sentido de analisar se isso seria compatível com um Direito Penal garantista.

Segundo Perelman (1996, p. 30), existe uma diferença essencial entre as concepções jurídica e moral da justiça. Na concepção moral, cada pessoa é livre para escolher a fórmula da justiça e a sua interpretação, já no direito, essa fórmula é imposta e sua interpretação é sujeita ao controle por parte de ouras instâncias, devendo ser observada a ordem jurídica estabelecida. Com base nisso, se questiona se o magistrado, em nome da justiça, pode ir além do estabelecido pelo direito e se recorre, com frequência, a um pensamento muito próximo da ideia jurídica de justiça que é a negação do arbítrio, sendo possível afirmar que as mais variadas definições de justiça guardam um ponto em comum: a ideia de mesma medida, no sentido de que só pode existir justiça se para situações idênticas houver decisões idênticas (conceito formal de justiça para o autor). No entanto, considera que não se pode entender como sendo uma insegurança jurídica permitir que o juiz interprete, a partir dos parâmetros legais, a necessidade preventiva do caso concreto, desde que compatível com uma ideia de limitação do poder punitivo, pois não se pode entender que a discricionariedade judicial deve ser restrita quando se trata de limitar o poder punitivo, ao mesmo tempo que se admite tipos penais abertos e de perigo abstrato que, inclusive, poderiam ser limitados por necessidades preventivas.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além do descrito pela lei já que a legalidade se apresenta como um limite ao *jus*

puniendi, no entanto, isso não significa uma proibição de que a jurisprudência limite o poder punitivo, reduzindo a termos racionais o seu exercício, em limites superiores ao que a lei estabelece, já que o que se quer evitar, em verdade, é que o juiz sentencie de acordo com o seu sentimento pessoal de justiça fundamentando sua decisão em uma suposta presença ou ausência de necessidade preventiva, pois a igualdade está relacionada à ideia de justiça e exige medida idêntica para situações idênticas, mesmo que esta medida seja estabelecida jurisprudencialmente com respeito ao princípio da legalidade.

Segundo Roxin (2003, p.793), sua teoria é plenamente compatível com o Direito Penal garantista já que os efeitos protetores do princípio da culpabilidade permanecem em seu conceito de responsabilidade uma vez que a pena pressupõe culpabilidade e, dessa forma, a necessidade preventiva de penalização não fundamenta a pena de forma isolada, devendo ser conjugada com o princípio da culpabilidade. Completa dizendo que na sua ideia de prevenção incidem tanto a prevenção geral como a especial e, mesmo assim, como a culpabilidade é limitada pela necessidade preventiva, as necessidades preventivo-gerais não podem ultrapassar a medida da culpa, pois nem mesmo a mais urgente necessidade preventiva pode ultrapassar os limites da culpa e, ao mesmo tempo, é a culpa o limite máximo da prevenção. Assim, pondera que a pretensão de negar a culpabilidade como elemento limitador da pena acarreta o fim dos óbices para que o Estado aplique medidas ilimitadas justificadas por fins preventivos.

Alerta que a ideia da prevenção orientada à utilidade, é preciso opor um outro elemento, orientado à admissibilidade: o da culpabilidade que, por sua vez, não é um meio de repressão, como no caso das teorias retributivas, porém, um meio para a limitação das sanções orientadas a objetivos preventivos. Além disso, as necessidades preventivas, por sua vez, limitam também a pena em razão da culpabilidade como no caso da quantificação da pena.

Diz que a culpabilidade como limite da prevenção tem estreita relação com a preservação da dignidade humana, uma vez que ela funciona como proteção para o eventual abuso de poder. Dessa forma, funciona a culpabilidade como mecanismo para se manter dentro dos limites toleráveis os interesses da coletividade em razão da liberdade individual uma vez que a dignidade do homem é um direito de proteção frente ao Estado e não pode ser transformada em uma faculdade de ingerência (ROXIN, 2004, p. 48).

Sobre as premissas que vinculam a prevenção e a culpabilidade, é necessário pensar acerca das funções e do fundamento material da culpabilidade na teoria de Roxin e também em que medida tais concepções se diferem do finalismo, os pontos convergentes e conflitantes.

Roxin (2004, p. 52) relaciona a culpabilidade com a exclusão do acaso, demonstrando a relevância da culpabilidade já no injusto. A exclusão do acaso ocorre por meio da teoria da imputação objetiva, revelando o aspecto externo da culpabilidade. Como a culpabilidade e prevenção não se confundem, mas se completam e se limitam, é necessário saber o fundamento material da culpabilidade na teoria de Roxin, ou seja, o que torna legítima a imposição da pena à uma pessoa. Após rejeitar a ideia de reprovabilidade, ―o poder atuar de outro modo‖ como critério, diz que culpabilidade é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário da norma e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer, assim, substitiu-se o poder agir conforme o direito pela idoneidade, pela capacidade de ser destinatário das normas, ou dirigibilidade normativa, que é verificável empiricamente, ao contrário do livre-arbítrio da exigibilidade de conduta diversa. Ressalte-se que o afastamento da ideia de livre-arbítrio não exclui a noção de liberdade, pois a consciência de liberdade presente entre as pessoas, ainda que essa consciência não corresponda à uma liberdade efetiva, representa uma convenção social, uma regra do jogo social a partir da qual se reconhece que as pessoas podem orientar-se segundo as normas e decidir pelo seu cumprimento ou não.

Em sua teoria, a culpabilidade possui dois elementos: um empírico e um normativo. Roxin a define como capacidade (elemento empírico) de decidir se dirigir conforme as normas (elemento normativo). É, assim, a capacidade de auto-direção, algo comprovado pela psicologia e psiquiatria.[64]

O fundamento material da culpabilidade, como se percebe, em Roxin é a atuação injusta em que pese a existência de uma dirigibilidade normativa, assim, o sujeito é culpável quando, ao praticar o fato estava disponível para atender ao chamado normativo em face de seu estado mental e anímico, não tendo relevância a vontade de orientar-se por uma postura determinista ou indeterminista pois o que tem importância é a possibilidade de decidir por uma conduta orientada de acordo com a norma. Nesse sentido, a culpabilidade é considerada um conceito misto, de natureza empírica, pois a capacidade de autocontrole e de reagir a exigências normativas podem ser comprovadas

[64] Mesmo sendo enfático em relação à essas ideias, Roxin não cita nenhum autor da área e nem informa como comprovar essa capacidade de se auto-dirigir.

a partir das regras da experiência, e normativa, porque a possibilidade de atuação conforme o direito é apreensível num processo penal concreto a partir daqueles dados empíricos. Se o autor tem a capacidade para reagir ao estímulo normativo, imagina-se que tem também de se comportar conforme o direito, sendo culpável quando não se comporta conforme nenhuma das alternativas possíveis de comportamento que lhe são psiquicamente acessíveis para evitar o cometimento do ilícito, ou seja, em Roxin, a culpabilidade é formada pela soma de dois elementos: a capacidade de autocontrole, como elemento empírico, e a possibilidade de conduta conforme a exigência do direito, como elemento normativo. (MELLO, 2010, p. 239)

O fundamento da culpabilidade para Roxin é a função motivadora da norma penal, função que no sistema penal é realizada pela pena, razão pela qual, ausente a necessidade de pena, falta razão motivadora para o reconhecimento da reprovação e não pode haver responsabilidade, mesmo ante a existência de culpabilidade. Assim, a estrutura do conceito de delito, para Roxin, traz a categoria responsabilidade no lugar do tradicional conceito de culpabilidade. E, como dito, dentro da responsabilidade, se encontram como elementos a culpabilidade e a necessidade de pena. A culpabilidade, por sua vez, como elemento da responsabilidade, é composta por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de outra conduta (BUSATO, 2013, p. 543).

Assim, diferente do finalismo, onde a culpabilidade é o fundamento da pena, onde a pena é uma resposta à ação culpável, no funcionalismo, a culpabilidade é retirada do fundamento da pena e inserida no campo da política criminal, a saber, a sua necessidade preventiva, contrariando frontalmente a histórica definição de pena referida a um atributo do autor (livre-arbítrio) ou de sua ação (reprovabilidade). Nesse diapasão, culpável é aquele que poderia se submeter à expectativas normativas e assim não o fez, melhor dizendo, responsável é o culpável a quem a imposição da pena é funcional, ou seja, atende às finalidades de prevenção geral positiva. E isso não quer indicar a possibilidade de se renunciar à reprovabilidade individual, mas sim, que esta passou de um requisito da punibilidade necessário e suficiente para um pressuposto necessário da mesma.

Segundo Puig (2006, p. 327 e 328), operou-se verdadeiro giro conceitual, vez que o normativismo que Roxin opôs ao finalismo desvinculou o fundamento da dogmática de exigências ontológicas, para baseá-la em decisões político-criminais. Sob o prisma político, a limitação ontológica que postulou o finalismo encontrou um

ambiente favorável no pós-guerra alemão, quando se sentiu a necessidade de buscar limites ao poder de punir capazes de impedir a repetição de excessos abomináveis como os do III Reich. Houve, então, na Alemanha um certo reconhecimento do direito natural como limite clássico ao direito positivo e o ontologismo de Welzel buscou também na natureza das coisas limites à liberdade de decisão do legislador.

Acrescenta, finalmente, que a teoria de Welzel é frágil, débil quando analisada junto aos seus objetivos, posto que as estruturas ontológicas sobre as quais ele assentou a teoria do delito, a ação final (como base do injusto) e o poder atuar de outro modo (como base da culpabilidade) tem capacidade bastente reduzida de limitar o legislador. Não servem para dizer o mais importante: quais ações finais culpáveis podem ser castigadas por serem consideradas delitivas e quais não, nem quais critérios devem orientar a classe e quantidade de pena que deve se impor em cada caso. Na sua opinião, o poder de limitação é muito inferior ao que tem o conjunto de princípios político-criminais geralmente admitidos na atualidade (legalidade, ressocialização, intervenção mínima, lesividade, humanidade, entre outros).

Apesar de Roxin (2003, p. 811) ressaltar que suas ideias são compatíveis com o princípio da intervenção mínima, de buscar utilizar as finalidades preventivas da pena a serviço de direitos fundamentais, da dignidade humana, sua teoria sofreu críticas em vários sentidos.

Para alguns, a teoria de Roxin representa uma culpabilidade com funções parciais e limitadoras, levando em consideração que o conceito de culpabilidade revela apenas o seu caráter limitador, como ficção jurídica favorável que não exigiria uma justificação concreta, que também encobre uma prioridade preventiva e que a eliminação do caráter ―fundante‖ da culpabilidade faz desaparecer o ponto de partida para o conceito de culpabilidade, capaz de conformar o seu conteúdo, restando apenas recorrer à prevenção como maneira de legitimar a pena. Diz-se também que a ficção de liberdade e o conceito social de liberdade de Roxin não conduzem necessariamente o sujeito a uma posição melhor em cotejo com outras concepções e que a dirigibilidade normativa não necessariamente agrega algo ao conteúdo da culpabilidade e autores que partem de posturas preventivas e desejam manter a culpabilidade como fundamento ou limite da pena devem agregar algo sob pena da culpabilidade se tornar um conceito vazio, restando apenas o puro fim preventivo que, por sua vez, é apto à explicar o injusto e não a culpabilidade. Considera-se também que a dirigibilidade normativa do autor é um pressuposto axiológico não comprovável empiricamente, da mesma forma

que o livre-arbítrio, já que as ciências da experiência podem comprovar fenômenos psicológicos e psicossociais, mas não uma suposta dirigibilidade normativa (MELLO, 2010, p. 240-242).

Roxin, inclusive, reconhece que a culpabilidade, ao lado das necessidades preventivas, se sobressai. Destaca que as considerações preventivas, por sua vaguidade, não permitem chegar aos mesmos resultados a que conduz o princípio da culpabilidade que, por sua vez, delimita o âmbito do punível de forma mais precisa, restrita, sendo mais apto ao Estado de Direito.

É nítido que os aspectos preventivos da teoria de Roxin tem objetivo de funcionar como adicional garantista e limitador do poder punitivo estatal e que reconhece a importância da proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Contudo, parece deixar incerta a apreensão judicial desses fins preventivos de prevenção geral, como juízo prognóstico para o futuro, tanto quanto, inclusive, a exigibilidade de conduta diversa. Logo, a prevenção geral acaba funcionando paradoxalmente também como limite e não como fim, a partir de um conceito negativo estabelecido no processo. Nesse sentido, parece premente a manutenção do princípio da culpabilidade, uma vez que apenas ele (e não a prevenção geral) é capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana, já que dois crimes idênticos, praticados por pessoas em condições similares, poderiam ensejar penas diferentes a partir de necessidades preventivas distintas, o que representa uma instrumentalização do homem e uma violação ao princípio da igualdade (MELLO, 2010, p. 242).[65]

Como reconhece Conde (2007, p. 139 e 140), "as razões de prevenção geral podem exacerbar-se e, mal entendidas, levar a exigências punitivas desmensuradas, como o castigo de pessoas enfermas mentais, a redução da idade para a exigência da responsabilidade penal, etc."

Pela vinculação à finalidades preventivas, a culpa perde um conteúdo propriamente material. Trata-se de um esvaziamento semântico sensível, vez que abandona-se a ideia de buscar uma pena justa (ou ética) em nome de uma pena útil,

[65] Se cinquenta pessoas praticam um furto, numa mesma circunstância e nas mesmas condições, a necessidade preventiva é necessária em relação a todos eles? É possível responder que não, pois a punição de pequena parte desse grupo já pode ser suficiente para reforçar a confiança normativa e impedir pela intimidação ou integração a prática de novos delitos, no entanto, a ideia de igualdade exige mesmo tratamento, na medida da cupabilidade de cada um. E ainda: a responsabilidade por uma lesão corporal grave gera penas diferentes caso tenha sido praticada em um lugar violento ou pacato? As expectativas sociais podem ser marcantes para fixar a pena com base em necessidades preventivas? É possível que a afirmação de uma dessas respostas possa conduzir à instrumentalização da pessoa em face da prevenção, por isso, entende-se que a prevenção pode instrumentalizar o homem e conduzir a violações do princípio da igualdade (MELLO, 2010, p. 242-243).

único conteúdo legítimo desta. A pretexto de se edificar uma teoria desvinculada do livre-arbítrio e da noção de reprovação, erige-se uma alternativa a partir da liberdade de decisão e de capacidade de atender aos estímulos normativos, trocando, essencialmente, o nome mas não a ideia: é preciso ter em vista um homem racional a quem se reprova. Portanto, muda o método, mas não o conteúdo.[66] Outra incongruência, dessa vez bem próxima do objeto deste trabalho, diz respeito à não admissão causas supralegais de exclusão da culpabilidade/ responsabilidade, uma vez que não é razoável entender que o legislador possa antever todos os casos em que seria necessária a exculpação e que decorre do princípio da culpabilidade que o juiz, caso identifique uma circunstância capaz de funcionar como causa de exculpação, nesse sentido, decida. Ainda merece menção ressaltar a grande contradição entre sua ideia de prevenção e culpabilidade, uma vez que Roxin apesar de considerar esta um conceito fictício, de raízes metafísicas, e por isso, incapaz de servir, por si só, de fundamento para a imposição da pena, atribui a esse mesmo conceito nada menos que uma função limitadora do poder de punir do Estado (TANGERINO, 2001, p. 103-105).

Dando continuidade a análise do relação ao conteúdo material da culpabilidade, faz-se necessário tratar da teoria de Günther Jakobs, onde o fundamento da culpabilidade se situa na ideia de prevenção geral positiva.[67]

As relações entre a culpabilidade e prevenção, como visto, já se fazem presente de forma muito próxima na tese de Roxin, no entanto, é na de Jakobs que essa relação chega ao extremo, com o seu funcionalismo sistêmico, pelas necessidades preventivas. Sua tese retrata o mesmo funcionalismo, porém, em sua vertente sistêmica, com base no objetivo central de promover a estabilidade normativa, onde o conceito de culpabilidade é totalmente voltado à essa perspectiva.

---

[66] O próprio Roxin reconhece que a interpretação da responsabilidade tem significado ínfimo para os fundamentos tradicionais do princípio da culpabilidade, posto que a culpabilidade não é comprometida e nem redefinida, permanecendo com plena magnitude como condição de punibilidade.

[67] –Há algo mais que trinta anos, tem se imposto, de forma crescente, um enfoque normativista das questões jurídico-penais. Dois tem sido os autores que mais tem contribuído para isso: Roxin, primeiro, e Jakobs, depois. Os dois contrapuseram suas (distintas) perspectivas normativistas ao ontologismo característico do finaliso de Welzel. Quando este alcançava o seu apogeu na Alemanha, no mesmo ano em que se publica a tradução espanhola do Tratado de Maurach, que tanto contribuiu para estender o finalismo mais além da estrita Escola de Welzel, Roxin publicou um trabalho em que atacou o conceito final de ação, se baseando em uma ótica ontologista inadequada às necessidades do direito e ao caráter normativo dos elementos do conceito de delito. O jovem Roxin se apresentava, pois, desde o princípio, como defensor de um ponto de vista normativista, enfrentando o ontologismo de Welzel. Por sua parte, Jakobs, ainda que mais de vinte anos mais tarde, apresentou também a sua concepção de Direito Penal como frontalmente contraposta a de seu mestre Welzel, como uma concepção normativista diametralmente oposta ao ontologismo finalista. Sem embargo, o normativismo de Jakobs é muito mais radical que o de Roxin.‖ (PUIG, 2006, p. 320 e 321)

Mesmo sendo funcionalista, a estrutura do pensamento de Jakobs é bem diferente da apresentada por Roxin, posto que a sua teoria é extremada. Funcionaliza não só os elementos do crime dentro do sistema jurídico-penal, mas também o próprio sistema dentro de um funcionalismo sistêmico da sociedade (GRECO, 2000, p. 139).

Segundo Puig (2006, p. 321), o normativismo de Jakobs é muito mais radical do que o de Roxin. Este admite que o normativismo encontre um limite na realidade empírica, a qual teria as suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que devem conduzir. De outra parte, postula uma dogmática do Direito Penal aberta a princípios político-criminais desde que os vincule à interpretação das normas jurídico-positivas. Jakobs, em contrapartida, seguindo Luhmann, contempla o Direito como um sistema normativo fechado, autorreferente, e limita a dogmática jurídico-penal à analise normativo-funcional do direito positivo, com a exclusão de considerações empíricas não normativas e de valorações externas ao sistema jurídico-positivo.

Apesar de ter o mérito de conseguir se afastar do livre-arbítrio e da exigibilidade de conduta diversa como base teórica, o conceito funcional defendido por Jakobs é dos mais criticados, principalmente, no sentido de que parte do pressuposto de legitimidade absoluta da norma e de que abre a possibilidade de instrumentalização do homem pelo poder punitivo.

Há a proposta de que a culpabilidade seja representada simplesmente pela verificação de um motivação contrária à norma, à sua fidelidade, ou seja, a causa do conflito é a quebra, pelo agente, da lealdade à norma.

Sua teoria deve ser compreendida como aquela segunda a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade, em cujo seio coexistem expectativas recíprocas quanto às normas que possuem vigência para as relações sociais. A lesão a uma norma, nesse sentido, gera mais do que um dano individual, uma vez que produz uma frustração, naquela sociedade, da expectativa quanto à vigência da norma. A estabilização da teia comunicativa é alcançada por meio da reafirmação da norma transgredida, ou seja, através da imposição da pena. Punir resolveria o problema do crime porque a constituição da sociedade tem lugar por meio de normas, de sorte que reafirmar a norma é, consequentemente, reafirmar a constituição social. (JAKOBS, 1996, p. 25)

Como se percebe, no funcionalismo de Jakobs, a prevenção geral positiva é o centro, posto que a culpabilidade serve apenas como ponte para se contemplar a ideia de

prevenção geral positiva. Para entendê-la, é imprescindível, antes de mais nada, compreender qual é a missão do Direito Penal, quais os fins da pena para o autor.

De antemão, critica as teorias que entendem que pena tem função retributiva e também preventiva. Diz que ou a pena é adequada à culpabilidade e se percebe a pessoa como é e não como coisa (não se utilizando do critério da prevenção geral), ou se defende a pena como uma questão de prevenção (pena funcional) e a culpabilidade, na verdade, como fator limitador da funcionalidade da pena, mostrando, dessa forma, como os conceitos são contraditórios. Afirma que ao se aplicar uma pena com o objetivo da prevenção, a culpabilidade vai limitar a funcionalidade da pena, pois irá informar que a prevenção percebe o ser humano como coisa. A medida da pena, no critério da prevenção, está na motivação e na sua intensidade (motivos).

Para ele, o objetivo do Direito se relaciona proximamente com a estabilização dos conflitos sociais por meio do resgate da confiança normativa atingida pela prática da infração. A culpabilidade pressupõe muito mais o crime como uma perturbação social em face de um resultado.

Também faz críticas à teoria de Roxin no sentido de dizer que não concorda com o pensamento de que a culpabilidade pode ser um limite à prevenção geral posto que ela apenas pode exercer essa função em relação ao que é próprio do seu conceito e a prevenção constitui uma ideia totalmente diferente da culpabilidade. Inclusive, mostra ainda tratando da tese de Roxin, que a pena medida pela prevenção especial não é função do Estado que, por sua vez, não deve visar a ressocialização, uma vez que isso já se mostrou ineficaz, lembrando que a prova disso são os altos índices de reincidência. Nesse diapasão, reafirma que a função da pena seria apenas uma: a prevenção geral positiva, com sentido diferente da defendida por Roxin, uma vez que aqui seria considerada como uma confirmação da realidade das normas, existindo para reestabelecer a fidelidade à norma.

Questiona da seguinte maneira: há que se punir como reação a uma culpabilidade limitada pela necessidade preventiva ou em razão de uma necessidade preventiva limitada pela culpabilidade? O caminho seguido por Roxin (o segundo) sofre, segundo Jakobs, de contradição, visto que se a pena está fundamentada na culpabilidade, então, poderá estar aquém da necessidade preventiva, não servindo, dessa forma, para a sua missão (mesmo sendo ilegítima, eis que inútil); se, por outro lado, está fundamentada na necessidade preventiva, poderá estar além do que se tolera a

culpabilidade, ou seja, em ambos os casos a formulação teórica seria inconsistente (TANGERINO, 2011, p. 97).

Como se percebe, a pena tem uma missão decisiva, embora não exclusiva, que é a estabilização desses conflitos. Nesse diapasão, por meio da defesa da função preventiva da pena, desenvolve-se uma teoria da imputação, cujo objetivo é estabelecer quem deve ser punido criminalmente a fim de que haja a estabilização normativa, sendo necessário, para tanto, punir o infrator que se comportou culpavelmente de modo contrário à norma, causando, por isso, desestabilização das expectativas normativas de fidelidade ao direito. Nesse diapasão, da teoria de Jakobs decorrem os conceitos de conduta, infração da norma e culpabilidade, a partir da qual se questiona a necessidade de punir alguém para reafirmar a validade da norma e estabilizar o sistema que foi, em tese, desestabilizado com a infração, havendo, portanto, um vínculo estreito entre culpabilidade, infração e finalidade da pena (MELLO, 2010, p. 244).

O crime corrompe as estruturas do sistema e a pena marcaria essa ação, no sentido de exigir um comportamento conforme as normas. Marca o comportamento no sentido de que este desestabilizou as expectativas normativas, que não confirmou a realidade das normas. A pena marca a conduta, nesse sentido, tem caráter pedagógico por indicar que outro comportamento, diferente daquele (comportamento de fidelidade ao direito, que confirma a validade das normas), é necessário e possível.

Sob a influência de Luhmann, notadamente em relação ao seu conceito de confiança institucional como sendo a forma de integração social que nos sistemas complexos, substitui os mecanismos espontâneos de confiança recíproca entre os indivíduos, existentes em uma comunidade de organização elementar, a teoria de Jakobs sobre os fins e funções do Direito Penal se desenvolve com base na finalidade preventiva da pena, relacionada com a expectativas de comportamento social. Crítico da ideia de bem jurídico, sustenta que a infração da norma não representa um conflito juridicamente relevante a partir das suas consequências externas pois, na sua visão funcionalista, a atuação do sujeito conforme o direito, quando capaz de conhecer os elementos de sua conduta, representa uma confirmação normativa e, ao revés, a infração à norma representa uma contradição normativa através de uma conduta, desautorizando a norma e trazendo como consequência um conflito social, na medida em que o juízo contido na norma configura um modelo de orientação que foi desrespeitado pelo sujeito. Assim, a pena é uma reação social a esse conflito, cujo significado externo é desconfirmar o sentido do comportamento do infrator e reafirmar o comportamento

indicado pela norma, sendo a sua missão ratificar a vigência da norma de tal forma que a norma siga sendo um modelo idôneo de orientação para a sociedade (MELLO, 2010, p. 245).

Para Jakobs, a culpabilidade não pode se limitar à prevenção geral positiva posto que assim perderia a sua funcionalidade. A culpabilidade vê no resultado, na lesão ao bem jurídico, o fator de perturbação social e, sobre isso, Jakobs diz que a culpabilidade se limita a funcionalidade posto que o que importa não é o resultado, mas a vulneração à norma. Baseado na teoria de Luhmann[68], diz que o direito busca estabilizar as expectativas normativas e que o crime seria uma forma de desestabilizá-las, de negar a vigência da norma, por isso, a pena visa reestabelecer, visa confirmar a vigência das normas. Ressalte-se que a prevenção antes referida não se dirige diretamente ao criminoso (ele é usado como exemplo, por isso a crítica, adiante melhor explanada de que Jakobs trata a pessoa como coisa), mas sim a toda sociedade, a todos que tenham comportamentos fiéis ao direito (estabilizar o comportamento e demonstrar que as normas possuem vigência e eficácia).

Acerca dos fundamentos luhmannianos utilizados no funcionalismo de Jakobs, Tavares (2000, p. 72) diz que o papel funcional do direito relacionado ao futuro de suas comunicações demonstra a necessidade de simbolização das expectativas simbolicamente generalizadas, dessa forma, a simbolização desempenha a função de condição estabilizadora do sistema. Como a norma jurídica tem como objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulamentação em um futuro ainda desconhecido e incerto. A função da norma jurídica, nesse sentido, está orientada a redução das complexidades das relações vitais da sociedade, por meio de uma formulação abstrata e indeterminada.

O sistema penal é visto como subsistema do sistema social, funcionando dentro deste e, em contrapartida, dele se diferenciando por força do seu agir comunicativo, baseado no binômio linguístico justo/injusto, lícito/ilícito. Tal linguagem funciona como símbolo da maneira de agir do direito, tendo como função a redução do volume das expectativas entre as pessoas.

A diversidade, a individualidade, o anonimato e a descentralização como marcas da sociedade moderna são vistas por Jakobs e, em face dessa compreensão, ele procura a fundamentação da busca pela estabilidade da norma defendendo que as

[68] É necessário esclarecer que apesar de tomar por base a teoria dos sistemas de Luhmann, a teoria de Jakobs é de controle social e a construção de Luhmann não se relaciona a isso, como será mais detalhadamente visto adiante.

condições próprias da sociedade moderna fazem com que a vida de inter-relação ocorra somente regida por papéis cumpridos por cada uma das partes envolvidas. Esses papéis permitem apenas uma relativa liberdade de atuação que, por sua vez, é condicionada pelas fronteiras determinadas pelas normas próprias desses papéis responsáveis pela garantia desse espaço de liberdade, derivado da condição de cidadão. Dessa forma, de maneira circular, o dever de fidelidade à norma seria derivado da necessidade de garantir a própria existência das regras que delimitam o espaço de liberdade, ou seja, é o espaço normativo que garante a liberdade do sujeito que, no seu entender, está obrigado, pelo exercício de um contrato sinalagmático, à contraprestação da lealdade ao direito (PITA, 1999, p. 80)

Em relação à finalidade da pena e a ideia de prevenção, Jakobs (1997, p.18) diz que a pena, entendida como réplica à infração, não se justifica por si mesma, posto que tem uma função que deve surtir efeito no nível em que tem lugar a interação social, não se esgotando em simplesmente significar algo como a confirmação do direito, ou seja, deve proteger as condições de interação e possui, por isso, uma função preventiva, sendo a função da punição estatal chamada pelo autor como uma prevenção geral por meio do exercício de reconhecimento da norma ou, simplesmente, prevenção geral positiva.

Para ele, a infração à norma não representa conflito penalmente relevante pelas suas consequências externas, visto que o comportamento humano não é apenas um fato que surte efeitos no mundo exterior mas que significa algo, na medida em que a pessoa o domina ou é capaz de dominá-lo. Exemplifica dizendo que quem dirige um carro bêbado expressa, com isso, que se encontra em uma situação na qual tem coisas mais importantes para respeitar do que a vida das outras pessoas no trânsito (JAKOBS, 1997, p. 13).

Nesse sentido, a infração penal funda-se exclusivamente no significado expresso pela ação humana que contradiz à norma, significando certo desprezo pela motivação normativa que poderia surgir e levar a sua obediência, descartando-se assim, a ideia de bem jurídico como materialmente necessária à ocorrência do ilícito. –A missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo de uma pena é uma réplica que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma‖ (JAKOBS, 1997, p. 14)

As teorias do crime e e da culpabilidade gravitam em torno das funções preventivo-gerais da pena em Jakobs, nesse sentido, quando o autor (1997, p. 566)

introduz em seu Tratado o panorama da culpabilidade, o faz de acordo com a perspectiva da manutenção da confiança geral na norma, na linha da prevenção geral positiva. Sustenta que o autor de um fato antijurídico é culpável não só quando indica uma falta de motivação jurídica dominante, mas também quando é responsável por um dia de falta, assim, a responsabilidade é colocada de forma diferente da que Roxin estabelece, uma vez que não se trata de categoria na qual vai englobar a culpabilidade com necessidades preventivas, mas sim, da responsabilidade pela falta de disposição de motivar-se conforme a norma de tal maneira que essa deficiência não pode ser compreendida sem que isso afete a confiança geral na norma, sendo o conceito de culpabilidade definido como responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante em um comportamento antijurídico, como uma infidelidade ao direito que, por sua vez, é um conceito estabelecido normativamente. Há, na teoria de Jakobs, portanto, a necessidade de fidelidade ao direito para a satisfação de expectativas normativas e o juízo de culpabilidade permite selecionar entre as condições de fato que defraudaram tais expectativas, aquela que corresponde à necessidade de imposição da pena para a estabilização do conflito relacionado a motivação defeituosa do autor, que justifica a imputação do fato ao sujeito e, consequentemente, a imputação da pena (supostamente dotado de capacidade cumprir o que a norma exige) é meio necessário para a manutenção da ordem jurídico-sistemática, já que no sistema jurídico não é possível estabelecer uma conformidade total, seja por coação ou convicção, dos indivíduos sujeitos à força das normas. É dessa forma que a exigência do funcionalismo sistêmico, no sentido de reestabelecer a confiança o direito mediante a aplicação simbólica da pena, em Jakobs, é mais do que fundamento da culpabilidade, é o verdadeiro critério de comprovação dos ingredientes subjetivos do delito, de determinação do grau de culpabilidade e da medida da pena. Com isso, a culpabilidade perde a função de critério ontológico e de limite de adstrição de responsabilidade penal (MELLO, 2010,p .247).

A teoria de Jakobs sobre a pena é tida como de prevenção geral positiva porque busca associar a pena a todos já que ninguém pode passar sem interações sociais e que, por isso, todos devem saber o que delas podem esperar (o exercício da confiança na norma faz com que se reforce o modelo geral de conduta como válido, estabilizando-se as expectativas e reduzindo o número de defraudações, previndindo-as, por conseguinte) – prevenção -. É geral por funcionar em relação às pessoas de uma forma geral que, em seu conjunto, compõem o ambiente do sistema social e, por sua vez, positiva, uma vez

que a aplicação da pena restaura a confiança das pessoas na norma como modelo geral de conduta e, portanto, a validade de suas expectativas normativas.[69]

As relações entre culpabilidade e prevenção se revelam mais evidentes quando Jakobs assevera que as dimensões da capacidade e da disposição de obediência à norma dependerão da finalidade da pena, ou seja, as finalidades da pena poderão determinar o grau e a natureza de motivação normativa exigível para a configuração da culpabilidade.[70] Como a motivação do autor em desconformidade com o direito é o motivo do conflito, se pune para manter a confiança geral na norma de forma que a culpabilidade, baseada em fins preventivos que apresenta, não se volta para o futuro, mas para presente, uma vez que o Direito Penal contribui para estabilizar o ordenamento, ou seja, o déficit de motivação é determinado a partir das finalidades da pena adotadas pelo Estado, não tendo assim, caráter individualizor, garantista, uma vez que não tem por objetivo limitar o *jus puniendi* em face da conformação individual da motivação do sujeito, de modo que a perspectiva para delimitação da culpabilidade é extrínseca ao homem, não dependendo de suas atribuições individuais, mas sim, de uma perspectiva estatal de conformação normativa. Nesse diapasão observado o déficit de motivação, a finalidade preventiva (confirmação das expectativas normativas) poderia justificar a pena sem qualquer limite ao Estado, já que a função da pena é apenas reestabelecer a confiança normativa, não dependendo, assim, de qualquer requisito material para a sua imposição, ou seja, sem qualquer necessidade de se perscrutar um conceito material de culpabilidade (JAKOBS, 1997, p. 581).

Aqui, o Direito Penal, como visto, tem a missão de se proteger, visto que a pena tem como função restaurar a confiança e validade das suas normas. O direito protege, por conseguinte, as suas próprias normas, garantindo o seu funcionamento. Dessa forma, o sistema penal se reproduz e se mantém de forma autônoma (autopoiética), pois do contrário, não se firmam as expectativas normativas de conduta e a vida em sociedade é obstacularizada.

Em contrapartida, Jakobs (1997, p. 567) reconhece que não se pode deduzir nenhum conceito de culpabilidade tendo como ponto de partida apenas a finalidade

---

[69] Importante salientar que, segundo Jakobs (1997, p. 18), em certa medida, a ideia de prevenção geral negativa se aplica em relação ao exercício de fidelidade ao direito, oriundo do fato das pessoas saberem que o comportamento contrário à norma é onerado com pena e aprenderem, em geral, a considerá-lo como alternativa de comportamento a não ter em conta.

[70] A motivação jurídica de Jakobs, como se percebe, não se confunde com a dirigibilidade normativa de Roxin, que é, como visto em linhas anteriores, um conceito empírico normativo.

preventiva da pena. Por isso, diz, com com base na teoria dos sistemas luhmanniano[71] que, juntamente com os fins da pena, o conteúdo da culpabilidade se encontra também determinado pela constituição social.[72] Ocorre que em face da sua concepção não ser individualizadora por deslocar o conteúdo da culpabilidade do indivíduo para a sociedade e suas expectativas normativas, a culpabilidade se configura funcionalmente, se apresentando, assim, como um conceito que rende um fruto de regulação (vinculados à finalidade da pena) para uma sociedade de estrutura determinada. Daí a crítica de Tavares (1998, p. 155) no sentido de que a culpabilidade funcionalista depende das estruturas sociais e da tolerância juridicamente conferida a dadas qualidades pessoais. Acrescente-se que, como condição de manutenção do sistema jurídico, esta deveria possuir um fundamento material que não existe, posto que a culpabilidade basta-se a si mesma como um processo. Então, sem fundamento material, a culpabilidade é vazia de conteúdo e não possui sentido de existência, nem mesmo funcionalmente, como instituto autônomo e é, justamente por isso, que o funcionalismo a vincula aos fins da pena.

Quanto aos critérios e a possibilidade da finalidade preventiva da pena distinguir o injusto do culpável, Jakobs diz que na conduta antijurídica falta uma motivação jurídica quanto a seu conteúdo mas, com o juízo de ilicitude não se determina que essa falta seja consequência de um déficit de fidelidade ao direito, uma falta de motivação jurídica que deva responder o autor pois, para ele, é possível que a norma infringida não seja acessível ou inexigível obedecê-la. O motivo para essa distinção entre conteúdo e reconhecimento da norma consiste em que o conteúdo da norma, objeto de reconhecimento, não pode abarcar, ao mesmo tempo, o juízo sobre esse reconhecimento (sobre a relação consigo mesma), por isso, a norma pressupõe a

[71] Nesse ponto, segundo Mello (2010, p. 248), percebe-se ade forma clara a influência da teoria dos sistemas de Luhmann pois o que é efetivamente a culpabilidade depende da respectiva estrutura da sociedade, do sistema social, pois as concreções decorrentes do princípio da culpabilidade só são possíveis com referência a um sistema social definido com certa exatidão e o conteúdo da culpabilidade só estará delimitado na medida em que o estejam as finalidade da pena.

[72] Merece ser esclarecido, mesmo sem a possibilidade de adentrar profundamente na questão, que para Luhmann o conflito surge com a manutenção das expectativas normativas, mesmo defraudadas, e a finalidade do Direito é estabilizar as expectativas normativas. Sua função é dizer qual das expectativas deve prevalecer (predispondo sobre conflitos futuros). O juiz, portanto, é um terceiro comunicador que define a expectativa que deve prevalecer (inclusive, pode entender que nenhuma delas deva prevalecer), não sendo, assim, o direito um sistema de controle social, mas sim de comunicação. Jakobs diz que o crime é um corruptor das próprias estruturas. Já Luhmann, ao contrário, diz que o Direito, para evoluir, necessita regular situações conflituosas porque só com tais situações o judiciário será provocado, viabilizando a autorreprodução do sistema. O conflito, portanto, é condição necessária para a autopoiesis, para a reprodução, mantendo ou não as expectativas normativas. Dessa forma, em nenhum momento Luhmann exige ou fala em exigência de um comportamento conforme o direito. Para ele, essa não é a função do direito (que é saber como nós vamos nos comunicar dentro do sistema jurídico), pois o direito não resolve os conflitos, ele apenas decide.

possibilidade de seu reconhecimento e, ausente tal reconhecimento, não há injusto (MELLO, p. 248-249).

Já a atribuição do injusto ao sujeito é determinado com referência à fidelidade ao direito e constitui um problema da culpabilidade para Jakobs (1998, p. 581-583). Com o objetivo de estabelecer a culpabilidade, é necessário determinar quantas pressões sociais podem ser atribuídas ao autor e quantas qualidades perturbadoras ao autor devem ser aceitas pelo Estado, pela sociedade ou por terceiros, incluindo a vítima, sendo o resultado dessas considerações regido pelo critério dominante daquelas condições que devem ser imprescindíveis para a existência do sistema e se seus subsistemas essenciais.

Sobre o livre-arbítrio, Jakobs (1997, p. 585 - 588) considera que, na determinação da culpabilidade, devem ser considerados os fundamentos motivadores da conduta antijurídica pelos quais se deve considerar responsável o autor, para que não ocorra uma frustração da expectativa de que a norma em geral é vinculante e, se houve uma conduta antijurídica, existe uma tendência geral a aceitar a responsabilidade do autor na situação em que ele se encontrava.[73] Os fundamentos motivadores, entretanto, não tem relação com a ideia de livre-arbítrio, uma vez que este carece de dimensão social, na medida em que a concepção indeterminista de livre-arbítrio só é possível quando, para além do efeito social, se produz também uma desvalorização do indivíduo a partir do conceito de reprovação. Como a função da pena é limitada a assegurar a ordem social, torna-se irrelevante se o autor tinha concretamente alternativa de comportamento realizável individualmente, importando apenas, para a imputação do autor, a ausência de uma alternativa de organização que seja preferível de um modo geral. Portanto, as relações entre responsabilidade e liberdade em Jakobs não são frizadas na perspectiva do livre-arbítrio, mas no fato de que a sua responsabilidade não depende da supervisão de outras pessoas, ou seja, o âmbito da culpabilidade é livre de autodeterminação, não no sentido de livre arbítrio, mas no sentido da falta de obstáculos juridicamente relevantes para os seus atos de organização (MELLO, 2010, p. 250).

Como dito, o conteúdo da culpabilidade, em Jakobs, está no fim e não no sujeito. Esse fim é a estabilização da ordem social por meio do reforço à fidelidade e confiança na norma, sendo a capacidade do autor para evitar a desestabilização uma

[73] Isso se refere, inclusive a um dos efeitos da prevenção geral positiva defendida por Jakobs, que é a aceitação das consequências, pois através da pena que se aprende a conexão entre o comportamento e a assunção dos custos dele decorrentes, todas as vezes que o sujeiro contratou a norma apesar de ter apreendido o seu conteúdo (MELLO, 2010, p. 249).

presunção estabelecida a partir das expectativas sociais e a necessidade de estabilização normativa.

Desse modo, a falta de reconhecimento da norma constitui o injusto, mas para que o mesmo possa ser imputado a alguém, faz-se necessário que essa pessoa tem decidido atuar de forma contrária ao dever de fidelidade ao direito. Nesse sentido, o fundamento da culpabilida se encontra a decisão com relação à quebra da norma que, por sua vez, gera a frustração do objetivo das norma e, por isso, a necessidade de reafirmação da sua validade a fim de evitar a sua transformação (função da pena).

–A pena significa algo, quer dizer, que a significação do comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a normal (JAKOBS, 1997, p. 13)

A ideia central é a de aplicação da pena[74] servir para determinar a persistência da validade da norma, apesar da existência de questionamento pelo agente. Não havendo outro caminho funcional de promoção da estabilidade da norma, faz-se necessário tornar o sujeito responsável pelo rompimento normativo praticado, reconhecendo-o como único causador da instabilidade normativa.

No pensamento de Jakobs, a teoria analítica do crime constitui mecanismo para realizar a imputação, ou seja, forma de imputar a decepção de uma expectativa normativa para alguém. Portanto, suas categorias (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) são metodogolicamente desenvolvidas no sentido de funcionar como mecanismos analíticos a partir dos quais seja possível firmar essa imputação.

Em relação à culpabilidade, parte-se da ideia de que, de modo circular, o dever de fidelidade à norma seria aquele que deriva da necessidade de garantir a própria existência das regras que delimitam o espaço de liberdade. Jakobs acredita que é o espaço normativo o que garante a liberdade do sujeito, estando, assim, obrigado pelo exercício de um contrato sinalagmático, à contraprestação da lealdade ao Direito, sendo a falta dessa lealdade à norma, a essência da culpabilidade, o núcleo da imputação da culpabilidade. Deriva daí que a culpabilidade não existe quando não for acessível a norma infligida genericamente considerada (imputabilidade) ou especificamente considerada (potencial consciência de ilicitude) ou nas situações de tal emergência que

[74] Lembra a clássica ideia de Hegel (teoria absolutada pena) no sentido de ser o crime a negação do direito e a pena, por sua vez, a negação do crime e, como dialeticamente a negação de uma negação é uma afirmação, conclui-se que a pena é a afirmação do direito. No entanto, tais posicionamentos se diferem no ponto de referência da posição hegeliana da pena, que é o conceito abstrato de direito, pois em Jakobs esse ponto de referência vem constituído pelas condições de subsistência da sociedade (RAMOS; GONZÁLEZ; MELIÁ, 1999, p. 31)

não fosse exigível, pelas circunstâncias dadas, obediência à norma (exigibilidade de conduta diversa) (BUSATO, 2013, p. 545 e 546).

A culpabilidade é o critério que diferencia uma ação humana sem nenhuma relevância comunicativa para o Direito Penal (plano da natureza), daquela ação humana perceptível pelo sistema, eis que constante no plano do sentido. E o faz na medida em que as fontes de expectativa social de que o direito poderá se valer para aferir a frustração contida em uma determinada conduta só podem vir do próprio direito, eis que este é um subsistema social fechado, só o próprio direito positivo pode servir de régua da culpabilidade, que apenas será excluída em hipóteses previstas em lei, rigidamente tipificadas. Acrescente-se que, ainda sob o rótulo de culpabilidade material, Jakobs não consegue escapar ao formalismo, ao definir como conteúdo da culpabilidade a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico (TANGERINO, 2011, p. 98).

Jakobs (1997, p. 598-600) trata do tipo de culpabilidade, detalhando que existe um tipo positivo e um negativo desse instituto. Segundo ele, o tipo de culpabilidade é o conjunto de elementos que devem existir para que seja constatada a infidelidade ao direito do autor, ou seja, a motivação juridicamente incorreta seguida de responsabilidade, existindo ainda um aspecto positivo (com requisitos que devem estar cumulativamente presentes para a realização do tipo de culpabilidade) e negativo. O tipo positivo é constituído por: a) um comportamento antijurídico, uma vez que o injusto pertence à culpabilidade, já que é a objetivação necessária para imputar o defeito de motivação; b) imputabilidade, como capacidade de questionar a validade da norma, de uma pessoa que é definida como igual pois, não havendo igualdade, renuncia-se à estabilização das expectativas normativas que o autor defrauda, buscando-se uma alternativa como a correção e a reeducação; c) atuação com despeito ao fundamento de validade das normas e; d) concorrência de alguns elementos especiais da culpabilidade, para determinada categoria de delitos. Já o tipo negativo de culpabilidade existe quando o autor atua com disposição e ânimo exculpante ou em um contexto exculpante (inexigibilidade), havendo assim, a impossibilidade de se exigir que o sujeito obedeça a norma, posto que a motivação contrária ao direito ou o desrespeito ao fundamento de validez da norma ocorre em uma situação definida como ―desgraça‖ pelo autor (MELLO, 2010, p. 251-252).

Sabe-se que o fundamento da culpabilidade é um posição de contrariedade à norma, um desafio à sua validade, tornano-se exigível que sujeito, quando atua em desconformidade ao direito, seja capaz de colocar em cheque a norma com a sua atitude,

ou seja, que seja imputável. Além disso, a correta motivação do autor exige a intelecção do injusto, visto que a situação de expressão de ausência de lealdade ao direito só se completa quando se questiona efetivamente a validade das normas, assim, no pensamento de Jakobs, possui relevância também o erro de proibição, sendo elemento da culpabilidade a potencial consciência da ilicitude, mas o seu fundamento é no sentido de que a punição de um autor que tenha atuado em erro sobre a norma, mas com suficiente disposição para obedecer as normas que conhece (reconhece a validade), não serviria ao objetivo de exercitar a lealdade ao direito. Por último, considera o autor que também há espaço para a inexigibilidade de conduta diversa, sempre em face da dimensão normativa da sua teoria, posto que se exclui da situação culpável o agente que atua impelido por motivações mais fortes, alheias àquela oferecida pelo direito, sempre e quando tais motivações sejam consideradas igualmente importantes pela generalidade das pessoas (BUSATO, 2013, p. 546).

Em relação à inexigibilidade, como tipo negativo, diferente da imputabilidade, o que se considera é a igualdade do sujeito atuante, pois o imputável é um desigual. A inexigibilidade afeta casos de condicionamento de motivação em um sujeito com traços essenciais semelhantes aos demais e Jakobs, fiel à tese de que o conteúdo da culpabilidade depende dos fins da pena, considera que a culpabilidade nos casos de inexigibilidade, depende do rigor da barema que se aplique, em que há um condicionamento da motivação onde é possível reduzir a zero a culpabilidade em face de suas finalidades preventivas, no entanto, esse condicionamento que pode exculpar alguém só é permitido quando a sua origem não é da competência do autor (JAKOBS, 1997, p. 601).

A hipótese adequada ou capaz de fazer com que se considere inexigível uma conduta diversa é definida por Jakobs (1997, p. 601) como ‒situação que para o autor constitui uma desgraça e que também, em geral, possa ser definida como desgraça, ou possa ser imputada a outra pessoa.‖

Mello (2010, p. 252) resume dizendo que a culpabilidade no funcionalismo sistêmico está vinculada à finalidade preventiva de forma que a imputação da pena ao autor é feita porque houve um defeito na motivação jurídica de um sujeito que se comportou contrariamente ao direito, sendo ele responsável por essa falta na medida em que tinha capacidade de respeitar o fundamento das normas. Essa capacidade de motivação não é aferida pelas suas aptidões individuais, mas pela conformação entre as finalidades da pena e a constituição social, tenho como fundamento a igualdade (que

acaba funcionando como um suposto generalizador). Segundo o autor, essa teoria tem o mérito de definir a culpabilidade, reduzida à prevenção geral positiva, de forma perfeitamente adequada à missão do Direito Penal defendida pelo funcionalismo sistêmico, que é a estabilização das relações sociais e o exercício da confiança na norma e na fidelidade ao direito, onde a imputação se dá ao autor responsável pelo conflito que desestabiliza o direito e, sendo a sua motivação defeituosa no âmbito do respeito ao fundamento de validez das normas, devendo a pena incidir às expensas do próprio sujeito responsável e, por meio dele, reestabelecida a confiança normativa e revalidada a norma.[75]

De fato, a culpabilidade é definida como déficit de motivação de comportamento fiel ao direito, é o comportamento infiel. Pune-se, em certa medida, para confirmar a obrigatoriedade do ordenamento jurídico frente ao cidadão fiel. A estabilização das expectativas normativas pressupõem comportamentos fiéis, por isso, a culpabilidade é o déficit de motivação desse comportamento fiel ao direito.

A teoria de Jakobs é alvo de severas críticas, mas muito mais quanto aos seus fundamentos do que em relação à sua estrutura. Roxin (2003, p. 253) diz de forma enfática que o sistema defendido por Jakobs viola a dignidade humana uma vez que abre espaço para a instrumentalização do homem, justificado por interesses sociais de estabilização da confiança no ordenamento. Ressalta que há falta de parâmetros para estabelecer o que é necessário para tal estabilização e, por outro lado, quando uma perturbação à ordem pode ser processada e assimilada de outra forma, permitindo ao Estado renunciar à referida punição.

Suas proposições se afiguram em sentido completamente oposto à ideia de personalização da culpabilidade, posto que propõe um completo abandono da dimensão humana, reconhecendo a culpa e submetendo o homem ao império do paradigma normativo.

O sujeito, praticamente, desaparece enquanto indivíduo, no sentido de que não é tarefa do Direito Penal construir uma imagem de homem, de sociedade e da relação entre ambos, mas recolher a imagem de homem vigente na sociedade (AGUADO, 2003, p. 124).

De fato, em um Estado Democrático de Direito, não há a possibilidade de haver a adequação de um sistema jurídico-penal em que o homem é utilizado como

[75] A pena seria como uma necessidade do sistema reafirmar-se pois o autor ao praticar o crime afirma implicitamente que a norma não tem validade, assim, a pena confirma o direito e deve ser imputada ao responsável (no sentido do funcionalismo) pela desconformação do conteúdo da norma.

instrumento estabilizador da ordem normativa visto que tal ideia traz, como consequência necessária, a violação à um dos seus fundamentos centrais: a dignidade humana. De fato, a teoria de Jakobs desloca o centro da ordem jurídica do homem para a prevalência do sistema normativo.[76]

Nesse sentido, Baratta diz que a teoria de Jakobs parece buscar o retorno da figura do ‒bode expiatório‖, senão vejamos:

> A alienação da subjetividade e a centralidade do homem em benefício do sistema, que se encontra fielmente descrita pela teoria sistêmica, mas não é criticável (como contradição entre potencialidade e realidade da situação humana) desde seu próprio interior, produz também na teoria do subsistema penal, como temos visto, o deslocamento do sujeito do centro e fim do direito, para objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais. Em especial, na incriminação da responsabilidade penal o sujeito deve ser o fim da intervenção institucional, para converter-se em suporte psíquico-físico de uma ação simbólica, cujo os fins estão fora dele e da qual constitui unicamente um instrumento. Parece que a figura do ‗bode espiatório', da qual se serve a teoria psicoanalítica do delito e da pena para mostrar o compoenente irracional dos sistemas punitivos, é renascida ainda que com fins bem distintos e na linguagem mais abstrata da teoria sistêmica. Parece que dito componente fica elevado na teoria da prevenção – integração, sob o fundamento de um princípio de absoluta racionalidade do sistema. Mas é só aparente o paradoxo dessa teoria, consistente em centralizar a responsabilidade sobre um sujeito que ao mesmo tempo resulta subjetivizado pelo sistema (Baratta, 2002, p. 22).

Jakobs (1997, p. 589) se defende dessa críticas afirmando que a culpabilidade também é limitada pelo necessário, pois o princípio da culpabilidade voltado aos fins da pena garante que decisões particulares não deixem de responder às exigências gerais dos sistema. Ressalta que sua concepção é vinculada ao princípio da igualdade posto que o princípio da culpabilidade representa a proibição da arbitrariedade, garantindo que o critério utilizado por casos similares é vinculante. Diz ainda que é discutível que baremas eticizantes e moralizantes contribuam para a medida da pena. Por fim, entende que a culpabilidade sem relação à fins, de acordo com o direito vigente, não tem relação com a medida da pena.

De fato, como o juízo de reprovação pessoal não existe, a teoria de Jakobs acaba sendo vista como autoritária. Apesar disso, como dito, o autor diz que nela a culpabilidade tem fundamento material: o princípio da igualdade. No entanto esse princípio é utilizado mais como um critério legitimador e não como conteúdo material da culpabilidade, pois a pena não será necessariamente a adequada ao indivíduo, mas sim, capaz de estimular que a sociedade tenha comportamentos fiéis à normas (por isso, é uma teoria funcional). A pena tem função preventiva, a culpabilidade é vista apenas

[76] Observa Mello (2010, p. 254) que a tese de Jakobs permite que parâmetros da exculpação sejam variantes a partir da fluida necessidade de confirmação da expectativas normativas, permitindo, por exemplo, punições exemplares aos crimes em que houvesse maior repercussão na mídia.

para justificar a finalidade da pena, então, consequentemente, não existe culpabilidade em si, é a prevenção geral positiva a ideia central, pois não há reprovação pessoal na teoria de Jakobs como fundamento material, que é análoga a competência para se manifestar sobre o mundo social[77].

Segundo Busato (2013, p. 547), o pressuposto de igualdade de todos perante a norma, utilizado por Jakobs para justificar a sua teoria, é falso, posto que ao fundamentar a culpabilidade na falta de lealdade para com a norma, parte-se do reconhecimento de uma possibilidade igual de todos que são motiváveis pela norma, em atender os seus ditames, o que significa claramente desconhecer a igualdade entre os homens.

Disso se conclui que, se a pena serve à manutenção da ordem social, há nítido processo de eticização. Essa ordem social é a correta, todos (imputáveis, pois só esses possuem competência para se manifestar de acordo) devem seguir. Não é o resultado que causa a perturbação social, é a vulneração à norma, por isso se diz que na teoria de Jakobs não há a garantia do bem jurídico, já que isso não é o importante, mas sim, a desestabilização das expectativas normativas, como dito explicitamente.

Segundo Salas (2006, p. 243) na visão de sociedade de Jakobs, há o predomínio de um tratamento instrumental da pessoa, em relação a um tratamento orientado ao entendimento, posto que ele supõe que, diante do indivíduo que infringe a norma para decidir sua culpabilidade, o sistema não está disposto a se interessar pelos verdadeiros motivos do delinquente e nem por suas possibilidades alternativas de ação, ou seja, o sistema não tem a pretensão de travar uma comunicação com o delinquente orientado ao entendimento, mas sim, lhe interessa a satisfação das suas próprias necessidades, para as quais o indivíduo é visto como instrumento, de forma objetivada.

Há um conceito fechado de necessidade simbólica de reafirmação do direito para a sobrevivência do sistema jurídico sem qualquer referência ou comprovabilidade empírica na sociedade de que a pena efetivamente contribui para que se produzam os efeitos preventivo-gerais buscados. A referência para a descoberta da configuração social a ser confirmada é o direito positivo que, para a funcionalidade do sistema,

[77] Se uma pessoa é inimputável, é incompetente para se manifestar na correta configuração do mundo social. Quem é imputável, tem uma competência análoga, ou seja, pode agir de acordo com as configurações trazidas ao mundo social.

deverá ser necessariamente bem construído, o que parece ser impossível em face das próprias contradições internas do sistema jurídico-penal. Assim, o fato de que a referência à conformação das expectativas normativas e à fidelidade ao direito constitui um conceito vazio, que nem sequer questiona (já que considera irrelevantes) as alternativas de atuação do indivíduo no caso concreto, mas sim a capacidade do sistema suportar tais comportamentos. Nesse sentido, dificulta-se ainda mais as possibilidades de exculpação supralegal uma vez que a pena só poderá ser excluída quando isso não efetar a função do Direito Penal de estabilizar a expectativas ou quando houver outra maneira de se processar o conflito sem perturbar a confiança normativa, o que fica restrito às hipóteses dos tipos de culpabilidade (estabelecidos em parâmetros abertos) e de exculpação (MELLO, p. 256).

Apesar de tantas críticas, inclusive, fundamentadas em valores de importância praticamente indiscutível no cenário jurídico atual, é importante reconhecer que no funcionalismo sistêmico de Jakobs há a busca de firmar uma relação entre a culpabilidade e a ideia de igualdade. Como visto, as causas de exculpação são aqui possíveis em um contexto de desigualdade. Da mesma forma com que se identificou a relação entre culpabilidade e liberdade, Jakobs defendeu sistematicamente a relação entre a culpabilidade e a igualdade.

De forma geral, apesar a doutrina considerar o fato das teorias baseadas na ideia de prevenção geral positiva serem teorias de trânsito entre um sistema clássico de fundamentação e legitimação do *jus puniendi* próprio de sociedades industriais e um sistema novo, próprio de sociedades tecnógicas, se diz incisivamente que a mesma é incapaz de fazer uma crítica ao sistema. Apesar de primeiro ser uma teoria explicativa dos efeitos da pena, a prevenção geral positiva foi posteriormente utilizada para legitimar e justificar o Direito Penal e a pena. Com o fim de aliviar inconvenientes e críticas, foram acrescidos critérios para facilitar a crítica do Dieito Penal, que garantissem direitos individuais frente ao autoritarismo a que pode conduzir (AGUADO, 2003, p. 120 e 121).

Como o objetivo deste capítulo é analisar mais profundamente o conceito material de culpabilidade, faz-se necessário ainda, mesmo que de forma conclusiva, apresentar considerações críticas em relação à doutrina normativa e, sobretudo, às doutrinas pós-finalistas, visto que estas partem da necessidade de solucionar supostas

incongruências no sistema de Welzel, inclusive, relativas ao objeto desta tese, por meio da sua superação.

Na teoria normativa pura, o sujeito culpável é quem em certa circunstância decidiu livremente agir de forma contrária ao direito. A capacidade de autodeterminação do agente, conjugada com o incontornável conteúdo ético do Direito Penal, dá-se sobre a base segundo a qual toda pessoa imputável é capaz de inferir a legalidade de suas ações e conformá-las à luz dessa compreensão e, quando assim não o faz, merece a pena (abordagem retributivista), portanto, aproxima-se a culpabilidade de uma autodeterminação moral. Já no funcionalismo, o sujeito culpável é aquele que, em determinado contexto fático, contraria as expectativas normativas quando, por estar inserido no contexto normativo, poderia ter sucumbido a elas. Também aqui pode qualquer pessoa acessar a legalidade das suas ações, por confronto à expectativas normativas, conhecidas por meio dos processos comunicativos. [78] Dessa forma, quando frustra a expectativa social, imperioso para que a teia comunicativa seja restaurada por meio da reafirmação do valor, que se dá quando da imposição da pena. Há de se registrar um exceção, a teoria de Jakobs, que ao adotar um modelo de funcionalismo sistêmico radical, como visto, abstrai as qualidades intrínsecas do ser humano, que passa a integrar o ambiente, sendo relevante para o sistema apenas a comunicação da qual ele participa na forma de papel social. Também intocada a percepção da existência de valores universalmente compartilhados, agrupados como bens jurídicos relevantes, que incumbe ao Direito Penal a proteção, porém, quem lhes confere relevância é o legislador que, por sua vez, os escolhe por considerar que são relevantes (tautologia).[79] (TANGERINO, 2011, p. 107 e 108)

Nesse sentido, seja no enfoque normativista ou no funcionalista, a culpabilidade é a última barreira para a aplicação da pena que, por sua vez, segundo o primeiro, deve ser a mais individualizada e justa para o agente ou, de acordo com o segundo enfoque, a mais eficaz na estabilização normativa respeitadas as garantias individuais, ao menos aos moderados. No entanto, é necessário refletir que para a prática de um injusto culpável, há de se impor uma pena em sentido forte e essa proposição merece o estatuto de pilar por condicionar a formulação mesma da

[78] Roxin, mesmo crítico da ideia de livre-arbítrio, não pode abrir mão de algum grau de liberdade. O encara como um problema sem solução e assume que as pessoas, até certo limite, para o qual são impelidas por meio de sua constituição e do ambiente, possuem uma certa e segura liberdade de decisão.
[79] Também, princípios como da intervenção mínima não vinculam nem o aplicador e nem muito menos o legislador.

culpabilidade, já que quem nela busca contornos materiais rigorosos, o faz com vistas a minimizar os males aflitivos e, por sua vez, quem o faz a partir de necessidades preventivas da pena coloca o mal na definição mesmo do conceito. De fato, o funcionalismo destrói parcialmente o edifício da culpabilidade preservando, todavia, os seus alicerces.

Ainda sobre os estudos mais recentes com relação à culpabilidade material, momento este por alguns denominado de pós-finalismo, é importante ainda tratar da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, desenvolvida por Zaffaroni, um estudioso e crítico do Direito Penal latino-americano, notadamente, pela problemática desta tese se incluir na realidade retratada e levada em consideração pelo autor na construção da sua teoria.

A base das construções de Zaffaroni, a respeito da culpabilidade, levam em consideração reflexões feitas pelo autor relativas ao sistema penal e sua operacionalidade, uma vez que tais definições desembocam na sua formulação dogmática jurídico-penal.

Na obra ―Em busca das penas perdidas‖, diz que na criminologia atual, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada parecem com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma "realidade" inexistente e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente (ZAFFARONI, 1998, p. 16).

Ainda sobre a incompatibilidade ou falta de adequação da dogmática à realidade, Zaffaroni (1998, p. 19) diz que há a consciência de que a realidade operacional dos sistemas latino-americanos jamais poderá se adequar à planificação do discurso jurídico-penal, de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais.

Diz que acredita ser ―necessário colocar a reconstrução da teoria do direito penal a partir de outra perspectiva, baseados no fato de que, em que pese a enorme disparidade de critérios e ensaios, não pudemos afirmar até agora qual é o sentido da

pena; contudo, sabemos que o aporte positivo do Direito Penal à humanidade consistiu em sua limitação.‖ (ZAFFARONI, 2003, p. 09)

Zaffaroni parte da ideia de que o Estado não proporcionou a todos as mesmas oportunidades sociais. Segundo ele, determinados indivíduos que não tiveram do Estado ou não tiveram condições de, com recursos próprios, socializarem-se, pois a eles foram vedados direitos básicos como saúde e educação, devem receber um tratamento diferenciado no tocante à aplicação da pena. Nesse sentido, a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade não atinge a todos indistintamente, mas somente os socialmente vulneráveis, não se tratando, necessariamente, da ausência de punição daquele que é visto como vulnerável, mas apenas da aplicação de uma pena mais justa, diante de suas circunstâncias sociais.

Segundo Busato (2011, p. 49)

> Argumenta-se que a liberdade de optar pelo cumprimento do direito, quando o sujeito o viola, e que fundamentaria, em tese, a culpabilidade, deve ser revista. É que o sujeito a ser considerado não é o indivíduo isolado, mas, em seu contexto social e o contexto social a se ter em conta hoje, é de um mundo moldado segundo os padrões capitalistas globalizados de exclusão. Este mundo, sem dúvida, condiciona os sujeitos, formando uma massa de excluídos. Esta exclusão não é somente da participação na sociedade de consumo, mas do próprio espaço, levando a uma importante limitação da liberdade de escolha, o que aflige, diretamente, o conceito de culpabilidade. Assim, haveria sujeitos em tal estado de vulnerabilidade diante dos condicionamentos sociais, que seriam simplesmente identificados e seletivizados negativamente pelo sistema punitivo.

Antes de chegar à teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade, sobre a temática, Zaffaroni (2002, p. 656 e 657) defendeu a ideia de coculpabilidade. Entendia que a ordem sustentada pelo direito não daria a todos as mesmas possibilidades de realização, os que podiam mais, deveriam arcar com a responsabilidade em relação àqueles que podiam menos; a sociedade teria, também, parte da culpabilidade que se atribuiria ao indivíduo, daí, portanto, a denominação "coculpabilidade". Nesse sentido, reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza seria nítida violação do princípio da igualdade, considerado não pelo ponto de vista formal, mas sim materialmente (ideia de isonomia). Como se percebe, a ideia de coculpabilidade seria um mecanismo de

corresponsabilização do Estado pelo injusto em razão da omissão na efetivação dos direitos fundamentais do autor do delito .

Igualmente, Salo de Carvalho entende que:

> [...] somente poderíamos estabelecer juízos paritários (isonômicos) e reprovabilidade individual pelo ato delitivo, se constatássemos que existiu por parte do Estado, a satisfação mínima de seus direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais). Do contrário, estaria estampada uma desigualdade material, visto o tratamento ‗igualitário de desiguais', ou seja, apesar de gerar uma situação ‗igualdade formal', estaria descaracterizado o principio da isonomia (CARVALHO, 2002).

Segundo Moura (2011, p. 41), a coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal.

Apesar de claramente ter como objetivo tornar o Direito Penal mais próximo dos valores isonomia e dignidade da pessoa humana, a teoria da coculpabilidade foi criticada por parte da doutrina, notadamente, por associar o cometimento de delitos à pobreza, imprimindo a ideia de um determinismo social exacerbado que, por mais que possa ser confirmado em determinados casos, não se constitui um dado empiricamente comprovado. Muito se disse também que essa teoria falha por se aplicar apenas aos crimes patrimonias, que não se pode atribuir a responsabilidade pela pobreza unicamente ao Estado ou à sociedade e que, por fim, é inverídica a afirmação de que a pobreza ocasiona necessariamente delitos.

Posteriormente, por conta de todas essas críticas, do descrédito da doutrina, Zaffaroni reconheceu que sua ideia de coculpabilidade seria insuficiente[80] à seletividade

[80] Causas: a) em princípio ela evocaria o preconceito de que a pobreza seria a causa de todos os delitos; b) corrigindo este preconceito, concluir-se-ia pela habilitação de mais poder punitivo sobre as classes hegemônicas e menos sobre as subalternas, o que poderia conduzir a um Direito Penal classista a duas velocidades; c) fosse rico ou pobre o selecionado (já que a seletividade não opera apenas em relação a classes marginalizadas), sempre o será com bastante arbitrariedade (ZAFFARONI, 1998, p. 241 e 242).

estrutural do poder punitivo e insatisfatória à luz de um conceito agnóstico da pena[81]. No entanto, com o seu comum senso crítico sobre a desigualdade social e a partir de uma análise da criminalização mais voltada à realidade do sistema penal latino-americano, o autor criou a uma teoria mais consistente e bem elaborada, que não traz maniqueísmos ou falsos dados generalistas, haja vista que é voltada à incriminação individualizada e à culpabilidade do agente singularizado.

Zaffaroni criou, então, a teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade. Através da constatação do funcionamento seletivo do sistema penal, ele chegou a conclusão de que o conceito de culpabilidade normativa, ou seja, a reprovação personalizada estaria em crise. O questionamento: "por que eu e não os outros que fizeram o mesmo" seria uma pergunta que a teoria normativa e sua ideia de reprovação não teria a capacidade de responder. A seletividade (operada também judicialmente) e a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal pedem a responsabilidade do sujeito para a agência judicial que, por sua vez, deve responder perante o acusado e a comunidade, dando conta da forma com que exerce ou administra o seu papel.

> Abre-se desta maneira um novo momento de tensão ou dialético entre a culpabilidade de ato e a exigência de tomar em consideração a seletividade criminalizante. A culpabilidade penal no Estado de Direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade. Somente assim resulta ética e racional a divisão do poder jurídico de contenção, tendo em conta – como vimos - que este é um poder limitado e deve distribuir-se com equidade, segundo a racionalidade de uma operação de salvamento em situação de naufrágio. (ZAFFARONI, 2003, p. 12 e 13).

Para Zaffaroni, a criminalização primária consiste na criação de tipos penais incriminadores pelo legislador, que nem sempre é baseada em fundamentos criminológicos e por vezes é utilizada como meio promocional (Direito Penal promocional) ou simbólico (Direito Penal simbólico), apesar de ainda não existir uma perseguição a sujeitos individualizados pelo poder punitivo. Já a criminalização secundária é relativa ao cometimento de crimes e se refere sempre à agentes concretos,

[81] –Partindo da necessidade da função limitante do Direito Penal para preservar o estado constitucional de direito, que é o que está verificado, acreditamos que é necessário proceder a sua reelaboração sob a base de uma teoria agnóstica da pena. O sentido metafórico da expressão agnóstica põe em evidência a idolatria que tem caído as teorias legitimantes do poder punitivo, que o convertem em um ídolo onipotente adorado por muitos fanáticos.‖ (ZAFFARONI, 2003, p. 10)

por isso, se verifica a total seletividade do sistema penal, sob vários aspectos (não só econômicos), posto que não há a possibilidade das agências de criminalização secundária (polícia, ministério público, etc) perseguir e punir todos os que cometem crimes.

Assim, enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que ocorre quando as agências policiais detectam uma pessoa que supostamente praticou certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas, e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos, em princípio, públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, analisa-se se esse acusado praticou aquela ação e, em caso positivo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisionização) (ZAFFARONI, 2011, p. 43).

Segundo Zaffaroni (2003, p. 13), os tipos penais descrevem condutas, mas os tipos de ato habilitam um espaço de arbitrariedade para a seleção de pessoas. Apesar da lei respeitar a legalidade e o Direito Penal exigir seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor, por inevitáveis razões estruturais. O incremento de leis penais, na realidade operativa do sistema penal, importa no aumento da prática de um poder seletivo de autor. Assim, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, de acordo seu status social e suas características pessoais.

Na obra ‒Em torno da questão penal‖, acrescenta:

> Fica claro, pois, que os tipos penais descrevem condutas, mas sabendo que os de ato abrem, na prática, um espaço de arbitrariedade para selecionar pessoas. O discurso penal é de ato, mas o exercício do poder punitivo é de autor. A inflação das leis penais é, na realidade operativa do sistema penal, uma forma de aumentar a prática de um poder seletivo de autor. Conforme o anterior, o sistema penal apresenta diferentes graus de perigosidade para os habitantes, segundo o seu status social e suas características pessoais (ZAFFARONI, 243 e 244).

Para ele, é possível afirmar que, em geral, entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais distantes do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade, baixa ou nula cobertura). Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados; e entre os últimos, se seleciona com muita maior frequência, sempre se tratando de uma ínfima minoria (ZAFFARONI, 2011, p. 43).

Sobre a sua concepção de vulnerabilidade e seus reflexos, diz que o mero status ou estado de vulnerabilidade não determina a criminalização. Não se deve selecionar a uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, mas sim porque se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade. Partindo de um estado de vulnerabilidade, deve concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder de punir. A ilusão de que a delinquência só tem sua origem nas classes subalternas é ultrapassada e não seria mais que um recurso para subtrair do poder punitivo a quem, pertencendo ao grupo dominante, por erro policial resultava criminalizado. Não se trata de uma habilitação do poder punitivo de autor, mas de reassegurar ou reafirmar este (ZAFFARONI, 2003, p. 13 e 14).

Considerando a diferença entre estado de vulnerabilidade e situação de vulnerabilidade[82], Zaffaroni (2011, p. 47) afirma que não se pode reprovar a ninguém seu estado de vulnerabilidade. Só é possível reprovar o esforço pessoal realizado para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o poder punitivo concretiza-se e esse esforço pode ser de diferentes magnitudes:

> a) São excepcionais os casos de quem parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo e faz um esforço extraordinário até alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Não sempre, mas em muitas oportunidades, os esforços obedecem a perda de cobertura precedidas por lutas de poder. b) Também são menos frequentes os casos de pessoas que, por partir de um estado alto, custar-lhes-ia pouco alcançar a situação de vulnerabilidade, mas mesmo assim

[82] Cumpre diferenciar estado de vulnerabilidade de situação de vulnerabilidade. O primeiro se refere a um dado genérico sobre o sujeito, com base nas suas condições concretas de vida, levando em conta aspectos sociais, de renda, de moradia, de trabalho, de instrução formal, etc. Assim, não criminaliza ninguém, visto que esse estado permanece latente enquanto não se manifesta o crime, então, não determina o crime. Já o segundo, é um conceito aferido no caso concreto, é específico, e varia conforme as circunstâncias, ou seja, é a situação concreta de vulnerabilidade proporcionada pelo ilícito que possibilita a seleção criminalizante. É, assim, a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição do agente pelas agências de repressão, ou seja, é o risco de ser preso pelo crime que cometido.

> realizam um esforço muito alto para atingi-la. Em geral, tais casos tratam-se de fatos que estão perto da patologia e constituem aberrações. c) A maioria dos criminalizados não leva a cabo importantes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade; partindo de um estado elevado, é preciso um esforço insignificante para que seja concretizada a periculosidade do poder punitivo. É muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.[83]

Sobre a mesma questão, em outra obra, Zaffaroni (1998, p. 39) enfatiza dizendo que o estado de vulnerabilidade é uma condição social e torna o sujeito mais vulnerável pelo simples fato de pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, ou por possuir aparência física condizente com algum estereótipo. Aqui, não haveria culpabilidade. A eventual ―culpa seria ―incobrável, não podendo a agência judicial fornecer qualquer resposta punitiva. Já o esforço pessoal para a vulnerabilidade é fruto de uma atitude individual, ou seja, a prática do injusto é um esforço pessoal do agente para se colocar na condição de vulnerável. Neste caso, haveria autonomia na decisão. Logo, conclui Zaffaroni, isso dependerá da condição social de cada sujeito: quem estiver numa posição ou estado de menor vulnerabilidade, mais esforço pessoal terá que fazer para se colocar em posição ou estado de maior vulnerabilidade e, desse modo, facilitar a imposição de uma resposta punitiva por parte da agência judicial. Os agentes que se encontram em um nível muito baixo de vulnerabilidade, como, por exemplo, os genocidas e os delinquentes econômicos, acabam contribuindo significativamente para reforçar a falsa ilusão de igualdade perante a lei e de utilidade do sistema penal. Importante frisar também que, quando uma pessoa em posição ou estado de menor vulnerabilidade, que não tenha incrementado por esforço próprio o risco de seleção, a

[83] A título de ilustração, podemos citar diferenças relativas ao porte ilegal de arma de fogo que, a depender das circunstâncias, o agente pode ter a culpabilidade pela vulnerabilidade bem diferente. Imaginemos, por exemplo, que um rapaz de classe média alta ande pelas ruas com arma de fogo sem autorização legal no bolso. A chance de que esse rapaz seja revistado pela polícia e efetivamente incriminado é baixíssima. Agora imagine um rapaz pobre (um morador de rua, por exemplo na mesma situação: a chance de ser preso em flagrante e haver a incriminação é muito alta se comparado a primeira situação. Certamente, para que o rapaz de classe média alta tenha a mesma chance de ser incriminado, há a necessidade de um esforço significativo para isso, como por exemplo portanto uma arma maior ou deixando à vista a arma que traz consigo. É, exatamente, esse esforço criminalizante que deve ser levado em consideração para, considerando o insignificante esforço que especialmente os estereotipados realizam para serem incriminados, reduzir a medida de sua culpabilidade. Ressalte-se que nem sempre a culpabilidade do estereotipado será menor, pois caso este, em que pese a desnecessidade de um grande esforço, realize esse esforço criminalizante elevado, não será merecedor de redução da culpabilidade pela vulnerabilidade. No exemplo do porte de arma, se o morador de rua anda com a arma à vista de todos, não merecerá redução da culpabilidade em razão de seu maior esforço (ALMEIDA, 2016, p. 01).

sua culpabilidade acabará sendo considerada menor, fazendo com que a resposta da agência judicial seja reduzida ou até mesmo não ocorra.

Ao considerar que o esforço jurídico enfrenta de modo permanente o estado de polícia, resulta racional que o Direito Penal reprove o esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, porque esta indica a medida em que a pessoa operou contra a função redutora do poder punitivo do próprio Direito Penal. O esforço pela vulnerabilidade é sua contribuição pessoal às pretensões legitimantes do poder punitivo e, portanto, contrário ao esforço redutor e pacificador do Direito Penal (ZAFFARONI, 2003, p. 15).

Nesse sentido, se uma pessoa se esforça para estar em situação de vulnerabilidade, mais facilmente o sistema penal se fortalece e se justifica. E, quanto maior a vulnerabilidade, menor o espaço de exercício de poder possuirá a agência judicial que, nesse caso, deverá dar uma resposta criminalizante ao desvio, cujo rigor maior ou menor dependerá do maior ou menor esforço pessoal para a vulneralidade. Assim, quando o esforço e o aporte são grandes o poder decisório da agência judicial fica mais reduzido (ZAFFARONI, p. 1998, 275)

Sobre a ideia de reprovação como base da culpabilidade, afirma Zaffaroni (2011, p. 43) que –a culpabilidade penal no estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade.‖ Esse dado real da seletividade é justamente a vulnerabilidade do agente.

Sobre a insuficiência do conceito de culpabilidade pelo ato, Estado de Direito e exigência de se observar o dado da seletividade, diz:

> Uma culpabilidade do ato, inclusive conduzindo à conclusões dispares e opostas a culpabilidade do autor, não legitima o exercício do poder punitivo e tampouco tem conteúdo ético, porque a esse contrasta a altíssima seletividade do poder punitivo. Não obstante, se faz necessário apelar para ela como um limite da irracionalidade para delimitar: resulta intolerável que se pretenda habilitar o poder punitivo mais além do limite que assinala a culpabilidade pelo ato. Sendo a culpabilidade do ato apenas um limite, não pode definir a quantia do poder punitivo em cada caso sem levar em conta o dado da seletividade. (...) Em um Direito Penal fundado a partir de um conceito agnóstico da pena, deve exigir-se às agências jurídicas que

> esgotem seu poder jurídico de contenção neutralizando, até onde seja possível, a seletividade estrutural do poder punitivo, o que não se obtém com a mera culpabilidade do ato, que não o leva em conta. Essa não é mais que um limite máximo tolerado por um Estado de Direito, que nunca pode comenter a ousadia de pretender sancionar seus habitantes pelo que são, sob pena de assumir formas teocráticas. Mas a dialética entre Estado de Direito e Estado de Polícia não se esgota com a exclusão da culpabilidade o autor: as pulsões do Estado de Polícia, uma vez vedado o caminho para uma conexão punitiva fundada na personalidade, se atrincheiraram na culpabilidade do ato. O Estado de Polícia procede como em uma gerra: perdida uma posição, retrocede e se atrincheira na anterior; é tanto que o Estado de Direito exigirá que, de alguma maneira, se leve em conta a seletividade estrutural do poder punitivo. Se abre, dessa maneira, um novo momento tensional ou dialético entre a culpabilidade do ato e a exigência de tomar em consideração a seletividade criminalizante. A culpabilidade penal no Estado de Direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, mas deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovação) e outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade. Só assim resulta ético e racional a parte do poder jurídico de contenção do poder punitivo, tendo em conta que esse é um poder limitado e deve distribuir-se com equidade (ZAFFARONI, 1998, p. 240-243).

Exigindo-se uma atuação redutora da agência judicial, para Zaffaroni, a culpabilidade se apresenta a partir de duas dimensões: a) a culpabilidade pelo injusto, que mantém a mesma configuração da teoria normativa (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e impõe limites negativos ao magistrado, indicando a magnitude máxima da resposta punitiva; e, num segundo momento, b) a culpabilidade pela vulnerabilidade, que, considerando os dados da seletividade e da vulnerabilidade, apresenta-se como um passo adiante, num processo dialético, não sendo um mero corretivo da culpabilidade tradicional, mas sim, compondo a própria culpabilidade pelo delito.

Como se percebe, a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade como reprovação formal ética, mas um passo superador da culpabilidade que, como todo processo dialético a pressupõe e a conserva em sua síntese. Constatada a culpabilidade, conforme a forma ética - como culpabilidade pura pelo fato, segundo a autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e estabelecido segundo ela um certo grau de reprovação - a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se lhe opõe para contra-balançar a falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade (na medida em que corresponda), e se sintetiza em uma

culpabilidade normativa penal que possibilita a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo (ZAFFARONI, 2003, p. 16).[84]

No pensamento de Zaffaroni (2002, p. 650), a culpabilidade é o juízo que permite vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor e desse modo operar como o principal indicador que, desde a teoria do delito, condiciona a magnitude do poder de punir que pode ser exercido sobre este.

Zaffaroni (2002, p. 651) lembra que devido as diferenças entres os seres humanos e a mutabilidade que é de sua essência, o Direito Penal sempre precisou de uma ponte entre o injusto e a pena e cada teoria legitimante do poder punitivo da sua história buscou esse vínculo conforme os fins que o atribuía à pena e, consequentemente, o localizou em lugares diferentes.

> A teoria do Direito Penal e, por suposto, como parte dela, toda teoria do delito, é tributária de uma teoria da pena (...). Justamente, a referência à uma teoria da pena é o que dota de unidade conceitual e sistemática um teoria do Direito Penal. Qualquer teoria do Direito Penal, por sua parte, deve estabelecer, de alguma maneira, a vinculação do delito com a sua consequência (pena) e é a base do que se chama de *sentencing, strafzumessung* e, mais latinamente, individualização judicial da pena. Esse elemento vinculante que, com dito, é uma necessidade para responder à lacuna que alguns preenchem com perigosidade, conceito heterogêneo e incompatível conceitos de culpa, permita-me batizá-lo como conexão punitiva. Nenhuma teoria do Direito Penal pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, nenhuma pode pretender que o conteúdo antijurídico de um ilícito indique a quantidade da pena. Semelhante pretensão importaria um talião que pressuponderia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos (ZAFFARONI, 1998, p. 230 e 231).

Em seguida, critica as teses funcionalistas. Diz que as teses preventivas contemporâneas são excluídas como consequência necessária da teoria agnóstica da pena, mas também são incompatíveis com um Direito Penal redutor em razão da reetização que demandam, ao erigir-se na exigência de uma ética mínima no exercício

[84] A culpabilidade penal resultante desta síntese traduziria o esforço (ético e legítimo) do saber jurídico penal por reduzir (até onde seu poder alcance) o resultado da culpabilidade formal, mas não materialmente ética. O Direito Penal programa o poder jurídico redutor do poder punitivo, não legitimando senão contendo e filtrando a este último de modo racional. A elaboração da resposta à questão da conexão punitiva pela via da culpabilidade penal dialética seria uma ferramenta significativa para o cumprimento desta meta (ZAFFARONI, 2003, p. 16).

no exercício do poder punitivo estatal. Esse mínimo ético inexiste quando se exerce só ou principalmente conforme supostas ou reais necessidades do estado: por mais que se evite, a construção preventivista sempre conduz à ideia de que pessoas sejam utilizadas como meios para a satisfação das necessidades do Estado, sendo, portanto, degradadas à condição de coisas a serviço de outros fins (ZAFFARONI, 2002, p. 652).

Critica também o puro conceito de reprovação. Para Zaffaroni (2002, p. 652), os autores mais clássicos da tradicional concepção ética da culpabilidade como reprovação, não mencionam o dado da seletividade, pois, de forma geral, se enrolavam em posições idealistas e dedutivas, por talvez entendê-lo como um defeito conjuntural insuperável.

Em seguida, idealiza a culpabilidade como vínculo personalizado do injusto com o agente, concebida como valoração e como capítulo de quem detém ou contém o poder punitivo que deve incorporar o dado da seletividade estrutural e procurar compensá-lo ou reduzi-lo, como parte da ação de imposição de um mínimo de eticidade ao poder punitivo.

O confronto do poder punitivo e a ética é tão inevitável como a seletividade – por ser sua expressão -, mas a redução compensatória da segunda também é paralela à primeira. A compensação que pode alcançar uma culpabilidade redutora da seletividade não legitima eticamente o poder punitivo, mas rebaixa sua quota de ilegitimidade à níveis menos irracionais e, sobretudo, até onde é possível. Com isso, o Direito Penal cumpre sua tarefa ética, pois esgota seu espaço de poder para evitar que o Estado se limite apenas a usar elementos formais da ética para reprovar pessoalmente os que seu poder punitivo selecionou previamente. O saber jurídico-penal, como discurso destinado às agências que devem decidir nos casos previamente selecionados pelo poder punitivo, carece de poder para cancelar a seletividade deste, mas o dispõe em grau sificiente para incorporar o dado de sua seletividade e reduzir o fenômeno excluindo de seu exercício seus extremos mais escandalosamente enfrentados com a ética da igualdade de trato jurídico do Estado de Direito.

A culpabilidade pela vulnerabilidade leva em consideração a seletividade e constata que o poder punitivo selecionar conforme a vulnerabilidade do sujeito e não a sua autodeterminação. Desta forma, esse conceito de culpabilidade objetiva impedir que o poder punitivo seja exercido em magnitude que supere a reprovação que se pode

formular ao agente, a partir da verificação do esforço pessoal que tenha realizado para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Assim, considera-se: a) a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária sobre uma pessoa; b) seu estado de vulnerabilidade perante o sistema penal; c) seus dados sociais, que compõem sua posição dentro da escala social; d) que o poder punitivo não se exerce apenas pelo estado de vulnerabilidade de alguém mas, também, pelo esforço para a vulnerabilidade, ou seja, o esforço pessoal do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Portanto, a reprovação pelo esforço pessoal para alcançar a situação de vulnerabilidade seria legítima porque essa seria a medida do esforço que a pessoa realiza conspirando contra o próprio Direito Penal, enquanto voltado à pacificação e contenção de violência. Em outras palavras, o esforço pessoal para a vulnerabilidade seria uma contribuição pessoal do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo, e, por isso, contrário às finalidades redutoras do Direito Penal. Trata-se, assim, de um Direito Penal que exerceria seu poder redutor contraseletivamente, administrando-o de modo racional dentro de seus limites (ZAFFARONI, 2011, p. 47).

Com a culpabilidade entendida como reprovação do esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade ao poder punitivo, o Direito Penal redutor não leva a cabo uma reprovação legitimante do poder punitivo, mas do Direito Penal mesmo, quando esgota o seu poder redutor que, sendo limitado, o exerce contraseletivamente e administrando-o racionalmente, na medida dos seus limites. O Direito Penal redutor se encontra ante o panorama de uma população ameaçada pela perigosidade do poder punitivo, mas não dispõe de meios para escolher a todos, pelo que deve proceder a uma contrasseleção. Nessa emergência, é legítima sua reprovação do esforço que a pessoa realiza conspirando contra o próprio Direito Penal, enquanto as suas funções pacificadora e redutora de violência. Em outros termos: o esforço pela vulnerabilidade é a contribuição pessoal do sujeito à pretensões legitimantes do poder punitivo e, por fim, contrário ao esforço redutor e pacificador do Direito Penal. No naufrágio, a razão indica que deve privilegiar-se a quem caiu por mero acidente, em relação aos que lançaram voluntariamente e os que pretendem afundar o navio (ZAFFARONI, 2002, p. 654 e 655).

Como se percebe, segundo Zaffaroni (2003, p. 17) a conexão punitiva, em uma perspectiva penal baseada no conceito agnóstico de pena, traz como consequência a síntese de um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da

pessoa no momento do fato (formulado conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal tem concretizado sua periculosidade. O vazio ético que a vulnerabilidade gera na culpabilidade pelo ato torna- se preenchido no jogo dialético com a culpabilidade pela vulnerabilidade, que se sintetiza na culpabilidade penal, indicadora final da quantia de poder punitivo susceptível de se habilitar.

> Essa é a razão pela qual acredito ser necessário intentar a reconstrução da teoria geral do Direito Penal a partir de outra perspectiva. Dada a enorme disparidade de critérios, não temos podido afirmar até agora qual é o sentido da pena, mas sabemos que sempre que o Direito Penal aportou algo à humanidade, o fez mediante sua limitação. Se faz mister partir dessa constatação para replantar o Direito Penal sobre essa base certa. A legitimidade do Direito Penal como ciência ou saber se baseia na sua capacidade limitante do poder punitivo. Partindo do que está verificado, ou seja, da necessidade da função limitante do Direito Penal para preservar o Estado constitucional de Direito, cremos que o mais racional é reelabora-lo partindo de uma teoria agnóstica da pena. No sentido metafórico da expressão, agnóstica serve para colocar em manifesto a idolatria em que tem caído as teorias legitimantes do poder punitivo, que sustentam sua onipotência e o convertem em um ídolo adorado por muitos fanáticos. O Direito Penal baseado em um conceito agnóstico da pena pode construir a sua teoria do ilícito por trilhos parcialmente diferentes aos seguidos pelas teorias legitimantes do poder punitivo, mas substancialmente sem apartar-se dos elementos tradicionais. A prova de fogo de semelhante teoria – como de todas – se acha na hora de construir a conexão punitiva. Para isso, cremos que o conceito de culpabilidade deve se sustentar, sem abandonar as formas da ética tradicional, pois todo abandono dessas formas geram o risco de acabar destruindo o conceito mesmo de pessoa (ZAFFARONI, 1998, p. 238 e 239).

Segundo o autor (2011, p. 48), há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes mais baixas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal. Isto mostra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (*obra tosca*) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal. Há, portanto, de se destacar que não são apenas as classes menos favorecidas que praticam crimes, no entanto, as agências de criminalização secundária sempre se voltam para as condutas mais grosseiras e facilmente perceptíveis, especialmente quando realizadas por sujeitos estereotipados.

Continua dizendo que nos países periféricos, como são os latino-americanos, devido à crescente polarização da riqueza, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade diante do poder punitivo, embora só uns poucos sejam criminalizados. Ou seja, o campo para selecionar amplia-se, mas a seleção continua sendo ínfima em relação a ele. Isso obedece a que o mero status ou estado de vulnerabilidade não determina a criminalização, ou seja, não se seleciona a uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, mas sim, porque se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade. Nesse sentido, partindo de um estado de vulnerabilidade, deve concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo.

Segundo Zaffaroni (2011, p. 49)

> O sistema penal opera, pois, em forma de filtro para acabar selecionando tais pessoas. Cada uma delas se acha em um certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo que depende de sua correspondência com um esteriótipo criminal: o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o esteriótipo for maior ou menor. No entanto, ninguém é atingido pelo poder punitivo por causa desse estado, mas sim pela situação de vulnerabilidade, que é a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca. Em geral, já que a seleção dominante corresponde a esteriótipos, a pessoa que se enquadra em algum deles não precisa fazer um esforço muito grande para colocar-se em posição de risco criminalizante (e, ao contrário, deve esforçar-se muito para evitá-lo), porquanto se encontra em um estado de vulnerabilidade sempre significativo. Quem, ao contrário, não se enquadra em um esteriótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo. Daí o fato de que, em tais casos pouco frequentes, seja adequado referir-se a uma criminalização por comportamento grotesco ou trágico. Os raríssimos casos de falta de cobertura servem para alimentar a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (*self made man*), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode se apresentar como igualitário.[85]

---

[85] Almeida (2016, p. 01), exemplifica dizendo –se um funcionário qualquer da base da Petrobrás (um servente, por exemplo) subtrair da empresa uma impressora que custa 200 reais, como se trata de uma pessoa mais vulnerável, facilmente será incriminada, até pelo aparato a que se submete (ex: câmeras de vigilância). Já se um diretor da mesma Petrobrás, indicado pelo Governo Federal, desviar o valor da impressora em seu próprio proveito, quase impossível será sua incriminação. Este diretor, em razão do seu baixíssimo estado de vulnerabilidade, para chegar a uma situação concreta de vulnerabilidade incriminadora, deve fazer um esforço gigantesco (desvio de milhões de reais) e ainda perder uma disputa

Ressalta que, apesar da reprovação do esforço pela vulnebilidade ser a essência de uma culpabilidade redutora que coroa o sistema de filtros da teoria do delito, não se deve pensar que o juízo formalmente ético (ou de reprovação na razão do âmbito de autodeterminação do sujeito na constelação situacional do fato de culpabilidade) carece de relevância nela. Pelo contrário: a possibilidade de formulação de uma reprovação formalmente ética é um pressuposto da reprovação do esforço pela vulnerabilidade. Se houvesse a dispensa desse pressuposto, o último se traduziria em uma monstruosidade inaceitável: importaria a exigência de abster-se de situações arriscadas para quem está mais exposto a estas, ou seja, que a desvantagem social aumentaria a exigência de cuidado frente à perigosidade do sistema penal e ao conseguinte risco de criminalização. Seria a maior das irracionalidades pretender reprovar a um pessoa em um plano jurídico o que nem sequer se o pode reprovar no plano ético conforme os elementos tradicionais dessa forma de responsabilidade e com base no seu âmbito de autodeterminação no momento do fato.

Nesse sentido, a análise do esforço pela vulnerabilidade deve ocorrer dentro da ideia de culpabilidade, não funcionando assim, como simples pressuposto para a aplicação da pena. A culpabilidade por vulnerabilidade é a própria culpabilidade do delito e não um mero corretivo à culpabilidade normativa tradicional pelo fato, que poderia operar fora da teoria do delito, no plano da teoria da responsabilidade (ou da pena ou das consequências jurídicas do delito, em termos usuais). A tese do corretivo não é admissível pelas seguintes razões: a) em princípio, existem casos em que a culpabilidade normativa tradicional não exclui o delito e, sem embargo, este deve ser excluído pela inexistência de esforço pessoal pela vulnerabilidade; b) Ademais, desde uma perspectiva sistemática, os corretivos próprios da teoria da responsabilidade se

---

de poder (alguém que conhece o esquema internamente o delatar) para que chegue a uma situação de vulnerabilidade e seja punido, pois se isso não ocorrer dificilmente será investigado, incriminado e punido. Nessa comparação, a culpabilidade do servente deve ser considerada menor do que a culpabilidade do diretor, pois aquele fez um esforço mínimo para ser criminalizado, já este fez um esforço estratosférico para que sua conduta fosse percebida e punida. Ademais, a lesão ao bem jurídico é incomparável entre os casos. No entanto, vale lembrar que pela teoria da culpabilidade por vulnerabilidade a punição do diretor não seria agravada dentro dessa comparação, este responderia na medida da culpabilidade do fato. Mas para a aferição da punição do servente, a teoria prega que a culpabilidade do fato seja atenuada pela culpabilidade pela vulnerabilidade, haja vista o mínimo esforço do agente para se colocar em situação de vulnerabilidade criminalizante. Em suma, a teoria serve apenas para atenuar a culpabilidade do fato, nunca para agravá-la, pois é defeso em matéria penal agravação não prevista em lei.‖

distinguem dos indicadores de magnitude punitiva provenientes da teoria do delito em que os primeiros são ou podem ser posteriores ao fato, em tanto que os segundos nunca podem sê-lo; c) Por outra parte, a culpabilidade pela vulnerabilidade não faz mais que proporcionar o marco máximo do poder punitivo, dentro do que operam os corretivos que são próprios da teoria da responsabilidade; sistematicamente seria incorreto considerar aos últimos como corretivos de um corretivo privilegiado, operando todos dentro do mesmo estádio teórico ou analítico (ZAFFARONI, 2002, p. 655 e 656).

Em síntese, a ideia de culpabilidade de Zaffaroni não é uma alternativa à culpabilidade como reprovação ética, mas um passo superador desta, que – como todo processo dialético – a conserva em sua síntese. Firmada a culpabilidade ética como culpabilidade pura pelo fato, conforme o âmbito de autodeterminação com que o sujeito pode deliberar e indicar conforme a ela um certo grau de reprovação, a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se opõe, como atenuante de sua desconsideração da seletividade em na medida que corresponda, se sintetiza em uma culpabilidade normativa que pode reduzi-lo mas nunca ampliá-lo. A culpabilidade normativa resultante da síntese traduz o esforço (ético e legítimo) do saber jurídico-penal por reduzir (até onde seu poder alcance) o resultado da culpabilidade formalmente ética (ZAFFARONI, 2002, p. 656).

> Afirmada a culpabilidade formalmente ética como culpabilidade pura pelo fato, conforme o âmbito de autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e assinalado conforme a ela um certo grau de reprovação, a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade é oposta, para neutralizar sua falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade e, na medida em que corresponda, se sintetiza em uma culpabilidade normativa penal que pode reduzir a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo. A culpabilidade penal resultante essa síntese traduziria o esforço (ético e legítimo) do saber jurídico-penal por reduzir (até onde o seu poder alcance) o resultado da culpabilidade, mas não materialmente ética. O Direito Penal, como programação do poder jurídico redutor do poder punitivo, não legitima a este, mas que o contém e filtra de modo racional. A elaboração da resposta à questão da conexão punitiva pela via da culpabilidade penal dialética seria uma ferramenta significativa para o cumprimento dessa tarefa. Se a conexão punitiva impõe a elaboração de um vínculo personalizado entre o ilícito e o seu autor que, em seu caso, opere como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que possa habilitar-se para ser exercido sobre este, entendo que a resposta mais completa para proporcionar um conceito de respeita a culpabilidade pelo ato e que, ao mesmo tempo, se faz cargo do dado mais deslegitimante do exercício do poder punitivo, como é a seletividade por vulnerabilidade social e

> pessoal. A conexão punitiva, em uma perspectiva penal assentada no conceito agnóstico de pena, resulta da síntese de um juízo de reprovação baseado no âmbito da autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulado conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concretizou a sua perigosidade. O vazio da eticidade que a vulnerabilidade provoca na culpabilidade pelo ato preenche o jogo dialético com a culpabilidade pela vulnerabilidade, que se sintetizam na culpabilidade penal, indicadora da quantia de poder punitivo suscetível de habilitar-se (ZAFFARONI, 1998, p. 248 e 249).

A culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma correção da culpabilidade pelo ato, senão o reverso dialético, do que surgirá a culpabilidade penal como síntese. Dado que a culpabilidade pela vulnerabilidade opera como antítese redutora, nunca poderá a culpabilidade penal resultante da síntese superar o grau indicado pela reprovação da culpabilidade pelo ato (ZAFFARONI, 2003, p. 15).

Zaffaroni resume o seu pensamento acerca da culpabilidade da seguinte forma:

> A culpabilidade é o juízo necessário para vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor e, em seu caso, operar como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que pode execer-se sobre este. Este juízo resulta da síntese de um juízo de reprovação baseado no âmbito de autodeterminação da pessoal no momento do fato (formulado conforme a elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal concluiu sua perigosidade, descontando do mesmo o correspondente a seu mero estado de vulnerabilidade (ZAFFARONI, 2002, p. 656).

A teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade surge como importante tentativa de se fazer instrumento de justiça social, visto que reconhece que fatores socioeconômicos influenciam na prática do delito, indivíduos vulneráveis pelo meio social marginalizado e desumano que foram inseridos ao longo de suas vidas. Tais cidadãos, nesse diapasão, devem ter uma menor reprovação social e, portanto, uma atenuação da pena aplicada pelo Estado. Assim, o referido princípio apresenta-se fundamental para o estudo de um Direito Penal que contempla a ideia de dignidade humana, no momento em que busca a efetivação de uma pena mais justa e compatível com a realidade socioeconômica local.

Apesar de incorporar as conclusões de criminologia crítica acerca da seletividade operada por todas as agências executivas do sistema penal, de sair do campo meramente teórico para fornecer um critério objetivo sobre o qual se possa realizar de imediato uma redução do encarceramento e das ―penas processuais‖, de não relegitimar o sistema penal atual, de permitir uma política criminal de efetivação de direitos e garantias fundamentais, de não poder ser acusada de ―abolicionista‖ ou ―utópica‘ e de impor obrigações a todas as esferas que atuam no processo penal (Polícia, MP, Magistrados), existem alguns inconvenientes na teoria de Zaffaroni.

Zaffaroni não deixa claro, ao detalhar o que idealiza como culpabilidade, talvez por impossibilidade, quais os critérios de aferição da vulnerabilidade e nem como definir os limites de concretização desta apreciação.

Além disso, como dito, a sua teoria da culpabilidade por vulneralibidade não exclui a construção normativa, mas sim, acrescenta a necessidade de análise do esforço pela vulnerabilidade na verificação desse elemento e na atribuição da pena. Por esse motivo, também não soluciona todos os problemas identificados pela doutrina em relação à teoria normativa pura de Welzel, antes explicitados.

Com essa conclusão leva-se à termo a primera parte do trabalho que tem como objetivo principal lançar bases para a análise, discussão e conclusão sobre o objeto desta pesquisa.

No próximo capítulo será dado um importante passo, aproximando-se fortemente da problemática da tese, posto que o estudo da exigibilidade de conduta diversa se volta para a realidade jurídica brasileira. Versa sobre a apresentação do problema central desta pesquisa, a partir da análise de suas causas e justificações teóricas apresentadas nas decisões mais recentes emanadas do Poder Judiciário brasileiro.

5 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

No período do descobrimento do Brasil, os indígenas se organizavam por meio do direito consuetudinário. O Direito Penal estava vinculado aos costumes e à ideia de vingança privada,[86] coletiva e de talião[87]. Punia-se o homicídio, a deserção, o furto, o adultério da mulher, as lesões corporais, entre outras condutas. Os índios adotavam em seus costumes a pena de tortura, de morte e de banimento. Por se tratar de uma cultura primitiva, não influenciou o direito dos colonizadores[88] (PIERANGELI, 2004, p. 42).

Como ressalta Aníbal Bruno (2003. p. 97)

> As práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre a nossa legislação penal. Em grau primário de cultura, esses povos, que os conquistadores subjulgavam brutalmente, interrompendo o curso natural de seu desenvolvimento autônomo, não poderiam fazer pesar os seus costumes sobre as normas jurídicas dos invasores, que correspondiam a um estilo de vida política muito mais avançada. Só na etnologia ou na história geral do Direito Penal é que pode situar-se o estudo desses costumes, fora, portanto, da matéria que agora nos propomos.

Ao se tornar colônia de Portugal, o Brasil passou a aplicar o Ordenamento Jurídico que lá estava vigente.[89] Segundo Frederico Marques (1964, p. 83) as Ordenações Afonsinas, de Dom Afonso V (desenvolvidas na dinastia de Avis), promulgada em 1446 e com forte influência do Direito Romano, Canônico e costumeiro, sendo considerado, após a Idade Média, o primeiro código completo na

---

[86] Segundo Tobias Barreto (1882, p. 49) –Todo o Direito Penal positivo atravessa naturalmente os seguintes estádios: - primeiro domina o princípio da vindicta privada, a cujo lado também se faz valer, conforme o caráter nacional, uo ethnologico, a expiação religiosa (...).‖

[87] Segundo Pierangeli (2004, p. 42 e 43), –quanto às lesões, as penas eram executadas pelos familiares, proporcionais ao mal causado e na mesma região do corpo atingida pelo acusado.

[88] Acrescenta Jorge Medeiros (1981, p. 106) que quando dois povos se contatam intercambiam elementos culturais e, nesse jogo de trocas, frequentemente, ocorre a predominância de uma cultura sobre a outra, seja pela imposição pela força, seja pela superioridade intrínseca de cultura, seja pela astúcia.

[89] –O direito que ia vigorar na colônia não tinha que nascer do choque de interesses das populações postas em contato; era um direito que estava feito e que precisava simplesmente ser aplicado, depois de importado‖ (MARQUES, 1964, p. 83)

Europa,[90] não tiveram nenhuma aplicabilidade no Brasil, visto que quando, em 1521, foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, nenhum núcleo colonizador havia se instalado no nosso país. As Ordenações Manuelinas, de Dom Manoel, que vigoraram de 1514 até 1603 e, em face do processo de colonização ter se iniciado em 1530, tais Ordenações não tiveram muita aplicabilidade no Brasil. Acrescenta-se também que as dificuldades de impressão e divulgações desses diplomas dificultaram esse processo, algo que foi minimizado nas captanias mais desenvolvidas (São Vicente e Pernambuco) (DOTTI, 2013, p. 76).[91] De fato, mesmo marcadas pela confusão entre direito e religião, tendo como fonte as Ordenações anteriores, foram as Ordenações Filipinas que tiveram maior incidência no Brasil (mais de dois séculos, de 1603 até 1830).

Mesmo sendo necessário fazer menção ao tratar da história de qualquer instituto penal, as Ordenações não possuíam uma parte geral ou qualquer organização estrutural relativa a ideia de crime e, consequentemente, de culpabilidade. As penas eram cruéis e não havia qualquer exigência de proporcionalidade.

Já o Código Criminal do Império, como será visto adiante, nos parece de análise mais importante para a abordagem da história da exigibilidade de conduta diversa no Brasil.

Fruto da exigência trazida pelo art. 179, parágrafo 18, da Constituição de 1824, o Código Criminal do Império teve destaque por sua originalidade, com inovações, tais como o estabelecimento da cumplicidade e os seus efeitos, a previsão de circunstância atenuante, entre outras. Com ele, buscou-se adequar as normas penais à nova realidade.

> Proclamada a independência do país, duas ordens de motivos viriam contribuir para a substituição das velhas Ordenações: de um lado, a situação de vida política autônoma da nação, que exigia uma legislação própria, reclamada mais ainda pelo orgulho nacional e animosidade contra tudo o que podia lembrar o antigo domínio; de outro lado, as ideias liberais e novas doutrinas do Direito, do mesmo modo que as condições sociais do tempo, bem diferentes daquelas que as Ordenações foram destinadas a reger. A elaboração de um Código Penal brasileiro tornou-se exigência constitucional, segundo o art. 179, n° 18, da Carta Política do Império, que impunha a urgente

[90] Quanto às Ordenações Afonsinas, destaca-se o seu pioneirismo, sendo ponto de partida para a posterior evolução do direito português.

[91] Segundo Pierandeli (2004, p. 81), durante o regime das captanias hereditárias, foi adotado um direito informal e arbitrário, estabelecido pelo donatário posto que as cartas de doações conferiam a ele ilimitadamente o exercício da justiça a ditância de Portugal dificultava a aplicação do direito ali vigente.

> organização de um ‗Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade' (BRUNO, 2003, p. 102).

Diz, já em seu art. 1°, que não haverá crime ou delito sem lei anterior que o qualifique. Em ―Prolegômenos ao Estudo do Direito‖, Tobias Barreto (1892, p. 82) ensina que o referido dispositivo ―encerra duas ideias capitais: - a consagração da sintonia ou identidade conceitual de crime e delito, e a exigência de uma lei pré-existente, como condição formal do mesmo crime.‖

Assevera, em seu art. 4° que não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar e, no art. 10 acrescenta que não se consideram criminosos: ―§1° os menores de quatorze anos; 2° os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime; §3° os que cometerem crimes violentados, por força ou medo irresistíveis; 4° os que cometerem crimes casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária.‖ (PIERANGELI, 2004, p. 237 e 238)

Como se percebe, a partir da análise do parágrafo anterior, é trazida a ideia, de forma ―rústica‖, claro, da coação moral irrestível, hipótese hoje consagrada na legislação brasileira como causa de exclusão da inexigibilidade de conduta diversa, já no primeiro Código Penal brasileiro.

Mesmo não havendo como considerar existente ali a inexigibilidade no formato que este trabalho se debruça, como causa de exculpação, não é possível deixar de reconhecer a importância dessa disposição para a posterior construção da culpabilidade (com as disposições acerca de má-fé, intenção, imputabilidade...) e, mais especificamente, da ideia de exigibilidade de conduta diversa no Brasil.

À propósito, sobre a temática, Sílvia Alves (2014, p. 820) acrescenta que no Direito Penal Antigo

> A coação moral atua sobre o espírito e não sobre o corpo do agente. O seu comportamento ocorre sob o império do medo ou da ameaça de um grande mal, sendo colocado perante a cruel alternativa de praticar o crime ou de sofrer as consequências da concretização da ameaça. A ação parece proceder simultaneamente da vontade e da violência, revelando um caráter misto. Uma liberdade muito relativa era deixada ao agente...Suficiente, não obstante, para engendrar o brocardo:

> *coacta voluntas voluntas est.* A coação atuava por duas vias: através do medo de um perigo iminente e através de um comando ou ordem. Com efeito, supõe, numa grande parte dos casos analisados pela doutrina, um relacionamento desnivelado entre aquele que é coagido, o inferior, e aquele que coage, o superior.[9293]

Tendo em vista os elogios, antes referidos, ao Código Penal do Império, o Código Penal de 1890 se apresenta em sentido oposto, visto que foi duramente criticado. Com bases classista, resistia às ideias reformistas do seu tempo.[94] Inclusive, em pouco tempo de vigência já havia pleitos por outra reforma. Segundo Frederico Marques (1964, p. 92), o código de 1830 depõe em favor da capacidade legislativa nacional mais do que o código ora analisado, visto que é superior pela justeza e precisão da linguagem, ao passo que o de 1890, ―em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em posição vexatória, tal a soma exorbitante de erros absurdos que encerra (...).‖

Segundo Aníbal Bruno (2003, p. 104) o primeiro Código da República foi menos infeliz do que o anterior. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundamentadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a ideia da sua reforma e, menos de três anos em vigor, o primeiro projeto de Código para substituí-lo já surgia. Por muito tempo as ideias de reformas ficaram sem êxito e o Código se foi

[92] A relevância da coação moral estava dependente da verificação de alguns requisitos. Nem toda coação era capaz de isentar do crime e da pena. (...) O medo inerente à coação deve ser justo. Pode ser o medo de perder a vida, a integridade física, a honra. Mas afastam-se receios leves ou receios distantes no sentido de evitáveis ou improváveis. Ou ameaças de males futuros. (...) A ameaça devia incidir sobre a pessoa e não sobre os bens. Ou seja, sobre a vida, corpo e a honra. (...) A coação supõe a ameaça de um grande mal; não de um mal leve. E, sendo grave, de um mal iminente; não a ameaça de um mal afastado ou futuro. (...). A força e a violência não se presumiam. Cabia ao acusado a sua alegação e a sua prova, nomeadamente, através das circunstâncias. A coação não podia dever-se a uma falta do próprio agente (ALVES, 2014, p. 821 e 822).

[93] Em ―Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I‖, Nilo Batista (2002, p. 208) também acrescenta, ao tratar das raízes da coação, que é ainda sobre a regência da vontade que os canonistas tratarão a coação. Na coação física, suprimindo a vontade, pois do sujeito fisicamente coagido pode ser dito, em verdade, que nada fez, e sim sofreu; na coação moral, reconhecendo uma vontade viciada pelo medo, que lhe reduz a culpabilidade.

[94] Sobre a questão, ressalta Pierangeli (2004, p. 77): ― quanto ao Código de 1890, é de nossa obrigação esclarecer ser ele de cunho clássico, e nele se nos parece sensível a influência do Código italiano de 1889 o chamado Código Zanardelli, e o Código argentino de 1886, fundado no Projeto Tejedor, embora estivesse longe da organização sistemática do Código Zanardelli, este um dos melhores códigos do seu tempo.

acrescentando de alterações e aditamentos, para sanar-lhes os defeitos, completá-lo, ajustando-o às novas condições práticas ou científicas.[95]

No mesmo sentido, Fragoso (2004, p. 74) afirma que

> Elaborado às pressas, antes do advento da Constituição da Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Zanardelli, o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras, que muito contrinuíram para abalar o seu prestígio e dificultar a sua aplicação.

O seu primeiro artigo trazia a ideia de legalidade do seu tempo. Dizia que –ninguém poderá ser punido por facti que não tenha sido anteriormente qualificado como crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhes penas.‖

Mais adiante, estabeleceu as causas que eximiam o agente de responsabilização, entre elas, definidas nas seguintes situações:

> Art. 27: Não são criminosos: §1° Os menores de 9 annos completos; §2° Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; §3° Os que por imbecilidade nativa, ou infraquecimento senil, fôres absolutamente incapazes de imputação;
> §4° Os que se acharem em estado de completa privação dos sentidos e de inteligência no momento de cometer o crime; §5° Os que forem impelidos a cometer o crime por violência physica irresistível, ou ameaças acompanhadas de perigo actual; §6° Os que cometerem crime casualmente, no exercício ou prática de qualquer acto lícito, feito com atenção ordinária; §7° Os surdos-mudos de nascimento que não tiverem recebido educação, nem instrucção, salvo provando-se que obraram com discernimento.‖

Como se percebe, o parágrafo 5° regulamenta, como causa de isenção de responsabilidade penal, a existência de ameaças acompanhadas de perigo atual, trazendo

[95] Essas leis esparças retificadores ou complementares do Código o Des. Vicente Piragibe compilou e sistematizou em um corpo de dispositivos que denominou Consolidação das Leis Penais, oficializada por meio do decreto de 14 de dezembro de 1932 (BRUNO, 2003, p. 104).

mais exigências para a caracterização desta causa de eximente uma vez que, como visto, o Código anterior tratou apenas do medo irresistível.

O próximo artigo do Código traz outra hipótese tida na atualidade como causa legal de exclusão da exigibilidade de conduta diversa no Brasil. O art. 28 do Código Penal de 1890 caracteriza a ideia de obediência hierárquica vigente à época, como causa de isenção de pena. Diz que ―a ordem de cometer crime não isentará de pena aquelle que o praticar, salvo si fôr cumprida em virtude de obediência legalmente devida a superior legítimo e não houver excessos nos actos ou na fórma de execução.‖

Presentes os requisitos expostos na norma citada, não se considerava merecedora de pena a atuação do subalterno. Todavia, estando ausente um ou outro requisito, a legislação penal republicana mandava atenuar a censura, quando o agente tivesse sob ordem de superior hierárquico, em cumprimento do artigo 42, parágrafo 8º, que diz ser uma das circunstâncias atenuantes ―ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico‖.

Após diversas tentativas de substituir o Código Penal de 1890, foi anconado, em 7 de setembro de 1940,[96] um novo Código Penal que adotou posição eclética quanto aos seus fundamentos, visto que conciliava ideias da Escola Clássica com as da Escola Positiva.

Segundo Aníbal Bruno (2003, p. 106)

> os elaboradores do Código tinham diante de si não só o Projeto Alcântara Machado, sobre o qual diretamente se apoiou o seu trabalho, e o Projeto Sá Pereira com as críticas e discussões que se desenvolveram em volta dele, mas ainda os modernos projetos e códigos da Europa, a cuja corrente, da chamada política criminal, veio naturalmente filiar-se o novo Código. Uma legislação que, ao lado da concepção objetiva do crime, acolhe a sua concepção sintomática, conduzindo ao dualismo, culpabilidade-pena, perigosidade criminal – medidas de segurança, mas fazendo sentir-se no Código um sopro salutar de realismo com a consideração em mais de um ponto da personalidade do criminoso, que não é uma abstração, mas uma realidade natural-social. A política de transação ou conciliação, a que se refere a Exposição de motivos, permitiu que os traços de inspiração positivista dessem um aspecto novo e sadio à fisionomia geral do Código.

[96] Teve vigência apenas em janeiro de 1942.

Para Pierangeli (2004, p. 81) há uma maior influência do Positivismo quando comparada à influência de Carrara e do neoclassismo. Diz –vemos no Código de 1940 uma maior concessão ao positivismo do que às ideia de Carrara e ao neclassismo, como um todo, verdade é que a ele não faltaram concepções carrareanas (...).

Diz ainda (2004, p. 77 e 78) que –a Constituição de 1937 rompeu, no Brasil, com a tradição liberal imperial de 1824 e a liberal republicana de 1891 e 1934. O melhor instrumento para valer a nova ordem é induvidosamente o Direito Penal que se normativiza ao talante do opressor.‖

O Código Penal de 1940 sofreu influência do Código italiano de 1930 (Código Rocco) e do Código suíço de 1937. No entanto, mesmo sendo formulado no período da ditadura, resgatou algumas ideias liberais do anterior Código Penal do Império (TOLEDO, 1994, p. 63-64).

Em relação à teoria do crime, adotou a teoria causalista da ação[97] e, consequentemente, em relação, especificamente, à culpabilidade, foi consagrada a teoria psicológica, apesar da teoria psicológica-normativa da culpabilidade já estar em processo de consolidação na Europa. Com isso, afasta a exigibilidade de conduta diversa, elemento normativo, da culpabilidade, visto que, como dito, a teoria psicológica entende a culpabilidade como sendo puro vínculo pisíquico, subjetivo, entre o autor e o fato, consubstanciados no conceio de dolo e de culpa.

Apesar desse empecilho, o Código Penal de 1940 estabelece o que hoje é considerado coação moral irresistível e obediência hierárquica como causa de isenção de pena. Segunda a Exposição de Motivos, –na coação irresistível e na ordem de superior hierárquico, é abstraído o autor imediato do crime: por este só responde o autor da coação ou da ordem.‖

Hungria explica a ideia de culpabilidade do analisando Código dizendo que

> A culpabilidade tem como pressuposto a capacidade de Direito Penal (responsabilidade, imputabilidade penal), isto é, a capacidade de

[97] Em sua Exposição de Motivos, disse –no tocante à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime), o projeto não conhece outra forma além do dolo e da culpa *stricto sensu.* Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa‖.

> autodeterminação e de entendimento ético – jurídico referida ao *homo medius*. Excluída a responsabilidade penal do agente, não há falar-se em culpabilidade. É o que ocorre no caso de ‗doença ou deficiência mental' de ‗imaturidade', de ‗embriaguês plena e fortuita'. Pode, entretanto, acontecer que não obstante responsável o agente, seja excluída a culpabilidade mesma. São causas excludentes da culpabilidade: o escusável erro de fato (eliminativo da consciência de antijuridicidade ou mesmo da possibilidade de tal consciência), a obediência legítima (excepcional relevância do erro de direito, no sentido da exclusão do dolo) e a coação irresistível (ausência de vontade livre).

Em continuidade, traz reflexões acerca da supralegalidade da inexigibilidade de conduta diversa. Diz que

> Certa corrente de autores alemães (Eb. Schmidt, Freudenthal, Mezger e Siegert), para suprir falha do Código Penal do seu país, entende que deve ser reconhecida como causa (supralegal) de exclusão da culpabilidade a ‗não exigibilidade' e assim argumentam: se o pressuposto da culpabilidade (falta moral) é a censurabilidade da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível de um indivíduo não é seguida por este. A censuralidade deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso ultra (*posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, não exigível do *homo medius*, do comum dos homens. O nosso Código assimilou explicitamente o critério da não-exigibilidade, mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premência das circunstância, ora um descriminante, isto é, identificando-a como a própria essência do ‗estado de necessidade' (art. 20, caput), ora simples minorante (art. 20, §2°).

Entre 1940 e 1960 ocorreram grandes mudanças no cenário político e social brasileiro. Por isso, houve determinações no sentido de revisar os diplomas legais vigentes e, dentre eles, claro, o Código Penal que, desenvolvido segundo o princípio da codificação, objetivava abarcar toda a matéria penal, evitando, assim, o excesso de leis esparsas.[98] Em 1969, por meio do Decreto-lei 1.004, converte-se o projeto em um novo Código Penal, porém, pela instabilidade política, sua vigência foi adiada por quase dez anos e em 1978, antes mesmo disso acontecer, foi revogado.[99]

[98] Em, 1960, período que compreende o governo de Jânio Quadros, o Ministro da Justiça Oscar Pedroso Horta propõe uma revisão dos diplomas legais vigentes. O responsável pela revisão do Código Penal foi Nélson Hungria. Em 1961, Jânio Quadros renuncia à Presidência, assumindo João Goulart, que mantém o projeto de revisão e a tarefa a Nélson Hungria. A comissão revisora era composta por Helio Bastos Tornaghi e Roberto Lyra Filho.

[99] Mesmo não tendo vigência, passou por alterações.

Mesmo assim, o Código de 1969 apresentou novidades em relação à culpabilidade e por isso, também merece atenção nesta pesquisa. Em relação ao estado de necessidade, prevê a teoria diferenciadora, que já era sedimentada na Alemanha, isso a partir de considerações acerca da teoria normativa da culpabilidade que, por sua vez, considera a exigibilidade de conduta diversa base do juízo de reprovação. Segundo a Exposição de Motivos:

> Ao lado do estado de necessidade que exclui a culpa (que o anteprojeto denominava impropriamente de inexigibilidade de outra conduta) aparece o estado de necessidade que exclui a ilicitude. (...) O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado. Fora daí, a necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição.

O Código de 1969 descreveu as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa de forma bem semelhante o Código Penal atual. Disse em seu art. 24 que ―não é culpado quem comete o crime: a) sob coação moral irresistível; b) em obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico‖, acrescentando, no parágrafo único que ―responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.‖

Acrescentou no artigo seguinte a hipótese de estado de necessidade exculpante, dizendo que ―não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoàvelmente exigível conduta diversa.‖

Como se percebe, o Código Penal de 1969 compreende elementos normativos na análise da culpabilidade, adotando, dessa forma, a teoria normativa da culpabilidade. No entanto, seguindo a doutrina europeia, não admitia a possibilidade de se considerar causas de exigibilidade de conduta além das previstas em lei, acima analisadas, sob o fundamento de que tal admissão geraria grave instabilidade no sistema normativo. (PIERANGELI, 2004, p. 532).

A próxima mudança no sistema penal brasileiro ocorreu em 1984.[100] Em relação à teoria do crime, contempla a teoria finalista da ação de Welzel, abandonando, de uma vez por todas, o causalismo. Consequentemente, especificamente quanto à culpabilidade, adotou-se a teoria normativa pura, filiando-se ainda, em relação ao estado de necessidade, à teoria unitária, considerando assim que, nos casos em que os bens jurídicos forem de igual ou de menor valor, sacrificados em circunstâncias de estado de necessidade, deve ser excluída a antijuridicidade.

Consagrou-se igualmente, sem restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo. –(...) Adotou-se um Direito Penal do fato-do-agente que não se descura o agente-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se não obstante, nítida prevalência à segunda corrente (...).‖ (PIERANGELI, 2004, p. 87)

Especificamente em relação à exigibilidade de conduta diversa, o Código Penal atual claramente a consagra, mesmo que de forma indireta, ao prever explicitamente os institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica no art. 22 do Código Penal, assim redigido: –Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico só é punível o autor da coação ou da ordem‖. [101]

Ao dizer que o agente não é punível, mas sim o autor da coação ou da ordem, utiliza expressão que coaduna com as dirimentes, ou seja, evidencia que trata-se hipóteses de exclusão da culpabilidade.

---

[100] Após ser empossado no cargo de Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel propõe um estudo para a reforma penal, estabelecendo uma comissão, integrada por Manoel Pedro Pimentel, Hélio Fonseca e Francisco Assis Toledo. Os estudos culminaram na criação de um projeto de Código de Processo Penal. Apesar de ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados, fora retirado pelo Senado Federal. Nova comissão foi estabelecida para compatibilizar o Código de Processo Penal com a L. de Execução Penal desenvolvida pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária que, por sua vez percebeu a necessidade de alteração do Código Penal.

[101] Em relação ao crime de favorecimento pessoal, onde o agente auxilia outrem na fuga ou subtração das forças policiais, estabelecido no art. 348, parágrafo 2° do Código Penal, é necessário pontuar que o legislador brasileiro, em relação a prática por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, não considerou tal situação como excludente da culpabilidade, mas sim, como causa de isenção de pena.
No entanto, registre-se que, se por acaso há um vínculo afetivo com agente que não se enquadra nas hipóteses de parentesco referidas antes, é possível considerar excluída a culpabilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa (supralegal).

Sobre a coação, de início, é importante sublinhar que possui natureza moral (*vis compulsiva*) e, por isso, não se confunde com a coação não física (*vis absoluto*) que, por sua vez, afasta a própria conduta do agente.

> Na coação física irresistível (*vis absoluta*), o coagido deixa de ser agente, para ser exclusivamente paciente. *Non agit, sed agitur*. Não se pode falar, aqui, nem mesmo em ação (ou omissão) por parte do coagido, pois sua faculdade de agir (ou não agir) é inteiramente tolhida, não passando de um títere à mercê do coator. Tem-se de convir em que é ocioso falar-se, na espécie, em exclusão de culpabilidade, bastando dizer-se, para evidenciar a impunibilidade do coagido, que o evento não lhe pode ser imputado fisicamente. A solução do caso fica na órbita da causalidade, não atingindo a da culpabilidade. Assim, somente a coação moral (irresistível) entra, propriamente, no quadro das causas de inculpabilidade. Em tal caso, o coagido contribui com a sua vontade (*coactus, tamem voluit*); mas, como esta não é livre, deixa de ser censurável e, portanto, culpável (HUNGRIA, 1958, p 255 e 256).

No caso de coação moral irresistível, o coagido pratica um fato típico e antijurídico, sob a ameaça de mal injusto e grave, motivado por esta, o injusto penal por ele cometido não lhe deve ser imputado em virtude da coação a que foi submetido, por não ser possível exigir uma conduta conforme o direito. Caracteriza-se, portanto, pelo vício da vontade do agente que se encontra obrigado a praticar conduta ilícita, sob pena de sofrer algum mal (agressão, lesão a bem, a si mesmo ou ente querido).

–Devidamente configurada, a coação moral exclui a culpabilidade do coagido. Entende-se que, diante do grave mal que o ameaça (ou a terceiros), não é razoável exigir-se-lhe um outro comportamento‖ (LEAL, 1991, p. 293).

Como se observa, o coator, para alcançar o resultado ilícito desejado, ameaça o coagido, e este, por medo, realiza a conduta criminosa. Essa intimidação recai sobre sua vontade, viciando-a, de modo a retirar a exigência legal de agir de maneira diferente, excluindo-se, por sua vez, a culpabilidade, por se considerar que era inexigível uma conduta diversa.

Segundo Brandão (2008, p. 234) a coação moral irresistível

> exclui a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, porque ela tem o condão de eliminar a liberdade de opção daquele que é coagido. Isso significa que, quando ela ocorre, a vontade do coato é

> viciada e quem dirige o acontecer finalístico é a vontade do coator. (...) A vontade que dirige finalisticamente a conduta é a do coator, por isso, não se pode efetuar sobre o coagido o juízo de censuta pessoal da culpabilidade, porque o coagido não teve vontade livre e consciente de se comportar contrário ao direito.

Um exemplo comum na tentativa de ilustrar o instituto é o do gerente de banco que, com ameaça de morte de sua família, caso não se dirija até a agência bancária, saque e entregue aos criminosos grande quantidade de dinheiro, segue todas essas determinações. O gerente neste caso pode até optar por chamar a polícia e ignorar as ameaças dos criminoso, mas não poderia ser exigido que assim fizesse dada os riscos à vida da sua família (vontade viciada).

Entende-se que quando o gerente de banco, juntamente com os criminosos, vai até a agência bancária, saca e entrega a quantia de dinheiro aos criminosos, o fato por ele praticado é típico e ilícito. Não obstante, tal resultado não lhe poderá ser imputado, haja vista que o Código Penal determina somente deverá ser punido o autor da coação irresistível que, no caso em exame, seriam os referidos criminosos.

Do contrário, haveria a imposição do dever de atuar de modo heróico. Nesse sentido, se presente uma ameaça séria, grave e irresistível, considera-se que não é razoável exigir o cumprimento literal pelo coagido do direito positivo, sob pena de suportar riscos que o Direito não será hábil a reparar.

De forma didática, é possível elencar alguns elementos ou pressupostos necessários à existência da coação moral irresistível.

O primeiro deles é, claro, a ameaça do coator. É necessário que haja a promessa de mal grave e iminente, o qual o coagido não é obrigado a suportar. Entende-se que esse mal pode ser direcionado a ele mesmo (diretamente) ou a pessoa de seu relacionamento, como no caso do exemplo citado em parágrafo anterior. Deve ser séria, relacionada à ofensa certa, ou seja, passível de realização, independentemente da existência real de vontade de realização pelo coator. Também é necessário que o perigo não seja evitável e que o mal prometido deve seja irresistível para que se considere existente a coação.

Para Pires (1973, p. 12) irresistibilidade de determinado comportamento resultará, destarte, da avaliação dos direitos impedentes de ofensa ou ofendidos, da

verificação da idoneidade dos meios empregados e, finalmente, da análise das circunstâncias de caráter pessoal apresentadas pelo agente no momento do fato. Esse conjunto de fatores, posto na perspectiva peculiar a cada uma das espécies de coação, é que possibilitará a caracterização ou não da irresistibilidade.

Do contrário, ou seja, se a coação moral for resistível,[102] mesmo havendo a previsão legal de circunstância atenuante (art. 65, III, –c‖, CP[103]), se considera existente a culpabilidade do coagido, havendo o entendimento jusrisprudencial de que deve-se considerar também existente o concurso de agentes entre ele e o coator.

> É inconcebível falar-se em cometimento delituoso sob o efeito de coação moral irresistível, se o agente poderia livremente recusar o cumprimento de tarefa manifestamente ilegal, porquanto não era ele hierarquicamente subalterno dos coautores mandantes e financiadores dos crimes de homicídio e, evidentemente, não seria moralmente obrigado a cumprir-lhes as ordens, mormente se comprovado, nos autos, que ele próprio, tomando-se desafeto gratuito de uma das vítimas, não escondia o seu propósito de vê-la morta, só não o fazendo pessoalmente por não possuir coragem para tanto. Frise-se, todavia, que na coação moral resistível, enquanto a pena do coator será agravada (CP, art. 62, II), a do coagido será atenuada (CP, art. 65, ffl, –c‖, 1 – parte). (RE 487.450/PB, decisão monocrática do Min. Marco Aurélio, 15,03.2007)

A coação moral deve ser realmente irresistível, portanto, deve incidir sobre o coato de forma tão grave que o deixe sem a capacidade de resistência a esta violência. Caso não houvesse a possibilidade de excluir a exigibilidade de conduta diversa por coação moral irresistível, haveria o estabelecimento legal de um preceito inócuo, posto que nela o que é coagido sucumbe à violência moral de tal modo que, excetuando os casos de heroísmo, sua estrutura psíquica resta abalada, impossibilitando um agir de modo distinto. Dessa forma, a norma estaria emitindo um comando que a experiência mostra que não seria cumprido, porque a pressão psicológica da coação seria maior que a ameaça de sanção da norma penal. Por isso, nesses casos só responderá pelo delito o autor da coação (BRANDÃO, 2008, p. 150).

---

[102] Nesses casos, embora o fato seja considerado típico, ilícito e culpável, poderá ao agente ser aplicada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, 1ª parte, do Código Penal.

[103] –São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente (...) c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (...).

Esse entendimento reflete no posicionamento da jurisprudência.

> APELAÇÃO CRIMINAL. APELOS MINISTERIAL E DEFENSIVO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. Tráfico de entorpecentes privilegiado e praticado nas dependências de estabelecimento prisional.(...) Ré companheira de detento que tenta ingressar na unidade prisional com drogas na vagina e dentro de uma bolsa. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente demonstradas. Valoração das palavras da agente penitenciária aliada às circunstâncias da prisão da acusada e quantidade de drogas apreendidas. Coação moral irresistível como excludente de culpabilidade. Não reconhecimento. Ausência de demonstração de que a capacidade volitiva do agente está tão limitada que ele **não tem outros meios de suportar as ameaças que lhe são feitas para praticar o ato criminoso, o qual, em condições normais, não se realizaria** (...). APELO MINISTERIAL PROVIDO PARA EXASPERAR AS PENAS DA RÉ E DESPROVIDO O INTERPOSTO PELA DEFESA (TJ-SP - Apelação : APL 00051593320128260638 SP 0005159-33.2012.8.26.0638 16/02/2016)

À propósito, analisando a jurisprudência, evidencia-se também a necessidade de que a ameaça além de irresistível, ocorra de forma concreta, não havendo a possibilidade de configuração da exculpante nos casos em que a alegação não tenha sido comprovadamente concretizada. Senão vejamos:

> APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. ESTELIONATO. COAÇÃO MORAL IRRESISTIVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AFASTAMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1. **Tanto a excludente da coação moral irresistível como a atenuante da coação resistível (art. 65 , inc. III , alínea "c", do CP), além de reclamar prova induvidosa, a cargo da Defesa, exige, no plano moral, a existência de uma intimidação concreta ao agente, o que não ocorreu no caso em análise** (...). (TJ DF – Apelação Criminal APR 20130111366996 DF 0035050-64.2013.8.07.001 25/12/2005).

No mesmo sentido:

> PENAL. FURTO QUALIFICADO POR RUPTURA DE OBSTÁCULO. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. IMPROCEDÊNCIA. IMPOSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA. 1 Réu condenado por infringir o artigo 155 § 4º , inciso I , do Código Penal , depois de subtrair um telefone sem fio e outras coisas de valor de um salão de beleza, arrombando a porta de vidro. (...) 3 **A coação moral irresistível só ocorre quando insuperável ou inevitável, sendo aplicável somente quando o agente não consegue se opor ao mal prometido. É ônus da defesa prová-lo,** o que não ocorre quando o

> réu alega ter recebido ameaça de morte por dever a um traficante de drogas. Incumbia-lhe relatar o caso às autoridades, e não praticar um furto para resgatar o débito. (...) Apelação desprovida. (TJ-DF - Apelação Criminal APR 20120111425033 (TJ-DF) 24/04/2015)

Ressalte-se, de forma conclusiva, que o fato da coação moral irresistível afastar a culpabilidade do coagido, não gera impunidade, uma vez que, como dito, pelo crime responde a pessoa do coator, evidenciando-se, em verdade, a ideia autoria mediata, quando o coator utiliza-se, como um instrumento, de pessoa desprovida de culpabilidade para praticar um crime.

A obediência hierárquica, como dito, também constitui causa legal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Ocorre quando um funcionário público pratica um injusto em decorrência de ordem de um superior hierárquico, não manifestamente ilegal, não sendo considerado exigível, nessas condições, um comportamento conforme o direito.

Apesar da doutrina majoritária entender atualmente que a obediência hierárquica se fundamenta na inexigibilidade de conduta diversa e dos dispositivos penais pertinentes ao tema serem nítidos quanto à questão, muito já se discutiu sobre a natureza jurídica do instituto.

Munhõz Netto (1978, p.137), que entendeu que a situação é de inexigibilidade. Informou que, no que diz respeito à obediência hierárquica, muitos justificam a impunidade pelo erro de proibição: ―O inferior hierárquico que comete o crime em obediência à ordem superior não manifestamente ilegal, não procede com culpa, porque supõe estar praticando uma ação lícita, já que não percebe a ilegalidade da ordem‖. Outros, segundo o autor, afirmam que a lei não exige que o inferior hierárquico haja sem consciência da antijuridicidade: desde que a ilegalidade da ordem não seja manifesta, incumbe-lhe executá-la, ainda que se perceba de estar praticando uma ação delituosa, por tratar-se de dever funcional. A situação é de inexigibilidade, uma vez que o executor da ordem prefere praticar a ação a incidir em sanções disciplinares por desobediência.

Nelson Hungria (1958, p. 262) viu a obediência hierárquica como uma causa de exclusão da culpabilidade –porque o executor, por erro de direito[104], aqui excepcionalmente relevante, supõe a legalidade da ordem‖.

Seguindo o mesmo raciocínio, Aníbal Bruno (1984, p. 174) disse que o que acontece é um erro de direito, que excluirá a culpabilidade.

Basileu Garcia (1951, p. 290) interpretou como um erro de fato[105]. Para ele, –o erro, nesse caso, versa sobre relação jurídica, pois se trata de falsa apreciação de que a ordem é legal, que pode perfeitamente provir do ilusório entendimento do fato‖.

Já Magalhães Noronha (1995, p. 159), como um caso de erro de proibição. Para ele, o agente engana-se (erra) sobre a legalidade da ordem, tendo-a como lícita quando não o é, errando, portanto, quanto a sua admissibilidade.

Damásio de Jesus (1985, p. 434), já disse que, se –o subordinado crê seguramente que a ordem é legal, quando é ilegal, aplica-se o que a doutrina denomina erro de proibição (artigo 21), incidindo o estrito cumprimento do dever legal putativo. Se a ordem não é manifestamente ilegal e o subordinado não incide em erro de proibição, havendo apenas um erro de interpretação a respeito de sua legalidade, aplica-se o princípio do artigo 22, segunda parte. O fato permanece ilícito, mas não é culpável, em face de relevante erro de direito, excludente da culpabilidade‖.

Ariosvaldo de Campos Pires (1973, p. 64) afirmou: –A *ratio essendi* da ‗ordem de superior hierárquico' não se radica na impossibilidade jurídica de outra conduta como ocorre na ‗coação irresistível' mas na sua suposição justificada, por parte do agente, de que sua ação (*lato sensu*) é legal, melhor dizendo, em ambas as circunstâncias há uma impossibilidade de conformar os comportamentos ao ordenamento jurídico, mas enquanto na primeira (ordem de superior hierárquico) tal impossibilidade resulta da suposição por parte do agente de que pratica um ato lícito, na segunda (coação irresistível), embora o agente saiba que pratica um ato ilícito, outro procedimento não se lhe exige juridicamente‖.

---

[104] O –erro de direito‖ era o erro do agente que recaia sobre a obrigação de respeitar a norma por ignorância da antijuridicidade de sua conduta, ou seja, desconhecimento da ilicitude devido à ignorância perante conceitos jurídicos.

[105] O –erro de fato‖, era o erro do agente que recaia sobre as características do fato típico ou sobre qualquer circunstância justificante, ou seja, erro sobre os fatos incriminadores, estando na situação estrutural ou circunstancial.

Fragoso (1986, p. 213 e 214) sustentou que: –Se a ordem não for manifestamente ilegal, exclui-se a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta. A inexigibilidade no caso, funda-se no dever de obediência que deflui do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido. (...) Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também erro de proibição (erro sobre a ilicitude), que aqui se afirma ser relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade, e não o erro, pois este pode não existir.‖

Posição semelhante à de Fragoso foi adotada por Mirabete (1998, p. 206), para quem, se o subordinado atua supondo lícita a ordem (não manifestamente ilegal), haverá um caso especial de erro de proibição. Complementa que –não sendo a ordem manifestamente ilegal, se o agente não tem condições de se opor a ela, em decorrência das conseqüências que podem advir no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido inexistirá a culpabilidade pela coação moral irresistível, estando a ameaça implícita na ordem ilegal. Em vez de erro de proibição há inexigibilidade de conduta diversa.‖

Leonardo Isaac Yarochewsky (2000, p. 82) sustenta que se o agente atuou supondo ser lícita (a ordem não manifestamente ilegal), houve um erro de proibição (que também exclui a culpabilidade). O autor completa dizendo que, contudo, –se o agente atuou sabendo ser a ordem ilegal, por temer a sanção disciplinar ou administrativa, deve ser verificado se era ou não exigível deste um comportamento conforme o Direito. Em caso positivo, estará excluída a culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta, respondendo pelo crime somente o autor da coação (autoria mediata).

Assim como a coação moral irresistível, a partir da interpretação do art. 22 do Código Penal, a doutrina elenca requisitos ou exigências para que se considere existente a obediência hierárquica, que são também consagrados jurisprudencialmente. Vejamos:

- Ordem não manifestamente ilegal: é a que não aparenta ser ilegal. No caso concreto, há um requerimento de um superior hierárquico que, em regra, encontra-se nessa posição por possuir mais conhecimentos técnicos ou por ter mais experiência no serviço público. Como diz de Asúa (1945, p. 510) –não há dúvidas que só deve ser

considerado responsável quem tenha recebido a ordem e tenha executado a mesma quando seu conteúdo for evidentemente um delito.‖

Acerca do assunto, há um interessante julgado cuja relatora foi a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon:

> Comprovada a materialidade e a autoria do crime de peculato dos três primeiros denunciados, recebe-se a denúncia quanto a esses crimes. A coação exercida pelo primeiro denunciado, objetivando paralisar a ação da justiça e destruir provas, está materialmente comprovada. Co-autoria de **servidores públicos que tinham discernimento** e independência **para agirem segundo a lei, sem obediência a ordem manifestamente ilegal.** Humildes servidores representados por agentes de segurança e policiais de baixa patente não podem ser incriminados como co-autores, por terem agido por temor do patrão e chefe de hierarquia superior. A gravidade do crime de peculato, com autoria comprovada via farta prova documental, autoriza o afastamento do réu Conselheiro do Tribunal de Contas (Ap 266/RO. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 01.06.2005, publicado no DJ de 12.09.2005 p. 193. Acessado em 27.07.2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=apn+266&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6).

) Ordem originária de autoridade competente: a ordem emanada ao funcionário subalterno deve ser originária de um funcionário competente. O mandado deve se referir as relações habituais existente entre o que manda e o que obedece (ASÚA, 1945, p. 511). Caso contrário, há apenas a possibilidade do reconhecimento do erro de proibição escusável.

Competência é uma das condições para a validade do comando ou do contra-comando. É entendida por Meirelles (1999, p. 124) como ―o poder atribuído ao agente da administração para o desempenho específico de suas funções‖.

Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 659) acrescentam que o superior hierárquico deve ser competente para expedir a ordem e a ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade que ele exercite. Sobre o inferior hierárquico, ele deve ser competente para cumprir a ordem e a ordem deve estar em acordo com a natureza da atividade que exercite o seu destinatário ou que esteja habilitado a cumpri-la.

Cláudio Brandão (2008, p. 322) diz que a conduta típica praticada pelo funcionário em cumprimento de uma ordem superior só deverá, em princípio, considerar-se justificada quando a ordem da autoridade for legítima, tanto do ponto de

vista formal, quanto do ponto de vista material. Assim, a ordem da autoridade só será legítima e gerará um dever de obediência se, além dos pressupostos de natureza formal (competência do superior e do subordinado, existência de uma relação de subordinação entre ambos e observância das formalidades essenciais), encontrarem-se efetivamente verificados todos os pressupostos materiais da autorização legal ao abrigo da qual a ordem jurídica permite a prática do fato típico ordenado.

c) Relação hierárquica de Direito Público: a excludente da culpabilidade ora analisada, só é assim considerada nas relações de Direito Público. A obediência hierárquica não está presente nas relações privadas por não inexistir em tais casos base para punições severas e injustificadas a quem descumpre ordem de um superior não manifestamente ilegal.

Nesse sentido, informa Cláudio Brandão (2008, p. 233):

> No Direito Público existem determinadas relações regidas pelo binômio hierarquia/subordinação. Avultam os exemplos dessas relações, podendo-se citar aqui o caso das repartições da Administração Pública onde existe um chefe, investido em tal condição pelo poder competente, e os demais funcionários, sujeitos a essa relação hierárquica. Por conta dessa multirreferida relação hierárquica, existe o poder disciplinar da Administração Pública, que possibilita a imputação de uma sanção administrativa àqueles que violarem o dever de subordinação.

Concordando com o referido entendimento, Koerner Júnior (2003, p. 95) diz que a hierarquia tem por base, exclusivamente, uma relação de Direito Público, excluída, por isso, a subordinação privada devida por laços espirituais (religiosos, filosóficos etc.) políticos e até mesmo domésticos. Nas relações de direito privado, em que há também o envolvimento de pessoas, umas mandando e outras sendo mandadas, poderá haver o *timor reventialis*, no entanto, o subordinado, se quando agir, praticar um ilícito criminal, não será isentado de culpa pela obediência hierárquica, mas sim pela coação, pelo erro etc.

A hierarquia que configura a obediência hierárquica é mais frequente na seara militar. Ali o descumprimento de uma ordem de um superior hierárquico é causa

legítima para a prisão disciplinar, ou até mesmo, crime previsto no artigo 163 do Código Penal Militar.[106]

d) Cumprimento estrito da ordem: o executor, para estar acobertado pela excludente, não pode, por conta própria, ultrapassar os limites da ordem emitida pelo superior hierárquico competente.

De acordo com Koerner Júnior (2003, p. 69-72), em obra específica sobre a obediência hierárquica, existem três teorias sobre as quais se estruturou o dever de obediência. Referem-se ao âmbito dos efeitos que vinculam ou desvinculam o subalterno das ordens expedidas por seu superior.

Para a teoria da obediência passiva (conservadora), é cego, pleno e ilimitado o dever de obediência. Fundamentado em regra absoluta, o inferior hierárquico, seja civil ou militar, deve obediência até às ordens ilegais. Com tal absolutismo, o inferior hierárquico não deve sequer analisar a legalidade ou a formalidade da ordem expedida por seu superior.

Na teoria ultraliberal, o subordinado pode resistir ou até mesmo desobedecer à ordem ilegal, por menos evidente que seja a sua ilegalidade. Posta para restringir a amplitude do passivismo funcional, essa teoria, como sua denominação indica, foi longe demais em sua dimensão.

A teoria mista ou eclética, adotada pelo Código Penal brasileiro, reconhece o dever do inferior hierárquico obedecer às ordens postas a ele para o cumprimento. Nela, o dever de obedecer seria consequência da adoção dos princípios de autoridade e de hierarquia, porém, ambos limitados ao princípio da legalidade. Reconhece-se que o subalterno tem o dever de obedecer, mas deverá recusar o cumprimento das ordens ilegais, concedendo-lhe a oportunidade de representar antecipadamente contra elas. Dessa forma, foi consagrado o direito de desobediência do funcionário hierarquicamente inferior às ordens manifestamente ilegais.

---

[106] Art. 163 do Código Penal Militar: Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Quanto aos limites precisos a serem observados pelo intérprete da lei no campo da legítima resistência às ordens ilegais, há quatro teorias que merecem apreciação (KOERNER JÚNIOR, 2003, p. 73-78).

A teoria da reiteração, adotada pela Constituição de Wuttemberg de 1876, não exclui do subalterno a obrigação de concorrer ao acatamento das ordens de seu superior. Nesse sentido, emitida a ordem, o subalterno deverá cumpri-la quando legal e, quando ilegal, deverá representar ao seu superior. No último caso, se o superior reafirmar a vontade originária contida na ordem expedida, o inferior deverá cumpri-la, porém, não poderá ser responsabilizado pelo referido cumprimento. O Direito brasileiro não acata esse sistema.

A teoria da legalidade formal parte da premissa de que o inferior tem o poder de verificação da legalidade formal da ordem emitida pelo seu superior. Excluiu-se do âmbito de verificação prévia de aceitação e cumprimento da ordem, o envolvimento do inferior com o aspecto material da mesma, como o relativo aos motivos e aos fundamentos. Aponta-se que nessa última ideia se situaria defeito da teoria, pois apesar da ordem ser apenas formalmente perfeita obrigaria o inferior e, cumprindo-a, feriria ele o princípio da legalidade, embora estivessem atendidos os princípios da autoridade e da hierarquia, o que não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro atual.

A teoria de Mayer é, a princípio, semelhante à teoria exposta no parágrafo anterior, pois também restringe o poder de verificação do subalterno à legalidade formal. Porém, ao mesmo tempo em que ela estende o poder de inspeção da ordem quando o comando não fere a lei penal, restringe o dever de obediência em face da existência de norma de natureza punitiva (as ordens que conduzam o inferior a um crime estão fora da obrigação geral de cumprir).

Na teoria de Duguit (ilegalidade manifesta), a legalidade é o fator que tem mais importância para a análise e limitação do dever de obediência. A ordem materialmente ou formalmente ilegal desvincula o subalterno do dever de seu cumprimento.

Sem dúvidas, o direito penal brasileiro adotou a teoria da ilegalidade manifesta. A partir da leitura do art. 22 do Código Penal, já exposto anteriormente, torna-se evidente que a limitação do dever de obediência se situa na nitidez da ilegalidade da

ordem, em concordância e cumprimento ao princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso, II, Constituição Federal de 1988.[107]

A Lei número 8112 de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 116, acrescenta que:

> São deveres do servidor: XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.‖

Evidenciando, dessa forma, a necessidade do subalterno, ao se deparar com uma ordem manifestamente ilegal, mesmo que advinda de um superior hierárquico, representar junto à autoridade superior daquele que emitiu a referida ordem.

Com relação aos efeitos, como exposto no artigo 22 do Código Penal, o cumprimento estrito de um mandamento não claramente ilegal emanado de um superior hierárquico elimina a culpabilidade do subalterno, contudo, o fato não permanece impune, uma vez que por ele responde o autor da ordem.

Se, entretanto, a ordem for concretizada de forma manifestamente ilegal, tanto o autor da ordem quanto o executor da ação respondem pela infração penal, caracterizando, inclusive, concurso de agentes. A responsabilidade pelo fato se dá dessa maneira porque ambos sabem do caráter ilegal da conduta e contribuem para o resultado. Nesse sentido, para o superior hierárquico, incide a agravante genérica exposta no artigo 62, inciso III do Código Penal[108], e, quanto ao subalterno, aplica-se a atenuante genérica descrita no artigo 65, inciso III, alínea ―c‖ do Código Penal.[109]

Ainda sobre a obediência hierárquica, é importante, mesmo que por último, mencionar que na verificação da legalidade ou ilegalidade da ordem, de forma geral, defende-se que deve ser levado em consideração o perfil subjetivo do executor, e não os

---

[107] Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

[108] Art. 62: A pena será ainda agravada em relação ao agente que: II - coage ou induz outrem à execução material do crime.

[109] Art. 65: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.

dados comuns do homem médio, pois se trata de questão afeta à culpabilidade, na qual sempre se consideram as condições particulares do agente para se concluir se é ou não culpável.

É certo que o estudo da exigibilidade de conduta diversa no sistema jurídico Brasil não pode se omitir com relação à interpretação jurisprudencial acerca dessa temática, notamente, em uma pesquisa que tem por objeto a análise da admissão pelo Poder Judiciário de causas supralegais de exclusão.

Isso porque, ao lado da construção história verificada nos Códigos Penais brasileiros, há uma rica colaboração da jurisprudência no sentido de evidenciar os traços da exigibilidade de conduta diversa, cooperando, assim, com a difícil tarefa de caracterização pormenorizada desse instituto.

De fato, como visto em linhas anteriores, a jurisprudência sempre, desde o surgimento da exigibilidade de conduta diversa na dogmática penal, com a teoria psicológica-normativa da culpabilidade, teve suma importância não só para o nascimento, mas para caracterização e sedimentação desse instituto, sendo na motivação das decisões, inclusive, encontradas as bases para a sua construção dogmática.

Dada a própria natureza normativa e consequente complexidade ou inexatidão do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, a análise da interpretação daqueles que aplicam o Direito Penal aos casos concretos mostra-se de suma importância quando se almeja uma compreensão mais profunda do mesmo.

Uma das primeiras decisões de destaque, em que se admitiu a inexigibilidade de conduta diversa em situação não legisladas ocorreu em 1988. Trata-se de um Recurso de Apelação (488.605/7) julgado pela 9° Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo.[110]

O fato ocorreu em 16 de junho de 1986, data em que o Brasil derrotou outra seleção em uma partida da Copa do Mundo de Futebol e que, portanto, havia pelas ruas muitos torcedores festejando a vitória. O acusado, que estava acompanhado de sua esposa e os seus três filhos, ao passar de carro por um multidão de pessoas em comemoração, teve o seu veículo brutalmente atacado com pontapés e lançamento de

[110] Apelação 488605/7, 9° Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, oriundo da comarca de Jaú-SP, julgado e, 02.03.1988.

bombas, atos de vandalismo, inclusive, subindo do teto e capô. Na ocasião, com o objetivo de se afastar daquela multidão e proteger a integridade das pessoas que estavam com ele dentro do carro, o acusado seguiu em frente, atingindo a integridade física de outrem.

Mesmo condenado em primeiro grau por lesão corporal leve em veículo automotor, no referido Recurso de Apelação, a própria Procuradoria de Justiça se posicionou favoravelmente à tese da defesa, no sentido de que era inexigível uma conduta diversa do acusado, faltando-lhe, portanto, culpabilidade.

Segundo o representando do Ministério Público ―(...) diante da cena de real perigo e da iminência de ser ainda maior, com pessoas sem freios inibitórios ameaçando-o e à sua família, não poderia exigir dele outra conduta que não a de deixar o local, ainda que sacrificando possível direito alheio, para resguardo do próprio, de seus filhos menores e esposa.‖

Nesse mesmo sentido, julgaram os desembargadores, senão vejamos:

> Lesão corporal culposa – atropelamento cometido por motorista que aciona seu veículo objetivando retirar a sua família de local onde multidão, composta de bêbados e drogados, comemorava vitória esportiva, cometendo brutalidades contra o mesmo – absolvição. Não se pode condenar, por lesão corporal culposa, motorista que ao tentar sair de local conturbado por multidão que pratica ato de vandalismo contra o seu veículo atropela pessoa, por **inexigibilidade de conduta diversa**, máxime se acompanhado de esposa e filhos menores (grifo nosso).

No dia 9 de Agosto de 1989, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, julgando o Recurso de Apelação 546.343/9,[111] absolveu unanimimente, uma mulher que, após uma série de humilhações provocadas pela amante do marido, agrediu-a. Segundo o acórdão, a autora sofria constantes humilhações da ofendida, que realizava deboches, proferia ―gracejos‖ e enviava bilhetes para seu marido, com conteúdo provocador.

O Tribunal entendeu que a decisão tinha um cunho mais sociológico do que jurídico, pois, sendo pequena a cidade onde se passou o fato, outra atitude não era exigível da autora. O Tribunal absolveu a acusada por ausência de provas. Entretanto,

[111] 5° Câmara Criminal Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

destacou que, ainda que existissem provas robustas do fato, caberia a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa.

–Mulher que agride amante do marido diante de humilhação – Inexigibilidade de conduta diversa – Absolvição decretada. O direito é muito mais amplo que a lei, sendo esta apenas uma de suas fontes, cujo objetivo maior é a própria Justiça, e a aplicação pura e simples da norma nem sempre corresponde ao ideal da Justiça.‖

Outro precedente da mesma natureza e importante sobre a temática se apresenta no Acórdão 535181-9, de 20.04.1989, também do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que considerou a tese da inexigibilidade de conduta diversa justificada pela existência de dificuldades financeiras, concluindo pela absolvição de um acusado por crime contra a economia popular, visto que teria sido cometido em um momento de –imposições e pressões criadas por um terrível crise econômica, geradora de certas distorções e anormalidades incontornáveis‖.

Relevante destacar que, até então, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, era no sentido da não admissão da inexigibilidade de conduta diversa com base em causas supralegais. Dessa forma, as aludidas decisões do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, contrariavam o entendimento da Corte Superior.

Apesar de comumente haver menção ao *Habeas Corpus* 66.192/MS como o primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal que expõe nitidamente o referido posicionamento, é importante lembrar do Recurso Criminal 1.162 - Guanabara, de 26.11.1974, época da Ditadura Militar, que teve como Relator o Ministro Bilac Pinto. Nele, tratou-se do sequestro do avião Caravelle, ocorrido no Rio de Janeiro, com o objetivo de trocar passageiros da aeronave por presos políticos. Apesar de não ter concordado com a tese de defesa de um dos acusados no sentido da existência de inexigibilidade de conduta diversa, a decisão reconheceu como cláusula genérica de exculpação, com base na doutrina de Aníbal Bruno, mesmo que para refutar a tese defensiva (dando margem assim, a interpretação de que se fossem outras as circunstâncias do caso, em tese, seria possível a aplicação). (AMORIM, 2014, p. 229) Senão vejamos:

> (…) Desta forma, a causa genérica de exculpação invocada, que alguns autores reconhecem estar presente em nosso Sistema penal, não

> se coloca conforme a pretensão do recurso. Lê-se de Aníbal Bruno, seu defensor, mas que a tem de aplicação excepcional aos fatos dolosos: –A não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal (Direito Penal, Tomo II, 1967, pág. 105). E esta vontade anticriminosa, ainda que vacilante, não se apura em parte alguma dos autor (…).

Mas foi nos autos do aludido *Habeas Corpus* 66.192-1,[112] 1988, que a recusa da tese da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pelo Supremo Tribunal Federal se tornou evidente.

Tinha por objetivo o reconhecimento de nulidade em processo cuja sentença impôs pena superior a oito anos de reclusão, mantida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Tal nulidade referia-se à violação do direito de defesa consubstanciada na troca supostamente deliberada pelo Juiz Presidente na formulação dos quesitos (de inexigibilidade de conduta diversa por estado de necessidade), impedindo indagações aos jurados que dissessem respeito à possibilidade de ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa sob o argumento de não ser possível admitir tese supralegal.

Apesar de fazer referência à doutrina de Assis Toledo e de Damásio de Jesus, optou por basear a decisão na doutrina de Heleno Fragoso que, por sua vez, não admite consideração de causas supralegais como fundamento da inexigibilidade de conduta diversa.[113]

Abaixo, segue trecho do precedente que retrata o posicionamente exposto:

> HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADES PROCESSUAIS. TEORIA DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSAO DO CRIME OU DE CULPABILIDADE.
> - Nulidade referente a inversao da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação, por meio de carta precatoria,

[112] *Habeas Corpus* 66.192-1. Relator: Moreira Alves. 21.06.1988. Primeira Turma/ DJ 25.11.1988 PP 31064 EMENTA VOL – 01525-03 PP – 00588.

[113] Esclareceu também o relator que a impossibilidade de endereçar aos jurados quesito único acerca da tese da inexigibilidade de conduta diversa, o que invalidaria o julgamento por tê-lo como divorciado dos princípios norteadores das causas legais, trazendo ainda a informação de que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em suas 1°, 2° e 3° Câmaras Criminais, assim como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendem que a inexigibilidade de conduta diversa não deve ultrapassar as hipóteses características do estado de necessidade.

> depois de ter sido prolatada a sentença de pronúncia, não e absoluta, e, no caso, ficou sanada.
> - Da intempestividade na apresentação do libelo não resulta a nulidade da instrução.
> - Improcedência da alegada desconformidade entre o libelo e a sentença de pronuncia.
> - Improcedência da alegação relativa ao desaforamento, a qual, ademais, esta prejudicada com a realização do julgamento.
> - Improcedentes, também, as alegações de deficiência e de erro na elaboração dos quesitos, bem como de contradição em suas respostas.
> - Improcedência, também, da alegação de cerceamento de defesa. Em nosso sistema jurídico não é admissivel a teoria das causas supralegais de exclusao de crime ou de culpabilidade. Correta, pois na formulação dos quesitos, a alusao ao estado de necessidade e não a inexigibilidade de conduta diversa. 'habeas corpus' indeferido.

Em sentido contrário, consolidando o posicionamento do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e também da doutrina da época, o então ministro do Superior Tribunal de Justiça e defensor assíduo da teoria, Francisco Assis de Toledo, que inclusive expôs claramente tal posicionamento em obra publicada em 1994, proferiu importante voto que reconheceu a possibilidade de exculpação com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa supralegal, admitindo, inclusive, sua utilização como quesito de defesa perante o Tribunal do Júri.

Por meio do Recurso Especial 2492/RS, em 1990, houve o reconhecimento da possibilidade de sustentar a tese em julgamento pelo júri, devendo os quesitos acerca da exigibilidade de conduta diversa serem direcionados aos jurados.

Na oportunidade, assim decidiu:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL.
> - Inexigibilidade de outra conduta. causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.
> - Juri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstancias, não sobre mero conceito juridico.
> - Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da reforma penal.
> Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acordão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.
> Por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento.

Importante sublinhar o fato de que os argumentos elencados pela relatoria, inclusive, elogiados pelo Ministro José Dantas em seu voto, resultaram na criação de condições para que a tese da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa fosse posteriormente reiterada pelo judiciário, de uma forma geral.[114]

Nesse sentido, houve a exposição de que não haveria razão para o temor apresentado por alguns doutrinadores da época de que a admissão da referida tese geraria uma impunidade generalizada, desde que se considere a inexigibilidade em seus limites próprios, situada dentro do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo juiz ou Tribunal, e não mera avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso. Alertou ainda que o Código Penal adotou, em 1984, sem restrições, o princípio *nullum crimen sine culpa*, assim sendo, seria enorme contrassenso conceber a aplicação de pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer.

Desde então, os tribunais consolidaram esse entendimento, reconhecendo a possibilidade de afastar a culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal.

A proporção da referida sedimentação é de tal magnitude que, já há algum tempo, os precedentes do Poder Judiciário brasileiro sequer se ocupam em justificar a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, partem do pressuposto de que não há mais discussão, ao menos com relevância, sobre a temática e que, portanto, é desnecessária a motivação nesse sentido.[115]

Contudo, nos Tribunais Superiores, diferentemente do que ocorreu nos demais, a referida matéria poucas vezes foi objeto de análise e discussão por parte dos respectivos Ministros. Isso porque em face da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça[116] e 279 do Supremo Tribunal Federal[117] e consequente impossibilidade de reexame de matéria fática perante as referidas cortes, impediu-se a discussão acerca da identificação e caracterização na inexigibilidade de conduta diversa baseada em causas

[114] Todos os ministros que integraram o julgamento (Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima) acompanharam o posicionamento do relator Assis Toledo.
[115] No mesmo sentido, AMORIM (2014, p. 239).
[116] ‒A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.‖
[117] ‒Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.‖

supralegais, em que pese o consenso com relação à sua possibilidade, como dito no parágrafo anterior.[118]

Em relação aos julgados que analisam a temática, até a presente data,[119] disponibilizados na *internet*,[120] verificamos a existência de 33 (trinta e três) precedentes no Supremo Tribunal Federal, 366 (trezentos e sessenta e seis) no Superior Tribunal de Justiça, 2.952 (dois mil novecentos e cinquenta e dois) nos Tribunais Regionais Federais brasileiros e 1.310 (mil trezentos e dez) no Tribunais de Justiça dos estados.

Diante disso, neste trabalho, optamos por fazer um recorte em relação à análise jurisprudencial do objeto da tese, trazendo e examinando apenas os precentes que em seu bojo contenham os fundamentos pelos quais admite-se inexigibilidade de conduta diversa com base em causas supralegais e que, por conseguinte, reflitam, direita ou indiretamente, acerca da necessidade de obediência à critérios para a constatação das causas supralegais que, de fato, retiram a liberdade de agir do agente.

De forma inicial, é pertinente tratar da admissão da tese de inexigibilidade de conduta diversa em relação a conduta de não recolhimento de contribuição previdenciária, prevista no art 168-A, do Código Penal brasileiro,[121] nos casos em que haja a demonstração de que o acusado não tinha a possibilidade financeira de cumprir a norma vigente.

Isso porque a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pelo Poder Judiciário brasileiro, apesar de já ter ocorrido antes, toma grande dimensão com o referido entendimento, a partir de 1998.

Para se ter uma noção da referida repercussão, atualmente, ao se fazer uma busca na jurisprudência por meio da *internet* utilizando como palavras-chave ―inexigibilidade de conduta diversa; causa supralegal‖, são apresentados 4.661 (quatro mil seissentos e sessenta e um) precendetes e, ao acrescentar nessa busca 168-A, são expostos 2.570 (dois mil quinhentos e setenta), ou seja, mais da metade dos julgados que tratam da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa

[118] Acrescente-se a inviabilidade de análise probatória por meio de *Habeas Corpus*.
[119] 04.05.2017.
[120] A partir da busca ―Inexigibilidade de conduta diversa causa supralegal de exclusão da culpabilidade‖
[121] O artigo 168-A do Código Penal dispõe sobre o crime de apropriação indébita previdenciária, dispondo que comete essa infração quem deixar de repassar à Previdência Social as contribuições deduzidas dos contribuintes.

versam sobre a aplicação dessa tese vinculados ao crime previsto no art. 168-A, do Código Penal.

Os referidos casos, de uma forma geral, tratam de situações em que a empresa, em virtude de uma crise financeira, deixa de recolher tributos ou repassar valores à Previdência, a fim de manter o quadro de funcionários e quitar a folha de pagamento. A crise financeira impede que se adote conduta adequada ao direito, por isso, torna-se inexigível conduta diversa.

Generaliza-se a questão da admissão da extrema precariedade da condição financeira da empresa como causa de inexibilidade de conduta diversa nos crimes contra a ordem tributária sempre dando-se ênfase a necessidade de comprovação dessa situação econômica através do conjunto probatório revelado nos autos àquele que detém o ônus da prova, ou seja, o acusado (art. 156, Código de Processo Penal[122]), devendo também o julgado aferir aspectos subjetivos do autor a fim de constatar se aquela decisão foi tomada de boa-fé.

A decisão referida abaixo, prolatada no Supremo Tribunal Federal em 2010, tendo como relator o Ministro Ayres Brito, demonstra bem esse entendimento:

> (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL).(...) PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO (...). 1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002, valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP referentes a remunerações

[122] –A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.‖

> pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados (...) 8. **No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento.** 9. Não é possível a aplicação da referida excludente de culpabilidade ao delito do art. 337-A do Código Penal, porque a supressão ou redução da contribuição social e quaisquer acessórios são implementadas por meio de condutas fraudulentas – incompatíveis com a boa-fé – instrumentais à evasão, descritas nos incisos do caput da norma incriminadora. 10. Hipótese em que o conjunto probatório não revela, em absoluto, a precária condição financeira da empresa. Nítida é a deficiência da prova de tal condição, não havendo nos autos um só documento que permita concluir por modo diverso. De mais a mais, a posterior autuação da empresa, referente ao período de setembro de 2002 a abril 2004, demonstra a plena continuidade dos seus negócios, de maneira a patentear que os elementos de convicção constantes dos autos caminham em sentido contrário à tese defensiva (...). (STF - AP: 516 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 27/09/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 EMENT VOL-02445-01 PP-00020)

Mais recentemente, em dezembro de 2014, em uma das últimas decisões relativas à temática, tendo em vista o já mencionado empecilho surgido através da Súmula 07 do Supremo Tribunal Federal, a mesma corte reafirmou o entendimento de que é imprescindível a apresentação de provas capazes de demonstrar a extrema precariedade econômica da empresa por parte do autor, para que se considere inexigível uma conduta diversa deste.

Senão vejamos:

> AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA Decisão: Vistos. Nelson Afif Cury interpõe agravo visando impugnar decisão que não admitiu recurso extraordinário, assentado em contrariedade aos arts. 5º, incisos XXXVI, XXXIX, XLVI, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

> Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim do: –AUTORIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DIFICULDADES FINANCEIRAS DO AGENTE. DELITO OMISSIVO. (...) 2. **A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura ipso facto causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições** (STF - AI: 790707 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 19/12/2014, Data de Publicação: DJe-023 DIVULG 03/02/2015 PUBLIC 04/02/2015).

A fim de identificar em que casos a jurisprudência entende estar satisfeita em relação à essa exigência de natureza probatória, interessante a análise de um precedente oriundo da Justiça Federal:

> Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a sentença de fls. 235/241, da lavra do MM. Juiz Federal Francisco de Assis Betti, que absolveu os denunciados Maria Helena Nunes Barbosa, Newton Santos Meireles e Ivanhoé Luiz Prado Júnior da acusação de infração ao art. 168-A, caput, do Código Penal.
> Entendeu o magistrado que, sendo **"devidamente comprovada nos autos a dificuldade financeira da empresa, pelos contratos de locação das instalações físicas da empresa, com custo cada vez mais baixo; protestos de títulos; ações trabalhistas movidas contra a empresa; lista de alunos inadimplentes da escola; e depoimentos,** os acusados Maria Helena Nunes Barbosa e Newton Santos Meireles devem ser absolvidos, por inexigibilidade de conduta diversa, com fundamento no inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal (...) (TRF-1 - ACR: 28306 MG 2003.38.00.028306-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 09/10/2007, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 30/10/2007 DJ p.78).

Outra análise jurisprudencial importante relativa ao objeto deste estudo diz respeito à Lei nº 10.826/2003, que regulamenta o registro, a posse e a comercialização de arma de fogo e munição, bem como define tipos penais. [123]

O artigo 14 estabelece o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Refere-se à conduta de ter a posse ou de manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição de forma ilegal no interior de residência ou local de trabalho.

[123] Até o dia 04.05.2017, foram disponibilizados na internet 463 (quatrocentos e sessenta e três) precedentes a partir da busca –Inexigibilidade de conduta diversa causa supralegal de exclusão da culpabilidade porte ilegal‖

Difere do artigo 16, que estabelece o porte ilegal de arma de fogo, conduta mais gravosa, pois pressupõe que o armamento esteja com o suspeito fora de sua residência ou local de trabalho.

Jurisprudencialmente, tem-se entendido possível admitir a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade nos citados crimes.

Não há dúvidas de que compete ao Estado a segurança pública, mas é indubitável também que não existe efetiva proteção da integridade física de todos os cidadãos.

Porém, analisando os precedentes que abordaram a questão, percebemos que a grande maioria se posiciona pela impossibilidade de alegação da inexigibilidade, sob a justificativa de que não há a possibilidade de aplicar o instituto a partir da identificação de ameaças sem comprovação robusta acerca da sua existência e gravidade. Nesse sentido, de forma geral, o judiciário apenas admite a tese da inexigibilidade em situações específicas e excepcionais.

O Tribunal de São Paulo admitiu a tese no caso de um agente penitenciário que, após uma série de ataques da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital e de ser, inclusive, feito refém, adquiriu arma de fogo para sua proteção pessoal.

> Arma de fogo – Porte, sem a devida autorização, confessado pelo apelado, pessoa que exerce a função de agente de segurança penitenciário, e corroborado pelas provas coligidas – Inexigibilidade de conduta diversa, na modalidade de causa supralegal de excludente de culpabilidade, excepcionalmente caracterizada – Sentença improcedente – Recurso interposto pelo órgão acusador desprovido. [...] apelado, conforme se extrai da prova produzida, estava sendo ameaçado por organização criminosa e acreditava estar sofrendo perigo real e imediato, de maneira que adquiriu a arma apreendida de um soldado da Polícia Militar para sua defesa pessoal e tentava obter autorização para portá-la quando dos fatos. [...] **embora a segurança pública tenha sido lesada pelo porte ilegal de arma de fogo, na oportunidade dos acontecimentos, consistentes em sucessivas rebeliões, atentados contra pessoas, ônibus incendiados, ataques a postos policiais dentre outros, numa visível demonstração de forças da organização criminosa, a segurança pública estava comprometida e, por isso, não se poderia exigir de um agente de segurança penitenciário, refém em duas rebeliões, que não portasse a arma de fogo que havia adquirido para sua defesa pessoal porque ainda não havia conseguido autorização para tanto**

> (TJSP. Recurso de Apelação nº 990.08.18774-65. 4ª Câmara de Direito Criminal. Des. Rel. Lucas Tambor Bueno. DJe 15/12/09).

Em outra situação, se posicionou também favoravelmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso em que o porte ilegal de arma se deu com objetivo de se proteger ao buscar encontrar veículo furtado em local conhecido como de alta periculosidade por ser rota utilizada para o tráfico de drogas.

Diferente do precedente anterior, onde foi constatada a situação de risco a partir de fatos passados, neste, o agente, mesmo sem qualquer ameaça direta a sua pessoa pressupôs a existência de risco a sua integridade física pela área em que voluntariamente decidiu procurar o seu veículo furtado, mesmo tendo direito a requerer tal busca às Instituições de segurança do Estado, composta por servidores com treinamento, competência e instrumentos necessários para ações dessa natureza.

> APELAÇÃO-CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. Autoria.
> (...) No caso, a arma, que estava municiada, foi encontrada no interior de veículo. Ainda, houve perícia que demonstrou as normais condições de uso e funcionamento. Culpabilidade. **Inexigível conduta diversa do apelante que, em procura de veículo furtado, em localidade conhecida como ponto de tráfico, portava arma no interior de seu veículo. As particularidades e peculiaridades do caso concreto permitem concluir pela incidência do instituto da inexigibilidade de conduta diversa** (...). APELO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70053577607, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 09/05/2013). (TJ-RS - ACR: 70053577607 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 09/05/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/06/2013)

Outra decisão de fundamentação interessante, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que também admitiu a tese apresentada, versa sobre dois irmãos que foram denunciados por porte ilegal de arma de fogo. Eles estavam em um bar, quando o desafeto de um deles entrou no estabelecimento. Após uma discussão, o irmão que buscava apartá-la pediu ao outro a arma de fogo que este estava portando, para evitar um mal maior. Após a entrega da arma, dirigiram-se para casa. Durante o trajeto, a polícia os abordou e apreendeu a arma de fogo.

O acusado abordado pela polícia e que se encontrava com a arma era aquele que evitou a ocorrência de um crime grave. Foi aquele que pediu ao irmão que lhe entregasse a arma. Se entendeu que seu grau de reprovabilidade era inexistente. A conduta adequada socialmente foi a que ele adotou: acalmar a situação, desarmar o irmão envolvido em uma discussão e encaminhá-lo para casa.

Diante do fato concreto, o juiz a quo absolveu o irmão que atuou para evitar um mal maior com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa supralegal e condenou o outro por porte ilegal de arma de fogo. O Tribunal de Justiça manteve a decisão.

> PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – Excludente de culpabilidade – Inexigibilidade de conduta diversa – Ocorrência – Absolvição mantida – Recurso ministerial desprovido. [...] Ora, não há como negar que Luiz Antônio agiu para evitar um mal pior. Tarde da noite, certamente depois de ter ingerido bebida alcoólica, não seria de se estranhar se Edson desse meia volta e disparasse sua arma de fogo contra Jamilson ou qualquer outra
> pessoa. Realmente, os tipos penais descritos na Lei nº 10.826/03 são de perigo abstrato, não exigindo, assim, prova de efetiva exposição da coletividade a risco. No entanto, não há como negar que o acusado Luiz Antônio **praticou um fato típico para evitar a ocorrência de um mal maior, pois quem portava a arma de fogo antes dele era o corréu Edson, o qual, segundo uma das testemunhas, estava, inclusive, ameaçando atirar em alguém. Assim, absolutamente plausível o reconhecimento da causa supralegal de excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa, como bem verificado pelo Magistrado sentenciante** (TJSP. Recurso de Apelação nº 0003216-93.2011.8.26.0030. 1ª Câmara Criminal. Des. Rel. Nelson Fonseca Júnior. DJe 26/08/2015).

Ressalte-se que, nas decisões ora analisadas, em momento algum são negados a autoria e a consumação do crime tipificado no Estatuto do Desarmamento. São crimes de mera conduta e de perigo abstrato que se consumam no momento do porte ilegal. Entretanto, ao analisar as circunstâncias que envolvem o fato e que são importantes para o juízo de reprovação, este deixa de existir. O fator motivacional para o porte ilegal da arma de fogo justifica a exculpação. Segundo o judiciário, a análise formal do fato e do crime não podem se distanciar da realidade social. Por isso, a inexigibilidade de conduta diversa apresenta-se como importante fundamento para ponderação de valores e resolução de conflitos.

Em contrapartida, como dito, de forma geral, apesar de existir grande demanda no judiciário pela consideração da inexigibilidade de conduta diversa em relação ao porte ilegal de arma de fogo, sob a alegação de existência concreta de insegurança, muitas vezes em decorrência de ameaça de morte, na maioria dos casos, há o entendimento por parte dos julgadores de que a requisição de proteção às Instituições competentes do Estado é uma alternativa e que, por isso, de forma geral, é exigível uma conduta diversa.[124] Senão vejamos:

> APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM FUNDAMENTO NO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE PELA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA 1. **Não merece acolhida a pretensão absolutória fundada na inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ao argumento de que o réu portava ilegalmente arma de fogo para se proteger de supostas ameaças, quando lhe era perfeitamente possível exigir outro comportamento como recorrer às instituições do Estado para obter a necessária proteção.** (TJ-DF - APR: 20141210020057, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 25/06/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 30/06/2015 . Pág.: 119)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - TESE INAPLICÁVEL - REDUÇÃO DAS PENAS PECUNIÁRIAS -

[124] No mesmo sentido: –RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – CONDENAÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – ABSOLVIÇÃO – ALEGADA EXISTÊNCIA DA CAUSA SUPRALEGAL DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM VIRTUDE DAS AMEAÇAS SOFRIDAS PELO RECORRENTE – IMPOSSIBILIDADE – RECEIO DE AMEAÇA À INTEGRIDADE FÍSICA DO INSURGENTE NÃO EVIDENCIADA NOS AUTOS – POSSIBILIDADE DE O APELANTE BUSCAR OS MEIOS LEGAIS – CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NÃO EVIDENCIADA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA HOSTILIZADA – DESPROVIMENTO DO APELO. **Não há como acolher o pleito absolutório formulado pela defesa sob o argumento da existência da causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa, sob o argumento de que o recorrente estava sendo ameaçado, quando a propalada existência de ameaça à integridade física dele não restou evidenciada nos autos. Ademais, os elementos probatórios encartados no caderno processual revelam que o insurgente possuía plenas condições de procurar os caminhos legais, comunicando os fatos ocorridos à autoridade policial, desautorizando, assim, o reconhecimento da aludida causa de exclusão da culpabilidade.** (Ap 95708/2010, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 23/05/2012, Publicado no DJE 31/05/2012) (TJ-MT - APL: 00032814520068110042 95708/2010, Relator: DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 23/05/2012, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 31/05/2012)‖

> POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. I - **Os cidadãos têm à disposição meios adequados de combater eventuais lesões ou ameaças à sua esfera de direitos, não estando autorizado o irrestrito porte de arma, sob pena de voltarmos ao estado da barbárie e da justiça privada. Logo, não basta alegar a existência de ameaças contra si para se beneficiar da causa supralegal de exclusão da culpabilidade consistente em inexigibilidade de conduta diversa** (...). (TJ-MG - APR: 10637100031094001 MG, Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento: 27/02/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/03/2013).

Outra causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, há muito tempo consagrada doutrinariamente, é o excesso na legítima defesa decorrente de perturbação, medo ou susto.[125]

Diante do fato do legislador brasileiro ter tratado apenas do excesso em legítima defesa doloso ou culposo no parágrafo único do art. 23 do Código Penal,[126] silenciando quanto a esse excesso, que tem como causa a perturbação, o medo ou susto, ou seja, hipóteses de excesso exculpante, a jurisprudência brasileira, acompanhando o posicionamento da dourina majoritária, vem considerando os referidos casos como situações onde resta ausente a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.[127]

Considera-se que o pavor da situação em que se encontra envolvido o autor é de tal proporção que não lhe resta a possibilidade avaliá-la satisfatoriamente, fazendo com que atue além do necessário para fazer cessar a agressão. Essa sua perturbação psíquica o leva, nos casos em que for evidenciado que não era exigível outra conduta, a exclusão da culpabilidade.[128]

Segundo Toledo (2002, p. 330),

---

[125] A partir da análise da doutrina estrangeira, Cirino dos Santos (2007, p. 322-342) classifica as causas de exclusão da da culpabilidade baseada em causas supraleais, no Brasil, em quatro modelos: o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e , por fim, o conflito de deveres.

[126] ―O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.‖

[127] A reforma no Código Penal em 1969 (Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969) em seu artigo 30, §1º previa expressamente o excesso exculpante: ―§ 1º. Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de animo em face da situação‖. Posteriormente no ano de 1984, com a modificação da parte geral do Codex, tal dispositivo foi retirado do bojo normativo.

[128] Essa hipótese é contemplada no direito alemão (§33), da seguinte forma: ―ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação, medo ou susto, não será ele punido.‖

> não se pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontornáveis – para, de súbito, agir diante do perigo, como um ser irreal, sem sangue nas veias e desprovido de emoções. Assim, aceitam a doutrina e a jurisprudência e a legislação alemãs o excesso intensivo de legítima defesa como causa de exclusão da culpabilidade, nas hipóteses mencionadas.[129]

Como dito, a jurisprudência brasileira há muito tempo se direciona nesse mesmo sentido, como se observará a seguir a partir da análise de precedentes onde é inequívoco o entendimento de que o excesso na legítima decorrente de perturbação, medo ou susto constituem causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Senão vejamos:

> TJRJ. Lesão corporal gravíssima. Absolvição. Recurso ministerial desejando a condenação da recorrida, esta absolvida pelo reconhecimento da legítima defesa própria. **Diante de tais argumentos, deve o referido excesso exculpante ser reconhecido como causa supra legal de exclusão da culpabilidade, com a mantença da absolvição, já agora por este fundamento.** Considerações do Des. Gilmar Augusto Teixeira sobre a possibilidade de reconhecimento de causa supra legal exculpante. CP, arts. 25 e 129, § 2º, I. CPP, art. 386, VI. (TJRJ Apelação Crime nº 2009.050.01649, Relator: Gilmar Augusto Teixeira, 8ª Câmara Criminal, Rio de Janeiro, Julg: 28/05/2009)

No mesmo sentido:[130]

---

[129] Delmanto (2011, pp. 178-179) compartilha do mesmo entendimento e cita importantes precedentes que demonstram o mesmo posicionamento por parte da jurisprudência brasileira. Legítima defesa é reação humana, que não pode ser medida com transferidor, milimetricamente (TJSP, RJTJSP 101/447 e 69/34, RT 604/327; TACrSP, RJDTACr 9/111; TJPR, RT 546/380) ou com matemática proporcionalidade, por seu instinto de reflexo (TJSP, mv – RT 698/333). O critério da moderação é muito relativo e deve ser apreciado em cada caso (TJSP, RT 513/394; TJAL, RT 701/344). Há legítima defesa se para preservar a REVISTA CIENTÍFICA ELETRÔNICA DO CURSO DE DIREITO Ano II – Número 3 – Janeiro de 2013 – Periódicos Semestral Revista Científica Eletrônica de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral de Garça – FAEF e Editora FAEF, mantidas pela Associação Cultural e Educacional de Garça – ACEG . CEP: 174000-000 – Garça/SP – Tel.: (0**14) 3407-8000 www.revista.inf.br – www.editorafaef.com.br – www.faef.edu.br própria vida e a da sua filha, usa de punhal, repetidas vezes, até cessar o risco (TJRJ, RT 628/348) [...]. Meios necessários: Podem ser desproporcionais, caso não haja outros à disposição no momento da reação (TJSP, RT 603/315; TJMG, RT 667/318).

[130] APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE. ABSOLVIÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA CONDENAÇÃO POR EXCESSO NA CONDUTA DO AGENTE. SOBEJO NÃO CONFIGURADO. CONJUNTO PROBANTE CLARO EM DEMONSTRAR O USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REPELIR INJUSTA AGRESSÃO. CONFIGURAÇÃO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...] Ad argumentandum tantum, ainda que considerássemos haver excesso doloso, o que não é a hipótese, tal seria justificável pelo **excesso exculpante, conforme bem explicou a douta Procuradoria em sua manifestação: "[...] O excesso exculpante é uma causa supralegal de**

> APELAÇÃO. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO OU DOLOSO. EXCESSO EXCULPANTE. Reconhecida pelo Júri a ocorrência do excesso no exercício da legítima defesa e, negado que tal tenha sido doloso ou culposo, conclui tratar-se de **excesso inevitável, escusável, portanto, impunível, porque exculpante, restando o agente absolvido pela legítima defesa inicialmente reconhecida.** (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 20010550057952. Rel. Desembargador Everards Mota e Matos, 2003).

Um precedente muito interessante, por trazer uma hipótese clássica de excesso na legítima decorrente de perturbação, medo ou susto, de forma fundamentada, diz respeito ao caso em que o acusado, em legítima defesa, efetuou dois ou três disparos na direção da vítima, sendo justamente nessa pluralidade de tiros que residiu o excesso exculpante reconhecido pelos jurados, levando-o à absolvição. Na hipótese, o acusado, motivado pelas ameaças da vítima contra a sua pessoa e contra a sua família, em resposta a ataque perpetrado, efetuou mais tiros de arma de fogo do que deveria para repelir a injusta agressão, acabando por acertar a vítima. Porém, o abuso na defesa também não foi exagerado, e a prova disso é que a vítima não morreu. Assim, diferentemente do que alegou a acusação, entendeu-se que houve embasamento probatório para o reconhecimento do excesso exculpante pelo Tribunal do Júri.

> APELAÇÃO-CRIME. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO EXCULPANTE. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. O acusado, em legítima defesa, efetuou dois ou três disparos na direção da vítima. E foi justamente nessa pluralidade de tiros que residiu o excesso exculpante reconhecido pelos jurados, que acabou lhe absolvendo da prática do homicídio. **O excesso exculpante na legítima defesa (onde não existe dolo nem culpa no abuso de quem se defende) é causa supra legal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Sua origem está na agressão injusta, que provoca grave alteração no ânimo do agredido. Quem se defende não consegue manter a reação dentro de limites razoáveis, como seria exigível, acabando por ocasionar um resultado lesivo maior do que o inicialmente pretendido no ato de defesa.** Na hipótese, o acusado, motivado pelas ameaças da vítima contra a sua pessoa e contra a sua família, em resposta a ataque perpetrado, efetuou mais tiros de arma

---

excludente de culpabilidade. Mesmo sendo a agressão de origem injusta e que o agente tenha usado de meios moderados para repeli-la, a defesa extrapola os limites do razoável ocasionando um resultado além do esperado [...]" (fl. 158). (TJSC, ACR 2011.053209-9, Anchieta, 2ª Câmara Criminal, Rel: Des. Tulio Pinheiro, Julg. 01/11/11)

> de fogo do que deveria para repelir a injusta agressão, acabando por acertar a vítima. Porém, o abuso na defesa também não foi exagerado, e a prova disso é que a vítima não morreu. Assim, diferentemente do que alegou a acusação, houve embasamento probatório para o reconhecimento do excesso exculpante pelo Tribunal do Júri. Destarte, havendo linha de prova apta para sustentar a decisão do Conselho de Sentença, não há como afirmar que ela foi manifestamente contrária à evidência dos autos, devendo ser mantida. Apelo ministerial improvido. (Apelação Crime Nº 70025053455, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 17/09/2008)

Merece menção e análise também os casos, comumente classificados como de desobediência civil, de movimentos grevistas, ocupações rurais, urbanas, bloqueios em estradas e rebeliões em presídios.

A doutrina aponta que um dos fins do Direito seria estabelecer uma ordem para viabilizar a convivência em sociedade. Ocorre que, esta ordem, como criação humana, deve ser vista cuidadosamente, pois não possui a característica da imutabilidade.

Os mais autoritários reconhecem as imperfeições da ordem social, porém, defendem que as pessoas componentes do Estado devem submeter-se a elas em virtude da imutabilidade do sistema. Todavia, a construção da ordem social deve ser um esforço sempre renovado, pois o sistema deve ser adaptado às necessidades humanas e não o inverso - pugnar pela inexorabilidade da ordem é pugnar pela própria desordem.

As ordens originadas de autoridades superiores devem ser pautadas na justiça, contudo, quando isto não ocorre, surge o dever moral da desobediência, ainda que a injustiça do comando atinja apenas uma minoria de membros da sociedade. Nesse diapasão, nem sempre a ordem jurídica é justa, muitas vezes, apesar de o Estado agir em consonância com a legalidade, não o faz de maneira legítima, de acordo com a concordância popular.

É nesse contexto que surge a questão da desobediência civil, que se constitui em ações ou demonstrações públicas que objetivam mostrar publicamente a injustiça da lei, induzindo o legislador a alterá-la, realizadas em prol do bem comum, inclusive em defesa de direitos humanos fundamentais.

Segundo a doutrina, hipóteses de desobediência civil podem ser interpretadas também como causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Há

desobediência civil nos casos de ações, demonstrações públicas de bloqueios e ocupações que tem por objetivo a defesa do bem comum, de questões de suma importância para a população, ou seja, lutas coletivas em defesa de direitos, greves de trabalhadores, protestos, passeatas, entre outros. É diferente, portanto, da desobediência comum, justamente por ter como finalidade a alteração de um estado para outro, que traga como consequência determinada melhoria comum, visto que é praticada com vistas a demonstrar a injustiça da lei como forma de induzir a sua modificação. Nesse sentido, se entende que para haver a sua configuração para fins penais, não pode haver vinculação à violência e o pleito também deve se demonstrar reconhecível aos destinatários do movimento (SANTOS, 2007, p. 337).

Entende-se ser possível, nesses casos, considerar inexigível uma conduta diversa tendo em vista que não é possível obrigar que o cidadão se omita à violação dos seus direitos por parte do sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, dada a complexidade e mutabilidade da sociedade moderna e suas necessidades, não é possível entender culpável aquele que pratica um ilícito sem o uso de violência, puramente com o intuito de chamar a atenção dos agentes políticos para a alteração do *status quo* que não só ele, mas a grande maioria daqueles que como ele estão sendo atingidos por esse estado, entendem justa e necessária.

Interessante observar que, mesmo havendo certo consenso na doutrina brasileira quanto a existência de inexigibilidade de consuta diversa nessas situações, percebe-se com a análise da jurisprudência a existência de dificuldades no Poder Judiciário para enfrentar a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa baseado no temor ocasionado pela vaga e conhecida ideia de que isso causaria insegurança jurídica, algo que será tratado de forma aprofundada no próximo e último capítulo.

Mesmo tendo por resultado a negativa da admissão da tese de inexigibilidade de conduta diversa baseada em causa supralegal, o precedente abordado a seguir merece menção por se debruçar sobre essa questão, inclusive, sobre a dificuldade que sofre o Poder Judiciáro, relatada brevemente no parágrafo anterior.

Trata-se de uma apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[131] que teve como objeto o caso de detentos condenados por crime de incêndio por terem ateado fogo em alguns colchões da unidade prisional com o objetivo de contestar a transferência deles para outra unidade. Na decisão, houve o entendimento de que não restava caracterizada a desobediência civil –onde uma grave injustiça é combatida com uma resposta justa e proporcional;‖ visto que no caso em comento –os agentes atuaram de forma violenta, expondo a risco a vida deles... não para combaterem uma grave injustiça; mas sim para satisfazerem seus egoísticos desejos de se verem transferidos para outra unidade‖.

Acerca da tese da inexigibilidade, aduz que –fora esclarecedor o parecer do insigne Procurador de Justiça‖ ao dizer que em quanto à admissão de causas supralegais, –há de ter-se extremo cuidado quanto à aplicação desse instituto eis que a própria doutrina tradicional brasileira vislumbra na inexigibilidade de conduta diversa um critério vago e indeterminado, que não pode ser admitido como princípio jurídico, nem aplicado fora das hipóteses previstas em lei‖.

Outro exemplo interessante encontra-se no *Habeas Corpus* nº 9.896, julgado pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça,[132] no qual eram pacientes alguns integrantes do Movimento dos Sem-Terra, presos em flagrante na data de 06 de maio de 1999, sob a acusação da prática de crimes de formação de quadrilha, desobediência e esbulho possessório, em razão dos fatos ocorridos durante a reintegração de posse de uma fazenda invadida.

Ressalta o relator que a desocupação da fazenda ocorreu sem incidentes e que momento algum houve o emprego de violência por parte dos manifestantes, concluindo que a prisão dos pacientes apenas objetivava o enfraquecimento do movimento, o que não pode ser aceito, pois –a Justiça não pode ser instrumento de ação política contra movimentos que se insurgem contra as desigualdades econômicas e sociais‖ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, habeas corpus nº. 9.896, Rel. Ministro Vicente Leal,1999).

Sublinhe-se que o caso exemplificativo configura uma clássica hipótese de desobediência civil: os membros do Movimento dos Sem-Terra praticaram uma ação,

[131] TJSP - Apelação n. 0001441-46.2012.8.26.0050/ Relator –A: Cardoso Perpétuo/ Comerca: São Paulo/ Órgão Julgador: 23° Câmara de Direito Criminal/ Data de julgamento 11.04.2013/ Data de Registro: 16.04.2013/ Outros números: 14414620128260050.
[132] Rel. Ministro Vicente Leal,1999.

ocupação de uma fazenda, sem o emprego de violência e sem praticar qualquer outra lesão considerável a bem juridicamente tutelado, com a finalidade de manifestarem-se contra a política agrária vigente e demonstrarem seus anseios à sociedade.

Outro caso que merece destaque, mesmo também sem tocar especificamente na questão relativa a inexigibilidade de conduta diversa, é o do *Habeas Corpus* nº 4.399, também julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça,[133] que concedeu o *writ* aos pacientes, membros do Movimento dos Sem-Terra, entre eles o líder José Rainha Júnior, em março de 1996.

Os réus foram acusados pela prática dos delitos de esbulho possessório e formação de quadrilha. No entanto, este não foi o entendimento dos ministros, assim como demonstra o voto do ministro Cernicchiaro ao analisar a questão:

> Invoque-se a Constituição da República, especificamente, o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – cujo Capítulo II registra como programa a ser cumprido – a Reforma Agrária (art. 184 ao 191). Evidente, essa norma tem destinatário titular do direito (pelo menos – interesse) à concretização da mencionada reforma. A demora, (justificada ou injustificada) da implantação gera reações, nem sempre cativas à extensão da norma jurídica. A conduta do agente do esbulho possessório é substancialmente distinta da conduta da pessoa com interesse na reforma agrária. Atualmente, a culpabilidade é cada vez mais invocada na Teoria Geral do Delito. A sua intensidade pode, inclusive, impedir a caracterização da infração penal. No esbulho possessório, o agente dolosamente, investe contra a propriedade alheia, a fim de usufruir um de seus atributos (uso), ou alterar os limites para enriquecimento sem justa causa. No caso dos autos, ao contrário, diviso pressão social para a caracterização de um direito (pelo menos – interesse). (...) A ordem pública precisa ser recebida no contexto histórico e também assim o modo de atuação das pessoas. É certo, evidente, se a lei (formalmente) é igual para todos, nem todos são iguais perante a lei. Sabe-se, as chamadas instâncias formais de controle da criminalidade atuam diferentemente consoante a posição política, econômica e social da pessoa. As chamadas classes sociais menos favorecidas não têm acesso político ao governo, a fim de conseguir preferência na implantação de programa posto na Constituição da República. Quadrilha ou bando, ao teor do disposto no art. 288, Código Penal é delito que visa a prática de crimes. Ordem pública, clamor público, precisam ser recebidos com cautela. Podem ser gerados artificialmente, para dar idéia de inquietação na sociedade. Clamor público, ademais, não se confunde com reações (às vezes organizadas) de proprietários de áreas que possam vir a ser desapropriadas para a reforma agrária. [...] Não vislumbro, substancialmente – não obstante o aspecto formal do respeitável despacho de prisão preventiva -, no caso concreto, demonstração de

[133] Rel. Ministro Willian Patterson, 1996.

> existência de crime de quadrilha ou bando, ou seja, infração penal em que se reúnem três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes. Pode haver, do ponto de vista formal, diante do direito posto, insubordinação: materialmente, entretanto, a ideologia da conduta não se dirige a perturbar por perturbar propriedade. Há sentido, finalidade diferente. Revela sentido amplo, socialmente de maior grandeza, qual seja, a implantação da reforma agrária.

Pelo voto do ministro, verifica-se o entendimento no sentido de que os manifestantes, impedidos de alcançar seus anseios de reforma agrária pelas vias políticas normais, utilizam-se das manifestações e ações, como invasão de propriedades e bloqueio de estradas, para chamar a atenção do governo e da sociedade sobre o problema da terra.

Os agentes não são criminosos, agem por inexigibilidade de outra conduta com uma certa insubordinação, mas amparados pela excludente supralegal da culpabilidade verificada na desobediência civil.

Além das hipóteses de desobediência civil, Cirino dos Santos (2007, p. 334-341) estabelece como causa de exculpação supralegal o fato de consciência, a provocação da legítima defesa e o conflito de deveres.

A objeção de consciência é um direito concedido pelo ordenamento, sendo manifestado através da ―liberdade de expressão‖, para que todo indivíduo possa agir conforme suas convicções pessoais. Bruno Heringer (2007, p. 41 e 42) formula o conceito de objeção de consciência pautado em duas perspectivas: através do comportamento do objetor e através da reação jurídica. Primeiramente, afirma que o comportamento do autor é manifestado por uma atitude individual que visa repelir o cumprimento ou a obediência a uma ordem legal em virtude de sua consciência. Dessa forma, por uma questão de foro íntimo, pessoal, o objetor se recusa a cumprir – seja por uma ação ou omissão – um mandamento jurídico. Tal recusa poderá ser baseada em concepções morais, éticas, políticas, culturais, e principalmente religiosas, no entanto, ressalta o supracitado autor que a concepção que o objetor detém daquele fato deve ser tão precisa e verdadeira que poderá gerar um conflito interno caso ele deixe de cumprir o que determina sua concepção para seguir ao mandamento legal.

No mesmo sentido de Muñoz Conde (2010, p. 394), Cirino dos Santos (2007, 335), condiciona à proteção concreta do bem jurídico por meio de uma alternativa neutra, no caso de potencial ofensa à bens jurídicos fundamentais

Isto é, a personalidade do agente pode restar atingida se ele sobrepuser a norma jurídica à sua convicção pessoal. Assim, em uma situação concreta, embora a lei imponha ao indivíduo um determinado comportamento, este, envolvido por crenças próprias, mantém-se inerte, não realizando o que lhe é imposto, uma vez que é por esta sua conduta que ele estará respeitando a sua própria liberdade de consciência. O objetor não deixa de perceber que a norma é válida tampouco deseja modificá-la, apenas se recusa a cumpri-la, sem deixar, no entanto, que o seu pensamento, diga-se, que a sua convicção, seja tomada como uma verdade absoluta diante daquela situação em que ele vivencia (HERINGER, 2007, p. 42).

Quanto à reação jurídico-estatal, não será permitido, em todos os casos, a primazia da liberdade de consciência sobre a norma jurídica, no entanto, isto não impede que esta dispense a imposição de sanção em prol daquela. Nesse sentido, aduz –a consciência individual não invalida a legitimidade da norma jurídica, ao contrário, o Direito revela sua força, tolerando a dissidência‖. Concluindo que o reconhecimento constitucional da liberdade de consciência implica a possibilidade de dispensa do cumprimento de mandados ou proibições jurídicas por imperativos de consciência, sempre que, da ponderação entre as normas em jogo (regras e princípios), resultar inclinação decisiva em favor do direito individual (HERINGER, 2007, p. 43) .

Constitui experiência existencial de um sentimento de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede a sua valoração como correto ou incorrero, devendo ser verificado tão somente o poder do mandamento moral ou religioso à personalidade do autor, sendo essa dirimente amparada na norma constitucional que protege a liberdade de crença e de manifestação do pensamento. (SANTOS, 2007, p. 335)

Acrescenta ainda que no exemplo comum do pai que recusa a transfusão de sangue ao filho menor, como essa exculpação é condicionada à existência de uma alternativa neutra que resulte na efetiva proteção ao bem jurídico protegido, uma ação do médico movida por estado de necessidade ou a determinação do Conselho Tutelar nesse sentido se apresentariam como necessárias visto que não há a possibilidade do fato de consciência eximir de culpa pela lesão à bens jurídicos fundamentais. No

entanto, sublinha que se a recusa por fato de consciência restar facilmente suprimível (se, por exemplo, o pai soubesse antecipadamente que a transflusão seria feita independentemente do seu consentimento) e inocorrer lesão, a conduta sequer deveria ser considerada típica, demonstrando, assim, a complexidade dogmático-jurídica dessa questão.

Ocorre que foi levado à análise pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, situação similar, no entanto, mais complexa, uma vez que apesar de alguns médicos terem alertado a família do menor sobre os riscos da ausência de transfusão sanguínea em face da anemia falciforme, os pais, seguindo o conselho de um dos médicos, que pertencia a mesma religião, decidem não fazer o tratamento e, como consequência, o menor vem a morrer.

Os pais e o médico que aconselhou não fazer a transfusão sanguínea foram pronunciados pelo crime de homicídio e, em face dessa decisão, foram opostos Recurso em Sentido Estrito aduzindo a necessidade de considerar inexigível uma conduta diversa com base no fato de consciência que, por sua vez, foi julgado improcedente.

> A vítima sofria de anemia falciforme e, na madrugada do dia 21 de julho de 1993, foi internada no Hospital XXX, por apresentar agravamento do seu estado de saúde em consequência dessa moléstia. Foi submetida a exames clínicos, onde se constatou uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exigia, com urgência, uma transfusão sanguínea. Este diagnóstico foi apresentado aos pais da vítima, que apesar de todos os esclarecimentos feitos por médicos do Hospital, recusavam-se a permitir a transfusão de sangue na paciente, invocando preceitos religiosos da seita Testemunhas de Jeová, do qual eram adeptos. O quadro da paciente agravava-se cada vez mais e uma das médicas do Hospital estava prestes a conseguir a autorização do pai da adolescente, XXX, para que se fizesse o procedimento. Ocorre que a genitora da vítima, XXX, comunicou o fato a XXX, médico e adepto da mesma seita, em busca de orientação como proceder. Este compareceu ao Hospital e ostentado a condição de membro da _Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová‘, influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão e intimidou os médicos presentes, ameaçando processá-los judicialmente caso efetuassem-na contra a vontade dos pais da paciente. Durante todo o tempo, os genitores da adolescente foram alertados que não havia outra alternativa à transfusão, caso desejassem salvar a vida da filha. Em resposta, declaravam que preferiam ver a filha morta a deixar ela receber a transfusão, pois se isso ocorresse ela não iria para o Paraíso. XXX (pai da menina) chegou a assinar por escrito uma declaração (fls. 116) onde assume qualquer responsabilidade decorrente da recusa da transfusão sanguínea. Enfim, após inúmeras tentativas frustradas de

> convencimento dos pais da vítima, esta veio a falecer entre 4h10min a 4h30min do dia 22 de julho de 1993, em consequência de assistolia ventricular, crise vásculo oclusiva e anemia falciforme (fls. 73). Com tal conduta, os denunciados, para supostamente salvaguardar a salvação espiritual da vítima, impediram o procedimento médico adequado ao caso, concorreram para a sua morte e assumiram o risco pelo triste evento. (Habeas Corpus Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5) Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. 02.09.2014.

Na fundamentação da referida decisão foi ressaltado que o bem jurídico vida deve se sobrepor e prevalecer sobre qualquer religião. –Em que pesem as referidas convicções religiosas dos acusados que, não obstante lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que a vida deve prevalecer acima de qualquer religião.‖

Quanto ao médico pronunciado, aduz que –causa estranheza a sua intervenção no sentido de não autorizar a transfusão de sangue na vítima, pois, ao se formar, o médico jura respeitar a vida humana, não permitindo que crenças religiosas interfiram no seu dever de salvar vidas (...).‖

No Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma decidiu pelo trancamento da ação penal. Para o colegiado, os pais não poderiam ser responsabilizados porque, ainda que fossem contra o procedimento, não tinham o poder de impedi-lo, já que a menina estava internada. Os médicos é que deveriam ter agido e cumprido seu dever legal, mesmo diante da resistência da família.

O julgamento ficou empatado e, como nesses casos a regra é prevalecer a posição mais favorável, o *Habeas Corpus* foi concedido. No acórdão, decidiu-se, nos termos do voto da Ministra Relatora, no sentido de reconhecer a atipicidade do comportamento imputado aos pais. Em que pese a possibilidade de se pleitear a objeção de consciência dos pais, questões de ordem técnica são dignas de maior reflexão pela referida corte tendo em vista que a decisão proferida deveria, para assumir maior consistência técnica, ter situado de maneira mais clara a ressonância que a objeção de consciência pode gerar nas categorias jurídico-penais.

A referida decisão, em que pese deva ter reconhecido algum mérito por ter conferido importante relevo ao direito à objeção de consciência, deixou de utilizar esse oportuno momento para posicionar o Poder Judiciário brasileiro com relação aos

reflexos da objeção de consciência na teoria do crime, a partir de uma base dogmática mais densa e congruente.[134]

Quanto a situação de provocação de legítima defesa, em que o agente provoca a agressão inviabilizando, em tese, a exclusão da antijuridicidade pela legítima defesa por retirar a característica ―injusto‖ da agressão. Há divergência do ponto de vista doutrinário. Majoritariamente, se diz que partindo do pressuposto de que a legítima defesa é uma figura que tem como escopo fundamental a realização dos princípios de proteção do indivíduo e prevalecimento do Direito sobre a ilicitude, sempre que estes princípios não puderem se revelar numa determinada situação, deverá ser excluída a legítima defesa. Esse pressuposto básico leva a conclusão doutrinária de que a provocação, seja ela insuficiente ou suficiente, não é idônea para excluir por completo a legítima defesa do provocador, porquanto a agressão que dela possa advir continua caracterizada pela antijuridicidade, verificando-se assim a necessidade de proteção do indivíduo e a prevalência do Direito, no afastamento dessa agressão. Seguidamente, o pressuposto básico abraçado anteriormente permite determinar que a provocação relativa à legítima defesa só pode ser a provocação preordenada, isto é, aquela provocação que, já constituindo em si uma agressão antijurídica, representa-se dentro de um plano do provocador no sentido de levar o provocado a reagir de um modo que permita uma agressão final do provocador. Não existe a necessidade de assegurar a sua proteção tendo em vista que a situação de perigo foi gerada pelo mesmo.

Acrescenta-se que, no caso de restar inviabilizada a alegação de legítima defesa por, de fato, estar ausente o requisito ―agressão injusta‖, seria possível a alegação de inexigibilidade de conduta diversa supralegal, tendo em vista que o direito não pode exigir do provocador a inércia ante a um situação de agressão, mesmo legítima.

―Se o provocador pode desviar a ação de defesa do agredido (por exemplo, fugindo do local, não há exculpação; se o provocador não pode desviar a ação de defesa provocada, então seria possível admitir a exculpação do agressor por ações inevitáveis de defesa, porque o Estado não pode exigir de ninguém a renúncia ao direito de viver,

[134] A isenção de pena do fato de consciência é controvertida: por um lado, exclui a tipicidade, se existe alternativa neutra de proteção do bem jurídico, ou exclui a antijuridicidade porque o exercício de direito fundamental não pode ser antijurídico; por outro lado, não exclui a antijuridicidade, porque decisões de consciência contrárias ao direito não podem ser jurídicas. Na dogmática contemporânea, atitudes contrárias ao direito – expressão do princípio democrático da maioria – não são autorizadas, mas podem ser exculpadas por situações anormais, excludentes ou redutoras da dirigibilidade normativa (SANTOS, 2007, p. 336).

nem criar situações sem saída, nas quais as alternativas são ou deixar-se matar ou sofrer uma pena rigorosa‖ (SANTOS, 2007, p. 336 e 337).

Mesmo havendo, como dito, considerações doutrinárias à respeito dessa questão, a mesma não foi ainda capaz de gerar eco na jurisprudência brasileira.

Dá-se conflito de deveres quando existem bens jurídicos a serem ponderados e o fruto dessa ponderação resulta na escolha do bem jurídico mais relevante para sacrifício.

Segundo Olindo Geraldes (2009, p. 413), em obra específica sobre conflito de deveres, o dever jurídico vai além do dever de prestação corresponde à obrigação, englobando não apenas a situação de vinculação de uma pessoa a uma conduta específica, mas também a situação de vinculação a um comportamento genérico (dever geral de abstenção). De outro lado, esse dever jurídico, que necessariamente implica em liberdade de determinação, é passível de ser violado e nessa medida, diferente do dever moral, gerar uma situação caracterizada pela ilicitude.

–Contudo, nem toda violação de dever jurídico determina uma situação de ilicitude, nomeadamente, quando alguém, confrontado em simultâneo por dois deveres incompatíveis entre si, atua, cumprindo o dever, concretamente considerado mais importante. Neste caso, surpreende-se, então, um claro conflito de deveres.‖

Em relação à culpabilidade, ocorre no clássico caso de estado de necessidade exculpante que, como visto em linhas anteriores, resta previsto na legislação alemã[135] como causa de exclusão da culpabilidade, onde a teoria unitária[136] perdeu espaço por

[135] A doutrina alemã aponta diversos exemplos interessantes do conflito de deveres, referidos entre nós por Santos (2005, p. 325) e Dotti (2002, p. 288). O primeiro caso é o da comunidade do perigo, no qual durante o regime nazista, médicos alemães receberam ordem de exterminar todos os doentes mentais. Apesar de discordarem do estabelecido, esses profissionais sacrificaram, seletivamente, alguns desses enfermos, para evitar que fossem substituídos por médicos seguidores do regime, os quais certamente matariam todos os doentes mentais. Nesta hipótese, verifica-se a escolha do mal do menor: os médicos escolheram matar alguns doentes para evitar que todos fossem exterminados. Considerando-se que qualquer pessoa, que discordasse das ordens do regime, assim teria agido, os médicos não foram punidos em razão da inexigibilidade de conduta diversa. Outro exemplo interessante é o do funcionário de empresa ferroviária que, verificando iminente colisão de trem de passageiros com trem de carga desgovernado, desvia este último provocando a morte de alguns trabalhadores. A doutrina também se refere ao caso do médico que substitui pacientes com menores chances de sobrevivência por outro com maiores chances em aparelho de respiração artificial. Todas essas situações elucidam a situação de exculpação do conflito de deveres, pois em todas elas não se poderia exigir do autor que agisse de outro modo, diante de um iminente mal maior.

[136] Nela, o estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, excludente da ilicitude, e para que seja configurado o bem sacrificado terá que possuir menor valor que o protegido, pois se os bens

não abarcar algumas hipóteses restritas de estado de necessidade nas quais o autor via-se obrigado a sacrificar bem de menor ou igual valor reputado ao protegido, por inexigibilidade de conduta diversa.[137]

Ocorre o estado de necessidade quando há colisão de bens juridicamente tutelados e um deles acaba sendo sacrificado em prol do interesse social. O legislador brasileiro adotou nos artigos 23, I e 24 do Código Penal[138] a teoria unitária objetiva, que defende a exclusão da ilicitude do fato típico se o autor agiu em estado de necessidade, sacrificando bem de menor ou igual valor para proteger outro.[139]

Todavia, merece atenção o fato de que em situações anormais, nas quais o agente em estado de necessidade sacrifica bem de maior, não se pode exigir do indivíduo um comportamento conforme o Direito. Nesses casos, chamados de hipóteses de estado de necessidade exculpante, considera-se excluída a culpabilidade visto ser inexigível uma conduta diversa do agente.

Ressalta-se que para configurar o estado de necessidade exculpante, há que se verificar se naquela situação realmente não era exigível do agente um comportamento de acordo com o ordenamento jurídico. Assim como afirmam Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 656): ―em todos os casos de necessidade exculpante, o injusto cometido deve ser uma necessidade, isto é, devem ser situações em que não se possa exigir do autor a realização de uma conduta menos lesiva‖.

Asseveram os referidos doutrinadores que, no caso de o agente desconhecer a situação de necessidade, age sem saber que é ameaçado, sem ser pressionado pelo mal grave e iminente. Assim, não poderá ser amparado pela causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Todavia, afirmam que as hipóteses de estado de necessidade exculpante

---

juridicamente tutelados forem equivalentes ou se o bem protegido tiver menor valor que o sacrificado, não será caracterizada esta causa excludente da ilicitude, considerando-se ilícita a conduta do agente.

[137] Assim, objetivando preencher esta lacuna, surgiu a Teoria Diferenciadora Objetiva, adota pelo Código Penal Alemão, que passou a distinguir o estado de necessidade justificante (excludente da ilicitude) do exculpante (excludente da culpabilidade). Para esta teoria, havendo colisão de bens, caso seja sacrificado o de menor valor, exclui-se a ilicitude; sacrificando-se o de valor maior ou equivalente, exclui-se a culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

[138] Art. 24: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

[139] Contudo, o Código Penal Militar, em seu art. 39, e o Código Penal de 1969, revogado pela Lei nº 6.578/78, sem sequer ter entrado em vigor, optaram pela teoria diferenciadora.

putativo, no qual o autor pratica a conduta típica e ilícita por pensar que não há como agir de outro modo, diante daquelas circunstâncias, devem ser tratadas como se constituíssem erro de proibição. Dessa forma, sendo o erro invencível, o autor será inculpável; porém, tratando-se de erro vencível, será reduzida a pena, nos termo do art. 21 do Código Penal.[140]

Pois bem, no Brasil pela adoção da referida teoria unitária, nos casos em que há, na análise ou ponderação de bens conflito, desproporcionalidade entre os mesmos, perecendo o mais valioso, afasta-se a aplicação do estado de necessidade justificante, mas excepcionalmente, ainda há a possibilidade de restar configurado o estado de necessidade exculpante.

Nesse sentido, em que pese a omissão do legislador especificamente sobre esses casos, é possível a caracterização da inexigibilidade de conduta diversa, através do exemplo típico da colisão de deveres, onde o agente precisa optar por uma das alternativas, ou seja, pelo cumprimento de um dever em detrimento de outro, e a sua escolha não recai naquela que é mais adequada aos fins do Direito. Por isso, essa colisão de deveres se apresenta como uma espécie de estado de necessidade, visto que todo dever está vinculado a um certo bem jurídico.

Para Dotti (2013, p. 515), a hipótese de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa de maior eco no Poder Judiciário brasileiro que, como visto, diz respeito à infração do empresário que se omite em relação ao pagamanto de contribuição previdenciária por dificuldades financeiras, descrita no art. 168-A do Código Penal, encaixa-se perfeitamente na situação de conflito de deveres.

Se entende que há a contraposição do dever de recolher contribuição previdenciária em relação ao dever de pagar os salários desses funcionários e demais despesas imprescindíveis ao funcionamento da empresa.

---

[140] "O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único: Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência."

Como na legislação penal do Brasil houve a adoção da teoria unitária, os exemplos considerados pelo Direito Penal alemão como casos de estado de necessidade exculpante, em face de falta de amparo legal específico, são tratados jurisprudencialmente no Brasil causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, apontada pela doutrina com pretenções classificatórias, como hipótese de conflito de deveres.

Válido ressaltar que, mesmo havendo o esforço por parte da doutrina brasileira no sentido de organizar, por meio de classificações, as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, notadamente, as contempladas pelo Poder Judiciário, tentativa que, diga-se de passagem, sempre existiu desde a solidificação desse instituto na dogmática penal, a análise da jurisprudência demonstra a falibilidade dessas classificações.

Apesar da avaliação acerca dos critérios para se identificar situações de inexigibilidade de conduta diversa não legisladas no Direito Penal brasileiro ser algo que será desenvolvido no próximo capítulo, é pertinente apresentar neste alguns precentes que contém questões divergentes ou mesmo que se afastam do que a doutrina espera em relação à interpretação desse instituto, já aqui estamos a analisar a inexigibilidade de conduta diversa no sistema penal brasileiro.

Pois bem, analisando a jurisprudência, foi visto que há certa resistência do Judiciário em relação a aceitação da tese da inexigibilidade de conduta diversa em relação a infrações ligadas ao porte ilegal de arma de fogo justificado pela existência de ameaça de morte. Segundo os julgados, é exigível uma conduta diversa uma vez que há a possibilidade de se proteger por outros meios legais, sendo muitas vezes indicado como opção a comunicação aos agentes de segurança pública do Estado.

Mesmo assim, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais[141] entendeu ser inexigível uma conduta diversa de um homem que, após receber ameaças, praticou a conduta descrita no art. 121 do Código Penal, que trata do homicídio. Senão vejamos:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À

[141] TJ-MG - APR: 10024028095107001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 24/10/2013, Câmaras Criminais / 7ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/11/2013.

PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. NÃO VINCULAÇÃO DOS JURADOS ÀS TESES SUSTENTADAS PELAS PARTES EM SEDE DE DEBATES ORAIS. LEGÍTIMA DEFESA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE AGRESSÃO ATUAL OU IMINENTE. REAÇÃO IMODERADA POR PARTE DO AGENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CONFIGURAÇÃO. CONDUTA QUE MOSTRA TÍPICA E ILÍCITA, PORÉM NÃO CULPÁVEL. VEREDICTO ABSOLUTÓRIO QUE ENCONTRA AMPARO NAS PROVAS DOS AUTOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. A formação da convicção íntima dos Jurados acerca da culpabilidade do réu não se dá puramente com base nos debates orais das partes processuais, advindo, em verdade, da integralidade das provas a eles expostas ao longo da instrução processual em plenário, da qual os debates são apenas um elemento. 2. Assim, em que pese ser descabida a tese defensiva arguida oralmente pela defesa técnica, o veredicto absolutório não se mostra manifestamente contrário à prova dos autos, eis que encontra respaldo em elementos probatórios constantes do processo, bem como em teses aplicáveis ao caso, não explicitamente arguidos em sede de debates orais. 3. Para a configuração da legítima defesa, faz-se mister a presença de quatro requisitos, a saber: agressão injusta, atual ou iminente, por parte da vítima contra o agente; existência de direito próprio ou alheio que o agente vise a resguardar; emprego, pelo agente, dos meios estritamente necessários e suficientes ao afastamento da agressão, de forma moderada; e, por fim, o "animus defendendi", sendo este último um elemento subjetivo, ao passo que todos os demais são de natureza objetiva. 4. **Não sendo a agressão atual ou iminente, consistindo, em verdade, em ameaças futuras, e tendo o réu agido imoderadamente, desferindo contra a vítima diversos disparos de arma de fogo, não há como se reconhecer a figura da legítima defesa.** 5**. Constatado, à luz das peculiaridades do caso concreto, que o réu se encontrava, ao tempo da ação, acometido por sério e justificável temor, em virtude das graves ameaças partidas da vítima, pessoa conhecidamente perigosa, que invadiu sua residência à noite, proferindo ameaças de morte contra membros de sua família, resta caracterizada, nesse contexto, a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, eis não ser razoável exigir do acusado, no caso concreto, conduta de acordo com o Direito.** 6. Assim, em que pese ser típica e ilícita, a conduta do réu, nesse quadro, não se mostra culpável, pelo que o veredicto absolutório não é manifestamente contrário à prova dos autos, sendo irrelevante a circunstância de tal tese defensiva não ter sido arguida oralmente pela defesa técnica, dado ser possível que os Jurados a tenham depreendido dos demais elementos probatórios a eles expostos. 7. Negado provimento ao recurso. (TJ-MG - APR: 10024028095107001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 24/10/2013, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/11/2013)

Em outro precedente mais recente, a mesma corte,[142] também em um caso de denúncia por homicídio, desta vez qualificado, entende restar ausente a culpabilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa, baseado em ameaças entendidas como graves à pessoa do autor. Na fundamentação, foi sublinhado que a consideração dessa exculpante exige provas capazes de revelar a ausência de opção do agente.

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - PROVAS INEQUÍVOCAS DA EXCLUDENTE - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.
> - **Para que o réu seja absolvido sumariamente com base na inexigibilidade de conduta diversa é necessário que haja prova insofismável, clara e perfeitamente convincente da anormalidade da situação de fato em que se motiva o agente, de modo a suprimir-lhe a capacidade de controlar seu comportamento frente os valores vigentes.**
> **(...) Para a caracterização da excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa exige-se a anormalidade da situação de fato em que se motiva o agente, de modo a suprimir, em absoluto, a capacidade que possui de motivar seu comportamento frente à ordem de valores vigente. Efetivamente, a apontada excludente de culpabilidade apenas se verifica quando flagrantemente evidenciado que não seria exigível do agente qualquer outra conduta de acordo com o Direito. Deve estar demonstrada, portanto, circunstância concreta, apta a exculpar o agente em razão da gravidade de sua conduta, sendo certo que, no âmbito dos feitos de competência do Tribunal do Júri, a absolvição sumária com base em uma causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (art. 415, IV, do Código de Processo Penal) pressupõe prova inequívoca da sua ocorrência.**
> No caso em apreço, conforme se nota dos relatos do (2º) recorrente Dalvan (fls. 05 e 208), a vítima Gilmar já havia efetuado disparos de arma de fogo contra ele em outra oportunidade (tanto que disse ter pedido, quando de sua prisão, para ser colocado em cela diversa da que Gilmar se encontrava), e estava a submetê-lo diuturnamente a diversos constrangimentos e a proferir constantes ameaças de morte, tendo o ofendido anteriormente aos fatos lhe ameaçado com um chuço. Esclareceu o pronunciado, ainda, que foi informado por outro detento de que o ofendido havia encomendado uma arma de fogo para matá-lo. Não há dúvidas de que o ofendido Gilmar adotava mesmo uma postura de afronta e ameaça a todos com quem convivia (detentos e agentes penitenciários), inclusive, quanto ao recorrente Dalvan, sendo, em relação a este, mais latente sua agressividade, já que, ao que se extrai, possuíam desentendimentos anteriores.
> Portanto, em uma apreciação do acervo probatório carreado aos autos e verificando as circunstâncias em que os fatos se deram, observo induvidosamente que era latente o risco à integridade física de Dalvan, não lhe sendo humanamente exigido agir de forma diversa para resguardar sua proteção, tanto que ele mesmo afirmou que era ele ou a vítima.

[142] TJ-MG - Recurso em sentido estrito: 10440130012147001 MG, Relator: Cássio Salomé, data de julgamento: 04/09/2014, Câmaras Criminais / 7ª Câmara Criminal, data de publicação: 12/09/2014.

> **Efetivamente existia uma situação anormal que ensejou inevitavelmente a conduta perpetrada pelo pronunciado.** (...) Logo, absolvo sumariamente o recorrente Dalvan Rodrigues de Souza, nos termos do art. 415, IV, do Código de Processo Penal.

Se distanciando ainda mais das exigências apresentadas eventualmente pela jurisprudência, o Tribunal do Júri (4° Vara) da Comarca do Recife – PE decidiu absolver acusada também por homícidio praticado contra o pai, por ausência de culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa. A referida decisão, carente de reforma, tornou-se definitiva.[143]

No referido caso, a acusada foi vítima, aos 9 anos de idade, de abuso sexual por parte do pai. A partir de então, começou uma história terrível de violência, abuso e ameaças. Aos 15 anos, teve o primeiro dos doze filhos, dos quais c inco sobreviveram. Quando a acusada percebeu que a vítima pretendia fazer o mesmo com uma das suas filhas-netas, contratou duas pessoas para executá-lo. A vítima foi morta, dentro da sua casa, com várias facadas. Os dois executores, ao contrário da acusada, foram condenados.

O representante do Ministério Público e Pernambuco (MPPE) no Júri, promotor de Justiça José Edivaldo da Silva, pediu a absolvição da acusada argumentando:

> ‒não poderia, nem teria condições éticas, de pedir a condenação desta mulher quando *não se poderia exigir dela outra conduta* e quando ela deveria era ser indenizada pelo Estado‖, ponderou o promotor, evidenciando o fato de que, entre sucessivos estupros e agressões físicas e psicológicas, Severina foi, de fato, vítima de mais de cinco mil crimes não julgados ou investigados.‖

Foi ainda lembrada a impossibilidade de justificar a sua conduta através do estado de necessidade ou legítima defesa, já que o crime foi configurado como ocorrido numa emboscada, e as agressões que Severina sofria não estavam, exatamente, ocorrendo naquele momento. Na esteira dos obstáculos acima descritos, restou utilizar, conforme abordado em Plenário do Júri pela promotoria, a inexigibilidade de conduta

[143] Nota do Ministério Público de Pernambuco disponível em: <https://mp-pe.jusbrasil.com.br/noticias/2817198/acusada-de-ser-mandante-da-morte-do-pai-e-absolvida-na-tarde-desta-quinta-feira>. Acesso em 26.05.2017.

diversa em favor da acusada, pelo conjunto de agressões e violências causadas pelo seu pai-marido.

Considerou-se, portanto, não ser possível e humanamente esperado outra conduta, senão aquela ao qual conseguiu materializar, mesmo com a ajuda de terceiros, para eliminar todo o seu sofrimento e os de seus filhos.

Merece reflexão também os casos relacionados ao crime de tráfico de drogas. Isso porque, muito embora a posição do Judiciário seja no sentido de negar a tese da inexigibilidade de conduta diversa, casos em que a mãe do detento pratica a conduta descrita no art. 33 com o objetivo de pagar dívidas do filho e, assim, evitar que o mal contido em ameaças anteriores sofridas por este se consuma, foram admitidos.

> Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. **Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com outros detentos.** Inexigibilidade de conduta diversa. Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida. Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido, admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa supralegal exculpante configurada. Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado (TJSP. Apelação Criminal nº 0004264- 57.2008.8.26.0268. 1ª Câmara Criminal. Des. Rel. Péricles Piza. DJe. 09/10/09).

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo reafirmou esse entendimento. Vejamos:

> Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. **Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com outros detentos. Inexigibilidade de conduta diversa.**
> Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida. Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido,

> admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso**. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa supralegal exculpante configurada.** Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado. (TJSP, Apelação nº 990.09.1207179, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 14/09/09).

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça dispôs que

> ‒a tese de inexigibilidade diversa foi suficientemente refutada pelo Tribunal. **Se verdadeira a versão das ameaças sofridas pelo filho da paciente, tal circunstância deveria ser solucionada por outros meios idôneos, jamais se justificando a adoção do tráfico de drogas como forma de obtenção de dinheiro para o pagamento de dívidas**‖ (STJ. Habeas Corpus nº 211467/DF. 6ª Sexta Turma. Min. Rel. Og Fernandes. DJe. 31/08/11).

Ainda tratando do crime de tráfico de drogas, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também se posicionou favoravelmente à tese da inexigibilidade no caso em que uma mulher compareceu no presídio local a fim de levar mantimentos para seu marido, que se encontra recluso e, ao ser procedida uma revista nos viveres, foi constatado que a trazia consigo maconha, escondida dentro de um pastel, para que seu marido consumisse no interior do presídio. [144]

A referida corte considerou que, em que pese o fato do marido se encontrar preso e, portanto, sob a tutela do Estado, em face das ameaças à integridade física sofridas pela acusada, inclusive, vice-campeã e campeã brasileira de judô, que poderiam se concretizar a mando de seu cônjuge, por meio de outras pessoas, esta deveria ser absolvida com base da ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

[144] Interessante registrar que, segundo Sílvia Alves (2014, p. 823), tendo como campo de eleição a família, a coação moral, já no Direito Penal antigo ‒a mulher, a cirança ou o serviçal que praticaram o crime sob a injunção do pai de família pode invocar para a sua defesa o medo reverencial? Coloca-se ainda a hipótese próxima do trabalhador que sob a ordem do patrão comete um ilícito penal. O Direito antigo admitia a relevância desse tipo de coação. Desde que a coação fosse real, o que se deduzia da idade e do caráter daquele que praticava o ilícito. Assim como da força e da conduta habitual do pai de família ou do senhor.‖

Registre-se que na fundamentação fez referência a outros julgados que tratavam de casos relacionados, de onde concluiu que poderia se inferir aquela decisão.[145]

> CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. RECURSO MINISTERIAL COLIMANDO A CONDENAÇÃO DA ACUSADA NAS INFRAÇÕES DO ART. 12 DA LEI N. 6.368/76 - ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - MULHER DE PRESO QUE LEVAVA MACONHA PARA FORNECER AO COMPANHEIRO NO PRESÍDIO - GRAVES AMEAÇAS - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS. A absolvição deve ser mantida, se restou sobejamente comprovado nos autos que a companheira de preso viciado não poderia ter agido de forma diferente, diante das ameaças, levando-se em conta que "as condições de resistibilidade ou não da ameaça devem ser examinadas concretamente, diante das condições psicológicas do ameaçado" (JUTACRIM 49/387) que, por ser humano, sente medo, independetemente de sexo e força física. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - APR: 128862 SC 1998.012886-2, Relator: Alvaro Wandelli, Data de Julgamento: 17/11/1998, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 98.012886-2, de Joaçaba.)

Outra hipótese de admissão de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa quase sempre relatada pela doutrina, especialmente, quando se tem como objetivo a análise dos parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário, nesse processo, é relacionada ao artigo 304 do Código Penal[146], que tipifica a conduta de utilizar qualquer dos documentos falsificados ou alterados especificados nos artigos 297 a 302 do citado diploma legal.

No ano 2000, com o Brasil apresentando problemas econômicos, alguns brasileiros deixavam o País em direção aos Estados Unidos. Com a finalidade de obter melhorias de vida, buscavam emprego com melhor remuneração. A aquisição do visto americano não era fácil, o que ainda possível de se verificar atualmente, mesmo que em menor proporção.

---

[145] –*Mutatis mutandis* , a jurisprudência já admitiu a inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade no caso da esposa que dispensa a droga pertencente ao marido ante a chegada da polícia. Vide RJTJSP 111/515 e 110/476. (...) E, esta egrégia Câmara Criminal, no julgamento da Apelação Criminal n. 97.014293-5, em que fui relator, j. em 10.03.98, por votação unânime, decidiu pelo improvimento da apelação do Ministério Público que visava a reforma da sentença que absolvera avó de réu traficante, porquanto" não merece prosperar pretensão condenatória lastreada em mera presunção de co-autoria, seja avó do acusado, surpreendida por policiais, procura esconder prova material do delito em sua roupa íntima, fato que comprova apenas o intuito de proteger seu neto, o que é humano e compreensível."

[146] –Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, aque se referem os arts. 297 a 302. Pena - a cominada à falsificação ou à alteração‖

Naquele período, alguns casos foram apreciados pela Justiça Federal, entre eles, um caso paradigmático. No processo nº 96.02.31347-1/RJ, o juiz de primeiro grau, ao analisar o caso onde o agente alterara a foto de um passaporte com a finalidade de ingressar nos Estados Unidos em busca de emprego, o absolveu com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. Disse:

> Destarte, embora presentes a tipicidade e a ilicitude, mas diante do caráter episódico da infração, das condições pessoais do acusado e das circunstâncias em que ocorreu o delito, entendo excluída a culpabilidade, por ser aceitável que não tenha agido de outro modo, além de conceber que, por motivo de política criminal, não deve mesmo ser punido (TRF 2ª Rg. nº 2009.50.01.000122-0. Quarta Turma. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado. Dje. 07/07/2011).

No dia 18 de junho de 1997, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região analisou o mesmo caso em sede de Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público. O Tribunal manteve a absolvição do réu com base nas circunstâncias gerais da falsificação do documento.

> –CRIMINAL DENÚNCIA – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO – ART. 304 DO CP – DESCARACTERIZAÇÃO DO DOLO. I – a oposição de uma fotografia no lugar de outra, com o objetivo de iludir as autoridades alfandegárias, não configura a conduta descrita no artigo 304 do Código Penal. II – Também o artigo 297 do Código Penal não foi feito para mandar para prisão (com reclusão de dois a seis anos) um jovem que, em busca de emprego no exterior (EUA) tenha feito inserir a sua fotografia num passaporte que não era seu, no que nem chegou a alcançar o seu objetivo. Sendo in continenti deportado para o Brasil. III – **Deve o juiz distinguir um homem de bem de um verdadeiro marginal, e, em consequência, os comportamentos criminosos dos comportamentos impensados e passageiros, configuradores de meros „desvios de condutas‟**. IV – Sentença absolutória mantida‖ (TRF 2ª Rg. nº 96.02.31347-1. Quarta Turma. Rel. Carreira Alvim. DJu. 18/11/1997).

Esse mesmo entendimento foi reafirmado ainda em acórdão, proferido no dia 29 de junho de 2011, onde se decidiu um caso semelhante:

> Conforme relatado, trata-se de mais um caso de uso de passaporte falso com o fim de ingresso nos Estados Unidos da América. (...). Em que pese o respeitável posicionamento do órgão ministerial em suas razões recursais, observo que a situação da apelada equivale à de inúmeros outros brasileiros que buscam no exterior melhores condições de subsistência. In casu, resta configurada a mesma situação fática já enfrentada diversas vezes por juízes e tribunais do País, que enxergam na conduta ora em apreço, **não um ato criminoso com a deliberada intenção de atingir o bem jurídico tutelado pela norma, mas somente um fato delituoso com caráter episódico, fomentado por circunstâncias econômicas e sociais desfavoráveis**. Esta Turma, inclusive, firmou entendimento quanto ao tema, sendo unânime em reconhecer a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. (...) Diante do exposto, conheço e nego provimento ao Recurso de Apelação (TRF 2ª Rg. nº 2009.50.01.000122-0. Quarta Turma. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado. Dje. 07/07/2011).

Interessante também registrar a senteça da 1° Vara Criminal da Comarga de Maringá-PR, mesmo reformada,[147] que absolveu uma garota de programa. A denúncia relata que a Policia Militar foi acionada para atender ocorrência solicitada por seu cliente, pois a ora denunciada, negava-se a sair do veículo do mesmo justificando a sua conduta pela falta do pagamento acordado. Após a chegada da Policia Militar, ela ainda permaneceu no interior do veículo, recusando-se a dele sair, culminando por ser retirada através do uso de força de dentro do carro. Na sequência, com vontade livre e consciente, a denunciada caminhou em direção à viatura policial e atirou um pedra contra a mesma, causando danos no capô.

Asseverou o Magistrado prolator da sentença que:

> (...) **era inexigível da ré conduta diversa da que apresentou no momento em que, nervosa, atitou pedra na viatura da polícia Militar.** (...) No caso em tela, a anormalidade da situação, **deixou a acusada em situação insuportável,** o que a fez pegar uma pedra na rua e atirá-la contra a viatura. De fato, não é normal para uma garota de programa não receber o pagamento de seu ‗cliente' e, muito menos

[147] Asseverou o Tribunal de Justiça, em sede de Apelação interposta pelo Ministério Público que ―Não há que se considerar como causa supra legal exculpante o nervosismo em face à situação posta à apelada. Considerar tal estado psíquico como hábil para afastar a culpabilidade seria abrir sério precedente. Ademais, não se pode considerar que o nervosismo diante da situação fosse tal a obscurecer o discernimento da apelada perante a ilicitude de sua conduta.‖ TJ-PR - Apelação Crime : ACR 6228133 PR 0622813-3. Rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo. 24/06/2010.

> normal é, para qualquer pessoa, ser agredida fisicamente na frente da Polícia e não receber qualquer atuação desta em seu favor para repelir a violência, pelo contrário, observar os Policiais dando razão ao agressor. Por conseguinte, **a insuportabilidade daquela situação levou a ré a fazer p que fez.** A ré se sentiu injustiçada tanto por não ter recebido pelo _programa‘ quando pelo descaso com o qual foi tratada pelos Policiais.

Registre-se, por derradeiro, a dificuldade do Poder Judiciário em admitir a tese na inegixibilidade de conduta diversa nos casos do crime de aborto amparado, por vezes, no fundamento de que a gravidez em si, nos dias de hoje, poderia ter sido evitada.

Mesmo em se tratando de precedente relativo ao ajuizamento de uma ação com o objetivo de se obter permissão judicial para o aborto, interessante a análise da motivação da decisão, por se debruçar, especificamente, sobre a admissão da tese de inexigibilidade de conduta diversa em se tratando do crime de aborto. Senão vejamos:

> Abalos psicológicos não podem ser causa para a interrupção da gestação, mesmo porque a medicina evolui a passos largos dia após dia, o que significa que a perspectiva de vida e de cura pode alterar-se a qualquer instante. A inexigibilidade da conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não estejam presentes os seus requisitos. A disseminarmos tal conduta, nada impede, no futuro, que a eugenia – aprimoramento da raça humana – volte a imperar em nossa sociedade, permitindo que pais escolham qual tipo físico de criança desejam, provocando o aborto daquelas que, em padrões questionáveis, sejam _inviáveis‘. Ora, se o direito protege, como é doutrina e jurisprudência predominantes, qualquer tipo de pessoa, mesmo a monstruosa (deformada ou de conformação anômala), não se compreende a razão pela qual, em alguns casos, leve-se em conta a possibilidade de a gestante optar pela morte do feto ou embrião, encaixando na mesma situação. Ou seja: fetos ou embriões que se constituirão em seres monstruosos ou de vida relativamente inviável, no futuro, podem ser sacrificados de imediato; recém-nascidos monstruosos, no entanto, não podem. Qual a diferença, se se está protegendo a vida, o mesmo bem jurídico?(TJ-RS - ACR: 70055089049 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 26/06/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/07/2013)

Também merece menção um precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo[148] por se debruçar especificamente sobre a questão da admissibilidade da tese da inexigibilidade de conduta diversa em situações dessa natureza.

Neste, a ré foi absolvida sumariamente, com fulcro no at. 415, IV, do Código de Processo Penal, da imputação pelo delito previsto no art. 124, do Código Penal, em razão do reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa. Inconformado, apelou o Ministério Público alegando que –é inadmissível o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, pois a ré poderia ter evitado a gravidez e o fato de ser viciada em drogas e ter outros dois filhos, circunstâncias não provadas, não justificam o ato criminoso.‖

No acórdão, sobre a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, foi exposto que tais hipóteses são raras e que a adoção da tese constitui uma ameaça à segurança jurídica:

> as hipóteses de aplicação são extremamente raras. É que a adoção de excludentes da culpabilidade não previstas em lei é uma ameaça direta à segurança jurídica, sendo necessária extrema cautela no seu manuseio. Ademais, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa, por si só, é demasiadamente genérica, devendo ser observada a adequação à especificidade de cada caso.

A fim de justificar a reforma da decisão por não considerar inexigível uma conduta diversa da ré, aduziu que –os fundamentos constantes da r. sentença para reconhecimento da excludente ré viciada em drogas, prostituta, que já possui dois filhos sob a guarda da avó, são insuficientes para afastar a apreciação dos juízes naturais da causa jurados.‖

> Os fundamentos constantes da r. sentença para reconhecimento da excludente ré viciada em drogas, prostituta, que já possui dois filhos sob a guarda da avó , são insuficientes para afastar a apreciação dos juízes naturais da causa jurados.
> Na hipótese, a ré não comprovou, prima facie, de modo cabal, estreme de dúvida e inequívoco, a necessidade de tirar a vida do fet o

[148] (TJ-SP - APL: 58501520078260576 SP 0005850-15.2007.8.26.0576, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 10/05/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/05/2012)

> que trazia no ventre (TJ-SP - APL: 58501520078260576 SP 0005850-15.2007.8.26.0576, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 10/05/2012, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/05/2012).

No próximo capítulo, além de nos posicionarmos acerca da problemática da tese, daremos continuidade a avaliação jurisprudencial acerca da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

Porém, como se observará adiante, o trabalho deixa de ter como foco principal a exposição de precedentes, almejando constituir-se uma análise crítica em relação à interpretação do instituto, debruçando-se, enfim, sobre os caminhos para a identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

6 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO ABREVIATURA SIMBÓLICA PARA INTEGRAÇÃO CONCRETA DE VALORES

No capítulo anterior, apresentamos a partir da exposição de importantes precedentes, a postura do Poder Judiciário brasileiro em relação à exculpação por inexigibilidade de conduta diversa. Isso, dos primeiros julgados em que essa questão fez parte das respectivas motivações, até os mais recentes.

Passado esse momento, torna-se imprescindível refletir acerca da heterogeneidade ali apresentada, o que reflete, consequentemente, na própria definição da exigibilidade de conduta diversa no Brasil.

Mesmo após quase trinta anos do início do processo de admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação por parte do Poder Judiciário brasileiro, é notória a dificuldade encontrada para tanto.

Baseados na preservação de uma suporta ―segurança jurídica‖ os responsáveis pela aplicação do direito evidenciam as suas próprias inseguranças. Demonstram que ainda pisam em um terreno considerado inseguro, ao terem que se debruçar sobre o complexo conceito de culpabilidade.

Em relação a isso, é bem ilustrativo o parecer da Procuradoria de Justiça, referido em precedente citado em linhas anteriores, que analisou a questão em relação ao crime de aborto, ocasião onde foi dito que ―a adoção de excludentes da culpabilidade não previstas em lei é uma ameaça direta à segurança jurídica, sendo necessária extrema cautela no seu manuseio.‖

Outro precendente que merece menção, é o relativo ao caso dos detentos condenados por crime de incêndio por terem ateado fogo em alguns colchões da unidade prisional com o objetivo de contestar a transferência deles para outra unidade, ao dizer que, quanto à admissão de causas supralegais, ―há de ter-se extremo cuidado quanto à aplicação desse instituto eis que a própria doutrina tradicional brasileira vislumbra na inexigibilidade de conduta diversa um critério vago e indeterminado, que

não pode ser admitido como princípio jurídico, nem aplicado fora das hipóteses previstas em lei‖.

Além desse comum posicionamento, outro fator que evidencia essa insegurança em relação a própria constituição da inexigibilidade de conduta diversa por parte do judiciário brasileiro é a busca incessante por critérios ou características comuns em uma dada situação para que haja a possibilidade de se constatar ―confortavelmente‖ ou mesmo sem amarras, sem tanta insegurança, tal exculpante. A grande fatia correspondente aos casos de inexigibilidade de conduta diversa quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária demonstra isso.

O dado chama muito a atenção: até hoje, bem mais que a metade dos casos em que a inexigibilidade de conduta foi admitida com base em uma causa supralegal para excluir a culpabilidade dizem respeito a apropriação inébita previdenciária, hipóteses em que resta comprovada crise financeira na empresa.

Ao que nos parece, a menor dificuldade de se constituir provas em face das características do crime (na maior parte documentais), a respeito da inexistência de disponibilidade de quantia financeira correspondente, é um fator determinante para a aceitação da tese a inexigibilidade de conduta diversa por parte do judiciário mesmo sem a existência de previsão legal dessa causa.

Então, essa maior ―objetividade‖ acerca da prova da existência ou inexistência de opção entre cumprir ou ou não cumprir a norma penal, inclusive, incomum em se tratando dos crimes em geral, reduziu a dificuldade de transpor da crença de que é suficiente a interpretação formal da lei para a solução de todos os casos concretos.[149]

Resultado dessa percepção é a ideia de que a dificuldade da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa não se encontra no instituto em si, no seu fundamento, na sua coerência ou adequação sistêmica, mas na insegurança com relação à identificação das mesmas, posto que, ao encontrar em um caso penal específico aparente facilidade na identificação das hipóteses em que não há liberdade de

[149] Ou seja, menor dificuldade em se contatar existente ou inexistente a liberdade do agente por meio da comprovação da crise financeira a partir de cálculos, da demonstração da situação econômica do agente, dado de natureza objetiva, deve ser levada em consideração ao se refletir sobre o número de decisões positivas em relação à temática.

opção entre agir ou não agir conforme o direito, dada a sua natureza e característica, barreiras que se apresentavam como quase sempre instransponíveis deixaram de assim serem concebidas.

Essa postura ―rígida‖ em relação a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pode até, apressadamente, aparentar constituir inofensiva cautela do Poder Judiciário, ou um cuidado devido, em sentido positivo, mas, em verdade, seus reflexos são drásticos, são bastante negativos.

A falta de compreensão acerca da essência e funcionalidade do conceito de inexigibilidade de conduta diversa é responsável por gerar essa insegurança de forma geral nos aplicadores do direito e o resultado disso é a ausência de identificação e aplicação desse importante instituto aos casos levados ao judiciário onde a sua identificação era necessária e devida.

A referida ausência de conhecimento sobre as características, fundamento, limites e sobre a própria funcionalidade, cria uma barreira ou mesmo uma penumbra responsável pela dificuldade de se enxergar a inexigibilidade de conduta diversa em casos concretos.

Essa penumbra em torno da funcionalidade e da definição do conceito de exigibilidade de conduta diversa é também o motivo da clara heterogeidade das decisões judiciais, mais especificadamente, na motivação dos precedentes que tratam da admissão de causas supralegais dessa exculpante.

Casos relativos ao porte ilegal de arma de fogo onde é requerida a consideração da inexigibilidade de conduta diversa baseados em causas supralegais também demonstram claramente essa dificuldade e consequente heterogeneidade. Os precedentes trabalhados anteriormente acerca da temática são bem ilustrativos.

Apesar da recorrente negativa por parte do judiciário que, de uma forma geral, afirma existir a opção dos cidadãos recorrerem ao Estado, na figura dos agentes de Segurança Pública, ao se sentirem ameaçados, sendo, dessa forma, inviável a aplicação do instituto para excluir o crime[150] mesmo havendo a demostração no decorrer do

[150] ―Não merece acolhida a pretensão absolutória fundada na inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ao argumento de que o réu portava ilegalmente arma de fogo para se proteger de supostas ameaças, quando lhe era perfeitamente possível exigir outro

processo de anterior ameaça de morte, inusitadamente, em outros momentos, o judiciário acata a tese em relação a casos onde o perigo à integridade física é incerto, como por exemplo, no caso em que foi considerado apenas pelo acusado transitar em local com altos índices de criminalidade.

Nessa hipótese, como visto, o porte ilegal de arma se deu com objetivo do agente se proteger ao buscar encontrar um veículo furtado em local conhecido como perigoso por ser rota utilizada para o tráfico de drogas. Mesmo sem qualquer ameaça direta a sua pessoa, o agente pressupôs a existência de risco à sua integridade física pela área em que voluntariamente decidiu procurar o seu veículo furtado e, com o objetivo de se proteger de um possível agressão à sua pessoa, portou ilegalmente arma de fogo, mesmo tendo a possibilidade e o direito de requerer que a busca do seu veículo fosse feita por intermédio das Instituições de segurança do Estado, composta por servidores com treinamento, competência e instrumentos necessários para ações dessa natureza.

Outra questão trazida com certa frequência à análise do Poder Judiciário que corrobora com a ideia de que há notória heterogeneidade em relação à motivação das decisões judiciais relativas à admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, diz respeito ao tráfico de drogas envolvendo detentos de unidades prisionais.

De modo geral, como firmado, o posicionamento do judiciário brasileiro é no sentido de não admitir a tese da inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que é demonstrado que a ação de traficar se deu em face da necessidade de pagamento de dívidas que, caso não fossem cumpridas, custariam a vida do agente ou de pessoa muito próxima, como o filho. Isso, mesmo nas hipóteses onde o agente consegue demonstrar a impossibilidade de trabalhar, de adquirir a quantia por outro meio por, por exemplo, estar preso.

---

comportamento como recorrer às instituições do Estado para obter a necessária proteção.‖ (TJ-DF - APR: 20141210020057, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 25/06/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 30/06/2015 . Pág.: 119). No mesmo sentido: ―Os cidadãos têm à disposição meios adequados de combater eventuais lesões ou ameaças à sua esfera de direitos, não estando autorizado o irrestrito porte de arma, sob pena de voltarmos ao estado da barbárie e da justiça privada. Logo, não basta alegar a existência de ameaças contra si para se beneficiar da causa supralegal de exclusão da culpabilidade consistente em inexigibilidade de conduta diversa (...).‖ (TJ-MG - APR: 10637100031094001 MG, Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento: 27/02/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/03/2013).

Porém, como visto anteriormente, decidiu o judiciário também admitir a tese no caso em que uma mulher compareceu em presídio local, supostamente com o fim de levar mantimentos para seu marido, que se encontrava recluso, sendo constatado que trazia consigo maconha, escondida dentro de um pastel, para que seu marido consumisse no interior do presídio. A defesa alegou que a agente estava sofrendo ameaças do seu marido e por isso, não houve liberdade entre agir e não agir. Segundo a decisão, em que pese o fato do marido se encontrar preso e, portanto, com sua liberdade de locomoção e de comunicação restrita, em face das ameaças à integridade física sofridas pela acusada, que segundo foi alegado poderiam se concretizar a mando de seu cônjuge, por meio de outras pessoas, esta deveria ser absolvida com base da ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.[151]

Apesar das ameaças terem partido de alguém que se encontrava preso, no momento de apreciar a existência de exigibilidade de conduta diversa, inusitadamente, não foi considerada a opção de recorrer ao Estado, na figura dos agentes de Segurança Pública, ante a ameaça, mesmo em se tratando de alguém que já estava sob os cuidados do Estado que, por sua vez, em tese, encontraria menos dificuldade na resolução do problema –ameaça‖, do que em casos onde essa opção foi colocada como empecílio para admitir a estudada exculpante.

À propóstito, ainda em relação à análise desses casos, merece menção os fatores levados em consideração no momento em que, excepcionalmente, o Poder Jucidiário brasileiro admite a inexigibilidade de conduta diversa com base em uma causa supralegal, uma vez que muitos deles não tem qualquer relação com a existência ou inexistência de liberdade na ação do agente.

–Pequena quantidade de droga‖; –ser primária e ter bons antecedentes‖; –confessar os fatos desde o início‖ são observações constantes na motivação das decisões que apreciam o tema. Mesmo não se tratando de fatores relacionados à liberdade de agir do agente, são aspectos levados em consideração no momento em que se fundamenta admissão da tese da inexigibilidade de conduta diversa por parte do judiciário brasileiro.

[151] (TJ-SC - APR: 128862 SC 1998.012886-2, Relator: Alvaro Wandelli, Data de Julgamento: 17/11/1998, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 98.012886-2, de Joaçaba.)

Fatores ligados à personalidade do agente que também não possuem uma relação marcante com a ideia de liberdade da ação foram afirmados, injustificadamente, como base para a justificação da admissão da tese da inexigibilidade de conduta diversa nos casos que foram expostos sobre o crime de falsificação de documentos.

–Deve o juiz distinguir um homem de bem de um verdadeiro marginal, e, em consequência, os comportamentos criminosos dos comportamentos impensados e passageiros, configuradores de meros _desvios de condutas'.‖[152]

–Enxergam na conduta ora em apreço, não um ato criminoso com a deliberada intenção de atingir o bem jurídico tutelado pela norma, mas somente um fato delituoso com caráter episódico, fomentado por circunstâncias econômicas e sociais desfavoráveis.‖[153]

Essa incongruência entre os fundamentos das decisões que analisam a tese da inexigibilidade de conduta diversa com base em causa supralegal e a essência desse mesmo instituto pode ser verificada também no momento em que o Poder Judiciário brasileiro toma como relevante certos aspectos que, embora eventualmente pertinentes à constatação da conduta criminosa e a atribuição da pena, não se relacionam, especificamente, à essa excupante.

Nesse debate, torna-se relevante também a análise da convergência e divergência de valores em relação ao sistema jurídico. Isso porque, em uma verificação mais detida acerca de uma decisão que admite ou inadmite uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa há, concomitantemente, um julgamento sobre valores e sua assimilação pelo sistema penal.

Sobre isso, é interessante uma observação mais detida com relação às hipóteses de desobediência civil, casos de ações, demonstrações públicas de bloqueios e ocupações que tem por objetivo a defesa do bem comum, de questões de suma importância para a população, ou seja, lutas coletivas em defesa de direitos, greves de trabalhadores, protestos, passeatas, entre outros. Entende-se ser possível, nesses casos, considerar inexigível uma conduta diversa tendo em vista que não é exigível que o cidadão se omita à violação dos seus direitos por parte do sistema jurídico em um

[152] (TRF 2ª Rg. nº 96.02.31347-1. Quarta Turma. Rel. Carreira Alvim. DJu. 18/11/1997).
[153] (TRF 2ª Rg. nº 2009.50.01.000122-0. Quarta Turma. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado. Dje. 07/07/2011).

Estado Democrático de Direito. Dada a complexidade e mutabilidade da sociedade moderna e suas necessidades, puramente com o intuito de chamar a atenção dos agentes políticos para a alteração do *status quo* que não só ele, mas a grande maioria daqueles que como ele estão sendo atingidos por esse estado, entendem justa e necessária.

Ao nosso entender, na tomada de decisão da doutrina e do próprio Poder Judiciário nesse sentido, o valor ―democracia‖, ―Estado Democrático de Direito‖, foram proeminentes quando relacionados à propriedade, dentre outros. Isso, frise-se, tão somente nos casos onde inexistente a violência, hipóteses em que, ao que parece, esses valores antes proeminentes perderiam tamanho destaque que, por sua vez, seria direcionado a outros valores e, dentre eles, certamente, a ideia de ―segurança jurídica‖.

É válido ainda ressaltar que, nas poucas decisões relacionadas ao tema que encontramos, há explícita referência ao conteúdo do pleito dos manifestantes como fator de relevância no momento de se analisar a existência da estudada exculpante. Indicando assim, por conseguinte, que não basta o intuito de manifestar, de se contrapor à ordem vigente. Além de não se utilizar da violência, aparentemente, há também a necessidade de certa aprovação desse mesmo pleito. ―A justiça não pode ser instrumento de ação política contra movimentos que se insurgem contra desigualdades econômicas e sociais‖.

Também, o caso abordado do pai que recusa a transfusão de sangue do filho por objeção de consciência, corriqueiro na doutrina, merece uma reflexão mais detida.

Justifica-se que, em uma situação concreta, embora a lei imponha ao o dever de agir em prol da vida do filho, seus pais, envolvidos por crenças próprias, não realiza o que lhe é imposto, uma vez que é por esta sua conduta que ele estará respeitando a sua própria liberdade de consciência.

Considera-se que, como visto, o reconhecimento constitucional da liberdade de consciência implica a possibilidade de dispensa do cumprimento de mandados ou proibições jurídicas por imperativos de consciência, sempre que, da ponderação entre as normas em jogo (regras e princípios), resultar inclinação decisiva em favor do direito individual.

Diante disso e do conhecimento acerca dos fundamentos da inexigibilidade de conduta diversa, é pertinente questionar ou refletir acerca do motivo de se exigir, como condição para a admissão dessa exculpante, a existência de uma alternativa neutra que resulte na efetiva proteção ao bem jurídico protegido, como, por exemplo, a ação do médico movido por estado de necessidade que salva a vida do filho.

Pois, ao que nos parece, a referida alternativa neutra efetiva na proteção ao bem jurídico não faz desaparecer a opção entre agir conforme o direito ou contrariamente a este, ao menos em tese. Em contrapartida, sua inexistência pode indicar a necessidade de rejeição da ideia de que a liberdade de consciência, de crença, constitui um valor que deve continuar a se sobressair, agora, em detrimento do valor vida.

Por conseguinte, há nesse caso concreto, um conflito de valores contemplados pelo sistema jurídico brasileiro, cabendo, inevitavelmente, ao judiciário, caso haja uma questão dessa natureza, determinar que um deles se sobressaia em relação ao outro. Hoje, considera-se que a existência de uma alternativa neutra efetiva na proteção do bem jurídico é uma condição para que em uma dada decisão o valor liberdade de consciência possa se sobressair de forma adequada.

Ainda no intuito de se realizar uma análise mais crítica em relação aos precedentes citados no capítulo anterior, dois merecem apreciação exatamente por, a partir de uma análise mais detida, provocarem uma reflexão maior sobre o conflito de valores no processo em que se discute a admissão de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, sobre os critérios ou elementos levados em consideração pelo judiciário na sua tomada de decisão.

O primeiro deles diz respeito ao caso, julgado pelo Tribunal do Júri (4° Vara) da Comarca do Recife – PE, onde uma mulher foi mandante do crime de homicídio contra o seu próprio pai que, por sua, vez praticara abuso sexual contra ela desde os seus nove anos.

Neste, quão clara parecia a existência de inexigibilidade de conduta diversa que o próprio representante do Ministério Público e Pernambuco (MPPE) no Júri, pediu a aplicação dessa instituto argumentando que:

> não poderia, nem teria condições éticas, de pedir a condenação desta mulher quando *não se poderia exigir dela outra conduta* e quando ela deveria era ser indenizada pelo Estado‖, ponderou o promotor, evidenciando o fato de que, entre sucessivos estupros e agressões físicas e psicológicas, Severina foi, de fato, vítima de mais de cinco mil crimes não julgados ou investigados.

Foi ainda lembrada a impossibilidade de justificar a sua conduta através do estado de necessidade ou legítima defesa, já que o crime foi configurado como ocorrido numa emboscada, e as agressões que Severina sofria não estavam, exatamente, ocorrendo naquele momento restado utilizar, para legitimar a decisão pela aplicação da ideia de inexigibilidade de conduta diversa em favor da acusada em face do conjunto de agressões e violências causadas pelo seu pai-marido.

Considerou-se, não ser possível e humanamente esperado outra conduta, senão aquela ao qual conseguiu materializar, mesmo com a ajuda de terceiros, para eliminar todo o seu sofrimento e os de seus filhos.

A reflexão antes anunciada acerca desse precendente parte do questionamento sobre os motivos da irrestrita convicção do judiciário sobre a existência da inexigibilidade de conduta diversa, até mesmo na figura do órgão acusador, nesse caso concreto.

Sequer, foi ventilada a existência da possibilidade da agente, diante de agressões, recorrer ao Estado, na figura dos seus agentes de segurança. Não houve questionamento com relação ao fato da então acusada ou qualquer outra pessoa nunca ter feito qualquer provocação ao Estado para que as agressões fossem estancadas e, por conseguinte, para que o seu responsável fosse punido.

Em suma, questiona-se os motivos do judiciário, inclusive na figura do seu órgão acusador, cabalmente, entender que nesse caso, mesmo com a possibilidade de requerer a atuação das instituições estatais competentes para estancar todas as agressões, não havia liberdade de opção entre mandar o matar –agente-vítima‖ para que fossem cessadas aquelas agressões ou não. Expressou ainda, ressalte-se, que não tinha –condições éticas‖ de julgar de forma diversa.

Indaga-se o motivo do esquecimento, da ausência de utilização desse argumento tão corriqueiro nas questões desse gênero, levadas à apreciação do judiciário, como demonstrado em vários precedentes expostos no capítulo anterior.

O valor vida, mesmo se sobressaindo na maioria dos casos em que entra em conflito com outros valores, desta vez foi preterido e, segundo a motivação da decisão, isso se deu em virtude da necessidade de prevalência de outros.

O segundo diz respeito ao crime de aborto. Foi dito em linhas anteriores que o Poder Judiciário, em geral, contrário a ideia de admitir a tese na inegixibilidade de conduta diversa nesses casos, amparado, por vezes, em um ―fato passado‖, no fundamento de que a gravidez em si, nos dias de hoje, pode ser evitada.

No precedente trazido à baila, foi exposto que as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa em se tratando do cime de aborto são raras e que a adoção dessa tese constitui uma ameaça à segurança jurídica.

O que poderia servir de argumentos para a aplicação da exculpante baseada em causa supralegal, foi tido como fatores insuficientes para a consideração desse instituto tido como ameaça a segurança jurídica. Fatores que, à propósito, frise-se, desde Frank, ao observar o caso do caixeiro viajante, foram observados que, portanto, desde do gérmen da ideia de inexigibilidade de conduta diversa foram considerados como suficientes.

O contexto de vida da ré, o fato de ser viciada em drogas, prostituta, de já possuir dois filhos sob a guarda da avó, foram tidos como insuficientes para demonstrar que para ela, não era exigível que mantivesse a gravidez em comento. Ou seja, o fato da ré ter grandes dificuldades, ela mesma, de sobreviver, de ter com único meio de subsistência a prostituição, da sua mãe já não dispor de condições de cuidar um outro neto, não foram fatores suficientes para evidenciar ao judiciário a impossibilidade desta agir de modo diferente, não praticando, por conseguinte o aborto.

É incontestável que o psiquismo da mulher gestante está influenciado pelos hormônios da gravidez que a preparam para a maternidade e não para a interrupção da gravidez. Logo, se faz o abortamento, é porque têm uma motivação fortíssima. Afinal,

difícil imaginar que alguém simplesmente ―opte‖ por uma gravidez quando não se deseja ter um filho.

Entender que é exigível ter um filho quando não se pode de forma alguma tê-lo, notadamente, em um país omisso em relação a prestação de muitos direitos básicos, apenas em face de uma suposta falta de precaução anterior, pode ser interpretada como uma punição ainda mais severa.

A justificativa, de forma geral, para constatar a existência de opção entre praticar ou não o aborto é o fato de, nos dias de hoje, existir a opção entre engravidar ou não engravidar. O fato de fazer referência a um fato passado em relação a ato ―abortamento‖, por si só, nos parece de todo ilegítimo uma vez que a verificação da exigibilidade de conduta diversa, como regra geral das causas de exculpação, desde o seu surgimento até os dias de hoje, só pode se realizar partindo-se da análise do momento da prática do ato em questão. Sendo, portanto, completamente inadequado qualquer posicionamento dessa natureza.

A liberdade de agir em conformidade ou em desconformidade ao Direito deve se verificar no momento da realização do ilícito penal, não fazendo sentido, portanto, de verificar os possíveis motivos, diretos ou indiretos, que eventualmente causaram a situação em que o agente restou carente de liberdade de opção.

Nessas decisões em que se aprecia a existência de exigibilidade de conduta diversa em se tratando do ato de abortamento, há também claro conflito de valores. A necessidade de prevalência do valor vida intra-uterina tem sido interpretada como necessária em que pese a existência, em contrapartida, dos valores autonomia sobre o próprio corpo, liberdade de reprodução, de decisão, entre outros.

Essa tensão entre valores não é um fenômeno pontual em relação as decisões jucidiais que se debruçam sobre a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

É possível afirmar que toda decisão que versa sobre esse instituto trabalha conscientemente ou inconscientemente, explicitamente ou implicitamente com conflito de valores e que, qualquer investida no sentido de elencar quais valores devem se sobressair nas decisões é completamente inútil.

Em verdade, é interessante nesse momento lembrar que todas as tentativas no sentido de se estabelecer critérios rígidos ou específicos para a constatação da inexigibilidade de conduta diversa foi passível de críticas bem fundamentadas.

Essa tarefa, do ponto de vista teórico, e tão somente teórico, talvez fosse até possível. No entanto, levando em consideração que o Direito Penal é construído e lapidado com o fim de solucionar as mais diversas situações que a experiência apresenta, uma definição dessa natureza não teria utilidade.

A cada dia, essa mesma sociedade em que o Direito tem por objetivo satisfazer, se torna sempre mais complexa. Com o passar do tempo, surgem mais valores e, assim, acaba por existir uma relação cada vez mais intensa entre os mesmos.

Dada a diversidade com que se apresentam esses valores, em uma relação cada dia mais acentuada, há, consequentemente, o aumento da divergência em detrimento da convergência nessa relação, aumentando, assim, quase que naturalmente, os conflitos.

Nesse sentido, há, concomitantemente, àquele responsável pela solução dos conflitos, uma demanda cada vez maior e também mais complexa. Por conseguinte, existe, para o Direito e seus aplicadores, uma maior exigência em relação a tomada de decisões, tanto em relação ao aspecto quantitativo como qualitativo, uma vez que fundamentações simplistas, que dispensam uma análise mais profunda e detida acerca dos institutos jurídicos, se tornam insuficientes.

Assim, ao mesmo tempo em que existe um aumento de demanda perante o Poder Judiciário, por vários fatores, inclusive, pelo crescimento progressivo da complexidade da sociedade, há, simultaneamente, a necessidade, também cada vez maior, de uma análise mais acurada, mais reflexiva, com relação a aplicação do Direito aos casos concretos.

Esse crescimento da complexidade de valores que permeiam a sociedade evidencia, ainda mais nitidamente, a insuficiência do Direito escrito em relação a difícil missão de solucionar todos os casos concretos levados ao Poder Judiciário.

Como se sabe, mesmo no plano hipotético, a ideia de que o Direito escrito pode ser suficiente para a solução dos casos concretos se apresenta como equivocada. Ante a percepção desse aumento progressivo de valores diferentes ou reinterpretados

distintamente e, consequentemente, da divergência que pode se afigurar entre os mesmos (nos casos concretos), a utilização não exclusiva da lei escrita ou a consciência sobre a insuficiência de interpretação exclusivamente formal da mesma para decidir demandas aparece como algo inevitável.

Ocorre que, mesmo partindo da compreensão de todo esse contexto, há, em contrapartida, a necessidade compatibilizar essa maior liberdade nas decisões do Poder Judiciário com as bases gerais do sistema jurídico utilizado.

É de conhecimento que o respeito legalidade serve como verdadeiro termômetro em relação à existência de um Estado Democrático de Direito. E, em relação as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, é também sabido que a doutrina converge no sentido de que teleológicamente, essas decisões são compatíveis com o princípio da legalidade, uma vez que aumentão o âmbito de liberdade dos cidadãos.

Mas, como dito, nos propomos a ir um pouco mais além, ao fazer uma crítica com relação a legitimidade das decisões que acatam ou rejeitam causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Isso porque dentro de um Estado Democrático de Direito, é também necessário que, em relação à institutos penais, notadamente, àqueles que compõe o conceito de crime, hajam contornos um tanto quanto definidos que resultem em um mínimo de homogeneidade em relação às decisões judiciais.

Esclareça-se que essa percepção não se confunde com a ideia simplista e, infelizmente, atual por parte do Poder Judiciário, de que é necessário muito rigor para se considerar presente uma causa de inexigibilidade de conduta diversa, exigindo a apresentação de um conteúdo probatório quase que utópico.

De antemão, é interessante registrar que a referida postura do Poder Judiciário é bastante arriscada por aumentar o risco grave de que inocentes sejam considerados criminosos. Não sendo também desejável um pensamento completamente invertido, ou seja, que pessoas reprováveis sejam consideradas inocentes, perspectiva esta possível também quando não se encontra minimamente delineado um insitituto de tal natureza.

À propósito, ao tratarmos do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, optamos por utilizar os termos, ‒delinear‖, ‒caracterizar‖, sempre minimamente, porque

entendemos que uma definição simples ou rígida não é possível, notadamente, nessa sociedade complexa em que vivemos.

É de conhecimento que, desde de Carrara, um dos primeiros autores de grande importância para o aprimoramento do Direito Penal, a ideia de livre-arbítrio foi considerada condição para se considerar existente a ideia de crime e também, desde questionada pela pelos mesmo motivo das críticas atuais: a indemonstralidade desse conceito.

Dessa forma, desde a inclusão sistemática desse conceito na ideia de crime, críticas ou questionamentos, com conteúdo muitas vezes coincidente com as atuais, com relação à sua indemonstrabilidade, em paralelo, também existiam.

Em contrapartida, justificativas para esses questionamentos ou contraposições às críticas também se constituíram uma constante. O próprio Carrara, inclusive, expôs em uma importante nota de rodapé da sua obra que, apesar da liberdade de opção como potência, como conceito abstrato, ser indemonstrável, por ser um conceito não relativizável, gradruável, é possível que haja essa demonstrabilidade a partir de uma analise concreta, a partir da verificação da existência de alguma força ou circunstância que retira a possibilidade de opção, sendo assim, passível de graduação, de valoração (CARRARA, 1889, p. 119).[154]

No ―vai e vem‖ da inclusão do livre-arbítrio como condição para se considerar inexistente ou existente a ideia de crime, verificado neste estudo anteriormente ao analisar a história da culpabilidade na teoria do crime, surgem também, nesse mesmo sentido e de forma tautocrônica, os questionamentos sobre a demonstrabilidade desse conceito.

Vale destacar que a utilização do livre-arbítrio como elemento central na teoria do crime, como também visto em linhas anteriores, possui estreita relação com o

[154] ―Quando consideramos a a liberdade no momento de se manifestar e de se converter em determinação (arbítrio), é certamente suscetível de mais ou de menos segundo que a mônada potencialmente livre sofra no momento de ter lugar a determinação, a pressão de um número maior ou menor de forças internas ou externas que a impelem a determinar-se em um sentido mais bem do que em outro. Do mesmo modo, a inteligência é indivisível quando a consideramos como potência, pois o homem ou é inteligente ou não é. Mas, quando essa potência chega a se manifestar, se converte em compreensão (intelecto), se torna suscetível de, mais ou menos, segundo as causas internas ou externas que perturbam mais ou menos suas operações. Considerada a potência em si mesma é uma, ou existe ou não existe. Mas quando em contato com os objetos exteriores e se converte em ato, sofre para mais ou para menos, para a que a condena sua relação com os objetos individuais.‖ (CARRARA, 1889, p. 119)

cenário político da época. Sem querer retornar a essa importante avaliação, a utilização de critérios exclusivamente normativos por parte do Estado, na figura dos seus representantes, se afigura como um risco ao abuso desse mesmo poder, fazendo surgir, em maior ou menor proporção, a necessidade de inclusão de critérios ontológicos. Dessa forma, a utilização de critérios dessa natureza tem notável relação com cenários políticos de crise, de excessos em relação ao exercício de punir, servindo, por conseguinte, como importante elemento limitador desse mesmo exercício.

Concomitantemente às censuras acerca da indemonstrabilidade do conceito de livre-arbítrio, de liberdade no sentido ontológico e, por conseguinte, de exigibilidade de conduta diversa, as justificativas ou mesmo a oposição as referidas críticas sempre co-existiram, com conteúdo semelhante e base comum.

Essas censuras nunca foram transpostas, exatamente, porque a doutrina opositora nunca se satisfez com os argumentos justificantes. Dessa forma, embora constituindo-se teoricamente um importante instrumento de limitação do poder punitivo estatal e de respeito essência do homem, nesse ―vai e vem‖ ou nas ―idas e vindas‖ do conceito de liberdade dentro do sistema penal, figuraram, como verdadeira sombra, as críticas relativas a indemonstrabilidade desse conceito no ponto de vista prático, tendo em vista que todas as justificativas ou contraposições a essas críticas nunca foram tidas como suficientes, capazes, portanto, de superá-las.

É, precisamente, por isso que pretendemos fazer uma reflexão sobre as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa a partir de uma outra perspectiva. Reconhecendo ausência de superação dessas críticas e ainda, diante da incansável tentativa de parte da doutrina responsável pela lapidação da teoria do crime atual, de todos esses grandes autores analisados em linhas anteriores, de justificar ou se se contrapor às mesmas, inferimos que resta necessário fazer ponderações a partir de um outro viés.

Nesse diapasão, por entender que, considerando a admissão de causas supralegais, é impossível se estabelecer critérios precisos para o reconhecimento das referidas causas, o que desemboca na impossibilidade de caracterização exata e, portanto, capaz de conferir previsibilidade dos casos concretos, julgamos que a delineação da exigibilidade de conduta diversa, tida como necessária em um Estado

Democrático de Direito, ocorre a partir da compreensão acerca da funcionalidade desse conceito no sistema penal vigente.

Assim, esta tese afasta-se da pretensão de apontar fórmulas, critérios ou características exatas, capazes, portanto, de identificar com precisão as situações da vida em que deve ser admitida a tese de inexigibilidade de conduta diversa de forma supralegal.

Isso, não por entender que a heterogeneidade das decisões do Poder Judiciário brasileiro seja desimportante, posto que, como dito em linhas anteriores, trata-se de um problema grave e de consequências extremamente negativas. Em verdade, esse mudança de rumo ocorre pela reconhecimento da impossibilidade de se ―etiquetar‖ situações onde há inexigibilidade de conduta diversa e por se entender que é possível conferir, satisfatoriamente, homogeneidade às decisões do poder judiciário a partir da percepção acerca da necessidade, da utilidade e da funcionalidade de institutos dessa natureza dentro do sistema penal.

Segundo acreditamos, é a partir da compreensão desses fatores que é possível encontrar os contornos satisfatórios desse instituto. A clareza acerca de todos esses motores, traz como consequência a aptidão para verificação e, claro, fundamentação acerca da adequação da decisão que considera existente ou inexistente a exigibilidade concretamente.

Para entender o papel e a operatividade da inexigibilidade de conduta diversa dentro do sistema penal, tomamos por base os estudos de Tércio Sampaio Ferraz Junior, mais especificamente, a sua teoria sobre ideologia e as chamadas ―regras de calibração‖.

No entanto, por entendermos ser imprescindível para completa compreensão desses institutos, inicialmente, este trabalho expõe as bases que Ferraz Júnior utiliza a construção da sua teoria para, então, se debruçar sobre as suas considerações sobre as ―regras de calibração‖ e outros aspectos relacionados, a fim de, definitivamente, associar sua teoria ao problema desta tese.

É que a compreensão sobre a função da dogmática jurídica e do funcionamento do sistema jurídico é vista como fundamental para se compreender os motivos da exigibilidade de conduta diversa ser estabelecida com os moldes atuais, o papel

desempenhado por esse intituto dentro do sistema penal e, mais além, aponta um caminho para análise crítica dos casos em que se discute existência ou inexistência desse instituto, via esta que, caso seja reconhecida, é capaz de reduzir a níveis satisfatórios a já referida insegurança atual desse terreno.

Em ―Função Social da Dogmática Jurídica‖, Ferraz Júnior (1998, p. 11, 12 e 15), de início alerta para a crise atualmente sofrida pela dogmática penal em relação às exigências políticas, sociais e econômicas que, inclusive, ultrapassa os planos exegéticos e se coloca no nível de participação da dogmática no próprio desenvolvimento da sociedade, demonstrando, assim, a necessidade cada vez maior de conhecer o sistema jurídico e o seu funcionamento. Segundo o autor, urge a proposição de novas bases para a reflexão sobre a função da dogmática e sobre a sua própria definição, o que não é suprido com a determinação da condições de cognoscibilidade da sua elaboração, mas sim, a partir da determinação das relações entre os processos cognoscitivos da dogmática e a própria realidade social à qual ela se dirige, pois trata-se de uma questão de relacionamento social da dogmática jurídica.

É nesse sentido que Ferraz Júnior (1998, p. 15 e 16) se propõe a precisar as relações existentes entre a sociedade, entendida como um sistema de interações múltiplas onde a complexidade de expectativas interativas é reduzida e se torna controlada, e os processos de conhecimento, acrescentando a questão do controle social que a própria ciência realiza, visto que a vida cotidiana está condicionada à interpretaçao da realidade de modo coerente e significativo. O conhecimento é tido como atividade capaz de servir de mediação entre os dados da realidade e a resposta comportamental do indivíduo, por isso, gera expectativas cognitivas que, por sua vez, são estruturas adaptativas destinadas a diminuir ou controlar a angústia humana ante a complexidade social.

São essas sínteses significativas da ciência que garantem, de forma geral, a segurança e a certeza de expectativas sociais, pois poupam uma orientação constante em vista de situações concretas, funcionando como abreviatura simbólica para a integração de situações concretas, absorvendo ou diminuindo os riscos de falha na ação humana e possibilitando, com certo grau de certeza, quem agiu corretamente ou não, visto que uma eventual discrepância não é devida a uma falha na expectativa, mas uma falha na avaliação da expectativa das interações sociais. Considera-se, portanto, que o

conhecimento não é logicamente determinado, ele dispõe de uma margem de indeterminação e variabilidade que coloca os problemas clássicos de verdade e do erro, do sujeito e do objeto, da certeza do condicionamento ideológico, da atuação sobre a realidade em termos de uma construção social (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 16 e 17).

Válido também refletir que a dogmática, da forma que conhecemos desde o século XIX, resultou de uma complexidade social crescente no Ocidente que, por sua vez, forçou uma complicação na relação de aplicação do Direito. Seu aparecimento coincide com o fenômeno da positivação do Direito, que tornou contingente a relação de aplicação. Essa contingência significou um aumento de conflitos de expectativas controláveis pelo Direito e, um Direito que troca seus dogmas por posição é, inevitavelmente, mais maleável. Contudo, essa maleabilidade tornou-se um fator de instabilidade, que competia à dogmática balizar. Então, o seu desenvolvimento, se de um lado evitou que o reconhecimento das normas positivadas pelo legislador ou pelo órgão competente impusesse, ao aplicador do Direito, a aplicação passiva dos enunciados normativos, de outro, permitiu que, no interesse das decisões, onde a norma fosse vista como condição da decisão, não houvesse decisão sobre a norma. Dessa forma, a dogmática se revelou como um instrumento relevante no alargamento da solução dos conflitos, sem o rompimento nem com o princípio da vinculação aos dogmas, nem com a exigência de decisão dos conflitos, a proibição de *non liqued*. (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 189 e 190).

Com o passar do tempo e com a consequente intensificação da complexidade das relações sociais, atualmente, no intuito de solucionar as dificuldades localizadas numa também complexa ampliação do futuro, a dogmática tem acentuado o grau de abstração da sua conceitualidade, ou seja, com o aumento de incertezas, uma resposta tem sido aumentar o nível de abstração. Nesse sentido, ela não pôde deixar de enfrentar o problema do comportamento humano em suas implicações na elaboração e aplicação do Direito.[155]

Acrescente-se que a dogmática não se ocupa com a determinação daquilo que materialmente sempre foi Direito com o fim de descrever aquilo que pode ser Direito

[155] A positivação não torna o direito positivo objeto único da dogmática jurídica, mas condiciona as investigações que se façam em seu nome. Assim, pode-se afirmar que a positivação é responsável pela delititação do problema central da dogmática jurídica. Resslta-se que falamos em problema e não em objeto, dessa forma, queremos dizer que seja qual for o seu objeto, a dogmática sempre envolve uma questão de decidibilidade.

(relação causal), mas sim, com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser Direito (relações de imputação). O seu problema não é primordialmente uma questão de verdade, mas de decidibilidade, por isso, os enunciados da dogmática jurídica possuem natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências pragmáticas de decisões, posto que devem prever que, em todo caso, com a sua ajuda, uma problemática social determinada seja resolvida sem consequências perturbadoras. Portanto, os enunciados da dogmática jurídica têm sua validade dependente da sua relevância prática, apesar de não possível deles deduzir um decisão concreta, sendo sempre possível vê-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 90).

Como se percebe, a questão é tipicamente de decidibilidade. Assim, a dogmática manifesta-se como um pensamento tecnológico que, por sua vez, possui algumas características do pensamento científico (*estricto sensu*) uma vez que parte das mesmas premissas que este. Por outro lado, seus problemas possuem uma relevância prática que é possibilitar decisões, o que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos. Nesse sentido, o pensamento tecnológico característico da dogmática toma as possibilidades de ação humana na hipótese de que, em certos pontos da ocorrência dos fenômenos, é possível a intervenção prática (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 91).

Por serem tipicamente tecnológicas, as questões dogmáticas possuem função diretiva explícita visto que a situação nelas captada é configurada como um dever ser. Esse tipo de questão visa possibilitar uma decisão e orientar a ação. De forma geral, as questões propriamente jurídicas da dogmática são restritivas, finitas e nesse sentido, positivistas, mas não se reduzem a estas visto que as opiniões postas fora de dúvida (dogmas) podem também ser submetidos a um processo zetético de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação deles, em busca de, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 93).

Relacionando a dogmática à questão da decidibilidade, é importante destacar que uma das mais importantes funções é a sua capacidade de propiciar uma certa flexibilidade na exploração dos textos e experiências. Embora a primeira impressão seja

oposta, sua função não está na fixação do estabelecido, mas sim, na possibilidade de distância crítica na organização de considerações com as quais o material normativo se torna controlável e aplicável para além do seu caráter de dado. Dessa forma, apesar de socialmente dogmas existirem e serem condição de interação humana em sociedade, há o problema a ser resolvido pela dogmática, de se determinar em que grau de abstração os mesmos são e devem ser colocados para que possam atuar convenientemente, sem funcionar como impedimento da interação. Assim, embora o pensamento dogmático dependa de pontos de partida inegáveis, trabalha também com incertezas, exatamente aquelas incertezas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas pelos dogmas mas que a dogmática retoma de como controlado,[156] aumentando-as a um grau de suportabilidade social tendo em vista a decidibilidade dos conflitos. A dogmática, portanto, funciona como ―instrumento mediador entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos‖ (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 96-98).

De um lado, em termos de tomada de decisão, os casos podem ou não existir, podendo ser interpretados de uma forma ou de outra. Por outro, com o fenômeno da positivação, as normas podem ser postas desta ou daquela maneira. Quando ambos os polos da relação se tornam contingentes, a própria relação de aplicação se torna também contingente, uma vez que ficamos obrigados a reconhecer que não há apenas uma, mais várias possibilidades de aplicação do direito. Então, daí surge a necessidade socialmente fundada de um mecanismo estabilizador desta dupla contingência e esse instrumento é, exatamente, a dogmática jurídica, que, por sua vez, limita as possibilidades de variação na relação de aplicação, sendo, assim, responsável pelo controle de consistência das decisões tendo em visa outras decisões, tornando assim, finalmente, viável definir condições do juridicamente possível.

A constituição atual da exigibilidade de conduta diversa e a inerente abstração desse conceito, o que é justificado pela impossibilidade de se prever todas as possibilidades concretas em que não existe liberdade ao agente entre praticar ou se abster uma conduta ilícita, não é estranha à percepção deste autor acerca da complexidade das relações sociais atuais e dos seus reflexos no sistema jurídico.

[156] O termo controlável quer significar que a dogmática aumenta as incertezas de tal modo que sejam compatíveis com duas exigências centrais do sistema jurídico: vinculação às normas e a pressão de decidir um caso levado ao judiciário (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 98).

A abstração ou certo grau de incerteza sobre os seus contornos que existe no sistema jurídico penal em relação à exigibilidade de conduta diversa, *a priori*, de modo geral, além de tolerável, pode ser considerado necessário para se viabilizar o que Ferraz Júnior chama de interação. Por sua vez, essa interação ocorrerá de forma satisfatória ou não a depender do desempenho da dogmática em relação ao cumprimento do seu papel como instrumento mediador entre a generalidade das normas e a singularidade dos casos concretos.

O que queremos enfantizar, desde já, é que os problemas decorrentes do estabelecimento de instituto com contornos de certo modo indefinidos, com grau de abstração, não é o que determina a sua inadequação, mesmo em se tratando do sistema penal e de um instituto com a importância, inclusive simbólica, da culpabilidade. Esse grau de abstração além de possível deve ser encarado como um fenômeno natural ante a complexidade das relações sociais atuais, notadamente, quando se trata de um instituto com tal natureza.

De outro lado, não se pode admitir que esse grau de abstração traga como consequência a legitimidade ou adequação de uma infinidade de possibilidades de decisões, a já referida heterogeneidade ou disparidade das decisões por parte de uma mesma entidade.

Pois bem, a dogmática jurídica é o instrumento capaz de conferir a racionalidade exigida para o funcionamento do sistema jurídico em casos como esse. É ela, ou melhor, a sua compreensão ao analisar os casos concretos, que vai outorgar consistência a decisão do caso concreto, funcionando, assim, como verdadeiro instrumento mediador entre a referida generalidade normativa e um dado caso concreto.

De forma geral, o Direito é visto como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade e, como estrutura, é indispensável por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações,[157] congruentemente generalizadas.

Observa Ferraz Júnior (1998, p. 102-103) que, todo homem, como ser em situação, se comporta e se comunica (é um dado irrecusável e ponto de partida de qualquer concepção do social). Essa comunicação ocorre em dois níveis básicos:

[157] ‒Comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens. Estes também estão em situação. Donde comportar-se é, na realidade, a troca de mensagens. Esta troca de mensagens é o que é o elemento do sistema social propriamente dito, a interação.‖ (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 102)

aspecto relato e aspecto cometimento. O primeiro consiste na mensagem que é emanada, o que se transmite, em regra verbalmente, já o segundo diz respeito a mensagem que emana de nós, que correponde à determinação das posições ocupadas pelos agentes da interação, tendo em vista o conteúdo transmitido e que se manifesta, em geral, de modo não verbal, pelo tom de voz, expressão facial, vestuário, status, etc.

O conjunto instável dessas relações de expectativas em que, além disso, o conteúdo das mensagem nem sempre estão adequados aos cometimentos e vice-versa, traz uma imagem da complexidade das situações em que vive o ser humano, definida como possibilidades de expectativas em número superior às que podem ser realizadas. Como as situações comportamentais são complexas, o ser humano, ao interagir, tem que selecionar expectativas e possibilidades de interação, apegando-se, em regra, àquelas que possuem mais chance de não serem desiludidas (seletividade do comportamento). Para sobreviver, o homem é obrigado a desenvolver mecanismos que garantam, num de certo grau de confiança, as expectativas dos outros, as próprias e as seleções de expectativas que ambos fazem, ou seja, meios de reduzir a complexidade, instaurando-se, assim, os sistemas sociais onde, dessa forma, as interações de tornem dinamicamente mais estáveis. Disso, podemos concluir que toda estrutura, ao assegurar um estreito campo de possibilidades como esperáveis, no fundo, nos ilude a respeito da real complexidade do mundo circundante (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 103-105).

Entretanto, as normas apresentam expectativas estabilizadoras de modo contrafático, ou seja, sua validade independe do seu cumprimento ou descumprimento, por funcionarem como instrumentos de controle da contingência temporal das expectativas sociais. Por isso, a presença das normas como mecanismo estabilizador cria, uma segunda complexidade posto que, como as expectativas normativas de uma sociedade são, elas próprias, complexas isto significa que nem toda norma possui a mesma chance de ser confirmada.[158] Mesmo reconhecendo que o conflito de expectativas normativas não é um desvio funcional, mas sim, a regra, há de se ressaltar que as expectativas normativas devem ser dirigidas para terem sucesso, não podendo, evidentemente, carregar em demasia a vivência normativa com desilusões pois o sistema não suportaria essa carga. É nesse sentido que desenvolvem-se mecanismos

[158] Podemos imaginar que, se a cada expectativa normativa correponde uma norma, o mais provável será o conflito entre normas ou o conflito entre projeções normativas, onde a necessidade de um segundo mecanismo capaz de regular tal complexidade. O referido conflito, que é entendido como fenômeno da superprodução normativa, entreabre a possibilidade de que, entre normas diferentes ou mesmo opostas, algumas deverão ser desiludidas (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 103-105).

denominados de institucionalização de expectativa de comportamento (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 105-108).

Junto com a escassez de atenção, coloca-se, do mesmo modo, o problema de se justificar a validade das normas pelo consenso, tese comum entre os juristas e sociológos. No entanto, pode-se dizer que a função das instituições não está no alcance do consendo de fato, mas na economia do consenso, ou seja, não está na produção do consenso, mas na poupança que, em regra, é alcançada por meio de uma antecipação do consenso na expectativa que, por sua vez, passa a ser um suposto e não necessita mais ser questionada concretamente em cada caso. Nesse sentido, as instituições tem um papel muito próximo ao do Direito como simbolismo, sendo a sua permanência uma espécie de mito que, se tornando consciente, pode perder a sua força. Assim, quanto mais complexa a sociedade, menor a chance de consenso fático, maior a necessidade de ficções institucionais a respeito do consenso, maior a necessidade política no sentido de técnica capaz de manipular a escassez do consenso (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 110-111).

Ocorre que as normas e ideia de instituição podem ainda ter muitos sentidos. Existem expectativas a respeito de certos conteúdos significativos que se espera que tenham prevalência caso haja a existência de um conflito. O controle dessa complexidade real e de sentido, segundo Ferraz Júnior (1998, p. 112-113), deve ser feito por meio de diversos mecanismos denomiados de centros ou núcleos significativos. Como os valores são centros significativos por demais abstratos, socialmente eles tendem a ser ideologizados, sendo as ideologias avaliações de valores que lhes dão um caráter programado e hierárquico, pondo-os como fins racionais da conduta, limitando-lhes, assim, a variabilidade semântica.

Resume dizendo que através da normas dá-se às expectativas duração, independentemente do fato de que, de tempos em tempos, elas sejam desiludidas. Pela institucionalização há a suposição do consenso, independentemente do fato de que alguns não estejam de acordo. Por meio dos centros significativos, garante-se a unidade e conexão de sentido das expectativas, independentemente do fato de que, concretamente, haja diferença entre elas e o conteúdo. Nestes termos, o Direito surge como uma generalização congruente e dinâmica destes três mecanismos, possibilitando socialmente, uma imunização simbólica de certas expectativas contra fatos em termos

de que podemos atuar de modo indiferente a eles (indiferença controlada). Acrescente-se que, na dimensão social, nem todas as possibilidades de institucionalização são juridicamente viáveis (necessidade de seleção das generalizações congruentes), assim, o Direito está ligado a procedimentos institucionalizáveis por meio de normas, através das quais as institucionalizações se tornam socialmente viáveis,[159] funcionando, dessa forma, como mecanismo que coordena de modo congruente os mecanismos –norma, institucionalização e instrumentos identificadores de sentido‖. O Direito não é apenas norma, instituição ou sentido, é a combinação dos três, ou seja, é como denominamos as expectativas normativas de comportamento generalizadas congruentemente em relação a instituições e a identificação de sentido. E, a função da dogmática é justamente, servir como mecanismo de viabilização do Direito na medida em que atua como veículo de alta abstração, capaz de proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando, aparentemente, eles não e afinam, viabilizando as condições do juridicamente possível (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 114-116).

Mesmo assim, é importante refletir o Direito vigente em uma dada sociedade, é mais um conjunto de símbolos e ideias não coerentes, que apresentam sua incoerência ao homem comum exatamente quando este é parte num processo judicial (momento em que é sentido o peso da insegurança). Seu êxito como força unificadora depende da concessão de um significado efetivo à ideia de um governo do Direito como algo unificado e racional, papel desempenhado pela dogmática jurídica. A dogmática jurídica funciona como uma caixa de ressonância das esperanças prevalecentes e das preocupações dominantes dos que crêem no governo do Direito acima do arbítrio dos homens, ou seja, tem por objetivo erigir uma espécie de empíreo lógico, onde os ideais contrapostos apareçam como convergentes, demonstrando, dessa forma, que o Direito é, a um só tempo, seguro e elástico, justo e compassivo, economicamente eficiente mas moralmente equitativo, digno e solene mas ao mesmo tempo funcional e técnico. É exatamente por ter essa missão que a dogmática sente a necessidade de fazer gestos de reconhecimento para as variadas técnicas de todos os ramos do saber relacionados ao comportamento humano, reinterpretando-as de modo calibrado, de acordo com os seus objetivos voltados para as regras constituintes da ordem, se revelando, assim, como uma tecnologia que tem, para os que não conhecem, aspectos de um rito cerimonial, os quais

[159] Na dimensão conteúdo, o Direito exerce a sua função seletora, posto que nem todos os programas, papéis, valore ou pessoas, são juridicizados.

respeitam como uma busca constante dos princípios da coerência jurídica (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 175 e 176).

Todas essas observações iniciais sobre a forma com que Ferraz Júnior percebe o funcionamento do sistema jurídico, como dito em linhas anteriores, são indispensáveis para a exata apreensão da parte da sua teoria que mais nos interessa, por ter uma ligação ainda mais próxima com a questão da interpretação da ideia de exigibilidade de conduta diversa por parte do Poder Judiciário brasileiro.

Servem de pano de fundo para a importante questão relativa à ideologia e valor, elementos determinantes em relação a apreciação acerca da existência ou inexistência da exigibilidade de condua diversa pelo judiciário. Como dito, muitas vezes implicitamente, toda decisão dessa natureza, antecipadamente, aprecia os valores envolvidos em uma dada situação e, necessariamente, naquele caso concreto, decide que certos valores se sobressaiam em detrimento de outros.

Ferraz Júnior demonstra em sua teoria que isso não pode ocorrer de forma aleatória para que a decisão seja entendida, de modo geral, como adequada. É, precisamente, essa compreensão acerca dos fatores que devem ser levados em consideração para que haja a constatação de que uma decisão é adequada, que, por sua vez, exige uma reflexão acerca do funcionamento do sistema jurídico penal, sobre a forma apropriada de se examinar, diante de um caso concreto, a existência da exigibilidade de conduta diversa.

Pois bem, sobre a ideia de valor e de ideologia, inspirado nas ideias de Viehweg, Ferraz Júnior (1998, p. 177 e 178), inicialmente alerta para o fato de que a dogmática constrói teorias com função social, em busca de criar condições para decidir conflitos com um mínimo de perturbação, detém características como intenção holística, arranjos internos e uso declarado ou encoberto de valores que apontam para certos fundamentos de caráter ideológico. Substitui, com certa facilidade, o saber pelo crer, o normativo pelo crípnormativo. Portanto, a dogmática é um pensamento tecnológico e que, por isso, está intimamente relacionada à questão da decidibilidade, o que não se confunde com a ideia de que o verdadeiro esteja daí completamente excluído. Na realidade, o discurso dogmático não é meramente informativo (o emissor não se limita a comunicar a informação sem se preocupar com o receptor), mas sim eminentemente persuasivo, visto que o emissor tem a pretensão de que a sua informação seja acreditada

pelo receptor, ou seja, objetiva despertar uma atitude de crença. Trata-se se um discurso com a finalidade de motivar condutas, embora não se confunda com discursos prescritivos, onde os qualificativos verdadeiro e falso carecem plenamente de sentido. Por sua vez, a verdade entra no discurso persuasivo como instrumento de motivação e não como pura informação e, ao colocar-se a serviço da motivação, ela corre o risco de encobrimento ideológico que passa, então, a dominá-la. Assim, muitas vezes, a dogmática coloca a verdade ―entre parênteses‖ e se preocupa mais com o verossimilhante, ou seja, não exclui a verdade, mas ressalta como fundamental a versão da verdade (e da falsidade).

É exatamente por isso que não se pode deixar de reconhecer a importância das avaliações do texto dogmático. Por se tratar de um discurso mais persuasório do que informativo, está sempre relacionado à interesses posto que a persuasão é um sentimento que se funda em interesses[160] e, a principal forma de manifestação de interesses, é o valor.[161] Nesse sentido, manifestando interesses, valores chegam a ser considerados entidades, compondo um sistema em si mas com funções interacionais, visto que valem para comportamentos interativos em termos de um processo seletivo das informações em curso. Esses processos seletivos são de duas ordens: modificativa (o valor controla as reações possíveis do receptor no sentido de que uma exigência de que elas venham se adaptar a ele, assim, os comportamentos são tomados como variáveis e o valor, colocado como invariante, os seleciona) e justificativa (processo seletivo inverso, posto que representa um movimento do comportamento para o valor). Apesar de conceitualmente haver essa distinção, já que no primeiro caso as informações se afastam ao valor e, no segundo, o valor se adapta às informações, na prática é difícil fazer tal distinção posto que o discurso persuasivo utiliza estratégias objetivando a credibilidade que podem esconder a real função do valor, dando por exemplo a impressão de que estamos modificando quando estamos justificando (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 181).

Nesse sentido, para o jurista que se dirige ao seu público, entende-se que tais valores são articulados justificadoramente por conhecer os seus efeitos, dispondo-os de

[160] Vinculações intersubjetivas nas quais se fundam os procedimentos persuasórios, podendo-se falar em desinteresse omo desvinculações nas quais se fundam procedimentos dissuasórios. São disposições para interagir, podendo, por meio do discurso, ser reforçados, suprimidos, modificados, escondidos, etc. (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 179)

[161] Para Ferraz Júnior (1998, p. 179),‖os valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permantes, ou seja: fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do consenso social.‖

forma que provocam no receptor escolhas determinadas. Entretanto, nesse espaço de função justificadora há lugar para a função modificadora, que persuade na medida em que reestabelece ao máximo o que já é conhecido. O texto dogmático parte, em tais casos, de premissas já adquiridas, no entanto, para questioná-las, submetendo-as ao crivo crítico. Expressa algo inusitado sendo, assim, efetivamente informativo, pressupondo que o receptor não sabe e nem quer aquilo que diz, visando uma reação positiva de aceitação. É exatamente por isso que, via de regra, quando um valor tem função modificadora há um enriquecimento no mundo das expectativas. Conclui Ferraz Júnior (1998, p. 182) com o exemplo de liberdade, dizendo ―os casos em que a liberdade é postulada como valor, provocando alterações nas relações de renda e de sua distribuição, entre o trabalhador e o empregador, nas possibilidades de acesso ao ensino e à cultura etc.‖

A existência de valores no texto da dogmática faz dele um discurso eminentemente persuasivo, cuja força se encontra na objetividade que pretendem expor. Os valores em jogo, não são os do autor, mas os da comunidade. Entretando, para exercer essa função persuaviva, esses valores devem ser neutralizados que, por sua vez, consiste e um processo pelo qual os valores parecem perder suas características intersubjetivas na medida em que dão a impressão de valer independentemente de situações e contextos. Esta referida neutralização é obtida através da ideologia, conceito funcionalizado por Ferraz Júnior, que o admite como axiológico, posto que a linguagem ideológica é também valorativa. Segundo o autor, enquanto os valores em geral constituem critério de avaliação de ações, a valoração ideológica tem, por objeto imediato, os próprio valores, com uma qualidade pragmática diferente posto que, enquanto os valores são expressões abertas, reflexivas e instáveis, a valoração ideológica é rígida e limitada, atua no sentido de que a função seletiva do valor no controle da ação se torna consciente, ou seja, a valoração ideológica é uma metacomunicação que estima estimativas, valora as próprias valorações, seleciona as seleções, ao dizer ao interessado como deve vê-las. É uma valoração *sui generis* posto que, de certa forma, se desacredita como tal, pois sendo uma valoração de valores, ela garante o consenso daqueles que precisam manifestar seus valores, assegurando-lhes a possibilidade de expressão. Assim, os valores se tornam comunicáveis mas, ao mesmo tempo, se estabelece uma instância que neutraliza as valorações, de certo modo pervertendo, uma vez que lhe retira a abertura (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 182 e 183).

Como se percebe, a ideologia funciona, no discurso dogmático, como um elemento estabilizador. Valorando os próprios valores ela os fixa, quer justificando sua função modificadora, quer modificando a sua função justificadora. Dessa forma, a ideologia exerce uma função de suma importância que é organizar os valores, possibilitando a sua sistematização, a construção de certas hierarquias o que, em última análise resulta na possibilidade de integração de interesses e de sua realização, bem como na possibilidade de sistematização do próprio discurso dogmático. Ela calibra o sistema dogmático na medida em que só por ela é possível determinar, num certo contexto, que tipo de integração ou unidade o mesmo deve possuir como um todo, para que as suas proposições constituam cadeias válidas e, consequentemente que tipo de autoridade deve ser presumida como legítima.

Há ideologia sempre que ocorre uma neutralização de valores, ou seja, as ideologias são sistemas de valorações encobertas. A dogmática se vale de procedimentos específicos como recurso ao argumento da autoridade representado por certos autores renomados que são utilizados de modo deslocado do seu contexto teórico, jogando o pensamento de um lado para o outro, criando a impressão de que as conclusões decorrem dos autores citados, quando, em verdade, elas resultam das valorações camufladas daquele que argumenta. Ferraz Júnior (1998, p. 1985) explica que:

> Podemos encobrir valorações quando, por exemplo: a) substituímos fórmulas valorativas por fórmulas neutras, como ocorre com a noção de normas fundamental em Kelsen, termo que encobre valoração fundamentais, dando ao sistema jurídico a imagem de um sistema formalmente objetivo; ou: b) quando escondemos a presença inevitável do emissor de uma valoração, dando a impressão de que se trata de uma proposição sem sujeito, caso de expressões do tipo: ideia de Direito, fontes de Direito.

Finalmente, é importante acrescentar que esse caráter ideológico da dogmática faz com que seu discurso não se confunda com as sistematizações e regularidades empíricas do comportamento, nem com generalizações destas regularidades, nem mesmo, com um conjunto de regras de natureza lógico-formal. Por ser ideológico, ele atua como um elemento calibrador do próprio Direito, enquanto uma estrutura de controle de comportamentos –um sistema em que cada agente age de certo modo porque

os demais agentes estão legitimamente seguros de poder esperar dele um tal comportamento‖ (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 187 e 188).

A nosso ver, esse ponto da teoria de Ferraz Júnior é bastante esclarecedor em relação à reflexão relativa às constantes exigências no sentido de se definir critérios para se considerar existente ou inexistente a ideia de exigibilidade de conduta diversa em um caso concreto ou mesmo de se apresentar contornos mais acentuados em relação ao instituto, isso, como visto, em face do problema da heterogeneidade das decisões do poder judiciário em relação ao tema.

Mesmo considerando que essa heterogeneidade constitui um problema grave, entendemos que a definição de quaisquer critérios fixos para se identificar os casos de inexigibilidade, além de insuficientes, dada a complexidade do mundo em que vivemos, constitui mais um recurso argumentantivo na tentativa de encobrir valorações com o objetivo de transmitir a impressão de que se trata de uma proposição sem sujeito, de uma decisão formal, objetiva e, portanto, plenamente racional.

Inevitavelmente, em se tratando de uma decisão sobre a exigibilidade de conduta diversa, não há como o julgador tomar por base, como fruto da dogmática jurico-penal, uma sistematização ou regularidade empírica de comportamentos, nem generalizações destas regularidades, nem mesmo, um conjunto de regras de natureza lógico-formal.

Já relatamos, a partir na análise crítica de casos concretos que todas as decisões que se debruçam sobre a questão da exigibilidade de conduta diversa, mesmo que explicitamente não reconheça, aprecia valores postos em jogo. A vida, a segurança, o patrimônio, a autonomia sobre o próprio corpo, família e muitos outros valores são exemplos disso. E, como dito, toda decisão dessa natureza também, inevitavelmente, determina que em um dado caso concreto, certos valores devem se sobressair em detrimento de outros.

Entendemos a única forma de se fazer um juízo acerca da adequação ou inadequação de uma decisão dessa natureza, em relação ao sistema jurídico-penal, é por meio da sua verificação de sua correspondência com o que Ferraz Júnior denomina de ideologia.

Nesse diapasão, a fim de se fazer um juízo crítico com relação a existência da exigibilidade de conduta diversa em um dado caso concreto, muito além de uma análise puramente normativa, objetiva ou mesmo formal, o julgador deve atentar para os valores postos em jogo em relação a ideologia presente no discurso dogmático-penal.

A adequação de uma decisão penal, notadamente em relação a um institutos com contornos justificadamente mais pálidos, como é o caso em exame, deve, impreterivelmente, verificar a existência de congruência com a ideologia presente no discurso dogmático-penal. Isso, para que a dogmática-penal atinja o seu principal objetivo que é aquilo que se considera como consenso, ou melhor, que em uma decisão haja o mínimo de perturbação ao sistema jurídico como um todo.

Uma decisão penal que, ao se debruçar acerca da existência de exigibilidade de conduta diversa, é consciente de que trabalha com valores que, por sua vez, refletem interesses dentro de discursos eminentemente persuasórios, deve filtrar esses valores a partir de uma leitura da ideologia presente na dogmática penal, o que contribui para a estabilidade do sistema jurídico-penal, evitando, assim, a existência da heterogeneidade das decisões relativas a esse tema, que é de todo grave, como visto anteriormente.

Consideramos que a herogeneidade presente nos precedentes que versam sobre a ideia de exigibilidade de conduta diversa, revelam a insegurança do Poder Judiciário em relação a definição desse instituto e isso, não por falta de critérios formais estabelecidos, mas sim, por falha de consciência acerca do funcionamento do sistema penal.

Há a falta de consciência de que os discursos penais trabalham com interesses baseados em valores. Que o objetivo de uma decisão não é dizer a verdade, utilizada muito mais como instrumento de motivação, mas sim, imprimir convergência de valores, conferindo, assim, a segurança do Direito. Preocupa-se muito mais, portanto, com a verossimilhança que, por sua vez, é capaz de conferir mínima perturbação ao sistema vigente.

A decisão adequada, portanto, é aquela que parece homogênea ante as demais, convergente com o discurso dogmático que, em essência, é ideológico. Daí o incômodo gerado pela seleção aleatória de valores prevalecentes em detrimento de outros.

Decisões como essa, em grande número como é o caso em tela, tendem a perturbar o sistema, à desestabilizá-lo.

Não é possível, sob a perspectiva da pragmática, analisar a norma de forma separada de um situação comunicativa, apesar de ser esse o ponto de vista da doutrina jurídica tracional ao ver a norma como um imperativo acabado e dado, antes do caso concreto ao qual ela se aplica. A norma serve uma uma série de casos, um número indefinido e não a pessoas determinados ou a certos casos concretos. Há, nesse sentido, uma oposição entre norma e realidade que é captada como um conglomerado concreto de elementos heterogêneos ou singularmente homogêneos, juridicamente não ordenados, oposição esta não radical, uma vez que a realidade participa da norma, na medida em que a lógica jurídica dominante a concebe como contexto, em que os elementos fáticos estão abstratamente representados em termos de média uniforme, despojada de caracteres específicos. Portanto, a aplicação da norma à realidade concreta é vista, em grande parte não como um procedimento silogístico, mas como uma adaptação, entendida como uma operação valorativa prudencial (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 142 e 143).

Sabendo-se que uma situação comunicativa social se constitui como jurídica na medida em que ela se torna triádica, com a finalidade de certificar e assegurar aquilo que é subjetivamente reconhecido ou outorgado a quem é abrangido por seus enlaces, a função desse terceiro comunicador, pode ser vista, como redução da "difusidade" da descrição de um comportamento que se deseja provocar, em termos de um processo de "diferenciação" das variantes possíveis e, até certo pornto, imprecisamente determinadas do comportamento. "Nesse processo de 'diferenciação', ao mesmo tempo em que o discurso experiementa um aumento da complexidade, ele expressa uma certa estabilidade, na medida em que as variantes são reduzidas a invariantes e a complexidade se torna controlável." (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 144)

Para Ferraz Júnior, admitindo-se que legislador, com as normas, regula e exige certos comportamentos, uma constante diferenciação nos levaria a um multiplicar-se sem fim das prescrições. Então o uso de expressões difusas se apresenta como uma técnica comunicativa de altíssimo valor pois, apensar da ausência de certas diferenciações, é possível uma indicação relativamente precisa do comportamento exigido.

Como se percebe, a existência de institutos delineados pelo sistema normativo de forma menos específica não necessariamente deve ser tido como algo inadequado. Ao contrário, caso haja uma justificativa ou a necessidade de uma definição menos precisa, como é o caso da exigibilidade de conduta diversa, consiste em uma técnica ou estratégia de grande valia se, claro, acompanhada de análise mais detida acerca dos vários elementos aqui debatidos, que se relacionam à decisão. Apesar da norma ser um objeto de decisão dos conflitos, dada a estrutura do discurso que ela instaura, é necessário vê-la, reflexivamente, como um *dubium* e, pois, como produto de decisão. A norma é dogma, implicando posição em termos de um "interferência decisória de poder" e, esse momento da dogmáticidade, porém, não esgota o discurso da norma. Assim, esse segundo lugar, a posição manifesta concomitantemente uma opção axiológica que lateja no bojo da regra jurídica positivada. Em consequência, sendo o discurso da norma, em princípio, uma discussão-contra, que está, portanto, a serviço da decisão, ele manifesta uma série de possibilidades que, por razões de controle, devem ser limitadas: soluções incompaíveis, se, de um lado, são condições da decisão, por outro podem, no momento da decisão, causar perturbações na decidibilidade. Por isso, o discurso da norma revela uma duplicidade de movimentos que pendem entre um processo de diferenciação e uma certa manutenção a difusidade (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 146 e 147).

Valores são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes como a segurança, liberdade, riqueza, patriotismo. Nesse nível de abstração, eles podem ser entendidos e afirmados, sem inibições, como fórmulas integradas e sintéticas para a representação de consenso social. Por outro lado, Ferraz Júnior (2004, p. 150) alerta que justamente no momento em que ocorre a necessidade de se estabelecer uma ação ou projeto de ação, há de se decidir sobre um conflito de valores: para isso, no entanto, não há, no mesmo nível de abstração supramencionada, nenhuma regra de validade genérica. Isso significa que, se podemos abstrair pontos de vista valorativos, o mesmo não é possível quando às relações hierárquicas ou circulares, entre os valores. Assim, os valores inerentes ao discurso da norma não são dados, nem mesmo tarefas, absolutos, mas postulados que, por sua vez, não significa relativismo axiológico, posto que informa que os valores não são entidades independentes, que permitem uma expressão unívoca, mas fatores que se determinam (instavelmente) em um processo global.

A função discursiva do valor consiste em um processo seletivo posto que, valores são fórmulas integradoras e sintéticas que não constituem um mundo abstrato e válido em si (mundo dos valores), mas são sempre dependentes, uma vez que valem para algo, que se dirigem para alguma coisa. Em se tratando de valores jurídicos, esse ―algo‖ que o valor se dirige é exatamente os comportamentos sociais em termos de seleção, que chamamos de função discursiva do valor. Para entender essa função, primeiramente é necessário lembrar que o discurso da norma é sempre um *dubium*, um conjunto de possibilidades incompatíveis, mas que são institucionalizadas e com certo limite, posto que a complexidade conflitiva não pode ser mais ampla que a capacidade do discurso em reduzi-la.

É exatamente essa capacidade de redução que Ferraz Júnior entende como sendo a seletividade. Nesse diapasão, valores são fórmulas seletivas que organizam um campo de possibilidades. Quando a partir delas uma é escolhida pela parte dialogante e essa escolha é aceita pelos outros como premissa de suas próprias escolhas, temos uma função discursiva (jurídica) do valor. Embora a função repouse apenas em uma escolha, ela permanece visível na sua ―seletividade‖. Precisamente, esse permanecer visível de outras possibilidades é que funciona como motivação: a aceitação por parte de outros ocorre, no discurso da norma, à vista de alternativas permanentemente institucionalizadas, que se apresentam, para todos, uma situação incômoda. As possibilidades da função discursiva do valor do discurso da norma, em que a conexão de ―complexidade‖ e ―seletividade‖ é muito aguda, dependem, dessa forma, de como as alternativas, que devem ser evitadas, se deixam combinar com as outras ou umas contra as outras. Com isso, a extensão e os modos da função discursiva do valor variam conforme a ―complexidade da totalidade do objeto conflitivo, isto é, o número das suas possibilidades.

O valor é posto como invariante e utilizado como critério para a seleção dos diferentes comportamentos. O valor, então, é colocado como fim e a função pode se chamada de modificadora. No outro caso, um comportamento ou um conjunto de comportamentos é estabelecido como invariante de tal forma que, sempre que se dê a sua ocorrência, um valor determinado ou determinável surge para justificá-lo (função justificadora). As funções modificadora e justificadora constituem modos fundamentais que delimitam, em pontos extremos, as possibilidades de uso do valor no discurso da norma. Ambos, no entanto, combinam-se de maneira múltipla, o que torna a função

discursiva do valor um processo muito complexo, vez que esses dois modos nunca ocorrem de forma ‒pura‘(um discurso da norma dado não pode jamais dispensar de um deles em favor do outro), apesar de ser possível constatar-se a predominância de um ou outro (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 154).

Como se percebe, a utilização do valor na discussão-contra revela, em princípio, uma instabilidade, já pela flexibilidade significativa ds valores que se determinam dialogicamente, já pela ocorrência não coordenada e assimétrica da sua função. Daí, segue-se uma dupla flexibilidade e instabilidade, o que caracteriza a relação ambivalente do discurso da norma em face da estabilidade de expectativas que não podem ser instáveis. É, inclusive, essa necessidade de estabilização que explica a presença do momento monológico do discurso da norma (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 154).

Uma norma que entra em vigor constitui, em um primeiro momento, um discurso monológico. Por isso o recurso a ficções segundo as quais, por exemplo, todos os seus termos dever ser nítidos e conhecidos de antemão, a ideia de que não é possível escusar-se do seu império por ignorância, da completude do sistema, como algo rígido, sem flexibilidades. Nesse prisma, pode-se dizer que o discurso da norma, na medida em que diferencia os comportamentos, reduzindo a ‒difusidade‖ das técnicas comunicativas, expressa um processo de estabilização de expectativas, uma ação linguística posta fora de discussão cujo orador goza de autoridade, protegendo-se da alegação de que o mesmo se estabelece de modo irracional. A referida autoridade repousa na compreensibilidade da ação (possibilidade de ser apreendida e repetida) o que decorre do fato de que o mesmo monólogo ocorre numa situação comunicativa, por isso, é dotado de racionalidade, na medida em que oferece razões para aquilo que é dito. Trata-se, assim, de um discurso fundamentante e essa fundamentação tem natureza ideológica (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 155).

A ideologia expressa valores atuais da vida jurídica, tais como, liberdade, igualdade, fraternidade etc., que o Direito, em uma situação concreta de decisão, deve fazer atuar na medida em que ele se refere às relações conflitivas. Isso exige e expressa, no discurso da norma, um processo de neutralização das relevâncias interpretativas possíveis, o que se torna concretamente necessário na medida em que a confiança ingênua na validez de fins tradicionais desaparece e a mobilização e a diferenciação da

ordem social abalam os fundamentos seguros do consenso, assim, no discurso da norma, aqueles valores devem ser postos como invariantes, donde a sua utilização como critério para seleção de variados comportamentos. Eles se estabelecem, dessa forma, como fim, mas, por outro lado, a mera fixação desses fins para a ação não pode ocorrer de modo unívoco, funcionando apenas como orientação elástica para a comparação e opção entre os meios apropriados, não podendo a sua prescrição ou proibição abstrata constituir um juízo merecedor de confiança para a ação daquele a quem o discurso é endereçado. Essa flexibilidade abstrata pode trazer dificuldades: a noção de que o direito aos fins dá também direito aos meios perde a sua força. É, exatamente, nesse momento que a valoração ideológica atua, no sentido da neutralização através de valores, da ideologia (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 160 e 161).

É, exatamente, nessa descrença ou falta de confiança na capacidade da análise norma, sem a apreciação de valores, solucionar conflitos de forma homogênea, na idoneidade desta no sentido de abarcar toda a diversidade de conflitos possíveis harmonicamente, ou melhor, na compreensão de que há certa elasticidade no discurso da norma e que essa característica pode ser encarada como algo positivo para o funcionamento do sistema jurídico, que encontramos a possibilidade de relacionar a teoria de Ferraz Júnior ao conceito de exigibilidade de conduta diversa proposto por Henkel.

Antes mesmo de nos aprofundarmos acerca dessa questão, é importante frizar que neste estudo nos restringiremos a análise do conceito de exigibilidade de conduta diversa proposto por Henkel, em que pese o reconhecimento da relevância de sua teoria, de uma forma geral, acerca do tema.

Para formular o conceito de exigibilidade, Henkel parte da reflexão acerca da impossibilidade de serem previstas todos os casos em que não é possível exigir uma conduta diversa do agente. Resultado disso, da consciência acerca das limitações da norma jurídica nesse sentido, é a ideia do autor de que cabe ao judiciário realizar essa tarefa que concebe como impossível ao legislador, sempre de forma atenta às circunstâncias particulares do caso concreto, fundamentando a sua decisão em nas concepções jurídicas e na representação de valores predominantes.

Diz:

> O conceito de exigibilidade serve, pois, como indicação de que o juiz pode fazer aquilo que o ao legislador resulta impossível, isto é, traçar por si mesmo os limites – que não podem ser determinados de uma forma geral – para o caso concreto, atendendo a todas as circunstâncias particulares e fundando-se nas condições jurídicas e representações de valor que deva reconhecer como dominantes (HENKEL, 2005, p. 64).

Como se percebe, Henkel defende que a tão desejada delimitação acerca dos contornos do conceito de exigibilidade de conduta diversa, ou mesmo, das hipóteses em que é exigível ou não uma conduta conforme o direito não pode, por ser impossível, ser feita a partir da norma. Ante essa constatação, refere que esses contornos devem ser estabelecidos pelo judiciário e, indo mais além, enfatiza que, nessa tarefa, o judiciário deve não apenas verificar as condições gerais do caso concreto, mas também os valores postos em jogo em cotejo com valores tidos como dominantes.

Reconhece que sua formulação dá margem a legitimação de decisões que consideram inexigível uma conduta diversa quando, concretamente, exigível, e vice-versa, mas não toma isso como um problema por entender que, para ser considerada adequada uma decisão dessa natureza, basta que a conclusão acerca da presença ou ausência do dever de agir conforme o direito seja precisa.

Nesse sentido, afirma que ―se pode chegar à dispensa de um dever de prestação, mas não precisamente porque estivera excluída (por impossibilidade) a capacidade de pagar do devedor, mas porque cessa o dever de pagar como consequência da inexigibilidade‖ (HENKEL, 2005, p. 65).

Inclusive, tece considerações críticas ao posicionamento de Freudenthal sobre a necessidade de verificação individual, do indivíduo em concreto, para a verificação da exigibilidade de conduta diversa, baseado na ideia de que uma análise dessa natureza só pode ser realizada recorrendo-se a uma ordem de valores congruentes com o Direito, o que ele chama de concepções valorativo-jurídicas da coletividade. Diz que

> Freudenthal ao desenvolver o módulo ético-individual, com o qual acreditou poder quebrar o juízo de culpabilidade no Direito Penal, desatou um furacão de rechaços sobre a ideia de que a exigibilidade conduziria a uma configuração individualista (...). Cabe assinalar, sem embargo, que o equívoco em que incorreu Freudenthal, a propósito do módulo da exigibilidade, deixa intacta a ideia em si, apesar de não ser positiva, visto que a demarcação adequada das exigências jurídicas de

> dever só serem possíveis se recorrendo à uma ordem de valores congruentes com o Direito. Se designa como módulo desta estimação as concepções valorativo-jurídicas da coletividade.

Para Henkel, o conceito de exigibilidade de conduta diversa, para propiciar esse concessão de contornos por parte do judiciário, deve ser estabelecido de forma fluida. Reafirma que a fórmula da exigibilidade é meio de interpretação da jurisprudência, por ser impossível delimitar, de forma conceitual, os deveres de um modo geral, cabendo ao juiz a determinação conforme as circunstâncias do caso concreto.

> A fórmula da exigibilidade não só presta serviços como meio de interpretação para a jusrisprudência; também o legislador a emprega. Com isso, dá a conhecer que é impossível delimitar, com meios conceituais, o regime dos deveres em âmbitos duvidosos, de modo que tem que deixar a cargo do juiz a determinação conforme às circunstâncias do caso concreto.

Gonzalo Fernandéz, no estudo introdutório da obra de Henkel friza que o conceito de exigibilidade de conduta diversa deste autor não é um conceito normativo-formal, mas um mecanismo de resolução do conflito de valores, semelhantemente ao de ponderação de interesses e de bens (HENKEL, 2005, p. 32).

Como se torna perceptível, Henkel chega a ideia de que a exigibilidade não pode ter um conteúdo próprio, definido, devendo, portanto, funcionar como cláusula geral, como um princípio regulativo que, apesar de não estabelecer o conteúdo preciso da decisão, estabelece o caminho que se leva a ela, instruindo que sejam estabelecidos limites até então incertos da exigibilidade de conduta diversa, os deveres jurídicos, segundo o conjunto das circunstâncias perceptíveis do caso concreto analisado e, acima de tudo, por meio de uma concreta ponderação dos critérios valorativos apresentados.

Diz que, por mais que a delimitação sobre a exigibilidade de conduta diversa escape da definição abstrato-conceitual normativa, deve ser concebida como um princípio regulativo –que, como tal, não define o conteúdo preciso da decisão, mas sim, o caminho que leva a ela, instruindo que se decidam os limites incertos de faculdades e deveres jurídicos segundo o conjunto de circunstâncias percebíveis do caso singular e através de uma concreta ponderação dos critérios valorativos que se apresentam‖ (HENKEL, 2005, p. 73).

Esse conceito de exigibilidade de conduta diversa de Henkel, definido como fluido se mostra compatível com a complexidade social atual referida por Ferraz Junior. Trata-se do uso de conceitos difusos como técnica do discurso da norma, visto por Ferraz Júnior como positiva por conceder espaço mais amplo para atuação ideológica, por propiciar a calibração do sistema jurídico ao qual pertence.

Ao fazer clara referência a necessidade de análise dos ―valores dominantes‖, Henkel, em sua teoria considera que a avaliação crítica de um decisão que se debruça sobre a exigibilidade de conduta diversa, necessariamente, perpassa pela exploração de valores, se alinhando, também nesse sentido a ideia de Ferraz Júnior de que em uma decisão, é necessário refletir sobre os chamados núcleos significativos (valores) com o objetivo de que, com ela, haja a aproximação de uma unidade ou uniformização de expectativas

Considera-se, portanto, que esse conceito fluido de exigibilidade de conduta diversa proposto por Henkel é ideal para que se se possibilite que esse instituto tenha a funcionalidade necessária dentro do sistema jurídico penal. Sirva, como se verá mais adiante como mecanismo de atualização, de coesão do sistema penal, como instrumento de redução da sua complexidade.

Ainda sobre a teoria de Ferraz Júnior, é interessante observar que, segundo ela, é por meio da ideologia que as funções modificadora e justificadora, de *per si*, se tornam compreensíveis e, sobretudo, a sua combinação no discurso se faz mais transparente. (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 161)

De fato, a valoração ideológica constitui um elemento importante para o uso do valor no discurso da norma. Valores estabelecidos, na sua função modificadora, como invariantes, têm de ser compreendidos abstratamente, para deixar em aberto as diversas possibilidades de ação. Isso só pode ser alcançado quando sua ―seletividade‖ interna é dirigida aos comportamentos visados que, por sua vez, de modo variado, podem funcionar como prisma para a seleção de meios apropriados. Porém, a utilização do valor na sua função modificadora pode, em virtude de sua flexibilidade abstrata, gerar dificuldades, no que se refere ao estabelecimento do valor como orientação para ação, ou seja, a expressão sintomática do valor como fim, gera uma insegurança no ouvinte e na função de sinal do discurso. É nesse sentido que a valoração ideológica atua: no sentido de neutralizar programas valorativos ao determinar quais fins, em certas

circunstâncias e condições, possibilitam a indicação dos meios e sua justificação, fazendo da função modificadora uma modificadora-justificante. Portanto, o efeito da valoração ideológica é colocar fim na reflexividade dialógica da norma, explicando, assim, o ―momento da dogmaticidade‖ no Direito. A presença da estrutura monológica expressa o domínio dos valores e finalidades valorados ideologicamente, em que se permite apenas a discussão técnico-instrumental (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 162 e 163).

Assim concebido e sistematizado, o discurso da norma deve ser capaz de conferir uma racionalidade que se manifesta na obtenção de proposições verossímeis. Isso significa ver a norma como uma proposição verificável ou falsificável por partes homólogas, portanto, que se legitima por sua capacidade de verdade, condição máxima do consenso.

Quanto mais complexa e significativa é a quantidade de variáveis na *práxis* jurídica, tanto mais importante se torna também a pressão no mundo circundante, provocando a mútua influência das partes entre si e, assim, mutações internas que escapam do controle do jurista. A depender do grau de instabilidade, gera-se riscos ao caráter ou natureza sistêmica do discurso da norma.

Entendemos que, dentre os institutos da teoria do crime, a exigibilidade de conduta diversa é dos mais complexos, daí a necessidade ainda mais proeminente de ser realmente compreendido, notadamente, em relação a sua funcionalidade, ao seu papel dentro do sistema penal, sob a dura pena do judiciário produzir decisões heterogêneas sobre esse respeito.

Segundo Ferraz Júnior (1998, pp. 183 e 184), essa questão não é de somenos, previsto que a incerteza e indecisão no seu tratamento traz consequências importantes ao Direito. Diz que, de início, é necessário refletir sobre a natureza estrutural do discurso da norma, analisando o sentido da relação entre as funções valorativas e ideológicas, o que permitirá compreender melhor a sua complexidade, sem ter que apelar para uma interpretação como discussão-com (científica), com todos os inconvenientes daí decorrentes. A análise das funções valorativas (modificadora e justificadora) do discurso da norma é ligada ao seu caráter de discussão-contra. É um discurso persuasivo que visa conquistar um ouvinte reativo. Daí pode-se entender a função justificadora do valor, na medida em que o discurso da norma procura expressar

(função sintomática) uma informação tida como ―redundante‖ por passar do pressuposto de que o ouvinte ―já sabe e quer‖ aquilo que diz, procurando integrar-se no seu sistema de expectativas e exigindo dele uma concordância com o que já havia concordado conscientemente ou não (função de sinal). Nesse sentido, o discurso é ficticiamente informativo e inovador, procurando simplesmente ―atiçar as expectativas‖ do ouvinte. O movimento do discurso da norma é, assim, ―aparente‖, fazendo com que o ouvinte acredite que há uma nova decisão mas, no fundo, parte de um universo já aceito e, essa aceitação, sendo camuflada, não deve ser entendida com um *certum* monológico, pois se trata de um recurso dialógico, de persuasão.

Como se percebe, a função da ideologia no discurso da norma é de neutralização do valor, na medida em que por meio dela valoramos as próprias valorações. É, nesse sentido, o universo dos valores possíveis de um indivíduo, de um grupo, de uma cultura. Contudo, o referido universo só pode ser conhecido na medida em que é dialogicizado (são comunicados), por isso, só identificamos a ideologia quando usamos os seus valores. Esse papel da ideologia só aparece quando as valorações são possíveis. Por sua vez, a ideologia interage com valorações, limitando-lhes o alcance, de onde se pode concluir que uma valoração das valorações do discurso da norma é correlata à variação da ideologia, na medida em que a ideologia incorpora, ao neutralizar, as funções valorativas, ou seja, fixa as premissas do discurso da norma, tornando a sua dialogicidade estilizada e limitada, O discurso ideológico é, portanto, adaptável, harmonizável, suficientemente elástico, de caráter eminentemente holístico. Por isso, uma verdadeira transformação nas expectativas ideológicas só é efetiva quando capaz de ser traduzidas em mensagens que subvertam as expectativas dos valores e vice-versa (FERRAZ JÚNIOR, 1998, pp. 187 e 188).

Essa característica do discurso ideológico merece ser também frizada em relação à discussão sobre a ideia de exigibilidade de conduta diversa uma vez que se apresenta como espaço ou mesmo caminho para a atualização ou renovação desse conceito, mais especificamente, das situações, no contexto atual, capazes de eliminar o dever de comportar conforme o direito.

Esse movimento contínuo pelo qual o discurso da norma redimensiona novos valores e ideologias e se retraduz em novos valores e nova ideologia permite a compreensão da norma como ―modelo‖, caso em que o discurso da norma não é um

–abstrato‖ oposto à –realidade concreta‖, mas está intimamente ligado com a sua –realizabilidade‖ e, esse –modelo‖, ao manifestar aquele movimento, mostra uma temporalidade própria que não é, necessariamente, sucessiva e linear, mas caracteriza um permante –renovar-se e refazer-se das soluções normativas‖. Daí resulta uma descontinuidade, que vincula o interprete a ler a norma não apenas com base os valores e ideologias já alimentados e redimensionados com o surgimento da norma, mas também com base nos valores e ideologia da própria norma, numa oscilação contínua que vai da descoberta do discurso de origem à experiência valorativa e ideológica atual (FERRAZ JÚNIOR, 1998, pp. 189 e 190).

Sobre as críticas em relação a existência de lacunas ou mesmo institutos jurídicos sem fortes contornos legais, como a exigibilidade de conduta diversa, Ferraz Júnior (1998, pp. 190 e 191) lembra que essas críticas estão ligadas à ideologia liberal e burguesa que se desdobrou o positivismo jurídico do século XIX e que, embora ligadas a ideia de falha, revelam, no fundo, função oposta, posto que são concisões de possibilidade de completude do discurso da norma que atende, por isso, as exigências dos valores certeza e segurança por permitir que se sistematize o discurso da norma em termos de uma estrutura monológica, mas diferente dos sistemas axiomáticos que são conhecidos na lógica e na matemática, pois, dada a duplicidade estrutural do discurso da norma, o momento monológico, não podendo absorver a discussão-contra, como faz o sistema axiomático em relação à discussão-com da ciência, nem eliminá-la, pode apenas camuflar a reflexividade, ao assumir princípios suficientemente vazios e vagos, que disfarçam a contrariedade dos seus –axiomas‖.

É nesse sentido que podemos considerar que esse espaço interpretativo de institutos jurídicos, tais como a exibilidade de conduta diversa, funcionam como um recurso ideológico do discurso normativo, viabilizam o discurso judicial, como discurso persuasivo, partidário e que busca uma decisão favorável, encobrem o conflito da legalidade-equidade, dando ao intérprete condições de apresentar fatores extrapositivos como positivos ou positiváveis e ainda, permitem ao discurso da norma uma sistematização (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 190).

O sistema do discurso da norma, ao tomar aparência monológica, constitui na verdade um psuedossistema axiomático, não devendo, assim, ser confundido nem com uma –unidade decomponível de elementos correlacionados mecanicamente para fins

operacionais‖ exclusivamente, e nem com uma –unidade polarizada no sentido de um valor constitutivo que dá forma e vida a um todo irredutível às partes componentes, em si inseparáveis‖. Sua estrutura não é como uma série de padrões de relação relativamente estáveis entre unidades, o que possibilitaria analisar o sistema só considerando as condições de manutenção da sua estrutura, podendo as mutações estruturais ser discutidas só em razão de subsistemas relacionados a sistemas abarcantes, ao contrário, o sistema do discurso da norma se estabelece, de início, a partir de um *dubium* e a ele relaciona a sua estrutura, que constitui, nesse diapasão, não apenas um modelo diretivo, mas também e sobretudo, um esquema de possibilidades generalizadas, de possibilidades dotadas de certa neutralidade (ideológica) em face de diferenças, simplificações, que em princípio não limita, mas aumenta o seu potencial para complexidade (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 193).

É na obra –Teoria da Norma Jurídica‖, que Ferraz Júnior se aprofunda ainda mais em relação ao estudo da comunicação normativa, do caráter ideológico do sistema jurídico, chegando até as chamadas –regras de calibração‖ no momento em que reflete acerca da imperatividade das normas jurídicas.

Parte do pressuposto de que a efetividade é uma relação de adequação entre o aspecto-relato e o aspecto-cometimento da norma, a validade uma relação de imunização do aspecto cometimento de uma norma pelo aspecto-relato de outra e a imperatividade uma relação de calibração do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-cometimento de outra. Esta última, portanto, consiste em uma –qualidade pragmática do discurso normativo, por meio do qual a norma se adapta a mudanças e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades de tempo‖ (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 131).

Segundo o autor (2003, pp. 133 e 134), imperatividade é a estabilização da definição dos aspectos-cometimento das normas. Trata-se de uma regulagem, calibração, ou mesmo do enunciado das possibilidades admitidas de variações ao nível de relação, em um determinado âmbito. Uma norma é vinculante no sentido de que estão reguladas as variações de sua possibilidade de imposição dentro de um âmbito determinado. Da mesma forma que para a validade e efetividade, a imperatividade não é algo que a norma tem, ou seja, não se trata de entidade platônica, da qual a norma

participa. Como o discurso normativo é uma interação, a imperatividade designa uma propriedade dessa interação. Nesse sentido, uma norma é vinculante ou possui imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou colaboração do interessado, assim, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive, sem que a verificação de sua validade o impeça. Acrescente-se que, como se trata de uma relação entre cometimentos, a imperatividade se expressa digitalmente e não em enunciados normativos, com previsão de seu conteúdo. Dessa forma, não há normas que a estebeleçam ou a retirem, como normas que derrogam outras ou que lhes suspendam a eficácia.

A ordem normativa, como dito, é compreendida como sistema. Por sua vez, por sistema, se entende um conjunto de objetos (componentes do sistema especificações pelos seus atributos) e seus atributos e as repectivas inter-relações conforme certas regras, que dão sentido e coesão ao mesmo. As normas são percebidas como discursos, como interações onde alguém dá a entender a outrem alguma coisa, fixando-se concomitantemente, a relação entre quem fala e quem ouve (do ângulo da pragmática é importante esta concepção do discurso como relação entre orador e ouvinte, enquanto mediados por mensagens), isso, por os discursos normativos constituírem um sistema interacional no sentido de que comunicadores normativos estão a falar, em um processo constante de definição de suas relações, que determinam as suas falas como *quaestiones.*[162] (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 140).

Nesse sentido, os sistemas normativos possuem como objetos as normas, que são unidades discursivas. Normas que não se confundem com os seus relatos, mas incluem os cometimentos por serem discursos heterológicos, decisórios estruturalmente ambíguos, que, assim, instalam uma metacomplementariedade entre o orador e o ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o soluciona na medida em que lhe põe um fim. Portanto, mesmo o objeto dos sistemas normativos ou repertório do sistema sendo as normas, especificadas por seus atributos: validade e efetividade, o que dá coesão a esse mesmo sistema, como um todo, são as relações entre as normas, relações estas que são de imunização contra certas reações dos endereçados e de

[162] Os padros das relações (aspecto-cometimento das normas) independem, até certo ponto, das mensagem (aspecto-relato das normas). Como as relações se manifestam também através dos relatos, a análise dos sistemas normativos leva em consideração o problema da adequação do relato ao cometimento (efetividade) de cada norma e da imunização do aspecto-cometimento de uma norma com o aspecto-relato de outra (validade) (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 140).

produção de certas reações (exigência e obediência) que, por sua vez, são reguladas por certas regras que dão imperatividade ao sistema, chamadas de ―regras de calibração‖ (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 141).

Reconhece-se que, em relação à imperatividade, se trata de uma noção até certo ponto obscura, uma vez que corresponde à ideia de regulagem do sistema normativo no plano do aspecto-comentimento, ou seja, numa linguagem analógica por vezes expressa em fórmulas ritualísticas. Por isso, a fim de deixar mais clara a questão, é importante um análise dessa espécie de linguagem na comunicação normativa jurídica, que, por sua vez, remete ao aspecto axiológico do discurso normativo, tanto no que se refere ao seu caráter valorativo, ideológico. A tese de Ferraz Júnior (2003, pp. 149 e 150) é de que ―a imperatividade do discurso está ligada à noção de ideologia e de que as regras de calibração do sistema são, em última análise, expressão numa linguagem ideológica.‖

Reconhece-se, ao tratar da situação comunicativa, que o discurso normativo se enquadra dentro daquilo que chama de discurso heterológico ou discussão-contra e que toda discussão-contra é de natureza persuasória, sendo a persuasão um sentimento fundado em interesses, já que ser persuadido é deixar-se guiar por opiniões fundamentadas que servem interesses. Interesse, pragmaticamente, não são entidades, coisas, mas funções intersubjetivas (a dimensão subjetiva de interesse se revela já no original latino interesse, estar entre, tomar parte em, estar vinculada), são, portanto, vinculações intersubjetivas, interpessoais, intercomunitárias, nas quais se fundam os procedimentos persuasórios, podendo-se falar em desisteresses como desvinculações. Considerando o princípio da interação, base da pragmática, interesses surgem precisamente como disposições a interagir, por isso, numa dada interação discursiva, podem ser reforçados, modificados, suprimidos etc (FERRAZ JÚNIOR, 2003, pp. 150 e 151).

Nesse diapasão, sob o ângulo da pragmática do discurso, interesses se manifestam por meio de valores, concebidos como símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou seja, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso social. Como visto em linhas anteriores, manifestando interesses, valores são vistos como entidades, compondo o sistema em si (mundo dos valores) mas com funções interacionais já que, ―valem para algo‖, que são os comportamentos interativos, em termos de um processo seletivo das informações em

curso. São os valores, portanto, *topoi* da argumentação. Esses processos seletivos, por sua vez, são de duas ordens: modificatória e justificatória. Como dito, partindo-se de que o discurso é ato locucionário de alguém, orador, para alguém, ouvinte, o valor pode ser posto pelo orador como invariante e usado como critério para seleção de comportamentos diversos, ou seja, a partir do valor posto são filtradas as informações contidas na reação do ouvinte e, em razão do valor os comportamentos são selecionados, funcionando assim, como prisma, projeto modificador e demarcatório de comportamentos (função modificadora). Mas esse processo pode ser inverso, restando presente a função justificadora, quando o valor é posto como variável, sendo invariante o comportamente em que se dirige, onde há também um processo seletivo, mas que representa um movimento do comportamento para o valor. Resumidamente, na primeira função as informações se adaptam ao valor, e na segunda, o valor se adapta às informações (FERRAZ JÚNIOR, 2003, pp. 151 e 152).[163]

A função seletiva do valor, nesse diapasão, apresenta-se no discurso normativo como instrumento de controle do comportamento. Trata-se se instrumento persuasório, com foco em um ouvinte reativo que deve ser conquistado.

Uma decisão que versa sobre a existência de exigibilidade de conduta diversa, em um dado caso concreto, consciente ou inconscientemente, seleciona valores. Indo mais além, verifica-se que, por se tratar de um discurso persuasório, a decisão, com essa seleção, almeja conquistar um ouvinte potencialmente reativo, despertando uma atitude de crença, tudo com o objetivo de preservar o sistema jurídico.

Assim, ao ditar que em família ou vida, por exemplo, são relevantes ao ponto de justificar a ausência de liberdade do agente, ou melhor, a ausência do dever de agir conforme o direito em um dado caso concreto, o julgador, muito além da análise da existência de liberdade, do ponto de vista pessoal ou subjetivo do agente, tem por objetivo que essa conclusão seja aceita sem questionamentos pelo ouvinte potencialmente reativo a que ela se destina direta ou indiretamente, contribuindo, assim, para a unidade das expectativas, para a estabilidade do sistema jurídico-penal.

[163] Como dito, na prática, nem sempre é fácil fazer tal distinção posto que o discurso heterológico é sujeito a estratégias que objetivam persuadir (discursos racionais). Isto é, a estratégia pode esconder a real função do valor, dando a impressão de que está havendo uma modificação quando se está justificando, e vice-versa (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 152).

Apesar de reconhecer que nos discursos normativos, como discursos heterológicos, há o uso de técnicas ou estratégias com o fim de persuadir, dificultando a identificação e distinção das funções modificadora e justificadora, entendemos que sobre as decisões que tratam da existência de exigibilidade de conduta diversa, há, comumente, tentativa de transmitir a existência da função modificadora.

A função modificadora persuade na medida em que reestrutura ao máximo aquilo que já é conhecido. O discurso normativo parte aqui de premissas já adquiridas mas, para questioná-las, submete-as ao crivo crítico. Espressa algo inusitado, sendo, nesse caso, efetivamente informativo, pressupondo que o ouvinte não sabe e nem quer saber aquilo que se diz, visando a uma reação positiva de aceitação, mas, como a reação pode ser de contestação, o objeto mantém o seu caráter de *dubium* conflitivo. É exatamente por isso que, de forma geral, quando o valor possui função modificadora há um enriquecimento do universo de expectativa (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 154).

Nas decisões que versam sobre a existência de exigibilidade de conduta diversa, o que se busca transmitir, é que o valor liberdade é colocado como invariante e, concomitantemente como critério para a seleção de comportamentos diversos. Em razão do valor liberdade, comportamentos são selecionados, portanto, funciona como prisma, como projeto modificador e demarcatório dos comportamentos aos quais se dirige.

Ocorre que, em uma decisão que se debruça sobre a ideia de exigibilidade de conduta diversa, após a adoção da função modificadora, há seguidamente, a presença da função justificadora a fim de legitimar a seleção de certas condutas baseada em juízos também de valor, reduzindo, assim, a complexidade conflitiva por meio do discurso. Confere-se, dessa forma, a racionalidade ao processo de seletividade que existe em relação aos valores postos em jogo.

Acrescente-se que a presença dos valores no discurso normativo não faz da norma um juízo de valor, mas também não permite ver a norma como axiologicamente neutra. Contudo, para exercer sua função na norma, os valores não neutralizados, um processo pelo qual os valores perdem suas características dialógicas, na medida em que se impede a sua reflexidade (questão sobre a questão da questão...), chamado pelo autor de processo ideológico (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 155).

Como elemento estabilizador, a ideologia atua no discurso normativo valorando valores, fixando-os, quer justificando a sua função modificadora, quer modificando a sua função justificadora. Assim, a ideologia exerce a função de suma importância de organizar os valores, possibilitando a sua sistematização, a construção de hierarquias o que, em última análise, resulta na possibilidade de integração de interesses e de sua realização, bem como a possibilidade de sistematização do discurso normativo.

Nesse diapasão, acreditamos que a exigibilidade de conduta diversa funciona no sistema jurídico-penal como mecanismo de coesão, de redução da complexidade social já esplanada por possibilitar, notadamente dada a sua essência e também a fluidez da sua definição, a neutralização de valores por meio da ideologia, sua sistematização, garantindo o consenso almejado e de suma importância para estabilidade e, portanto, para a própria garantia de funcionamento do sistema penal.

Dentre os focos da significação da avaliação ideológica, enquanto responsável pela imperatividade vista como regulagem do sistema, no sistema normativo, dado o objeto deste trabalho, três devem ser destacados: a) ela indica ―propriedade fundamental‖, ―núcleo básico‖, ―característica essencial‖ e se manifesta por princípio tidos por basilares; b) ela nos mostra as fontes geradoras, as causas, as origens, valorando diretamente certos juízos de valor reconhecidos, relacionando-os, por exemplo, à ―consciência jurídica popular‖, ao ―espírito do povo‖ etc.; c) ela determina finalidades, objetivos, propósitos, metas do sistema, possibilitando o controle da *mens legis* e sua interpretação (FERRAZ JÚNIOR, 2003, pp. 157 e 158).

Este caráter de regulagem dos sistemas normativos, que permite que o Direito não seja confundido com regularidades empíricas de comportamento, nem com generalizações destas regularidades, bem como com regras de natureza lógico-formal, possibilitam que o sistema normativo seja concebido como sistema ideológico de controle de expectativas, ou seja, um sistema em que o agente age de certo modo posto que os demais agentes estão legitimamente confiantes de poder esperar dele tal comportamento. Dessa forma, um sistema de expectativas comuns e mútuas, controle este dado, em última análise, por uma decisão fortalecida ideologicamente que assegura uma relação meta-complementar entre editor e endereçado (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 158).

Nesse sentido, a análise sobre a adequação de uma decisão que se debruça sobre a questão da exigibilidade de conduta diversa, considera, muito além da existência ou inexistência da liberdade concreta (vista do ponto de visto subjetivo) ou critérios normativos formalmente estabelecidos, os valores postos em jogo em relação a ideologia que dá coesão ao sistema jurídico-penal, garantindo a tão almejada estabilidade pela ausência de defraudação de expectativas.

Os discursos normativos se apresentam como sistemas de controle de expectativas no sentido de que os comunicadores, ao se comunicarem, estão em um processo constante de imposição da definição de suas relações. A peça chave desta definição imposta é a valoração ideológica, posto que constitui não apenas a explicação da razão de certas expectativas serem experadas, mas também a razão pela qual estas expectativas são fundamentadas ou legitimadas. Portanto, quando alguém age conforme as normas, age sabendo que os outros esperam dele esta ação, ou seja, o fundamento ou legitimidade da ação repousa na legitimidade da expectativa alheia e essa legitimidade é dada, exatamente, pela valoração ideológica (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 159).

O conceito de exigibilidade de conduta diversa proposto por Henkel, definido de forma fluida, nos parece mais adequado aos anseios do sistema jurídico brasileiro atual, que reconhece como inevitável a adoção de causas não previstas em lei, em face da impossibilidade de previsão legal nesse sentido.

Trata-se de uma definição, em essência, insuscetível de descrição a partir de uma regra genérica, precisamente, por ser inerente ao mesmo o conflito constante de valores (modificáveis).

Nesse sentido, a definição normativa de forma difusa da exigibilidade de conduta diversa no sistema jurídico-penal pode e deve funcionar, positivamente, como técnica do discurso normativo, posto que, no momento em que confere espaço para a presença de uma avaliação de natureza ideológica, funciona como instrumento para a calibração do sistema, como uma ―regra de calibração‖.

Essa fluidez ou abertura normativa confere espaço para delimitação por parte do julgador, ou seja, do ator que é capaz de filtrar ou mesmo captar a ideologia atual, visto que o discurso ideológico é adaptável e, portanto, passível de atualização. A partir do cumprimento do seu papel, o judiciário, dita valores como atuais, formando nova

cadeia válida, ao mesmo tempo que contribui para a estabilidade do sistema jurídico-penal.

Como já se pode inferir, a justificação da função modificadora em uma decisão que trata da exigibilidade de conduta diversa reflete, exatamente, os limites dessa causa de exculpação. É que nesse processo, há uma seletividade de base ideológica dos valores postos em jogo, momento em que são racionalmente definidos quais valores devem prevalecer em detrimento de outros, formando, outrossim, cadeias normativas válidas que, por sua vez, nutrem a ideia de coesão do sistema, do consenso.

Dessa forma, é a partir dessa leitura de natureza ideológica, da compreensão desse processo, que uma decisão que se debruça sobre a exigibilidade de conduta diversa deve ser avaliada, no sentido de ser considerada adequada ou inadequada.

À propósito, é, exatamente, por meio dessa adequação, da neutralização do discurso normativo através da ideologia, que garante-se o consenso, a redução de questionamentos. Concomitantemente, concorre-se para a estabilidade do sistema jurídico-penal, dando-lhe mais força pela maior aprência de coesão, de imperatividade.

Essa percepção acerca da exigibilidade de conduta diversa, além de ser capaz de tornar possível a diminuir a complexidade conflitiva atual satisfatoriamente, de forma racional, como o sistema exige, também torna evidente o importante papel que esse instituto exerce dentro do sistem jurídico-penal, uma vez que funciona como verdadeiro mecanismo de coesão dentro do sistema, reduzindo a complexidade daquele que se apresenta como conceito o mais complexo da definição analítica de crime: a culpabilidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, há algumas décadas, houve a percepção acertada, por parte da doutrina e, em seguida, do judiciário, de que os casos de inexigibilidade de conduta diversa não poderiam se restringir às hipóteses legisladas: obediência hierárquica e coação moral irresistível.

Entretando, em contrapartida, mesmo após quase trinta anos dessa percepção acerca da limitação da norma em relação as mais variadas situações da vida em que pode restar ausente a liberdade do agente, hoje, é nítida a ausência de compreensão, de uma forma geral, sobre a exigibilidade de conduta diversa.

Dizemos isso porque, ao analisar a jurisprudência brasileira sobre o tema, a partir dos primeiros precedentes que se debruçaram sobre a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, há a percepção de uma ausência de nitidez acerca das balizas utilizadas para a constatação supralegal da ausência concreta de liberdade no agir, do ‒poder agir conforme o direito‖.

Inexiste, frise-se, um caminho traçado pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência para a verificação concreta de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa coerente com a riqueza das possibilidades da vida, ou seja, com a realidade.

Resultado disso é a heterogeneidade das decisões que, no fundo, demonstram uma carência de sistematização em relação à eleição de valores aptos a retirar a liberdade daquele que pratica uma conduta ilícita, por parte do judiciário brasileiro.

À propósito, é importante ressaltar que não compreender os fundamentos que devem nortear uma decisão que verse sobre a admissão de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, é também não assimilar esse instituto em si, os seus contornos, as suas caracteríscas e, mais além, a sua importante função dentro do sistema penal.

Justificando as suas decisões com base na ideia de segurança jurídica, o judiciário brasileiro acaba por reveler as suas próprias inseguranças em relação ao instituto em si, base desse complexo e importante elemento que é a culpabilidade.

A busca incessante, por parte da doutrina, pela fixação de uma classificação, apontando critérios rígidos e de utilização genérica, aos casos em que se considera existente ou inexistente a exigibilidade de conduta diversa nos casos concretos, apontam

para esse grave problema instalado no sistema jurídico penal que é a ausência de homogeneidade mínima em relação às decisões judiciais que tratam do tema.

A exigência de um conjunto probatório quase que utópico, fruto de uma postura excessivamente rígida, um tanto quanto parcial em relação a análise da existência dessa exculpante nos casos concretos, por parte do Poder Judiciário brasileiro, causam sérias consequências.

Isso porque a postura atual do judiciário brasileiro tende a dificultar a identificação desse importante instituto nos casos em que essa identificação é devida, ferindo, dessa forma, uma importante garantia dos cidadãos em relação ao poder de punir estatal, que revela, inclusive, o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse diapasão, entendemos que a referida ausência de conhecimento acerca dos fundamentos, das características, dos limites e, sobretudo, da papel desenvolvido pela exigibilidade de conduta diversa dentro do sistema penal, é que tem causado a clara heterogeneidade das decisões judiciais que tratam do tema no Brasil.

Precisamente, levando em consideração a reflexão feita no parágrafo anterior, nos afastamos da doutrina que trabalha com esse problema a partir de classificações, do estabelecimento de critérios fixos, de forma generalizada. Em contrapartida, toma-se por caminho, de forma geral, a compreensão do funcionamento do sistema penal, da concepção de exigibilidade de conduta diversa feita pelo próprio sistema e, assim, do papel desenvolvido por esse instituto nesse ambiente.

Reconhecendo ausência de superação das críticas sempre presentes ante o apontamento de critérios para identificação de causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa, inferimos que resta necessário fazer ponderações a partir de um outra perspectiva, que parte da análise do funcionamento do sistema penal e do papel desenvolvido pela ideia de exigibilidade de conduta diversa.

Dessa forma, é por entender que se afigura como inviável o estabelecimento de critérios exatos para o reconhecimento das referidas causas, tendo em vista a impossibilidade de se prever, antecipadamente, os casos concretos, julgamos que a delineação da exigibilidade de conduta diversa, tida como necessária em um Estado Democrático de Direito, ocorre a partir da compreensão acerca da funcionalidade desse conceito no sistema penal vigente.

Sobre o funcionamento do sistema e de institutos com as características a exigibilidade de conduta diversa, nos valemos dos estudos de Tércio Ferraz Júnior. A partir da compreensão das suas obras, depreendemos que a fluidez da ideia de

exigibilidade de conduta diversa não necessita de ser estancada, mas sim, utilizada em benefício do sistema penal.

É, justamente, partindo dessa concepção dita ―positiva‖ sobre essa característica atual do conceito de exigibilidade de conduta diversa, que nos filiamos à definição de exigibilidade proposta por Henkel.

Entende-se, por conseguinte, que a amplitude, fluidez ou mesmo abertura do conceito de exigibilidade de conduta diversa, permite a ação da dogmática como instrumento mediador entre a generalidade da norma e a decidibilidade dos conflitos que, por sua vez, se vale de um conteúdo ideológico, o que possibilita uma constante atualização do discurso normativo.

É a dogmática que deve, nesse sentido, a partir da fundamentação das decisões, fixar o juridicamente possível, por meio de uma leitura ideológica, uma vez que as normas, isoladamente, são limitadas em relação à identificação das possibilidades de variação dos comportamentos.

Como é função da dogmática apreciar, tomando por base a ideologia, as possibilidades de decisão, a amplitude da definição de exigibilidade de conduta diversa é propícia a esse papel, permitindo, assim, à dogmática operar como elemento estabilizador, por meio de um discurso persuasório que desperte no ouvinte potencialmente reativo uma atitude de crença, de concordância, fortificando, dessa forma, o sistema jurídico-penal.

A análise detida acerca do percurso desse caminho pelos julgadores, em uma dada decisão sobre a exigibilidade de conduta diversa, é o que nos permite concluir sobre a consistência ou inconsistência da mesma. Assim, a desejada coerência jurídica ou homogeneidade das decisões deve ser alcançada partindo da compreensão acerca da necessidade de afinidade ideológica.

É por meio dessa análise crítica acerca da adequação na decisão judicial que se debruça sobre a questão da exigibilidade de conduta diversa e da ideologia que ali deve estar presente, que se garante satisfatoriamente a neutralização desse dircurso, a redução de questionamentos, o consenso. Concorre-se, *pari passu*, para estabilização do sistema-penal, conferindo-lhe mais força por imprimir coesão e imperatividade.

Funciona essa leitura de natureza ideológica ou mesmo a compreensão de todo esse processo de análise de cunho ideológico do discurso normativo, portanto, como fatores que devem nortear o julgador no momento de se apreciar a existência ou

inexistência de exigibilidade de conduta diversa em um dado caso concreto a ele apresentado.

Como se percebe, ante o problema da heterogeneidade das decisões judiciais que analisam a exigibilidade de conduta diversa em casos concretos, a valoração ideológica funciona como peça chave.

É que uma decisão dessa natureza, se fortalecida ideologicamente, contribui para que o sistema jurídico seja visto como convergente, como uma ordem congruente, harmônica, atingindo o principal objetivo da dogmática que é resolver questões sem que haja uma perturbação prejudicial ao sistema, ou seja, sem desestabilizá-lo.

Nos casos onde se questiona a existência de exigibilidade de conduta diversa, há necessariamente, valores em comunicação. É, exatamente, esse hiato conferido pela fluidez do seu conceito, o espaço propício e necessário para a neutralização desses valores, tarefa atribuída à ideologia.

Por isso, a ideia de exibilidade de conduta diversa funciona como elemento de calibração do sistema penal. A partir de uma decisão ciente de todo esse contexto, são formadas novas cadeias válidas, gerando-se, por conseguinte um conteúdo também informativo.

A definição normativa vaga da exigibilidade de conduta diversa a transforma em verdadeiro instrumento de atualização do sistema jurídico-penal. Opera como técnica do discurso normativo, visto que confere espaço para a valoração dos valores, para a presença da ideologia, ou seja, permite que esse instituto funcione como mecanismo de calibração do sistema penal, como ―regra de calibração‖.

Assim, o estabelecimento da exigibilidade de conduta diversa de forma difusa no sistema jurídico-penal é responsável por fixar o espaço necessário para que, aquele que se apresenta como sujeito idôneo para tanto, o julgador, possa filtrar e, de certo modo, concretizar a ideologia no discurso normativo. A partir do cumprimento do seu papel, o julgador estabelece valores como atuais, contribuindo para a desejada estabilidade do sistema jurídico-penal.

Por conseguinte, a justificação da função modificadora de uma decisão que verse sobre a exigibilidade de conduta diversa é quem reflete os limites dessa causa de exculpação. Nesse processo, há uma seletividade de cunho ideológico dos valores postos em jogo, oportunidade em que racionalmente são estabelecidos quais valores devem prevalecer naquele momento, criando, através do uso do discurso normativo,

novas cadeias normativas válidas que, por sua vez, colaboram para a estabilidade do sistema jurídico-penal.

Sempre com o objetivo de conquistar um ouvinte potencialmente reativo, uma decisão que se debruça sobre a existência de exigibilidade de conduta diversa, por se tratar de um discurso persuasório, deve necessariamente passar por esse filtro ideológico, sob pena de do sistema jurídico-penal aparentar instável, divergente, a partir da eleição aleatória de valores em comunicação.

Nesse sentido, a eventual discrepância das decisões que versam sobre a exigibilidade de conduta diversa, não é resultado de uma falha de expectativa, vista isoladamente, mas sim, de uma falha na avaliação das expectativas das interações sociais.

Portanto, funciona a ideia de exigibilidade de conduta diversa como uma abreviatura simbólica que serve à integralização concreta de base ideológica, absorvendo ou reduzindo os riscos de uma falha humana no processo decisório, até um grau satisfatório, o que possibilita, ademais, a determinação dos casos de exigibilidade de conduta diversa conforme as exigências de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad: exigibilidade e razones para la exculpación**. Madrid: Editorial Dykinson, S. L., 2003.

ALVES, Sílvia. **Punir e Humanizar: Direito Penal Setentista**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo V: La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1956.

ANTOLISEI. Francesco. **Manuale di diritto penale: parte generale**. 6 ed. Milão: Dott. A. Guiffrè editore, 1969.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoria sistémica. **Revista Doctrina Penal**, n. 29, ano 8, Buenos aires, p 9-26, 1985.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito Penal II: edição comemorativa**. Sergipe: Record, 1991.

_____. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal brasileiro** – *I.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Red Livros, 2000.

_____. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

_____. **O problema penal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, LZN Editora, 2003.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal: La doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Libreria ‒El Foro‖, 2002.

BINDING, Karl. **La culpabilidad em derecho penal**. Uruguai: B de f ltda, 2009.

_____. **Compendio di diritto penale**: parte generale. Roma: Athenaeum, 1927.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal***: parte geral.* v.1, 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. **A Consciência da Antijuridicidade no Moderno Direito Penal**. Revista de Informação Legislativa, ano 34, nº 136. Brasília, out-dez 1997.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. O Direito grego clássico. **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O Direito no pensamento romano. **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva.** São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, t. 2, 1984.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUSATO, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista liberdades - Instituto brasileiro de ciências criminais**. n. 8. Setembro – dezembro de 2011.

CARDOSO, Teodomiro Noronha. **Direito Internacional Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARRARA, Franscesco. **Programa de Derecho Criminal**: Parte General. Vol. 1. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Iuris, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: parte general**. 7 ed. Valência: tirant lo blanch, 2004.

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

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

DOTTI, Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 14.

FABBRO, Eduardo**. A golpes de machado: as origens da monarquia Franca**. 2006. Brasília: Biblioteca da Universidade de Brasília, 2006.

FERNANDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoria del delito**. Vol 1. Buenos Aires: B de F, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Retórica e Comunicação**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FEUERBACH, Anselm V. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal** – **Parte Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Lições de Direito Penal – Parte Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires, Julio César Faira, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Buenos Aires, Julio César Faira, 2003.

GALLAS, Wihelm. **La teoria del delito em su momento actual**. Barcelona: Bosch, 1959.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Culpabilidad, legitimación y processo. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. n. 41, Madrid, 1988.

GERALDES, Olindo. **Conflito de deveres**. Portugual: Almedina, 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 32, out-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa da la Culpabilidad**. Buenos Aires, Editorial B de F, 2002.

HENKEL, Henrich. **Exigibilidad e inexigibilidade como principio jurídico**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal: Justificação e Limites**. Rio de Janeiro, Lúmem Júris, 2007,

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho Penal funcional**. Espanha: Civitas, 1996.

_____. **Estudios de derecho penal**. Madri: Civitas, 1997.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LEAL, João José. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LISZT, Franz von. **A ideia de fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

_____. **Tratado de derecho penal**. Tomo segundo. Madrid: Editorial Reus, 1927.

LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Saraiva: São Paulo, 1964.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II.Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Sebástian Borgens de Albuquerque. **Conceito material de culpabilidade**. Salvador: Juspodium, 2010.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial bibliográfica argentina, 1958.

MIR, CEREZO. Ontologismo e Normativismo na Teoria Finalista. **Revista dos Tribunais online**. Ciências Penais, vol. 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 1998.

MOMMSEN, Théodore. **Le Droit Pénal Romain**. Tomo I. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1907.

MOLINA, A. G. P.; GOMES, F. L. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

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

NORONHA, Magalhães**. Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **A coação irresistível no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PITA, Maria del Mar Díaz. Que queda de la causalidade? **Revista de Derecho Penal y criminología**. N. 04. Madri: Uned, 1999.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: B de F, 2003).

_____. *Direito Penal:* **fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Enrique Penãranda; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um nuevo sistema del derecho penal.: consideraiones sobre la teoria de la imputación de Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

RODA, Juan Córdoba. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch Casa Editorial. 1977.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Madri: Thomsom-Civitas, 2003.

_____. A culpabilidade e sua exclusão o Direito Penal. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Culpabilidad y prevención em Derecho Penal**. Madri: Reus, 1981.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil***:* **evolução histórica**. 2 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Coação Irresistível no Direito Penal Brasileiro. Belo Horizonte: Lemi, 1973, p. 64. In: YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PUIG, Santiago Mir. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: BdeF, 2006.

SALAS, Jaime Couso. **Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoria e metodologia**. Valença: Tirant lo blanch, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Medeiros da. **Direito Penal Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

_____. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 6. n. 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Editorial jurídica del Chile, 1997.

_____. **El nuevo sistema del Derecho Penal: uma introducción a la doctrina de acción finalista.** Buenos Aires: B de F, 2002.

_____. **Estudios de Derecho Penal.** Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. **Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**. Buenos Aires: B de F, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad**. Lectio Doctoralis, Doutorado Honoris Causa, Universidade de Macerata, 2003.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.

_____. **Em busca de las penas perdidas**. Argentina: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR **Direito Penal brasileiro**, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo.. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro,** v. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.