



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



OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E CULPABILIDADE:

Análise da Obediência Hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e
no Direito Internacional Penal

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

TESE DE DOUTORADO

Recife

Março de 2010

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E CULPABILIDADE:

Análise da Obediência Hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e
no Direito Internacional Penal

Tese de Doutorado 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 obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito.

Linha de pesquisa: Tutela penal dos bens jurídicos e teoria da sanção penal

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Brandão.

Recife

Março de 2010

Cardozo, Teodomiro Noronha

**Obediência hierárquica e culpabilidade: análise da
obediência hierárquica no ordenamento jurídico-penal
brasileiro e no direito internacional penal / Teodomiro
Noronha Cardozo. – Recife : O Autor, 2010.**

327 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal
de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia e anexos.

**1. Obediência hierárquica - Ordenamento jurídico-
penal brasileiro - Direito internacional penal. 2. Obediência
(Direito) - Brasil. 3. Culpa (Direito) - Brasil. 4. Corte Penal
Internacional. 5. Tribunais Penais Internacionais - Estatuto.
6. Responsabilidade penal – Brasil. 7. Tipo (Direito penal) -
Brasil. 8. Ordenamento jurídico-penal brasileiro -
Inexigibilidade de outra conduta. 9. Direito comparado. 10.
Direito internacional penal. I. Título.**

343(81)
345.8104

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010-006

Teodomiro Noronha Cardozo

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA E CULPABILIDADE: Análise da Obediência

Hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e no Direito Internacional Penal

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Orientador: Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

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

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. *Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas* (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. *Rui Cunha Martins* (1º Examinador externo – Universidade de Coimbra)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. *Roque de Brito Alves* (2º Examinador externo - UNICAP)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professora Dr^a. *Anamaria Campos Torres* (3º Examinadora interna - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. *Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti* (4ª Examinador interno - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Recife, 02 de março de 2010.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Recife

Março de 2010

A Deus e à Nossa Senhora pelo milagre da vida.

À minha esposa Vera Lúcia pela dedicação e pelo companheirismo de quase três décadas.

Aos meus filhos Tatiana e Thiago pelo carinho e pelo apoio de sempre.

Ao Professor Cláudio Brandão orientador e amigo “pai intelectual” a quem muito devo pela realização deste trabalho a quatro mãos.

Às irmãs Miriam Vieira e Alcilene da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Aos professores Mirian Sá Pereira e Marcelo Labanca da Universidade Católica de Pernambuco pelo apoio nunca negado.

À sacrossanta memória do meu pai Francisco Cardozo de Lira, da minha irmã Adilza e da amiga Dilena Brandão pela eterna saudade.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito do Recife, berço da minha formação jurídica e acadêmica, que me proporcionou o curso de graduação e a quarta pós-graduação em Direito.

Aos Professores Doutores da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife Cláudio Brandão, Ricardo de Brito, Margarida Cantarelli, Sílvio Loreto, Francisco Queiroz Cavalcanti e Anamaria Torres em reconhecimento pela minha formação acadêmica e ao Prof. Roque de Brito Alves sempre disponível às minhas indagações.

Agradecimento ao Professor Doutor Rui Cunha Martins da Universidade de Coimbra pela co-orientação, aulas de Direito Internacional Penal na Faculdade de Direito do Recife e pela disponibilidade.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife: Josy, Carminha, Gilka e Eurico.

Aos doutorandos do Estado das Alagoas, raízes da minha ancestralidade paterna, Beclaute Oliveira e Fernando Amorim, pela amizade.

Aos amigos doutorandos Ângela Simões, Gamil Föppel e Leonardo Henrique Siqueira pelas discussões no campo da Ciência Penal.

Aos mestres e mestrandos em Direito da Faculdade de Direito do Recife Ana Cláudia Fonseca, Érica Babini, Cynthia Credídio, Kalina Alpes, Hugo Leonardo e Ricardo Carvalho e, em especial, às mestrandas Maria Carolina Amorim, Marta Guaraná e Andrea Walmsley novas mestrandas da FDR.

Ao amigo Ivan Luiz pela amizade, Doutor pela Faculdade de Direito do Recife, pela sugestão de parte da bibliografia citada e pelo apoio incondicional ao longo do Curso de Doutorado.

Aos amigos e colegas da Universidade Católica de Pernambuco: Marília Montenegro, Maria Rita, Ricardo Galvão e José Mário

Aos amigos Maria Amália, Mariângela Pereira, Karina Carvalho e Clériston Amorim pela iniciação científica na Faculdade Integrada do Recife.

RESUMO

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Obediência Hierárquica e Culpabilidade: análise da obediência hierárquica no ordenamento jurídico-penal brasileiro e no Direito Internacional Penal. 2010. f. 327. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/FDR. Universidade Federal de Pernambuco, 2010.

A presente tese de doutoramento tem por objeto o estudo da obediência hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e no Direito Internacional Penal. A experiência de uma Corte Internacional Penal é recente e tem por marco histórico o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Europa que foi o primeiro a disciplinar a obediência hierárquica. A dogmática jurídico-penal tradicional adota para o conceito formal de crime a teoria tripartida: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do sistema *civil law* e a doutrina do Direito Internacional Penal, de forma diferenciada, adota a teoria bipartida do *common law*: elementos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*). No Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro o reconhecimento da obediência hierárquica é causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta. No Estatuto de Roma a obediência hierárquica é causa de atenuação de pena e a culpabilidade é mantida na sua integralidade.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal. Obediência hierárquica e culpabilidade. Análise da obediência hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e no Direito Internacional Penal.

ABSTRACT

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Hierarchical Obedience in Brazilian Juridical-Punitive Ordination and in the Law International Right. 2010. f. 327. Thesis PhD in Law. Post-Graduate Law Center. Legal Sciences. FDR. Universidade Federal de Pernambuco, 2010.

The present Thesis of Doctorate has for object the study of the hierarchical obedience in Brazilian Juridical-Punitive Ordination and in the Law International Right. The experience of a Penal International Court is recent and has for historical mark the Statute of the International Punitive Tribunal for Europe that was the first to discipline the hierarchical obedience. The dogmatic juridical-punitive traditional it adopts for the formal concept of crime the tripartite theory: typiness, unlawfulness and culpability of the system civil law and the doctrine of the Punitive International Right, in a differentiated way, adopts the split into two theory of the common law: objective elements (*actus reus*) and subjective (*mens rea*). In Brazilian Juridical-Punitive Ordination the recognition of the hierarchical obedience is cause of exclusion of the culpability for cause of exclusion of another conduct. In the Statute of Rome that instituted the International Punitive Tribunal the recognition of the obedience of the hierarchical obedience is cause of feather attenuation and the culpability is maintained in your whole.

Word-key: Penal International Right. Hierarchical obedience and culpability. Analysis of the hierarchical obedience in Brazilian Juridical-Punitive Ordination and in the Law International Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
 CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA CULPABILIDADE	
1.1 Esboço histórico da investigação	25
1.2 O conceito de pessoa de Aristóteles	26
1.3 O livre-arbítrio.....	28
1.4 Dolus malus e dolus bonus	29
1.5 Imputatio facti e imputatio iuris	30
1.6 A imputabilidade	32
1.7 A responsabilidade objetiva (<i>versari in re illicita</i>).....	35
1.8 Recepção do Direito Romano pelo Direito Alemão	39
1.9 Antijuridicidade objetiva e culpabilidade.....	42
1.10 Teorias fundamentadoras da imputabilidade.....	51
1.10.1 Imputabilidade e livre-arbítrio na teoria da culpabilidade.....	52
1.10.2 Aspecto antropológico.....	57
1.10.3 Aspecto caracteriológico	59
1.10.4 Aspecto categorial	60
1.11 O significado político do princípio da culpabilidade	62
1.12 O significado material da culpabilidade	70

CAPÍTULO II – TEORIAS DA CULPABILIDADE

2.1 A escola de Liszt-Beling	73
2.2 O positivismo jurídico	74
2.3 Teoria psicológica	75
2.3.1 O percurso histórico da teoria psicológica	76
2.3.2 A imputabilidade na teoria psicológica	80
2.3.3 O conceito unitário de culpabilidade.....	81
2.3.3.1 O dolo na teoria psicológica	82
2.3.3.2 A culpa na teoria psicológica	83
2.3.3.3 Crítica à teoria psicológica	86
2.4. Teoria psicológico-normativa.....	87
2.4.1 A imputabilidade na teoria psicológico-normativa	88
2.4.2 O retorno ao <i>dolus malus</i>	90
2.4.3 As circunstâncias concomitantes de Frank	91
2.4.3.1 Críticas à teoria de Frank	93
2.4.4 A culpabilidade como reprovação.....	94
2.4.5 Análise da culpabilidade em Goldschmidt.....	96
2.4.6 Análise da culpabilidade em Freudenthal.....	98
2.5 Teoria normativa pura	100
2.5.1 Origem do finalismo.....	100
2.5.2 A metodologia de Welzel.....	102

2.5.3 Conteúdo ético-social da teoria finalista de Welzel	105
2.5.4 A culpabilidade puramente normativa	105
2.5.5 Os graus de culpabilidade	108
2.5.6 Elementos da culpabilidade normativa pura	109
2.5.6.1 A imputabilidade como elemento da culpabilidade	111
2.5.6.2 A consciência da antijuridicidade	114
2.5.6.3 A dicotomia consciência da antijuridicidade formal e material ...	119
2.5.6.3.1 Desvalor da ação e do resultado	121
2.5.6.4 A consciência da antijuridicidade e a problemática do erro	126
2.6 Teoria extremada (ou estrita) do dolo	127
2.7 Teoria limitada do dolo	128
2.8 As teorias extremada (estrita) e limitada da culpabilidade	129
2.9 Exigibilidade de outra conduta	130
2.9.1 Exigibilidade de outra conduta como princípio de regulação	133
2.9.2 Exigibilidade de outra conduta e culpabilidade material	137

CAPÍTULO III – INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

3.1 Antecedentes históricos	141
3.2 Inexigibilidade de outra conduta como princípio geral de regulação	151
3.3 Natureza jurídica da inexigibilidade de outra conduta	162
3.4 Inexigibilidade de outra conduta e a segurança jurídica	167
3.5 Demonstrabilidade do poder de agir de outro modo	171

3.5.1 À guisa de um escorço histórico.....	171
3.6 Inexigibilidade de outra conduta no âmbito do dolo e da culpa	177
3.7 Inexigibilidade de outra conduta nos crimes omissivos.....	182
3.8 Inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal do estado de necessidade exculpante.....	186
3.9 Inexigibilidade de outra conduta no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro	194

CAPÍTULO IV – OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

4.1 Visão panorâmica.....	198
4.2 Obediência hierárquica e inexigibilidade de outra conduta	202
4.3 Obediência hierárquica e a colisão de deveres.....	203
4.4 Estudo da obediência hierárquica no direito comparado da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Argentina.....	208
4.4.1 Alemanha	208
4.4.2 Itália.....	212
4.4.3 Espanha	217
4.4.4 Portugal.....	225
4.4.5 Argentina	229

CAPÍTULO V – OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

5.1 Delineamento do problema	232
5.2 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para a Europa	234
5.3 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional de Tóquio	237

5.4 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia	238
5.4.1 Análise da obediência hierárquica na jurisprudência do TPI para a ex-Iugoslávia	241
5.4.1.1 O caso Dusko Tadic (The prosecutor v. Dusko Tadic). Case (IT-94-1-T), Trial Chamber II, May 7, 1997 e Case (IT-94-1-A), Appeals Chamber, July 15, 1999.	241
5.4.1.2 O caso Drazen Erdemovic (The prosecutor v. Drazen Erdemovic). Case (IT-96-22-T) Trial Chamber, March 5, 1998	245
5.5 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para Ruanda	250
5.5.1 Análise da obediência hierárquica na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para Ruanda	251
5.5.1.1 O caso Jean-Paul Akayesu (The prosecutor v. Jean-Paul Akayesu). Case (ICTR-96-4-T) Trial Chamber, September 5, 1998	251
5.5.1.2 O caso Joseph Nzabirinda (The prosecutor v. Joseph Nzabirinda). Case (ICTR-2001-77-T) Trial Chamber, February, 22, 2007.....	257
5.6 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional	260
5.6.1 Considerações iniciais.....	260
5.6.2 A obediência hierárquica no Estatuto de Roma.....	264
5.6.3 Elementos objetivos da responsabilidade individual no Estatuto de Roma.....	267
5.6.4 Elementos subjetivos da responsabilidade individual no Estatuto de Roma.....	268
5.6.5 Responsabilidade dos superiores hierárquicos no Estatuto de Roma..	269
5.6.6 Responsabilidade dos subordinados no Estatuto de Roma	272

5.6.7 Obediência hierárquica e a problemática do erro.....	273
5.7 Obediência hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro	277
5.7.1 Requisitos da obediência hierárquica.....	281
5.7.2 Natureza jurídica da obediência hierárquica	283
5.8 Obediência hierárquica no Código Penal Militar Brasileiro.....	285
CONCLUSÕES	288
REFERÊNCIAS.....	299

INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento tem por objeto a investigação do instituto penal da obediência hierárquica, em face das incongruências e antinomias que se verificam entre o Ordenamento Interno e o novel Direito Internacional Penal. Com efeito, embora dentro do mesmo sistema, de acordo com o *locus* decisório, as conseqüências do referido instituto serão diversas: ora excluirá a culpabilidade (no âmbito do Direito interno), ora não excluirá a culpabilidade (no âmbito do Direito Internacional Penal). Para nortear a pesquisa em torno de um objeto em conformidade com a metodologia jurídica, construiu-se a seguinte pergunta de pesquisa: “As incongruências do instituto da obediência hierárquica em face do Direito Internacional Penal e do Ordenamento penal pátrio conduzem a uma redefinição do conceito da culpabilidade penal?” Como hipótese preliminar tem-se que não há a necessidade de uma redefinição da conceituação de culpabilidade, porque se a analisarmos desde sua formação e elementos, a sua substância é a realização de um juízo de censura, que se baseia no autor de um fato típico e antijurídico, mas não se localiza nele, senão no julgador, portador da jurisdição.

Diante deste panorama, a pesquisa tem como objetivo geral a investigação da construção da doutrina e da jurisprudência Internacional Penal bem como do Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro sobre o instituto da Obediência Hierárquica e a redefinição daquele conceito, à luz da complexa situação hodierna, ora de desculpa ora de culpa. No que toca aos objetivos específicos analisar-se-ão os elementos conformadores da culpabilidade no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e no Direito Internacional Penal, traçando um corte epistemológico dos elementos que compõem a noção formal de crime na dogmática jurídico-penal finalista a que se filia o Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro. Em contrapartida, far-se-á o estudo do conceito de culpabilidade como elemento conformador do conceito de crime, no sistema do *civil law*, em contraponto com o conceito de culpabilidade pela doutrina do *common law*, isto

porque a jurisprudência Internacional Penal é construída de acordo com este último sistema.

Todavia, buscando cumprir os objetivos a que se propõe a pesquisa, faz-se mister esclarecer, de logo, que não será objeto desta tese o estudo da adequação da tipicidade e da antijuridicidade, quer no âmbito do Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro, quer no âmbito do Direito Internacional Penal, enquanto elementos formadores da culpabilidade individual pela prática do injusto.

A responsabilidade individual, perante o Direito Internacional Penal, é algo recente e data do século passado, tendo como marco histórico a constituição do Tribunal Penal Internacional para a Europa. Anteriormente, somente aos Estados poderia ser imputada responsabilidade civil na esfera do Direito Internacional Penal.

Apresentado o objeto da pesquisa, cuida-se de apontar a metodologia para alcançar os objetivos propostos. Para a revisão da literatura a pesquisa debruçar-se-á sobre o método lógico-dedutivo e para a análise dos casos concretos e da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais utilizar-se-á o método indutivo como métodos universais de investigação.

Iniciamos a revisão da literatura pertinente com a investigação histórica do conceito de *imputatio* derivado da palavra Grega *aitia*, objetivando com isso descer às raízes históricas da evolução do conceito moderno de culpabilidade.

A partir do conceito de *imputatio* os romanos conceberam uma ambivalência entre *dolus malus* e *dolus bonus*, imprescindíveis para possibilitar a

responsabilidade penal objetiva, a chamada *versari in re illicita*, criação do Direito Canônico influenciado pela religião desde os primórdios do Direito Romano.¹

A palavra *imputatio* traduzida para o idioma alemão como *Schuld* por obra de Binding², afigura-se um marco importante para a construção de um conceito científico de culpabilidade por volta do século XIX com a separação dos aspectos objetivo e subjetivo da teoria do crime, isto com o surgimento do Princípio da Legalidade e da antijuridicidade, ainda no século XIX e, por último a formulação doutrinária da tipicidade e da culpabilidade no primeiro quartel do século XX.

No tocante, ainda, à imputabilidade a pesquisa não descuidará de tratar da questão polêmica do livre-arbítrio, enquanto poder de autodeterminação do homem, revisando os posicionamentos doutrinários contra e a favor, a partir de um pressuposto filosófico e jurídico-penal. Welzel tenta explicar a doutrina do livre-arbítrio baseado nos aspectos antropológico, caracteriológico e categorial, por meio de um determinismo final da conduta humana.

Analisar-se-á a culpabilidade como princípio garantidor da liberdade individual, no sentido de privilegiar a dignidade da pessoa humana como direito fundamental que legitima e limita a função punitiva do Estado-juiz, máxime pela adoção do princípio da proporcionalidade. A culpabilidade funciona como elemento da categoria formal do conceito de crime, em uma perspectiva da teoria tripartida e, por último, como circunstância do crime.

¹ A Igreja influenciou na construção do Direito Romano, Germânico e Canônico. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 87.

² PÉREZ MANZADO, Mercedes. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva em la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p.73.

Cabe ressaltar, do ponto de vista conceitual, que o conceito formal de culpabilidade expressa, dogmaticamente o seu conteúdo material em uma perspectiva de reprovabilidade do agente pelo resultado de um dano ou perigo de dano para a sociedade e, nesta assertiva, reside a proteção de bens jurídicos em uma dimensão welzeliana ético-social.

Os elementos objetivos e subjetivos do injusto sofrem modificações em relação ao desvalor da ação pessoal e ao desvalor do resultado.

As teorias da culpabilidade vêm sendo aperfeiçoadas ao longo de mais de dois séculos de estudo dogmático no percurso histórico das teorias psicológica, psicológico-normativa e finalista da culpabilidade.

Com a metodologia causal do positivismo jurídico, do segundo quartel do século XIX e início do século XX a culpabilidade, como categoria independente do conceito de crime foi estudada na escola clássica, a partir da teoria psicológica que formulou um conceito epistemológico de crime, a partir da concepção causal-naturalista com ênfase para o estudo das chamadas ciências empíricas em detrimento de toda especulação metafísica das ciências sociais.

A culpabilidade consistia em uma mera relação psicológica havida entre a conduta e o resultado. Assim, o injusto (aspecto objetivo) utilizava-se da relação de causalidade física, enquanto que a culpabilidade se ocupava da relação psíquica (aspecto subjetivo) e a junção do objetivo (externo) com o subjetivo (interno) constituía o resultado do crime.³

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 603.

A teoria psicológica da culpabilidade tinha como essência o conceito unitário de culpabilidade que ligava o autor ao resultado de sua ação. A doutrina lançou diversas críticas por perceber que tal teoria não era suficiente para resolver algumas questões pertinentes à própria teoria do crime, a exemplo, da culpa *stricto sensu* em que não há uma ligação anímica entre o autor e o fato por ele produzido.

A teoria psicológica bipartia o conceito de crime nos seus aspectos objetivo e subjetivo. A imputabilidade pressuposto da culpabilidade vinculava a liberdade de vontade ao elemento subjetivo da ação, esgotava-se no dolo e na culpa.⁴ A vontade integrante do tipo era neutra e o seu conteúdo – dolo ou culpa – era analisado na culpabilidade. O dolo, enquanto categoria ontológica, não continha a consciência do injusto, bastando, apenas, a previsão do resultado.

Assim, um psicologismo puro era incapaz de explicar porque a culpa era essencialmente normativa ao contrário do dolo de natureza ontológica e como explicar, ainda, a difícil harmonização dessas espécies de culpabilidade em um conceito único.

A teoria psicológica não cogitava da culpa inconsciente, das causas excludentes de culpabilidade (estado de necessidade, por exemplo), da tentativa inidônea e não resolvia, igualmente, a questão do inimputável, já que neste caso, à luz da teoria, havia uma relação de causalidade entre a ação (não se referia à omissão) e o resultado, pela modificação do mundo exterior, perceptível aos nossos sentidos.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manuel de derecho penal español**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1984, p. 357.

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade busca superar as inconsistências da teoria psicológica. O giro dogmático de Frank, fundador desta teoria foi de, em primeiro plano, considerar a culpabilidade como *reprovabilidade*. Para Frank as circunstâncias concomitantes existentes ao lado da imputabilidade, do dolo e da culpa têm a função de excluir ou graduar a culpabilidade.⁵

Com a teoria normativa da culpabilidade a imputabilidade não sofre alteração e o dolo volta a ter a consciência da antijuridicidade com o retorno ao *dolus malus* do Direito Romano. O *dolus* que, remotamente, era puramente psicológico ficou enriquecido com um elemento normativo: a consciência da antijuridicidade.

Para Frank a normalidade das circunstâncias (ou circunstâncias concomitantes) – aferidas pelas condições normais da vida – poderiam excluir ou atenuar a culpabilidade, mediante fatores que estão fora do dolo, porém, dentro da culpabilidade, posto que a culpabilidade pode ser medida, o dolo não.

Dolo e culpa, antes considerados pela teoria psicológica como espécies de culpabilidade passam com a teoria normativa de Frank a significar elementos da culpabilidade, cuja postura foi amplamente aceita pela dogmática jurídico-penal da época.⁶

O conceito normativo de culpabilidade de Frank era mais complexo do que o conceito da teoria psicológica. Para o autor pode haver dolo sem culpabilidade e o seu principal giro dogmático foi adotar a reprovabilidade como essência da

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manuel de derecho penal español**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1984, p. 358.

⁶ MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 83

culpabilidade, isto se o injusto for praticado em circunstâncias normais do cotidiano em que seria exigível uma conduta em obediência ao Direito.

Goldschmidt aperfeiçoou a teoria normativa da culpabilidade de Frank com a nova terminologia da norma de direito (parte externa da conduta) e da norma de dever (parte interna da conduta), sendo a norma de direito condicionada pela norma de dever. Observou Goldschmidt que o processo psíquico de motivação da norma é determinado pelo livre-arbítrio.

A teoria de Goldschmidt contribuiu para o desenvolvimento das concepções normativas da culpabilidade, ficando as bases dogmáticas para o reconhecimento das causas de justificação e do estado de necessidade, além de ter destacado seu conhecimento para a não exigibilidade de outra conduta na culpabilidade.⁷

Para Freudenthal era possível o reconhecimento da não exigibilidade de outra conduta para os crimes dolosos (*caso da Siciliana Terra Nova*) explicitados no texto desta tese, pois em relação aos crimes culposos (*caso Leinentänger*) já havia pronunciamentos favoráveis da jurisprudência e da doutrina naquele tempo.

Freudenthal teve o mérito de completar a teoria normativa da culpabilidade antes desenvolvida por Frank e Goldschmidt. Na opinião de Gonzalo Fernández:

O aporte principal se apóia em que, pela primeira vez, relaciona a exigibilidade com o poder atuar de outro modo (*anders Handeln können*). A culpabilidade, portanto, vem a ser a desvalorização da

⁷ MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 99.

atuação do agente, enquanto poder e dever de atuar de outra forma.⁸

Todavia, é com Welzel que a culpabilidade atinge o seu ponto mais alto com a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade para a ação. Com a extração dos elementos psicológicos da culpabilidade o dolo volta a ser naturalístico e a culpabilidade a partir de então a contar, apenas, com os elementos normativos (imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta conforme ao Direito).

A metodologia de Welzel radica nas estruturas lógico-objetivas que se circunscrevem na faculdade humana de reconhecer um valor em detrimento de uma relação causal, perdendo a culpabilidade suas características meramente descritivas para converter-se em um juízo de valor, que recai sobre a reprovação da realização de uma conduta.⁹

O giro dogmático do finalismo ganhou novos contornos pelo abandono da consideração abstrata da ação para uma consideração concreta, com base no substrato ontológico do conceito de pessoa, a partir da autodeterminação do dirigir-se ético-socialmente, rompendo, de vez, com o regime nacional-socialista, de matriz neokantiana.

Welzel não se desapegou, por completo, da teoria causal-naturalista, todavia, concebeu a ação como a atividade final e não causal. Em relação aos crimes culposos o autor do finalismo sofreu diversas críticas. Reformulando sua teoria Welzel afirmou que em tais crimes a finalidade é conforme o Direito e que

⁸ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 210.

⁹ *Idem*, p. 197-198.

o injusto não se realiza pela causação do resultado, mas pelos meios utilizados na execução da ação.

A objetividade do injusto da teoria clássica do crime é anulada pela noção do injusto pessoal, que concebe uma ação antijurídica como obra de um autor concreto, cujo injusto é determinado de modo decisivo por *el fin que el autor asignó ao hecho, la actitud em que lo cometió e los deberes que lo obligaban a este respeito, junto a la eventual lesión del bien jurídico*. [...].¹⁰

Com a evolução da teoria da culpabilidade a valoração da formação da vontade passou a ter a consideração de fundamento da culpabilidade como reprovação pelo fato de o autor de um fato típico e antijurídico não poder agir de outro modo, conforme o Direito. Foi nessa direção que a doutrina alemã passou a reconhecer a inexigibilidade de outra conduta como comportamento adequado à norma como princípio geral de exculpação, pois, no período posterior à Segunda Guerra Mundial foi necessária a formulação de um conceito ético-individual da culpabilidade para evitar a punição de quem, de acordo com as circunstâncias fáticas, não poderia motivar-se pela norma e evitar o crime.¹¹

Conquanto já se tenha advertido que a inexigibilidade de outra conduta não está compreendida na exigibilidade, por não serem conceitos simétricos, entre si, o juízo material de culpabilidade radica na reprovação, enquanto exigibilidade de motivar-se diante das normas.

¹⁰ MONREAL, Eduardo Novoa. **Causalismo y finalismo em derecho penal**. Segunda edición. Bogotá – Colômbia: Editorial Temis Librería, 1982, p. 117. No sentido de que o injusto tem um caráter predominantemente pessoal. V. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona. PPU. S.A, 1987, p. 261.

¹¹ P. JESCHECK, Hans-Henrich; WIEGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Granada: Editorial Comares, S.L., 1996, p. 541.

Assim é que a inexigibilidade de outra conduta, na seara de um Direito Penal Moderno, considera a causalidade como fator da ação natural; mas, é, sobretudo, na liberdade de ação do homem, como fundamento da dignidade do ser humano, que o Direito Penal leva em consideração a inexigibilidade de outra conduta por faltar ao agente, diante de um caso concreto, liberdade de motivação de acordo com as expectativas do dever normativo.

I – EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA CULPABILIDADE

1.1 Esboço histórico da investigação

Platão utilizou o termo *imputatio* quando tratou do seu diálogo sobre as leis quando fazia referência aos atos da natureza humana, em uma perspectiva moralista das riquezas, granjeadas no âmbito privado ou público. Ele falava da responsabilidade dos *maus* e *injustos* pela riqueza não venturosa. Na concepção de Platão os deuses não são culpáveis, isto é, não podem ser responsabilizados por ato do homem – pela ascensão do modesto à tirania – por ausência de juízo e incapacidade para o repúdio dos deuses.¹² Como exemplo contemplativo de suas ideias, no que tange ao aspecto moral de obediência à lei, até mesmo nas pequenas ações, Platão diz que o médico é responsável pelo corpo inteiro do doente e não só pelas partes grandes em detrimento da negligência dos membros e partes menores.¹³

O filósofo valora, *a priori*, o aspecto positivo da lei pela importância que esta deve exercer, dando-se ênfase, especificamente, no campo da pena, pela função imperativa da lei.¹⁴ Para explicar a imputação penal, do ponto de vista

¹² PLATÃO. **As leis ou da legislação e epinomis**. Tradução Édson Bini. Bauru: Edipro, 1999, p. 419.

¹³ *Idem*, p. 423.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica e seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

jurídico, os gregos utilizaram a palavra grega *aitia* com o significado de *causa*. Todavia, o termo *causa* em latim corresponde a *imputatio* e entre esses vocábulos houve uma aproximação semântica só que para os gregos *causa* significava *defesa* e para os romanos *imputação*.¹⁵

Por isso, é que se diz que a filosofia romana aproximou o termo *causa* de *imputatio* como prenúncio da ideia de produção de algo que feria a moral. De acordo com o significado das palavras *causa* e *imputatio* tornou-se possível estabelecer uma relação, pelos acontecimentos causais, a exemplo da transmissão da propriedade de uma coisa, pelo *nexo de atribuição* de um resultado, ligando o sujeito aos efeitos da produção de sua ação, pela consequência de uma imputabilidade moral definida na lei, que tinha como conteúdo uma sanção de caráter político e também jurídico.¹⁶

1.2 O conceito de pessoa de Aristóteles

Aristóteles separava, claramente, a ética da política, concebendo o homem como um animal político: *zoo politikon*, cuja expressão foi interpretada por Sêneca como *animalis socialis e, mais tarde*, Tomás de Aquino tomou-a no sentido de um homem enquanto ser de dimensão política e social: *homo est naturaliter politicus, id est socialis*¹⁷ capaz de dirigir seus movimentos pelo exercício das faculdades intelectual e volitiva.¹⁸

¹⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica e seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Prefácio Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 32.

¹⁸ Para Tomás de Aquino a ação provém da experiência que é atividade do ser, mas a ação é o ato segundo do ser, sendo a existência o ato primeiro do ser. AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Livro I. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2003, p. 71.

Aristóteles utilizou-se de ensinamentos lógicos para formular um conceito de pessoa humana, utilizando-se do gênero e da diferença específica. Para o filósofo o homem é um animal político: eis aqui o gênero ser animal e a diferença específica é a participação na *polis*. O caráter de humano não foi estendido por Aristóteles a todos os seres com patrimônio genético idêntico ao ser humano. Se o ser não participasse da *polis* poderia ser supra-humano, poderia até mesmo ser um ser divino, tendo natureza de ato puro; ou seria sub-humano, se escravo ou estrangeiro.¹⁹

Ao filósofo de Atenas se atribui a edificação de uma teoria da imputação, a partir do conceito de liberdade, base da fundação da ética do povo grego, ao lado da filosofia e da democracia. Aristóteles já estabelecia a distinção entre atos voluntários e não voluntários. A partir daí o Direito grego passou a distinguir a retribuição de um mal causado de uma retribuição por culpa em sentido amplo. Entretanto, a filosofia moralista grega exerceu tanta influência no Direito Penal romano que a ação antijurídica dos gregos, como enlace decisivo da culpa, fez com que os romanos abandonassem, de uma vez por todas, o princípio da responsabilidade pelo resultado²⁰, para debruçarem-se sobre a culpa enquanto elemento definitivo do produto da ação humana.

A filosofia Aristotélica radica, sobretudo, na noção de existência do homem, já que a democracia do Estado grego desenvolveu-se, sobretudo, pela ideia de liberdade (*prohairesis*). Não obstante isto, os gregos não conheceram o conceito de vontade que está ligado, intrinsecamente, ao de pessoa, apesar de haverem eles formulado o conceito de homem. A despeito desta definição Hegel afirma que

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 210. Nesse sentido GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 43. *In* BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade**: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**, *op. cit.*, p. 211.

²⁰ COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: historia, teoria y metodologia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 64. Na Roma antiga o escravo era considerado coisa:

Roma não poderia ter instituído uma definição de homem porque nela não poderia incluir o escravo e a existência deste seria uma ofensa àquela definição²¹ e o escravo apesar de ser humano era considerado como coisa – *servus res est*.

1.3 O livre-arbítrio

O apóstolo Paulo de Tarso, na Epístola aos Coríntios, já se referia à vontade como fonte do pecado: *nós não somos escravos da lei: o que nos salva não é nos comportarmos conforme ou não a lei. O que nos salva é a vontade de não querer violar a lei.*

O conceito de vontade tornou possível a formulação do conceito de pessoa a partir da concepção do Direito Canônico, no século IV por volta do ano 379, quando Constantino, Imperador de Roma, proclamou a liberdade religiosa e o Cristianismo passou de religião perseguida a religião permitida, inclusive, como religião oficial e exclusiva do Império dos Três Continentes²² por decisão de Teodosio, ainda no século IV, por volta de 381.²³

A sistematização do conceito de vontade, todavia, deu-se por obra de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, a partir da noção de livre-arbítrio, arraigado na ideia do bem e do mal. Agostinho, de seu turno, utilizou a expressão *desiderato* para designar a vontade. Para Agostinho a fonte do pecado moral não está no uso da liberdade, mas no abuso. O pecado, segundo afirma, não pode ser imputado sem a vontade divina, porque pela livre vontade se pode cometer um

²¹ HEGEL. **Princípios de filosofia do direito**. Lisboa: Guimarães Editores, Lda., 1986, p. 18.

²² MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo segundo y último. Traducción del Alemán por P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, pp. 86-87.

²³ SEBASTIAN, Soler. **Derecho penal argentino**. Tomo I. Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina, 1978, p. 55. Por óbvio os gregos nem de longe formularam um conceito de culpabilidade como reprovação à pessoa. A ideia de pessoa foi fruto de uma criação da filosofia cristã, conforme dito acima.

mal por subordinar a vontade às paixões ou ter como satisfação pessoal os bens escolhidos pela fé Divina. Assim, uma coisa ou outra somente é possível pela opção livre de nossa vontade²⁴ e esta, embora má, não pode escapar da providência de Deus.

Aquino utiliza-se da palavra *ação* – *lato sensu* – como sinônimo de operação (*opus, operatum*) significando imputação, responsabilidade, como expressão de uma *ação*, predicado do sujeito ou a consumação do ser e a realização do seu fim.²⁵

1.4 Dolus malus e dolus bonus

É recorrente, na História do Direito, que os Romanos não formularam uma teoria geral da culpabilidade. Não obstante, eles conheceram o dolo: *dolus malus* e *dolus bonus*. *Scielo dolo malo* era compreendido como a vontade aliada a um mau propósito, enquanto o *dolus bonus* significava a sagacidade de um indivíduo em obter lucro em uma relação comercial. De qualquer modo, o *dolus malus* significava um comportamento antijurídico acompanhado pela consciência da vontade do que é querido e de sua ilegalidade.²⁶

Com o desenvolvimento do Direito Canonista a expressão *dolus* era tomada por vontade. *Dolus malus* significava vontade aliada a um mau propósito, ou seja, vontade com a consciência da contrariedade à moral da época, ou em

²⁴ AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira. rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995, p. 14.

²⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Livro I. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2003, p. 71. Em um plano secundário a palavra *ação* também poderia significar, por acidente, a substância, como predicamento, mas não como predicado de operação. *Idem, ibidem*.

²⁶ BINDING, Karl. **Compendio de diritto penale**: parte generale. Prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927, p. 212: *um volere antigiuridico accompagnato della coscienza de cio che si è voluto e della sua illegalità*.

termos modernos, 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 considerada boa; uma virtude e não uma ação contrária à moral.

Não era por outra razão que Celso, jurista romano, dizia que o direito era a arte do bom e do eqüitativo (*ius ars boni et aequi*).

Para Mommsen o *dolus* - como ofensa intencional - foi concebido pela jurisprudência nos primeiros tempos da República Romana como uma violação a uma lei moral de Direito Civil ou de Direito Penal. Já a culpa violava a lei moral pelo descuido ou negligência culpável.²⁷

O *dolus*, enquanto vontade delituosa, aplicado no campo de qualquer direito, era designado na linguagem jurídica dos romanos pela palavra *astúcia*, corroborada, na maior parte das vezes, pelo adjetivo mau, significando *astúcia má*, *dolus malus*, exercida com a consciência da injustiça, pela *sciens*.²⁸

1.5 Imputatio facti e imputatio iuris

Na Roma antiga o vocábulo *imputatio*, termo técnico-jurídico, tanto poderia significar imputabilidade quanto culpabilidade em um sentido *lato*, como afirma Contardo Ferrini.²⁹ A história do povo romano – que durou cerca de dez séculos –

²⁷ MOMMSEN, Teodoro. **El Derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, pp. 95-96.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano**. Milano: Editore-Librário Della Real Casa, 1899, p. 72. Para o autor o termo *imputatio* era um termo técnico comum na linguagem jurídica romana.

confunde-se com a história da dogmática do Direito Romano, calcada na doutrina e na legislação da época.³⁰

Saliente-se, contudo, que a construção de uma teoria do conceito de crime é deveras recente e data do século XIX. Anteriormente a esse marco tão importante para o Direito Penal, conforme Bustos Ramírez, o Direito Penal só conhecia a distinção entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*³¹, isto é, a *imputatio facti* correspondia à ação humana (*vis corporalis*) e a *imputatio iuris* à ilicitude que recaía sobre esta ação, por subsunção, por ofensa à moral. Até então não se cogitava da sistematização de um conceito de culpabilidade, como um conceito autônomo de crime, na perspectiva da dogmática jurídico-penal.

A *imputatio* bipartia-se em *imputatio facti* – consistente na imputação objetiva de um resultado ao autor e *imputatio iuris* – imputação subjetiva que, do ponto de vista normativo, significava a possibilidade de subsumir um comportamento proibido na norma, pela interpretação que os juristas práticos faziam do Direito Romano. Todavia, a doutrina de fala Alemã utilizou, apenas, o conceito de *imputatio iuris* com o significado de dolo ou culpa.

O Direito Romano tinha como fonte os costumes e os valores morais daquela sociedade estabelecida, de certo modo tão arraigados, que Mommsen

³⁰ IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 44.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. 3. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1989, p. 131. In BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 13. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 205. Confirmados os vínculos causal e psicológico a imputação do fato estava definida (*imputatio facti*), restando a contrariedade do fato em confronto com o ordenamento jurídico (*imputatio iuris*) para legitimar a punibilidade. GUARINI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

afirma que o sistema penal não podia ser outro, senão o da lei moral conduzida pela lei política.³²

1.6 A imputabilidade

A capacidade de imputabilidade do homem como sujeito de pertença à soberania do Império Romano apresentava variações diversas e singulares. De início, os seres inanimados não poderiam sofrer uma pena como uma coisa que tivesse causado um dano a um homem. Todavia, os animais domésticos tinham capacidade de imputabilidade e, tal como o homem, eles estavam sujeitos a uma pena privativa de liberdade pelas prescrições familiares de punição doméstica e o proprietário do animal também era responsável pelo seu abandono e pelo dano, porventura, causado a um terceiro.³³

Naquele sistema jurídico-penal ao morto não se lhe imputava uma pena, mas, do ponto de vista do direito privado e pela prática de certos crimes graves havia consequências patrimoniais e desonrosas pelos fatos praticados em vida, cuja sanção era suportada pelos herdeiros ou por quem ocupasse o lugar do morto na sucessão.³⁴

³² MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira parte. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, p. 72.

³³ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira parte. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, p. 73. Entre os séculos XIII e XVII, por influência das ideias religiosas não era desconhecido o processo de punição a animais com o objetivo ou de chamar à responsabilidade o proprietário do animal ou exorcisar o espírito maligno do mesmo. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 189. Com a teoria da lesão bastava o dano sofrido para legitimar a punição de um raio, de um animal, por exemplo. Cedo o legislador descobriu que a ação do homem era evitável enquanto que aquelas produzidas pela natureza ou por um animal eram consideradas inevitáveis. BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**: versão portuguesa do original italiano. Campinas: Red Livros, 2000, p. 318.

³⁴ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**: primeira parte. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, p. 75.

O Direito Penal romano não punia pessoas desprovidas de imputação, por ausência de capacidade de agir. Por exemplo, os que não tinham capacidade plena de discernimento, porque não adquiriram a puberdade ou não tinham idade suficiente para contrair matrimônio... Não obstante, houve um período em que a antiga lei moral romana só respeitou os atos praticados antes da puberdade ou certa idade viril para impor a pena capital.³⁵

O infante, com idade inferior a sete anos não era imputável, por falta de discernimento, porém, passada essa idade poderia ser punido se provado que agiu com discernimento. Todavia, conforme Mommsen não era fácil condenar crianças com pouca idade. Em Roma, também não se imputava um castigo penal àquelas pessoas que não gozassem de plena saúde mental.³⁶

Os romanos já se preocupavam com os estados de inimputabilidade e semi-imputabilidade e por essa razão eles compreendiam que o agente que praticasse um fato em estado de ebriedade ou de paixão deveria ter atenuada a sua culpabilidade.

Por fim, estavam excluídos da lei penal romana todos aqueles que estivessem sujeitos a uma obrigação ou permissão legal, como o cumprimento de um mandato superior ou por uma condição de sujeição à obediência.

Pufendorf, com supedâneo no direito natural, desenvolveu um conceito racionalista para compreensão do homem, diferentemente dos animais, como um ser capaz de ação: *o impulso interior se move pela ação* – da inteligência que se chama vontade e, por isso mesmo, só pode ser culpável aquele homem que age

³⁵ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**: primeira parte. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, pp. 83-84.

³⁶ *Idem, ibidem.*

com desejo e não com ignorância não superável do seu ato, pois não se pode imputar uma ação a quem não está no uso perfeito da razão.³⁷

O conceito histórico de ação, desenvolvido, inicialmente, por Tomás de Aquino, firma suas raízes em Aristóteles. Pufendorf não compreendia uma ação humana desprovida de movimentos inerentes à capacidade humana, dirigida, sobretudo, pelo intelecto e pela vontade (*de officio hominis et civis*), rechaçando qualquer movimento corporal do homem que não pudesse ser interpretado como um agir livre e inteligente, dentro de uma subjetivação da vontade, que é o motor do movimento da liberdade.³⁸

Pufendorf, seguindo o pensamento de Aristóteles, aprofundou suas investigações sobre as estruturas materiais da imputação contribuindo, inclusive, para a ciência jurídica e para o Direito Penal da época com os conceitos de imputação e de ação, demarcando, inclusive, as ações humanas de meros acontecimentos fortuitos causais.³⁹

Nesta ordem de ideias, é na vontade que reside o *gérmen* da culpabilidade. Com efeito, os romanos, apesar de não terem formulado uma teoria geral da culpabilidade encontraram na imputabilidade um juízo de responsabilidade

³⁷ PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 18 *et sequi*. Pufendorf abebera-se do pensamento de Hugo Grotius que compreendia a pena como algo natural com uma característica utilitarista de mal pelo mal. Grotius definiu a pena como *um mal de passividade que é infligido por causa de um mal de atividade*. **O direito da guerra e da paz** (de jure belli ac pacis). Introdução de António Manuel Hespanha. 2. ed. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2004, p. 781.

³⁸ PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 18 *et sequi*. A vontade subjetiva ou moral é abstrata. A liberdade em si é a essência da vontade. Conforme Hegel, *opus citatum*, p. 97 *et sequi*.

³⁹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica e seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18, p. 21.

pessoal, conforme visto alhures, ao conceituar o *dolo malo sciens* como a vontade aliada a um mau propósito com a consciência da antijuridicidade.

A teoria da imputação, que tanto impulsionou a teoria da ação, foi transportada do pensamento humanista para o Direito Natural, em uma perspectiva científica, por obra de von Böhmer (1704-1772)⁴⁰, impregnando todo o pensamento dogmático do século XIX, máxime, as ideias de Binding, ressaltando-se, ainda, que os hegelianos colocaram, novamente, no centro do debate penal as ideias de Pufendorf, *enquanto vontade (livre) realizada por um sujeito imputável*.⁴¹

1.7 A responsabilidade objetiva (*versari in re illicita*)

O aforismo latino: *versari in re illicita* – responsabilidade objetiva (pelo resultado) desenvolvida nas hostes do Direito Canônico é derivado do princípio *versanti in re illicita imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*. Com a secularização desse instituto, segundo Jimenez de Asúa a *culpa* – instituída pelos romanos – superou a um só tempo, não só a responsabilidade pelo resultado danoso, como também a culpa moral dos gregos.⁴² Assim, a *culpa*, no sentido de culpabilidade, designava um sentido ambivalente de imprudência ou negligência.⁴³ Antes da República, porém, o vocábulo culpa tanto poderia significar imputabilidade como culpabilidade.⁴⁴

⁴⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 45.

⁴¹ *Idem, ibidem*.

⁴² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 6 *et sequi*.

⁴³ *Idem, ibidem*.

⁴⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 14. O termo culpa, em Roma, era uma forma reduzida do gênero culpabilidade, tanto na filosófica histórica quanto na linguagem usual. A culpa, como uma forma reduzida da culpabilidade compreende um grau que é precisamente oposto ao dolo em sua

Com efeito, a história do Direito Romano – desde a vigência da Lei das XII Tábuas até o declínio do Império Romano, precisamente até o *Corpus Ius Civilis* do Imperador Justiniano, no ano 528, experimentou três sistemas de Direito, a saber: 1) início da construção do seu Direito em uma concepção primitiva de sistema; 2) no segundo momento houve a separação entre Direito e religião, indivíduo e Estado; 3) com a expansão do Império Romano, abrangendo três continentes, Roma consolidou o direito internacional.⁴⁵

O Direito Romano também cuidou de separar os delitos privados dos delitos públicos e, por esta razão, havia no seu sistema jurídico a divisão entre procedimento civil e criminal⁴⁶, este último para punir os crimes de maior gravidade, crimes públicos, a exemplo do *perduellio* – crime contra o patrimônio público ou contra os governantes e a própria existência da cidade e o procedimento civil para punir crimes de menor gravidade envolvendo particulares.

O povo romano adotava como norma de conduta a moral, porquanto o seu Direito era, essencialmente, costumeiro. Em um caso concreto o pretor, um prático magistrado, artífice da lei iria construir uma decisão boa e justa.⁴⁷

Na Roma o exercício da religião era função de Estado e isso se verificou até pouco antes da reforma do segundo sistema jurídico em que o Estado Romano rompeu os laços até então mantidos com a religião. O Direito Romano

plenitude. Todavia, de maneira ambivalente, ambos são conceitos subsumíveis ao conceito superior de culpabilidade. RIPOLLÉS, Antônio Quintano. **Derecho penal de la culpa**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958, p. 1. Todavia, adverte Achenbach que a culpabilidade, enquanto conceito, estritamente sistemático, é bastante novo na dogmática jurídico-penal e data do século XIX. In, COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: história, teoría y metodología. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 62-63.

⁴⁵ *Idem*, p. 66 *et sequi*.

⁴⁶ IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 54.

⁴⁷ O pretor, antes de assumir o cargo de julgador, publicava seus próprios editos. Não obstante, como o direito era calcado no costume – *consuetudo est altera lex* – ele tinha, em um caso concreto, amplas possibilidades para julgar. Poderia, inclusive, negar vigência ao seu próprio edito para construir uma decisão boa e justa.

impregnado, sobretudo, de uma moral religiosa transpôs as fronteiras do seu magnífico Império e aportou na Alemanha. Vale lembrar que por volta do século XIII o direito Alemão era submisso à Administrado da Igreja.⁴⁸

Como mostram os documentos das castas primitivas, o Direito Romano, nos primórdios do seu desenvolvimento e sistematização, não fazia distinção entre norma jurídica e norma moral-religiosa, como demonstra Jürgen Baumann, porque ambas brotavam de uma mesma raiz comum: o Estado.⁴⁹ Deste modo, a metodologia da separação somente ocorreu com o rompimento dos laços existentes entre Estado e Religião, por volta do século VI, a.C.

A culpabilidade correspondente à responsabilidade deveria abandonar o conceito moral, porquanto sempre reclamou uma *desmitologização* e *secularização* do Direito Penal.⁵⁰ A culpabilidade, segundo afirma, estabelece uma relação jurídico-social que advém de um comportamento reprovado pela sociedade, pelo cometimento de um injusto penal e não pela *condição de vida ou de caráter*, sem se levar em consideração a liberdade ou não de o indivíduo poder agir de outro modo.

⁴⁸ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 2. Em oposição ao pensamento de Savigny, para quem o direito sirva à moralidade, não porque executa seus preceitos, senão porque assegura a livre evolução de sua força, inerente ao indivíduo, p. 12. JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 83. Na Alemanha a Igreja foi responsável pela recepção prática do Direito Romano. Embora a Igreja adotasse o Direito Canônico, utilizava como fonte secundária o Direito Romano. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 118.

⁴⁹ BAUMANN, Jürgen. **Problemas reales de una reforma del derecho penal y problemas aparentes**. Libro Homenaje A Jose Peco. Ed. Universidade de La Plata, [s/d], pp. 8-37. Norma penal e moral tinham raízes similares nos sistemas penais arcaicos e primitivos. BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a al sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 2.

⁵⁰ BAUMANN, Jürgen. **Problemas reales de una reforma del derecho penal y problemas aparentes**. Libro Homenaje A Jose Peco. Ed. Universidade de La Plata, pp. 8-37.

Argumenta Manzini que uma conduta moral ou imoral é indiferente ao Direito até porque a moral é imanente ao sujeito e, assim, é pressuposto. Tanto a moral quanto o Direito possuem sanções distintas, por vezes, as sanções morais, aplicadas pelo grupo social, às vezes, são até mais graves que as sanções do Direito, aplicadas pelo Estado. É, justamente, na tensão existente entre esses conceitos, para a convivência pacífica do agrupamento social, que o Direito corresponde *ao mínimo ético da sociedade*.⁵¹

De fato, a sociedade enquanto macrossistema necessita do Direito – microssistema – como o mínimo do mínimo ético para que a referida sociedade possa continuar existindo. Para George Jellinek:

Considerado objetivamente, o Direito representa as condições de conservação da sociedade, tanto quanto estas condições podem depender da vontade humana; por conseguinte, o *minimum* de existência das normas éticas visto subjetivamente, é o *minimum* de atos morais que a Sociedade exige de seus membros.⁵²

Para Cláudio Brandão a culpabilidade moral e a culpabilidade religiosa não podem servir de fundamento para uma concepção jurídica de culpabilidade, *verbis*:

A culpabilidade jurídica é, em verdade, uma culpa social-jurídica, pois advém da possibilidade de um comportamento socialmente

⁵¹ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, pp. 28-30.

⁵² JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Malbatros, 1954, p. XXV. Conforme Miguel Reale a teoria do mínimo ético foi desenvolvida, inicialmente, pelo utilitarista inglês Jeremy Bentham e depois foi objeto de estudo de Georg Jellinek. Para Reale a teoria do mínimo ético pode ser representada por dois círculos concêntricos um de maior diâmetro, onde se situa a Moral e outro de menor diâmetro, onde se situa o Direito. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 4. tir., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42. Ainda, esses círculos não formam um compartimento divisório, pois ambos se comunicam em um campo comum.

responsável, a saber: o sujeito deve direcionar-se conforme as exigências da sociedade.⁵³

A culpabilidade somente pode ter como resposta uma pena, como reprovação, pelo comportamento exterior do agente e não pelo seu pensamento, pois a índole psicológica, por si só, não pode ser punida: *cogitationis poenam nemo patitur*.⁵⁴ O que se pune, efetivamente, é a ação que modifica o mundo exterior e não o pensamento, enquanto processo abissal. Não é por outra qualquer razão que a culpabilidade jurídica é uma categoria autônoma e livre de valorações morais ou religiosas.⁵⁵

1.8 Recepção do Direito Romano pelo Direito Alemão

A recepção do Direito Romano foi um dos fenômenos mais importantes para a história do Direito. Não fosse ela, certamente, a história seria contada de forma diferente. A recepção foi de grande importância para a História da Humanidade, porque serviu de ponte para o intercâmbio de diversas civilizações e culturas. O processo de assimilação, ou seja, de recepção do Direito Romano pela Alemanha verificou-se na Idade Média, fins do século XV e século XVI.⁵⁶

⁵³ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

⁵⁴ NUÑEZ, Ricardo C. **La culpabilidade em el código penal**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. 27. Para o autor pode haver crime sem culpabilidade, sem castigo, todavia, não pode haver culpabilidade sem o seu autor.

⁵⁵ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Teoria general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tomo I. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 583. Há instâncias distintas deveres: os deveres morais e éticos instalam-se no íntimo dos indivíduos e alcançam intenções e propósitos enquanto que o dever jurídico descreve princípios no sentido de se evitar uma ação, segundo Habermas, o sentido indica ou propõe *normas ou pautas de conduta*. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razones para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 60.

⁵⁶ BAPTISTA, Sílvio Neves. **Recepção do direito romano**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975, pp. 7-8.

A recepção do Direito Romano na Europa ocidental e central, na observação de Franz Wieacker constituiu um fenômeno de expansão especial nos aspectos científico e social. A Alemanha, especialmente, foi favorecida, depois de certo atraso inicial, sobretudo, porque ela entrou na Idade Média marcada pelo arcaísmo, fruto da herança do império Carolíngio. Todavia, com a dissolução do poder central, houve o encontro de uma cultura jurídica espontânea, provocando a assimilação de um direito estrangeiro pela Alemanha, mais duradoura que na Europa central e meridional.⁵⁷

Não obstante, para René David, o sistema de direito romano-germânico, do ponto de vista científico, surgiu no século XIII, sobretudo, pelo renascimento do estudo do Direito Romano nas universidades.⁵⁸ Para Ricardo de Brito a codificação do direito e dos primeiros códigos penais foi produto das concepções dos ideais liberais, fruto da separação dos poderes do Estado e do princípio da reserva legal, correspondente a um desiderato de *racionalização* do direito penal.⁵⁹

Para Savigny o Direito Romano tinha grande afinidade com o Direito comum da Alemanha e na época imperial cada Estado obedecia a um poder duplo, de cuja influência desenvolveu um duplo Direito: o Direito territorial e o Direito Comum. Para o renomado jurista:

⁵⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp.11, 12 e 98.

⁵⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35. Na Alemanha o Direito Romano exerceu muita influência, sobretudo, nos anos de 1100 e 1450 com a evolução do Direito Penal alemão no medievo, culminando com a criação de um dos instrumentos jurídicos mais notáveis daquele época: a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1523 que permaneceu como Direito Penal da Alemanha até o advento da codificação. BRITO, Ricardo de. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 37.

⁵⁹ *Idem*, p. 131.

Dito direito comum não era outra coisa que o direito romano atual considerado em sua aplicação particular na Alemanha, é dizer, com as modificações que se têm experimentado.⁶⁰

No âmbito do Direito Penal, especificamente, o movimento teve início de Worms em 1498 com as Ordenanças dos Tribunais para o Território de Tirol, em 1499. Todavia, o auge da reforma foi atingida com a *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 e *Constitutio Criminalis Carolina* ou *Peinliche Gerichtsordnung (PGO)* vigindo a partir de 1532. Registre-se que a *Constitutio Carolina* foi o único Direito Penal do Reich até 1870, constando de 219 artigos dos quais 70 tratam do Direito Penal substantivo. Demais artigos dizem respeito ao Direito Penal formal ou objetivo, isto é, do procedimento organizacional dos Tribunais.⁶¹

Com o fenômeno da recepção vários princípios do Direito Romano foram incorporados ao Direito Alemão. Todavia, após a queda do Império Carolíngio, a Alemanha experimentou um sistema político próprio, distanciando-se do Direito Romano.

Assim, antes do desenvolvimento de uma teoria da culpabilidade, havia a distinção entre imputação objetiva (*imputatio facti*) e imputação subjetiva (*imputatio iuris*) substituídas pela dogmática alemã, ao tempo da *Constituto*

⁶⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano atual**. Granada: Biblioteca Comares, S.L. 2005, p.2.

⁶¹ A aplicação do Direito Romano foi o resultado dos juristas humanistas das cidades cultas do sul da Alemanha a exemplo de Basileia, Worms, Frankfurt e Nuremberg e Friburgo na Brisgona e, ao norte, Lüneburg. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespânia. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 155. BAPTISTA, Sílvio Neves. **Recepção do direito romano**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975, pp. 7-8.

Criminalis Carolina, de 1532, pelos conceitos de dolo e culpa⁶², em uma perspectiva científica do Direito Penal.

1.9 Antijuridicidade objetiva e culpabilidade

Rudolph von Ihering, nas suas investigações no âmbito do Direito Romano, conseguiu isolar a culpa civil da culpa penal – antijuridicidade objetiva e culpabilidade. Para o autor a existência de uma relação jurídica do credor com o seu devedor rendia ensejo à atuação da justiça privada, mas não à vingança, posto que esta se relacionava à justiça do povo no desiderato de impor respeito à moral popular ofendida.⁶³

Para Jescheck, Rudolph v. Ihering foi o primeiro autor que nos idos de 1867 desenvolveu o conceito de antijuridicidade objetiva para o direito civil, demonstrando que a culpabilidade em certas infrações jurídicas não desempenhava nenhum papel para derivar uma consequência perante o Direito.⁶⁴

Afirma Zaffaroni que o conteúdo ilícito de uma conduta não pode prescindir de uma teoria da pena. Assim, a teoria do ilícito penal se utiliza de conceitos que o Direito Penal reconhece, todavia, tais conceitos provêm de outros campos

⁶² JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 180. COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: história, teoria y metodologia. Valência: Tirant lo Blanch, 2006 p. 63. No mesmo sentido, veja-se MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. ed. Alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p. 204.

⁶³ IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 1998, pp. 99-101. Para Juarez Tavares a pesquisa de Ihering tornou possível estabelecer diferenças e respectivas consequências entre um ato ilícito civil de um ato culpável criminalmente. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.147.

⁶⁴ BAPTISTA, Sílvia Neves. **Ensaio de direito civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 55.

jurídicos, em especial do direito privado. Reconhece o autor que a primeira distinção entre antijuridicidade e culpabilidade foi operada por Ihering.⁶⁵

É inegável que a evolução do Direito Penal na Alemanha foi produto da *germanização* do Direito Romano com uma nova interpretação e re-elaboração científica do Direito penal italiano da baixa Idade Média, por obra dos glosadores e pós-glosadores, destacando-se Albertus Grandinus (1300) e Angelus Argentinus (1450).⁶⁶

Todavia, essa divisão foi estabelecida muito antes do conceito de antijuridicidade formal de Binding: o crime contrário à norma e não à lei⁶⁷; do conceito de injusto de v. Liszt: crime é o injusto praticado e contra o qual o Estado comina uma pena e o injusto, quer se trate de delito do Direito Civil, quer se trate do injusto criminal, corresponde a uma ação culposa e contrária ao direito.⁶⁸ Distante, também, estava da teoria dos elementos negativos do tipo de Adolf Merkel: *son caracteres constitutivos de los delitos solamente aquellos caracteres eu presupone la ley penal [...]*.⁶⁹

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 231.

⁶⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 83.

⁶⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.147.

⁶⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução e comentários José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. 1. ed. Campinas: Russell, 2003, p. 209. O crime, enquanto injusto, é ilegal do mesmo modo que a infração de uma norma do Estado, cujo preceito pode ser proibitivo ou imperativo no âmbito do ordenamento jurídico. *Idem*, p. 219.

⁶⁹ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 35. Ver também: TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.147. Para o Prof. Cláudio Brandão a lei é o limite negativa de incriminação e tudo aquilo que não está na lei como crime não pode ser valorado como tal. Assim, um fato somente poderá ser criminoso se previsto em lei. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Ano 1. Volume 1. Julho-dezembro e 2004, pp. 171-184. Para Mezger são circunstâncias negativas do fato aquelas que tem como consequência uma causa de justificação. MEGZER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1956, p. 25.

Para a dogmática penal alemã a expressão *imputatio iuris* – que correspondia, ao mesmo tempo, às expressões dolo e culpa - relacionou o termo *Schuld* no sentido de averiguar-se se o autor de um fato deveria ser considerado culpado e merecedor de uma pena.⁷⁰ *Schuld* seria, assim, *um abuso da liberdade de vontade*.⁷¹ Foi desta maneira que a expressão *imputatio*, originária do Direito Romano, inicialmente concebida pela doutrina Alemã como *Schuld* passou a ter o significado de culpabilidade.⁷²

O conceito de culpabilidade em uma dimensão científica é relativamente novo. Coube a Binding, em 1827, em sua magna obra: *Die Normen und ihre Übertretung* o mérito de utilizar o termo *Schuld*⁷³ com o significado de culpabilidade e este marco histórico possibilitou a superação da *imputatio* dos romanos pela culpabilidade da moderna dogmática alemã. Tal acontecimento repercutiu no aparecimento de uma nova metodologia para explicar o conceito jurídico de culpabilidade.

Binding parte da premissa de *imputatio iuris* para o desenvolvimento da culpabilidade – *Schuld*. Além disso, ele analisa os problemas de imputação subjetiva e objetiva do fato a título de dolo – *Vorsatz* ou de culpa – *Fahrlässigkeit*.⁷⁴

Não obstante, com Binding, a culpabilidade, em sentido amplo, passou a ser reinterpretada, de forma confusa, ora como culpabilidade mesma, ora

⁷⁰ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 32.

⁷¹ *Idem*, pp. 32-33.

⁷² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral. Tomo I. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 259.

⁷³ *Idem*, p. XI. Binding ao utilizar o vocábulo culpabilidade assinalou que dolo e a imprudência são aspectos da decomposição deste mesmo termo. CARLOS AGUINAGA, Juan. **Culpabilidad**: nulla poena sine culpa, diversas concepciones, imputabilidad, dolo avalorado o desvalorado. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 36.

⁷⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 33.

significando, também, imputabilidade, conquanto a nova terminologia do conceito não se despojou, completamente, da velha roupagem da *imputatio* dos romanos.⁷⁵

Como assevera Achenbach a substituição do termo *imputatio* por *Schuld* não teve repercussão imediata visto que, à época do Direito comum a dogmática alemã, seguindo as pegadas do próprio Direito Romano, já se utilizava dos conceitos dogmáticos de *dolo* e *culpa*. Todavia, foi somente no final do século XIX com a teoria da culpabilidade ou teoria da imputação individual, como categoria dogmática, com os contornos científicos de Frank, que a culpabilidade, como categoria sistemática do delito, passou a ocupar o lugar antes ocupado pela *imputatio*.⁷⁶

Com a substituição da *imputatio* pela culpabilidade Binding deu o primeiro passo para que Liszt, no último quartel do século XIX, aperfeiçoasse a teoria do crime, com a separação dos elementos normativos: antijuridicidade e culpabilidade, contando com os préstimos de Beling para o desfecho da sistematização clássica da teoria do crime.

Liszt, partidário dessa escola, define a ação como a modificação do mundo exterior, causada ou não impedida pelo *resultado* da comissão ou da omissão, isto é, em termos gráficos a ação é o movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior.⁷⁷ Resumidamente, o resultado configura-se como a mudança que ocorre no mundo exterior, causada ou não impedida por comissão

⁷⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 40.

⁷⁶ COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: história, teoria y metodología. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 62 e 63. Para este autor Binding edificou sua teoria de delito com base na ação de Hegel, com a implicação de que Binding não construiu uma categoria autônoma, analítica, mas, tão-só valorativa, separada da infração objetiva da norma, como depois faria v. Liszt com a construção da antijuridicidade, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 218.

ou omissão.⁷⁸ Segundo Liszt não é suficiente que o resultado, enquanto ato de vontade possa ser, objetivamente, imputado ao agente; faz-se mister também que ele encontre a ligação subjetiva na culpa.⁷⁹

Já Ernest von Beling deu vida autônoma ao tipo (*Tatbestand*) correspondente ao *fattispecie* da doutrina italiana da idade média, binômio de duas palavras latinas (*species et facti*) – ao descrever a ação como um comportamento corpóreo (fase externa-objetiva) produzido pelo domínio sobre o corpo (pela inervação muscular voluntária) e (fase interna-subjetiva) que consiste em um fazer: ação positiva (comissão) ou um não fazer: (omissão) pela distensão muscular.⁸⁰

Mezger, por sua vez, nega a autonomia do tipo penal condensando, na sua definição de crime na antijuridicidade: *delito é a ação tipicamente antijurídica e culpável*.⁸¹ Para o autor o tipo fundamenta a antijuridicidade. Ao contrário de Mayer, Mezger concebe o tipo como a *ratio essendi* da antijuridicidade⁸², ou seja, seu pressuposto.

O conceito descritivo do tipo penal levado a efeito por Beling cai por terra em face da descoberta dos elementos normativos do tipo por Ernest Max Mayer,

⁷⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 194.

⁷⁹ *Passim*, p. 249.

⁸⁰ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 20. Todavía, para a ação humana ser punida, afirma Beling, deve contrariar objetivamente o ordenamento jurídico correspondente a determinado Estado: *La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presuposto general de la punibilidad*.

⁸¹ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. Traducción de la 2. ed. Alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz.. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, p. 163.

⁸² *Idem*, p. 308. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 136.

Mezger e Grünhut como se pode exemplificar com a interpretação do elemento normativo *coisa alheia* no furto.⁸³

Liszt, baseado nas mesmas premissas metodológicas de Ihering trata o injusto criminal e o injusto civil como ações culposas. Ele se distancia da velha teoria da imputação ao separar, nitidamente, a antijuridicidade de um lado e a culpabilidade de outro. Conforme Liszt, para além do nexos de causalidade, faz-se mister que se encontre um vínculo subjetivo na culpabilidade, para quem *culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido*.⁸⁴

Sendo assim, a teoria da imputação, enquanto categoria da ação para os romanos, com Liszt ganha os contornos de uma categoria da teoria do delito de forma sistemática com a metodologia que separava o ilícito civil da culpabilidade.⁸⁵ De sorte que, com Liszt e Beling os conceitos da dogmática jurídico-penal da culpabilidade foram, claramente, diferenciados do de antijuridicidade, sendo que o dogma inicial da separação trata a antijuridicidade como momento objetivo e a culpabilidade como momento subjetivo.⁸⁶

Liszt e Beling completaram o conceito formal tripartido de crime, dando um passo significativo, no sentido de se distanciarem da vetusta teoria bipartida da imputação⁸⁷, pois Liszt separou os elementos objetivo e subjetivo do crime –

⁸³ MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 34. Depois os elementos subjetivos do injusto foram desenvolvidos por Fischer, Nagler e Hegler. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 134.

⁸⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 249.

⁸⁵ COUSO SALAS, Jaime, *opus citatum*, pp. 72-73. Para este autor a separação entre injusto e culpabilidade levada a efeito por Ihering somente produziu consenso com Liszt. *Loc. cit.*, p. 73.

⁸⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. Parte I. el hecho punible. Traducción de la 2. ed. alemana de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, p.163.

⁸⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 181. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 38.

antijuridicidade e culpabilidade e Beling tratou de criar o tipo como elemento conceitual-descriptivo e objetivo do crime.

Para Liszt toda a carga objetiva estava na antijuridicidade e toda a carga subjetiva, psicológica, na culpabilidade. Com a ideia de Beling o tipo desempenha apenas uma função objetiva como a adequação a um catálogo, ao qual concorrem a antijuridicidade e a culpabilidade⁸⁸, separando-se, de um lado os elementos objetivos do crime: tipicidade e antijuridicidade e, de outro, a culpabilidade, como elemento subjetivo.

Mayer manteve a divisão teórica dos elementos do crime em três partes: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade⁸⁹, para quem metodologicamente os tipos penais em sua relação à antijuridicidade desempenhavam uma função indiciária, ou seja, de fumaça e fogo, é dizer, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.⁹⁰

A conduta humana estava situada na parte exterior, objetiva e qual a consequência disto? Ora, na ação não se leva em conta o conteúdo da vontade do sujeito e, por conseguinte, seus aspectos normativos, em razão de o conteúdo da vontade deslocar-se para a culpabilidade.⁹¹ Assim, a ação seria cega, vinculada apenas, a movimentos causais e os elementos psicológicos dolo ou culpa seriam aferidos, tão somente, na culpabilidade.

⁸⁸ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 37.

⁸⁹ MAYER, Max Ernst. **Dereho penal**: parte general. Traducción Sergio Polotoff Lifschitz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 227. Veja-se, ainda, WOLF, Erik. **Las categorías de la tipicidad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 11.

⁹⁰ *Idem*, pp. 12 e 64.

⁹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 16.

Na concepção de Frank, von Liszt ao tratar a culpabilidade como responsabilidade pelo fato realizado de forma ilícita, cria uma confusão entre o fato e a consequência jurídica, causando um círculo vicioso.⁹²

Segundo Frank, v. Liszt se baseia em uma confusão entre o fato e a consequência jurídica. Baseado na teoria de v. Liszt indaga Frank: quando uma pessoa é penalmente punível por seu comportamento? A ciência responde: quando seu comportamento é culpável. Quando seu comportamento é culpável? Responde v. Liszt: quando a pessoa é responsável por seu comportamento.⁹³

Pela crítica tecida por Frank se a definição de v. Liszt coincidir a responsabilidade sem culpabilidade seria totalmente inimaginável e, assim, a diferença tão bem construída entre o princípio da responsabilidade culpável e a responsabilidade objetiva desmoronaria.⁹⁴ Como é sabido Frank aperfeiçoou a ideia de culpabilidade como reprovação e não como responsabilidade.

Para o segundo Liszt a responsabilidade é, agora, apenas, culpabilidade em sentido formal. Porém, o conceito tomado em sentido material deve significar a falta de sentido social do fato, todavia, este conceito é impreciso e está sujeito à crítica, porquanto a doutrina dominante vê na essência da culpabilidade, na opinião de Frank, uma relação psicológica entre o autor com *algo* que se situa fora de sua personalidade.⁹⁵

⁹² FRANK, Reinhart. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 26. Kohlrausch define a culpabilidade, no aspecto jurídico-penal como aquela relação subjetiva na qual um autor culpável deve reconhecê-la para poder penalmente ser responsabilizado.

⁹³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006.

⁹⁴ *Passim*.

⁹⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 2001, p. 27.

Welzel afirma que o conceito de ação desenvolvido por Liszt-Beling fracionava a ação em dois diferentes momentos constitutivos dentro do processo causal: um externo – ação apenas como movimento corpóreo – e outro interno, isto é, a vontade interna, que se constitui do conteúdo da ação.⁹⁶

O princípio superior da culpabilidade, também chamado de reitor do Direito Penal é para Arthur Kaufmann um *pressuposto* indispensável para a *legitimação* de uma pena Estatal.⁹⁷

No Estado Democrático de Direito a culpabilidade é, a um só tempo: limite e fundamentação da pena e, por conseguinte, considera-se que o referido Estado detém legitimidade para aplicar uma pena, quando factível a reprovação do autor de fato, pela comissão de um fato antijurídico.⁹⁸

A culpabilidade, enquanto princípio, na concepção de Marinucci e Dolcini, é o reflexo de um Estado de civilização jurídica *avançado* que se opõe à chamada responsabilidade objetiva, *responsabilidade por um fato próprio, mas realizado sem dolo e sem culpa*.⁹⁹

Avulta-se para o Direito Romano, do mesmo modo que para o Canônico, que a imputabilidade estava vinculada à capacidade de responsabilidade, em

⁹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. 11. edicion. 4. edicion castellana. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 46-47.

⁹⁷ ARTHUR, Kaufmann. **Das Schuldprinzip**. In, JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução André Luís Callegari. Colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.11.

⁹⁸ RIGHI, Esteban. **La culpabilidade em matéria penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 106.

⁹⁹ MARINUCCI; Giorgio; DOLCINI, Emílio. **Manuale di diritto penale**: parte general. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 245. A Corte Constitucional Italiana na sentença de 13 de dezembro de 1988, n. 1.089 afirmou que o princípio *qui in re illicita respondit etiam de casu* contrariava o princípio constitucional da pessoalidade da responsabilidade penal. *Opus citatum*, p. 245.

decorrência da maturidade ou da sanidade mental. Os romanos sistematizaram o estudo da imputabilidade, todavia, eles não desenvolveram uma teoria geral da culpabilidade que abrangesse, a um só tempo, as espécies de dolo e culpa.

1.10 Teorias fundamentadoras da imputabilidade

Existem três métodos para fundamentar a imputabilidade, a saber:

1) método biológico:¹⁰⁰ condiciona a capacidade de culpabilidade a critérios puramente biológicos, tais como, saúde mental, idade e normalidade de consciência do autor de um fato delituoso.

2) método psicológico: este critério requer uma condição meramente de caráter psicológico, isto é, que não falte a consciência do fato praticado ou a livre determinação da vontade. Para Figueiredo Dias¹⁰¹ a falta de capacidade para avaliar a ilicitude do fato ou de determinação da vontade é elemento da imputabilidade. Será imputável o agente que tem capacidade de avaliação do fato e de determinação de acordo com este entendimento.

3) método bio-psicológico: também chamado de misto, requer-se uma dupla condição negativa: uma de caráter biológico somada a outra de caráter psicológico, a primeira como causa e a segunda como efeito. Aqui a inimputabilidade somente é possível quando uma causa de alteração das faculdades mentais prejudique a consciência de tal modo que produza efeitos

¹⁰⁰ NUNEZ, Ricardo C. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo Segundo. Córdoba: Editora Córdoba, 1988, p. 34.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade e culpa**: direito penal. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 194.

psicológicos, pela ausência de avaliação do caráter criminoso de um fato ou pela impossibilidade de dirigir as próprias ações.

1.10.1 Imputabilidade e livre arbítrio na teoria da culpabilidade

Um dos temas mais polêmicos da dogmática jurídico-penal do passado e da atualidade é o do livre-arbítrio. Pois, é por meio da autodeterminação que o homem pode agir conforme ou não à motivação normativa. Mais adiante trataremos das teorias do determinismo e do indeterminismo que afirmam ou negam a existência do livre-arbítrio.

A questão do livre-arbítrio no estudo da culpabilidade encerra acerbos discussões no sentido de se saber se o livre-arbítrio enquanto categoria ontológica pode ou não ser demonstrado. Se a culpabilidade depende da imputabilidade, enquanto seu elemento configurador e a imputabilidade pressupõe o livre-arbítrio e, *se resulta negado este último, os efeitos se encadeiam e derrubam o edifício inteiro.*¹⁰²

A problemática terminológica do tema em comento encontra objeção em Liszt e Mezger enquanto liberdade de vontade. O primeiro afirma que a imputabilidade criminal não tem relação com o livre-arbítrio posto que homem responsável é aquele mentalmente desenvolvido.¹⁰³

¹⁰² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte Geral del derecho penal**. Barcelona: Editorial Aranzadi, S.A., 2007, p. 397.

¹⁰³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Tomo I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Atualização e Notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, pp. 256-257.

Mezger parte do pressuposto de que a luta pela liberdade de vontade – em favor do livre-arbítrio – ou mesmo do determinismo – não abala a firme concepção da culpabilidade jurídico-penal.¹⁰⁴

Para Liszt a culpabilidade (dolo ou culpa) exauria-se apenas na causalidade sem se levar em conta o livre-arbítrio. Mezger, último representante do causalismo normativista, *ipso facto*, achava irrelevante a questão do livre-arbítrio para confirmar a existência ou não da culpabilidade.¹⁰⁵

Adolf Merkel – representante de um causalismo tardio – na sua fase de transição para o neokantismo (doutrina neoclássica) – em oposição ao causalismo (doutrina clássica) – não vislumbrava importância prática entre as teorias do determinismo e indeterminismo, assumindo uma posição doutrinária isolada. Para Merkel *o fundamento da imputação e a culpabilidade não dependia da veracidade do indeterminismo*.¹⁰⁶

Em 1962 Karl Engisch proferiu uma conferência na Associação Alemã de Juristas em Berlin sobre *A doutrina do livre-arbítrio em Filosofia do Direito Penal atual*. Suas ideias coincidiram, em muitos aspectos, com as de Adolf Merkel que publicou em 1892 um trabalho sobre *As ideias da retribuição e de fim em Direito Penal*. Engisch recorreu a um exemplo de Merkel, depois de comprovar um *non liquet* na questão da liberdade, tendo por base a tese *hipotética do determinismo*,

¹⁰⁴ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 9. Para Merkel ao juízo de imputação soma-se um juízo causal, para o efeito de atribuição de um fato à vontade do agente [...]. D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004p. 152.

¹⁰⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Traduzido de la 20. edición alemanha por Luis Jiménez de Asúa. Tomo II. Segunda Edición. Madrid: Editorial Réus S.A., 1927, p. 377.

¹⁰⁶ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 75. Para o autor a liberdade de vontade representa, a um tempo só, pressuposto indispensável da imputação e da imputabilidade. *Idem, ibidem*.

ao examinar em que medida pode subsistir a responsabilidade penal, no caso de o determinismo estar correto.¹⁰⁷

Engisch e Merkel chegaram à conclusão de que os juristas, ainda que fosse colocado de fora o determinismo, encontrariam uma justificação dos conceitos de culpabilidade e de responsabilidade (...).¹⁰⁸

Nowakowski dizia, a este respeito, que a ciência alemã do Direito Penal daquela época baseava-se, fundamentalmente, em uma concepção indeterminista do homem, compreendendo-se a culpabilidade jurídico-penal como uma culpabilidade moral, no sentido de uma ética indeterminista, sendo poucas as opiniões contrárias.¹⁰⁹

Welzel afirma que a concepção do indeterminismo do homem parece haver ultrapassado o ponto culminante de sua força de convicção nos países de língua alemã e o pêndulo parece retroceder (ao determinismo) em direção às gerações mais jovens.¹¹⁰

O modelo *hipotético de determinismo*, no tocante à responsabilidade penal, tem como eixo central a consciência da liberdade de haver atuado de acordo com a nossa própria personalidade, ou seja, compatível com o sentimento de que cada um tem de responder pelas suas próprias ações.

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. **Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 31-32.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁹ *Passim*, p. 32. A capacidade de imputabilidade e a culpabilidade são incompatíveis com um estrito indeterminismo e também com um determinismo extremado. MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7 edición alemana por Jorge Bofill Genzsch Y Enrique Almone Gibson. Actualizada por Heinz Zipf. Buenos Aires. Editorial Astrea, 1994, p. 600.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*.

Welzel crítica a posição adotada por Engisch, visto que a liberdade entendida de um modo determinista consiste em atuar de acordo com nossa própria personalidade e isto tem de valer tanto para o autor como para o legislador que tem de decidir sobre o que é lícito e ilícito. Porém, pode o legislador, frente à crítica de seus atos legislativos, amparar-se naquilo que o tem levado a cabo de acordo com sua própria personalidade.¹¹¹

Bockelman também objetou a teoria de Engisch ao fazer alusão ao juiz que, como premissa da dogmática não pode abster-se de julgar o fato (*non liquet*). Diz ele que se a lei de determinação causal é rígida incondicionalmente, ela tem de valer não só para a conduta do autor que cometeu um crime, mas também para aquele que o tem de julgá-lo: *o conhecer não depende já somente da vontade do que pensa, senão, na mesma medida, do objeto em que se pensa.*¹¹²

Os atos do conhecimento estão determinados pelo objeto de conhecimento, pelo sujeito cognoscente que conhece o objeto (ser cognoscível). Esta relação de conhecimento, isto é, de se poder conhecer o objeto pelo livre-arbítrio, é de suma importância e não há de ser confundida com a relação de causalidade das ciências da natureza.¹¹³

Assim, o ato de conhecimento é livre (e tem de ser livre) de determinantes causais (*cegas*), para que seja possível uma determinação conforme o sentido, de acordo com o objeto apreendido pelo conhecimento humano.¹¹⁴

¹¹¹ WELZEL, Hans. **Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 33.

¹¹² *Idem, ibidem.*

¹¹³ *Idem, p. 35.*

¹¹⁴ *Passim, p. 38.*

Para Welzel é certo que o conceito de liberdade implica que a execução do ato de conhecimento tem de estar livre de determinantes causais, porém, o curso do pensamento está determinado pelas razões evidentes do objeto. O curso do pensamento não está indeterminado, senão completamente determinado, não por causas cegas, senão por razões videntes.¹¹⁵

Explica Danner que todos os conteúdos de consciência que têm de converter-se em motivos têm uma carga emocional. Para ele não existe diferença qualitativa entre as diversas cargas emocionais ou classes do prazer; entre elas existem, unicamente, diferenças de grau, de intensidade...¹¹⁶

Conforme Welzel a falha fundamental do pensamento de Danner reside no fato de que a conduta humana se desenvolve não somente no mundo da força da intensidade dos impulsos, senão também em um mundo pleno de significação, no qual os motivos compreendem critérios de sentido, segundo os quais, para citar uma frase de Lersch: *O homem como ser espiritual se destina a um lugar e uma tarefa que o faz vinculante por sua conduta e sua obra.*¹¹⁷

Para Agostinho¹¹⁸ o homem é superior aos animais pela razão e por isso o homem é perfeitamente ordenado em si próprio, acrescentando-se que o homem não é determinado por leis da natureza, como os animais, pois ele é senhor do seu destino.

Engisch, na qualidade de *determinista hipotético*, como Merkel, afirma que a liberdade de poder atuar de outra maneira significa somente a possibilidade de

¹¹⁵ WELZEL, Hans. **Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 33.

¹¹⁶ *Idem*, p. 40.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 42.

¹¹⁸ *Passim*, p. 43.

atuar diferente, depois de haver sofrido a pena – ou com outras palavras – é a capacidade que tem o homem de ser influenciado por uma sanção.¹¹⁹

1.10.2 Aspecto antropológico

Para Liszt a culpabilidade não é compatível com o princípio do livre-arbítrio, mas a pena finalística é inteiramente compatível com tal princípio. Em poucas palavras Liszt sintetiza a compatibilidade da pena com o livre-arbítrio:

A pena pressupõe somente que o indivíduo sobre quem ela recai pode sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido, e, como todos os outros homens, pode assimilar-se as ideias que a cominação e a execução da pena devem suscitar.¹²⁰

Pela teoria do evolucionismo de Darwin o homem era o último elo da espécie dos primatas e sua inteligência o torna superior em relação aos instintos animais¹²¹, ressalvada, alhures, a diferença entre espécie e gênero feita por Aristóteles.

Para o estagirita na natureza existe acidente e substância: no vegetal, por exemplo, existe acidente e substância e no animal também. O animal possui consciência e inteligência, todavia, o que o difere do homem é porque o animal não possui experiência e por isso o animal, não evolui, por causa do seu código

¹¹⁹ WELZEL, Hans. **Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 45. Liszt na qualidade de determinista por várias vezes manifestou-se contrário a todos aqueles que pretendiam converter o dogma do livre-arbítrio em fundamento do Direito Penal. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 67.

¹²⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, pp. 122-123.

¹²¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 170.

hereditário.¹²² Afirma-se que o animal não tem lembranças do passado e não tem projeção para o futuro e a dimensão de sua vida é o presente.

Tomás de Aquino, com espeque nas ideias da metafísica de Aristóteles, afirmou que a ontologia corresponde à primazia do ato (*energeia*) sobre a potência (*dynamis*) para distinguir o puro ato da pura potência, separando-se o aspecto formal do material. Assim, segundo Aquino, o ente individualiza-se pela matéria e esta é colocada em uma relação de gênero para a espécie de sua forma porquanto, sendo a matéria e a forma as partes da substância (*ergon*) assim, alguns acidentes seguem-se principalmente à forma e alguns à matéria.¹²³

Nesta perspectiva é que se entende que o homem é caracterizado pelo grande retrocesso das formas inatas, instintivas de conduta, e, por consequência, daqueles reguladores biológicos que conduzem certamente ao animal.¹²⁴

Por sua liberdade, o homem é um ser livre e sua liberdade o faz responsável pelos seus atos, pois, com liberdade ele pode construir a sua ação, sua história, única e irrepetível, livre de qualquer amarra, calcando-a, apenas, na sua inteligência, *pois ao homem, diferentemente do animal, não é dada biologicamente a ordem de sua existência como o animal*. Por mais que o cruzamento das raças evolua e alguns animais domésticos, a exemplo da raça canina, passem a ter uma inteligência social, eles não têm experiência como o homem. Eis aí a diferença entre determinismo e indeterminismo.

¹²² Para a doutrina escolástica a comparação abrange a unidade e a diferença e podemos chamar de gênero próximo e diferença específica os dois termos: *hecho y cosa, factum y res*. CARNELUTTI, Francesco. **Arte del derecho**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2006, p. 42.

¹²³ AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução Carlos Arthur do Nascimento. Apresentação Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 10 *et sequi*.

¹²⁴ *Idem, ibidem*.

Com efeito, ao animal é imanente o sistema de ação que é típico de sua espécie, em virtude da transmissão dos caracteres hereditários.¹²⁵

Estudos desenvolvidos por zoólogos e psicólogos de animais chegaram à conclusão de que não existe uma maior especialização dos instintos animais, mas, ao contrário, uma grande involução das formas inatas de comportamento.¹²⁶

1.10.3 Aspecto caracteriológico

O retrocesso às formas inatas de conduta surgiu no homem um *Eu*, como ponto central de sua responsabilidade, com uma estrutura anímica e estratificada de suas circunstâncias.

Para Welzel esse *Eu* mesmo como centro (abissal) nos regula e nos dirige conforme a finalidade e o valor, como atos do pensamento, apoiando-se em razões lógico-objetivas da vontade, orientada segundo a finalidade e o valor.¹²⁷ As faculdades do pensamento, do ponto de vista da *convivência humana*, são orientadas pelas razões lógico-objetivas segundo o sentido e o valor, sem levar em conta as estruturas causais. É dizer: *o modo como transcorre o pensamento não se determina por causas cegas, senão por fundamentos inteligíveis.*¹²⁸

Pois bem, Lersch parte do princípio de que toda ação baseia-se em um esquema antecipado de seu curso e de seu resultado. Todos os impulsos têm

¹²⁵ AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução Carlos Arthur do Nascimento. Apresentação Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 07.

¹²⁶ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 135.

¹²⁷ *Idem*, p. 137.

¹²⁸ *Idem*, p. 176.

dois aspectos: uma determinada força e um determinado conteúdo de finalidade. A decisão da ação é então apenas o resultado do impulso que chegou a dominar. As forças do impulso são compreendidas em sua finalidade que se convertem em motivos como em suas razões objetivas (lógicas ou valorativas).¹²⁹

É dizer, a ação humana, para Welzel, é dotada de instintivo conforme o fim desejado:

A significação insubstituível da função de direção da vontade, orientada finalisticamente, consiste, porém, em que seja possível uma nova configuração da vida humana de acordo com a verdade, na finalidade do valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe estão confiados de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos.¹³⁰

1.10.4 Aspecto categorial

O problema do livre-arbítrio, segundo Welzel, já não pode responder sobre o *Eu*, mas somente o *como*: pergunta o autor como é possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, pela qual o faz responsável por ter agido de uma maneira em vez de outra?¹³¹

Com efeito, a resposta não pode ser encontrada pelo caminho do determinismo tradicional, pois este destrói, precisamente, o sujeito responsável,

¹²⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 138.

¹³⁰ *Idem*, pp.138-139.

¹³¹ *Idem*, pp. 139-140.

se o ato de vontade desse sujeito não estivesse determinado por nada. Assim, o ato subsequente não poderia guardar nenhuma relação com o ato antecedente.¹³²

O erro do determinismo tradicional, afirma Welzel, consiste na crença da existência de uma única forma de determinação, que desde a Idade Moderna costuma considerar como causalidade, ou seja, um *monismo causal*.¹³³

Para o monismo causal não seria possível a reprovabilidade, por ter o homem adotado a decisão errada, em vez da certa, pois que toda decisão – independentemente de ser correta ou não – deve estar necessariamente predeterminada.¹³⁴

Assim sendo, a determinação dar-se-á em todos os atos de conhecimento: a compreensão da estrutura interna de um objeto não é o resultado de conexões associativas anteriores ou de outros fatores causais, mas que se determina ela mesma, de um modo evidente, de acordo com o objeto que tem em vista.¹³⁵

Destarte, é de concluir-se com Welzel que a liberdade não é um estado, mas um ato: o ato de *libertação* da coação causal dos impulsos para a autodeterminação de acordo com os fins.¹³⁶ Pois bem, na falta desse ato, baseia-se o fenômeno da culpabilidade: *culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins do Direito*.

¹³² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 138, p. 137 *et sequi*.

¹³³ *Passim*, pp. 139-140.

¹³⁴ *Idem, ibidem*.

¹³⁵ *Idem*, p. 141.

¹³⁶ *Idem*, p. 144.

1.11 O significado político do princípio da culpabilidade

Cesare Beccaria, inspirado nas ideias de Montesquieu e de Rousseau, fundamenta o direito de punir na moral política do Estado, apoiando a pena no direito de punir, obedecendo-se ao princípio da proporcionalidade da pena à lesão cometida fundamentando o direito de punir na lei, como princípio, que tem como consequência a utilidade da pena, representada por uma sociedade jungida por um contrato social.¹³⁷

Disso resulta que Beccaria foi quem primeiro lançou a semente do princípio da legalidade, como fundamento da pena e, com suas concepções, lançou luzes no combate ao absolutismo, cujo marco teórico inaugurou a nova Escola Liberal do Direito penal, em detrimento do terror penal patrocinado pelo Estado.¹³⁸

O professor Ricardo de Brito afirma que a manifestação de Beccaria a uma teoria do contrato social enreda na necessidade de impor limites ao Estado no que diz respeito ao poder de punir os indivíduos.¹³⁹ Pelo prisma de Brito:

[...] As penas cruéis são, na verdade, contraproducentes, pois em nada contribuem para proporcionar a segurança indispensável à felicidade do maior número de pessoas. Assim, é a partir do utilitarismo que, em última análise, vão ser combatidas a pena de morte, a tortura e outras penas cruéis, bem como os vícios do processo penal pré-liberal.¹⁴⁰

¹³⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 16. O pensamento de Beccaria, a partir do seu pensamento reformista, influenciou, sobretudo, toda a legislação penal de sua época, conforme José Antón Oneca. Autores de derecho penal: dirigida por Edgardo Alberto Donna. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni Editores, [s/d], p. 147 *et sequi*.

¹³⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 18.

¹³⁹ BRITO, Ricardo de. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 74.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 79.

Ressalte-se, não obstante, que as ideias de Beccaria tiveram grande importância para a dogmática moderna do Direito Penal. Como método de trabalho ele adotou o silogismo, objetivando limitar o subjetivismo do julgador, rompendo, assim, com o axioma comum ou espírito da lei, no sentido de impedir que o juiz fizesse uma interpretação *incerta* ou *obscura* da lei.

Todavia, deve-se a Feuerbach, em primeira mão, a sistematização, como categoria dogmática, do princípio da Legalidade que, ao contrário do que se possa imaginar, não se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, conforme lembra Brandão.¹⁴¹ Foi com Feuerbach, em 1801, que surgiu a fórmula – não só de um conteúdo científico, mas também político do Princípio da Legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Para Feuerbach toda cominação de pena tem como pressuposto uma lei penal (*nulla poena sine lege*). A imposição de pena está condicionada à existência de uma ação incriminadora (*nulla poena sine crimine*) e o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado por uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).¹⁴² Daí a máxima latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege (praevia, scripta, stricta e certa)*.

¹⁴¹ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

¹⁴² FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 63. Feuerbach formulou uma teoria científica para a prevenção geral da pena: *a teoria da coação psicológica*, com a qual se pretende evitar o crime. Na concepção de Feuerbach deve haver outra coerção, junto à física para poder antecipar a consumação da lesão jurídica e, procedente do Estado, pode se tornar eficaz em cada caso particular. *Opus citatum*, p. 60. Para a teoria da coação psicológica, presume-se que *o homem racional e calculista – homo oeconomicus – encontra-se sob coação, que atua psiquicamente como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito*, levando o criminoso a pensar que não vale a pena cometer o crime por causa do castigo. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1984, p. 386. Tais ideias se desenvolveram no período do iluminismo (princípios baseados no Direito Natural, livre-arbítrio, ou medo (racionalidade) em oposição ao absolutismo. Substituiu-se o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique. *O pressuposto antropológico supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens e desvantagens da realização do delito e da imposição de pena*.

Não devemos nos esquecer de que no Estado Democrático de Direito a legalidade encontra o seu pressuposto de legitimidade na Lei Fundamental. Na Constituição da República Federativa do Brasil o princípio reitor da legalidade insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, como preceito fundamental, cláusula pétrea, quenão pode ser modificado pelo legislador infra-constitucional. Pela sua magnitude, é o primeiro princípio positivado no artigo que inicia o Código Penal pátrio.

Como categoria dogmática o termo culpabilidade apresenta três níveis de fundamentação teórica. Como princípio constitucional que limita *ius puniendi* no Estado Democrático de Direito (*nulla poena sine culpa*), alçado à posição de princípio fundamental pelos legisladores das Constituições do mundo ocidental; como elemento integrante do conceito de crime, na teoria analítica tripartida do finalismo welzeliano e, por último, dentro de uma visão de política criminal, como fundamento da pena, pelo grau de intensidade ao desvalor da ação se acrescenta outro: o desvalor do resultado no escopo inarredável, de prevenir e reprimir, ao mesmo tempo, uma lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.¹⁴³

Não obstante, para além da proteção de um bem jurídico, pelo princípio da lesividade, o corolário da culpabilidade incorpora o mais importante dos princípios, posto que deriva, diretamente, do Estado Democrático de Direito e, conforme Zaffaroni *et alii* a violação a tal princípio configura-se flagrante desconsideração da pessoa, na sua essência.¹⁴⁴

¹⁴³ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, pp. 55-56.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: Teoria geral do direito penal. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 245.

O princípio da culpabilidade, conforme Emilio Dolcini, é um princípio cardeal de todo o sistema penal moderno, representando a garantia do cidadão, inclusive, como pressuposto e limite da reprovação pessoal.¹⁴⁵

Então, o princípio da culpabilidade *nulla poena sine culpa* decorre, diretamente, do princípio reitor (*Leitbild*) da legalidade, haja vista que para a existência formal do conceito de crime é necessário uma conduta dolosa ou culposa como desvalor do resultado; um desvalor da ação não justificada e o desvalor da culpabilidade pela ausência de uma causa legal ou supralegal que a exclua.

Dito de maneira mais específica, o princípio da legalidade condiciona todos os elementos da dogmática penal, incluindo-se aí o princípio da culpabilidade que privilegia a dignidade humana, inclusive, tal princípio foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha como princípio do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁶

Com efeito, o conceito de legalidade é derivado do conceito de pessoa e dentro dos níveis estratificados da teoria do crime a tipicidade e a antijuridicidade são circunstâncias que dizem respeito ao fato ao passo que a culpabilidade é a única circunstância que coloca o homem como centro de atenção do Estado como

¹⁴⁵ DOLCINI, Emilio. Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. **Revista Italiana di Diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè Editore, pp. 865-882. A primeira sentença de n. 364 da Corte Constitucional da Itália, em 1988, reconheceu a relevância do princípio da culpabilidade, em detrimento da responsabilidade objetiva do Código Penal de Rocco de 1930. *Idem*, p. 866. No mesmo sentido opinam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco. Eles reconhecem a importância do princípio da culpabilidade no atual momento histórico como princípio cardeal de relevância constitucional. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. Terça edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2002, p. 267. O princípio da culpabilidade, embora não conste expressamente do texto de algumas Constituições está implícito no princípio da legalidade. CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Obras completas I. Peru. Ara Editores & Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 851.

¹⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Estudios en honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, SA., 1991, p. 148. SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino. II. Actualizador Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1992, p. 3.

fundamento do direito de punir, já que não se pode admitir 1) a responsabilidade sem culpa; 2) a pena é individual e não pode passar da pessoa do criminoso e 3) proporcionalidade da pena á culpa e 4) no Estado Democrático de Direito são banidas as penas desumanas, degradantes ou cruéis.

Bem por isso que o princípio da culpabilidade, outrora desconhecido das legislações antigas, foi alçado à categoria de princípio constitucional em atenção à dignidade da pessoa como princípio fundamental de garantia explícito ou implícito nas constituições do mundo ocidental ou, quando não, pelo reconhecimento de sua magnitude pelos tribunais constitucionais, como servem de exemplo, os tribunais da Espanha e da Alemanha.

Segundo Palazzo a culpabilidade que fundamenta a pena projeta o direito penal em uma perspectiva ética, o qual coloca o homem como sujeito de uma responsabilidade moral pela sua característica de *autodeterminação* tanto para o bem quanto para o mal.¹⁴⁷

Logo, um Direito Penal centrado na culpabilidade é uma garantia do próprio indivíduo frente ao Estado. Assim, a epistemologia garantista é algo moderno que teve origem na ilustração¹⁴⁸, condicionando o modelo garantista à legalidade restrita, materialidade e ofensividade de um crime a uma responsabilidade

¹⁴⁷ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, pp. 52 e 53. Para Ferrajoli parece um paradoxo a alternativa entre verdade formal e verdade substancial pelas doutrinas substancialistas e legalistas da definição abstrata do fato punível. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Prólogo Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 44.

¹⁴⁸ O período da ilustração (idade média) foi marcado por uma política criminal racional, iniciando-se o período moderno da Administração da Justiça, com a separação entre Direito e religião, impondo a limitação do poder de punir do Estado por força da teoria do contrato social, desembocando no princípio da legalidade. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. 4. edición. Traducción Dr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 85.

peçoal¹⁴⁹ e isso só foi possível a partir da divisão clássica das funções do Estado por Montesquieu.

Se, de um lado, o conceito legal de crime é fundamental para, inclusive, separar a infração penal de outras infrações, do ponto de vista material o Direito Penal tem como função precípua a proteção de bens jurídicos, tutelados pela norma penal incriminadora, já que o bem jurídico nos níveis de análise estratificada do crime permeia toda a teoria, aproximando o bem jurídico da culpabilidade.¹⁵⁰

A culpabilidade, no Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, cláusula pétrea, não pode sofrer alteração pelo legislador ordinário, exigindo particular atenção na concepção de um Direito Penal moderno, que protege bens jurídicos, dignos de uma tutela mais efetiva, que encontram na Constituição a fonte de validade primeira da proteção dos valores e interesses da sociedade.

Todavia, se o crime constitui uma das formas mais gravosas de violência, a pena, *mutatis mutandis*, representa, dialeticamente, também uma violência porque, segundo Carnelutti, do ponto de vista da equação do custo benefício a sanção, tal como o crime, representa um dano¹⁵¹, pelo sacrifício do bem jurídico que a pena resulta para a garantia de um direito fundamental do indivíduo, posto que no âmbito do Estado Democrático de Direito qualquer lesão a bem jurídico

¹⁴⁹ BINDING, Karl. **Compendio de diritto penale**: parte generale. Prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927, p. 33

¹⁵⁰ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 187.

¹⁵¹ CARNELUTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 12.

contradiz o seu objeto – e o poder estatal tem todo o direito de encontrar mecanismos para impedir essas lesões.¹⁵²

A dignidade da pessoa humana, como pressuposto antropológico da liberdade, é a essência da culpabilidade enquanto reprovabilidade. A dignidade da pessoa humana foi objeto da jurisprudência dos Tribunais Superiores da Europa, a partir da década de 1950. O Tribunal Federal da Alemanha (BGB 2.200) reconheceu a dignidade da pessoa humana como livre desenvolvimento do homem perante o Estado Democrático de Direito: *o homem é constituído para autodeterminar-se, ética, livre e responsavelmente e, portanto, é capaz de decidir em favor da lei e contra uma ação delituosa.*¹⁵³

O Tribunal Federal Alemão incorporou em sua jurisprudência a liberdade como categoria antropológica que já tinha sido objeto das ideias de Welzel na formulação de sua doutrina da teoria finalista da ação. Para Welzel a formulação do conceito do pensamento naturalista até o pensamento de Hegel foi a chave-mestra para a estruturação da dogmática penal alemã no giro da atividade final da ação.¹⁵⁴

¹⁵² FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, pp. 58-59.

¹⁵³ DONNA, Edgardo Alberto. **Teoria del delito y de la pena**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 182. Para o Tribunal Constitucional e Supremo da Espanha o reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre também de um princípio de justiça, livre desenvolvimento da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. JÁEN VALLEJO, Manuel. **Los principios superiores del derecho penal**. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa. Madria. Dykinson, 1999, p. 41. Em 1988 o Tribunal Constitucional da Itália categoria constitucional o princípio da culpabilidade. MARINUCCI; Giorgio; DOLCINI, Emílio. **Manuale di diritto penale**: parte general. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 245. Como já se disse, em uma visão dialética, que coloca em posições contrapostas o crime e o direito de punir, em uma visão retribucionista hegeliana: o crime nega o direito, pela violação do bem jurídico e a pena nega o crime, negando-se um ao outro nasce para o Estado o direito subjetivo de legitimação - que se exprime com o ius puniendi - pela negação do direito, podendo-se estabelecer um silogismo: premissa maior a lei (tese); premissa menor o fato (antítese) e conclusão a pena (síntese).

¹⁵⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 45.

Com efeito, o fundamento antropológico do princípio da culpabilidade *nullum crimen sine culpa* pode ser traduzido, consoante Zaffaroni, para *não há pena sem reprovabilidade* e tal princípio deve ter como meta a concepção do homem como pessoa, isto é, que tem capacidade de determinar-se de acordo com a consciência do justo e do injusto, por sua livre decisão.¹⁵⁵

Assim, o princípio da culpabilidade resulta em um direito não alienável – *nulla poena sine culpa*, cuja construção decorre da premissa de que a culpabilidade é pressuposto de uma reprovação penal por afetar o autor pelo fato praticado, ligando-o ao resultado por ele causado, ao menos, culposamente.¹⁵⁶

Destarte, no Estado Democrático de Direito não se pode castigar quem realizou um fato típico e antijurídico sem culpabilidade.¹⁵⁷ Dito de outra maneira, não se pode impor uma pena a simples relação de causalidade, sendo necessário, para, além disso, o desvalor da ação e da culpabilidade, visto como a imposição de uma pena não tem como pressuposto a prática de um fato indesejável para o Direito Penal que apesar de antijurídico e indesejável o autor não pode sofrer uma pena por faltar-lhe o juízo de culpabilidade.¹⁵⁸

O legislador ao editar novas leis penais, segundo a orientação política de prevenção deve levar em conta o pressuposto fundamental da liberdade.¹⁵⁹

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. IV. Buenos Aires: Ediar sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1996, pp. 33-34.

¹⁵⁶ MAURACH, Reinhart, **Derecho penal**: parte general. 1. Teoria general del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 590.

¹⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 160.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁹ ENGISCH, K. Citado por Mir Puig, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 162. *O princípio de culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão do homem*. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. 4. edición. Traducción Dr. José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 367.

Zaffaroni afirma que na prática não se observa o fim preventivo da pena e não é possível constatar os efeitos que a pena produz na realidade que pretendeu o legislador. Todo conceito jurídico-penal é um conceito político em que o técnico às mais das vezes não leva em conta critérios políticos e o político desconsidera critérios técnicos, daí haver a alienação técnica do político e alienação política do técnico.¹⁶⁰

1.12 O significado material da culpabilidade

É bastante recorrente, na doutrina do Direito Penal, sobretudo, no estudo da culpabilidade o pensamento sempre atual de Liszt quando afirmou que o progresso do Direito Penal relaciona-se, diretamente, com o progresso do estudo da culpabilidade.¹⁶¹

Segundo Couso Salas o fundamento jurídico-penal da culpabilidade, enquanto categoria jurídica tem por missão a garantia da autonomia individual como legitimação do Direito de punir do Estado:

Da evolução histórico-dogmática da culpabilidade surge como missão desta categoria do delito a individualização da imputação e a garantia da autonomia individual, como uma condição de legitimidade da imposição de pena ao autor concreto. Esta missão se encontra particularmente em algumas versões do conceito

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 71 *et sequi*. Como necessidade da pena, a prevenção deve levar em conta o fundamento da culpabilidade. Mir Puig, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 163.

¹⁶¹ LISZT, v. Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução e comentários José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. 1. ed. Campinas: Russell, 2003, p. 260. Erneste Hafter comunga da ideia de Liszt, para quem o problema da culpabilidade é o mesmo problema enfrentado pelo destino do direito de castigar. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 20.

normativo de culpabilidade, como as vinculadas à doutrina da exigibilidade.¹⁶²

A culpabilidade, na dogmática penal moderna, significa a imputação de um juízo de censura ou reprovação a alguém que tenha cometido um injusto, por não haver-se determinado em consonância com a norma de Direito, conforme as exigências sociais e jurídicas que estava obrigado a cumprir.

Na lição de Cláudio Brandão a culpabilidade é o único elemento do crime com uma singular diferença, posto que é o único elemento de referência à pessoa enquanto os dois outros são constitutivos do fato em sua substância. Assim, não se pode prescindir da culpabilidade porque, na teoria do crime, não haveria outro elemento que versasse sobre a reprovação pessoal.¹⁶³

Não obstante, em Liszt já havia latente a distinção entre culpabilidade formal e material. Em sentido formal Liszt entendia a culpabilidade como responsabilidade pela ação antijurídica, ou seja, culpabilidade igual à imputação, como capacidade de imputabilidade, enquanto que a culpabilidade material seria o reconhecimento de que o fato praticado é danoso para a sociedade.¹⁶⁴

Kindhäuser afirma que a culpabilidade material tem por conteúdo o resultado da imputação dogmática de um fato ilícito, do ponto de vista formal.

¹⁶² COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: história, teoria y metodología. Valência: Tirant lo Blanch, 2006, p. 270.

¹⁶³ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 15. N. 2. Abril-junho 2005, pp. 209-227.

¹⁶⁴ A capacidade social de conhecer e dirigir o próprio comportamento define a imputabilidade, como capacidade de culpabilidade. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. de. **Culpabilidad**: exigibilidad y razones para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003, p. 100. Para Cláudio Brandão o Direito Penal se reveste de legitimidade quando tem por função a tutela de bens jurídicos, por isso, segundo o autor, é unísono na doutrina que a missão precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

Assim, o juízo de reprovação significa que o autor poderia ter evitado o comportamento antijurídico. [...] A culpabilidade formal expressa positivamente o fundamento concreto da culpabilidade. O que se pune resulta somente da circunstância de que o objeto da reprovação é a infração da norma sancionada penalmente.¹⁶⁵

Conforme adverte Mezger a culpabilidade não é somente reprovabilidade, muito menos, uma simples relação jurídico-penal de uma situação de fato psicológica, senão e também, uma situação de fato *valorada normativamente*.¹⁶⁶

Assim, a culpabilidade estabelece um juízo de relação jurídica entre o autor de um injusto e o Estado que passa a atribuir-lhe uma censura – a título de dolo ou culpa – tendo como pressuposto de fato uma ação ou omissão, de acordo com o comando abstrato da norma penal, que tem por objeto a cominação de uma pena e, por finalidade, do ponto de vista dogmático, a proteção de bens jurídicos, como valores essenciais para a sociedade continuar existindo.

Desta maneira, a culpabilidade material corresponde à reprovabilidade, porquanto, como dito antes, quando o agente tem consciência de que sua ação é contrária ao Direito, por ser proibida ou porque obriga a uma ação positiva, surge o substrato da culpabilidade, visto como a ação ou omissão constitui um dano ou perigo de dano a um bem jurídico. Neste caso, na visão de Melendo Pardos há uma aproximação da culpabilidade material com a antijuridicidade material.¹⁶⁷

¹⁶⁵ KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Traducción Claudia López Díaz. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 18. *Ainda que existissem circunstâncias eximentes de responsabilidade ou causas de justificação, estas não se fazem evidentes para justificar o não haver-se formado esse motivo de cumprimento da norma. Idem, ibidem.*

¹⁶⁶ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Direito Privado, 1949, p. 47.

¹⁶⁷ MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 174.

II – TEORIAS DA CULPABILIDADE

2.1. A escola de Liszt-Beling

A noção de responsabilidade subjetiva no direito penal, tal como se apresenta, hodiernamente, atravessou um longo processo de evolução, surgindo, ainda, no vetusto Direito Penal Romano com as categorias do dolo e a culpa para reprimir crimes. Certamente, uma teoria da culpabilidade teve início na Baixa Idade Média, até chegar à culminância das discussões atuais.

Assim, a revisão das questões atuais da culpabilidade na esfera do Direito Penal, sobretudo, pertinente a sua relação com a pena e sua permanência como requisito dogmático do crime, ostenta uma atualidade manifesta.¹⁶⁸

É imperioso afirmar que a culpabilidade, apesar de quase duzentos anos de investigação dogmática, dada a sua importância na teoria do delito, é um dos temas que apresenta maior complexidade para o estudioso do Direito, no tocante ao desenvolvimento do Direito Civil, de natureza privada, e do Direito Penal, de natureza pública.¹⁶⁹

O desenvolvimento de uma categoria autônoma de culpabilidade somente fora levado a efeito quando a dogmática penal buscou a separação entre injusto e culpabilidade, conforme o pensamento da escola de Liszt-Beling com esteio na doutrina naturalista do final do século XIX até as primeiras décadas do século passado, quando a culpabilidade era considerada, apenas, uma relação

¹⁶⁸ CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., [s/d], p.13.

¹⁶⁹ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo I. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, p. 60.

psicológica entre o autor de um injusto doloso ou culposo e o fato por ele praticado.

Conforme dito, alhures, os romanos não desenvolveram uma teoria da culpabilidade com a sistematização dos elementos subjetivos do crime. Todavia, consoante Mommsen, o conceito de dolo e culpa, máxime, o de *dolus malus* não era propriedade da legislação (*lege ferenda*) senão da interpretação científica das leis¹⁷⁰ (*lege lata*) realizada pelo pretor romano.

Por isso Ferrini, à míngua de uma sistematização da teoria do crime no contexto histórico do seu tempo, confundia a culpabilidade – elemento subjetivo do crime – com a imputabilidade ou mesmo com a responsabilidade penal.¹⁷¹

2.2. O positivismo jurídico

A evolução da culpabilidade, na perspectiva de uma dogmática moderna da teoria do crime, teve como ponto de partida a teoria da culpabilidade psicológica, como investigação científica inspirada pela metodologia positivista do francês Augusto Comte, objetivando superar a concepção da *imputatio iuris*, desenvolvida nos albos da dogmática jurídico-penal.

Augusto Comte desenvolveu uma teoria de cunho político, buscando combinar várias teorias do espírito positivista científico que a um só tempo abarcasse todo e qualquer conhecimento humano, banindo do saber científico

¹⁷⁰ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo I. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, 1899, p. 98.

¹⁷¹ FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano**. Milano: Editore-Libráio Della Real Casa, 1898, p. 60.

todo o conhecimento que não pudesse ser pesado e medido, haja vista que todo conhecimento que não fosse empiricamente demonstrado seria expurgado do saber científico, pois a filosofia prática na sua concepção precedia à filosofia teórica.¹⁷²

O termo *positivismo* utilizado, pela primeira vez, por Saint-Simon designava o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. Foi adotado por Augusto Comte e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XX, teve numerosas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental.¹⁷³

2.3. Teoria psicológica

A teoria psicológica da culpabilidade tinha como eixo principal a chamada teoria clássica ou teoria causal-naturalista da ação, desenvolvida na segunda metade do século XIX, em que a ciência do direito utilizava-se do método das ciências naturais para explicar o fenômeno jurídico. Conforme afirma Bobbio, *verbis*:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais.¹⁷⁴

¹⁷² COMTE, Augusto. **O espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes Monteiro. Porto. Rés-Editora Lta., [s/d], p. 41. A metodologia do positivismo tem como ângulo o cientificismo que proclama a consagração da ciência como única e válida para o conhecimento, fazendo dela o *principal motor do progresso*. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 38.

¹⁷³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução e coordenação Alfredo Bosi. Revisão da tradução... Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 909.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135. O naturalismo, resultado do positivismo do final do século XX, expurgou toda especulação transcendental ao propor um sistema de Direito Penal que fosse capaz de reproduzir

Todavia, as linhas científicas do positivismo jurídico, em solo Alemão, foram encetadas em meados no século XIX por Binding e Adolf Merkel, como precursores da culpabilidade contemporânea.¹⁷⁵ O fundamento do positivismo jurídico, rompendo as bases epistemológicas das ciências da natureza, buscou erradicar do conceito de ciência toda a especulação *transcendental* da metafísica, limitando-se à observação controlada dos fatos com suas leis empiricamente consideradas.¹⁷⁶

2.3.1. O percurso histórico da teoria psicológica

O apego à teoria psicológica da culpabilidade, além da doutrina do liberalismo, segundo Maurach, deveu-se não só ao naturalismo, como também à teoria do tipo penal desenvolvida por Beling.¹⁷⁷

O postulado da culpabilidade psicológica, no decorrer do seu percurso histórico, foi substituída pelo normativismo e passou a adotar as categorias

os elementos *naturais* do crime. Shünemman, *op. cit.*, p. 43. Todavia, o desenvolvimento do positivismo naturalista do século XIX teve em Liszt influência decisiva para o delineamento das bases do sistema adotado pela dogmática penal. O positivismo jurídico teve influência não só no Direito Penal como também na psicologia e na sociologia. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona. PPU. S.A, 1987, p. 126.

¹⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Madrid: Editorial Trotta S.A. 2006, p. 422.

¹⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2003, pp. 38 *et sequi*.

¹⁷⁷ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 19. REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, Editor. 1971, p. 14. O mecanicismo do movimento corporal com modificação do mundo circundante tornou-se necessário para fixar a relação entre o autor e o fato para justificar a responsabilidade subjetiva. *Idem, ibidem*. O liberalismo, no desiderato de fundamentar eticamente a punição, estabeleceu, como condição da culpabilidade a existência de uma relação psíquica que une o agente ao resultado, abolindo, no âmbito do direito penal a responsabilidade objetiva. Doravante, o elemento subjetivo passou a ser a essência da responsabilidade.

jurídicas de dolo e culpa como espécies ou pressupostos psicológicos da culpabilidade em uma dimensão abrangente, ligando o sujeito ao crime.¹⁷⁸

Tal concepção, desenvolvida, na sua essência, no segundo quartel do século XIX e fins do século XX sofreu algumas modificações na obra de Löffler (*Die Schuldformen*) para quem a culpabilidade teria três fontes diversas: 1) *intenção* – em que se encontra, claramente, o momento psicológico da vontade; 2) *previsão* – conquanto não se queira o resultado o querer é substituído pelo saber e 3) *culpa* – em que o resultado não é querido nem previsto, não obstante, pode e deve ser previsto e evitado.¹⁷⁹

Malgrado as dissidências com que se houve Löffler não se distanciou muito do psicologismo puro, apesar das críticas de Soler, um dos ícones argentinos da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, para quem um psicologismo puro, em essência, jamais existira.¹⁸⁰ Para Löffler a culpabilidade é o conjunto de

¹⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 149. O liame psicológico ligava o agente ao fato e por isso ele deveria responder culpavelmente. Como sustenta Ranieri o elemento psicológico da vontade liga o sujeito ao fato. *Come abbiamo detto, negli elementi costitutivi generali del reato se distingue, oltre l'elemento materiale, l'elemento psicologico, e cioè il modo de atteggiarsi della volontà del soggetto in relazione al fatto*. RAINERI, Silvio. **Manuale de Diritto Penale**: parte generale. Volume primo. Padova: CEDAM, 1952, p. 245.

¹⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 149. Vale ressaltar que Löffler, ao contrário do que se pode imaginar, não objetou a teoria psicológica, mas proclamou as concepções volitivas da culpabilidade como as concebemos nos dias atuais. *Idem*, p. 149. Löffler enfrenta o problema da culpa inconsciente, porque para ele o agente não prevê e, portanto, não tem consciência do resultado. *Idem, ibidem*.

¹⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, 149. SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Tomo II. Actualizador Guillermo J. Fierro. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1992, p. 15. A subjetividade, enquanto moralidade reúne o discernimento e a vontade como lastro essencial e geral da culpabilidade. GARRAUD, R. **Compêndio direito criminal**. Tradução A.T. de Menezes. Volume I. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915, p. 85. Os psicologistas elegem como característica da culpabilidade a consciência e a vontade, valorando, apenas, o elemento interno para exigir uma reprovação social e neste aspecto foram rechaçados pelos normativistas. LUZÓN DOMINGO, Manuel. **Tratado de La culpabilidad y de la culpa penal**. Tomo I. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1960, p. 59.

relações penalmente importantes do interior de uma pessoa pelo resultado socialmente danoso de sua ação.¹⁸¹

Propugna Liszt que não é suficiente que o resultado, enquanto ato de vontade, seja objetivamente aludido ao ato volitivo do indivíduo, sendo também necessário que se busque na culpa uma vinculação subjetiva, afigurando-se *a culpa a responsabilidade pelo resultado* produzido.¹⁸²

Para Carrara é, justamente, na força interna que exsurge o elemento moral do crime; da força externa, o elemento material, ou seja, *a sua essência de fato que corresponde ao elemento político*.¹⁸³

A soma das forças da ação constitui os quatro pressupostos ou requisitos que acompanham as fases da ação – pelo qual da execução da fase interna do homem é possível chegar-se à execução da fase externa. São, portanto, condições da fase interna: 1) *o conhecimento da lei*; 2) *a previsão dos efeitos*; 3) *liberdade de escolha* e 4) *o aspecto volitivo*.¹⁸⁴ Logo, a fase interna condiciona toda a fase externa da ação.

¹⁸¹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpresión. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 25. No mesmo delineamento Kohlrausch define a culpabilidade como uma relação subjetiva, na qual o autor culpável deve reconhecê-la para responder penalmente por sua ação. *Idem*, p. 26.

¹⁸² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 249.

¹⁸³ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Volume I. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 85. O elemento político é a desaprovação moral da ação pelo valor jurídico ou moral. Liszt. *Opus citatum*, p. 249. A força moral subjetiva equivale à culpabilidade pela análise da ocorrência das espécies de culpabilidade que justificam responsabilidade pelo ato praticado. REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, Editor. 1971, p. 14.

¹⁸⁴ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Volume I. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 85.

Com a teoria clássica o conceito unitário de ação formulado por Hegel sofreu modificações.¹⁸⁵ Se para Hegel¹⁸⁶ a ação é uma expressão moral-subjetiva já para a teoria clássica é um movimento exterior, objetivo, capaz de modificar o mundo circundante, cuja modificação sensível é captada pelos nossos sentidos.

Graf zu Dohna, em contestação ao sistema Liszt-Beling parte do pressuposto de que para a existência do delito é prescindível uma relação psíquica ente o autor e o fato, máxime, porque tal relação jurídica não existe nos crimes culposos e qualquer tentativa de se buscar na culpa uma relação psicológica do autor com o fato, como enlace do reconhecimento de uma característica comum da culpabilidade, é algo fadado ao fracasso.¹⁸⁷

Mutatis mutandis, Mezger não nega o caráter psicológico que conecta o autor a um fato – conteúdo da culpabilidade psicológica – cuja ação pode ou não ser reprovada. Não obstante, reconhece que a culpabilidade configura-se, a um só tempo um juízo de valor sobre a referenciada circunstância de fato normativamente valorada, ou seja, a culpabilidade encerra um juízo de fato e de valor, ao mesmo tempo, psicológica e normativamente valorada.¹⁸⁸

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

¹⁸⁶ HEGEL. **Princípios de filosofia do direito**. Lisboa: Guimarães Editores, Lda., 1986 p. 101.

¹⁸⁷ GRAF zu DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición alemana por Carlos Fontán Balestra com la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 32. A culpabilidade, na sua gênese, repousa em uma valoração do tipo subjetivo, como essência da antijuridicidade e, do mesmo modo, valorando-se o tipo objetivo. *Idem, ibidem*. Sobre a ação como infração de uma norma, a partir de um conceito valorizado e não somente psicológico. V. MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 192. Sobre a insuficiência de uma teoria psicológica pura da culpabilidade. FONTÁN BALESTRA, Carlos. **El elemento subjetivo del delito**. Buenos Aires, Depalma, 1957, p. 03.

¹⁸⁸ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. edición alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1949, p. 3. A culpabilidade psicológica, segundo Mezger, não estava na cabeça dos outros e sim na cabeça do próprio homem que praticou um fato antijurídico e típico, que poderá vir a ser também culpável. Todavia, a realidade psicológica de um fato é submetida não mais ao autor de um fato, mas ao crivo do julgador por meio de um *juízo de referencia*. Daí se infere que tal *referência* a uma determinada circunstância de fato não exaure toda a natureza intrínseca da

2.3.2 A imputabilidade na teoria psicológica

Para Liszt a responsabilidade só poderia recair sobre um homem mentalmente desenvolvido e são, sendo que, para ele, o ponto gravitacional da teoria da culpabilidade encontra o seu ponto de apoio naquelas situações ou estados excepcionais que excluem a imputabilidade.¹⁸⁹

Desta maneira, deduz-se, claramente, que não era possível, na concepção de Liszt, a exclusão da culpabilidade, mas da imputabilidade como juízo prévio de culpabilidade.

A imputabilidade, pressuposto subjetivo da culpabilidade, ligava-se, previamente, aos elementos psicológicos dolo ou culpa – pela distinção que se fazia do indivíduo púbere ou impúbere¹⁹⁰ para, a partir daí, qualificá-lo como imputável, possibilitando o elo entre o sujeito e a culpa em sentido lato.

Todavia, não nos esqueçamos: a imputabilidade no âmbito da multicitada culpabilidade psicológica estava jungida à liberdade de vontade, porquanto, no

culpabilidade. É dizer, a culpabilidade não se esgota, constitutivamente, em uma relação de fato psicológica, senão e também em um juízo de valor, normativamente valorado. MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. edición alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1949, p. 4. Esta distinção, entretanto, foi fortemente rechaçada por Soler sob o argumento de ser tal distinção incorreta e artificiosa. SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Tomo II. Actualizador Guillermo J. Fierro. Buenos Aires. Tipografía Editora Argentina, 1992, p. 27. Para a teoria psicológica a culpabilidade está na cabeça do autor e para a teoria normativa na cabeça de quem julga, o juiz. BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema**. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 209.

¹⁸⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 257.

¹⁹⁰ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo I. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La Espana Moderna, p. 83. A respeito, veja-se, também, o capítulo primeiro desta tese. Para Liszt ao que parece o Direito Romano não punia o ladrão impúbere. Posteriormente o Direito Romano e o Canônico preservaram a impunidade do infante. *Opus citatum*, p. 250. Não é possível, pois, a construção de um conceito de culpabilidade, sem antes, estabelecer a imputabilidade que também faz parte do nexu psíquico. Conf. FRIAS CABALLERO, Jorge. **Capacidad de culpabilidad penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1994, p. 36.

sistema causal Liszt-Beling a ação é um movimento voluntário livre de qualquer força estranha que vicie essa vontade. Todavia, pode haver dolo sem culpabilidade e, como já se disse a culpabilidade não é pressuposto de pena, mas o limite da imposição penal que legitima o sistema.

2.3.3 Conceito unitário de culpabilidade

A culpabilidade, na sua gênese, restringia-se a um só conceito unitário – vínculo psicológico – que ligava o autor ao fato e o mais importante para sua caracterização era o nexos de causalidade – física e psicológica – sem qualquer preocupação com a ideia de reprovação ao autor do fato. Dir-se-á, então, doloso o crime quando a representação do ato é causa da representação da causalidade.¹⁹¹ A teoria da relação da causalidade foi criada por Glaser e sistematizada por von Buri sem distinção de causa ou condição para a produção do resultado.¹⁹²

Com efeito, o dolo, por seu turno, era ontológico, isto é, uma categoria pré-jurídica que se deduz da natureza do homem, sem qualquer valoração no campo da normatividade. Nesta esteira, o dolo estava assim estruturado: vontade (elemento naturalístico) + consciência (ou representação do resultado) + previsibilidade e a culpa, como se sabe, de cunho normativo.¹⁹³

¹⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 98-99. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 270. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 270.

¹⁹² PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 41. Vide art. 13 do Código Penal pátrio que consagrou a teoria da equivalência das condições causais ou pré-condições – *conditio sine qua non*.

¹⁹³ O dolo transcende o direito e, como se depreende do Direito Penal romano, ele é anterior à culpa. Pela dicção do art. 15 do Código Penal Alemão apenas o dolo é punível, quando a lei, expressamente, não comina pena ao crime culposos. Estabelece o legislador brasileiro que: salvo disposição em contrário não se pune a título de culpa. É o que expressa o art. 18, parágrafo único,

Schünemman advoga que o dolo é definido, tradicionalmente, na dogmática penal como consciência e vontade de realização típica, cujo substrato psíquico progressivamente reduz-se aos aspectos *cognitivo* e *volitivo*.¹⁹⁴

2.3.3.1 O dolo na teoria psicológica

O dolo, na teoria psicológica da culpabilidade, não compreendia a consciência da ilegalidade e segundo Liszt tal exigência paralisaria a administração da justiça se em cada caso tivesse o Estado o ônus de provar o conhecimento da norma por parte do agente transgressor.¹⁹⁵

Trata-se, pois, de um dolo avalorado, natural sem a consciência da antijuridicidade correspondente, na Alemanha, ao substantivo *Vorsatz* (dolo natural) intencional ou de propósito (*Vorsatzlich*) ao contrário do *dolus malus* dos romanos que radicava no dolo valorado, isso é, com a consciência da imoralidade da ação.¹⁹⁶

A ressaltar, entretantes, que o momento volitivo – fase interna – fazia parte da ação (fase externa) e seu conteúdo – dolo ou culpa – elementos psicológicos deslocam-se para a culpabilidade; sendo que o dolo era considerado

do Código Penal pátrio. *A contrario sensu, de lege ferenda*, para o Direito Penal Alemão a culpa é expressa e, por exclusão, obtém-se o conceito de dolo em face do silêncio do legislador.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 98-99.

¹⁹⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 285.

¹⁹⁶ CARLOS AGUINAGA, Juan. **Culpabilidad**: nulla poena sine culpa, diversas concepciones, imputabilidad, dolo avalorado o desvalorado. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 129 *et sequi*.

uma das formas de maior intensidade de culpabilidade enquanto que a culpa era de menor intensidade pela falta da vontade de querer o resultado.¹⁹⁷

Segundo Liszt o dolo correspondia a uma ação considerada pela produção do resultado ou pelo não impedimento da modificação do mundo exterior¹⁹⁸ e a culpa *stricto sensu* caracterizava-se pela falta de conhecimento da contrariedade ao dever e da importância da ação ou da omissão no curso da causalidade, que segundo os Hegelianos tal conceito não variava no tempo e no espaço.

Assim, a culpa ao reverso, é o resultado da causação ou do não impedimento, por ato voluntário, de um resultado não previsto, mas que poderia ter sido previsto e evitado.¹⁹⁹

2.3.3.2 A culpa na teoria psicológica

A definição de injusto não discrepa dos demais ramos do Direito como ação ilegal e culposa.²⁰⁰ No sistema Liszt-Beling a tipicidade e a antijuridicidade eram consideradas como a parte extrínseca/objetiva do crime e a culpabilidade a parte intrínseca anímica/subjetiva.²⁰¹

¹⁹⁷ O dolo representa, no sistema positivo, a mais grave das espécies de culpabilidade, porque a pena mais severa do que aquela impingida para a culpa. NUÑEZ, Ricardo C. **Tratado de derecho penal**: parte general. tomo segundo. 2. reimpresión. Buenos Aires: Editora Córdoba, 1988, p. 45.

¹⁹⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 277.

¹⁹⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, pp. 290-291.

²⁰⁰ *Passim*, p. 301. A antijuridicidade como uma ação contrária ao ordenamento jurídico abrange todas as áreas do Direito. Daí a separação clássica entre ilícito civil e ilícito criminal. Segundo Liszt o injusto criminal e bem assim o civil são ações culpáveis. *Idem*, p. 249.

²⁰¹ Um setor da doutrina identifica Radbruch como um dos defensores da teoria psicológica da culpabilidade. Todavia, a despeito de tal consideração, o primeiro Radbruch era partidário da aludida teoria com exclusão do momento valorativo. MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1956, p. 12. Não obstante o último

Objeta Graf zu Dohna que a relação psíquica como enlace que se estabelece com a culpa nada tem de definitivo, porquanto pode haver dolo sem culpabilidade. Mais ainda: o estabelecimento de um juízo de culpabilidade, para reconhecer a antijuridicidade, diz respeito ao resultado de uma valoração tanto do tipo objetivo quanto do subjetivo.²⁰²

De outra sorte a crítica que se faz à teoria psicológica é sua insuficiência para resolver a questão da culpa inconsciente, cuja realidade não se pode ignorar no âmbito da reprovabilidade penal. O § 51 do StGB Alemão dispõe que não existe imputabilidade de um autor de um fato quando ele for encontrado em estado de inconsciência que lhe prive da livre determinação de sua vontade.²⁰³

Como dito, acima, a insuficiência do conceito psicológico de culpabilidade não se mostrava capaz de explicar o caráter essencialmente normativo dos crimes culposos ou mesmo as causas de exclusão da culpabilidade, quando o agente atuava dolosamente²⁰⁴ nas hipóteses de coação moral irresistível e obediência hierárquica. Tampouco a teoria psicologia foi capaz de explicar a problemática do inimputável já que há uma relação psicológica na sua ação e, por isso, não se pode negar que ele comete crime. Alguns doutrinadores buscaram contornar a problemática, argumentado que a imputabilidade é pressuposto de

Radbruch mantinha um pensamento dualista entre valor e realidade. Assim, entre o primeiro e o último não há negar uma postura de transição da teoria clássica para a neoclássica. Neste aspecto, conf. KAUFMANN, Arthur. **Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica. Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Giuffré, 1973, pp. 712–753. Radbruch não distinguia norma jurídica de norma social. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1940, p. 28. Vê-se, claramente, que o último Radbruch aderiu ao neokantismo ao gizar que o conceito de direito, ao mesmo tempo, corresponde a um conceito cultural, de uma situação real referida a valores. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausenn. revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

²⁰² GRAF zu DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición alemana por Carlos Fontán Balestra com la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Librería El Foro, 1928, p. 183.

²⁰³ MERKEL, Adolf. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 65.

²⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte general del derecho penal**. 2. edición Barcelona: Thomson Aranzadi, 2207, p. 380.

culpabilidade. Para outros a doença mental é causa de exclusão da pena, mas não do crime.²⁰⁵

Destarte, houve, para a teoria em comento, uma difícil convivência entre essas categorias jurídicas – dolo e culpa, a primeira ontológica e a segunda normativa – máxime, porque 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.

Não obstante, uma pessoa somente pode se sujeitar a um juízo de culpabilidade se ela sabe o que faz, com consciência e vontade, quando é possível motivar-se pelos preceitos legais. Assim, a sistemática da culpabilidade concebida pela relação psicológica deixou de fora a culpa inconsciente, pois que nenhuma ligação é possível entre consciência e fato como objeto de representação se esta, sequer foi processada no psiquismo do agente.²⁰⁶

Pelo prisma de Zaffaroni a palavra *Schuld* com o significado terminológico de dívida não guarda relação com a mera imputação subjetiva posto que a pretendida definição de culpabilidade como nexa psicológica entre ação e resultado era tão restrita que não conseguia abarcar a culpa inconsciente.²⁰⁷

Essa teoria não diferenciava o erro de tipo do erro de proibição, pois em todos os casos de erro não havia distinção se o erro consistia na exata apreciação dos fatos ou na inteligência das disposições legais – no equívoco da

²⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 603-604.

²⁰⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal: parte general**. 5 edición corregida, aumentada y actualizada. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 559-560.

²⁰⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. edición. Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 2002, p. 660.

apreciação destas ou na errônea compreensão dos fatos diante da lei (subsunção) – sendo certo que o único erro capaz de excluir o dolo era o erro essencial.²⁰⁸

2.3.3.3 Crítica à teoria psicológica

Antes de Frank os partidários da teoria psicológica elegeram a culpabilidade como gênero e dolo e culpa como espécies. Assim, a estrutura do delito era bastante diferente, porquanto a culpabilidade restringia-se à verificação do liame psicológico entre o autor e o fato, conceito unitário de culpabilidade, que residia na cabeça do agente *no momento psicológico pelo qual ele se faz realmente autor de um fato punível*.²⁰⁹ Tal teoria era insuficiente para explicar, por exemplo, a culpa inconsciente e o estado de necessidade exculpante e, ainda, a tentativa inidônea.

Assim, um oficial de justiça que cumpre, por ordem do juiz, um mandado de busca e apreensão de um objeto móvel no domicílio de um devedor cometeria o crime de subtração de coisa alheia móvel pela constatação do nexó psicológico entre a ação e o resultado, sendo passível de culpabilidade. *In casu*, é evidente, que estamos diante de uma causa de exclusão do crime por força do exercício regular de direito, coisa que a teoria psicológica não explicava.

²⁰⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, pp. 280 e 282

²⁰⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 25. Frank partiu da premissa de que o estado de necessidade exculpante não encontrava guarida na concepção psicológica da culpabilidade. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 2006, p. 795.

Mutatis mutandis, na tentativa inidônea não se perfaz a ligação anímica entre a vontade e o resultado pela inexistência de modificação do mundo exterior, por falta de um resultado no mundo naturalístico.

O ilustrativo caso da *Tábua de Carneades* de Cícero denota, claramente, que a culpabilidade psicológica seria incapaz de resolver o estado de necessidade exculpante. Se uma tábua não é suficiente para suportar o peso de dois naufragos A e B e se A, mais forte, arremessa B à água para salvar-se é inegável que A deu causa à morte de B com dolo, porém, sem culpabilidade em face da anormalidade das circunstâncias que permeiam o fato e se assim não fosse A teria de sucumbir. Segundo Maurach existe um provérbio alemão que diz: *Not kennt kein Gebot* (a necessidade carece de lei).²¹⁰

2.4 Teoria psicológico-normativa

Frank foi genial ao conceber a teoria normativa da culpabilidade tendo como conteúdo material a reprovalibilidade, baseada na motivação e na personalidade do agente. Na primeira década do século XX, em artigo que data de 1907 (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*) Frank considerou como pressuposto da culpabilidade dolo e culpa ao lado da normalidade das circunstâncias (*Normalität der Begleitender Umstände*). Ausente a normalidade psíquica (imputabilidade) excluída estava a culpabilidade.²¹¹

²¹⁰ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano IV. N. 15. Outubro/dezembro de 1966, pp. 19-35. Cícero no seu livro *Tratado da República* faz referência ao famoso caso da tábua de Carneades. Para Cícero o mais forte agirá de modo a salvar-se, porque de outro modo morrerá. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 107.

²¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, pp. 164-165. REALE Jr., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 180. Para Reale Jr. Uma motivação normal obriga o sujeito a conduzir-se de conformidade com o ordenamento; já uma anormal motivação, por circunstâncias anormais, concomitantes à conduta, levam-no à irreprovabilidade da conduta. *Opus citatum*, p. 181.

Sensível a críticas de doutrinadores alemães Frank, nas 8ª e 10ª edições de sua obra substituiu a expressão normalidade das circunstâncias por circunstâncias normais concomitantes.²¹²

2.4.1 A imputabilidade na teoria psicológico-normativa

Para Frank as circunstâncias concomitantes estão inseridas no conceito de culpabilidade e são importantes para a apreciação jurídica da ação e, por isso mesmo, ele não aceitava o dogma da doutrina tradicional de que as circunstâncias concomitantes eram colocadas de fora do conceito de culpabilidade.²¹³

Todavia, os fatores que medem a culpabilidade para Frank estão fora do dolo. A culpabilidade pode ser medida: o dolo não. Ele ilustra o seu posicionamento com o seguinte caso: um guarda-trilhos que depois de um prolongado descanso, erra na colocação de desvio de trens possui maior grau de culpabilidade que seu companheiro que comete a mesma falha depois de uma jornada exaustiva de trabalho. De igual modo, para o senso comum, os tribunais medem a culpabilidade de acordo com as circunstâncias concomitantes.²¹⁴

Há casos em que o incremento ou a diminuição da pena não se deve explicar de outra maneira, senão considerando que o legislador leva em conta as

²¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, pp. 164-165.

²¹³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 27.

²¹⁴ *Idem*, p. 28.

circunstâncias concomitantes comum a um determinado padrão de conduta para aferir a culpabilidade.²¹⁵

Nos crimes de infanticídio e homicídio, por exemplo, o dolo de matar é o mesmo. No entanto, pelas circunstâncias concomitantes para o infanticídio, que é um homicídio privilegiado, a pena é deveras menor.

Para Frank deve-se tomar em primeiro lugar a limitação do conceito de culpabilidade com a relação psíquica e, como primeira medida, deve-se observar o uso da linguagem da vida cotidiana e investigar os termos que ao mesmo tempo contenham um significado jurídico.²¹⁶

Chaves Camargo, analisando o discurso filosófico de Jürgen Habermas afirma que a teoria do consenso da verdade pretende provar que *é possível fundamentar as expressões normativas, como mandatos e valorações, de modo idêntico às proposições empíricas.*²¹⁷ Continua o autor:

No agir comunicativo, o ator, além de iniciador, é, também, o produto das tradições, onde se encontram os grupos solidários, aos quais pertence, e os processos de socialização, nos quais se cria.²¹⁸

²¹⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 42.

²¹⁶ *Idem*, p. 28.

²¹⁷ CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 71.

²¹⁸ *Idem, ibidem*.

Seria estranho que a exegese básica dessa linguagem comum não encontrasse eco também na lei. A lei incrementa ou diminui a punibilidade levando em consideração essas circunstâncias concomitantes.²¹⁹

2.4.2 O retorno ao *dolus malus*

Significou um retrocesso dogmático, o fato de a teoria normativa de Frank haver regressado ao *dolus malus* dos romanos. Para ele o dolo é elemento da culpabilidade ao lado da culpa, sendo considerado como vontade e previsibilidade jungido ao elemento normativo da consciência da antijuridicidade.²²⁰

Em síntese, a culpabilidade psicológico-normativo é composta dos seguintes elementos: a) *imputabilidade*, b) *elemento psicológico-normativo* (dolo ou culpa) e *exigibilidade da conduta conforme o Direito*.

Sendo assim, o *dolus malus* dos romanos que (no passado era puramente psicológico) agora passa a ser também normativo, constituído de vontade, previsibilidade e consciência da antijuridicidade, sendo os dois primeiros elementos psicológicos e o último normativo.²²¹

²¹⁹ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda Reimpresón. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 29.

²²⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense. 1. ed. 2008, p. 207. O *dolus malus* romano é essencial em duas vertentes: um querer antijurídico acompanhado da consciência do querer e sua ilegalidade; b) o *dolus malus* é, porém, essencial em cima do motivo pelo qual a vontade da antijuridicidade é a própria vontade (...). BINDING, Karl. **Compendio de diritto penale**: parte generale. Prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927, p. 212. Tradução livre de: A questo *dolus malus* romano è essenziale: a) un volere antigiuridico accompagnato dalla coscienza de cio che si è voluto e della sua illegalità [...], b) al *dolus malus* è però essenziale, oltre la bassezza del motivo, almeno la volontà dell'antigiuridicità per própria volontà.

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 293.

2.4.3 As circunstâncias concomitantes de Frank

O giro dogmático de Frank é que agora a culpabilidade é vinculada ao Direito e as circunstâncias concomitantes equivalem à reprovabilidade. Tal posicionamento teve bastante influência nas discussões posteriores sobre a teoria da culpabilidade normativa. Frank reconhece ao lado da imputabilidade o dolo e a culpa e as circunstâncias concomitantes.²²² O contorno científico de sua teoria foi, posteriormente, aperfeiçoado por Goldschmidt, Freudenthal e Mezger.

A construção de Frank, mais complexa que o psicologismo, fundamenta-se por contemplar a imputabilidade, dolo e culpa e as circunstâncias concomitantes como elementos e não mais espécies de culpabilidade. Com isso, pode haver dolo sem culpabilidade e a essência material da culpabilidade é a reprovabilidade.²²³

Frank traz à baila o caso de um caixa de um comércio e de um transportador de valores que se apropriam de dinheiros da empresa. Um é solteiro, portador de boa situação econômica e inclinado para uma vida luxuosa. O outro, casado: péssima situação econômica tem uma mulher enferma e numerosos filhos pequenos. Ambos sabem que se apropriaram de dinheiro alheio. Não existe diferença em relação ao dolo. Todavia, para o senso comum todos dirão que o caixa tem uma culpabilidade menor que a do portador de valores, pois

²²² FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 18. O normativismo de Frank abandona o puro nexos psicológico entre o autor e sua ação para considerá-lo como reprovabilidade ou nexos valorado juridicamente. CREUS, Carlos. **Derecho penal**: parte general. 5. edición actualizada y ampliada 1ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 43.

²²³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. edición. Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 2002, p. 660. Frank estruturou os elementos da culpabilidade com inclusão das circunstâncias concomitantes, tendo como essência da culpabilidade a reprovabilidade e não mais o nexos psicológico. *Idem, ibidem*.

a daquele é moderada pelas circunstâncias desfavoráveis nas quais se encontrava.²²⁴

Desta maneira, conclui Frank que as circunstâncias concomitantes não só podem atenuar como também excluir a culpabilidade.²²⁵ Por circunstâncias concomitantes devem se entender aquelas circunstâncias normais, da vida cotidiana, ou seja, uma normalidade de motivação para que o agente possa direcionar sua conduta de conformidade com o dever de obediência à norma.

Porém, uma motivação anormal (circunstâncias fáticas) concomitantes pela prática do fato contrário à norma, em tal situação, não seria exigível comportamento de acordo com a norma, porquanto se realça uma distorção entre a vontade do agente e a vontade manifestada pela norma.²²⁶

Depreende do exemplo de Frank que a possibilidade de atenuar ou mesmo de excluir a culpabilidade só seria possível pela análise das circunstâncias concomitantes.²²⁷ Não obstante é, também, neste aspecto que a teoria normativa de Frank irrompeu o dogma do modelo causal-naturalista do bímembre sistema Liszt-Beling.

²²⁴ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. edición. Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 2002, p. 28.

²²⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 30. O movimento neokantiano alterou, sistematicamente, a estrutura do modelo clássico do fato punível. Dogmaticamente esta transformação, conforme Juarez Tavares cinge-se na mudança teleológica do conceito de fato punível, de acordo com os fins e valores do Direito Penal. Os partidários da doutrina do neokantismo promoveram uma ruptura epistemológica entre as ciências sociais e as ciências naturais. ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

²²⁶ Veja-se, neste sentido, GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Volume I. Tomo I. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 251.

²²⁷ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 18.

O conceito rígido de injusto, incitado pelo movimento normativista de cariz neokantiano, valorava a norma de cultura como um dever-ser (*sollen*) em detrimento do ser (*sein*) de matriz positivista. A filosofia neokantista urdida na escola Sudocidental de Baden acolheu a metodologia das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*)²²⁸ para formular uma teoria do delito.

2.4.3.1 Críticas à teoria de Frank

Mezger nega a possibilidade da existência de um psicologismo puro. Fontán Balestra tecendo críticas à teoria de Frank afirma que tão pouco existe um normativismo puro, haja vista que os normativistas não se desapegaram, totalmente, dos elementos psicológicos da culpabilidade.²²⁹

Todavia, Frank não retira dolo e culpa da culpabilidade como faria algum tempo depois Hans Welzel. Frank reconhece que dolo e culpa – não são mais espécies – mas, elementos da culpabilidade em co-relação com a imputabilidade e as circunstâncias concomitantes, a reprovabilidade: exigibilidade de conduta

²²⁸ COUSO SALAS, Jaime. **Fundamentos del derecho penal de culpabilidad**: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 85. A Escola Jurídica de Baden representada por Windelband, Rickert e Lask lançou uma virada dogmática com o chamado conceito metodológico de bem jurídico, de cunho normativista, vinculada aos desígnios do pensamento neokantista, como reação aos postulados do legalismo e do positivismo da Escola de Marburgo que tinha em von Liszt um dos seus maiores representantes. V. CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Lei penal econômica e objeto de proteção**: o bem jurídico econômico. Ciências Criminais no Século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Coordenadores Ivan Luiz da Silva, Teodomiro Noronha Cardozo e Gamil Föppel. Recife: Editora Universitária, 2009, pp. 563-579.

²²⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **El elemento subjetivo del delito**. Buenos Aires. Depalma, 1957, p. 14. A motivação normal ou anormal das circunstâncias em que se apoiam os normativistas se estribam em um juízo de reprovação, de caráter subjetivo. *Idem*, p. 12. Binding objetou, desde o início a concepção dos normativistas, para quem demarcar a culpabilidade como reprovabilidade significava um erro lógico. SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. Tomo II. Actualizador Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1992, p. 19.

conforme ao Direito. Assim, o Direito só reprova quando estes três elementos se apresentam reunidos.²³⁰

Avulta-se da teoria normativa da culpabilidade traços da filosofia aristotélica da vontade. Para Aristóteles sempre que o erro anula a vontade da ação a culpa desaparece. O estagirita sintetiza seu pensamento em quatro vertentes do erro: a) *error invincibilis*; b) *error vincibilis*; c) *ignorantia affectata* e 4) *ignorantia crassa*.²³¹

2.4.4 A culpabilidade como reprovação

No delineamento da teoria de Frank culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade por causa da existência das circunstâncias normais em que o fato proibido foi praticado. Para ele existe um tríplice pressuposto para alguém ser reprovado por seu comportamento ilícito: 1) uma atitude espiritual do autor: a imputabilidade, 2) liame psicológico que vincula o autor ao injusto e 3) a normalidade das circunstâncias como pressuposto da atividade do autor.²³²

Veja-se a opinião de Roque de Brito Alves no que tange à teoria normativa da culpabilidade, *verbis*:

Pela teoria normativa, a culpabilidade é vontade ilícita, é reprovabilidade, é a vontade do agente opondo-se à vontade da

²³⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 34.

²³¹ WELZEL, Hans. **Derecho natural y justicia material**. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Madrid; Aguilar, 1957, p. 77. Tomás de Aquino com base nas ideias de Aristóteles desenvolveu a teologia moral dos últimos escolásticos com referência ao erro de fato e erro de proibição. *Idem, ibidem*.

²³² FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda Reimpresión. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 40-41.

norma penal. É uma vontade que o agente não deveria ter porque viola o dever jurídico resultante da norma e capaz, então, de provocar a reprovação da ordem jurídica.²³³

Frank não nega a existência das categorias imputabilidade, dolo e culpa como elementos da culpabilidade. Todavia, ele rechaça a imputabilidade como capacidade de culpabilidade e culpabilidade como responsabilidade. Para o autor se isso fosse verossímil a responsabilidade seria um traço da imputabilidade e não culpabilidade, visto como esta não pode ser determinada simplesmente pela responsabilidade.²³⁴

Para Frank o dolo é valorado pela consciência da culpabilidade, porque ele agrega à culpabilidade um elemento normativo, porquanto o que vale para a culpabilidade também vale para o dolo e a culpa. Doravante, o dolo fica enriquecido com a exigência da consciência da antijuridicidade como elemento positivo do fato delituoso.²³⁵

²³³ ALVES, Roque de Brito. **Direito penal: parte geral**. Recife: Intergraf Editora, 2004, p. 140.

²³⁴ Adverte Frank que a imputabilidade não consiste em mera capacidade de culpabilidade, compreendida a título de uma ligação prévia, mas corresponde a um elemento da culpabilidade. Com Frank concorda Edmund Mezger que a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, mas *uma parte integrante da teoria da culpabilidade*. MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Traducción de la 2. edición alemana (1933) y notas de derecho español, por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 38 e 41.

²³⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 37, 46-47. Não se nega o vínculo psicológico entre o autor e o fato. Todavia essa realidade passa a ser normatizada pelo Direito. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense. 1. ed. 2008, p. 207. A concepção normativa da culpabilidade não representa apenas uma pura relação psicológica (intelecto e vontade), senão um processo atribuível a uma motivação reprovável do agente. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p.164.

2.4.5 Análise da culpabilidade em Goldschmidt

Goldschmidt não nega o caráter psicológico da culpabilidade, todavia, reconhece que o elemento normativo corresponde, apenas, a uma parte da culpabilidade que é, justamente, a consciência da antijuridicidade da norma de dever.²³⁶

Com base nas concepções de Frank, Goldschmidt criou uma terminologia para explicar a categoria normativa da culpabilidade. Para ele existe uma norma de direito (*Rechtsnorm*) independente que corresponde ao injusto objetivo (parte exterior da conduta) e uma norma de dever (*Pflichtnorm*) que está relacionada à culpabilidade, ou seja, ao aspecto subjetivo da conduta (parte interna), sendo que a norma de dever vai direcionar a norma de direito, naquilo que diz respeito aos imperativos do ordenamento jurídico.²³⁷

Conclusivamente, a norma jurídica, do ponto de vista formal, distancia-se da norma de dever porque esta reflete a conduta exterior, a relação de causalidade e a motivação interior. Há, ainda, segundo o autor, uma segunda diferenciação, quanto ao conteúdo: a norma jurídica pode ter por função uma

²³⁶ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 21. A norma de dever tem um conteúdo de proibição e dirige-se à conduta interna, aos motivos da *representação do dever* e a norma de direito à conduta externa, ou seja, à causalidade, como, por exemplo, a proibição de não matar. REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

²³⁷ MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956, p. 15. Goldschmidt criou para a teoria normativa da culpabilidade uma base independente e autônoma da de Frank. Goldschmidt distingue entre norma de Direito (que o ato viola) e norma de dever (autônoma) que quando é violada faz surgir a culpabilidade do agente. Neste aspecto, v. AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. **Manual de direito penal**: parte geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 180; GOLDSCHMIDT, James, *op. cit.*, p. 23.

proibição ou um mandato; já a norma de dever, a princípio, tem por conteúdo, apenas, um mandato.²³⁸

A teoria de Goldschmidt supõe que ao lado da conduta exterior da antijuridicidade haveria, concomitantemente, uma conduta interior que corresponde ao processo psíquico de motivação, ou seja, o livre-arbítrio para determinar-se de acordo com a norma.²³⁹

Com essa concepção normativa acreditava Goldschmidt haver resolvido o problema da culpa inconsciente. Todavia, Mezger discrepa desse pensamento, haja vista que, para este autor, na culpa inconsciente só se pune o resultado, a dependência e a unidade das duas normas não se entrelaçam.²⁴⁰

A partir de Goldschmidt pode-se dizer que a doutrina normativa da culpabilidade ganhou novos contornos e significados (...) *esta não é uma mera relação psíquica do autor com a ação antijurídica, senão uma valoração da suposição de fato psíquico.*²⁴¹

Goldschmidt deu um passo importante ao retirar da culpabilidade os elementos fáticos, transformando-os em juízos de contrariedade ao dever. Os elementos fáticos assumem, axiologicamente, a posição de pressupostos da culpabilidade, conforme Everardo da Cunha Luna. Importante frisar a

²³⁸ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 100.

²³⁹ *Idem*, p. 95.

²⁴⁰ AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. **Manual de direito penal**: parte geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 181.

²⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 23.

independência da norma de dever – ou de motivação – ao lado da norma de ação.²⁴²

Everardo Luna complementa o pensamento de Goldschmidt ao dizer, de forma sutil, que a culpabilidade não significa a vontade da contrariedade ao dever, mas vontade contrária ao dever, isto porque há independência entre a norma de direito, ou de ação e a norma de dever, ou de motivação.²⁴³

2.4.6 Análise da culpabilidade em Freudenthal

Afirmava Freudenthal que nada se podia exigir do autor nas circunstâncias especiais de um momento, porque havia uma falha no poder de agir da pessoa.²⁴⁴ Para esse autor a concepção *eminente* axiológica da culpabilidade articula um juízo de desvalor (*juízo de atribuição de uma reprovação pessoal*) incidente sobre uma conduta que realiza o tipo penal.²⁴⁵

A Exigibilidade, consoante James Goldschmidt, configura-se, de *lege lata*, um requisito geral da culpabilidade.²⁴⁶ Contrariamente a Frank, Freudenthal buscou descobrir a falha do poder que tinha o autor diante das circunstâncias concomitantes.

²⁴² LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. acrescida de anotações. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 97.

²⁴³ *Idem, ibidem*.

²⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 25.

²⁴⁵ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, p. 27. A culpabilidade, para a teoria normativa, apresenta-se como situação fática valorizada normativamente, cuja exclusão também deve obedecer a causas supralegais. NUÑEZ, Ricardo C. **Uma síntese de la concepción dogmática del delito**. Libro homenaje a Jose Peco. Ed. Universidad Nacional de La Plata, [s/d], pp. 283-287.

²⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 86.

Para D. Fernández, *verbis*:

Freudenthal abarca qualquer outro pressuposto em que o sujeito, pelas circunstâncias em que atuou, não lhe podia ser exigido um comportamento de acordo com o preceito legal.²⁴⁷

Vale ressaltar que a teoria da exigibilidade de outra conduta, ou o poder agir de outra maneira, teve como base construtiva a doutrina do indeterminismo, pensamento da época, calcado no livre-arbítrio que posteriormente foi objeto da crítica de English a Welzel sobre a indemonstrabilidade empírica de tal princípio.²⁴⁸

Frank enfatizou que as circunstâncias concretas são aptas para atenuar ou excluir a culpabilidade no caso dos crimes culposos (*Leinenfänger*). Todavia, para Frank a jurisprudência do Tribunal Supremo e a legislação penal da Alemanha de então, *desgraçadamente*, não permitiam, ainda, tais circunstâncias como critério excludente da culpabilidade nos crimes dolosos.²⁴⁹

No famoso caso do *Leinefänger* – cavalo que não obedece às rédeas – o Tribunal do Império Alemão analisou um caso de culpa *stricto sensu*. Todavia, Freudenthal traz à baila um caso da Siciliana Terranova que envolve um comportamento doloso e que os jurados absolveram-na por inexigibilidade de outra conduta.

²⁴⁷ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, p. 35.

²⁴⁸ *Idem*, p. 33. Para Werner Maihofer e Richard F. Behrendt o fundamento antropológico da liberdade do homem remonta ao iluminismo penal e hoje desponta como um princípio constitucional da dignidade humana. Sem tal liberdade carece de sentido os conceitos de dever e de direito. Freudenthal, Berthold, prólogo de Gonzalo. *Idem*, p. 37-38.

²⁴⁹ FRANK, Reinhart. **Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 43; v. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, p. 66.

A jovem siciliana, de dezenove anos de idade foi de Nova York para morar com seu tio e sua tia na Alemanha havia sete anos. Durante esse lapso o tio seduziu a sobrinha com o conhecimento da tia. Um jovem italiano casou-se com a jovem da Sicília e ambos viviam felizes no matrimônio até sua tia revelar ao consorte da Siciliana que sua esposa havia mantido relações sexuais com o tio. Logo em seguida, o jovem abandonara a esposa. Esta, seguindo os costumes da Sicília resolveu vingar-se matando seus tios a punhaladas para restaurar sua honra. Os jurados absolveram-na. Segundo Freudenthal diante da situação faltava à Siciliana o poder de agir de outro modo e por isso sua conduta não poderia ser reprovada apesar de ter agido com dolo e o dolo, na sua concepção, fazia parte da culpabilidade.²⁵⁰

2.5 Teoria normativa pura

2.5.1 Origem do finalismo welzeliano

A concepção da ação final de Welzel funda-se na filosofia grega de Aristóteles tão bem reproduzida por Santo Tomás de Aquino e tratada de relance por Samuel Pufendorf. Para Aristóteles a ciência máxima e superior é aquela que subordina todo o conhecimento como finalidade de cada ação, porque o fim é o objeto de todas as causas.²⁵¹ São quatro as causas aristotélicas: *causa materialis*, *causa formalis*, *causa efficiens et causa finalis*.²⁵²

²⁵⁰ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, pp. 87-88.

²⁵¹ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 1. ed. Bauru: Edipro, 2006, p. 47. Nesse sentido: TAVARES, Juarez. **Teorías del delito: variaciones tendencias**. Traducción de Nelson R. Pessoa. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983, p. 54.

²⁵² SCHAFFSTEIN, Federico. **La ciencia europea del derecho penal em la época del humanismo**. Traducción de José Maria Rodrigues Devesa. Madrid: Coleccion civitas, 1954, p. 106.

Tomás de Aquino, partindo da premissa teológica, afirma que o ser ou a modificação substancial dele depende de uma causa e dos efeitos que ela encerra. Para o Doutor da Igreja Católica, baseado em Aristóteles, existem quatro causas que são inseparáveis e todas elas estão em jogo pela produção dos seus efeitos da causa eficiente: formal e material: 1) a causa eficiente – aquela que vem do efeito até a existência de algo; 2) a causa final que sobre ela incide a causa eficiente; 3) a causa formal que é a forma que imprime o efeito pela causa eficiente como *causa formal intrínseca* e faz ser aquilo que ele (efeito) é; 4) a causa material que recebe a forma e com ela permanece como elemento constitutivo do efeito.²⁵³

O refinamento dogmático da teoria finalista da ação de Welzel, criada na década de 30, do século passado, teve como marco a publicação do artigo *Kausalität und Handlung*, no qual ele traça as linhas-mestras do pensamento fundamental da teoria da ação final, com base na obra do filósofo Richard Höningwald *Fundamentos da Psicologia do Pensamento* e de outros autores como Karl Bühler, Teodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peteres (psicólogos) e dos fenomenologistas P.F. Finke e Alexander Pfänder, dentre outros autores.²⁵⁴

²⁵³ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Volume 1. São Paulo: Edições Loyola, 2003, pp. 75-76. Para Tomás de Aquino a causa é final porque expressa o verbo interior – significante – que corresponde à (vontade) que é o significado do verbo exterior (ação). AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução, estudos introdutórios e notas Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 311. Afirma Pufendorf que algumas ações do homem se realizam por motivação dos seus fins; outras dos seus meios. PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 19.

²⁵⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: uma introdución a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 28-29. Welzel nega o que a crítica afirmava que a estrutura da ação por ele desenvolvida abeberava-se na fonte de Nicolai Hartmann em sua obra *Ethik* e em seu *Problem des geistigen Seins (Problema do ser espiritual)*. Todavia, reconhece Welzel que da obra do citado autor: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal, de 1935)* ele se utilizou da expressão mais finalidade (*Finalität*), em vez da expressão menos manejável *intencionalidade*. Nesse sentido: WELZEL, Hans. A Dogmática no direito penal. **Revista de direito penal**. Ns. 13/14. Janeiro-Junho. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 07-11.

2.5.2 A metodologia de Welzel

O giro dogmático de Welzel segue uma metodologia de base ontológica, a partir de estruturas lógico-objetivas – pré-jurídicas – (de natureza relativa que vinculam o legislador)²⁵⁵ levando-se em consideração o ser e não o dever-ser. Para Welzel a finalidade e a causalidade são conceitos ontológicos. Todavia, a finalidade é uma lei objetiva que vai estruturar o ser e o atuar humano.²⁵⁶ Coube a Radbruch, um dos mais importantes pensadores da Escola neokantista de Baden, jusfilósofo e penalista, criar o dualismo ser/dever-ser (*sein/sollen*) para diferenciar as ciências naturais das ciências culturais, a partir do pensamento desenvolvido por Ricker e Lask.²⁵⁷

O método utilizado por Welzel para estruturar a teoria final da ação não abandona, por completo, a noção básica de causalidade. Para o autor a ação humana é dirigida pela atividade final, porque o homem, pela sua experiência prévia de causa e efeito pode dirigir suas ações para um acontecer causal externo. Graficamente, segundo o autor, a finalidade é *vidente* e a causalidade *cega*.²⁵⁸

²⁵⁵ Welzel com sua teoria descobriu o respeito que deve ter o legislador a certas estruturas fenomênicas em matéria de Direito e com isso a coerência da regulação jurídica com respeito às estruturas lógico-objetivas, que constituem, acertadamente, as condições que realizam a função e os fins do Direito em geral e, sobretudo, o Direito Penal de modo particular. GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39 e 47.

²⁵⁶ GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Traduzido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 13.

²⁵⁷ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría do delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F. 1995, p. 225. A respeito das estruturas lógico-objetivas afirma Marcello Gallo: Welzel *dice, dunque, che il legislatore, è vincolato dalle strutture ontologiche dell'essere (relativamente) libero egli sarebbe nella valutazione de tali strutture*. GALLO, Marcello. **La teoria dell'azione finalistica**: nella più recente dottrina tedesca. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1967, p. 35.

²⁵⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 41.

Todavia, Welzel não compreendia a fragmentação do sistema causal desenvolvido por Liszt-Beling para explicar a ação. Tal sistema a dividia em duas partes: de um lado o processo causal-objetivo (ação, nexos causal e resultado). De outro, o conteúdo dessa vontade: aspecto subjetivo, deslocado para a culpabilidade psicológica, sem levar em consideração se o autor queria ou podia prever o conteúdo da ação.²⁵⁹

De logo, advirta-se, que a teoria final da ação de Hans Welzel, na opinião de Luis Gracia Martín, deve ser compreendida como uma teoria extensa e profunda e não como um simples método do Direito Penal, porquanto, concretamente, deve ser compreendida como uma filosofia antropológica, sobre a sociedade e o Estado, como uma filosofia ética, social, política e jurídica, para além de uma filosofia do conhecimento.²⁶⁰

Welzel, partindo do déficit e das inconsistências das teorias psicológica e normativa, imprimiu uma nova sistemática aos elementos do crime e com isso superou certas incoerências dos sistemas desenvolvidos pelos penalistas que o antecederam.²⁶¹ Eis, portanto, a revolução de sua tese, malgrado as objeções de seus opositores, inclusive, os pós-finalistas.

A premissa metodológica de Welzel não leva mais em consideração o tipo abstrato, porquanto a ação típica constitui o substrato do tipo ontológico²⁶²,

²⁵⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 46. Tal sistema de fracionamento da ação em antijuridicidade e culpabilidade, a partir da teoria normativa da culpabilidade desenvolvida por Frank, Goldschmidt e Freudenthal não mais se adequava à dogmática penal. WELZEL, Hans. A dogmática no direito penal. **Revista de direito penal**. Ns 13-14. Janeiro/Junho 1974. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 07-12.

²⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

²⁶¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 225.

²⁶² GALLO, Marcello. **La teoria dell'azione finalistica**: nella più recente dottrina tedesca. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 16.

enquanto capacidade de autodeterminação do homem. A dignidade da pessoa humana, sem dúvida, é um valor. Todavia, o substrato de pessoa é ontológico e tem como componentes pré-jurídicos a capacidade de agir de modo final; de dirigir sua atividade, de maneira consciente, para atingir uma meta; de comprometer-se ético-socialmente, conscientemente, de modo a cumprir as obrigações assumidas.²⁶³

Cabe frisar que a teoria finalista da ação imprimiu modificações profundas no Direito Penal depois da Segunda Guerra Mundial com o objetivo de romper os laços com o Estado Nacional-Socialista e com isso restaurar o Estado Democrático de Direito²⁶⁴, sobretudo em oposição à opinião de Hans Kelsen que angariava grande prestígio no mundo todo com seu livro Teoria Pura do Direito, apregoando que um Estado Tirânico constituía, certamente, uma ordem de conduta humana e esta ordem é uma ordem jurídica.²⁶⁵ Para Kelsen todo Estado – mesmo o Estado Nacional-Socialista constituir-se-ia de um Estado de Direito.

Para o Prof. Cláudio Brandão a teoria finalista da ação tinha o objetivo de romper com o Direito Penal nazista e, para tanto, não era interessante retornar à dogmática penal anterior ao nazismo, mas tornava-se imprescindível reformular a própria dogmática²⁶⁶, rompendo com velha doutrina do Estado totalitário nazista, o qual afirmava que o Direito Penal deveria ser o instrumento de purificação biológica do povo.²⁶⁷

²⁶³ GRACIA MARTIN, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 47. Para Gallas o tipo, em um de seus aspectos, se apresenta como o resultado de uma abstração, frente aos *processos vitais reais*. GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Traducido por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 29.

²⁶⁴ WELZEL, Hans *et alli*. **Derecho injusto e derecho nulo**. 1. edición. Madrid: Aguilar, 1971, pp. 73-128. Conf. GRACIA MARTIN, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, 16.

²⁶⁵ *Idem*, p. 76.

²⁶⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

²⁶⁷ WELZEL, Hans. **La posizione dogmática della dottrina finalista del azione**. In, BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125.

Com o fim da II grande Guerra Mundial o causalismo valorativo da escola de Kiel permaneceu de pé. A insurgência do finalismo de Welzel travou com os adeptos dessa escola uma árdua disputa acadêmica por quase três décadas.²⁶⁸

2.5.3 Conteúdo ético-social da teoria finalista de Welzel

Welzel buscou atribuir à concepção final de ação um conteúdo ético-social²⁶⁹ para o Direito Penal, totalmente independente da vontade (arbítrio estatal) como forma de superação dos excessos do direito do III *Reich*, que se baseava na concepção neokantiana da ação penal. Pois bem, Welzel apregoava que *a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social de caráter positivo*. Ao proscrever e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica revela, de forma concludente a disposição do Estado na vigência inflexível destes valores positivos do ato, formalizando um juízo ético-social dos cidadãos para fortalecer sua consciência de permanente fidelidade ao Direito.²⁷⁰

2.5.4 A culpabilidade puramente normativa

Para a teoria normativa pura, sem elementos psicológicos, toda ação é final e não causal.²⁷¹ Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, ou dito com outras palavras: pela consciência do que se quer (aspecto intelectual) e pela

²⁶⁸ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría do delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F. 1995, p. 217.

²⁶⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

²⁷⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 03.

²⁷¹ *Idem*, p. 39. Na década de 30, do século passado, Welzel utilizou-se da expressão *intencionalidade de sentido* para fundamentar os alicerces da teoria final de ação. WELZEL, Hans. **Estudios del filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, prólogo de Gonzalo D. Fernández.

decisão a respeito de querer a realização da ação (volição).²⁷² Por isso, o dolo e a culpa *stricto sensu* são extraídos da culpabilidade para a conduta. Com isso, o dolo passa a ser naturalístico = vontade de ação final + previsibilidade, ou seja, o dolo é finalidade e não intensidade, despojado de qualquer valoração normativa.

Graf zu Dohna, precursor do finalismo, já entendia que a vontade estava na ação e, por conseguinte, no tipo e não na culpabilidade, pois a ação, na sua essencialidade, constituía-se da concreção da vontade²⁷³, sendo este o primeiro autor a se referir ao elemento subjetivo do tipo, ao contrário dos causalistas que diziam que o conteúdo da vontade estava na culpabilidade e não na ação.

Zu Dohna já havia distinguido, com clareza, o dolo como objeto de valoração da conduta, limitando a reprovação da culpabilidade à valoração deste mesmo objeto. A segunda valoração corresponde à antijuridicidade e a terceira à culpabilidade.²⁷⁴

A cisão entre elementos objetivos e subjetivos transformou o injusto natural em injusto pessoal.²⁷⁵ Se para o causalismo a ação equivaleria ao desvalor do resultado para o Professor da Universidade de Bonn a este desvalor do resultado somar-se-ia o desvalor da ação pessoal, isto porque o injusto não se esgota na

²⁷² WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas. São Paulo: romana, 2003, p. 119.

²⁷³ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 18.

²⁷⁴ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 14. No mesmo diapasão, WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 168.

²⁷⁵ A estrutura lógico-objetiva – ôntica da ação final – vai estabelecer um conceito pessoal de injusto nos delitos dolosos e nos delitos culposos a contrariedade da vontade na realização do dever objetivo de cuidado. GRACIA MARTIN, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 52-53.

causação do resultado (lesão ao bem jurídico) desvinculado do seu conteúdo, pois a ação somente pode ser desvalorada como produto da opção pessoal.²⁷⁶

Para Hans J. Hirsch a teoria do ilícito pessoal veio para substituir o conceito causal do ilícito que predominava na Alemanha. Para Hirsch o dolo e a culpa deixam de ser formas ou elementos da culpabilidade, haja vista que o dolo do tipo constituir-se-á um requisito subjetivo do tipo de ilícito doloso, assim como a culpa consiste em uma infração a um dever de cuidado, pela previsibilidade do resultado, concernente ao tipo de ilícito culposo.²⁷⁷

Para Welzel nos delitos culposos a antijuridicidade surge da lesão de cuidado objetivo na execução de uma ação, porquanto a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade significa que é possível conhecer a contravenção do cuidado da ação por parte do autor.²⁷⁸

O primeiro Welzel sofreu críticas acerbas no início da formulação da teoria finalista da ação porque não conseguia explicar a ação final nos crimes culposos. Objetivando corrigir essa falha Welzel emendou sua teoria afirmando que na imprudência a finalidade era potencial. Novas críticas foram assacadas, reformulando Welzel, mais uma vez, seu pensamento. Finalmente, sacou que nos delitos culposos a finalidade é conforme ao Direito. Todavia, os meios utilizados

²⁷⁶ *Idem*, p. 74. Na mesma direção, veja-se GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Traduzido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 49. V. também, D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría do delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F. 1995, p. 235.

²⁷⁷ HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**: obras completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008, pp.13 -14.

²⁷⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 207. Ressalte-se que para Liszt a antijuridicidade correspondia a um predicado de valor da ação, todavia, em uma dimensão formalmente objetiva que não abarcava os aspectos subjetivos da culpabilidade. Determinada a tipicidade e a antijuridicidade a culpa não apresenta qualquer dificuldade essencial. A culpa é, igualmente, reprovabilidade da realização antijurídica do fato. WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. Tradução Nilo Batista. **Revista de direito penal**. Número 03. Julho/setembro 1971. Editor Borsoi, pp. 13-43.

para a realização de uma atividade é que pode ser contrária ao direito, como serve de exemplo o motorista de um veículo que dirige com excessiva velocidade.

É nesse sentido que adverte Welzel que nos crimes culposos o elemento essencial do injusto não se relaciona com a causação do resultado, mas pela forma como o resultado foi causado: os meios de execução da ação.²⁷⁹

Daí a assertiva de que a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, tutelado pela norma penal incriminadora, só tem relevância se ao desvalor do resultado corresponder uma ação pessoalmente antijurídica, ou seja, o desvalor da ação.²⁸⁰

Assim, exemplificativamente, se um motorista conduz seu veículo, em uma rua movimentada em velocidade incompatível para o local haverá maior desvalor da ação e, se não houver lesão ao bem jurídico, tendo em vista que grande parte dos delitos de tráfego são de perigo abstrato, o desvalor do resultado é menor.

2.5.5 Os graus da culpabilidade

Com efeito, outro aspecto relevante é que a teoria psicológica não permitia graduar a culpabilidade que, segundo D. Fernández é um elemento graduável por natureza.²⁸¹ Wilhelm Gallas afirma que a culpabilidade se perfaz em um âmbito formal e material, ao mesmo tempo, não só pelo resultado (causalidade) como

²⁷⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 38.

²⁸⁰ *Idem*, p. 75.

²⁸¹ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría do delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F. 1995, p. 202

também pela expressão de ânimo subjetivo (reprovação) e, desta maneira, a culpabilidade é suscetível de graduação.²⁸²

O art. 42 da antiga parte geral do Código Penal Brasileiro falava em intensidade dolosa e grau de culpa por culpabilidade. O legislador reformista de 1984 ao dar nova redação ao art. 59 do citado Diploma Penal substituiu a expressão intensidade do dolo, que na prática é insuscetível de graduação, para aderir ao finalismo, no sentido de possibilitar a graduação da culpabilidade, necessária para reprovação e prevenção. Na voz do legislador o juiz analisará as circunstâncias judiciais para aplicar uma pena proporcional à culpabilidade do agente (art. 29 do Código Penal).

2.5.6 Elementos da culpabilidade normativa pura

A culpabilidade, puramente normativa, passa a ser composta de três elementos de valoração: imputabilidade, potencial conhecimento (o atual ou real seria psicológico) do caráter lícito/ilícito do fato (juízo de valor) e a exigibilidade de conduzir-se de acordo com o Direito, ficando empobrecida dos elementos subjetivos que agora vão enriquecer o tipo. Com efeito, o injusto natural transforma-se em injusto pessoal, porque o dolo fora transportado para o tipo sem a consciência da antijuridicidade, ou seja, avalorado.

Para Assis Toledo, ao re-arrumar os elementos estruturais do crime Welzel não incorporou algo novo. Todavia, deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação e, assim o fez sem o seu elemento normativo, qual seja a consciência da antijuridicidade. Arremata Toledo que a retirada da consciência da antijuridicidade do dolo sepultou, de uma vez por todas, o vetusto *dolus malus* dos

²⁸² GALLAS, Wilhelm, *op. cit.*, p. 42, FRANK, Reinhard, *op. cit.*, p. 18. ACHENBACH, Hans, *In GOLDSCHMIDT, James, loc cit.*, p. 45.

romanos, que permaneceu por muito tempo no Direito, porém, não mais poderia corresponder às exigências de um Direito Penal Moderno.²⁸³

Afirma Wilhelm Gallas que o dolo na teoria da ação final se confunde com a finalidade, pois aquele constitui o conteúdo final da ação e fora da comissão dolosa, jurídico-penalmente falando, a finalidade tem relevância.²⁸⁴ Todavia, o próprio Welzel já esclarecera antes que os conceitos de dolo e finalidade não são coincidentes.²⁸⁵

Para Welzel todo dolo de tipo significa uma vontade finalista de ação, todavia, o contrário não é verdadeiro. O autor ilustra seu pensamento com um caso prático em que a vontade não corresponde à finalidade: a enfermeira que aplica no paciente uma injeção prescrita pelo médico com fins curativos, sem saber que a seringa contém veneno, não realiza nenhuma ação finalista de matar, mas uma ação finalista de aplicar uma injeção.²⁸⁶

A culpabilidade é o elemento mais importante do crime. Como já se disse é o terceiro andar do edifício do crime e, dentro dessa estrutura, é o único elemento que funciona como um juízo de reprovação a um autor de um injusto penal que, por livre-arbítrio, optou por comportar-se contrariamente ao Direito.²⁸⁷

²⁸³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 228.

²⁸⁴ GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Traduzido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, pp. 46-47.

²⁸⁵ GRACIA MARTIN, Luis. **El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 70.

²⁸⁶ WELZEL, Hans. **Estudios de filosofía del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 5. Veja-se, a este respeito. GALLAS, Wilhelm. **La teoría del delito em su momento actual**. Traduzido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, pp. 14-15.

²⁸⁷ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Barcelona: Ariel, 1962, p. 14. Culpabilidade é reprovabilidade enquanto juízo valorativo que reprovará o autor por não haver se comportado de acordo com o Direito. *Op. cit.*, p. 14.

Segundo Maurach o dolo enquanto realidade psicológica não pode expressar um juízo; ele é objeto do próprio juízo negativo.²⁸⁸ Por outro prisma, a culpa requer a comprovação de um juízo valorativo negativo que se dirige ao autor do fato. Parafraseando Maurach o dolo está na cabeça do agente; já a culpabilidade, enquanto juízo de reprovação está na cabeça do juiz que dirige a censura ao agente²⁸⁹, no grau merecido da culpabilidade.

O conceito tripartido de crime, desde Liszt-Beling foi mantido por Welzel. Para o autor do finalismo a estrutura da culpabilidade concatenada com os três elementos tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade traduz-se em um alto grau de racionalidade e segurança dogmática, visto que os elementos estão relacionados de tal modo que o subsequente está subentendido pelo antecedente.²⁹⁰

Registre que o conde zu Dohna, cuja doutrina antecede o finalismo welzeliano, propugnava por uma teoria tripartida do crime: a antijuridicidade e a culpabilidade são dois dos elementos do crime que devem se unir à adequação típica para justificar a responsabilidade penal.²⁹¹

2.5.6.1 A imputabilidade como elemento da culpabilidade

A imputabilidade, como elemento da culpabilidade é reprovação pessoal, de quem podia agir de outra maneira. A capacidade de culpabilidade, do ponto de

²⁸⁸ MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito penal**. Ano IV. N. 15. Outubro/dezembro. 1966. Rio de Janeiro, pp. 19-35.

²⁸⁹ *Idem, ibidem.*

²⁹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 57. Graf zu Dohna, sinteticamente, conceituava o crime de forma tricotomizada em ação antijurídica e culpável. DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 14.

²⁹¹ *Idem*, p. 40.

vista dogmático e legislativo requer a possibilidade de compreensão do ilícito e direcionamento da vontade, de acordo com essa compreensão, condicionando-se a capacidade de entendimento à maturidade e saúde mental²⁹², sem o que estamos diante da inculpabilidade.

A Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade e para que se faça um juízo de reprovação pessoal da conduta, faz-se mister que o agente seja plenamente capaz. A ausência de imputabilidade leva à inimputabilidade, consoante arts. 26, 27 e 28, § 1º, do nosso Código Penal, porquanto, é por meio da imputabilidade que o autor pode conhecer ou não a licitude do seu ato.

O agente é considerado penalmente imputável quando ele for capaz de avaliação entre a representação de sua conduta e a plena capacidade de entendimento de acordo com a resolução de sua vontade. Dito de outra maneira, a culpabilidade pressupõe que o agente diante de uma circunstância concreta seja capaz, imputável, e possa motivar-se de acordo com a norma, pelo poder de exigibilidade de outra conduta, de acordo com a compreensão da potencial consciência da antijuridicidade. Ou seja, sendo a imputabilidade base da culpabilidade e por isso é necessário que o agente tenha conhecimento do dever de se motivar consoante a norma penal.²⁹³

Para a formação de um juízo de culpabilidade não é necessário, apenas, uma relação de causalidade com a imputação de um resultado a alguém, senão e concomitante, que se verifique se na situação concreta o sujeito poderia em sua consciência agir de maneira diversa. Conforme Jiménez de Asúa no período

²⁹² *Idem*, pp. 187-188. A capacidade de culpabilidade é o primeiro dos elementos sobre o qual repousa o juízo de culpabilidade, sendo que o ordenamento jurídico requer, como determinação da censura, como atitude interna diante do direito, vinculada a fatores como a idade e a sanidade mental, a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade. JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 391.

²⁹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Problemas de derecho penal**: doctrina técnica del delito dolo y ceguera estado peligroso. Buenos Aires: Librería y Editorial La Facultad, 1944, p. 46.

primitivo não existia a culpabilidade e por isso se recorria à responsabilidade em virtude de uma mera imputação física²⁹⁴, ou seja, relação de causa e efeito. Todavia, o Direito Romano entronizou a intenção dando espiritualidade ao Direito Penal e, a partir de então, a culpabilidade passou a ser uma característica do delito e, sem esta não é possível associar um fato danoso à aplicação de uma pena em sentido estrito.²⁹⁵

Como afirma Armin Kaufmann quando o indivíduo em determinadas condições é capaz de praticar um ato proibido ou determinado ele tem o dever de praticar (dever de agir) ou deixar de praticar (dever de abstenção).²⁹⁶ Assim, no dever do indivíduo a norma encontrou o elemento axiológico de sua concretização: o objeto apto de motivação do destinatário da norma.²⁹⁷

Para Manzini a noção de imputabilidade repousa na complexidade de condições físicas e psíquicas postas pela lei a uma pessoa capaz, no sentido de se estabelecer uma relação entre o autor da violação de um preceito penal e o Estado.²⁹⁸

Portanto, a imputabilidade é o conjunto de atributos pessoais, que determinada pela norma penal, possibilita a reprovação pessoal, dado que sem imputabilidade não se chega à culpabilidade. Neste sentido é a posição de Welzel:

²⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 20.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*.

²⁹⁶ KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 208.

²⁹⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 208.

²⁹⁸ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**. Volume primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, p. 627.

Com o conhecimento de que o homem, como ser determinado pela responsabilidade, é capaz de autodeterminação conforme os fins e com a compreensão da estrutura categorial dessa forma de determinação, logrou-se já, sem dúvida, uma definição geral da natureza do homem e de sua liberdade, mas não se ainda se esse homem, numa situação concreta, era realmente capaz de autodeterminação conforme os fins.²⁹⁹

É consenso doutrinário, segundo Maurach, que a capacidade de culpabilidade tem a função de formar um juízo de culpabilidade, porquanto a possibilidade de autodeterminação do homem nos remete à investigação de sua personalidade no campo da psicologia moderna e da ciência que estuda o caráter.³⁰⁰ Com efeito, para Roxin o juízo de culpabilidade é algo individual, sendo necessário investigar, também, o poder de atuar de outro modo, como pressuposto de determinação por meio da norma.³⁰¹

2.5.6.2 A consciência da antijuridicidade

A ressaltar, entretanto, que o principal giro dogmático de Welzel está na culpabilidade ou, de modo mais específico, na consciência da antijuridicidade. Sem a consciência da antijuridicidade não há culpabilidade, mas, apenas, erro que se processa na representação do pensamento do agente em relação à proibição da norma. Com o conde Graf zu Dohna, em 1925, surge o conceito de erro de proibição (violação ao conteúdo da norma). Antes de zu Dohna havia o erro de direito, ou seja, violação formal à lei e o erro de fato que não condiz com o

²⁹⁹ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 102.

³⁰⁰ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Teoria general del derecho penal y estructura del hecho punible. Tomo I. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 603.

³⁰¹ *Idem*, p. 607.

atual erro de tipo. Para o autor, conforme dito antes, faz-se mister separar as leis penais das normas penais.³⁰²

Do ponto de vista ético-social uma ordem jurídica estabelece normas e preceitos como algo valioso para a vida social e a conduta antijurídica viola essa referida ordem social. Assim, a antijuridicidade tem como característica *um juízo de desvalor sobre a conduta típica*.³⁰³

Para demonstrar a importância da consciência da antijuridicidade, no pensamento de Welzel, traz-se à colação o paradigmático caso da alemã oriental grávida que fugiu para a Alemanha ocidental e lá realizou um auto-abortamento. No julgamento entendeu-se que a alemã não detinha a consciência da antijuridicidade de realizar um auto-abortamento em território alemão ocidental, uma vez que na Alemanha Oriental tal conduta não era proibida.³⁰⁴

Para Liszt o injusto desenvolvido pela dogmática penal corresponde a uma ação ilegal e culposa, reconhecido em todos os ramos do direito.³⁰⁵ Com inteira razão Cláudio Brandão afirma que a fixação do conceito de crime configura-se um dos pontos mais importantes do Direito Penal, pois, faz-se necessário separar o conceito de crime de infrações de outros ramos do Direito.³⁰⁶ Em Direito Penal

³⁰² DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 11. Para o autor normas são categorias de proibições ou imposições do ordenamento jurídico e estão contidas nas leis. *Op., cit.*, p. 11. Lei e norma são disciplinadas pela vida social como integrantes do ordenamento jurídico, contudo, uma não se confunde com a outra. GRAMATICA, Filippo. **Principios de derecho penal subjetivo**. Traducido del italiano por Juan del Rosal y Victor conde. Madrid. Instituto Editorial Réus, 1941, p. 11.

³⁰³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 60.

³⁰⁴ WELZEL, Hans. La posición dogmática della dottrina finalista dell'Azzione. **Revista Italiana de diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 06 *et sequi*.

³⁰⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Senado Federal, 2006, p. 300.

³⁰⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18.

uma ação é proibida ou ilícita ou não proibida e conforme ao Direito. Logo, não existe uma zona intermediária que integre uma atitude jurídica indiferente.³⁰⁷

É sabido que a antijuridicidade como elemento do crime é, tradicionalmente, um dos temas mais importantes da Teoria Geral do Direito. Everardo da Cunha Luna atinge o cerne da discussão sobre a evolução doutrinária da antijuridicidade ao afirmar:

Sendo a categoria jurídica comum a todos os ramos do direito, constitui um dos temas basilares da teoria geral, com implicações de natureza jurídico-filosófica o apuramento doutrinário da antijuridicidade, *porém, deve-se ao direito penal, o que não acontece por acaso, mas certamente*, porque é o direito penal o ramo jurídico essencialmente das ilicitudes.³⁰⁸

Mutatis mutandis, na seara de um Direito Penal moderno, a consciência da antijuridicidade é um dos conceitos mais difíceis de ser estabelecido. Não obstante, ela representa o elemento de maior relevância da teoria do delito contemporânea³⁰⁹; máxime com a teoria final da ação de Welzel em que a consciência da antijuridicidade atinge o seu ponto mais alto por causa da consciência do injusto pessoal da ação.

Com apoio na teoria finalista da ação, veja-se a distinção que Cláudio Brandão faz entre antijuridicidade e consciência da antijuridicidade,

³⁰⁷ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 280. Todo crime representa um ato ilícito, porém nem todos os atos ilícitos são crimes CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general Del delito**. Traducción Del italiano por Víctor Conde. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p. 27.

³⁰⁸ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 112.

³⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997, pp. 55-61. A consciência da ilicitude elemento informador de todo o comportamento reprovável tem sido o conceito mais difícil de se estabelecer no Direito Penal. CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 180.

particularmente sobre o desvalor da ação e o juízo de desvalor sobre o autor da ação:

Destarte, pela antijuridicidade infere-se um juízo de desvalor sobre a ação, e pela consciência da antijuridicidade faz-se um juízo de desvalor pessoal sobre o autor, por ter agido contrariamente ao ordenamento jurídico, quando ele poderia dirigir seu comportamento conforme o ordenamento.³¹⁰

De logo, esclareça-se que apesar da tênue diferença que separa a antijuridicidade da consciência da antijuridicidade, ambas, não se confundem, visto que a relação de antijuridicidade não significa indício da consciência de antijuridicidade.³¹¹ Conforme Wessels *a consciência do injusto* ao lado da culpa constitui um elemento autônomo da culpabilidade³¹² e não um elemento do dolo como queria Mezger.³¹³

A faculdade cognitiva de exteriorizar um pensamento pode ser traduzida como conhecimento prévio da antijuridicidade. A cognição é dita prévia, porquanto é anterior à modificação do mundo circundante.³¹⁴

A ressaltar, entretanto, que na teoria causalista o dolo era natural (psicológico) sem a consciência da antijuridicidade que se situava na culpabilidade, por causa do conteúdo da vontade. Na esteira, da teoria

³¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997, pp. 55-61.

³¹¹ *Idem, ibidem*. Segundo Beling o que se reprova é a atitude interna do autor que se relaciona com a antijuridicidade de sua ação. BELING, Ernest v. **Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo**. Traducción del alemán por el Dr. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 72.

³¹² WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral**. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 90. Importa relevar que a consciência da disposição penal ou da punibilidade do fato não é *objeto da consciência do injusto*, mas a compreensão de que a conduta é proibida juridicamente. *Idem, ibidem*.

³¹³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro, 2008, p. 216.

³¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997, pp. 55-61.

neoclássica, o dolo retoma o conceito dos romanos – *dolus malus* – (normativo), e, por último, na teoria finalista da ação o dolo volta a ser puramente natural, com sua transferência da culpabilidade para o injusto, desprovido da consciência da antijuridicidade, que permanece na culpabilidade.

O lugar sistemático do conhecimento do injusto é no juízo de reprovação e não no dolo. Com efeito, a culpabilidade é um juízo de valoração e não um processo psicológico. Por isso, a consciência do injusto se satisfaz com o *potencial conhecimento da antijuridicidade*, sendo que sua falta carrega o erro de proibição, independente do erro de tipo.³¹⁵

Assim, a consciência da antijuridicidade (potencial, não precisa ser atual), enquanto elemento autônomo da culpabilidade é de natureza normativa, porque somente adquire um significado dogmático a partir de uma valoração da norma, já que a consciência da antijuridicidade é a capacidade humana de percepção de que aquele comportamento é ilícito, contrário ao Direito.

Mir Puig é categórico ao afirmar que o exame da consciência da antijuridicidade fica para a culpabilidade; mas, não possuindo um conteúdo psicológico de efetivo conhecimento, senão uma possibilidade normativamente determinável.³¹⁶ Dito de outro modo pelo autor:

[...] na imputabilidade se pergunta se o sujeito poderia agir de outro modo; neste ponto se comprova se podia conhecer a

³¹⁵ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 132.

³¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p. 544. Para a reprovação de uma ação que contraria o Direito é imprescindível ao autor o conhecimento ou a possibilidade de conhecimento das circunstâncias que pertencem ao tipo e, a um só tempo, à ilicitude. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, p. 348.

proibição do fato, enquanto condição de poder adequar a conduta à norma.³¹⁷

2.5.6.3 A dicotomia consciência da antijuridicidade formal e material

Existem duas correntes que buscam a conceituação da consciência da antijuridicidade: a corrente formal e a material. Para a primeira a consciência da antijuridicidade é sinônimo de consciência da lei. Nessa perspectiva o agente tem conhecimento da antijuridicidade na medida em que ele respeita a lei.

Von Weber nega haver tal coincidência entre os delitos formais e materiais. Ele justifica que uma conduta pode ser contrária a uma comunidade e não ser legalmente punida ou vice-versa e, com ênfase, diz que o legislador penal tem a tarefa de descrever, de forma exaustiva, um delito em sentido material.³¹⁸

Esse dualismo começou com Liszt, baseado nos ensinamentos de von Ihering consistente na separação entre o ilícito civil e o penal. Para Liszt, o crime se manifesta pelo ataque dirigido contra interesses tutelados pelo direito e especialmente pelo perigo, na ótica do legislador, para a existência da ordem jurídica.³¹⁹

³¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p. 544.

³¹⁸ WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del derecho penal alemán**. 1. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 41-22.

³¹⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Senado Federal, 2006, p. 302. Coube a Liszt formular um conceito autônomo de antijuridicidade. Para ele o direito tem por objeto tutelar interesses dignos de uma tutela mais enérgica para a vida humana. O Estado, por isso, tutela esses interesses que são naturais e, portanto, pré-existentes às leis humanas. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 178. *Il Liszt sembra voler attribuire un diverso e autonomo significato alle due categorie allorchè afferma che Il contenuto materiale (antisociale) dell'azione è indipendente dalla valutazione che ne fa Il legislatore*. PETROCELLI, Biagio. **L'Antigiuridicità**. Terza edizione riveduta. Padova: Cedam, 1955, p. 89.

A corrente formalista deve ser rechaçada porque, apesar da máxima latina *ignorantia legis neminem excusat*, hodiernamente sem tanta relevância para a dogmática jurídico-penal, é impossível para os operadores do Direito o conhecimento de todas as leis penais. Se não é verdade que juristas conheçam todas as leis penais existentes, por exemplo, no Brasil, pela sua enorme inflação legislativa, infere-se que somente um jurista poderia preencher os requisitos da lei para cometer um crime.³²⁰

A exigibilidade do conhecimento da lei demanda que ela seja conhecida por todos. Pendurar as leis em lugar tão alto, como fazia Denis, *o Tirano*, que nenhum cidadão poderia alcançá-las ou escondê-las dentro de potente aparato de sábios livros de jurisprudência, opiniões de juristas e costumes constitui uma enorme injustiça.³²¹

Mezger criou uma teoria para explicar a antijuridicidade material que é a chamada valoração na esfera do profano. Para Mezger a consciência da antijuridicidade dar-se-á na esfera cultural, familiar, na religião, sociedade... instâncias onde o sujeito tem a noção do que é proibido.³²² O reconhecimento da antijuridicidade material decorre da doutrina majoritária, que apela para a norma de cultura.³²³

³²⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro, 2008, p. 216. Córdoba Roda nega a relevância atual do princípio *error iuris non excusat* que teve grande prestígio no Direito Romano por questões de política criminal, social... CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuricidad em la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1962, p. 59. Faz-se necessária a distinção entre ignorância da antijuridicidade e ignorância da lei para impedir que o princípio político irrelevante *error iuris* conduza à punição de condutas inculpáveis. MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 20.

³²¹ HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, Lda. 1986, p. 179.

³²² MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho privado, 1935, pp. 122 e 129. Afirma Beling que a valoração paralela de Mezger no âmbito do delito-tipo é precisamente um esquema reitor (*Leitbild*) comum tanto na fase objetiva quanto na subjetiva. *Op. cit.*, p. 73.

³²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Problemas de derecho penal**: doctrina técnica Del delito – dolor y ceguera estado peligroso. Buenos Aires: Librería y Editorial La Facultad, 1944, p. 41. Para Sauer o agente deve ter consciência da tendência socialmente danosa do fato. SAUER, Guilherme.

2.5.6.3.1 Desvalor da ação e do resultado

Como vimos à dogmática penal causal-naturalista coube o propósito de, no final do século XIX, separar o injusto objetivo do injusto subjetivo.³²⁴ A doutrina causal, deste modo, separava a ação como mero processo externo, objetivo, do conteúdo subjetivo da vontade.

Para Welzel o injusto não se esgota na causação do resultado (lesão ao bem jurídico) desvinculada em seu conteúdo da pessoa do autor, senão que a ação é antijurídica somente como obra de um autor determinado: o fim que o autor destinou ao fato, sua atitude e os deveres que o obrigaram, tudo isto determina, de modo decisivo, o injusto do fato ao lado de eventual lesão ao bem jurídico.

Neste diapasão, afirma Welzel que a antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato que se refere a um determinado autor, enquanto que o injusto é a ação injusta *peçoal* referida ao autor.³²⁵

Conforme Welzel o ordenamento jurídico quer estabelecer, com suas normas e preceitos permitidos, uma ordem valiosa da vida social. A realização antijurídica do tipo é uma conduta que contraria esta ordem valiosa. Por isso a antijuridicidade se caracteriza como um *juízo negativo de valor* ou como um juízo de desvalor sobre a conduta típica.³²⁶

Derecho penal: parte general. Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, p. 258.

³²⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. edición. 4. edición castellana. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 74.

³²⁵ *Idem, ibidem.*

³²⁶ *Passim.*

Como afirma Juarez Tavares, os fundamentos da diferença entre os crimes dolosos e culposos não encontra lugar comum nos finalistas. Para este autor, Welzel estabeleceu a diferença, segundo um juízo de valor negativo, que incide sobre a conduta típica: assim, no crime doloso o juízo de valor recairia sobre o resultado danoso, consciente e voluntariamente produzido ao bem jurídico (desvalor do resultado); já nos crimes culposos, o que se leva em conta, efetivamente, é o desvalor da própria ação, estabelecendo um paradigma com aquele homem consciencioso e prudente que no seu lugar atuaria da mesma maneira que o outro atuou.³²⁷

Nos crimes culposos, podemos destacar, ainda, que se um motorista conduz seu veículo em alta velocidade e com sua atitude não causa nenhum dano a terceiro o desvalor da ação é maior que o desvalor do resultado, haja vista que a direção perigosa poderia causar dano, todavia, a conduta imprudente do agente não causou dano nenhum a um bem jurídico.

Adverte Welzel que o elemento decisivo do injusto nos crimes culposos é também um desvalor da ação e não mero desvalor do resultado; este possui somente o sentido de um elemento adicional (que é precisamente restritivo) o injusto.³²⁸

Afirma Welzel que o desvalor da ação, decisivo para os delitos culposos, consiste na divergência da direção real da ação pelo autor e a direção exigida pelo direito.³²⁹

³²⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 140.

³²⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 55.

³²⁹ *Idem*, p. 57.

Para Welzel de que o sistema causal mostrou-se também inapropriado para a compreensão do crime culposos, já que se estabeleceu que o elemento decisivo do injusto na culpa não radica na pura causação do resultado, mas na contravenção objetiva do cuidado na ação.³³⁰

É necessário, não obstante, distinguir na concepção de Welzel, o desvalor do resultado e o desvalor da ação, assim como o injusto da antijuridicidade.³³¹ Para Heleno Cláudio Fragoso o injusto é a conduta em si considerada. A antijuridicidade é uma qualidade do injusto.³³²

Subjaz, então, que antijurídica é a conduta em descompasso com o direito. Antijuridicidade é juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que sobre a conduta típica incide, em uma perspectiva de exigência do ordenamento jurídico.³³³

A lesão a um bem jurídico não se mostra suficiente para caracterizar o injusto. Segundo Miguel Reale Jr., o desvalor do resultado é um dos elementos reveladores do injusto, o qual se caracteriza quando, de uma maneira geral, acrescenta-se a ele o desvalor da ação.³³⁴

³³⁰ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 47.

³³¹ REALE JR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 79.

³³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 181.

³³³ *Idem, ibidem*.

³³⁴ REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 80.

Releve-se, entretanto, que somente a antijuridicidade é única, como característica do desvalor da ação; já o injusto é múltiplo, porque a antijuridicidade revela-se nos diversos objetos valorados.³³⁵

É dizer, a lesão ao bem jurídico (a falta de valoração do resultado) só tem importância no Direito Penal no que tange a uma ação antijurídica-pessoal (desvalor da ação). O desvalor pessoal da ação é desvalor genérico e abrange todos os delitos penais. No desvalor do resultado (o bem jurídico lesionado ou ameaçado) é elemento constitutivo de numerosos delitos (de resultado ou de perigo).

O desvalor do resultado pode faltar no caso concreto, sem que se elimine o desvalor da ação, como serve de exemplo, a tentativa não idônea³³⁶, seja pela impropriedade do objeto seja por impropriedade do meio utilizado para atingir o fim representando pelo agente.

A antijuridicidade é sempre uma relação de contraste entre o dever-ser explícito pela norma jurídica e o fato humano (ontológico na sua essência). Por isso, na opinião de João Mestieri a ilicitude não corresponde ao desvalor do fato em cotejo com a lei, senão ao desvalor do fato frente ao Direito.³³⁷

Claus Roxin ao tratar de um finalismo *moderado* criado por Welzel e desenvolvido até os dias de hoje pelo seu discípulo Hirsch afirma que ambos consideram o desvalor do resultado e o desvalor da ação em uma equação em

³³⁵ REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 81.

³³⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. edición. 4. edición castellana. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 75.

³³⁷ MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 144.

que temos a lesão ao bem jurídico como pressuposto do injusto.³³⁸ Para Claus Roxin:

A escola de Welzel não logra combinar o desvalor da ação e o desvalor do resultado de um modo adequado, como tampouco consegue explicar de modo entendível a dimensão social do injusto mediante a restrição da proteção de bens jurídicos à evitação de riscos não permitidos.³³⁹

Por tudo o que foi dito, até agora, é de concluir-se que em decorrência da estrutura do conceito causal ou clássico de ação a lesão (ou perigo de lesão) a um bem jurídico, provocada por uma conduta corresponde ao desvalor do resultado³⁴⁰, porquanto a vontade, para os causalistas, é desprovida de conteúdo que se desloca para a culpabilidade. O giro dogmático de Welzel foi, justamente, reunir na ação o conteúdo e a própria vontade, dito de maneira mais clara: com a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade para o tipo, o injusto natural transformou-se em injusto pessoal.

A *contrario sensu*, para os finalistas na lesão a um bem jurídico há um enlace do desvalor do resultado e do desvalor da ação, concomitantemente, como pressuposto de existência do injusto.

Porquanto, conclui Welzel: o injusto da culpabilidade alcança o desvalor da ação. A culpabilidade contém a reprovação a respeito da vontade que se decidiu sobre este desvalor da ação.³⁴¹

³³⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 45-46.

³³⁹ *Idem*, p. 46.

³⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume I. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 293.

³⁴¹ WELZEL, Hans. **Estudos de direito penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 35.

Welzel, como dito alhures, transformou o injusto natural em injusto pessoal ao deslocar o dolo da culpabilidade para a ação. Com isso, o desvalor pessoal da ação do agente é manifestado pelo dolo de tipo (*desvalor doloso/tipo de injusto doloso*) ou pela culpa (*desvalor/tipo de injusto culposo*). E ao desvalor da ação se adequa um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.³⁴²

Stratenwerth tem objetado uma teoria finalista da ação com fundamento único no desvalor da ação. Não obstante, Carlos Creus não vê obstáculo para sustentação da tese finalista de um desvalor da ação pela concepção final do injusto, enquanto ato contrário ao dever. Todavia, este autor advoga que o desvalor do resultado não integra o desvalor da ação como seu fundamento.³⁴³

2.5.6.4 A consciência da antijuridicidade e a problemática do erro

Erro e ignorância constituem dois estados metajurídicos diversos. O erro constitui, assim, a falta de conhecimento sobre determinado objeto ou o falso conhecimento sobre ele.³⁴⁴ Já a ignorância significa a falta de percepção da realidade. Por conseguinte, a diferença que se pode estabelecer entre os dois conceitos é *o não ver do ver mal*.³⁴⁵

³⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume I. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 300.

³⁴³ CREUS, Carlos. **Introducción a la nueva doctrina penal**: la teoría del hecho ilícito como marco de la teoría del delito. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, [s/d], pp. 73-74.

³⁴⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 1.

³⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general Del delito**. Traducción Del italiano por Víctor Conde. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p. 132. Lapidar é a distinção entre erro e ignorância feita por Ranieri, *verbis*: *Errore, diversamente dall'ignoranza, che si há quando La conoscenza viene meno in modo assoluto, è una falsa rappresentazione della realtà, che può aversi tanto nel processo di formazione quanto nel processo di attuazione del volere*. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Volume Primo. Padova: CEDAM, 1952, p. 279.

Aristóteles distinguia o ato executado sem a presença da vontade de consciência do agente do ato realizado na ignorância das circunstâncias, pois quem não estava ciente de sua ação não pode se arrepender pelo que fez e não se pode dizer que agiu voluntariamente.³⁴⁶

2.6 Teoria extremada (ou estrita) do dolo

É a mais antiga e põe o dolo na culpabilidade e a consciência da antijuridicidade no próprio dolo. Aqui o dolo é normativo; consiste na vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida. A consequência é que todo erro jurídico-penal, seja de tipo ou proibição, quando inevitável exclui sempre o dolo. Para von Weber o sentido do § 1º do art. 59 do StGB só abarca unicamente o dolo exigido no tipo não sendo relevante o conhecimento da antijuridicidade.³⁴⁷

Nos anos seguintes a 1945 o *Reichsgericht* não considerou mais a consciência da antijuridicidade, quer como elemento do dolo ou como característica da culpabilidade.³⁴⁸ Conforme Maurach:

El *RG* supone que la *culpabilidad dolosa* se deriva sin más del conocimiento de las características objetivas del tipo; no debe

³⁴⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 89 e nota 63.

³⁴⁷ WEBER, Hellmuth von. *Lineamientos del derecho penal alemán*. 1. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 80. A teoria em comento originou-se da jurisprudência do antigo *Reichsgericht* por aplicação do princípio *error iuris nocet*, que interpretando o § 1º do art. 59 do StGB não reconhecia a exclusão da culpabilidade por erro de proibição. CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuricidad em la teoría del delito**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1962, p. 39. *Mutatis mutandis*, MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 133.

³⁴⁸ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Traducción y notas de Dereco Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 133.

además exigirse que el autor sea consciente de la antijuricidad, esto es, de la ilicitud de sua acción.³⁴⁹

Então, a doutrina alemã, ante a injusta interpretação do antigo *Reichsgericht* o mais alto Tribunal do Império, deu nova exegese ao § 1º, do art. 59 do StGB. Para Cláudio Brandão a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e o dolo fica excluído quando ausente tal consciência.³⁵⁰

2.7 Teoria limitada do dolo

Esta teoria buscou, pelo seu aperfeiçoamento dogmático, suprir as lacunas existentes na teoria anterior. A teoria limitada do dolo, *ipso facto*, considera a consciência da antijuridicidade como integrante do dolo, todavia, tal consciência é potencial, não é necessário que ela seja atual.³⁵¹

A teoria limitada do dolo foi objeto do projeto Gürtner de 1936, cujo texto continha a seguinte redação: *Actúa dolosamente quien ileva a cabo el hecho com conciencia y voluntad, siendo consciente de obrar el injusto o de infringir la lei* (parágrafo a parágrafo).³⁵² O erro é irrelevante se ele tem por base uma atitude que não é compatível com uma concepção sã de Derecho e injusto.³⁵³

³⁴⁹ *Idem, ibidem.*

³⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 157. O § 1º, do art. 59 do StGB dispõe: Se alguém na perpetração de uma conduta punível não conhecia a existência das circunstâncias de fato que pertencem ao tipo legal, ou que elevam a penalidade, não se devem imputar a ele. MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956, nota à p. 10. A propósito, v. BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo**. Traducción del alemán por el Dr. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 72.

³⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 158.

³⁵² CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuricidad em la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1962, p. 108.

³⁵³ *Idem, ibidem.*

2.8 As teorias extremada (estrita) e limitada da culpabilidade

As teorias extremada (estrita) e limitada da culpabilidade surgiram para dirimir a polêmica doutrinária sobre a natureza do erro nas causas de justificação. Para alguns autores trata-se de erro de tipo; para outros, erro de proibição.

A teoria extremada da culpabilidade surgiu com a doutrina finalista da ação defendida por Welzel, Maurach, Armin Kaufmann e outros e parte da premissa da re-estruturação dos conceitos de dolo e culpabilidade, retirando do dolo a consciência da ilicitude.³⁵⁴

Francisco de Assis Toledo aduz que na teoria extremada da culpabilidade todo e qualquer erro que incida sobre uma causa de justificação é erro de proibição³⁵⁵, não cabendo distinguir se o erro recai sobre uma situação de fato, sobre a sua própria existência ou sobre os limites de uma causa de justificação. Como consequência exclui a culpabilidade (se inevitável o erro; se evitável o erro atenua a pena (art. 21 do CP), mas a condenação será sempre por crime doloso.

A ausência do conhecimento da antijuridicidade não exclui o dolo porque este já se concretizou com a realização objetiva do tipo. No entanto, a falta de consciência da antijuridicidade (inevitável) exclui a culpabilidade ou permite a atenuação da pena, haja vista que o dolo se esgotou com a vontade e previsibilidade do resultado.³⁵⁶

³⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 284.

³⁵⁵ *Idem*, p. 285.

³⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 159. Veja-se CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuridicidad em la teoria del delito**, *cit. loc.* p. 111.

A ausência de consciência de que uma ação é antijurídica não afeta o dolo de tipo e também não dá lugar à verificação de culpa. Na assertiva de Welzel o erro de proibição é erro incidente sobre a contrariedade do fato com o Direito e com consciência plena por parte do agente da realização do dolo-tipo.³⁵⁷

Para a teoria limitada da culpabilidade se o erro do agente recair sobre uma situação de fato (de uma causa de justificação) ocorre o erro de tipo permissivo (exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei – art. 18, parágrafo único, do CP). Todavia, se o erro do agente incidir sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação³⁵⁸, o erro passa a ser de proibição, com as consequências já referidas. O CP brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, como se depreende do art. 20, § 1º.³⁵⁹

2.9 Exigibilidade de outra conduta

O célebre caso do *Leinenfänger* (cavalo que não obedece às rédeas) julgado pela Quarta Sala do Tribunal Superior da Alemanha aos 23 de março de 1897 possibilitou o desenvolvimento histórico da teoria da exigibilidade (*Zumutbarkeit*) de conduta conforme o Direito.

Eis o caso: um proprietário ordenou que seu empregado atrelasse dois cavalos em um coche sendo que um daqueles animais era conhecido pelo patrão como cavalo *apanhador de rédeas*. A princípio, o cavaliço negara-se a atrelar

³⁵⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.196.

³⁵⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 286.

³⁵⁹ *La suposición errônea de que concurre una causal de justificación constituye un caso de error de prohibición*. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 199.

aquele animal ao coche, prevendo a possibilidade de um acidente, pois o cavalo tornar-se-ia indomável se avistasse uma caça.

Naquele contexto do século XIX a Alemanha passava por forte recessão econômica e o cocheiro temendo ser dispensado do emprego obedeceu ao poder de ordem do patrão. Como já era de se esperar o cavalo se desgovernou em via pública ao avistar uma caça, atropelando um ferreiro e causando-lhe lesão corporal culposa.³⁶⁰

O Patrão e o empregado foram condenados por crime culposo na primeira instância. Todavia, o Tribunal absolveu o cocheiro ao fundamento de que a previsibilidade do acidente, por si só, não fundamenta a culpa, dado que não se poderia exigir do cocheiro conduta diversa da que efetivamente realizou. Daí porque não poderia incidir sobre ele um juízo de reprovação. Com base naquela decisão Frank adicionou um elemento novo à culpabilidade: a exigibilidade de outra conduta.³⁶¹

No caso *sub examine* o Tribunal decidiu excluir a culpabilidade do cocheiro por ele não ter tido liberdade para agir de outro modo, em face da anormalidade da situação concreta. Assim, resta claro que, ao contrário do que afirmava parte da doutrina, as circunstâncias concomitantes estão dentro e não fora da culpabilidade.³⁶²

³⁶⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 42.

³⁶¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, pp. 80-81.

³⁶² Como visto acima, o Tribunal entendeu que as circunstâncias concomitantes excluem a culpabilidade, pois que elas estão no interior da culpabilidade. Diferentemente, a doutrina dominante na apreciação da relação jurídica da ação entendia que as circunstâncias concomitantes ficavam de fora do conceito de culpabilidade. FRANK, Reinhart, *opus cit.*, p. 27.

A culpabilidade, na acepção de Frank, está na *psique* do sujeito, ou seja, dentro e não fora da culpabilidade. Pode-se até dizer que as circunstâncias concomitantes, fáticas, não são ainda culpabilidade. Todavia, tal assertiva é errônea quando se pretende provar que tais circunstâncias não devam refletir já na mente do indivíduo como motivação.³⁶³

Com base na jurisprudência do Tribunal, afirmou Frank que não se pode reprovar o autor de um fato executado debaixo de certas circunstâncias de anormalidade. O desenvolvimento científico da exigibilidade, como elemento da culpabilidade, teve significativa contribuição de outros neoclássicos como Godschmidt e Freudenthal.

O normativismo de Frank arrosta a equação silogística do psicologismo. Para esta antiga teoria bastava que o autor de um injusto penal se comportasse com dolo ou culpa para ser sujeito de culpabilidade, não sem antes reunir os atributos pessoais de imputabilidade – maioridade penal e sanidade mental – como condição de responsabilidade.

No caso *sub examine* a teoria psicológica mostrou-se inadequada para solucionar o caso do *Leinenfänger*. Não sobra dúvida que o cocheiro agira com culpa consciente, todavia, não livre do temor de ser despedido do emprego. Ou seja, diante das circunstâncias de fato anormais não seria justo exigir-lhe comportamento normal de obediência ao comando abstrato da norma, porque não se lhe restava outra alternativa a não ser correr o risco de causar um dano a alguém (previsibilidade) pelo só fato de atrelar um animal arisco à caça para

³⁶³ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, pp. 464-465. Tal objeção à teoria de Frank não tem a menor procedência, pois o que vai constituir o elemento essencial da culpabilidade é o reflexo do ânimo que vai influenciar a motivação da vontade que Frank posteriormente, substituiu a fórmula *circunstâncias concomitantes* por liberdade ou domínio do fato (*Tatherrschaft*). BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 99.

conduzir o coche (imprudência), em situação que não dispunha de liberdade para agir de outra maneira e por isso sua conduta não poderia ser reprovada.

Voltando à análise da questão da colocação das circunstâncias concomitantes dentro ou fora da culpabilidade, a partir do Tribunal Superior, sobeja insofismável que tais circunstâncias excluem a culpabilidade e se é assim é porque elas estão situadas, efetivamente, dentro, e não fora da culpabilidade.

2.9.1 Exigibilidade de outra conduta como princípio de regulação

Henkel foi quem primeiro utilizou, na linguagem jurídica, o princípio regulativo inspirado no pensamento de Kant, objetivando separar, em termos metodológicos, os princípios normativos e regulativos, entendendo por princípio normativo aquele que encerra um conteúdo de valor e de julgamento. Já o princípio regulativo corresponde a uma *cláusula neutral, formal* sem conteúdo normativo *que não antecipa normas com que resolver o caso concreto e unicamente brinda o juiz uma diretriz ou orientação para que elabore o mesmo (rectius, este) a regra adequada a um caso concreto.*³⁶⁴

³⁶⁴ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 19. Henkel traz à baila o disposto no parágrafo 257 do Código Penal Alemão, como exemplo de um caso específico de regulação, com fulcro em uma decisão do Tribunal Supremo do Império Alemão que declarou não ser punível o crime de favorecimento alheio. Decidiu o Tribunal que o caso seria análogo ao estado de necessidade. Tal decisão levou Mezger a interpretar a decisão do Tribunal no sentido de uma causa especial supralegal ou de exculpação. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 77. Para Engisch a exigibilidade como princípio geral de regulação está relacionado com a teoria da culpabilidade e, a um só tempo, é elemento normativo e seu substrato categorial. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 45.

Claus Roxin afirmou que Henkel demonstrou, de maneira irrefutável, que a exigibilidade não encerra um conceito normativo, senão de regulação e não contém juízo ou critério de valor.³⁶⁵ Na visão de Roxin:

El que el legislador emplee una cláusula regulativa no significa creación de una norma [...] indicando que la norma judicial se debe desarrollar partindo del caso concreto.³⁶⁶

É importante frisar que Henkel, apesar de ser considerado como filiado ao pensamento neokantiano não identifica um conteúdo valorativo para o princípio regulativo. Na sua opinião tal princípio não se reduz ao molde das palavras da lei.³⁶⁷ Henkel teceu críticas aos pioneiros da teoria normativa por qualificar a exigibilidade como fundamento ou pressuposto da culpabilidade em sentido normativo.³⁶⁸

Advoga Henkel que a aplicação do elemento normativo da culpabilidade desempenhado na exigibilidade como causa de exculpação representa, apenas, um papel secundário e coadjuvante e não um papel principal. *In verbis*:

[...] no marco da aplicação do elemento normativo da culpabilidade, só um papel *secundário e coadjuvante*, a saber, o de um princípio regulativo para a concreta determinação dos limites duvidosos da exigência de dever contida no elemento normativo da culpabilidade.³⁶⁹

³⁶⁵ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 60.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. fundamentos. la estructura de la teoria del delito**. Tomo I. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 2006, p. 60.

³⁶⁷ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, pp. 22-23.

³⁶⁸ *Idem*, p. 119.

³⁶⁹ *Passim*, p. 120. Na exigibilidade não se ocultam fenômenos distintos e contrapostos: normativo e regulativo. *Loc cit.*, p. 126. A exigibilidade, no âmbito das cláusulas gerais não resulta de um conceito normativo, senão de um princípio regulativo no sentido indicado. *Passim*, p. 127. Reforça

Como princípio geral a exigibilidade se aplica a todos os ramos do direito, como um saber da teoria geral do Direito e não especificamente ao ramo do Direito Penal.³⁷⁰ Como princípio de regulação incide não só no âmbito da tipicidade (crimes dolosos, culposos e omissivos) como também no plano da exclusão da antijuridicidade (justificação) bem como na esfera da culpabilidade.³⁷¹

Na visão de Robert Alexy os direitos fundamentais têm caráter de princípios e os princípios são mandatos de otimização, isto é, que podem ser ponderados³⁷², relativamente a várias possibilidades fáticas e jurídicas.³⁷³

O princípio da necessidade ou da exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*), ou, ainda, da menor *ingerência possível* põe de manifesto um maior realce no sentido de que o cidadão tem o direito subjetivo a uma menor desvantagem sempre que houver alguma restrição de seus direitos fundamentais, seja no campo do Direito Penal, Civil ou qualquer outro ramo do ordenamento jurídico.³⁷⁴

o pensamento de Henkel, DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad exigibilidade y razones para la exculpación**. Madrid: Dinkson, S.L. 2003, p. 220.

³⁷⁰ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 63.

³⁷¹ *Idem*, p. 33. Conforme Welzel nos crimes culposos a exigibilidade diz respeito ao dever objetivo de cuidado e nos dolosos o direito exige em maior escala que o autor imputável decida a favor de um comportamento jurídico, em virtude da possibilidade do conhecimento do injusto. WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, pp. 194-195. Em relação aos crimes de omissão, segundo Henkel, a exigibilidade diz respeito a situações em que o cidadão, como membro da comunidade, é chamado a ajudar na preservação de bens jurídicos ameaçados. *Loc. cit.*, p. 86.

³⁷² ALEXY, Robert. **Revista española de derecho constitucional**. Ano 22. N. 66. Set/dez. 2002, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 13-64.

³⁷³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. edición Traducción y estudio introductorio do Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 91.

³⁷⁴ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

Como adverte Grabitz a exigibilidade é um atributo de relação: examina-se se o meio empregado para a execução do fim proposto era aconselhável, exigível ou não. Isto porque não se pode pensar o princípio isoladamente. Disto decorre que *o princípio da proporcionalidade contempla o exame da norma legal no plano intrínseco, ou seja, sob a ótica da sua conexão material entre os meios e os fins.*³⁷⁵

O Tribunal Constitucional da Espanha, em decisões reiteradas, tem analisado o princípio da proporcionalidade e sua íntima relação com o princípio da inexigibilidade de conduta diversa. O referido Tribunal espanhol tem levado em consideração a razoabilidade que o legislador deve sempre ter ao tipificar uma conduta como exigível e sua ponderação com a proporcionalidade da pena para o seu descumprimento. (STC 55/1996 e ATC 262/1998).³⁷⁶

A exigibilidade deve ser examinada de forma subjetiva relativa ao sujeito individualmente considerando (sua personalidade, por exemplo), ponderando-se as circunstâncias concretas de cada caso particular.³⁷⁷ Para Melendo Pardos a postura subjetivista ou individualizante para alguns autores teria como medida a figura do *hombre médio*.³⁷⁸ Não obstante, afirma Henkel que o paradigma de como se havia comportado o homem médio na situação em que se comportou o autor não é demonstrável do ponto de vista empírico.³⁷⁹

³⁷⁵ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

³⁷⁶ AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de otra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 40-41. Tanto a exigibilidade quanto a inexigibilidade são também princípios legislativos para aplicação do Direito. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 46.

³⁷⁷ REALE Jr., Miguel. **Dos estados de necesidad**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1971, p. 92. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 100.

³⁷⁸ MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 55.

³⁷⁹ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 132. A questão do poder alternativo, em sua versão individualizadora, no tocante à formulação do chamado *poder médio* – que tem como paradigma o

2.9.2 Exigibilidade de outra conduta e culpabilidade material

Para Welzel quando o sujeito em condições de imputabilidade tem conhecimento do injusto estabelece-se a culpabilidade material. Para Welzel, *litteris*:

[...] esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. Más bem pude tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad e em tal medida *exculparlo* y absolverlo de pena.³⁸⁰

O núcleo central da culpabilidade é o conhecimento do injusto na esfera do profano, pois a decisão de cometer um fato delituoso com plena consciência de que a norma jurídica a ele se opõe, caracteriza o modo mais deficiente do sofrimento do autor em sua atitude de relacionamento interno com a norma. [...] Não é necessário que o conhecimento do injusto contradiga as exigências sociais; basta, entretanto, o conhecimento da *antijuridicidade material*, como conhecimento que se realiza na esfera do profano.³⁸¹

homem de tipo médio – foi também rechaçada, como um conceito material de culpabilidade, por ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad em la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, pp. 39 e 40. (...) Para Engisch não é possível colocar o sujeito na posição exata e no momento em que aquele outro atuou. Para o autor o nível de exigibilidade demandável ao *cidadão-tipo-médio* e o nível de exigibilidade requerível ao imputado em cada caso concreto, utiliza-se para formular um juízo de correspondência comparativa, isto é, a reprovação não se constata empiricamente, mas segue-se o padrão de homem médio até formular um enunciado de responsabilidade. ENGISCH, Karl, *loc cit.*, p. 44.

³⁸⁰ WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 210. Para zu Dohna a antijuridicidade é uma característica privilegiada do crime, porque quando ela está dada é possível desenhar-se a problemática da culpabilidade. DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 40.

³⁸¹ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 408 *et sequi*.

Deste modo, a culpabilidade, que a doutrina tradicional conceitua como a essência do juízo de reprovação, encontra seu fundamento de validade em uma ação típica e antijurídica³⁸², no desvalor da ação e do resultado.

Portando, a culpabilidade não tem mais por objeto uma relação do sujeito com o resultado, mas da relação que se estabelece e tem, agora, por objeto uma relação entre a vontade e a norma e, é, justamente, esta característica que fundamenta o aspecto normativo da culpabilidade.³⁸³

O conhecimento da antijuridicidade, *a priori*, ainda não significa que deva existir um juízo de culpabilidade, concomitantemente. O fato de uma conduta ser contrária à norma penal não torna o agente culpável, posto que a culpabilidade não aceita que a contrariedade do agir em contrariedade à norma penal requeira uma dupla relação desvalorativa: primeiro a ação do sujeito não estar de acordo com a norma e, segundo: o autor poder-se-ia haver comportado de acordo com a norma. Disto exsurge o juízo de culpabilidade, na sua forma específica e essencial de reprovação.³⁸⁴

A culpabilidade é um juízo derivado. Como terceiro andaime da construção do edifício do crime, ela só tem sustentação com os dois outros que lhe antecedem: o fato típico e antijurídico, ou seja, o injusto penal. Bem por isso, a culpabilidade – elemento do conceito analítico e tripartido do crime – enquanto

³⁸² MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Volume I. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genssch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 516. O injusto culpável (*Unrecht*), traduzido na ação típica e antijurídica só se aperfeiçoa quando lhe é adicionado a culpabilidade, enquanto característica de reprovação, pois não se pode reprovar, por óbvio, aquilo que estar de acordo com o Direito. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 310.

³⁸³ CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuricidad em la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1962, pp. 80-81

³⁸⁴ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p.125.

juízo pessoal de reprovação encontra seu fundamento de validade no atuar típico e antijurídico do sujeito ativo de um crime.³⁸⁵

Ensina o Prof. Cláudio Brandão que uma vez estabelecida a culpabilidade material ver-se-á se era exigível ao autor um comportamento de acordo com o Direito, ou seja, se além do *dever* ele detinha o *poder* de agir conforme o Direito.³⁸⁶

Desta maneira, plasmada a consciência do injusto, pela materialização da culpabilidade, exigir-se-á do agente comportamento de acordo com o ordenamento jurídico, posto que a noção de exigibilidade de outra conduta está vinculada à noção de liberdade, porque o juízo axiológico de reprovação só pode incidir pessoalmente sobre o sujeito que podendo dirigir sua conduta de acordo com o comando normativo opta, por livre-arbítrio, por comportar-se de maneira contrária à norma.

Daí porque o Estado, para além do poder, tem o dever de imputar um juízo de censura pela reprovação da ação contrária ao Direito, no sentido de restaurar a exigibilidade do comando normativo. Por isso que Eberhard Schmidt batizou a exigibilidade como elemento normativo da culpabilidade penal.³⁸⁷

³⁸⁵ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 516. Ora, o ordenamento jurídico não pode reprovar uma conduta lícita, reta. A reprovabilidade só encontra legitimidade quando o agente comete um injusto penal, sem o qual não se pode imputar um juízo de censura.

³⁸⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 230.

³⁸⁷ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 261.

Graf zu Dohna equiparou a noção de exigibilidade à contrariedade ao dever, porquanto a infração às normas de direito não podem ter validade quando se deixa de exigir uma ação de acordo com uma norma.³⁸⁸

Freudenthal teve o mérito de ser pioneiro na estruturação sistemática da ideia de exigibilidade como poder de atuação alternativa por parte do autor enquanto elemento essencial de apreciação valorativa da culpabilidade, diante do princípio do vetusto Direito Romano: *impossibillum nulla est obligatio*.³⁸⁹

A exigibilidade é o juízo de reprovação da culpabilidade. A exigibilidade é o dever de motivar-se pelo dever representado na norma de direito e pela não motivação pela representação do dever jurídico, apesar da exigibilidade.³⁹⁰

Com efeito, o juízo de reprovação radica na possibilidade concreta que o agente possuía, diante de circunstâncias objetivas, para motivar sua ação conforme os preceitos legais. Porém, se esse sujeito não possuía, ao tempo do fato, liberdade suficiente de determinação em face da anormalidade das circunstâncias concomitantes, a reprovação torna-se inexigível.

³⁸⁸ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 64. Ao lado das causas de exclusão de culpabilidade desenvolvidas por Frank, Freudenthal introduziu um conceito normativo de não exigibilidade como uma causa geral de exclusão da culpabilidade. MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956, p. 16.

³⁸⁹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Montevideo. Editorial B de F, 2003, pp. 23 e 29. Por via analógica Freudenthal reivindica a possibilidade de adotar a inexigibilidade de outra conduta como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade o que logo foi defendido por Schaffstei e Baumann. FREUDENTHAL, Berthold, *op. cit.*, pp. 34-98. Doravante, com Freudenthal a culpabilidade abandona a velha roupagem do nexó psicológico com o resultado da conduta para converter-se em uma valoração de reprovação da conduta antijurídica: a desaprovação que consubstancia um juízo de reprovação. *Idem*, p. 24.

³⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Buenos Aires, 2002, Editorial B de F, Prólogo de Ricardo C. Núñez, p. 78. Para Goldschmidt os elementos do fato da culpabilidade na teoria de Mezger são apenas pressupostos da culpabilidade, porque sobre deles incide o *poder* (atuação de acordo com o dever jurídico) que é pressuposto da exigibilidade. *Idem, ibidem*.

Welzel parte da premissa de que o elemento mais importante da reprovabilidade é a concreta possibilidade de autodeterminação que subordina os elementos intelectuais. Diz o autor:

Posto que o conteúdo da reprovabilidade consiste precisamente em que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade conforme com o direito em lugar de sua resolução voluntária antijurídica.³⁹¹

Por fim, assegura Bohne que o princípio da exigibilidade subordina-se à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio superior que alicerça toda a construção teórica do Direito Penal.³⁹²

III – INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

3.1 Antecedentes históricos

Como é sabido, o princípio da inexigibilidade de outra conduta – na dimensão que hoje o conhecemos – resultou da jurisprudência do antigo Tribunal do Reich (*Reichsgericht*) e teve como marco histórico o recorrente caso do *Leinenfänger* (o ressabiado cavalo apanhador de rédeas) que despertou Frank para a construção doutrinária do conceito normativo de culpabilidade ao lado do conceito psicológico.

³⁹¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: uma introducción a la doctrina de la acción finalista. p. 193. Aliás, a normalidade das condições objetivas, nas quais o agente se encontrava na ocasião da ação ou da omissão, é um dos modernos fundamentos da culpabilidade. *Por normalidade entende-se, efetivamente, a ausência de situação excepcional perante a qual não se possa exigir do autor que procedesse de acordo com os interesses do direito.* MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

³⁹² GOTTHOLD, Bohne. **Menschenwürde und Strafrecht**, Scherpe-Verlag, 1949, p. 26. *In*, HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 28.

Verdadeiramente, Frank foi o criador da reprovabilidade, enquanto juízo material da culpabilidade, não do normativismo, porquanto a teoria da *imputatio* de Samuel Pufendorf (a que já nos referimos) fins do século XVII é considerada como antecedente do normativismo. Maximilian von Buri, no final do século XIX, já se referia a um elemento normativo que dava colorido ao psicologismo puro.³⁹³

Frank parte da premissa de que se as circunstâncias concomitantes anormais, prelúdio da inexigibilidade de outra conduta, poderiam atenuar a culpabilidade, *mutatis mutandis*, poderiam excluí-la. O marco teórico de Frank possibilitou que Goldschmidt com a teoria da motivação da norma de dever e de direito e Freudenthal, em sucessivo, com a teoria do poder e dever comportar-se de outro modo re-estruturassem a culpabilidade como um elemento normativo, além da imputabilidade, do dolo e da culpa.

A teoria normativa da culpabilidade distingue, na sua gênese, a valoração da formação da vontade como fundamento da culpabilidade e como reprovação pelo fato de o autor poder agir de outra maneira. O reconhecimento da inexigibilidade de um comportamento adequado à norma como *causa geral de exculpação de caráter supralegal* motivou Freudenthal, no contexto alemão do pós-guerra, a ter a necessidade de formular um conceito ético-individual de culpabilidade para evitar a pena de quem, de acordo com as circunstâncias fáticas, não poderia motivar pela norma e evitar o crime.³⁹⁴

Goldschmidt instilou crítica a Freudenthal quando a voz deste último afirmou que em uma causa de exculpação o que interessa não é o poder de agir,

³⁹³ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 254.

³⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Editorial Comares, S.L., 1996, p. 541.

mas o dever de agir. Criada essa tensão dialética entre ambos, Goldschmidt utilizando-se de um argumento que sugere uma circularidade, afirma que a exigibilidade não é só um dever, mas também um poder, sendo que este poder tem como pressuposto um dever. Afirma, porém que a existência desse poder tem como característica o domínio do fato conforme interpretação de Hegler: imputabilidade, dolo ou culpa e motivação normal. Motivação normal na acepção de Goldschmidt vem a ser uma característica positiva da culpabilidade, enquanto que uma motivação anormal configura-se uma característica negativa da culpabilidade.³⁹⁵

Além de Goldschmidt, Freudenthal e Eberhard Schmidt também aderiram à concepção normativa da culpabilidade, além de Schaffstei e Edmund Mezger, este último, um dos seguidores da teoria e seu principal difusor nos países sul-americanos, graças à tradução para o idioma espanhol, do seu tratado de Direito Penal, acrescentando valiosas observações.³⁹⁶

Igualmente, Graf zu Dohna rechaçou a teoria da inexigibilidade, *como causa geral de exculpação da culpabilidade*, asseverando que tal doutrina surgiu, rapidamente, como um meteoro que iluminou o horizonte para depois de pouco tempo sumir na escuridão.³⁹⁷

De tal arte, o elemento normativo da culpabilidade é a exigibilidade de que o agente deve se comportar conforme o Direito, enquanto que a inexigibilidade a *contrario sensu* corresponde ao fundamento geral das causas de exculpação da

³⁹⁵ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, pp. 90 *et sequi*.

³⁹⁶ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 261. VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 349. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, nota à p. 28.

³⁹⁷ DOHNA, Alexander Graf zu. **La ilicitud como característica general em el contenido de las acciones punibles**: la estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: Librería El Foro, 1928, p. 191.

culpabilidade³⁹⁸ porque o agente não teve a liberdade necessária de atender ao comando abstrato da norma e com isso violou as expectativas dos interesses protegidos pela norma penal de incriminação.

Henkel já advertia, com razão, que a inexigibilidade não se encontra subsumida na exigibilidade, porquanto a exigibilidade se identifica como elemento componente da culpabilidade. De outro vértice, a doutrina passou a qualificar a exigibilidade como a ausência das causas de exculpação, enquanto elemento categórico do juízo de reprovação, o que não corresponde às ideias de Henkel.³⁹⁹

Para Goldschmidt os conceitos de exigibilidade e inexigibilidade não são simétricos entre si, e com essa advertência, é de concluir-se que não cabe falar em inexigibilidade quando ausente a exigibilidade, a exemplo do inimputável que não tem culpabilidade e do erro de proibição pelo desconhecimento da antijuridicidade da conduta.⁴⁰⁰

O juízo de culpabilidade, sintomaticamente, é tão somente reprovação que significa exigibilidade como dever de motivar-se diante da representação da norma de dever designada na norma de direito e a não motivação pela representação do dever jurídico, apesar da exigibilidade.⁴⁰¹ Com essas palavras, Goldschmidt coloca a imputabilidade, dolo e culpa e a motivação normal das circunstâncias como pressupostos da culpabilidade.

³⁹⁸ D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidad y teoría del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 262. Goldschmidt estruturou a culpabilidade a partir dos seguintes elementos: exigibilidade que tem como pressupostos: motivação normal, imputabilidade, dolo e culpa e a não-motivação censurável. AMERICANO, Odín Indiano do Brasil. **Manual de direito penal**: parte geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 153.

³⁹⁹ HENKEL, Heinrich, *op. cit.*, pp. 29-30. Em visão diametralmente oposta a D. Fernández Henkel não vê diferença entre os conceitos de exigibilidade e inexigibilidade que, do ponto de vista funcional da dogmática penal, representam aspectos diversos de um mesmo tema. Henkel, prólogo de D. Fernández, *idem*, 48.

⁴⁰⁰ COBO DEL ROSAL, Manoel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5 edición corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 688.

⁴⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 78.

É sabido que uma das vigas-mestras dos fundamentos atuais da culpabilidade é a normalidade das condições objetivas, nas quais o agente se encontrava ao tempo da ação ou omissão.⁴⁰² Na ótica de Mestieri:

Por normalidade entende-se, efetivamente, a ausência de situação excepcional perante a qual não se possa exigir do autor que procedesse de acordo com os interesses do direito.⁴⁰³

Sem embargo, Baumann acentua que o conceito de culpabilidade normativa enxerga na relação entre autor e fato tão somente um elemento da culpabilidade e, segundo o critério normativo, a essa relação psicológica deve corresponder a culpabilidade como elemento valorativo, isto é, dever-ser que encerra a reprovabilidade da conduta do autor.⁴⁰⁴

Löffler apesar de contrapor-se, em certa medida, à teoria psicológica da culpabilidade imperante daquela época (v. Capítulo I desta tese) não se afastou muito do psicologismo puro. Com Frank a dogmática penal alemã atingiu o auge de seu desenvolvimento, pois foi este o primeiro autor a utilizar a expressão *reprovação* (*Vorwurf*) e *reprovabilidade* com a dimensão de *juízo* de culpabilidade.⁴⁰⁵

⁴⁰² MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 184.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁴ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 207. O ponto nuclear da teoria psicológica determinava a culpabilidade a partir de uma situação psicológica, como característica da ação típica e antijurídica. Dolo e a culpa eram espécies de culpabilidade na sua inteireza (física e moral) como fundamento da pena, verificada antes a imputabilidade do agente, como suposto de fato, sem levar em conta o elemento valorativo para a posterior teoria psicológico-normativa: o juízo de reprovação do injusto.

⁴⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 149.

Impende ressaltar, que o momento psicológico da culpabilidade não se esgota com a expressão do dolo ou da culpa, mas, segundo a teoria frankiana, com a verificação da imputabilidade e da normalidade das circunstâncias que aderem ao fato punível.⁴⁰⁶

Frank ao utilizar-se do termo reprovabilidade no sentido de dar um conteúdo material para a culpabilidade, ao considerar o dolo e a culpa como pressuposto dela inseriu na culpabilidade um elemento normativo: o estado de normalidade em que atua o agente debaixo das *circunstâncias concomitantes*.⁴⁰⁷ Frank não escapou da crítica e, no intuito de arrefecê-la, acabou afirmando que usou a expressão *reprovabilidade* porque não encontrou outra mais adequada.

A pontificação da ideia teorizante de um juízo de valor, incidente sobre uma situação psicológica, fez com que Frank desse o primeiro passo no sentido de assimilar a culpabilidade em uma ordem normativa, porque doravante culpabilidade passou a ser traduzida como sinônimo de reprovabilidade.⁴⁰⁸

Neste diapasão, ao substituir as circunstâncias concomitantes por motivação normal como meio de determinar o grau de exigibilidade e responder às críticas dos seus pares, reconheceu Frank o estado de necessidade como uma causa autorizadora de exclusão da culpabilidade.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, nota à p. 28.

⁴⁰⁷ FRANK, Reinhart. **Sobre La estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, pp. 16-17.

⁴⁰⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 378-379. Com a volta ao *dolus malus* a consciência da antijuridicidade foi recolocada no dolo, posto que nas causas de exclusão de culpabilidade o erro de proibição invencível, *ad exemplum*, não aparece como vontade censurável, por falha das *circunstâncias acompanhantes* que se situam no plano da culpabilidade. *Idem*, p. 379.

⁴⁰⁹ FRANK, Reinhart, *op. cit.*, pp. 17-18

A motivação normal, novel nomenclatura utilizada por Frank, como elemento valorativo ressurge, conforme Jiménez de Asúa, transformada em *liberdade* ou como *domínio do fato* (Hegler)⁴¹⁰ com a qualidade de requisito positivo da culpabilidade ao lado da velha roupagem do dolo e da culpa. Graças à inclusão da liberdade, como juízo valorativo, em sua nova teoria tornou-se possível estabelecer a culpabilidade em graus.⁴¹¹

A concepção normativa de culpabilidade de Frank a faz depender de uma desvalorização da atitude espiritual do autor no que diz respeito ao ato em sua completude e não apenas a consideração de uma relação psíquica de ligação do autor à ação, desprovida de valoração do espírito.⁴¹²

Desse modo, para Everardo da Cunha Luna, com esquete em Mezger, a culpabilidade significa censurabilidade que é a face positiva da exigibilidade de outra conduta e a inexigibilidade expressa a sua face negativa, porquanto só se

⁴¹⁰ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 105.

⁴¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956, p. 165. No seu opúsculo Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Frank assemelhou a normal motivação à liberdade, definindo a culpabilidade como sinônimo de reprovabilidade – elemento normativo – segundo a liberdade, como fim e significado conhecido ou conhecível do injusto. D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidade y teoría del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995, p. 208. No sentido de Hegler a exigibilidade é um poder e esse poder existe quando existe o domínio do fato. GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 105. cabendo ressaltar que Löffler ao limitar a culpabilidade a uma relação psíquica, assim procedeu sem esquecer-se do seu conteúdo ético: o dano da ação para a sociedade pelo desvalor do resultado, em decorrência da lesão ao bem jurídico, penalmente tutelado pela norma.

⁴¹² MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956, p. 19. A Frank *debemos La importante indicación de que La culpabilidad es reprovabilidad, com que tenemos la afirmación decisiva de que la culpabilidad juridicopenal no queda agotada em uma referencia psicologica, sino que recibe su contenido o médio del reproche que lleva consigo, es decir, mediante um juicio normativo de valoración*. Mezger, Edmund, *op. cit.*, p. 14. V. D. FERNÁNDEZ, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 207-208.

pode exigir aquilo que se pode censurar ou, dito de outro modo: não se pode censurar o que não se pode exigir.⁴¹³

Realce-se, não obstante, que na teoria psicológica da culpabilidade as causas de exclusão da culpabilidade configuravam-se *numerus clausus*, isto é, só contemplava as hipóteses previstas na Lei. Já para o normativismo as causas legais de exculpação fazem parte de um catálogo exemplificativo, permitindo interpretação teleológica por meio da analogia *in bonam partem*.

Infere-se, portanto, na perspectiva de um Direito Penal moderno da culpabilidade que a inexigibilidade de outra conduta é a pedra angular sob a qual se edifica toda a teoria do conceito de crime, levando-se em consideração não somente a causalidade como fator natural de uma ação, mas a liberdade de ação do homem, como corolário de sua dignidade, livre de amarras; sua personalidade, as vicissitudes e, por vezes, o abismo ou as circunstâncias que a vida lhe reserva.

Dito isto, tem-se que a reprovabilidade deve recair sobre a motivação contrária ao dever, mensurando-se, diante de tal abismo a possibilidade de exigir-se do agente o poder de agir diferente, a opção de livre agir com esteio na *liberdade de vontade*,⁴¹⁴ de outra vontade se for possível a escolha diante do caso concreto.

De igual modo, a partir de tal concepção normativa da culpabilidade é possível exigir do agente um comportamento de acordo com o Direito – que será, doravante, a base da reprovação penal. Conforme Jiménez de Asúa *em*

⁴¹³ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**: parte geral: com observações à nova parte geral do código penal. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 97.

⁴¹⁴ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, 29.

*consequência, se não lhe é exigível essa conduta a reprovabilidade não pode dirigir-se contra quem, inclusive voluntariamente, há procedido antijuridicamente.*⁴¹⁵

A inexigibilidade enquanto elemento geral da culpabilidade repousa na ausência do *dever e poder comportar-se de outra maneira* em face das circunstâncias anormais; se esta possibilidade não está presente a reprovabilidade queda inerte, pois a decisão de vontade que deve obediência ao Direito é aquela que se processa diante da existência de circunstâncias normais da vida.⁴¹⁶

Freudenthal, a quem coube dar os retoques finais da teoria da inexigibilidade de outra conduta, como princípio geral do Direito, a partir dos contornos de Goldschmidt, traz à baila o célebre caso conhecido como *a cegonha diante os jurados* ou (*Klapperstorch*).

A companhia de minérios St.J. concedia aos empregados dispensa remunerada do trabalho no dia útil dia em que nascesse um filho. Ocorre, todavia, que quando a criança nascia no domingo o genitor solicitava à parteira para registrar o nascimento como tendo sido em dia útil, para que o pai gozasse do descanso remunerado. Diante de tal fato a parteira mostrou resistência, todavia, cedeu diante da ameaça dos pais de procurarem outra parteira mais complacente e ela, sob ameaça de perder o próprio sustento e de sua família, foi autora de uma série de registros falsos de nascimento.

⁴¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 933. ASUA, Luis Jiménez de, *op cit.*, p. 932

⁴¹⁶ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, p. 71. O poder agir de outro modo, como pressuposto ou requisito do juízo de censura deve ser valorado na culpabilidade e não na tipicidade ou antijuridicidade. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 235. VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 399.

Certo dia, a empresa tomou conhecimento do *agendamento da cegonha*. O caso foi levado ao Tribunal local e os mineiros beneficiados com a fraude foram condenados a pagar uma pequena multa. Não obstante, o Tribunal territorial se declarou incompetente para conhecer de uma apelação interposta por um dos mineiros e remeteu o caso para o Tribunal do Júri. Nesse Tribunal a parteira também foi processada e, ao final, absolvida por falta de dolo, vez que não poderia se esperar dela, diante das circunstâncias, que não cometesse a fraude ao preço da perda do seu meio de subsistência.⁴¹⁷

Maurach compreende a inexigibilidade como um dos graus da atribuíbilidade, ou seja, como um juízo desvalorativo, porém não significa dizer que tal juízo corresponde, necessariamente, a uma reprovação.⁴¹⁸ A inexigibilidade, como grau de atribuíbilidade significa uma causa de exclusão da responsabilidade que exclui, por sua vez, o juízo de desvalor – o grau de atribuíbilidade.⁴¹⁹

3.2 Inexigibilidade de outra conduta como princípio geral de regulação

O princípio da inexigibilidade de outra conduta só foi possível graças ao desenvolvimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, por obra de Frank, tendo como tônica a liberdade como corolário do poder motivar-se de

⁴¹⁷ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003, pp. 86-87. A insuficiência da culpabilidade psicológica fez com que a jurisprudência, na vivência do direito, formulasse um conteúdo valorativo para a responsabilidade penal a partir de um juízo ético de responsabilidade. REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 127.

⁴¹⁸ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Asrea, 1994, p. 540.

⁴¹⁹ AGUADO CORREIA, Tereza. **Inexigibilidad de otra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 21.

acordo com as circunstâncias concomitantes (motivação normal) em obediência ao comando abstrato da norma, que equivale ao dever-ser normativo.

Em termos metodológicos e dogmáticos Henkel separou a exigibilidade da inexigibilidade de outra conduta enquanto princípios gerais da culpabilidade. Tal distinção de conceitos teve tanta repercussão – na Alemanha e fora dela – que Jiménez de Asúa, reconhecido pelo rigor científico de suas pesquisas, qualificou Henkel de brilhante.⁴²⁰ A exigibilidade funciona como elemento da culpabilidade e a inexigibilidade como causa de exclusão da referenciada culpabilidade e estas duas categorias constituem um princípio geral de regulação.⁴²¹

Henkel, a despeito de atender aos anseios de penalistas que o antecederam buscou a formulação do conceito de inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, como uma metodologia para abranger os casos de inculpabilidade não previstos legalmente.

Todavia, para Henkel, a inexigibilidade de outra conduta, imanente à concepção normativa de culpabilidade, apenas teria enquanto princípio geral de regulação um papel coadjuvante, portanto, secundário, com o caráter de exercer, em cada caso concreto, os limites da exigência de um dever normativo como elemento contido na culpabilidade.⁴²²

⁴²⁰ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 24. Tanto a exigibilidade quanto a inexigibilidade são elementos conceituais da teoria da culpabilidade jurídico-penal. *Idem*, p. 46. A exigibilidade comparece como elemento conceitual da culpabilidade e a inexigibilidade como causa supralegal de *inculpabilidad* que elimina o *juízo sobre a culpa*. *Idem*, p. 96.

⁴²¹ *Idem*, pp. 48 e 62. AGUADO CORREA, Teresa. **Inexigibilidad de otra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 24. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 942.

⁴²² HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 19.

Nomeadamente, Mezger sintetiza, com invulgar proficiência, a inexigibilidade de outra conduta enquanto princípio regulativo da justiça do caso concreto. *Ipsis litteris*:

[...] a teoria das causas de exclusão da culpabilidade (não exigibilidade) com a referência a um princípio genérico que torna possível a adaptação individual da lei ao caso concreto. Isto não é algo arbitrário nem tampouco uma renúncia à natureza positiva do Direito, senão exclusivamente expressão de uma necessidade lógica.⁴²³

Kant havia classificado os princípios como princípios constitutivos e regulativos. O autor nega a existência de uma experiência empírica, como regra da razão. Os princípios regulativos, disse Kant, não representam nem uma categoria nem um conceito, porquanto toda experiência humana está condicionada a limites (nem tudo que é realidade fenomênica é realidade jurídica). Por isso ele denominou o princípio da razão como um princípio regulador, diferente do princípio constitutivo.

Para Kant, por princípio regulador entende-se, *verbis*:

[...] um princípio que permita perseguir e ampliar a experiência ao máximo possível e segundo o qual nenhum limite empírico pode ter o valor de um limite absoluto; portanto, é um princípio da razão que postula como regra o que devermos fazer na regressão e não antecipa o que é dado em si mesmo no objeto (*Objekt*), antes de qualquer regressão.⁴²⁴

⁴²³ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Direito Privado, 1949, p. 210.

⁴²⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi e Fúlvio Lubisco. São Paulo: Ícone, 2007, p. 339. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 20.

Para Kant o princípio regulador da razão – de modo diverso do princípio da totalidade absoluta está vinculado ao objeto – enquanto experiência empírica – e não à regra da razão humana, como experiência do conhecimento. De tal arte, o princípio da totalidade absoluta ou princípio cosmológico constitutivo evita que se associe a uma realidade objetiva, empírica, um conhecimento da realidade que diz respeito à razão humana.⁴²⁵ Segundo Kant:

Nesta função regulativa, as ideias vêm em ajuda do entendimento precisamente ali onde este não pode estabelecer por si mesmo regras, mas não porque lhes seja dada alguma correspondência com os princípios empíricos, que não podem constituir (como tampouco) são capazes de determinar alguma coisa [...].⁴²⁶

Henkel, inspirado no pensamento kantiano, foi o primeiro autor a introduzir na seara da dogmática jurídico-penal uma linguagem principiológica com o estabelecimento da diferença entre princípio regulador e princípio normativo. Com afincado, Henkel demonstra as diferenças existentes entre o princípio normativo e o princípio regulativo.

Por princípio normativo compreende-se aquele que encerra um juízo de valor; uma norma de julgamento valorativo. E por princípio regulativo, um cânone, uma *cláusula*, desprovido de conteúdo, que não antecede à decisão do juiz, mas serve de diretriz para que o juiz diante do caso concreto possa construir a decisão justa.⁴²⁷ O conteúdo vai ser preenchido pelo juiz diante das circunstâncias, a partir da subsunção da norma – aspecto formal – com o conteúdo a ser preenchido pela norma, o fato valorado juridicamente.

⁴²⁵ KANT, Immanuel, *op. cit.*, p. 339.

⁴²⁶ KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Traducción de Manuel Fernández Nuñez, E. Miñara y Villagraña, y Manuel García Morente, El Ateneo, Buenos Aires, 2. ed., 1996, p. 560, *In*, HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, pp. 20-21

⁴²⁷ KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Traducción de Manuel Fernández Nuñez, E. Miñara y Villagraña, y Manuel García Morente, El Ateneo, Buenos Aires, 2. ed., 1996, p. 560, *In*, HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, pp. p. 19.

Conforme entendimento de Eb. Schmidt a inexigibilidade de outra conduta deve sempre ser levada em conta pelo juiz, posto que ela constitui uma causa geral de exclusão da culpabilidade, distinta, portanto, das causas especiais de exculpação previstas na lei, com o objetivo de descarregar o juiz da tarefa difícil de constatação da inexigibilidade, em situações concretas e, ao mesmo tempo, propiciar a segurança jurídica.⁴²⁸

Já Freudenthal buscava um elo da culpabilidade no vetusto Direito Romano na máxima que diz que ninguém está obrigado ao impossível, como fundamento da reprovabilidade. Assevera que na inexigibilidade existe um princípio de constituição, sem dúvida, *a priori*; ou seja, desprovido da experiência humana, como *fundata intentio* para todo o Direito.⁴²⁹

O aludido princípio da inexigibilidade deriva de matiz constitucional do princípio reitor da culpabilidade *nulla poena sine culpa* – cuja raiz teleológica radica no princípio da legalidade – sendo adotado pelos Estados Democráticos de Direito como tutela das liberdades individuais e da proteção dos bens jurídicos, como valores preservados pela sociedade, por serem merecedores de uma intervenção punitiva mais enérgica, por parte do Estado.

Como o princípio da culpabilidade está jungido ao princípio da legalidade, em sentido restrito, é dizer: o princípio da inexigibilidade de outra conduta, que tem por base a supralegalidade não viola o princípio da legalidade. Ao contrário, o princípio da inexigibilidade tem por finalidade contribuir para a decisão justa, em

⁴²⁸ SCHIMIDT, *Lehrbuch des deutschen*, p. 267 a 272. *In*, AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de otra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 17.

⁴²⁹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 98. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 18.

decorrência das valorações gerais do Direito e, especificamente, das peculiaridades do Direito Penal.⁴³⁰

Posto isto, a pena não pode ultrapassar os limites de fronteira da culpabilidade. A reprovabilidade, *ipso facto*, decorre, também do princípio da legalidade, sob o fundamento de que o homem é um ser livre e racional e, por isso mesmo, deve ser capaz do estabelecimento de suas próprias normas de comportamento e, por conseguinte, de ajustar sua conduta às normas de eleição.⁴³¹

O multirreferido princípio significa, dogmaticamente, um princípio *suprapositivo* de exclusão da culpabilidade e não encontra disciplinamento nos códigos penais ocidentais. Todavia, tal princípio pode ser deduzido, implicitamente, a partir daquelas hipóteses semelhantes previstas nos textos legais, a exemplo do art. 22 do Código Penal brasileiro.⁴³²

É dizer, o reconhecimento das causas de justificação *supralegais* estriba-se na noção básica de interesse preponderante para a comunidade jurídica, pois o ordenamento jurídico deve reconhecer que há motivos que são superiores à norma de dever em relação ao homem médio.⁴³³ Como causa legal de exclusão da culpabilidade o § 54 do StGB reconhece os institutos da conservação da vida e

⁴³⁰ LUZON PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de derecho penal**: parte geral I. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996, p. 569. Nesse sentido, conf. AGUADO, Tereza Correa. **Inexigibilidad de otra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 53.

⁴³¹ COBO DEL ROSAL, Manoel; QUITANAR DÍEZ, Manuel. **Instituciones de derecho penal español**: parte general. Madrid: CESEJ-Ediciones, 2004, p. 57. Para o autor o princípio da culpabilidade é um dos fundamentos do Direito penal civilizado, por isso, só se deve recorrer á pena como instrumento de castigo por parte do legislador e do juiz quando a medida for necessária para conter a lesão a bens jurídicos quando necessária a reprovação pessoal ao autor de um fato típico e antijurídico, *Idem, ibidem*.

⁴³² BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.

⁴³³ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 119.

da integridade corporal do próprio agente ou de parentes próximos como superiores a todo motivo de dever.⁴³⁴

Releva-se que o pressuposto da motivação anormal com que se houve o agente retira-lhe o poder que ele, agente, detinha para agir com liberdade. É, justamente, na ausência dessa liberdade de motivação conforme a norma de dever que o juízo de reprovação queda inerte.⁴³⁵

No tocante à inexigibilidade como princípio geral e supralegal de exculpação, Jiménez de Asúa escreveu que Mezger teve o mérito de abrir grandes respiradouros ao formalismo legal.⁴³⁶ Tal abertura, digamos assim, cognitiva ao formalismo, sendo Mezger o último representante do causalismo-normativista, permitiu avançar além fronteiras do psicologismo o que significou, de imediato, a não negação dos pontos de partida dogmáticos, mas apenas o afastamento dos seus limites, em face da sua função teleológica, permitindo uma abertura cognitiva ao dever-ser normativo.

Subjaz, então, que neste caso a relação sujeito-objeto das ciências naturais, conforme Gadamer, são substituídas pelo processo de cognição em que o sujeito para entender um sentido de acordo com seu conhecimento, deve, antes, exercitar um prévio conhecimento e, ao depois, seu autoconhecimento.⁴³⁷

⁴³⁴ *Idem*, p. 120.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 92-93.

⁴³⁵ GOLDSCHMIDT, James, *op. cit.*, p. 30.

⁴³⁶ SOUZA NETO. **O motivo e o dolo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949, p. 153.

⁴³⁷ GADAMER, **Hermeneutik**. I. 1990, p. 270. *In*, TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 5. N. 24. Outubro-dezembro 1998, pp.145-156.

Adivirta-se, entretando, que a inexigibilidade de outra conduta não significa renúncia ao *ius puniendi* estatal por ausência de proibição. É de bom alvitre que fique bem claro que a não exigibilidade de conduta diversa não afasta a proibição (ou mandato) contida na norma, nem tampouco a conduta inexigível deixará de produzir seus efeitos típicos e antijurídicos. De outro ângulo, a conduta só deixa de ser exigível quando verificada antes a antijuridicidade e a proibição do fato para depois excluir a responsabilidade pessoal do sujeito.⁴³⁸

No sentido de que a não exigibilidade de outra conduta não equivale à renúncia do Estado em aplicar uma pena, Mezger endossa o ponto de vista ao referir-se a ela como princípio genérico que torna possível a adaptação da lei ao caso individual e isto não configura algo arbitrário nem, muito menos, renúncia à natureza positiva do direito [...].⁴³⁹

Disse Hegel que a liberdade é a essência da vontade. Para o jusfilósofo é no plano subjetivo individual que a vontade ou liberdade transporta-se para um plano real por meio de um ato - como expressão da vontade moral - que se transforma em ação.⁴⁴⁰

Não obstante, o que eleva, assaz, o princípio da inexigibilidade de outra conduta é o processo de individualização da pena, afigurando-se no Estado Democrático de Direito uma garantia fundamental de que a pena não pode passar da pessoa do condenado para atingir pessoas estranhas à relação processual

⁴³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5 edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p. 617.

⁴³⁹ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 210.

Não obstante, para Roxin implica, necessariamente, em renúncia à pena. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción de la 2 edición Alemana e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006, 960.

⁴⁴⁰ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, pp. 97 *et sequi*.

penal, isto porque o juízo de censura só pode incidir sobre uma pessoa individualmente considerada.

O Direito não exige heroísmo. Assim, não pode o sistema penal impor uma pena a quem, em situação de extrema necessidade, praticou um fato proibido pela lei penal para salvaguardar sua própria vida ou sua incolumidade corporal. Conforme Muñoz Conde:

Deste modo, a não-exigibilidade de um comportamento diverso nessas situações não exclui a antijuridicidade (o fato não é justificado pelo ordenamento), mas a culpabilidade (o fato continua sendo antijurídico, mas seu autor não é culpável).⁴⁴¹

É nessa perspectiva que se entoa que o princípio regulativo da não exigibilidade ilumina todos os conceitos, ou melhor, todos os elementos que compõem a noção de crime e permeia todo o ordenamento jurídico, como elemento informador.⁴⁴²

A inexigibilidade, como princípio de regulação geral, amiúde, adquire relevância jurídico-penal de supralegalidade pela sua aplicabilidade no âmbito da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade.⁴⁴³ A operacionalidade da inexigibilidade em relação a todos os elementos do crime e, não somente em relação à culpabilidade, leva em consideração uma situação de anormalidade de circunstâncias que afetam a *dirigibilidade normativa* que não justifica a aplicação de uma sanção sob quaisquer dos seus fundamentos: de prevenção ou de repressão à criminalidade.

⁴⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 162

⁴⁴² *Idem, ibidem*.

⁴⁴³ NAUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal: excludente de culpabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 90-91.

Sem embargo, para Henkel a aplicabilidade do princípio regulativo da inexigibilidade, enquanto causa supralegal de exculpação, suprime o juízo sobre a culpa.⁴⁴⁴

Aguado Correa afirma que para alguns doutrinadores a inexigibilidade como causa de exculpação não afeta nem a imputabilidade nem a consciência da antijuridicidade.⁴⁴⁵

Atualmente há uma tendência da doutrina e da jurisprudência em considerar a inexigibilidade como um princípio geral que atua no âmbito de todas as categorias do crime. Conforme Luzón Peña a natureza funcional do citado princípio pode operar como causa de justificação ou de exculpação e, ainda, como inexigibilidade penal geral exclui a tipicidade penal, mas não a responsabilidade extrapenal.⁴⁴⁶

Aguado Correa é de opinião que a inexigibilidade enquanto princípio regulativo deve ser qualificado como regulativo normativo com abrangência em todas as categorias do crime.

Esta proposta outorga utilidade funcional para estabelecer os limites do injusto típico, para delimitar o alcance de algumas causas de justificação, para o estudo da culpabilidade e de certas causas de exclusão da mesma e, por último, para alguns aspectos da punibilidade, como ocorre com o fundamento da impunidade do encobrimento entre parentes.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 96.

⁴⁴⁵ AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 53.

⁴⁴⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de derecho penal: parte geral. I**. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1996, p. 569.

⁴⁴⁷ AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 59-60.

Para Jiménez de Asúa, jurista de estofa, do ponto de vista teórico-conceitual a inexigibilidade é não somente um princípio de regulação, mas também normativo. *Ipsis litteris*:

[...] a não exigibilidade de outra conduta é um *princípio regulativo*, mais que normativo e, que, por fim, deixa ao juiz liberdade para apreciá-lo, a autorização deste (princípio) não significaria outra coisa que a *valoração*, no caso concreto, da não exigibilidade como princípio regulativo.⁴⁴⁸

A não-exigibilidade de outra conduta atua, em primeiro plano, na *mens legis* descrevendo uma enumeração legal de hipóteses em que a culpabilidade é excluída, que segundo Aníbal Bruno a não exigibilidade geralmente atua no caso de estado de necessidade, conquanto ele reconheça que não se trata, aqui, dos casos específicos de exclusão da antijuridicidade.⁴⁴⁹

Ricardo C. Nuñez já estabelecia diferença entre as causas de inculpabilidade e as chamadas causas de justificação.⁴⁵⁰

Para os crimes dolosos, antes do giro normativo da culpabilidade, já havia causas legais de exculpação. Todavia, não se reconhecia, ainda, a existência de uma causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade que derivasse, exclusivamente, do conceito material (normativo) de culpabilidade desvinculada, totalmente, de uma hipótese de necessidade, como uma causa geral de exclusão da culpabilidade.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo IV. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 1.010

⁴⁴⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 103.

⁴⁵⁰ NUÑEZ, Ricardo. **La culpabilidad em el código penal**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946, p. 164.

⁴⁵¹ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 50.

De maneira que, buscando solucionar o impasse pensou-se, inicialmente, estabelecer no umbral do modelo de estado de necessidade previsto na lei um novo modelo de causas supralegais como solução factível para a exclusão da culpabilidade. Antes, porém, da teoria da inexigibilidade de outra conduta o estado de necessidade passou a gozar de grande prestígio na teoria do crime⁴⁵² isto no limiar da teoria normativa da culpabilidade que revolucionou a dogmática penal.

De *lege ferenda*, o estado de necessidade, como forma de exclusão do injusto foi o protótipo para o desenvolvimento, de *lege lata*, da teoria da inexigibilidade de outra conduta, a partir da aplicação analógica da lei diante de um injusto doloso em que o autor era liberado de sofrer uma sanção por falta de reprovação de sua conduta, sempre que houvesse o concurso de uma anormal motivação.⁴⁵³

Em fase posterior Freudenthal complementando o pensamento de Frank criou a fórmula da exigibilidade como solução (que hoje parece óbvia) partindo das seguintes teses fundamentais, a saber: 1) a reprovabilidade é elemento geral da culpabilidade, englobando não só o dolo, mas também a culpa; 2) não atua de forma dolosa o agente que, diante das circunstâncias, não se pode exigir que se abstenha de executar o tipo.⁴⁵⁴

Com a redefinição normativa de Goldschmidt a exigibilidade seria o âmago da imputação da culpabilidade, enquanto limite imanente da norma de dever e *a contrario sensu*, a não exigibilidade seria uma exceção ao cumprimento da norma de dever, cuja validade seria excluída pela vulneração ao dever – como juízo de

⁴⁵² HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 50.

⁴⁵³ *Idem*, p. 51.

⁴⁵⁴ *Passim*.

culpabilidade – por não haver possibilidade de motivação do indivíduo de acordo com o dever imposto pela norma.⁴⁵⁵

3.3 Natureza jurídica da inexigibilidade de outra conduta

Debruçar-se sobre a natureza jurídica do princípio da inexigibilidade de outra conduta não tem sido tarefa fácil para a doutrina em face da dificuldade de uniformização de entendimento. Três são as correntes que, atualmente, investigam a natureza jurídica do princípio da inexigibilidade de outra conduta: 1) a inexigibilidade de outra conduta está adstrita às questões previstas em Lei; 2) constitui causa legal e supralegal de exclusão da culpabilidade e 3) é a gênese de todas as causas de justificação.

Para a teoria finalista da ação culpabilidade equivale à reprovabilidade como conceito puramente normativo, despojado de todos os elementos psicológicos que são extraídos para a ação-tipo. Deste modo, a culpabilidade vai ser estruturada por três elementos, todos eles normativos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da antijuridicidade e 3) exigibilidade de outra conduta.

É sabido que o legislador não é onipotente para prevê todas as hipóteses de exclusão da culpabilidade e a lacuna existe para ser preenchida por um processo de interpretação. Assim é que surgem as causas supraleais de inexigibilidade de outra conduta, como causa genérica de exclusão da culpabilidade.⁴⁵⁶ O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil proíbe o *non liquet* implicando que o julgador, diante de um caso concreto, não pode abster-se de

⁴⁵⁵ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 52.

⁴⁵⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **El elemento subjetivo del delito**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957, p. 19.

julgar alegando lacuna na lei. Neste caso, deve valer-se dos costumes, analogia (*in bonam partem*) e dos princípios gerais do Direito, objetivando haurir a decisão mais justa.

Do contrário dever-se-ia, como preconiza Theodor Viehweg⁴⁵⁷ fazer uma interpretação rigorosa e axiomática do sistema jurídico, proibindo a interpretação dentro do próprio sistema jurídico, para tanto, exigindo do legislador uma intervenção continuada, com exatidão de cálculo para solver todos os novos casos que se apresentam, *a priori*, insolúveis dentro de um sistema jurídico, mantendo-se a estabilização lógica do sistema, é dizer, sem romper os limites dogmáticos, o que, no nosso entendimento, não seria possível.

A prevalecer tal entendimento, haurido nas hostes da tópica, haveria a paralisação da justiça, porque segundo Viehweg alguns preceitos de interpretação dos fatos seriam orientados, com rigor, para o sistema ou cálculo jurídico; *não impedir a admissibilidade das decisões non liquet*,⁴⁵⁸ haja vista que o legislador iria trabalhar incessantemente para a completude do sistema jurídico, não permitindo lacunas.

Após essa digressão, cabe dizer que a admissão do princípio da inexigibilidade de outra conduta radica em situações valorativas de casos concretos, sendo que Mezger equiparava causa de justificação à causa de exclusão da culpabilidade. O tema da inexigibilidade foi abordado, inicialmente, como causa supralegal de exculpação de crimes culposos. Pela decisão do

⁴⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. edição alemã. revista e ampliada. Prof.^a Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 91.

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem.*

Reichsgericht. Todavia, em 1922 Freudenthal prevê a possibilidade da não exigibilidade de outra conduta na seara dos crimes dolosos.⁴⁵⁹

Jiménez de Asúa, adepto da corrente da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, afirma que a questão da motivação normal não representa, com efeito, o único pressuposto da exigibilidade e da reprovabilidade ao passo que a motivação anormal configura-se, sim, o único pressuposto da não exigibilidade que exclui não só a culpa como também o dolo.⁴⁶⁰ Para Jiménez de Asúa:

Porém o que mais importa a J. Godschmidt é se a não exigibilidade tem que estar expressamente consignada na lei ou se pode dizer que é uma causa supralegal de inculpaabilidade.⁴⁶¹

Goldschmidt afirma que o reconhecimento de causas de justificação supralegais fundamenta-se basicamente na concepção de interesse relevante para a comunidade jurídica, pois o reconhecimento de causas de exculpação estriba-se no conceito básico de que há motivos que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores ao motivo de *dever* do homem médio.⁴⁶²

⁴⁵⁹ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Direito Privado, 1949, p. 204 et sequi. O reconhecimento da ampliação da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação foi reconhecido pelo antigo Tribunal do Império Alemão no caso *Klapperstorch*.

⁴⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad e su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 938. No sentido de que o princípio em tela se aplica aos crimes dolosos e culposos, v. MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 185.

⁴⁶¹ *Idem, ibidem*. Heleno Fragoso nega que a inexigibilidade de outra conduta funcione como causa de exculpação geral da culpabilidade sob o argumento do abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal. Não obstante, pugna pelo recurso à analogia das causas de inexigibilidade existentes da lei para, daí reconhecer a inexigibilidade como causa supralegal. FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 210. Aníbal Bruno comunga do mesmo pensamento para quem a cláusula geral de exclusão de culpabilidade tem incidência nas formas dolosas ou culposas. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.

⁴⁶² GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, pp. 119-120.

Superada a questão do homem médio de difícil constatação empírica, melhor seria considerar o paradigma do homem normal, porquanto na aceção de Frank motivação normal equivale à liberdade normal como característica positiva da culpabilidade, enquanto que uma anormal motivação caracteriza-se por um juízo negativo de culpabilidade.⁴⁶³

A liberdade enquanto categoria ontológica dirige toda a vontade humana. Sem liberdade não se pode falar de culpabilidade e muito menos de imposição penal. A ocorrência de um fato típico e antijurídico vai permitir ao juiz decidir se o agente era ou não livre para cumprir as exigências da norma de Direito, diante das circunstâncias de fato objetivas.

A taxonomia do homem normal possibilita melhor exegese para o operador do direito, porquanto na visão de Figueiredo Dias as normas do Direito Penal dirigem-se ao *homem normal* e não ao *herói moral*. Por isso não faria sentido imputar uma censura pessoal a quem cometeu uma ação em circunstâncias tais que levaria a generalidade das pessoas *honestas* a cometê-la também.⁴⁶⁴

A inexigibilidade como elemento que permite a exclusão da culpabilidade decorre da materialidade do seu conteúdo, dos elementos estruturantes e do papel motivador da norma penal para compor a exigibilidade da personalidade do agente de agir conforme o dever-ser normativo, como novo enfoque da culpabilidade.

⁴⁶³ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, pp. 87 e 103.

⁴⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade e Culpa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 202.

Para Naum no que tange ao tipo de injusto o dever-ser teleológico do sistema jurídico alicerça a inexigibilidade como causa supralegal de exculpação.⁴⁶⁵

Quanto à culpabilidade, é seu conteúdo material, a exigência de que o agente *conforme sua personalidade ao dever-ser* teleológico do sistema jurídico (dirigibilidade normativa), que fundamenta a inexigibilidade de conduta diversa.⁴⁶⁶

Posto isto, deflui-se que a liberdade do homem é colocada no centro do debate para a resolução do problema da exigibilidade ou inexigibilidade de outra conduta como valor ou desvalor do juízo de censura. De maneira que a liberdade – autonomia da vontade – encontra sua raiz ontológica no mundo do ser (*sein*) como base fundamental de todas as ações humanas, inclusive, como princípio fundamental e inalienável de todo ser humano, porque encontra o seu primeiro fundamento de validade no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a ideia de exigibilidade de outra conduta conecta à de liberdade, pois se reprova pessoalmente o agente que, podendo comportar-se conforme o Direito optou, livremente, por comportar-se contrariamente ao Direito.

Por isso que o Direito passou a exigir do referido agente conduta outra da que ele praticou, para daí poder imputar-lhe um juízo de censura de culpabilidade.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ NAUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal: excludente de culpabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

⁴⁶⁶ *Idem, ibidem.*

⁴⁶⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, p. 231. O poder de adaptar sua conduta às normas do Direito tem como pressuposto o poder de agir do sujeito, que faz surgir a culpabilidade enquanto juízo de reprovação. CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 23.

Observe-se que o juízo material da culpabilidade é o poder de agir de outro modo e é sobre ele que incide a reprovação da conduta porque a liberdade leva a exigir comportamento de acordo com a motivação normativa, enquanto que a ausência de liberdade para cumprir os mandamentos normativos, radica na inexigibilidade de outra conduta e por esse motivo não pode incidir um juízo de censura.

3.4 Inexigibilidade de outra conduta e a segurança jurídica

Eberhard Schmidt enfatiza que ao juiz se destina, invariavelmente, o princípio da inexigibilidade como causa geral de exculpação, que não se confunde com as demais causas especiais de desculpa constantes do texto de lei, com o objetivo de livrar o julgador da dificuldade de identificação da inexigibilidade diante de um caso concreto, para a segurança jurídica.⁴⁶⁸

A questão da segurança jurídica, levada a efeito por Schmidt, tem por conexão direta questões de política criminal de prevenção da criminalidade.

Para Schaffstei o reconhecimento da inexigibilidade de outra conduta causaria risco à missão do Direito Penal porque o juiz poderia lançar mão de tal princípio regulativo com demasiada frequência.⁴⁶⁹

Com efeito, a inexigibilidade tem como parâmetro o princípio superior da legalidade e o princípio da segurança jurídica se apresenta como garantia do indivíduo frente ao Direito Penal. Da legalidade decorre o corolário da dignidade da pessoa humana, por isso o princípio da segurança jurídica, que é um princípio

⁴⁶⁸ AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 20.

⁴⁶⁹ SCHAFFSTEIN. **Die Nichtzumutbarkeit als**. cit., p. 79. *In*, AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 20.

derivativo do princípio reitor da legalidade, não pode deixar de reconhecer a liberdade individual, como característica da autonomia da vontade, de poder ou não agir de outro modo, dadas as circunstâncias de fato.⁴⁷⁰

A objeção de Schaffstei não procede porque em cada caso concreto o julgador, como intérprete da lei, teria de verificar se o agente teve ou não liberdade de autodeterminação, dadas as circunstâncias concretas. Pensamos que a análise feita pelo juiz, caso a caso, não comprometeria a missão interpretativa do Direito Penal visando ao aperfeiçoamento da administração da justiça.

Welzel afirma que o Direito Penal cumpre a função *ético-social* para além da proteção de bens jurídicos no sentido de fundamentar, positivamente, uma consciência jurídica de prevenção geral. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa - a garantia de vigência real dos valores protegidos pelo Estado, mais limitada do que o juízo ético-social que fortalece a fidelidade que sustenta o Estado e a sociedade.⁴⁷¹

A conexão do injusto com a proteção de bens jurídicos é excessivamente limitada. Por essa ótica a lesão a bens jurídicos contempla não só a lesão a interesses penalmente tutelados, mas também os deveres é dizer: o que se

⁴⁷⁰ Para Quintero Olivares o princípio da segurança jurídica deve obediência estrito ao princípio da legalidade, renunciando a cláusulas abertas, indeterminadas ou vagas, o que, na sua ótica, é compatível com atividade legislativa, pois a descrição de uma conduta pelo legislador é apenas exemplificativa, posto que, no final das contas o que importa mesmo é a lesão ao bem jurídico. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte Geral del derecho penal**. Barcelona: Editorial Aranzadi, S.A., 2007, p. 55.

⁴⁷¹ WELZEL, Hans. **Direito penal alemán**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Tradución del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1977, p. 03 *et sequi*. A posição defendida por Welzel enquadra-se na teoria da prevenção geral positiva da pena. BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema pena à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 160.

reprova não é a conduta socialmente danosa, senão a reprovação que repercute na ordem social.⁴⁷²

Já advertia Sainz Cantero do perigo da opção dogmática por um formalismo exacerbado de ter em consideração a elaboração do Direito com base na realidade que as normas regulam. Daí exsurge que o Direito Penal enquanto saber voltado para uma realidade empírico-cultural tem como referência o fato social entre a encruzilhada da realidade do ser e do dever-ser da norma.⁴⁷³

Para Kelsen um fato, *a priori*, não é lícito ou ilícito pela lei da causalidade, senão pela valoração objetiva que está ligada ao ato, ou seja, o seu significado. Assim, a funcionalidade da norma existe como um sistema de interpretação que diz se um ato é lícito ou ilícito, a partir de uma axiologia específica, normativa.⁴⁷⁴

Dito de outro modo:

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.⁴⁷⁵

A norma jurídica, enquanto linguagem comunicativa (signo) emite um significado, a partir de um sistema de lógica formal do tipo dado *S* (sujeito) deve ser *P* (predicado). Assim, dado um antecedente deve ser o conseqüente. Verificado o injusto é exigível a culpabilidade ($I = C$) salvo se inexigível a culpabilidade pela anormalidade das circunstâncias em que (I não corresponde a C).

⁴⁷² GALLAS, Wilhem. **La teoria del delito em su momento actual**. Traducido por Juan Córdoba roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 52

⁴⁷³ SAINZ CANTERO, José A. **La ciência del derecho penal y su evolucion**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970, pp. 15-16.

⁴⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 04

⁴⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 04.

Marcelo Neves pontua que o caráter formal-normativo dentro de um sistema global do Direito apresenta-se como um *subsistema* de caráter *nomoempírico* e com função prescritiva. O autor faz uma distinção entre o sistema *nomoempírico* (dever-ser) dos sistemas *nomológicos* (normativos) descritivos.⁴⁷⁶

A relação das normas entre si permite a formação de um sistema de linguagem. O denominado sistema *nomoempírico* é prescritivo, pois é formado por proposições que atuam no campo da realidade. No caso, na ação humana a sua função não é descrever condutas, mas prescrever como elas devem-ser.⁴⁷⁷

A inexigibilidade, como fundamento de exculpação supralegal, foi inicialmente rejeitada pela doutrina majoritária antes da Segunda Guerra Mundial. Depois do rescaldo do grande conflito bélico em 1949 Eb. Schmidt pugnava por uma pauta para discussão da problemática da *inexigibilidade de outra conduta* que dormia o sono dogmático *de bela adormecida*.⁴⁷⁸

A pauta do debate doutrinário que se travou, sobretudo, na Espanha a respeito da não positivação do princípio da inexigibilidade não significa que ele não deva ser aplicado como foi objeto, inclusive, de várias decisões do Tribunal Constitucional daquele País. Para La Cuesta Aguado um sistema jurídico

⁴⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

⁴⁷⁷ SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p.199.

⁴⁷⁸ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 59. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción de la 2 edición Alemania e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006, p. 960. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006, p. 323.

constitui-se de normas positivadas, princípios jurídicos e regras que possibilitam o funcionamento do próprio sistema.⁴⁷⁹

3.5 Demonstrabilidade do poder de agir de outro modo

3.5.1 À guisa de um esforço histórico

Kant concebia a liberdade como o único direito natural e congênito ao homem e, independente do arbítrio de outro homem, sustentava a existência de uma lei universal consagradora da liberdade como direito primitivo e próprio de cada homem pelo só fato de ser homem.⁴⁸⁰

Pufendorf conceituava a ação humana como aquela que se origina e é controlada pelas faculdades que o Criador atribuiu ao gênero humano e não aos brutos. O ser humano, ao contrário do animal, é dotado de inteligência que o ilumina e de *vontade que decide*.⁴⁸¹

É justamente, na diferença específica que existe entre gênero, espécie e matéria, antes já objeto de formulação por Aristóteles, que Pufendorf promove a distinção entre homens e animais pela distinção da capacidade de vontade, posto

⁴⁷⁹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: exigibilidad y razones para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2003, pp. 215-216.

⁴⁸⁰ KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 55. No que tange ao princípio da dignidade humana Kant era imperativo ao dizer que o homem não era instrumento de outro homem, senão um fim em si mesmo. *Idem*, p. 54.

⁴⁸¹ PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 19 *et sequi*. A liberdade de vontade, manifestada na luta contra o poder da autoridade, remonta à História da Grécia, Roma e Inglaterra. Cedo a antiguidade familiarizou-se com o antagonismo existente entre o limite do poder de autoridade e liberdade, entendendo-se esta última como a proteção do agrupamento social da *tiranía dos domadores políticos*. STUART MILL, John. **Da liberdade**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1956, p. 3.

que ao homem pode-se imputar uma culpa⁴⁸² por atuação de sua liberdade, estando ele no uso de suas razões, o que não será possível em relação ao animal.

A reprovabilidade de uma conduta incide, inexoravelmente, sobre a motivação que contraria um dever normativo. Assim, a não observância de uma regra de conduta que era exigível ao sujeito, quando este podia agir de forma diferente, fundamenta toda a liberdade de vontade.⁴⁸³

A crítica de Roxin à doutrina do determinismo parte da premissa da indemonstrabilidade do livre-arbítrio, posto que a existência de um determinismo estrito, para fundamentar a liberdade moral do sujeito, não é empiricamente verificável nem, muito menos, cientificamente comprovado. Segundo Roxin:

[...] Sem embargo, esta concepção fracassa porque, nem sequer debaixo do pressuposto de uma liberdade de decisão teoricamente concebível, um poder atuar de outro modo do sujeito individual no momento do fato é suscetível de constatação científica.⁴⁸⁴

A culpabilidade leva em consideração a existência de uma liberdade alternativa, do ponto de vista pessoal de motivação de acordo com o comando abstrato da norma. Todavia, o juízo de reprovação que sustenta o livre-arbítrio do sujeito, ao nosso juízo, demonstrável, tem como *objeto de valoração o injusto e como juízo de reprovação a culpabilidade*.⁴⁸⁵

⁴⁸² PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 19 *et sequi*.

⁴⁸³ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 29.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁵ Neste aspecto, veja-se ZAFFARONI, Raúl. **Teoría del delito**, p. 529, para quem o livre-arbítrio é uma conduta fundamentada na existência de uma possibilidade alternativa de conduta. *In*, DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación**. Madrid:

A demonstração do poder agir de outro modo, baseada no indeterminismo ou livre-arbítrio, comprova-se na potencialidade do conhecimento do injusto, a partir de um juízo cognitivo de valoração normativa, como fundamento da reprovação.⁴⁸⁶

Conforme Tavares:

O conhecimento do injusto se infere de um juízo de possibilidade e, por fim, o poder agir de outro modo, que fundamenta a reprovação, nada mais é do que a consequência de um juízo normativo hipotético.⁴⁸⁷

Para Welzel a culpabilidade, fundada no livre-arbítrio de poder agir de outro modo não se coaduna com a simples discordância entre a ação e o ordenamento jurídico – antijuridicidade dolosa ou culposa. A culpabilidade é culpabilidade de vontade e, por isso, a reprovação pessoal recai sobre o autor que *não omitiu a ação antijurídica*, apesar de *haver podido agir de acordo com a norma*.⁴⁸⁸

Disto resulta que não há culpabilidade quando, em uma dada situação de fato, pode-se estabelecer um paradigma colocando outro membro da comunidade no lugar do autor (homem médio abstrato). Assim, não sendo possível o membro

Editorial Dykinson, S.L., 2003, p. 88-89. O arquétipo doutrinário do livre-arbítrio, nos dias atuais, substituiu a noção de *homem médio*, não exclusiva das teorias normativas em que se funda o livre-arbítrio ou no poder atuar de outro modo, para debruçar-se sobre novo parâmetro de motivação normal. *Idem*, pp. 70-71.

⁴⁸⁶ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista de ciências criminais**. Ano 6. N. 24. Outubro-dezembro de 1998, p. 148.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁸⁸ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, pp. 125-126.

da comunidade atuar de forma diferente da do autor, impõe-se a exculpação por inexigibilidade de outra conduta.⁴⁸⁹

Figueiredo Dias traz ao debate a problemática do livre-arbítrio como fundamento da culpa em que a liberdade galgou uma cidadania definitiva como fundamento desta, posto que o livre-arbítrio é o poder de o *culpado* agir de forma diferente daquela que de fato agiu.⁴⁹⁰ Para o autor português:

Culpa é censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele. Nisto reside justamente o seu livre-arbítrio: o culpado – numa fórmula não inteiramente feliz, mas que se impôs e passaremos a utilizar – *podia ter agido de modo diferente, isto é, como devia.*⁴⁹¹

A função eticizante da culpabilidade, segundo Figueiredo Dias, reside, justamente no *indeterminismo psicológico* que torna possível uma concepção ética para a culpa, base do conceito material de culpabilidade, pela decisão da vontade livre, como afirmação *do dever e do poder de agir de outra maneira.*⁴⁹²

Manuel Cavaleiro de Ferreira não se propõe, no seu manual, a resolver a questão da liberdade enquanto fundamento da culpabilidade, porém, o autor português afirma que a liberdade é pressuposto para que o homem tenha autonomia e atributos da pessoa humana. O autor, todavia, não desconhece que

⁴⁸⁹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, pp. 125-126, p. 198.

⁴⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade e culpa**. 3. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 21-22. Conf. TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**: a incongruência dos métodos. **Revista de ciências criminais**. Ano 6. N. 24. Outubro-dezembro de 1998, p. 148

⁴⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade e culpa**. 3. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 22.

⁴⁹² *Idem, ibidem*. A decisão antijurídica só é reprovável quando o seu autor podia reconhecer a antijuridicidade. WELZEL, Hans. **Direito penal alemán**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 205.

a corrente determinista nega essa qualidade do homem – *em função da sua natureza racional é que existe a moral e o direito* – cuja disputa remonta à filosofia.⁴⁹³

[...] O contraste é absoluto: ou o homem é senhor das suas acções, que orienta e dirige, ele próprio causa (*causa sui*); ou o homem, como o mundo natural, está sujeito a uma causalidade que o domina. Nesta última hipótese o homem não será pessoa, sujeito agente, mas objecto, resultado, elo de uma cadeia causal universal.⁴⁹⁴

As teses doutrinárias do indeterminismo e do determinismo renderam grandes debates das escolas clássica e positiva. Há, ainda, uma terceira corrente doutrinária que afirma que o problema do livre-arbítrio é objeto de estudo da filosofia e não do Direito Penal (Aníbal Bruno e Everardo Luna).⁴⁹⁵ Para Francesco Carnelutti⁴⁹⁶ o Direito Penal é o ramo mais próximo da filosofia porque tem por objeto o estudo de categorias abstratas.

O pesamento de Eduardo Correia é no sentido de reconhecer-se um livre-arbítrio relativo ou um indeterminismo não absoluto, como liberdade de autodeterminação de poder agir de outro modo.⁴⁹⁷

A decisão de o agente poder agir de outro modo deve levar em consideração as circunstâncias internas (*endógenas*) e externas (*exógenas*). Para Eduardo Correia:

⁴⁹³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal**: parte geral. Tomo I. Lisboa: Editorial Verbo, 1992, p. 264.

⁴⁹⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 40. LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. acrescida de anotações. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 110-111.

⁴⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Arte del derecho**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2006, p. 31.

⁴⁹⁷ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Tomo I. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, pp. 317-318. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em direito penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, pp. 86-87.

Partindo pois desta limitação interna e externa do postulado da liberdade, ou seja, de um *indeterminismo relativo*, já se compreende que, antes de se censurar alguém, antes de se considerar culpado o agente por um certo facto seu, se averigúe como decorreu o respectivo processo de motivação.⁴⁹⁸

Fernanda Palma parte da concepção de um determinismo moderado, em oposição a um determinismo radical e universal, que se utiliza da mesma lógica da *causalidade psíquica* sem espaço para um *raciocínio moral*, porquanto para o determinismo inflexível tudo o que acontece se sujeita a uma inevitável lei da causalidade. Para a autora:

Finalmente, é ainda concebível um determinismo moderado segundo o qual pode existir um quadro limitado de alternativas de acção em que, de alguma forma, será concebível um desenvolvimento diverso dos acontecimentos.⁴⁹⁹

Nesta perspectiva, não se pode medir, pelo método matemático, a liberdade de vontade do homem com critérios de uma lógica apodítica. O homem é um ser responsável e pelas suas ações o torna propriamente responsável. Todavia, conforme Welzel, o critério (da responsabilidade) é decisivo para separar o homem responsável *existencialmente* (*homo phänomenon*) do homem responsável *normativamente* (*homo noumenon*) de todo o mundo animal.⁵⁰⁰ Como já se disse o homem é um ser que pratica a ação e não objeto desta mesma ação.

⁴⁹⁸ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Tomo I. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, pp. 317-318.

⁴⁹⁹ PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Livraria Almedida, 2005, pp.43-44

⁵⁰⁰ WELZEL, Hans. **Direito penal alemán**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Tradución Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1977, p.171.

3.6 Inexigibilidade de outra conduta no âmbito do dolo e da culpa

O Tribunal do Império Alemão, mercê da construção jurisprudencial a partir de um caso culposo, permeou todo um aparato de construção científica em torno do princípio da inexigibilidade de outra conduta, como causa suprallegal de exculpação da culpabilidade que, àquela época, conforme as palavras de Frank⁵⁰¹ *desgraçadamente* não havia, ainda, uma abertura cognitiva ao rígido pensamento normativista para contemplar a exculpação aos crimes dolosos e, igualmente, aos crimes de omissão.

Tanto na culpa quanto no dolo, ou para usar o termo genérico: culpabilidade o elemento característico comum é o juízo de reprovabilidade que encerra o seu conteúdo. Todavia, a estrutura do crime culposo é diferente da do crime doloso, pela vontade do injusto. Naquele há a inobservância ao dever de cuidado objetivo como criação de um risco não tolerado que define o *desvalor da ação* e sendo o resultado relevante penalmente o *desvalor do resultado*.⁵⁰²

Freudenthal defendeu o reconhecimento da não exigibilidade de outra conduta nos casos dolosos sob o fundamento de que se o Tribunal havia reconhecido em um caso de culpa, de natureza mais leve, maior razão havia para o reconhecimento nos crimes dolosos. Novamente, o autor traz à colação os recorrentes casos da cegonha antes os jurados e da siciliana Terranova.⁵⁰³

⁵⁰¹ Henkel doutrina que Frank não previa a inexigibilidade de outra conduta para os crimes culposos por causa da segurança jurídica do Estado e temendo que isso pudesse levar o Direito Penal a um beco sem saída. HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 55.

⁵⁰² NAUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa suprallegal: excludente de culpabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

⁵⁰³ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 83 *et sequi*.

Para Freudenthal:

É claro que o elemento ético da culpabilidade não está expresso na lei. Porém, jaz na essência da culpabilidade; por conseguinte, na essência de cada uma de suas formas: também, pois, na do dolo.⁵⁰⁴

Mezger, avalizando a dicção de Freudenthal, termina por aceitar a não exigibilidade de outra conduta para os casos dolosos, utilizando-se do mesmo raciocínio lógico: ora, se se admite a excludente supralegal para os casos de menor gravidade, então, pela mesma *ratio*, deve-se admitir os seus efeitos para os casos de maior gravidade e, como argumento de autoridade, cita alguns julgados do *Reichsgericht*.⁵⁰⁵

Com Freudenthal concorda Goldschmidt pontuando a exigibilidade como princípio geral da culpabilidade de *lege lata*. Contudo, com arreio na teoria de Frank e de Hegler contempla Goldschmidt a exigibilidade ao lado da imputabilidade e das classes de dolo ou culpa.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal**. Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 85. Freudenthal tomou como ponto de partida o disposto no parágrafo 59 do StGB que aduz o seguinte: Se alguém ao cometer uma ação punível, não conhecia a existência das circunstâncias de fato que pertencem ao tipo legal, não serão imputadas estas circunstâncias. MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956, p. 23.

⁵⁰⁵ MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 208.

⁵⁰⁶ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, pp. 86-87.

Como enlace da inexigibilidade de outra conduta nos crimes culposos a culpabilidade como vulneração obriga à distinção do dever objetivo – objeto da ação – e o dever subjetivo de cuidado – personalidade do agente.⁵⁰⁷

Henkel, em clara oposição a Frank, parte da premissa de que o dever objetivo de cuidado nos crimes não intencionais deve ser analisado no âmbito do injusto e não da culpabilidade. O autor traz à lume um exemplo de dever objetivo de cuidado:

Se um motociclista, conduzindo regularmente seu veículo, lesiona um transeunte que se lhe veio encima de maneira de todo imprevisível, esta produção do resultado, segundo a opinião dominante, é julgada inculpável, porque o condutor aplicou todo o cuidado devido.⁵⁰⁸

Por dever subjetivo de cuidado compreende-se a formação de vontade do autor e cuja vulneração ao dever acarreta uma falta de motivação. Apesar da previsibilidade do resultado e da desaprovação da conduta interna, presentes determinadas situações especiais, torna-se-inexigível ao agente conduzir sua motivação de maneira diversa. Bastante elucidativo, neste aspecto, é outro exemplo formulado pelo próprio Henkel:

Um curandeiro, em um caso de grave enfermidade, presta-se a curar o doente, apesar da consciência da insuficiência de seus conhecimentos; todavia, do contrário, o doente ficaria em total desamparo.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 97.

⁵⁰⁸ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 97.

⁵⁰⁹ *Passim*, p. 102.

Com efeito, este outro exemplo reforça o entendimento de Henkel, no sentido de que a inexigibilidade de outra conduta, frente aos crimes culposos, deve funcionar como justificante e não como exculpante.

Roxin analisa um caso intencional conhecido como os *médicos da eutanásia*. Eis o caso:

Na época do Nacional-Socialismo médicos de hospital neuropsiquiátrico estiveram diante de um grande dilema humano: ou participavam de eutanásia de extensão limitada, ordenada por Hitler por meio da escolha de pacientes isolados e, com isso, salvariam grande número de pessoas ou repudiavam essa ideia para deixar correr, livremente, o extermínio de todos, sem qualquer seleção, para o efeito de serem reconhecidos como médicos fiéis ao regime do *Reich*. Àquela época uma parte dos médicos seguiu a primeira orientação, ou seja, salvando vidas em detrimento de outras, surgindo um conflito da proteção de bens jurídicos de igual carga valorativa.

Diante do caso explicitado, não há dúvida de que se trata de crimes dolosos, todavia, os profissionais da medicina estão diante de uma colisão de deveres (*justificante ou exculpante*) e, como se fossem Deus, decidiram quem iria escapar com vida e quem iria morrer. Todavia, vidas foram salvas, mas, na mesma ótica segue-se que a ordem era manifestamente ilegal e por isso os médicos poderiam não obedecê-la, mas o preço da desobediência seria, inexoravelmente, a própria vida deles. Sobre esse caso Wessels assim se pronuncia:

Onde se apresenta uma *colisão de deveres juridicamente insolúvel*, desta ou de espécie semelhante, e o *agir do autor, determinado pela finalidade de salvamento*, esteja necessariamente ligado a uma agressão de bens jurídicos

protegidos, deve incidir uma *exculpação supra-legal*, se o autor, tendo em vista a irremediabilidade da colisão de deveres orientar-se segundo a voz de sua consciência.⁵¹⁰

Sem embargo, aduz Welzel⁵¹¹ que tal situação conflituosa por parte dos médicos diante do decreto de eutanásia de Hitler para dar cabo aos enfermos mentais não poderiam agir de outra maneira, recusando a ordem, porque seriam substituídos por médicos complacentes com o regime de Hitler que sacrificariam a todos. Assim, o que pesou mais na decisão foi a voz da consciência dos médicos que assumiram uma postura de proteger algumas vidas ao custo de outras, de mesma igualdade jurídica, fazendo com que a reprovação da conduta não pudesse ser estabelecida pela ordem jurídica do Estado, pela inevitabilidade do mal maior, nos termos em que a questão foi colocada.

A conservação de algumas vidas mitiga a carga de culpabilidade dos médicos que, segundo Welzel, agiram corretamente do ponto de vista ético e jurídico, posto que *o ordenamento, sem embargo, não pode formular uma reprovação de culpabilidade por haver-se assumido um injusto menor para proteger um injusto maior.*⁵¹²

Jescheck e Weigend capitaneados por decisão do BGB 32, 367 [381], comungam da tese de que se trata de um conflito de deveres juridicamente insolúvel e em tal situação os médicos agiram antijuridicamente e com isso não pode incidir uma causa de exculpação, pois, na sua ótica, não poderiam sacrificar

⁵¹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 97.

⁵¹¹ WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 217.

⁵¹² *Idem, ibidem*. Welzel, mais uma vez, não vislumbrou qualquer reprovação social diante do discutido caso de eutanásia dos médicos, de forma paradigmática qualquer outro membro da comunidade teria de proceder, corretamente, da mesma maneira que os médicos procederam. WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 198.

nenhum paciente, porque neste caso não socorre uma causa de exculpação supralegal de caráter geral.⁵¹³

Toda a doutrina tedesca, com empenho técnico, fez um denodado esforço para ficar do lado dos médicos, objetivando estruturar uma tese defensiva de uma situação de inculpabilidade em sentido contrário à jurisprudência do Tribunal que concedeu aos médicos uma *excusa absolutória*.⁵¹⁴

O Tribunal Supremo declarou que a decisão dos médicos que se sentiram impelidos pela voz de suas consciências a salvar o maior número possível de enfermos não seria juridicamente reprovável por não estar presente o elemento normativo da culpabilidade, qual seja a reprovabilidade.⁵¹⁵

3.7 Inexigibilidade de outra conduta nos crimes omissivos

Luden foi pioneiro ao estabelecer a diferenciação entre os crimes de omissão própria e imprópria. A partir de então a doutrina, sobretudo a alemã, vem envidando esforços no sentido de vislumbrar uma compreensão entre os crimes omissivos próprios e impróprios.⁵¹⁶

⁵¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, S.L., 1996, p. 540 *et sequi*. Roxin também afirma que os médicos agiram com antijuridicidade, todavia, a responsabilidade deles deve ser excluída, apesar da existência da culpabilidade por não existir uma necessidade de prevenção da punição. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción de la 2 edición Alemania e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006, p. 962 *et sequi*. Faz coro com a doutrina majoritária, no sentido de exculpar a culpabilidade dos médicos, por incidência de uma causa supralegal. DONNA, Eduardo Alberto. **Teoria del delito y de la pena**: imputación delictiva. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995, p. 194.

⁵¹⁴ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 23.

⁵¹⁵ *Idem*, pp. 122-123.

⁵¹⁶ BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 27-28.

Todavia, o cerne de toda essa investigação, visando a estabelecer uma equivalência a respeito dos crimes de omissão imprópria com os crimes comissivos há que se partir de uma visão histórica, por impossibilidade metodológica de obter, com rigor cronológico, uma evolução doutrinária que satisfaça, a contento, as curiosidades científicas.

Ao contrário de Binding⁵¹⁷ que enxergava na omissão uma relação de causalidade, Feuerbach⁵¹⁸ a concebeu em um plano normativo sem movimento causal, porém, com base na antijuridicidade. Liszt já havia dito antes que a punição do crime omissivo é inteiramente independente da hipótese da causalidade.⁵¹⁹

Para Graf zu Dohna, do ponto de vista da antijuridicidade os crimes de omissão pura não oferece variação em relação aos crimes de comissão.⁵²⁰

Afirma Beling que em oposição aos crimes de ação, portanto, comissivos, existem os crimes de omissão. O autor conceitua o crime de omissão, ao reverso dos crimes de ação, como aquele em que não há a realização de um movimento corporal determinado e, por conseguinte, não exterioriza uma mudança de movimento no mundo externo.⁵²¹

⁵¹⁷ BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 27-28. *Idem*, p. 32. *Passim*, p. 28.

⁵¹⁸ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989, p. 48.

⁵¹⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 207.

⁵²⁰ DOHNA, Alexander Graf zu. **La ilicitud**: la estructura de la teoria del delito. Buenos Aires: Librería El Foro, 1928, p. 180.

⁵²¹ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por el dr. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 67.

Welzel⁵²² estabelece distinção entre ação e omissão, do ponto de vista ontológico. Todavia, do ponto de vista social – do senso comum – ela pode se revestir do mesmo significado da ação; é dizer, o valor causal da omissão, do ponto de vista normativo tem valor se realizado um juízo hipotético e, mediante o qual, não haveria a produção de um resultado.⁵²³

Para Welzel a atividade humana como exercício de uma ação final compreende, também, a omissão que representa na conduta humana uma categoria independente ao lado da ação.⁵²⁴

Conceitualmente, a omissão para Welzel significa uma ausência de atuação da conduta humana, pela não produção da finalidade potencial e possível de um homem no tocante a uma ação determinada.⁵²⁵

Para Kaufmann era evidente que a omissão na teoria finalista da ação de Welzel não poderia ser caracterizada, finalisticamente, como um ato, mas para ser razoável como finalidade em potência, não como um ato em si mesmo (ontologicamente) considerado.⁵²⁶ Para este autor:

Esta tese é, afinal, evidente o que se obteve como conclusão da epígrafe anterior é que na omissão lhe falta a causalidade humana, que o capaz de ação não é causal de seu não atuar. E

⁵²² WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 237.

⁵²³ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1978, p. 307.

⁵²⁴ WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 237.

⁵²⁵ *Passim*, p. 238.

⁵²⁶ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción de la segunda edición alemana (gottinga, 1980) por Joaquín Cuello contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006, p. 84.

onde falta o nexo causal tampouco pode haver direção final. A estrutura final se baseia na causalidade; aquela categoria ontológica não é concebível sem esta. O modo de operar a vontade final de realização consiste precisamente em manejar, dominar, impulsionar e dirigir os fatores causais.⁵²⁷

Efetivamente, o repouso da musculatura caracteriza um modo de não atividade, porém, assim mesmo, não deixa de constituir um modo de atuar e, portanto, um correlato de fazer algo aí incluindo a produção do resultado.⁵²⁸

Nessa linha de raciocínio é sintomático que na relação do indivíduo com a norma, seja de proibição ou de mandato, os pressupostos da reprovabilidade são os mesmos que vão somar-se ao injusto para irromper um juízo de culpabilidade.⁵²⁹ Desta maneira, não existe diferença dogmática e, por isso, a doutrina da culpabilidade pode, perfeitamente, ser aplicada ao crime comissivo ou omissivo (à norma de proibição ou de mandato).⁵³⁰

Desta forma, o princípio da inexigibilidade, enquanto princípio regulativo que funciona quase como um critério metodológico que tem aplicação hermenêutica na solução de casos limites, incide não só na tipicidade (*tipos dolosos, culposos e omissivos*), na esfera da antijuridicidade (justificação do injusto) e, por último, na culpabilidade, pela peculiaridade do princípio, *mutatis mutandis*.⁵³¹

⁵²⁷ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción de la segunda edición alemana (gottinga, 1980) por Joaquín Cuello contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006, p. 84.

⁵²⁸ MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción Sergio Politoff Lifschitzp. Revisión y prólogo José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, 136.

⁵²⁹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción de la segunda edición alemana (gottinga, 1980) por Joaquín Cuello contreras y José Luis Serrano González dde Murillo. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006, p. 153.

⁵³⁰ Não há diferença jurídica, do ponto de vista da reprovabilidade, entre crime comissivo ou omissivo. KAUFMANN, Armin, *Idem, ibidem*.

⁵³¹ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 43.

Sintomática é a opinião de Liszt. Para ele a punição na omissão difere inteiramente da hipótese de sua causalidade.⁵³² Por isso é que de *lege lata* a omissão é punida, em si mesma considerada, sem levar em conta o resultado. Deste modo, o direito só pune uma omissão jurídica⁵³³, isto é, relevante do ponto de vista penal, quando o autor podia e devia, frente ao dever jurídico, por motivo de solidariedade, agir para impedir um resultado de dano ou de perigo ao bem jurídico (omissão própria) ou quando na posição de garante (omissão imprópria) assumiu, perante o Direito, a responsabilidade de evitar o resultado.

Karl Engisch buscou uma distinção entre o crime de ação (*facere*) e o de omissão (*non facere*) no campo empírico, da observação da realidade. Assim, define-se o limite existente entre um e outro instituto jurídico-penal:

[...] de acordo com a concepção natural... o fazer como a perda de energia numa determinada direcção e, contrariamente, o deixar de fazer como uma não perda de energia numa determinada direcção. Assim, quem intervém activamente num resultado, faz algo; e quem deixa os acontecimentos seguirem o seu curso, deixa de fazer algo (omite).⁵³⁴

3.8 Inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal do estado de necessidade exculpante.

O estado de necessidade ou de extrema necessidade, termo designativo do Direito Alemão (Carolina e Direito Penal comum) deriva do preceito de Direito Canônico *necessitas non habet legem*. O Direito Penal Alemão já reconhecia a extrema necessidade do peregrino, da mulher grávida e o furto famélico por

⁵³² LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 207.

⁵³³ *Idem, ibidem*.

⁵³⁴ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Vega [s/d], p. 169.

penúria causado por alguém impelido pela necessidade extremada de furtar mantimento para saciar a própria fome ou da família.⁵³⁵

A inexigibilidade de outra conduta teve sua origem a partir da interpretação dos §§ 52/54 do StGB que regulamentavam o estado de necessidade e, em um segundo momento, com o desenvolvimento da teoria normativa da culpabilidade.⁵³⁶

No Código Penal Alemão o estado de necessidade tem a finalidade de tutelar não só a vida como também a integridade corporal, consoante os parágrafos acima aludidos do StGB. Tal proteção radica no fato de que a obediência ao direito, em casos que tais, implicaria que o agente teria que ter um sacrifício enorme, posto que não se pode exigir, de uma maneira em geral, uma conduta conforme o Direito em consideração ao Direito de preservação da vida humana.⁵³⁷

⁵³⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 233.

⁵³⁶ PETROCELLI, Biagio. **La colpevolezza**. Padova: CEDAM, 1962, p. 140. Segundo Welzel a inexigibilidade de outra conduta como modelo do estado de necessidade exculpante dos §§ 52 e 54 do StGB o § 54 do referido código trata do caso mais importante como disposição geral. WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 211. Para Jiménez de Asúa o Alto Tribunal Alemão reconheceu a inexigibilidade de outra conduta, em um caso de omissão de socorro, tendo como base o estado de necessidade previsto no § 54 do StGB. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 936.

⁵³⁷ WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 217. Eb. Schmidt afirma a existência das normas de conservação diferentes das normas jurídicas e das causas de justificação, por um lado e das normas de dever, por outro. GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002, p. 102.

O StGB de 1975⁵³⁸ disciplina o estado de necessidade como gênero e como espécies o estado de necessidade justificante e o exculpante com sentido e requisito diversos, como se depreende dos parágrafos 34 estado de necessidade justificante (*Rechtfertigender*) e 35 estado de necessidade exculpante (*Entschuldigender Notstand*).

Do ponto de vista dogmático existem duas teorias que se propõem a explicar o estado de necessidade: a diferenciadora e a unitária. A teoria diferenciadora surgiu na Alemanha a partir da interpretação teleológica do Código Civil (BGB) e do Código Penal (StGB).⁵³⁹ Para a teoria diferenciadora o estado de necessidade pode excluir a culpabilidade ou a antijuridicidade, a depender da ponderação dos bens jurídicos em colisão. Se o bem jurídico sacrificado for de igual valor ao bem jurídico preservado excluir-se-á a culpabilidade. Se, todavia, o bem jurídico sacrificado for de menor valor que o bem jurídico preservado o estado de necessidade excluirá a antijuridicidade.

Enfim, o estado de necessidade supralegal justificante surgiu da jurisprudência da mais alta Corte de Justiça da Alemanha (RG) no julgamento RG 61, 242 que criou as linhas gerais entre a *ponderação de bens e deveres*. Em julgamento posterior o Tribunal deixou assentado que na rota de colisão de bens jurídicos a lesão de valor menor não se configuraria ação antijurídica (RG 61, 254). Vale transcrever parte do aresto do Tribunal, no tocante ao primeiro julgamento, *litteris*:

⁵³⁸ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 49. A teoria da inexigibilidade originou-se primeiramente da interpretação do § 54 do StGB.

⁵³⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 184. Com efeito, os antigos doutrinadores alemães tomaram por base o Código Civil e o Código de Processo Civil para empregar a expressão *Nichtzumutbarkeit*. Todavia, os escritores mais modernos usam a expressão *Unzumutbarkeit* com o sentido de inexigibilidade (do verbo *Zumuten*, com o significado de exigir alguma coisa de alguém). VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal: parte geral**. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1977, p. 402.

Naquelas situações da vida em que uma ação constitutiva do tipo externo de uma forma de crime seja o único meio para proteger um bem jurídico ou [...] para cumprir um dever, a questão relativa a se a ação é adequada ao direito, não proibida ou antijurídica, deve-se resolver atendendo à relação valorativa, a derivar do direito vigente, entre os bens jurídicos ou deveres em disputa.⁵⁴⁰

Maurach afirmou que o requisito fundamental do estado de necessidade é o da proporcionalidade e tal exigência significa também um dos mais importantes para a resolução da problemática da colisão de bens jurídicos, para o efeito de exclusão do injusto.⁵⁴¹

Não obstante, Maurach, recorrendo a questões de política criminal e de funcionalidade do sistema jurídico-penal não aceita a inexigibilidade como excludente da culpabilidade e, se fosse assim, afirma, cairíamos em um *tout comprende c'est tout pardonner*.⁵⁴²

Figueiredo Dias⁵⁴³ afirma que Maurach chama a atenção que, relativamente, às situações de inexigibilidade o que está em questão é o comportamento contrário à norma como perdoável ou escusável de qualquer pessoa em geral, sem levar em consideração o atuar concreto do sujeito. Segundo o autor português:

Maurach cognominou de *responsabilização pelo fato*: é esta responsabilização, não a culpa, que deve ter-se por excluída nas situações de inexigibilidade; com a consequência de que essa

⁵⁴⁰ MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Traducción y notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 398.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 392.

⁵⁴² MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1993, p. 556.

⁵⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 604.

responsabilização é afinal pressuposto tanto da aplicação de uma pena como de uma medida de segurança.⁵⁴⁴

Claus Roxin perfila do mesmo entendimento de Maurach. Roxin, trazendo á colação, igualmente, questões de política legislativa – relativamente aos fins da pena –, questiona a inexigibilidade como causa supralegal de exculpação. Para ele não se aprecia se o sujeito poderia ter agido ou não de outra maneira, mas se a atuação antijurídica e de modo a evitar a culpa necessita ou não de uma pena. A habilitação do juiz para decidir sobre casos concretos de punição de uma conduta seria atentatória ao princípio da divisão dos poderes, utilizando-se de uma fórmula vazia de conteúdo como a inexigibilidade.⁵⁴⁵

Roxin exemplifica como causa de exclusão da responsabilidade a chamada comunidade de perigo, *verbis*:

[...] várias pessoas ou um grupo de pessoas estão igualmente ameaçadas de morte; uma ou algumas delas são sacrificadas porque esta é a única via para salvar ao menos os demais. Uma opinião minoritária digna de ter-se em conta avalia em tais casos um estado de necessidade justificante.⁵⁴⁶

Como visto, acima, no estado de necessidade a colisão de bens jurídicos possibilita o sacrifício de um para a salvaguarda de outro. Não obstante, Maurach parte da premissa de que não é possível realizar uma ponderação quantitativa ou

⁵⁴⁴ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1993, pp. 604-605.

⁵⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006, p. 960 *et sequi*.

⁵⁴⁶ *Idem*, p. 961.

pessoal da vida humana, a pretexto de utilizar-se como parâmetro categorias de maior ou menor valor.⁵⁴⁷

Jescheck rechaça a teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, porquanto do ponto de vista subjetivo ou objetivo debilitaria o sistema de prevenção geral do Direito Penal, com efetivo perigo para a igualdade das decisões judiciais. Nomeadamente, para o referido autor, a inexigibilidade de outra conduta configurar-se-ia, em casos determinados, pressuposto de um princípio de regulação, mas não uma causa supralegal de exculpação.⁵⁴⁸

Wessels, igualmente, não concorda que a inexigibilidade de outra conduta funcione como causa sugralegal de exculpação:

A inexigibilidade de conduta adequada à norma não deve ser reconhecida, segundo a doutrina dominante, pura e simplesmente como causa supralegal de exculpação. O reconhecimento geral de uma causa de exculpação, assim vaga e indeterminada, em pressupostos e limites, abriria as portas e portões para a insegurança jurídica.⁵⁴⁹

O professor Cláudio Brandão⁵⁵⁰ ilustra um exemplo de inexigibilidade de outra conduta como causa do estado de necessidade exculpante: um guia de alpinismo que, na posição de garante, motivado por um perigo advindo da força

⁵⁴⁷ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1993, p. 559.

⁵⁴⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 457-458. Doutrina Mezger que a adequação individual da valoração deve ser garantidora por uma causa especial (de exclusão da culpabilidade) da inexigibilidade não tem por missão alterar valorações decorrentes da lei, mas de completá-la. MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 209.

⁵⁴⁹ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, pp. 96-97.

⁵⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 232.

da natureza deixa de salvar um grupo de dez pessoas para salvar seu filho que se encontrava, igualmente, em situação de perigo, nas proximidades do grupo. Não é possível argumentar a existência do estado de necessidade previsto no art. 24 do Código Penal brasileiro para livrar o guia de uma imputação, pela existência do dever legal de enfrentar o perigo, pela relevância penal do dever de garantidor (art. 13, § 2º, do CP).

É óbvio que o bem jurídico preservado (uma vida) é infinitamente inferior a (dez vidas). Não obstante, diante da anormalidade de tais circunstâncias não se pode exigir que um pai tenha outra conduta senão a de sacrificar dez vidas para salvar a vida de um único filho - bem jurídico de valor infinitamente inferior àquelas vidas sacrificadas.

Welzel traz à colação o conhecido caso *Mignotte* ocorrido na Inglaterra no ano de 1884. Em um naufrágio dois sobreviventes estavam condenados a morrer de inanição por falta de alimentos. Ambos se salvam matando e comendo um terceiro náufrago.⁵⁵¹ O caso proposto ilustra bem o estado de necessidade atual pelo perigo emergente, dado que seria quase impossível o resgate dos dois náufragos com vida sem o exercício da prática antropofágica. Assim, solve-se o problema com a aplicação da teoria diferenciadora do estado de necessidade justificante, pela exclusão da antijuridicidade.

O Tribunal inglês, como se sabe, condenou os dois marinheiros sobreviventes à pena capital. Todavia, logo a comutou a pena de morte por privativa de liberdade de seis meses. Não obstante, enxergamos, no caso em comento, a possibilidade de aplicação do art. 24 do já referido Código Penal

⁵⁵¹ WELZEL, Hans. **Direito penal alemão**: parte general. 11. Edición. 4. Edición castellana. Tradución Del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1977, p. 211.

pátrio, salvante, unicamente, a posição de garantidor do § 1º do multirreferido artigo.

Scarano, na Itália, foi um dos grandes defensores do princípio da inexigibilidade como a *ratio* das causas constitutivas de exclusão da culpabilidade, como entidade normativa para aqueles casos não previstos em lei.⁵⁵²

Bettiol, defensor da teoria de Scarano, afirmou que dentro de uma visão normativa deve-se afastar a culpabilidade todas às vezes que, dadas as condições de fato, não se possa *exigir* do agente um comportamento diferente daquele que efetivamente foi por ele adotado.⁵⁵³

Para Scarano a inexigibilidade de outra conduta é a *ratio* pertencente a toda causa de exclusão da antijuridicidade, *verbis*: *La no esigibilità é la ratio comune a tutte le cause de esclusione della compevolezza*.⁵⁵⁴

⁵⁵² BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, p. 463.

⁵⁵³ *Idem, ibidem*. Antolisei foi um árduo combatente das teorias dos conterrâneos Scarano e Bettiol. Para este autor falta na inexigibilidade a concretização necessária para constituir um princípio jurídico superior para contemplar os casos não previstos legalmente. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editorre, 1957, pp. 302-303. Petrocelli em oposição a Scarano sustentou que a exigibilidade de outra conduta não representa uma *ratio* possível de uma aplicação analógica de acordo com os casos previstos legalmente, porque tal princípio da inexigibilidade configurar-se-ia inconsistente. PETROCELLI, Biagio. **La colpevolezza**. Padova: CEDAM, 1962, pp. 142 *et sequi*.

⁵⁵⁴ SCARANO, Luigi. **La non esigibilità nel diritto penale**. Napoli: Casa Editrice Libreria Húmus, 1948, p. 70.

3.9 Inexigibilidade de outra conduta no ordenamento jurídico-penal brasileiro

Em síntese, os aspectos basilares do normativismo podem ser assim resumidos: 1) culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade. Reprovável é a conduta por sua motivação, quando se pode exigir outra diferente. A reprovabilidade tem seu fundamento na exigibilidade de outra conduta; 2) o dolo, a culpa, a imputabilidade, nas circunstâncias concomitantes, a personalidade e os motivos do agente constituem elementos do juízo censor; 3) a culpabilidade é a medida da responsabilidade, além do seu fundamento, já que se deve levar em consideração o caráter e os motivos do agente, além das circunstâncias normais; 4) se o cerne da culpabilidade é a exigibilidade, é lógico que a *não-culpabilidade* dependerá de sua inexigibilidade, como princípio geral de exculpação legal e supralegal da culpabilidade.⁵⁵⁵

Aníbal Bruno, jurista de escol, concebeu a noção de inexigibilidade como um dos pensamentos mais fecundos, lançados na teoria da culpabilidade:

Este é um dos pensamentos mais fecundos que tenham sido lançados no domínio da culpabilidade. Não se pode considerar um ato juridicamente reprovável quando praticado em circunstâncias tais que tornam não exigível uma conduta conforme ao Direito. Nem reprovável, nem, portanto, culpável, desde que a culpabilidade se define como reprovabilidade.⁵⁵⁶

O Prof. da Faculdade de Direito do Recife, em consonância com a doutrina penal da época, preconizava a aplicação da inexigibilidade de outra conduta,

⁵⁵⁵ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**: parte geral. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 348.

⁵⁵⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 101-102.

como causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer de suas formas: dolo ou culpa.⁵⁵⁷

A inexigibilidade de conduta diferente torna impunível o agente, porquanto este não atuou culpavelmente. Assim, a conduta exteriorizada em desarmonia com o Direito, conquanto ilícita, não é digna de pena, pois em tal situação anormal em que agiu, decerto, outro comportamento não seria possível exigir.⁵⁵⁸

O texto fala em sacrifício que, diante das circunstâncias, não era razoável exigir-se (art. 24, § 1º, do CP). Tal sacrifício é exigido, em face das circunstâncias, em relação ao indivíduo diante de uma situação concreta. Conforme Reale Jr.

O sacrifício é exigido, com a abstenção do comportamento necessitado, desde que seja razoável exigir-se este sacrifício, ou seja, desde que inexista certa proporcionalidade entre o direito sacrificado e o protegido [...].⁵⁵⁹

O legislador do Código Penal de 1830, no art. 14, estatuiu uma causa de justificação, renunciando a punição, quando o crime tinha por escopo evitar um mal de maior intensidade, mediante a adoção clara do critério do balanceamento de bens jurídicos: *Será o crime justificável e não terá lugar a punição dele: § 1º.*

⁵⁵⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 101-102. Custódia da Silveira repudiava qualquer manifestação doutrinária que não admitisse a inexigibilidade de outra conduta como causa de exclusão da culpabilidade em relação aos crimes dolosos. SILVEIRA, Euclides Custódio da. Inexigibilidade de outra conduta. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano III. N. 11. Outubro a dezembro de 1965, pp. 117-118.

⁵⁵⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Volume II. Edição revista, atualizada e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002, pp. 260-261. Ao lado da culpabilidade objetiva existe, também, uma culpabilidade subjetiva ou individual, que diante de situações extremadas não se pode exigir, do autor de um injusto, obediência ao direito porque significaria um excessivo sacrifício que não se lhe podia exigir. COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte geral. Volume 2. 8. ed. corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1293.

⁵⁵⁹ REALE Jr., Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1971, p. 92.

Quando foi feito pelo delinquente para evitar mal maior. Cabe registrar que o texto do Código Penal de 30 foi um dos melhores textos até hoje e pela sua sistematização técnica influenciou toda a América Latina.

Mutatis mutandis, o legislador de 1890, no art. 32, adotou o mesmo princípio para a solução das situações de estado de necessidade, *verbis*: *Não são também criminosos: os que praticarem o crime para evitar mal maior.*

De *lege ferenda*, o legislador pátrio trata das causas legais de inexigibilidade de outra conduta em duas hipóteses: obediência hierárquica e coação moral irresistível, conforme se deduz da disposição do art. 22 do Código Penal. Disso deflui que a natureza jurídica da inexigibilidade de outra conduta é de dúplice vértice: legal e supralegal; normativa a primeira e a segunda regulativa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 2.492-RS, relatoria do Emin. Min. Francisco de Assis Toledo aceitou a tese de inexigibilidade de conduta diversa em crime de homicídio doloso, cuja decisão ficou assim ementada:

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. – *Júri. 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 circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. – *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 acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 329. A inexigibilidade de conduta, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, atualmente é aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Veja-se aresto do Eg. Tribunal de Justiça

Fragoso em dissonância com a doutrina brasileira não aceita a inexigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exculpação, pois isto equivaleria ao abandono do critério objetivo para exclusão da reprovabilidade individual, mas, por analogia, reconhece que as causas de inexigibilidade de *lege ferenda* possibilitam a supralegalidade por interpretação analógica.⁵⁶¹

Ensina Toledo que a inexigibilidade de outra conduta, como pressuposto de exclusão da culpabilidade, constitui a primeira e mais importante causa e, ainda, verdadeiro princípio do Direito Penal. *De lege ferenda*, tal princípio afigura-se uma causa legal de exculpação e, na falta de norma legislativa, reputa-se de uma causa supralegal (*lege lata*), como princípio fundamental e ligado, intrinsecamente, à problemática da responsabilidade penal.⁵⁶²

do Estado de Minas Gerais em que estruturas ônticas, como a liberdade podem ser aferidas, concretamente: *É possível a arguição, perante o Tribunal do Júri, de tese de defesa a respeito de inexigibilidade de outra conduta, como causa de exclusão da culpabilidade, com a conseqüente formulação de quesitos, não sobre mero conceito jurídico, mas sobre os fatos concretos de que se pudesse inferir a tese suscitada* (TJMG, Ap. 241.636-0/0, Belo Horizonte, 3ª Câmara, relatoria Mercedo Moreira, 13.11.2001, v.u. RJA 34/589). (grifos nossos).

⁵⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 210.

⁵⁶² TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328.

IV – OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

4.1 Visão panorâmica

Nos primórdios do Direito Romano, revelado a partir da Lei das XII Tábuas (século V a. C), já havia a distinção entre Direito Público e Direito Privado, como produto de um grande avanço da sistematização do Direito. A classificação Direito Público e Direito Privado facilitou, sobretudo, a construção de um Direito Penal romano que, na sua forma primitiva, foi construído por meio da disciplina doméstica, familiar e da *coercitio* direta da polícia.⁵⁶³

O *pater familias* detinha o *dominus in domo*: a *potestas*. É o senhor a quem está confiado o grupo doméstico. O *dominus* tem tríplice aspecto: é chefe do grupo religioso (*pater* é o sacerdote); econômico (*pater* é o dirigente) e jurídico-político (*pater* é o magistrado).⁵⁶⁴ Possuía ele o (*ius vitae et necis*) o poder de vida e morte dos seus subordinados, sendo que em relação ao escravo o seu poder era absoluto.⁵⁶⁵

O *pater familias* punia certos delitos com sanções privadas em face de sua autoridade política e pública, posto que a organização política do Estado teve como fonte o poder da disciplina doméstica.⁵⁶⁶

⁵⁶³ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, p. 54. A violação de uma norma militar era castigado pelo próprio poder militar. Conf. FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano**. Milano: Editore-Librário Della Real Casa, 1899, p. 45.

⁵⁶⁴ BRUNO, Anibal. **Direito penal**. parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 80.

⁵⁶⁵ IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano**: abreviatura por Fernando Vela. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 151.

⁵⁶⁶ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, p. 18.

Saliente-se que o emprego legítimo da força, por meio da *coercitio*, era restrito ao procedimento utilizado para punição dos crimes de insubordinação e desobediência.⁵⁶⁷ Todavia, a *coercitio* era utilizada de maneira restrita pelos magistrados com poder de *imperium* e aos tribunais do povo com a natureza de assembleia (por cúria, por centúria e por tribo), cujo direito de coerção poder-se-ia utilizar para enviar as pessoas ao cárcere, excetuando-se aquelas submetidas à disciplina ou à correção militar.⁵⁶⁸ Segundo Mommsen:

O poder coercitivo instituído em data posterior à República e no período do Principado, exercido por magistrados detentores do *imperium* judicial fora de Roma foi também submetido a limitações jurídicas, singularmente quando carecia de *imperium* militar e à tal restrição eram submetidos os magistrados municipais.⁵⁶⁹

Ressalte-se, entretanto, que o poder público exercido fora dos limites da cidade de Roma não se submetia aos limites da lei. Durante a vigência da República romana as funções de magistrado e de sacerdote foram separadas.⁵⁷⁰ Assim, o magistrado não possuía competência para o exercício do poder penal religioso e o exercício do seu *imperium*, nos limites da cidade romana estava regulado pela lei à qual o magistrado devia estrita obediência e adquiria imunidade, porém, se o magistrado praticasse um ato fora da lei, sua conduta era tida como de natureza privada, submetendo-o à ação da lei penal.⁵⁷¹

A distinção entre Direito Público e Direito Privado resultou na noção dos conceitos *delicta* e *crimina*, cuja finalidade precípua era a de separar a sanção privada da sanção pública, porquanto o *delictum* indicava um fato ilícito punido pelo *ius civilis* com pena privada, como ato contrário à fonte de uma obrigação.

⁵⁶⁷ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, p. 42.

⁵⁶⁸ *idem, ibidem*.

⁵⁶⁹ *Passim*, p. 39.

⁵⁷⁰ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, p. 41.

⁵⁷¹ MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, p. 41.

Por sua vez o *crimen*, como ato ilícito, era punido com pena pública: *ius publicum*. Tal distinção perdurou por todo o período clássico romano.⁵⁷²

Pode-se colher dos documentos romanos o caráter religioso do Direito punitivo inicial, à época lendária da fundação de Roma (753 a.C). Assim, o caráter religioso da pena deixou marcas. Todavia, os romanos, segundo Aníbal Bruno, cedo libertaram o Direito do domínio sacral, com a inauguração da República (509 a.C), distinguindo, claramente, quer na doutrina, quer na prática, a diferença entre a atividade jurídica e a religiosa.⁵⁷³

Na Roma antiga a religião, como exercício de uma das atividades de poder do Estado, mantinha os cultos domésticos e cada deus só podia ser cultuado por uma única família.⁵⁷⁴

A influência do poder militar decorria da autoridade ilimitada do *imperium* do Direito, visto como o povo romano vivia sempre em pé de guerra e a dignidade

⁵⁷² MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, p. 55. O universo jurídico romano foi construído com características próprias para o exercício do controle social, que era realizado de forma coercitiva, pela convicção cultural fundada na religião, pela moral e pelo saber filosófico de uma cultura civilizatória que perdurou por toda a antiguidade clássica. WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. 2 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 115. Vale registrar que o Imperador Juan, que reinou efêmera e soberanamente em 423 do ano cristão teve o propósito de repassar às autoridades seculares o poder disciplinar, próprio da igreja católica romana. MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira Parte. Traducción del alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899, p. 302.

⁵⁷³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. parte geral: introdução, norma penal, fato punível. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 80. Em Cretella Jr. essas datas são coincidentes. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 11. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 8. Fragoso concorda com as datas da fundação e da instauração da República romana. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. rev e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 27. De forma diversa Moreira Alves acrescenta um ano para a data da fundação (754) acreditando que o direito romano viveu desde a origem de sua sociedade até o ano 565 d.C, data da morte do imperador Justiniano. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.1.

⁵⁷⁴ DE COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia antiga e de Roma. Tradução Édson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2009, p. 33.

do general em chefe do poderio militar durava por tempo indeterminado.⁵⁷⁵ O caráter da autoridade religiosa do rei, que também acumulava as funções militares refletia na sua influência política, como decorrência do poderio militar.⁵⁷⁶

Percebe-se, claramente, a importância do elemento religioso, como fundamento do Direito Romano, cujos vestígios indicam a existência de um sistema jurídico urdido *no calor da religião* de um povo de espírito guerreiro, que viveu épocas anteriores a do povo romano. Ao sistema religioso (*Fas*) desse povo predecessor romano havia pontos de contato com o sistema profano (*Jus, Vis*). Para o *Fas* o Direito Penal significava *homo sacer* (*pena como meio de purificação*) e para o *Jus* a *vindicta publica* (*pena como meio de composição*).⁵⁷⁷

No Direito Romano a obediência hierárquica tinha como fonte a *necessitas obediendi* como princípio geral, posto que havia responsabilidade de quem determinava uma ordem sem que incorresse em responsabilidade aquele que estava obrigado a obedecer dita ordem. O Direito romano reconhecia o princípio de que o subordinado cumpridor da ordem do superior exercia um direito e quem não obedecesse era considerado culpado.⁵⁷⁸ Todavia, se o inferior realizasse um fato criminoso não poderia invocar a eximente da obediência, dado que no contexto do Direito Romano, a prática de um crime atroz – *atrocitatem facinoris* – em nada beneficiava o executor da ordem.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 196.

⁵⁷⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷⁷ *Passim*, p. 196 e p. 211 *et sequi*.

⁵⁷⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**: Tomo IV. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 766.

⁵⁷⁹ PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 399.

4.2 Obediência hierárquica e inexigibilidade de outra conduta

Para Jiménez de Asúa a única obediência contemplada, como categoria jurídica de isenção total é a hierárquica e, por assim dizer, a obediência hierárquica exculpa o inferior que obedece ao mandato procedente do superior hierárquico, quando dita ordem está dentro das atribuições de quem tem o poder de mando dentro das disposições legais.⁵⁸⁰

A obediência hierárquica para configurar uma causa de exculpação deve circunscrever-se na estrita obediência do dever legal, sem excessos. O que vincula o subordinado ao superior é a ordem de vontade vinculada na lei, no regulamento, instrução normativa, ordem de serviços, sentença... e como todo ato administrativo submete-se aos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

A obediência hierárquica é causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, porquanto nas relações de Direito Público o dever de obediência é uma característica que brota da organização política do Estado como supremacia do interesse público.

A inexigibilidade de que se cuida tem suporte no dever de obediência que é corolário do sistema de hierarquia e disciplina a que se submete o funcionário em uma constelação de subordinação

⁵⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**: Tomo IV. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, p. 766, p. 764.

Para Heleno Fragoso:

Tal dever exclui a reprovabilidade do comportamento mesmo nos casos em que o executor reconhecia a ilegalidade da ordem. Em princípio, a ordem não manifestamente ilegal obriga o subordinado.⁵⁸¹

Argumenta Fragoso que se o subordinado acredita que a ordem é lícita, de acordo com o Direito, verifica-se o erro de proibição. Mas aí não reside o fundamento da exculpação, dado que na obediência hierárquica é, justamente, a inexigibilidade que exclui a culpabilidade, porque o erro pode até nem existir.⁵⁸²

4.3 Obediência hierárquica e a colisão de deveres

No Estado Democrático de Direito em que vige a primazia do princípio da legalidade é certo que ao subordinado não se exige uma tomada de posição meramente passiva ou totalmente neutra ao ponto de obedecer, *cegamente*, à ordem de superior hierárquico, dado que o poder delegado da autoridade, no Estado Moderno, configura-se um poder de natureza relativa e não absoluta.

A obediência que obriga é aquela de natureza relativa e não absoluta, incondicional, sem qualquer reserva da legalidade ou licitude da ordem recebida,

⁵⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e ampl. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 213.

⁵⁸² *Idem, ibidem.*

pois para ser cumprida a ordem há de se revestir de legalidade para obrigar o seu cumprimento.⁵⁸³

Na conformidade da exegese das Exposições de Motivo ao Código Penal de 1940, número 17, o Estado moderno está jungido ao poder de autoridade conferido pelo ordenamento jurídico, todavia, como poder e não como arbítrio que obrigue a uma obediência cega: *Se o princípio fundamental do Estado moderno é a autoridade, não é menos certo que o Estado é uma organização jurídica e não pode autorizar a obediência cega do inferior hierárquico.*⁵⁸⁴

Destarte, no Estado Democrático de Direito a legalidade é o limite da ordeme esta não pode ultrapassar as suas fronteiras. Com efeito, a tese da obediência cega se, por um lado, não pode negar vigência à importância da obediência hierárquica, por outro, não requer do inferior hierárquico uma postura letárgica de agir, como *cego*, sem, perquirir se a ordem está ou não respaldada na lei.

Em um Estado Democrático de Direito já não mais vigoram a *obediência cega* e o *privilegio de erro do Estado*.⁵⁸⁵ Conforme Taipa de Carvalho:

Não cabe ao inferior hierárquico a fiscalização da legitimidade material (concreta) das ordens formalmente legítimas, devendo aquele partir, por princípio, da conformidade da ordem recebida com a lei, salvo quando for manifesto (ao funcionário

⁵⁸³ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte geral. Volume I. 8. ed. corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1316.

⁵⁸⁴ Comentários de KOERNER JÚNIOR, Rolf, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁸⁵ CARVALHO, Américo Taipa de. **A legítima defesa**: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1995, pp. 202-203.

razoavelmente competente e diligente) o contrário, isto é, a sua ilicitude. Portanto, uma como que *in dubio pro licitudine*.⁵⁸⁶

Para o cumprimento de uma ordem determinada por um agente da Administração Pública militar ou não militar padece de *cegueira jurídica* o inferior, cumpridor da ordem, que omite ou leva a cabo uma atitude não compatível com a correta concepção daquilo que é justo, em contrapartida, com aquilo que é contrário ao Direito.⁵⁸⁷

Hellmuth Mayer foi um dos ferrenhos defensores da punição dos partidários do Nacional-Socialismo e, segundo Jiménez de Asúa, parece não admitir a doutrina da *cegueira jurídica* que servia de argumento para rechaçar o erro de direito (*rectius*, proibição) baseado no pressuposto do ânimo de culpabilidade. A expressão *cegueira jurídica* (*Rechtsblindheit*) foi cunhada por Mezger no ano de 1944, como elemento subjetivo, violador do *são sentimento do povo alemão*.⁵⁸⁸

A obediência cega, de inspiração absolutista, foi suplantada pela derrocada do sistema de governo com poderes absolutos, no contexto da transição do Estado Liberal para o Estado de Direito, de modo que, no estágio atual do Estado Democrático de Direito o princípio da obediência hierárquica não mais se coaduna com uma obediência cega, sem a existência de um juízo crítico de sindicância,

⁵⁸⁶ CARVALHO, Américo Taipa de. **A legítima defesa**: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1995, pp. 202-203. Não se suporta mais no Estado Democrático de Direito uma obediência sem reservas às ordens oriundas de autoridades públicas – civis ou militares – com a possibilidade de reconhecer-se o privilégio do erro que beneficiava ditas autoridades. FRANCO, Alberto Silva. (coord) *et alii*. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 187.

⁵⁸⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ceguera jurídica y el remanente imputable em el erro de prohibición. **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néilson Hungria**. São Paulo: Forense, 1962, pp. 9-27. O autor refere-se à monografia de Welzel intitulada iusfilosofica do ano de 1949.

⁵⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ceguera jurídica y el remanente imputable em el erro de prohibición. **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néilson Hungria**. São Paulo: Forense, 1962, pp. 9-27. O autor refere-se à monografia de Welzel intitulada iusfilosofica do ano de 1949.

valoração, da legitimidade da ordem recebida, de acordo com o princípio da legalidade.⁵⁸⁹

Tal como no estado de necessidade, pode ocorrer situações conflituosas em que a ordem do superior hierárquico não só é ilegítima como a sua execução configura a prática de um crime. Em casos que tais o inferior hierárquico encontra-se diante de uma situação de conflito: cumprir a ordem do superior ou abster-se da prática de um injusto penal.⁵⁹⁰ Se cumpre a ordem, é responsável criminalmente, se não a cumpre, responde disciplinarmente.

Verdade é que, não se deve olvidar que a ordem ilegítima potencialmente pode afetar interesses e garantias constitucionalmente assegurados ao cidadão e, destarte, impõe-se o descumprimento de tal mandato, haja vista que na sua função primordial de tutela do interesse público, a Administração Pública encontra no texto constitucional o limite positivo do exercício da atividade administrativa.⁵⁹¹

Cirino dos Santos⁵⁹² traz à baila o ilustrado caso dos médicos que, durante o regime nazista, praticaram eutanásia em doentes mentais e tais profissionais procederam a uma clara opção de ponderação de conflitos: escolher o mal menor em detrimento do maior, rendendo ensanchar à existência de uma causa de justificação, pelo estado de necessidade, conforme orientação minoritária da doutrina ou uma causa supralegal de exculpação, conforme majoritária opinião doutrinária.

⁵⁸⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 175.

⁵⁹⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. **A legítima defesa**: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1995, pp.198-199.

⁵⁹¹ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 2006, p. 249.

⁵⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris ICPC, 2008, p. 346.

Impende dizer, pois, que diante da colisão de deveres a omissão da ação proibida em virtude de mandato legal entra em rota de colisão com aquele dever que é derivado de qualquer norma do ordenamento jurídico como um todo. Assim, qualquer que seja a atuação do sujeito sempre infringirá um dever.⁵⁹³

Tal problemática, da tensão existente no cumprimento de um dever, na sua gênese, comporta uma análise que se desdobra em diferentes aspectos. Deve-se, primeiro, considerar se o subordinado está obrigado, juridicamente, a cumprir a ordem. Neste caso, se o subordinado estiver vinculado ao cumprimento de um dever – decorrente de uma lei ou de uma ordem superior – cuja execução viole interesse jurídico de um particular ou até mesmo constitua a prática de um crime, dever-se-á averiguar se o executor da ordem pode se amparar de uma causa de justificação ou de exclusão da culpabilidade.

Na visão de Cláudio Brandão a linha de delimitação traçada por Antolisei entre Direito Administrativo e Direito Penal apresenta uma zona cinzenta, malgrado as consequências desses dois ramos do direito, cuja substância jurídica é a mesma, posto que a sanção do Direito administrativo e a do Direito penal implicam, necessariamente, uma diminuição de bens jurídicos individuais.⁵⁹⁴

Agora, bem, a difícil tarefa doutrinária de estabelecer marcos divisórios claros para se saber onde termina o Direito administrativo e onde começa o Direito Penal e vice-versa desemboca na definição cunhada por Zaffaroni de sistemas penais paralelos, no que tange ao discurso punitivo declarado pelo Estado e o discurso não declarado de outras instâncias administrativas:

⁵⁹³ CERESO MIR, José. **Derecho penal**: parte geral. Prefácio da co-edição Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 713.

⁵⁹⁴ BRANDÃO, Cláudio. Poder disciplinar: um direito penal administrativo? **Revista da Esmape**. Volume 3. N. 7. Janeiro/Junho 1998, pp. 83 -102.

[...] Do mesmo modo, a atenção discursiva centrada no sistema penal formal do Estado deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo, que exercem outras agências com funções manifestas muito diferentes, porém cuja função latente do controle social punitivo não é diferente da penal, desde a perspectiva das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por *sistemas penais paralelos*.⁵⁹⁵

4.4 Estudo da obediência hierárquica no direito comparado da Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Argentina.

4.4.1 Alemanha

O estudo da obediência hierárquica, pela doutrina jurídico-penal alemã, foi objeto de criteriosa investigação, sobretudo, nos anos seguintes à segunda Guerra Mundial em que o foco da discussão era, justamente, as atrocidades causadas por inferiores no cumprimento de ordens emanadas das autoridades nazistas.⁵⁹⁶

Por volta da década de 1980, do século passado, o debate voltou à tona em face da reunificação da Alemanha, com a queda do muro de fronteiras, em que o cerne da questão gira em torno *das armas de fogo disparadas* no muro de Berlim, em cumprimento de ordem superior, contra os alemães da parte Oriental que pretendiam fugir para o outro lado da Alemanha Ocidental.⁵⁹⁷

O debate, outrora vivificado, a respeito da obrigatoriedade do cumprimento de ordens *ilegítimas obrigatórias* e os efeitos respectivos (justificante ou

⁵⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Editora Ediar, 2002, p. 25.

⁵⁹⁶ CARVALHO, Américo Taipa de. **A legítima defesa**: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1995, pp. 197-198.

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem*.

exculpante) não têm, hoje, a mesma amplitude com que se houve no segundo quartel do século passado. Após a Segunda Guerra Mundial o legislador alemão instituiu tanto no Direito Civil quanto no Militar o princípio da não obediência à ordem que resultasse na prática de um ilícito.⁵⁹⁸

Jescheck propugna que a atuação do subordinado em vista do mandato oficial pode ser causa de justificação ou de exculpação. No primeiro caso o dever de obediência do inferior nasce de qualquer mandato que vincula o militar ou o civil. Já no segundo caso um mandato que não contenha uma *força vinculante* só pode ensejar, pela mesma razão, causa excludente da culpabilidade.⁵⁹⁹

A doutrina alemã e a brasileira, divergem quanto à natureza jurídica da ordem de obediência hierárquica. Beling, por exemplo, é um dos doutrinadores que aceita a obediência hierárquica como causa de justificação, desde que a ordem derive de cargo ou serviço público e seja executada por soldado ou civil, com a ressalva de que a ordem a ser executada obedece aos estritos limites legais. Não obstante, em relação aos militares a ordem antijurídica é vinculante, a não ser que o militar tenha consciência de que a ordem tem como finalidade a prática de um crime – *civil ou militar* – e, neste particular o subalterno tem o dever de recusar-se a cumpri-la.⁶⁰⁰

Entre nós, no panorama sistemático da obediência devida, Toledo desenvolve um raciocínio semelhante ao de Jescheck, escandindo a obediência à ordem legítima da ilegítima, esclarecendo que na hipótese primeira tem-se uma

⁵⁹⁸ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154.

⁵⁹⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 448.

⁶⁰⁰ BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por Sebastian soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 28.

evidente causa de exclusão da antijuridicidade e, na segunda, uma causa de exclusão da culpabilidade⁶⁰¹ por não exigibilidade de outra conduta.

No ordenamento jurídico da Alemanha o dever de obediência vincula tantos os funcionários da Administração Pública quanto os soldados da força de segurança pública. Assim, atua de acordo ao Direito o soldado que cumpre uma ordem vinculante contida em um mandato, ainda que contrarie o ordenamento jurídico, sua conduta está justificada. De outra ótica, não sendo a ordem vinculante o subalterno que a executa atua de maneira típica e antijurídica, invocando a seu favor uma causa de exculpação.⁶⁰²

Há traços de similitude nos sistemas jurídicos alemão, português e espanhol no que concerne ao modelo das chamadas *ordens ilegítimas obrigatórias*. A doutrina alemã do final do século XIX para o início do século XX colocou em pauta as primeiras discussões relativas às ordens ilegítimas obrigatórias, fixando a divisão entre a tese da justificação e a tese da exclusão da culpabilidade, cujo debate ainda hoje é objeto de análise de vários ordenamentos jurídicos.⁶⁰³

Para Hellmuth von Weber o subordinado (militar ou civil) conquanto não se exija obediência cega é obrigado a cumprir uma ordem ainda que o mandato tenha por objeto uma ação antijurídica. Todavia, a ordem que vincula o poder do Estado é aquela possível do ponto de vista oficial. Porém, se a execução da ordem importa o cometimento de um crime, somente o superior hierárquico arcará

⁶⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 342.

⁶⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, S.L., 1996, p. 533.

⁶⁰³ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154.

com a responsabilidade, a não ser que o subordinado tenha plena consciência de que executa uma ação punível.⁶⁰⁴

In casu, verificar-se-á um conflito de deveres, em que a realização de uma ação ou de uma omissão manifesta-se como um dever de obediência a cumprir, tendo como consequência imprescindível a violação de outro dever, razão pela qual é imperioso que um dos deveres tenha de ceder.⁶⁰⁵

Como já dizia von Liszt, no século XIX, a *ordem do superior* dada ao inferior tem o condão de excluir a ilegalidade do ato executado por este em virtude da aludida ordem, desde que o direito reconheça a obrigatoriedade dela, visto que o inferior age por força do cargo ou do serviço militar, enquanto aquele que dá a ordem pode ser responsabilizado como autor mediato pela prática da ação punível que realizar o inferior⁶⁰⁶, porque detinha o superior o domínio finalístico do fato.⁶⁰⁷

Neste caso, doutrina Nuno Brandão que o subordinado age nos limites do seu dever de obediência, sendo lícita sua conduta⁶⁰⁸ e por conta disso ao particular não cabe exercer o direito à legítima defesa, muito menos, oferecer resistência à ordem consoante § 113 do StGB, *ipsis litteris*:

⁶⁰⁴ WEBER, v. Hellmuth. **Lineamentos del derecho penal alemán**. Prólogo y revisión general de Eugenio Raúl Zaffaroni. Traducción Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 137. Se o subordinado não sabia que a ordem não era vinculante ele age sem dolo, por causa do erro de proibição.

⁶⁰⁵ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 157.

⁶⁰⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.243.

⁶⁰⁷ [...] a autoria, nos crimes comissivos, está vinculada ao autor mediato, que detém o domínio do fato e tal fato, geralmente, é excluído quando a conduta do autor somente conduz ao resultado pela mediação de outrem. STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. I. Traducción de la 2. edición alemana (1976) Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982, p. 315.

⁶⁰⁸ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 156.

Quem contra um titular de cargo público ou um soldado das Forças Armadas Federais que esteja designado para a execução de leis, disposições legais, sentenças, resoluções judiciais ou providências, exerça resistência com violência ou com ameaça ou o agrida por ato, na execução de um destes fatos ou serviço será castigado com pena privativa de liberdade até dois anos ou com multa.⁶⁰⁹

Maurach, perfilhando de entendimento contrário afirma que o subordinado que incorre em um fato punível no cumprimento de uma ordem superior não pode invocar, a direito seu, uma causa excludente de culpabilidade, com argumento na inexigibilidade de outra conduta. Para o autor, o silêncio da lei não implica uma lacuna, senão uma opção negativa do legislador.⁶¹⁰

Do ponto de vista axiológico não se pode conduzir, em face do silêncio do legislador, a uma conclusão eloquente de positividade, dado que é princípio hermenêutico que no Direito Público, como gênero das espécies Direito Penal, Militar, Administrativo..., o que não está permitido está proibido ao passo que no Direito Privado dar-se-á o contrário.

4.4.2 Itália

Impende ressaltar que não existe uniformidade na doutrina italiana quanto aos efeitos jurídico-penais de uma ordem ilegítima procedente de uma autoridade pública. A doutrina se divide em dois grupos: o primeiro acredita que o cumprimento de uma ordem ilegítima tem o condão de excluir a antijuridicidade da

⁶⁰⁹ Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, com la última reforma del 31 de enero de 1998. Traductora Claudia López Díaz. Primeira edición. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

⁶¹⁰ MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Volume I. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 576.

ação típica e o segundo grupo propugna pelo reconhecimento de uma causa de exclusão da culpabilidade.⁶¹¹

Efetivamente, no referido Direito Penal italiano, não existe discordância no que diz respeito ao dever de exame da ordem ilegítima e o alcance dos seus limites pelo inferior hierárquico. Não obstante, a divisão do pensamento doutrinário surge, justamente, quando da determinação da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal na obediência hierárquica.⁶¹²

Com efeito, o art. 51.I do Código Penal italiano dispõe que o cumprimento de uma ordem legítima da autoridade pelo subordinado é causa de exclusão da punição. Já o item 3, primeira parte, do aludido art. 51, preceitua que o subordinado que cumpre ordem ilegítima este e o superior responderão criminalmente. Nuno Brandão, com apoio em Viganò, assevera que o funcionário, ocupante da posição de subordinado, cumprindo ordem do seu superior hierárquico tem condições de reger-se autônoma e responsabilmente e não pode se tornar simples instrumento de poder nas mãos do superior.⁶¹³

A responsabilidade do funcionário inferior comporta a análise de dois limites: 1) no que diz respeito ao erro de fato (doutrina italiana) determinado pelo superior, 2) quando a lei não consente ao subordinado oportunidade para averiguar a legitimidade da ordem (art. 51.3 e art. 4º do CP italiano), configurando-se o erro de proibição.

⁶¹¹ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.180.

⁶¹² *Idem*, p. 80.

⁶¹³ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 80. Carrara, baseado na força moral do delito, entendia que o conceito de autoridade estendia-se à autoridade doméstica, hierárquica ou política. CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Volume I. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 213.

De outro ângulo, não havendo erro na emanção da ordem de agente superior a inferior e, tratando-se de ordem ilegítima, se a execução da ordem resultar na prática de um crime ambos serão responsabilizados.⁶¹⁴ Todavia, se o subordinado cumpre ordem ilegítima no cumprimento de um dever legal a conduta material deste estará justificada.⁶¹⁵

A dicção do legislador no art. 51.4 do Código Penal italiano isenta de pena quem executa a ordem ilegítima, quando a lei não permite sindicar sobre a legitimidade da ordem.

O fato de existir no ordenamento jurídico-penal italiano ordem ilegítima de caráter vinculante – para o militar ou funcionário – não significa dizer, conforme Marinucci & Dolcini, que o vínculo jurídico seja absoluto de tal maneira que o cumpridor da ordem não possa verificar os seus limites: a) tal ordem não deve ser formalmente ilegítima; b) ainda que formalmente ilegítima a ordem não deve ser manifestamente criminosa; e c) o subordinado só deverá cumprir a ordem se não conhecer o seu caráter criminoso.⁶¹⁶

O dever de obediência não pode prescindir da sindicância da ordem pelo inferior hierárquico, no seu duplo aspecto de legitimidade. Assim, deve-se apurar em que situação o inferior tem a faculdade de *revisar* a legitimidade da ordem e quais os limites da exclusão dessa faculdade.⁶¹⁷ Por ordem deve-se compreender a manifestação de uma vontade legítima emanada da lei e é com base nessa

⁵¹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, p. 315.

⁵¹⁵ *Idem*, p. 317.

⁶¹⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 210.

⁶¹⁷ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 182.

legitimidade que o superior pode ordenar que um inferior hierárquico faça ou deixe de fazer algo, particularmente, nos limites da lei.⁶¹⁸

Betiol ilustra com o seguinte exemplo: imagine um oficial que ordenasse um soldado de sentinela a atirar contra cidadãos pacíficos que caminhavam na frente de um quartel. Como a ordem é ilegítima deve o subordinado refutá-la. Se a obedece o soldado e o oficial responderão criminalmente.⁶¹⁹

Não se trata, neste caso, de perquirir sobre a legitimidade da ordem dimanada do superior, porquanto para além da ordem emitida há, também, a manifestação da vontade do legislador que, por sinal, é vinculante e o cumprimento de uma ordem vinculante não constitui crime.⁶²⁰

Com efeito, a hipótese de a lei italiana, em certos casos, não consentir que o subordinado revise a legitimidade da ordem significa que, em outros casos, fora daquela hipótese do art. 51 do CP italiano, reconhece-se legitimação ao subordinado para revisar a ordem. No Estado Democrático de Direito, o limite da obediência é o limite da vontade da lei e a doutrina italiana é uníssona no sentido de que o subordinado tem o poder-dever de sindicar os pressupostos formais e substanciais da legitimidade da ordem com o Direito.⁶²¹

⁶¹⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, p. 313.

⁶¹⁹ *Idem*, p. 317.

⁶²⁰ RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Volume Primo. Padova: CEDAM, 1952, p. 140. Todavia, o subordinado não se isenta de responsabilidade se em virtude da execução de uma ordem ele comete um crime. ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 197.

⁶²¹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. Terza edizione. Bologna: Zanichelli editore, 2002, p. 241. V. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 209.

A condição intrínseca da obediência é a análise dos *pressupostos formais e materiais*, constitutivos da sua legitimidade. Os pressupostos formais de existência da ordem são a competência do superior para expedir a ordem e, concomitantemente, a do inferior para cumpri-la, na forma da lei. Conforme exemplo de Bettiol falta legitimidade formal ao reitor de uma universidade que expede um mandado de prisão em desfavor de um bedel que cometera um crime no interior da universidade. A ausência de competência do superior para emitir a ordem desobriga o inferior do cumprimento de uma ordem ilegítima.⁶²²

O legislador, somente em caráter excepcional, poderá excluir o direito de o subordinado proceder ao exame da legitimidade de uma ordem. Por outro lado, se o funcionário tem uma mera função de execução não lhe deferirá o Direito o poder de sindicar a legalidade da ordem, como serve de exemplo os militares, os bombeiros, agentes policiais e outras categorias de funcionários em que o *dever de obediência é imposto de modo particularmente rigoroso*.⁶²³

O fato de não se deferir a certas categorias de agentes públicos o direito-dever de analisar a legitimidade da ordem imposta não significa dizer que a vedação é absoluta, cega, pois se não é absoluto o dever de obediência, sucede que não se pode prescindir da pesquisa dos limites legais e materiais da ordem – se ela é legítima ou não - *pois de outro modo haveria o comprometimento da segurança jurídica* pelo dever cego de obediência.⁶²⁴

⁶²² ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 314.

⁶²³ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 183-184. No mesmo sentido, ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 187 *et sequi*.

⁶²⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, p. 317. É óbvio que a ordem, apesar de vinculante, não pode constituir um crime. Bettiol exemplifica que se um oficial ordenasse a soldados sentinelas para atirar contra uma manifestação pacífica de cidadãos que passassem em frente à caserna tal ordem deveria ser desobedecida porque ilegal e, por conseguinte, não vinculante. *Idem, ibidem*.

Não é outra a opinião de Nuno Brandão, *in verbis*:

A circunstância de a esses funcionários de execução não ser atribuído o direito de examinar a legitimidade da ordem não significa que sobre eles recaia um dever de obediência absoluto, pois sempre se deverão reconhecer dois limites à exclusão do direito de exame e correspondente afastamento da responsabilidade, que se prendem com a comprovação da legalidade formal da ordem e com as ordens manifestamente ilegais.⁶²⁵

Bettioli arrola como pressupostos substanciais da ordem, os indícios de culpabilidade, com esboço no art. 252 do citado Código de Processo Penal italiano, que ao lado dos formais, impõe o legislador o dever de constar de um mandado ou ordem de prisão tais indícios contra quem a ordem é emitida, sem o que o mandado ou a ordem não poderá ser executado.⁶²⁶

4.4.3 Espanha

O legislador do Código Penal espanhol de 1995, art. 20, § 7º, estabelece a isenção de responsabilidade criminal de quem executa o cumprimento de um dever ou no exercício legítimo de um direito, cargo ou ofício, abandonando o conceito de *obediencia debida* de outrora, igualmente, revelado como causa de justificação.

São requisitos legais da ordem: a) o cumprimento de um dever; b) exercício legítimo de um direito, c) exercício legítimo de cargo ou ofício. A expressão *legítimo* não significa, restritivamente, um conceito legal, senão um fundamento

⁶²⁵ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 184.

⁶²⁶ BETTIOLI, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nova edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, pp. 314 *et sequi*.

jurídico⁶²⁷ de abrangência ampla no ordenamento, porquanto o princípio da obediência devida irradia seus efeitos em outras ordens normativas, além do Direito Penal, como técnica de *reenvío* a outros ramos do Direito, *ad exemplum*: Civil, Administrativo...

Da análise do dispositivo *acima*, intui-se que a causa de justificação vincada pelo legislador espanhol, em face do cumprimento de um dever ou exercício legítimo de um direito, manifesta-se como um princípio de regulação geral ou como princípio geral de direito, cuja abrangência irradia todo o ordenamento jurídico, como uma cláusula de *reenvío*, com pretensões de homogeneizar outras ordens normativas: Direito Civil, Administrativo, Laboral...⁶²⁸

Pertinente às expressões *cumprimento de um dever e ao exercício de um direito* a que se refere o multirreferido art. 20.7 do CP espanhol parte significativa da doutrina defende, abertamente, que tais adjetivações são despiciendas e porque não dizer *supérfluas*.

Primeiro, porque quem cumpre um dever legítimo não merece reprimenda; segundo quem exerce um direito subjetivo, legitimamente, longe está de cometer um injusto. Se alguém toma uma coisa móvel que lhe pertence ou ingressa em sua própria residência, por óbvio, não pode cometer um furto justificado nem tampouco uma invasão de domicílio justificada. De outra ótica, a retenção de coisa móvel, autorizada no contrato de depósito do Código Civil espanhol (art.

⁶²⁷ COBO DEL ROSAL; Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5. edición, corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch 1999, p. 472. O descumprimento de uma ordem legal de comando pode ensejar para o subordinado uma sanção penal, administrativa ou civil. MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**. Volumen I. Tomo Primo. 5. edizione accresciuta e aggiornata. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1951, p. 299.

⁶²⁸ COBO DEL ROSAL; Manuel; QUITANAR DÍEZ, Manuel. **Instituciones de derecho penal español**: parte geral. Madrid: CESEJ – Ediciones, 2004, p. 161.

1600) é causa bastante de justificação no que diz respeito ao crime de apropriação indébita (art. 252).⁶²⁹

De ordinário, conforme decisão do STS espanhol de 05 de novembro de 2002 quem age debaixo do cumprimento de deveres, direitos ou funções sociais não se acha, naturalmente, implicado em uma situação definida como antijurídica e culpável.⁶³⁰

Cerezo Mir adverte que o atual Código penal espanhol não tratou, expressamente, de incluir no seu bojo a eximente da *obediência debida* como fez o legislador do Código Penal anterior; não obstante, quem executa uma ação ou se omite debaixo do cumprimento de um dever jurídico pode invocar a causa de justificação do art. 20, § 7º, do atual *Codex Poenalis*.⁶³¹

Para Quintero Olivares os destinatários das decisões ou ordens devem ser funcionários públicos submetidos ao poder hierárquico e disciplinar do Estado:

Tal como temos advertido, os destinatários do mandato têm de ser autoridades ou funcionários públicos (de carreira ou interinos), submetidos hierarquicamente e relacionados com seu superior por meio do Direito administrativo e disciplinar. Portanto, este delito não poderá delinear-se a respeito do pessoal contratado ou laboral que não seja submetido ao Direito disciplinar [...].⁶³²

⁶²⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução André Estafam, revisão, prólogo e notas Edilson Mougnot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 352; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Parte general del derecho penal. 2. edición, revisada, ampliada y puesta al día. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007, p. 485; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p. 485.

⁶³⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho penal**: parte general. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso. Juicio de antijuricidad. Tomo II. Volumen I. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2008, p. 280.

⁶³¹ CEREJO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general. Teoría jurídica del delito. Tomo II. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 304.

⁶³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et alii*. **Comentarios a la parte especial del derecho penal**. Quinta Edición. Revisada, ampliada y puesta al día. Thomson Aranzadi, 2005, p. 1.583.

Tanto a assertiva é verdade que o art. 410 do atual Código penal espanhol comina pena de multa e inabilitação especial para o crime de desobediência cometido por autoridades ou funcionários públicos:

Art. 410. 1. Las autoridades ou funcionarios públicos que se negarem abertamente a dar o devido cumprimento a resoluções judiciais, decisões ou ordens da autoridade superior, ditadas dentro do âmbito de sua respectiva competência e revestidas das formalidades legais, incorrerão na pena de multa de três a doze meses e inabilitação especial para emprego ou cargo público por tempo de seis meses a dois anos.

2. Não obstante o disposto no apartado anterior, não incorrerão em responsabilidade criminal as autoridades ou funcionarios por não dar cumprimento a um mandato que constitua uma infração manifesta, clara e terminante de um preceito de Lei ou de qualquer outra disposição geral.

O § 2º ressalva a responsabilidade criminal de autoridades e funcionários que se abstêm de cumprir uma ordem que é manifesta, clara e terminantemente ilegal. Se, todavia, o cumprimento de uma ordem der ensejo à realização de um crime, o executor terá a ser favor uma causa de justificação.

O obrigado a dar cumprimento a uma ordem tem licença para analisar a legitimidade da ordem e não está obrigado a cumprir o mandato se a ilegalidade for *manifesta, clara e terminante*. Do contrário, se o mandato constituir um crime a eximente da devida obediência em nada aproveitará o agente.⁶³³

Intui-se da disposição legislativa do art. 410.2 a consagrada teoria da aparência, desenvolvida pela doutrina espanhola, que tem como gênese a vinculação do cumprimento de uma ordem. Assim, o subordinado não está condicionado a aspectos legais inerentes ao mandato, mas na legalidade da

⁶³³ ANTÓN ONECA, José. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, p. 273.

ordem, porquanto tal dispositivo legal limita, teleologicamente, o dever de obediência a ordem não manifestamente contrário ao Direito.⁶³⁴

De tal preceito legal, deduz-se a característica vinculante de ordens não manifestamente ilegais ou não notoriamente antijurídicas, ou, dito de outro modo: que apresentam uma *aparência* de legalidade.⁶³⁵

De forma dissonante, Nuno Brandão, põe de relevo a teoria da aparência como estratégia de refutação da natureza justificante da obediência a ordens não legítimas, *verbis*:

[...] encontramos na teoria da aparência uma clara defesa da natureza justificante da obediência a ordens ilegítimas, posto que não manifestamente ilegítimas, também encontramos também na doutrina espanhola um amplo setor que se opõe a essa concepção e afirma que a exclusão da ilicitude só se produz na obediência a ordens legítimas.⁶³⁶

No que toca à natureza jurídica do aludido instituto jurídico Cerezo Mir focaliza o debate no plano constitucional, argumentando que o cumprimento de um dever na modalidade ação ou omissão jamais pode implicar o desrespeito à dignidade da pessoa humana. O desenho traçado pelo referido autor radica no *animus* ou *voluntas* de o autor cumprir o dever de obediência, caracterizador do elemento subjetivo da causa de justificação, teoria que, no passado, foi desenvolvida por Antón Oneca em oposição à outra corrente doutrinária, bastante

⁶³⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho penal**: parte general. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso. Juicio de antijuricidad. Tomo II. Volumen I. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2008, p. 299. O autor não concorda com a existência de mandatos antijurídicos obrigatórios porque no Estado Democrático de Direito todos devem obediência à Lei. *Passim*.

⁶³⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p. 504.

⁶³⁶ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 197.

difundida em solo espanhol, que pugnava pelo reconhecimento do elemento objetivo como causa de justificação.⁶³⁷

No Brasil, são partidários da corrente subjetivista Aníbal Bruno para quem a ordem *manifestamente ilegal* deve ser compreendida a partir do caso concreto e do grau de inteligência e cultura do subordinado hierárquico⁶³⁸ e Everardo da Cunha Luna que defende que o critério de certeza de legalidade da ordem é subjetivo, porquanto estar sujeito ao nível de erudição de quem a recebe e das circunstâncias em que a ordem foi aceita.⁶³⁹

Muñoz Conde põe de relevo o dever de o subordinado examinar a ordem recebida, sobretudo, quando do seu cumprimento, haja o quebrantamento de uma determinação constitucional ou a vulneração da dignidade da pessoa humana.⁶⁴⁰

Muñoz Conde e García Arán adotam um critério puramente objetivo como elemento de uma causa de justificação. Ditos autores desconsideram o argumento de comparação do funcionário que cumpriu a ordem com aquele subordinado médio que no caso concreto agiria do mesmo modo, ou seja, considerando o caráter de manifesta ilegalidade da ordem *com independência de quais pudessem ser as crenças do funcionário individual*.⁶⁴¹

⁶³⁷ CERREJO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general. Teoría jurídica del delito. Tomo II. Sexta edición. Madrid: Tecnos, 2001, p. 304. ONECA, J. Antón. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, pp. 276-277. Fontán Balestra propugnava pelo reconhecimento da teoria subjetiva, porque só poderia ser alegada pelo subordinado e não pelo superior. FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**: Introducción y parte general. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1953, p. 330.

⁶³⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 175.

⁶³⁹ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 282.

⁶⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 113.

⁶⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 3. edición. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 382. BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 195-196.

A preferência pela concepção subjetiva, em detrimento da objetiva, leva em consideração que, a teor do art. 20.7 do aludido CP espanhol, não é compatível a ponderação de bens jurídicos pelo subordinado, no escopo de conhecer ou não a antijuridicidade da ordem em vista de que a doutrina espanhola e de outros ordenamentos jurídicos, admite a existência dos chamados mandatos antijurídicos obrigatórios.⁶⁴²

Assim, presentes os requisitos elencados no citado art. 20.7 o subordinado está obrigado a cumprir a ordem superior, preenchidos os requisitos legais, ainda que a ordem seja antijurídica ou, de outra forma, incorrerá no crime de desobediência (art. 410.1), salvo o disposto no art. 410.2.⁶⁴³

Ressalte-se, ainda, que a unidade do Direito espanhol, tão arraigada na doutrina daquele país aceita como eximente o cumprimento de um dever em duas situações diferentes: o mandato que compreende um conteúdo lícito e os chamados mandatos antijurídicos de natureza obrigatória.⁶⁴⁴

O revogado Código penal da Espanha, § 12, art. 8º, falava, apenas, em *obediencia debida* correspondente não a um rol fechado (*numerus clausus*), mas a um tipo penal aberto, cabendo ao intérprete fixar a determinação do alcance e do sentido jurídico da expressão em cada caso concreto. Inclusive, o legislador não fazia alusão se a obediência dimanava de uma relação de Direito Público ou Privado.

⁶⁴² COBO DEL ROSAL; Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5. edición, corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch 1999, p. 478.

⁶⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 3. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 381.

⁶⁴⁴ RODRIGUEZ DEVESA, Jose. **Derecho penal español**: parte general. Tercera edición. Madrid: Gráfica Carasa, 1973, p. 470.

O princípio adotado pelo legislador de 1995 foi o da exclusão da antijuridicidade para quem obra conforme o Direito. A dicção da *mens legis*, que peca pela generalidade do conceito tipológico, faz referência a todo o ordenamento jurídico, traduz a opção legislativa de manter a unidade de todo o sistema jurídico, respectivamente, ao Direito Público e Privado.⁶⁴⁵ Conforme Cobo del Rosal & Vives Antón:

O termo *legítimo* não significa legal, senão jurídico [...] Por último, com o emprego do termo *legítimo* a legislação penal leva a cabo um *reenvío* a outras ordens normativas (civil, administrativo...) que deverão ser analisados, de forma necessária e em cada caso, para que possa afirmar-se sua existência na hipótese penal.⁶⁴⁶

Sob a égide do Código penal anterior a 1995 a doutrina espanhola sustentava que a obediência devida decorria de situação jurídica, dela se excluindo as relações de direito familiar, doméstico e espiritual. Máxime, o Tribunal Supremo já havia rechaçado a extensão da obediência hierárquica do poder do pai em relação ao filho e do marido em relação à mulher⁶⁴⁷, cabendo ressaltar, entretantes, que a Constituição espanhola e a da República Federativa do Brasil, estabelecem a igualdade de gênero.

O delineamento da atual doutrina espanhola assinala que apesar da obviedade do disposto no § 7º, do art. 20, do CP espanhol, é no sentido de harmonizar, coerentemente, a obediência de um dever ou o cumprimento de uma ordem com todo o ordenamento jurídico, fonte de onde provém as obrigações e os direitos constitutivos de todo o sistema jurídico.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ COBO DEL ROSAL; Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5. edición, corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch 1999, p. 471.

⁶⁴⁶ *Idem*, p. 472.

⁶⁴⁷ ANTÓN ONECA, José. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, p. 277.

⁶⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte general del derecho penal**. 2. edición, revisada, ampliada y puesta al día. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007, p. 483.

Quando o legislador do CP espanhol de 1995 disciplinou o cumprimento de um dever e o exercício de um direito como causa de justificação quer com isso dizer que a unidade de todo o ordenamento, como parte do sistema jurídico preconiza que todos os ramos do Direito são partes de um bloco único.

Para Mir Puig⁶⁴⁹ o ordenamento jurídico não pode impor que um ilícito, por exemplo, na seara do Direito Penal o seja para todo o ordenamento jurídico. Assim, repita-se, a função do Direito Penal é de *ultima ratio*, é dizer, somente quando as demais instâncias do ordenamento jurídico não solucionarem um conflito é que nasce para o Direito Penal o dever de intervir.

Morillas Cuevo⁶⁵⁰ em reforço desse entendimento afirma que a causa de justificação do CP espanhol deve buscar a unidade do ordenamento jurídico, reconhecendo, tal como Mir Puig, a função de *ultima ratio* do Direito penal: [...]. Parece razoável que se a conduta está de acordo com o Direito, perante todos os seus ramos, a reação penal não tem lugar, apesar de o comportamento subsumir-se em algum tipo legal.

4.4.4 Portugal

A Constituição da República portuguesa, a partir da redemocratização, entroncou no seu texto – art. 271,º-3 o princípio da cessação do dever de obediência sempre que o cumprimento de ordens ou instruções importar na prática de um crime. Tal princípio foi positivado no Código Penal português, art. 36,º-2. *O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um*

⁶⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998, p.484.

⁶⁵⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho penal**: parte general. Teoria jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso. Juicio de antijuricidad. Tomo II. Volumen I. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2008, pp. 280-281.

crime e neste caso a conduta do subordinado é típica e antijurídica. Nada obstante, é causa de exculpação o desconhecimento pelo subordinado de que a ordem ilegítima leva à prática de um crime (art. 37 do CP português).

O regime geral do erro, ainda que inevitável, mantém intacta a conduta típica e antijurídica do subordinado. Todavia, o CP português reserva para o erro, seja qual for a modalidade, a exclusão da culpabilidade, como se depreende do art. 16.º-2, do referido Estatuto Penal. Consequência jurídica do cumprimento da ordem ilegal é a suscetibilidade do exercício do legítimo direito à defesa, por parte do terceiro.⁶⁵¹

Por outro prisma, a ordem judicial – legítima ou ilegítima – não pode ser questionada pelo executor, em face do princípio clássico da separação dos Poderes no âmbito do Estado Democrático de Direito. O princípio da divisão dos Poderes fundamenta o princípio constitucional de natureza material da ordem judicial, que transcende as fronteiras da obediência hierárquica.⁶⁵²

Nesta perspectiva, o monopólio do Poder Judiciário impede a inspeção da ordem judicial, dado que, ao Judiciário cabe dizer a última palavra e, se ao subordinado fosse concedida a oportunidade de mudar uma ordem emanada do juiz haveria risco à segurança jurídica, *com a substituição do julgador pelo cumpridor da ordem*, em flagrante desconsideração à *soberania* do Poder Judiciário a quem cabe, por fim, exercer o controle da legalidade dos outros dois poderes no Estado Democrático de Direito.

⁶⁵¹ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 2006, p. 259.

⁶⁵² *Idem*, pp. 261-262.

Perante a Constituição e lei portuguesas, em matéria penal o cumprimento de uma ordem ilegítima não é causa de justificação, ainda que seja o mandato obrigatório, haja vista o confronto entre o dever de obediência de uma ordem ilegal e o dever de cumprir a lei resolve-se pela obediência à legalidade e, neste caso, cessa o dever de cumprir a referida ordem – seja ou não manifestamente ilegal.⁶⁵³

Fundamentalmente, se a ordem transmitida pelo superior gozar de legitimidade sua execução será lícita. Todavia, sob a égide do art. 271, ° -3 da CRP em sendo ilegítima a ordem cessa o dever de obediência do subordinado, que se levar adiante o propósito de cumprimento atuará, contrariamente, ao ordenamento jurídico.

O princípio da cessão do dever, alçado à categoria constitucional, pode ser interpretado como um princípio limitador, instituído pelo legislador constituinte, no sentido de não cancelar a execução pelo subordinado de uma ordem que constitua a prática de um crime. Tal princípio tem a função de resguardar a responsabilidade de funcionários públicos pelos atos praticados no exercício do cumprimento de uma ordem.⁶⁵⁴

A consagração do aludido princípio impede que o subordinado cumpra uma ordem contrariamente ao ordenamento jurídico, com consciência plena do seu ato, a soldo de poder invocar a *respondeat superior* e com isso resguardar-se de qualquer responsabilidade, pela prática voluntária de um fato criminoso.

⁶⁵³ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 2006, p. 254.

⁶⁵⁴ *Idem*, pp. 243-244.

Com efeito, a legitimidade da ordem, como forma de calibração de uma obrigação, assenta-se no dever de sindicância, levando-se em conta o binômio formal e material do mandato. A primeira representa o aspecto extrínseco da ordem no que diz respeito à conformidade com o Direito e a maneira pela qual a ordem é expedida. Já o aspecto intrínseco apresenta uma perspectiva de conteúdo da ordem dada, perquirindo se foram atendidos os requisitos legais caracterizadores da substancialidade do dever de obediência da ordem.⁶⁵⁵

No ordenamento jurídico português para que a ordem do superior hierárquico possa vincular o inferior, faz-se necessário que ela preencha os requisitos legais, como: a) competência de quem emana a ordem, ou seja, o superior hierarquicamente; b) que ambos estejam vinculados por uma relação subordinativa e, c) presença dos elementos formais extrínsecos.

Para Maria Conceição Ferreira da Cunha o Estado de Direito formal visa proteger a liberdade, como objeto de tutela do ordenamento jurídico com uma pretensão de igualdade apenas formal. Diferentemente, o Estado de Direito material que tem como finalidade precípua um conteúdo material para a tutela de bens jurídicos, enquanto valores dignos da tutela material do Estado.⁶⁵⁶ Na ótica de Figueiredo Dias:

[...] o tempo de von Liszt era o tempo do *Estado de direito formal*, de vertente liberal e *individualista*; isto é, de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal, mas alheio à valoração das conexões de sentido, dos fundamentos

⁶⁵⁵ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editores, 2006, p. 22.

⁶⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, Editora, 1995, p. 131. É que a instituição de normas jurídico-penais devem atender às exigências gerais de constitucionalidade do ponto de vista formal e material. STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**: parte general. I. El hecho punible. Madrid: Edersa, 1982, p. 30.

axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos. Definidos através daqueles esquemas.⁶⁵⁷

No Estado Democrático de Direito a tutela de um bem jurídico em uma perspectiva garantista é tarefa do legislador constituinte, em obediência ao princípio reitor da legalidade, e não do Estado-juiz. É justamente por essa razão que a ordem do superior deve ser inspecionada do ponto de vista formal e material porquanto, nem sempre a subsunção de uma conduta à lei, no seu aspecto formal, é suficiente para a configuração de um ilícito, pois, se a lesão não for relevante para o Direito Penal, do ponto de vista substancial, deve-se aplicar o princípio da insignificância: *De mínima non curat praetor*.⁶⁵⁸

4.4.5 Argentina

O atual Código Penal argentino (Decreto 3992, de 21/12/1984) contempla a obediência hierárquica no art. 34.5. Tal dispositivo legal é idêntico ao do art. 27.7º do Código Penal espanhol de 1995, aprovado pela Lei Orgânica de 10/1995. A diferença que existe, basicamente, é que o CP espanhol, ao contrário do Argentino, não trata, expressamente, da *obediencia debida*.⁶⁵⁹ *El que obre em cumplimiento de um deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

⁶⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 22-23. No Estado de Direito material as considerações axiológicas de uma justiça material são diferentes no Estado formal, liberal de vertente individualista. No Estado material de direito busca-se a promoção e a realização de todas as condições de dignidade humanas: *sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem*. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal e estado de direito material**, p. 39. In, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995, p. 131. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 10.

⁶⁵⁸ O Código de Processo Penal Militar brasileiro é o único Diploma Legal a contemplar, expressamente o princípio da insignificância.

⁶⁵⁹ O antigo CP Espanhol utilizava a expressão *obediencia debida* (§ 12, art. 8º).

Já o CP argentino no § 5º dispõe sobre a *obediencia debida* e no § 4º [...] *en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.*

Pela ótica do legislador argentino são irrelevantes, para o efeito de justificação, os deveres decorrentes de carácter moral, religioso ou fundamentado puramente em critérios consuetudinários ou sociais, mas, exclusivamente, o carácter jurídico de que deve se revestir o cumprimento de um dever ou o exercício de um cargo.

A doutrina também caminha na mesma direção do legislador. Para Jiménez de Jiménez de Asúa obediência hierárquica é somente aquela que vincula o superior ao inferior em todos os ramos da Administração.⁶⁶⁰ Nuñez comunga do mesmo pensamento de Jiménez de Asúa:

La justificación se funda em la preponderancia del interes que tiene el Derecho en la observancia del *deber jurídico especial* impuesto al individuo, sobre el interes que tiene en la preservación del bien jurídico tutelado por la pena.⁶⁶¹

A doutrina argentina, ao que parece, é uníssona no sentido de admitir o instituto legal da obediência hierárquica como decorrência de uma subordinação administrativa de Direito Público. Neste sentido é a opinião de Zaffaroni:

[...] la doctrina parece coincidir em forma unânime em que se trata de la obediencia que se debe al superior jerárquico administrativo. Com razón dice Nuñez que hay subordinación jerárquica

⁶⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, pp. 785-786.

⁶⁶¹ NUÑEZ, Ricardo C. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tomo Primero. Buenos Aires: Editora Córdoba, 1987, p. 400.

administrativa, laboral, eclesiástica, doméstica..., pero solo es relevante para esta fórmula la primera, por su naturaleza pública.⁶⁶²

A obediência hierárquica no CP argentino tem o defeito de ser uma fórmula com um alcance excessivo e perigoso, razão pela qual exige da doutrina e da jurisprudência o dever de limitá-la, todavia, sem empreender grandes esforços, para não comprometer a legalidade. Por isso, Zaffaroni propugna pelo seu desaparecimento, para evitar muitas dúvidas que o esforço de mais de um século de doutrina espanhola e sul-americana não esclareceu.⁶⁶³

Rodriguez Devesa parte da premissa de que existe obediência hierárquica sem relevância para o Direito: *doméstica*, laboral e *hierárquica*. Todavia, a relação hierárquica a que o Direito impõe relevância é aquela resultante de uma relação de *superioridade e dependência respectivas, decorrente de uma ordem particular de ofícios ou funções de índole pública*.⁶⁶⁴

Tratar da obediência hierárquica na doutrina não é tarefa fácil. Para Zaffaroni a obediência devida é causa de justificação ou, causa que elimina o injusto; a obediência hierárquica só pode ser administrativa, conforme a doutrina majoritária. Todavia, a questão torna-se discutível se se considera a obediência hierárquica como causa de inculpabilidade em que os efeitos da reprovabilidade poderiam pôr de revelo outras subordinações, como a obediência laboral e a doméstica, em face do disposto no art. 266 do Código Civil argentino que determina obediência e respeito dos filhos aos pais.⁶⁶⁵

⁶⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. IV. Buenos Aires: Ediar sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1996, pp. p. 275.

⁶⁶³ *Idem*, p. 275.

⁶⁶⁴ RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. **Derecho penal español**: parte general. Tercera edición. Madrid: Gráficas Carasa, 1973, p. 449.

⁶⁶⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. IV. Buenos Aires: Ediar sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1996, p. 275. A obediência devida é

Rodríguez Devesa afirma que a obediência hierárquica no Direito Argentino tem natureza jurídica unitária de causa de justificação, compreendendo duas etapas distintas: a) mandatos de conteúdo lícito e b) mandatos antijurídicos obrigados.⁶⁶⁶

V – OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

5.1 Delineamento do problema

O presente capítulo tem a finalidade de, a partir do desenvolvimento do método indutivo, analisar o instituto da obediência hierárquica, a partir da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais.

Afirma Jescheck que o Direito Internacional clássico desconhecia, por completo, a responsabilidade individual. A responsabilidade pessoal frente a um Direito Penal Internacional data do século XX. Antes, porém, não se concebia que um indivíduo pudesse violar uma norma de Direito Internacional.⁶⁶⁷

a obediência hierárquica, sendo excluídas desta denominação a obediência doméstica, política ou espiritual. BAIGÚN, David. La obediência debida em el art. 514 del Código de Justicia Militar. Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales. **Revista Trimestral**. Ano 9. Ns.33 a 36. Buenos Aires: Depalma, 1986, pp. 377-395.

⁶⁶⁶ RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. **Derecho penal español**: parte general. Tercera edición. Madrid: Gráficas Carasa, 1973, p. 470. No mesmo sentido é a opinião de OBARRIO, Manuel. **Curso de derecho penal**. Buenos Aires: Félix Lajouane, Editor, 1902, p. 347.

⁶⁶⁷ JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. España: Granada, 1993, p. 105. Na opinião de Pina Delgado e Liriam Tiujo por muito tempo somente o Estado foi considerado como o único sujeito de Direito Internacional Público e, desta maneira, o único passível de direitos e obrigações. PINA DELGADO; José Manuel de; K. TIUJO, Liriam. O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do tribunal militar internacional de nuremberg e do tribunal penal internacional. **Direito e Cidadania**. Ano IV. N. 12-13. Março a dezembro/2001. Cabo Verde, pp. 177-195.

Existem delitos contra o indivíduo, mas não contra o Direito Internacional. Somente o Direito estatal poderia proteger com suas próprias normas o Direito Internacional, para tanto transformando em deveres do indivíduo, jurídico-penalmente sancionados, as obrigações jurídicas impostas ao Estado, cominando-os com uma pena.⁶⁶⁸

Com efeito, a instituição de uma Corte Internacional Penal de Justiça, com competência jurisdicional para julgar indivíduos, acusados do cometimento de crime de ascendência internacional, é algo recente, a partir da experiência dos Tribunais Penais Internacionais para a Europa e para o Extremo Oriente, para julgar as graves violações ao Direito Internacional.

A criação de um Direito Internacional Penal com competência jurisdicional para responsabilizar criminalmente indivíduos, acusados da prática de crime internacional, teve por fundamento o direito costumeiro, as leis de guerra e o próprio Direito Humanitário Internacional. Na doutrina da Professora Margarida Cantarelli:

A evolução do Direito Humanitário Internacional e a regulamentação dos conflitos armados estabeleceram a responsabilidade internacional criminal do indivíduo, e ao mesmo tempo, as bases para o processo e o julgamento. Da mesma maneira que as violações de certos princípios, normas ou regulamentos de conduta na guerra evoluíram para a determinação dos crimes internacionais, o processamento dos seus infratores seguiram o mesmo caminho.⁶⁶⁹

Antes da instituição de Tribunais Penais Internacionais para julgar indivíduos, na concepção clássica do Direito Internacional, somente os Estados

⁶⁶⁸ JESCHECK, Hans-Henrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego. España: Granada, 1993, p. 105.

⁶⁶⁹ CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. Tese de doutorado, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 41. A caminhada durou mais de três quartos do século XX na perspectiva de busca de uma justiça internacional penal com mecanismos apropriados para combater as graves violações aos direitos humanos que abalaram o mundo. *Idem, ibidem*.

poderiam ser responsáveis pelo cometimento de crimes internacionais, dentro de uma visão de responsabilidade do Direito Convencional em que o Estado ofendido detinha a potestade subjetiva de exigir do Estado agressor a reparação de um dano causado. Assim, a responsabilidade se assentava, unicamente, na reparação civil e não penal.⁶⁷⁰

5.2 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para a Europa

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Europa, que ficou conhecido por Tribunal de Nuremberg, cidade alemã sede do Tribunal, foi instituído para julgar os crimes de conspiração, crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A pedra fundamental para instituição desse Tribunal foi o acordo de Londres de 08 de agosto de 1945, celebrado pelo Governo Provisório da França e pelos Governos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e antiga URSS, com a adesão, mais tarde, de dezenove Estados.⁶⁷¹

O Tribunal foi pioneiro ao reconhecer o instituto da obediência hierárquica no que tange ao cumprimento de uma ordem emanada de um governo ou de um superior hierárquico, em cujo contexto histórico considerou a ordem de um governo ou de um superior como causa de atenuação de pena e não como causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, conforme se depreende da redação do art. 7º do Estatuto, *verbis*:

O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um

⁶⁷⁰ VILLALPANDO, Waldo. **De los derechos humanos al derecho internacional penal**: com la colaboración de Santiago Villapando em el Derecho em los tiempos de guerra y los Tribunales Penales Internacionales. Buenos Ayres, Sociedad Anónima Editora e Empresora, 2002, p. 314.

⁶⁷¹ Preâmbulo do Acordo de Londres.

motivo para redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.⁶⁷²

A defesa dos acusados, submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional para a Europa apresentou impugnações à constituição do referido Tribunal, por violação ao princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, ao princípio da irretroatividade da lei penal, ao princípio do juiz natural, além de afigurar-se uma justiça de vencedores.

Margarida Cantarelli afirma que o Tribunal de Nuremberg foi objeto de severas críticas, todavia, a constituição do referido Tribunal teve o mérito de ter sido a primeira experiência de uma justiça para julgamento de crimes internacionais, em um contexto histórico difícil para a história da humanidade.

Se muitos erros podem ser apontados na criação, funcionamento e julgamentos do Tribunal de Nuremberg, ele teve o mérito de ter sido a primeira experiência de um julgamento por crimes internacionais, ocorridos num momento histórico difícil, após uma guerra de tamanha proporção, como foi a Segunda Guerra Mundial.⁶⁷³

A defesa utilizou a tese da obediência hierárquica sob o fundamento de que os acusados teriam agido debaixo do cumprimento de ordens do *Führer* e, por essa razão, não possuíam liberdade para deixar de cumprir ordens determinadas, sobretudo, diante de uma hierarquia extremamente verticalizada.⁶⁷⁴

⁶⁷² Pela dicção do art. 8º do ICTY *o fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.*

⁶⁷³ CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 233.

⁶⁷⁴ AMBOS, Kai. **Imunidad y derecho penal internacional**. 2 edición actualizada e revisada. Argentina, 1999, p. 240. A defesa dos acusados invocou a legalidade do *Führerprinzip* para justificar que os crimes cometidos foram debaixo da obediência hierárquica. BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against fundamental human rights. International criminal law**. 2nd. ed. New York: Transnational Publishers, Inc. 1999, p. 545. O grande mérito do Tribunal Penal Internacional

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Europa não estabeleceu distinção entre autoria e participação. Todavia, levou em consideração qualquer forma de participação atual no crime, como circunstância suficiente para estabelecer a responsabilidade pessoal.⁶⁷⁵

Para rechaçar o argumento da obediência hierárquica arguido pela defesa dos acusados a Câmara de Justiça (*Justice Trial*) considerou qualquer cooperação nos planos de guerra de Hitler e conhecimento de seus planos para configurar a participação em crimes contra a paz, conforme Kai Ambos.⁶⁷⁶

Hitler não pôde fazer a guerra agressiva por si mesmo. Teve que ter a *co-operação* de homens de estado, líderes militares, diplomáticos e homens de negócio. Quando eles, com conhecimento de seus propósitos, deram-lhe sua *co-operação*, fizeram-se parte do plano que ele havia iniciado. Não devem ser reputados inocentes porque Hitler os utilizou, se eles sabiam o que estavam fazendo.⁶⁷⁷

O referido Tribunal Penal Internacional para a Europa constatou a natureza criminosa do regime nazista e, por conseguinte, a ilegitimidade do sistema normativo do III *Reich* que, pela natureza dos crimes cometidos, afetou o Direito Internacional. Não obstante, Hans Kelsen confrontando o Estado nazista com o positivismo jurídico afirmou que o III *Reich* era uma ordem jurídica, pois a ciência do direito não poderia emitir juízo valorativo acerca da legitimidade de um sistema jurídico eminentemente coercitivo.⁶⁷⁸

de Nuremberg foi a formulação, pela primeira vez, de tipos penais internacionais, possibilitando a tipificação dos crimes mais graves contra o Direito Internacional, fonte de todas as codificações penais internacionais posteriores. SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. (org). **Tribunal penal internacional**: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2004, p. 22.

⁶⁷⁵ AMBOS, KAI. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 125-126.

⁶⁷⁶ *Idem, ibidem*.

⁶⁷⁷ *Passim*.

⁶⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 79.

5.3 Obediência hierárquica no Tribunal Penal internacional de Tóquio

A instituição de um Tribunal Penal Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, no Japão, por decisão da Conferência do Cairo, de 1º de dezembro de 1943, com a presença de representantes chineses, britânicos e americanos, sendo marcante a decisão do General Douglas Mac Arthur, Comandante em Chefe das Forças Aliadas no Extremo Oriente que em 19 de janeiro de 1946 ordenou a instalação do TPI por força do Editó Especial proclamado pelas Forças Aliadas.⁶⁷⁹

O art. 6º da Carta do Tribunal de Tóquio, nos moldes do Tribunal Penal Internacional para a Europa, trata da responsabilidade pessoal, sem levar em consideração a posição de oficial ou de obediência hierárquica:

Nem a posição de oficial de um acusado, em nenhum momento, nem o fato de que um acusado agiu de acordo com as ordens de seu Governo ou de um superior bastará, por si só, para afastar a responsabilidade desse acusado em qualquer crime pelo qual é responsabilizado, mas essas circunstâncias podem ser consideradas como atenuantes no veredicto, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

Diferente do que ocorreu em Nuremberg, o Tribunal do Extremo Oriente não absolveu nenhum dos acusados. O juiz francês, o filipino e o holandês foram votos vencidos em parte. Já o juiz indiano Rahabinod M. Pal acolheu a tese de incompetência do Tribunal à luz da capitulação dos crimes e da inexistência de relação jurídica entre os juízes estrangeiros e os acusados japoneses, que deveriam submeter-se apenas à competência da jurisdição nacional. O

⁶⁷⁹ CASTILLO DAUDÍ, Mireya; SALINAS ALCEGA, Sérgio. **Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p.29.

magistrado da Índia entendeu também que a denúncia importava em violação ao princípio da reserva legal e, diante disso, seu voto foi de absolvição de todos os acusados.

A principal crítica ao Tribunal Penal Internacional de Tóquio, como ao Tribunal de Nuremberg, diz respeito à não observância ao princípio da legalidade. Além do mais, o Tribunal não levou a julgamento os crimes praticados pelas potências aliadas. Demais disso, não foi submetido à apreciação do Tribunal o crime de lançamento das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki.

5.4 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

A história de conflito dos Bálcãs na ex-Iugoslávia, desde a antiguidade, estendeu-se por um longo período. A multiplicidade étnica do seu território foi motivo de várias disputas sangrentas. Contudo, o processo de *limpeza étnica*, do ponto de vista ideológico, desencadeou-se por volta de 1941, ocasião em que alemães invadiram a Iugoslávia e fizeram uma aliança com os croatas, que iniciaram um processo de execução e deportação de sérvios.

Como bem ressaltou, Eric Hobsbawn, na guerra dos Bálcãs estabeleceu-se uma linha divisória entre conflito interno e internacional, permitindo que exércitos estrangeiros, sob o argumento da legalidade, atravessassem fronteiras nacionais, para resolver conflitos domésticos em Estados Soberanos.⁶⁸⁰

⁶⁸⁰ HOBBSAWN, Eric. **O novo século**: entrevista a Antônio Polito. In. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 43.

Em 1944, o Exército do Marechal Josep Broz Tito, com a ajuda da então URSS e do Reino Unido expulsou os alemães da Iugoslávia. O grupo sob a liderança de Tito ascende ao poder e implanta o regime comunista, mas, resiste às investidas da União Soviética, que pretendia anexar seu território ao da Bulgária. No ano de 1980, com a morte de Tito, ressurgiram velhos conflitos e a crise econômica se agravou em 1987.

A declaração de independência da Eslovênia e da Croácia, em 1991, contrárias ao governo de minoria sérvia, de Slobodan Milosevic, acirrou o conflito.

O plebiscito de 1992 resultou na independência da Bósnia e Herzegovina. Apoiados pela República Federal da Iugoslávia, os sérvios da Bósnia conquistam parte da Bósnia Ocidental.

O Conselho de Segurança da ONU, dentre outras resoluções, aprovou a de número 762 (1992) de 13 de julho, reafirmando que todas as partes envolvidas em conflitos estavam obrigadas a respeitar suas obrigações de Direito Humanitário, em especial, a Convenção de Genebra de 1949, que estabeleceu a responsabilidade individual por graves violações aos direitos humanos.

Em maio de 1994, um relatório do Conselho de Segurança da ONU, dirigido pelo jurista egípcio, naturalizado americano, Cherif Bassiouni concluiu o seguinte:

Os atos de limpeza étnica não foram cometidos por grupos isolados ou bandos descontrolados. Tudo colabora para revelar um objetivo, uma sistematização, assim como um certo

planejamento e uma coordenação por parte das mais altas autoridades.⁶⁸¹

Slobodan Milosevic, Presidente da República Federal da então Iugoslávia e Comandante Supremo das forças armadas, foi acusado de graves violações às leis e costumes de guerra perante o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Durante o julgamento declarou não reconhecer legitimidade daquela Corte Penal Internacional para julgá-lo por violação ao princípio da territorialidade. O ex-presidente foi encontrado morto, por causas naturais, em uma cela do Tribunal Penal Internacional no dia 11 de março de 2006, de acordo com o anúncio oficial do TPI.

Vale ressaltar, que em 1999, reacendeu o conflito, agora na província de Kosovo, em que rebeldes de origem albanesa lutam pela independência da região, provocando imediata reação dos sérvios. Milosevic enviou suas tropas a Kosovo e a Otan inicia ataque aéreo à Sérvia durante 78 dias de guerra. Após a realização de um acordo, a província separatista passou para a administração da Organização das Nações Unidas.

Com a morte, Milosevic escapou das acusações de genocídio e de crimes de lesa-humanidade, perpetrado contra populações civis em Kosovo, Croácia, Bósnia e Sérvia, na qualidade de co-autor de graves infrações ao Direito Internacional Penal, por imputação de responsabilidade de superior ou de mando (*command/superior responsibility*).⁶⁸²

⁶⁸¹ BAZELAIRE, Jean-Paul. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de nuremberg a haia**. Tradução Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004, p. 51

⁶⁸² AMBOS, KAI. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 157 *et sequi*.

5.4.1 Análise da obediência hierárquica na jurisprudência do TPI para a ex-Iugoslávia

5.4.1.1 O caso Dusko Tadic (The prosecutor v. Dusko Tadic). Case IT-94-1-T), Trial Chamber II, May 7, 1997 e Case IT-94-1-A, Appeals Chamber, July 15, 1999.

Dusko Tadic nasceu em Kozarac, como membro de uma proeminente família sérvia. Ingressou no Partido Nacionalista Sérvio em 1990. Depois que a limpeza étnica de Korazac foi completada, ele se tornou um líder político local. Em 1993, foi preso por forças contrárias, mas conseguiu fugir para a Alemanha, sendo capturado por autoridades locais, em 1994, sob a acusação de haver cometido crimes no campo de concentração de Omarska, que também constituíam crimes contra o Código Penal internacional Alemão.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda encaminhou um pedido formal de entrega do prisioneiro, anunciando sua intenção de processá-lo. Tadic foi transferido em 1995 para a prisão das Nações Unidas, na Haia. O promotor ofereceu denúncia, acusando-o de co-autoria em 132 eventos criminosos, envolvendo violações à Convenção de Genebra de 1949, violações graves de leis ou costumes de guerra e crimes contra a humanidade.

A sentença que condenou Tadic, longa no seu relatório e citações de decisões de outros Tribunais Penais Internacionais, faz ligeira referência aos elementos do crime internacional *actus reus e mens rea*.⁶⁸³ Todavia, há várias citações à responsabilidade individual, por violação ao art. 7º do Estatuto do ICTY,

⁶⁸³ Mens rea deriva do latim: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.

pelo cometimento de crimes contra a humanidade e violação às leis ou costumes de guerra, estatuídas na Convenção de Genebra e arts. 2º e 3º do ICTY.

A Câmara de Julgamento de Primeira Instância decidiu que a obediência hierárquica, para o propósito de estabelecer a responsabilidade individual não leva em consideração o *status* de o agente ser ou não funcionário estatal, cumprir ou não instruções emanadas de superior hierárquico.

Vale ressaltar, que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Europa já cogitava (art. 6º, c) da definição do crime contra a humanidade.⁶⁸⁴ A doutrina, sem embargo, reconhece que a dogmática do Direito Internacional do crime contra a humanidade, desenvolveu-se e ganhou autonomia de acordo com a Lei 10 do Conselho de Controle para a Alemanha, promulgada aos 20 de dezembro de 1945 e a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para os países do eixo europeu.⁶⁸⁵

Ressalte-se, ainda, a relevância que teve o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no sentido de, pela primeira vez, estabelecer, no âmbito do Direito Internacional Penal a responsabilidade individual por crimes contra a humanidade e crimes contra leis e costumes que disciplinam o *direito* de guerra.

O Tribunal em questão passou a considerar como obediência hierárquica aquelas situações em que o agente militar ou civil atuava como agente público de fato, mediante financiamento público para fazer a guerra, treinamento, logística, e, acima de tudo, pela manifestação de participação na direção, coordenação e

⁶⁸⁴ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana. **Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda**: organización, proceso y prueba. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 40.

⁶⁸⁵ AMBOS, KAI. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. Ainda, CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**: II. Problemi della comunità Internazionale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2007, p. 154.

supervisão de atos de guerra patrocinados pelo Exército, como parte de uma organização, cujas atividades subsumem-se aos tipos legais, requeridos pelo Direito Internacional Penal.⁶⁸⁶

A sentença que condenou Tadic destacou os elementos definidores da responsabilidade individual no § 670, *ipsis litteris*:

[...] the Prosecution urges the Trial Chamber to follow the example of the Australian common law, under which, the Prosecution asserts, the most marginal act of assistance or encouragement can amount to an act of complicity in the crime.⁶⁸⁷

Merece destaque da decisão de Primeira Instância de Julgamento do Tribunal o voto em separado do Juiz Shahabideen no sentido de estabelecer a conexão dos fatos cometidos com os elementos que definem os crimes contra a humanidade, em virtude de ataques *generalizado e sistemático* contra a população civil protegida pela Convenção Genebrina.

A Câmara de Julgamento do Tribunal, analisando precedentes do Tribunal instituído para julgar crimes semelhantes ocorridos na Nicarágua e mais o princípio do *civil law (nullum crimen, nulla poena sine culpa...)*, declarou o réu Tadic responsável por crimes contra a humanidade, em face do disposto no art. 7º (I) da Carta instituidora do ICTY.

Todavia, a defesa, refutando fatos descritos na denúncia, empolgou três objeções relevantes para a configuração da culpa: (i) existência de um sistema

⁶⁸⁶ Caso Dusko Tadic IT-94-1-T. V. Art. 6º, c, do Estatuto do ICTY.

⁶⁸⁷ SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. **Sistema dogmático do direito internacional penal**: análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, p. 215.

organizado para maltratar e assassinar presos; (ii) a consciência do réu da natureza do sistema de ataques e, (iii) o fato de que o réu, de algum modo, ter tido participação ativa, encorajando, ajudando ou auxiliando nos desígnios criminosos.

A sentença *a quo* considerou que os crimes que objetivaram a *limpeza étnica* foram perpetrados com intenção (*intenty*) por motivações pessoais de ódio étnico, racial, político ou religioso com conhecimento de tais ações (*knowledge*), mediante a difusão de ataques *sistemático e generalizado* contra a população civil indefesa.⁶⁸⁸

Por ataque *generalizado ou sistemático* deve-se compreender, segundo Kai Ambos:

[...] uma grande quantidade de vítimas que, como se assinalou anteriormente, podem ou bem ser o resultado de múltiplos atos, ou bem um ato único *de extraordinária magnitude*. O denominador comum de um ataque *sistemático* é que *se leva a cabo conforme uma política ou um plano preconcebido*, destacando a natureza organizada do ataque.⁶⁸⁹

A Câmara de Recursos analisou os elementos materiais do crime, distinguindo os aspectos da imputação objetiva (*actus reus*) – *das ações ou omissões* – e a imputação subjetiva (*mens rea*) – *intenção de matar ou infligir mal sério*, ocasionando múltiplos crimes contra a humanidade.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ A sentença faz menção ao primeiro relatório do Secretário Geral do Conselho de Segurança da ONU. O relatório da sentença estabelece um paralelo do extermínio dos Judeus e Ciganos por motivação ideológica do estado alemão Hitleriano.

⁶⁸⁹ AMBOS, Kai. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 300.

⁶⁹⁰ Dusko Tadic (The prosecutor versus Dusko Tadic). (Case IT-94-1-T), Trial Chamber II, May 7, 1997 e Case IT-94-1-A, Appeals Chamber, July 15, 1999.

A aludida Câmara confirmou a decisão de primeiro grau, fundamentando a responsabilidade individual no art. 3º da Convenção de Genebra de 1949, bem como em outras regras de Direito Consuetudinário:

[...] o Direito internacional consuetudinário impõe responsabilidade individual por violações sérias ao art. 3º comum, complementado por outros princípios e regras gerais para a proteção de vítimas de conflito armado interno e por violação de certos princípios e regras fundamentais como meios e métodos de combate ao conflito civil.⁶⁹¹

A sentença de primeiro grau, por maioria, considerou Tadic culpado da maioria das acusações e o condenou à pena de noventa e oito anos de prisão. A defesa alegou, em grau de apelação, a posição de superior hierárquico do réu para, mitigando o grau de culpabilidade, ser-lhe aplicada uma pena menor, argumentando, ainda, que tal circunstância passou ao largo das considerações da Câmara de Julgamento II que manteve a decisão de primeiro grau.⁶⁹²

5.4.1.2 O caso Drazen Erdemovic (The prosecutor v. Drazen Erdemovic). Case (IT-96-22-T) Trial Chamber, March 5, 1998.

O presente caso reveste-se de grande importância por representar a reafirmação do instituto da obediência hierárquica no Direito Internacional Penal.⁶⁹³ Perante a Câmara de Julgamento o réu Drazen Erdemovic, objetivando a celebração de um acordo de redução de pena com o promotor, declarou-se culpado, de parte das acusações, além de haver colaborado com o Tribunal

⁶⁹¹ Appels. Prosecutor v. Tadic (IT-94-1-A). Conf., ainda, AMBOS, Kai. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 124.

⁶⁹² Ressalte-se que na decisão da Câmara de Julgamento foi vencida a Juíza McDonald e na Câmara de Apelação houve o voto dissidente do Juiz Antonio Cassese que identificou características próprias no Direito Internacional Penal diferentes do Direito Penal (Appels IT-94-1-A).

⁶⁹³ AMBOS Kai. **Estudios de derecho penal y procesal penal: aspectos del derecho alemán y comparado**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 121.

delatando outros co-réus como participantes dos massacres perpetrados na fazenda Pilica na Bósnia (*Pilica Farm*).⁶⁹⁴

A Câmara de Primeiro Grau entendeu que a cooperação do réu com a investigação da OTP foi absolutamente excelente no caso Prosecutor v. Radovan Karadic and Ratko Mladic, identificando superiores hierárquicos e executores materiais de diversos crimes contra a humanidade nas cidades de *Srebrenica*, *fazenda coletiva de Pilica*, *Vlasenica* e *Bijeljina*.

Desde o Tribunal Penal Internacional para a Europa que o Direito Internacional Penal objetava a alegação de *atuar debaixo de ordens*, em se tratando de crimes graves, para o efeito de atenuação de pena, apesar de haver previsão legal expressa, conforme art. 8º do Acordo de Londres.

A opinião dos juízes McDonald e Vohrad coincidiu no sentido de somente admitir a *plea of guilty* se o réu satisfizesse alguns pré-requisitos, antes de ser aceito um argumento de culpabilidade, inclusive, submetendo o réu a exames psiquiátricos e psicológicos:

[a] The guilty plea must be voluntary. It must be made by an accused who is mentally fit to understand the consequences of pleading guilty and who is not affected by any threats, inducements or promises.

[b] The guilty plea must be informed, that is, the accused must understand the nature of the charges against him and the consequences of pleading guilty to them. The accused must know to what he is pleading guilty.

[c] The guilty plea must not be equivocal. It must not be accompanied by words amounting to a defence contradicting an admission of criminal responsibility.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴ Transcript of the testimony of the accused given at the Rule 61 hearing on 5 July 1996 in the matter of Prosecutor v. Radovan Karadic and Ratko Mladic [...].

O promotor concordou com a postulação do réu Erdemovic de assunção voluntária de culpabilidade, sob a alegação de haver atuado em cumprimento de ordens de superior hierárquico e sob coação de ameaça de morte, poupando o Tribunal de prosseguir o julgamento em face da petição de culpa (*pleads of guilty*).⁶⁹⁶

O estratagema da defesa foi, justamente, utilizar-se do *plea of guilty*, do *common law*, perante a Câmara de Julgamento, com o objetivo de atenuar a pena do réu, a teor do permissivo do art. 20 (3) do Estatuto do ICTY, *verbis*:

A câmara de primeira instância procederá à leitura da acusação, assegurar-se-á de que os direitos do acusado sejam respeitados, certificar-se-á de que o arguido compreendeu o teor da acusação e perguntar-lhe-á se se declara culpado ou inocente, após o que a câmara de primeira instância fixará a data do julgamento.

A Câmara de Julgamento aceitou a confissão de culpabilidade (*guilty plea*) por crime contra a humanidade e retirou a acusação de violação às leis e costumes de guerra, reconhecendo que o réu, diante da coação exercida por cumprimento de ordem devida, não tinha liberdade para agir de outra maneira.

O promotor aceitou como correto o argumento de que o réu agira debaixo de ameaça de morte.⁶⁹⁷ Na audiência preliminar o réu afirmou que chegaram vários ônibus transportando homens civis muçulmanos bósnios de Srebrenica com idade

⁶⁹⁵ Case the prosecutor v. Drazen Erdemovic (IT-96-22-T).

⁶⁹⁶ Nel sistema accusatorio, all'inizio del processo, la corte chiede all'imputato se si dichiara colpevole o non colpevole. Se l'imputato si dichiara colpevole, il processo non prosegue e si passa direttamente alla fase della determinazione della pena. CASSESE, Antonio. **Lineamenti di diritto internazionale penale**: il diritto processuale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2006, p. 63.

⁶⁹⁷ The parties were agreed on the facts. In particular, the accused agreed that the events alleged in the indictment were true, and the Prosecutor agreed that the accused's claim to have committed the acts in question pursuant to superior orders and under threat of death was correct.

entre 17 e 60 anos. No dia 31 de maio de 1996 o réu recusou-se a executar aquelas pessoas, ocasião em que lhe foi feita ameaça de morte pelo chefe do grupo: [...] *se você sentir muito por eles levante-se, alinhe-se a eles e nós o mataremos também. Eu não sentia muito por mim, mas por minha família, esposa e filho menor de um ano de idade, e eu não pude recusar, porque eles teriam me matado.*

[...] If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: *If you are sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too.* I am not sorry for myself but for my family my wife and son who then he nine months, and I could not refuse because they would have killed me.⁶⁹⁸

A Câmara de Julgamento entendeu, enfim, a situação extrema em que o réu se encontrava, sob coação, por ordem de superior hierárquico, diante de um risco real de ser assassinado. O réu se encontrava diante de uma colisão de deveres. Ele não tinha escolha para desobedecer à ordem ilegal: ou matava ou seria morto!⁶⁹⁹

The evidence reveals the extremity of situation faced by the accused. The Trial Chamber finds that there was a real risk that accused would have been killed had he disobeyed the order. He voiced his feelings, but realized that he had no choice in the matter: he had to kill or be killed.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Case the prosecutor v. Drazen Erdemovic (IT-96-22-T).

⁶⁹⁹ A Comissão de Peritos Médicos entendeu que o réu, até mesmo pela sua idade (23 anos) teria agido sob forte imaturidade emocional porque, *faltando-lhe responsabilidade mental ele sofreu uma desordem psicológica momentânea, diminuindo significativamente sua responsabilidade mental.* A Câmara de Julgamento reconheceu a relutância do réu em participar do massacre e a reação dele para executar a tarefa foi-lhe horrível e o réu não sentiu nenhum prazer perverso pelo que fez. V. VII. Sentencing Policy of the Chamber.

⁷⁰⁰ (IT-96-22-T).

A Câmara de Julgamento considerando o *plea of guilty*, a pouca idade do réu, a sua condição de subordinação hierárquica, aliado ao remorso e ao desejo de entregar-se, voluntariamente, ao Tribunal e a cooperação com o promotor, mitigou tais circunstâncias e aplicou a Erdemovic uma pena de dez anos de prisão.

A Câmara de Recursos, analisando pedido de revisão do réu, concentrou-se no *guilty plea*, todavia, à unanimidade, os Juízes entenderam que a petição de culpa não foi formulada de maneira completa, porquanto o réu confessara a imputação de crimes contra a humanidade e/ou crimes de guerra contra civis inocentes, alegando coação para o efeito de beneficiar-se de uma decisão absolutória.⁷⁰¹

A Câmara de Apelação rejeitou o pedido de absolvição formulado por Erdemovic, vencido o Juiz Li, e devolveu os autos do processo para que outra Câmara de Primeiro Grau permitisse ao réu formular um novo *guilty plea*. A nova Câmara de Julgamento aceitou um novo pedido de culpa do acusado, concernente à violação de leis e costumes de guerra. Por infração ao art. 3º do Estatuto do ICTY o réu fora condenado a uma pena menor de cinco anos de prisão, com crédito do tempo em que estivera custodiado no Tribunal.⁷⁰²

O estudo destas duas decisões reforça, enfim, não só a investigação da jurisprudência sobre a obediência hierárquica no Direito Internacional Penal, como a visão sobre os elementos do crime internacional (*actus reus e mens rea*) necessários à imputação da responsabilidade individual.

⁷⁰¹ [a] in the circumstances of the case, the accused's plea of guilty was not informed; and duress does not afford a complete defence to a soldier charged with a crime against humanity and/or a war crime involving the killing of innocent human beings: it is admissible in mitigation.

⁷⁰² Sentence Drazen Erdemovic, born on 25 November 1971, to five (5) years imprisonment and Rules that from this sentence shall be deducted the time spent in custody from 28 March 1996. (IT-96-22-Tbis).

5.5 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Ruanda começou seu processo de emancipação nos anos 60, do século passado, período em que se percebe o início do seu processo de descolonização, fruto da mudança radical do poder político após a Segunda Guerra Mundial. O processo de colonização *artificial* colocou em um mesmo território povos de diversas etnias e historicamente rivais. Assim, as diferenças étnicas e as dificuldades econômicas dos países da África têm gerado diversos conflitos como o de Ruanda.

De fato, as migrações forçadas, dentro e através de fronteiras, são uma das consequências mais visíveis da perseguição política e dos conflitos armados. No final dos anos oitenta, cerca de quatrocentos e oitenta mil ruandeses tinham-se refugiado, sobretudo, em Burundi (duzentos e oitenta mil), Uganda (cento e oitenta mil), Zaire (oitenta mil) e Tanzânia (trinta mil).⁷⁰³

Em julho de 1994, a ONU, por meio de Resolução do Conselho de Segurança, estabeleceu uma comissão para investigar as violações aos direitos humanitários internacionais durante a guerra civil em Ruanda envolvendo as etnias *Hutu e Tutsi*. A proposta de envio de tropas de vários países para manutenção da paz e para os campos de concentração do Zaire foi rejeitada. Entretanto, por meio da Resolução 955 do Conselho de Segurança da ONU foi criado um Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, nos moldes daquele instituído para a ex-Iugoslávia.

⁷⁰³ MAIA, Marrielle. **Tribunal penal internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 106.

Marrielle sustenta que a experiência dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda foi positiva e abriu a discussão na comunidade internacional para o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional permanente.⁷⁰⁴

5.5.1 Análise da obediência hierárquica na jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para Ruanda

5.5.1.1 O caso Jean-Paul Akayesu (The prosecutor v. Jean-Paul Akayesu). Case (ICTR-96-4-T) Trial Chamber, September 2, 1998.

O caso Akayesu julgado pelo ICTR é bastante recorrente na doutrina como um caso emblemático, por representar o primeiro julgamento e a primeira condenação por crime de genocídio perante um Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi instituído pela Resolução 8 de novembro de 1994 após relatórios sobre a situação crítica do País, envolvido em conflitos étnicos que indicavam a prática de genocídio (art. 4º do ITCR) e graves violações ao Direito Internacional Humanitário com flagrante ameaça à paz e à segurança internacionais.

⁷⁰⁴ MAIA, Marrielle. **Tribunal penal internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

O art. 1º do Estatuto define a competência para responsabilizar pessoas acusadas de violação ao Direito Internacional Humanitário, conforme abaixo:

O Tribunal Internacional para Ruanda tem competência para julgar as pessoas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território de Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses responsáveis por essas violações cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 1994, em conformidade com as disposições contidas no presente Estatuto.

Akayesu pertencente à etnia Hutu, *bourgmestre*⁷⁰⁵ da comuna de Taba, Prefeitura de Gitana, foi acusado pelo ICTR de incitação da população para promover o massacre da etnia Tutsi, minoria racial, mediante a prática de 1) genocídio; 2) cumplicidade em genocídio; 3) instigação direta e pública para cometer genocídio; 4) seis crimes contra a humanidade; 5) seis homicídios intencionais; 6) uma acusação de extermínio, violação e tortura e, por último, foram-lhe imputados quatro violações às leis e costumes de guerra (§§ 3º e 4º).

O art. 4º(2) do ICTR, de forma bastante detalhada, define o crime de genocídio como qualquer ato cometido com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como sendo:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Submissão deliberada do grupo a condições de vida que conduzam a sua destruição física total ou parcial;
- d) Imposição de medidas tendentes a impedir os nascimentos no seio do grupo;

⁷⁰⁵ Burgometre do Alemão *Bürgermeister* significa o chefe de uma comuna – subdivisão territorial na França – submetido à autoridade do prefeito. Ruanda está dividida em onze prefeituras governadas por prefeitos.

e) Transferência forçada de crianças de um grupo para outro;

O Estatuto do ICTR ainda elenca uma série de atos que são punidos por se relacionarem ao crime de genocídio (art. 4º(3)).

a) Genocídio;

b) Conspiração com vista ao genocídio;

c) Incitamento direto e público ao genocídio;

d) Tentativa de genocídio; e

e) Cumplicidade em atos de genocídio.

Tal como ocorreu no Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia a motivação dos crimes, de *per se*, não deixa dúvida quanto aos elementos materiais do crime: ação (*actus reus*) com intenção específica (elemento subjetivo do tipo com o fim especial de agir) (*mens rea*) com a finalidade de destruir, no todo ou em parte, um nacional, étnico, grupo racial ou religioso. Na opinião da Câmara de Primeiro Grau, § 518:

[...] Special intent is a well-known criminal law concept in the Roman-continental legal systems. It is required as a constituent element of certain offences and demands that the perpetrator have the clear intent to cause the offence charged. According to this meaning, special intent is the key element of an intentional offence, which offence is characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator.⁷⁰⁶

⁷⁰⁶ Tradução livre: intenção especial é um conceito de direito criminal famoso nos sistemas legais Romano-continentais. É requerido como um elemento constituinte de certa ofensa e demanda que o perpetrador tem a intenção clara para causar. De acordo com este significado, intenção especial é o elemento fundamental de um crime intencional que é caracterizado por uma relação psicológica entre o resultado físico e o estado mental do perpetrador.

A prova testemunhal dá conta de que, à semelhança do que ocorreu na ex-Iugoslávia, os crimes de genocídio e contra a população civil, praticados com maior intensidade na comunidade de Taba, Ruanda, foram motivados por ódio político e racial: *o estupro de mulheres Tutsi era sistemático e foi perpetrado contra todas elas e somente contra elas* [...] pelos *interahamwe*, milícia apoiada por Arakesu e pelo exército Hutu. A violência sexual era o primeiro passo dentro de um processo de destruição do grupo étnico Tutsi. Primeiro, pela destruição do espírito e depois da vida. § 732.

Akayesu foi pessoalmente responsabilizado pela Câmara de Julgamento em virtude de haver ordenado, ajudado e auxiliado na preparação ou execução dos massacres contra pessoas da etnia Tutsi, além de infligir sérios danos mentais às vítimas para que delatassem atividades Tutsis da RPF – Frente Patriótica de Ruanda.

Várias pessoas testemunharam que Akayesu foi encarregado de desempenhar funções executivas e para a manutenção da ordem pública dentro da comunidade, sujeitando-se à autoridade do prefeito. Assim, na função de burgomestre Akayesu detinha o controle exclusivo da polícia da comuna, bem como de qualquer soldado (*gendarme*) à disposição da comunidade. Ele era responsável pela execução de leis e regulamentos e da administração da justiça, submisso à autoridade do prefeito (§ 4º).

Como burgomestre Jean-Paul Akayesu era responsável pela manutenção da ordem pública na comunidade dele. Pelos menos foram assassinados 2000 Tutsi em Taba, entre 7 de abril e o fim de junho de 1994, enquanto ele ainda estava no poder. As matanças em Taba estavam abertamente comprometidas e tão difundidas que, como burgomestre ele deveria ter sabido delas. Embora tivesse autoridade e responsabilidade Jean-Paul Akayesu nunca tentou impedir a matança de Tutsi de qualquer forma na comunidade ou pediu ajuda de autoridades regionais ou nacionais para suprimir a violência (§ 12).

A Câmara de Julgamento de Primeiro Grau reconheceu, acima de dúvida razoável, que Akayesu foi individualmente responsável pelos crimes apontados na denúncia, como incurso no art. 6º(1) do Estatuto do Tribunal atribuível na forma de planejamento, instigação, ordens ou ajuda ou auxílio no planejamento, preparação ou execução de quaisquer crimes referidos nos arts. 2º e 4º do Estatuto do Tribunal. (§ 11).

Por tais crimes, Akayesu, que se declarou inocente (*not guilty*), foi condenado a várias prisões perpétuas e de 10 a 15 anos de prisão. Todavia, unificadas as penas ele Akayesu foi condenado a uma pena única de prisão perpétua.

A Câmara de Segundo Grau, desprovendo o recurso da defesa, rechaçou a alegação de erros no julgamento da Câmara de Primeira Instância, invocando, inclusive, julgamentos realizados anteriormente pelo ICTY e ICTR para concluir pela validade do procedimento. Por exemplo, a Câmara de Recursos fez alusão aos casos envolvendo Alekovski, Tadic, Furundzija, como se observa do § 132 e no § 142 chama a atenção aos casos de Kayishema e Ruzkindana... (Appeals ICTR-96-4-T) como argumento de autoridade para declarar válido todo o procedimento probatório de primeiro grau.⁷⁰⁷

Akayesu alleges that the last sentence of the paragraph above, reflects a “policy” which gave precedence to testimonies over prior statements. [...] The Appeals Chamber disagrees and can find no error in such a general finding by the Trial Chamber for the following reasons. It is well established that a Trial Chamber is primarily responsible for assessing and weighing the evidence presented at trial. In this regard, ICTY Appeals Chamber has reaffirmed on several occasions that it is guided by the following overriding principle:⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ V. Comentários de SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. **Sistema dogmático do direito internacional penal**: análise da natureza dos elementos conceituais do crime à luz da jurisdição penal internacional. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008, P. 247.

⁷⁰⁸ (ICTR-96-4-T).

The Appeals Chamber finds that there is no evidence that the Trial Chamber's assessment of the evidence was done on the basis of a pre-conceived notion that where there exist contradictions, all prior statements should be disregarded. The Appeals Chamber agrees with the finding in *Kayishema and Ruzindana* that, *inconsistencies may raise doubts in relation to the particular piece of evidence in question or, where such inconsistencies are found to be material, to the witnesses evidence as a whole.*⁷⁰⁹

A Câmara de Recursos entendeu que a sentença de primeiro grau analisou, corretamente, as provas no que tange à autorização de Akayesu para assassinar Tutsis. A população, cuidadosamente, seguia a autoridade de Akayesu. Se o burgomestre afirmasse que certas pessoas eram Tutsis e que eram cúmplices do RPF, certamente, ele estaria apontando aquelas pessoas como inimigas e o resultado disto é que aquelas pessoas seriam assassinadas (§ 235).

A acusação pontuou as circunstâncias que configuraram a obediência hierárquica, objetivando estabelecer a responsabilidade pessoal:

[...] Akayesu como Alcalde estava encarregado da realização de uma série de funções executivas e de manutenção da ordem pública no território do Município, debaixo da autoridade do Prefeito. Exercia o controle da Polícia Municipal e da Gendarmería Nacional posta à disposição do Município. Era responsável pela execução das leis e regulamentos, e da administração da justiça.⁷¹⁰

A condição de burgomestre de AKayesu foi fundamental para estabelecer o elo de obediência hierárquica, nessa parte da sentença, por incitação à milícia interahamwe Hutu para assassinar Tutis, havendo, nesse caso, a intenção específica (*specific intent*). A sentença faz uma comparação entre a posição do burgomestre com um cidadão comum. O que um indivíduo comum afirmasse não

⁷⁰⁹ (ICTR-96-4-T).

⁷¹⁰ TORRES PÉREZ, Maria; BOU FRANCH, Valentín. **La contribución del tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 72.

teria a mesma autoridade de um borgomestre, funcionário público que faz a ligação da comunidade com o prefeito.

5.5.1.2 O caso Joseph Nzabirinda (The prosecutor v. Joseph Nzabirinda). Case (ICTR-2001-77-T). Trial Chamber, February 22, 2007.

O interesse dessa decisão versa sobre a análise dos elementos específicos da responsabilidade individual – *actus reus e mens rea* – bem como sobre a investigação de um caso de obediência hierárquica baseado no argumento de comissão por omissão em que o fundamento do promotor reside na autorização moral para a prática de crimes contra a humanidade.

Nzabirinda foi preso no mês de dezembro de 2001 em Bruxelas, Bélgica, por haver sido indiciado pelo ICTR, como incurso na sanção do art. 6º(1) do Estatuto do referido Tribunal, sob a acusação da prática de crimes contra a humanidade – comissão por omissão – cujos executores materiais dos assassinatos em que foram vítimas Joseph Mazimpaka e Pierre Murara, teriam sido os extremistas do Interahamwe. Na audiência preliminar o réu declarou-se não culpado.

Todavia, em dezembro de 2006 a promotoria e a defesa chegaram a um acordo, mediante petição de culpa formulada pelo réu [...] *the parties filed a joint motion for consideration of a guilty plea and a plea agreement between Joseph Nzabirinda and the Office of the Prosecutor. The motion sets forth the facts and the legal characterization for the accused's guilty plea* (§ 9º).

O Tribunal entendeu que o elemento do crime internacional *actus reus* não foi pessoalmente perpetrado pelo réu, mas por terceira pessoa. A Corte justificou a participação do réu nos dois crimes contra a humanidade nas modalidades ajudar (*aiding*) e encorajar (*abetting*) (§§ 15 e 16 do Estatuto do ICTR), porquanto a mera presença no local do crime, na visão do Tribunal constituir-se-ia ajuda ou auxílio, demonstrando que a presença do réu, no local do fato, teve efeito encorajador e significativo, dada a sua posição de autoridade (§ 17).

Reza o art. 6º (1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *verbis*:

1. Quem tiver planejado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2º e 4º do presente Estatuto, é considerado individualmente responsável por esse crime.

Tal argumento, por si só, é deveras inexpressivo para estabelecer a responsabilidade pessoal do réu, baseada, apenas, na autoridade moral. O argumento lançado pela Promotoria de que o réu ostentava na sociedade uma posição privilegiada de intelectual e de próspero comerciante não configura circunstância, suficiente, para configurar o *actus reus*, mesmo, na forma omissiva imprópria.

A *mens rea* ajudar (*aiding*) e encorajar (ou instigar) (*abetting*) depreende-se da prova testemunhal colhida pela Câmara de que o réu tinha conhecimento de que estava colaborando com o fato (§ 19) que, ao lado do *actus reus*, constituem elementos essenciais do crime (v. § 26).⁷¹¹

⁷¹¹ A Câmara de Julgamento II faz alusão ao caso Kajelijeli julgado pelo ICTR no que tange ao elemento psicológico do crime contra a humanidade no sentido de que *o acusado deve ter agido*

O raciocínio da Corte baseia-se na circunstância de que o réu participou de várias reuniões políticas e sua presença naqueles eventos como espectador significava uma posição de aprovador, isto é, uma espécie de garantidor⁷¹², encorajava os executores materiais do crime, isto porque o réu exibia uma posição de superior em face do executor principal ou, caso contrário, estava em uma posição de autoridade em relação a ele (§ 17).

Depois das reuniões, o réu, acompanhado de outros membros da milícia Interahamwe dedicou-se a procurar Tutsis por todo o setor e a incitar e ordenar às milícias o assassinato dos Tutsis da localidade.⁷¹³

Não obstante, a acusação sustentou o argumento de que o réu constantemente estava presente nas reuniões do secteur de Sahera onde só havia Hutus e assassinos e a responsabilidade criminal do réu não deriva, somente, da omissão, mas do fato de ele estar presente ao tempo do crime (§ 18).

Desta maneira, em face do *plea of guilty* o réu Nzabirinda foi condenado à pena concreta de sete anos de prisão, com direito à detração penal, sem que tenha havido recurso de parte a parte.

com conhecimento do contexto mais amplo do ataque e conhecimento que o ato dele formou parte de um ataque contra a população de civil. (§ 24).

⁷¹² Uma conduta penal pode ser praticada por ação ou por omissão. A omissão divide-se em própria e imprópria. A omissão imprópria ou comissão por omissão origina-se da posição de garantidor, ou seja, de quem tem o dever de agir para evitar o resultado e, neste aspecto, a omissão tem relevância para o direito penal. Muñoz Conde equipara, valorativamente, a ação à omissão, porque tanto uma quanto outra constitui uma ação de causar dano. A cláusula de equiparação valorativa ou cláusula de equivalência decorre do art. 11 do CP espanhol como delimitação para imputar-se um determinado resultado a um simples não fazer. MUNÓZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 270.

⁷¹³ TORRES PÉREZ, Maria; BOU FRANCH, Valentín. **La contribución del tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 339.

5.6 Obediência hierárquica no Tribunal Penal Internacional

5.6.1 Considerações iniciais

Bassiouni afirma que os aspectos do Direito Internacional compreendem um conjunto de disposições internacionais que disciplinam certas condutas, com independência das modalidades de aplicação e de execução, adotados por mecanismos próprios em que se apoiam:

El estudio del origen y desarrollo de los aspectos penales del Derecho Internacional revela que esta disciplina se ocupa esencialmente, si no exclusivamente, del Derecho Penal Internacional sustantivo, esto es, de los crímenes internacionales.⁷¹⁴

As fontes de Direito Internacional amparam-se em critérios para considerar como crimes internacionais, os seguintes: 1) a existência de convênios internacionais que definam o ato em questão como criminoso no âmbito internacional; 2) o reconhecimento pelo Direito Internacional consuetudinário⁷¹⁵ de que tais condutas constituem crimes internacionais; 3) o reconhecimento sobre os pressupostos da base dos princípios gerais do Direito Internacional, sendo tais condutas consideradas como violadoras de direitos; 4) proibição de tais condutas por algum convênio internacional, ainda quando não se estabeleça, especificamente, que aquelas condutas constituem crimes internacionais, sempre que a doutrina científica a considere como criminosa.

⁷¹⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. **Características generales del derecho penal internacional convencional**. BERISTAIN, Antônio (ed). Reformas penales em el mundo de hoy. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 157-158.

⁷¹⁵ *Idem, ibidem*. Para LARENZ, Karl. *O Direito consuetudinário, no sentido originário, é uma regra de comportamento entre pessoas, observada de facto preponderantemente durante largo tempo, que é acatada com a consciência de com isso se estar a cumprir um mandado do Direito. Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 504.

Para a Professora Margarida Cantarelli um dos aspectos mais importantes para o Direito Internacional Convencional contemporâneo é a da personalidade jurídica internacional do ser humano:

Hoje já não pode negar a personalidade jurídica internacional do ser humano, em razão da grande quantidade de hipóteses de vinculação direta dos indivíduos à ordem internacional, o que constitui um dos traços mais marcantes não só do Direito Internacional convencional, como de todo o Direito Internacional contemporâneo.⁷¹⁶

O Direito Internacional Penal é parte integrante do Direito Internacional Público formal que tem como fonte basilar o Direito Convencional, o Direito Consuetudinário e os Princípios Gerais do Direito.⁷¹⁷ O Direito Internacional Penal não consiste em ramo do Direito Interno, mas na constituição de normas internacionais, objetivando perseguir e punir o crime internacional.⁷¹⁸

Para Figueiredo Dias o Direito Internacional Penal com a instituição dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda e com a aprovação do Estatuto de Roma conheceu um desenvolvimento sem

⁷¹⁶ CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. Tese de doutorado, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 304.

⁷¹⁷ AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 35. Utilizam o conceito Direito Penal Internacional: BASSIOUNI, M. Cherif., *op. cit.*, p. 157-158; WERLE, Gerhard, *op. cit.*, p. 96; GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**: Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1999, p. 27, como parte do Direito Penal Interno. LOMBOIS, Claude. **Droit penal internacional**. Paris: Deixième édition, 1979, p. 11, Alicia Gil Gil utilizam o conceito Direito Penal Internacional. Considera o Direito Penal Internacional como ramo especializado do Direito Penal Interno e ao mesmo tempo do Direito Processual Penal. LOMBOIS, Claude.

⁷¹⁸ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. **O tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14 *et sequi*. Considera os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda e o Estatuto de Roma como elo da disciplina Direito Internacional Penal. VILLALPANDO, Waldo. **De los derechos humanos al derecho penal internacional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 300.

precedentes o que significa que o Direito Penal do presente já não é mais monopólio da legislação e da jurisdição dos Estados.⁷¹⁹

A implantação de uma justiça penal internacional foi sempre o anseio da comunidade internacional. Por mais de trinta anos, durante o período da guerra fria, não houve avanço no sentido de tornar efetivo o sonho de uma justiça, constituída pelo Direito Convencional para punir o crime de natureza internacional. O marco histórico que despertou o interesse por uma justiça permanente de natureza penal universal foi, simbolicamente, a queda do muro de Berlim em 1989 que, no dizer da professora Margarida Cantarelli, *simboliza uma nova fase nas relações internacionais com o fim da bipolarização política do mundo.*⁷²⁰

Na doutrina da Professora Margarida Cantarelli:

A caminhada durante os três quartos do século XX na busca de uma justiça internacional penal foi longa e árdua, permeada por tragédias que abalaram o mundo e que deixavam o sentimento da necessidade de instrumentos adequados, de mecanismos judiciais internacionais apropriados para combatê-las.⁷²¹

Todavia, o art. 25 do Estatuto de Roma estabelece exclusivamente a responsabilidade penal individual, afastando da competência da Corte os crimes praticados pelos Estados e pelas pessoas jurídicas. A ressaltar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi requerida pela França, cuja

⁷¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.11.

⁷²⁰ CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000, p. 273.

⁷²¹ *Idem*, p. 41.

proposta final apresentada pelo grupo de trabalho rechaçou a proposição francesa.⁷²²

A consolidação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, obra da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunidos em Roma, em 1998, foi o primeiro de vários outros passos importantes para a História da humanidade, no sentido de julgar e punir autores de graves violações contra a espécie humana.⁷²³

Ao contrário da Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição se restringe ao julgamento dos Estados, o Tribunal Penal Internacional exerce sua jurisdição sobre os indivíduos (art. 1º, do Estatuto). Na parte do seu estabelecimento lê-se que o Tribunal será uma instituição de caráter permanente, destinada a exercer a jurisdição sobre os indivíduos, em relação aos crimes mais graves de ascendência internacional, excluindo-se de sua jurisdição as pessoas jurídicas (art. 25) e os menores de 18 (dezoito) anos de idade (art. 26).

A Corte Penal Internacinal (art. 1º do Estatuto) ressalva o caráter complementar da jurisdição do Tribunal às jurisdições penais nacionais. Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil não faz a ressalva da subsidiariedade da jurisdição do TPI, conforme se depreende do art. 5º, § 4º, com a redação da Emenda Constitucional 45/2004, *in verbis*:

⁷²² AMBOS, Kai. **La nueva justicia penal internacional**. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000, p. 130.

⁷²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 445.

Art. 5º. *omissis...*

§ 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O princípio da complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional tem ressalva expressa no texto da Constituição da República Portuguesa (art. 7º. 7).

Art. 7º. *omissis...*

7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

5.6.2 A obediência hierárquica no Estatuto de Roma

A culpabilidade na dogmática do Direito Internacional Penal, ainda em construção no que diz respeito aos seus fundamentos teóricos, diverge da culpabilidade desenvolvida no ordenamento jurídico-penal brasileiro, porquanto a culpabilidade do Direito Internacional Penal, em uma dimensão ainda embrionária, sofre diretamente a influência do sistema *common law* que não coincide, comparativamente, com a culpabilidade do Direito Penal brasileiro, urdida no sistema do *civil law* de origem romano-germânico.

A culpabilidade como censura pessoal é dirigida ao autor pela realização de um injusto. Assim, a essência da culpabilidade radica na reprovabilidade de

um fato tipicamente antijurídico⁷²⁴, isto porque o agente haveria de ter a liberdade de agir de outra maneira e nisso reside o fundamento de toda a culpabilidade em uma perspectiva de um conteúdo material, ou seja, de vulneração ao bem jurídico e não e só formal, em uma perspectiva de subsunção.

Com efeito, a dogmática do Direito Internacional Penal rompeu o paradigma tradicional da teoria analítica tripartida do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, cujo desenvolvimento histórico contou, decisivamente, com os préstimos teóricos de Liszt-Beling, Graf zu Dohna, Welzel e Maurach⁷²⁵, para debruçar-se sobre a teoria bipartida de culpabilidade, com a concepção dos elementos objetivos do tipo (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*) como integrante da categoria do crime internacional.

Os aspectos objetivo e subjetivo do crime internacional na teoria bipartida do Direito Internacional Penal, remonta à doutrina de Graf zu Dohna e Adolf Merkel, que conceituam o crime de maneira bipartida: antijuridicidade e culpabilidade.

Para o conde zu Dohna a antijuridicidade desempenha um privilégio na teoria do crime porque quando se perfaz o juízo de antijuridicidade pode-se estabelecer a culpabilidade, pois somente ações antijurídicas podem estabelecer um juízo de culpabilidade.⁷²⁶

⁷²⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5. edición corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 535.

⁷²⁵ Conforme Capítulo II, item 2.5.6 desta tese.

⁷²⁶ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición por Carlos Fontán Balestra em la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 40. A culpabilidade, na sua essência é uma valoração do tipo subjetivo e a essência da antijuridicidade é a valoração do tipo objetivo. *Idem*, p. 32.

Na concepção de Adolf Merkel:

[...] Los caracteres constitutivos del delito pueden dividirse em referentes al aspecto interno del hecho y referentes al aspecto externo. Los primeros forman los *elementos* subjetivos o *internos* del delito, y los segundos los objetivos o *externos*.⁷²⁷

A Itália adota, ainda hoje, a distinção entre aspecto objetivo e subjetivo do crime da escola carrariana, já superada pelo finalismo de Welzel. A dicotomia elementos objetivos/elementos subjetivos repercute na doutrina do erro que na Itália ainda persiste a denominação erro de fato e erro de direito, em que o desconhecimento da lei anula o dolo.

A Itália mantém a distinção entre *força física (fatto)* e *força moral* do crime (*colpevolezza*) aspectos objetivo e subjetivo do crime na doutrina de Carrara. Para o professor italiano o crime se perfaz com a conjugação do elemento físico, consistente nos atos de execução e do elemento subjetivo, encontrado no entendimento da vontade.⁷²⁸

A doutrina do erro, a partir da moderna concepção de erro de tipo e erro de proibição não se coaduna com a antiga nomenclatura – erro de fato erro de direito – visto que o desconhecimento da lei é inescusável e o desconhecimento da proibição não significa o desconhecimento da lei, mas, o desconhecimento da proibição da lei na esfera do conhecimento do profano, sem modificação do dolo.

⁷²⁷ MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p.34.

⁷²⁸ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte general. Volumen I. Santa Fe de Bogotá – Colômbia, Editorial Temis S.A., 1996, pp. 149-150.

5.6.3 Elementos objetivos da responsabilidade individual no Estatuto de Roma

Como observa Kai Ambos o Direito Penal Internacional não faz uma distinção clara entre o dolo do fato – como parte do tipo – e a consciência da antijuridicidade – como parte integrante da culpabilidade. Não obstante, existe uma diferença entre os elementos objetivos da responsabilidade individual (imputação objetiva) e os elementos subjetivos (imputação subjetiva).⁷²⁹

Os elementos inerentes à responsabilidade objetiva (*actus reus*) de mando hierárquico estão contemplados nos arts. 25 e parágrafos e art. 28 do Estatuto de Roma que contém um complexo de regras jurídicas objetivas de autoria ou participação individual nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.⁷³⁰

O mencionado art. 25 do ETPI disciplina a responsabilidade criminal individual em um rol bastante detalhado, tal como transcrito abaixo:

[1]. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas, quem comete crime, ordenar, solicitar ou instigar a sua prática, em conjunto ou separadamente, individualmente ou por intermédio de outrem; na qualidade de autor, cúmplice ou encobridor ou colaborador e, ainda, contribui de alguma forma (2), a, b, c, d, i, ii, e, f) com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.

⁷²⁹ AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 68. Responsabilidade penal individual en el derecho penal supranacional: Um análisis jurisprudencial – De Nuremberg a La Haya. **Revista de la asociación de ciencias penales de costa rica**. Año 15. N. 21. Octubre, 2003.

⁷³⁰ AMBOS, Kai. **La corte penal internacional**: colección autores de derecho penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 84.

Vale transcrever o magistério de Gerhard Werle, no que tange aos elementos externos do fato, objeto do crime internacional:

Ao aspecto externo do crime internacional pertencem todos os pressupostos que determinam a forma de aparição externa do fato. Os elementos objetivos podem ser descritivos ou normativos e devem estar relacionados ao autor do fato. Não se encontra no Estatuto de Roma uma regulação geral dos elementos objetivos do crime, ao contrário do que ocorre em relação aos elementos internos.⁷³¹

5.6.4 Elementos subjetivos da responsabilidade individual no Estatuto de Roma

Os elementos subjetivos da responsabilidade criminal do indivíduo (*mens rea*) como requisitos subjetivos estão arrolados no art. 30 do aludido Estatuto.⁷³² Por exigência do multirreferido Diploma Internacional, deve-se esclarecer que os elementos substanciais de um crime de pertinência do Tribunal Penal Internacional realizam-se com a presença dos elementos constitutivos: intenção (dolo) e conhecimento da antijuridicidade (proibição).

O art. 30(3), do referido ETPI, encerra uma questão terminológica. Estar consciente de algo significa que o agente sabe o que faz e da sua conduta pode resultar um dano. Já o conhecimento é definido pela consciência de que uma circunstância é capaz de produzir um resultando dentro do curso causal do *iter criminis*. Além do elemento subjetivo do crime o multirreferido ETPI no seu art. 30 exige como aspecto subjetivo da culpabilidade a intenção e o conhecimento dos elementos materiais do crime.

⁷³¹ WERLE, Gerhard. **Tratado de derecho penal internacional**. (coord) Maria del Mar Diaz Pita. Traductores: Claudia Cárdenas Aravena *et alii*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 183.

⁷³² AMBOS, Kai. **La corte penal internacional**: colección autores de derecho penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 100.

Para Kai ambos o art. 30 não leva em consideração a diferença existente entre tentativa e conhecimento, *mesclando duas diferentes categorias de conduta caracterizadas na doutrina alemã como conhecer e querer (Wissen und Wollen)* e o mesmo ocorre no sistema moderno do *common law* que estabelece distinções entre *propósito, conhecimento, falta de diligência e negligência*.⁷³³

5.6.5 Responsabilidade dos superiores hierárquicos no Estatuto de Roma

O art. 28 do Estatuto de Roma estabelece a responsabilidade criminal dos chefes não fazendo distinção ente militares e superiores civis, aplicando-se as disposições do referido Estatuto a todas as pessoas de forma igual, sendo irrelevante a qualidade oficial do agente (art. 27) que será motivo de atenuação de pena e a eventual imunidade não obstará a atuação jurisdicional do Tribunal Internacional (art. 27(2) do Estatuto de Roma).

Com efeito, a conduta do superior hierárquico será punida não só por ação como também por omissão imprópria, que são as formas básicas do fato punível, sempre que o superior não tenha exercido um controle apropriado sobre as forças a ele subordinadas; tinha conhecimento em virtude das circunstâncias que essas forças estavam cometendo ou se preparavam para cometer esses crimes ou não adotou as medidas necessárias para reprimir ou prevenir a sua prática ou, ainda, não levou o assunto ao conhecimento das autoridades competentes para tomar providências, porquanto a posição de mando, segundo Kai Ambos coloca o superior hierárquico em uma posição de garantidor⁷³⁴ que, se não agir para evitar o fato do subordinado (podendo agir), será responsabilizado por omissão imprópria.

⁷³³ AMBOS, Kai. **La corte penal internacional**. Colección autores de derecho penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p.102.

⁷³⁴ AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática. Traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p.79.

Sem embargo, conforme Bassiouni, a responsabilidade de mando é o outro lado da moeda de ordens superiores. O chefe militar é segurado responsável, debaixo do direito internacional, para os crimes dos seus subordinados: (a) se o superior soube ou teve razão para conhecer as atividades do subordinado; (b) se o superior estava em uma posição de prevenir ou de mitigar essas atividades.⁷³⁵

O princípio da responsabilidade por mando previsto no art. 7(3) do Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, recepcionado pelo Tribunal Penal Internacional, caracterizou os requisitos da responsabilidade do superior nos seguintes termos: 1) existência da relação entre superior-subordinado; 2) conhecimento do superior ou razões para conhecer que o ato estava para acontecer ou havia acontecido e 3) a fraqueza do superior para tomar as medidas necessárias e razoáveis para prevenir o ato criminoso ou para castigar o seu autor.⁷³⁶

Para Galán Muñoz o Estatuto contempla, para o chefe militar, quando soubesse ou devesse saber do cometimento de crime debaixo de seu comando, a responsabilidade dolosa ou por imprudência e para os não militares que deveriam agir para evitar o resultado, haveria o dolo ou quando deliberadamente o superior hierárquico (não militar) não levou em consideração informação que indicava claramente a comissão de um crime, caracterizar-se-ia o dolo eventual.⁷³⁷

A transmissão de uma ordem direta a um subordinado, dirigida à comissão de um delito, permite atribuir certa responsabilidade penal pessoal àquele que emitiu a ordem.⁷³⁸ A culpabilidade do superior hierárquico, pelo injusto praticado,

⁷³⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law: the Nuremberg legacy**. 2nd ed. Volume III. New York: Transnational Publishers, Inc. 1999. pp. 195-217

⁷³⁶ AMBOS, Kai. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 149.

⁷³⁷ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. **Revista Penal N. 16**. Universidad de Castilla-La Mancha: La Ley S.A., [s/d], p. 82.

⁷³⁸ *Idem*, p. 188.

dar-se-á quando ele atua como autor mediato, co-autor ou partícipe. Reconhece-se a co-autoria ainda que a pessoa que cometa diretamente o crime seja inimputável (art. 28, *a*, do Estatuto de Roma).

O referido Estatuto de Roma, ao contrário do art. 29 do nosso Código Penal, adotou a teoria dualista do concurso de pessoas: autoria e participação. A distinção entre autor e partícipe se faz tendo-se em vista o *animus* do agente. Será autor o agente que quer o fato como seu (*animus auctoris*) e partícipe se quer o fato como de outrem (*animus socii*). Todavia, a jurisprudência de Nuremberg não fazia qualquer distinção entre autoria e participação, adotando a teoria monista ou unitária (v. item 5.2).

Kai Ambos afirma que a legitimidade da responsabilidade de comando é questionada consideravelmente (no caso de conhecimento positivo do superior) a delimitação entre a responsabilidade por omissão e atuação por cumplicidade é vaga:⁷³⁹

Un superior que tem conhecimento das atrocidades cometidas por suas tropas pode ser tido por responsável como cúmplice (ajudando ou encobrindo) ou ao menos, psicologicamente, alentar ou animar as tropas; o superior também pode ser responsável mediato do comando por não impedir as atrocidades.⁷⁴⁰

Não obstante, Pina Delgado e Liriam K. Tiujo afirmam que, além da autoria e participação o Estatuto de Roma tenta (art. 31(1), *d*) reintroduzir, de forma tímida, no Direito Internacional Penal a figura da conspiração, agora sob uma

⁷³⁹ AMBOS, Kai. **La nueva justicia penal internacional**. 1. edición. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000, p. 146.

⁷⁴⁰ *Idem, ibidem*.

forma ampla de cumplicidade, instituto do *common law* já previsto nos Estatutos de Nuremberg e Tóquio.⁷⁴¹

5.6.6 Responsabilidade penal dos subordinados no Estatuto de Roma

O instituto da obediência à ordem de superior hierárquico previsto no art. 33 do Estatuto de Roma não se afigura como causa de exclusão da culpabilidade, dispondo de forma diferenciada sobre o instituto da inexigibilidade de conduta diversa no Direito Penal brasileiro.

Kai Ambos afirma que desde o Tribunal Internacional de Nuremberg (art. 8º) foi rechaçado o argumento da defesa de exclusão da culpabilidade dos subordinados que atuaram debaixo de ordens para consolidar-se como causa de atenuação da pena.⁷⁴²

É claro que se o subordinado não tinha liberdade para agir ou não possuía potencial capacidade de saber se o fato era ou não contrário ao direito não se poderia exigir dele conduta conforme ao Direito, por erro de proibição. No âmbito do Direito Internacional Penal a exclusão da responsabilidade depende da juridicidade da ordem. Somente no caso de uma ordem jurídica é que se pode levar em consideração a exclusão do injusto; de outra maneira, sendo a execução da ordem antijurídica, somente pode-se considerar a atenuação da pena.

⁷⁴¹ PINA DELGADO; José Manuel de; K. TIUJO, Liriam. O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do tribunal militar internacional de nuremberg e do tribunal penal internacional. **Direito e Cidadania**. Ano IV. N. 12-13. Março/2001 a dezembro/2001. Cabo Verde, pp. 177-195.

⁷⁴² AMBOS, Kai. Sobre el efecto eximente del *actuar bajo ordens* desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional. **Criminalia**. **Academia mexicana de ciencias penalis**. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 09

5.6.7 Obediência hierárquica e a problemática do erro

Pela dicção do art. 32(1) o erro de fato é causa de exclusão da responsabilidade penal se ensejar o desaparecimento do elemento subjetivo de intencionalidade (*intenty*) requerido pelo crime. Já o § 2º estabelece que *um erro de direito acerca de se um determinado tipo de conduta constitui um crime sob a jurisdição do Tribunal não será considerado uma causa de exclusão da responsabilidade criminal*. Todavia, tratando-se de ordem de superior hierárquico, um erro de direito poderá ser considerado causa excludente de responsabilidade criminal se ensejar o desaparecimento do elemento subjetivo do crime ou conforme o disposto no art. 33.⁷⁴³

Os romanos classificavam as espécies de erro em erro de fato e erro de direito. Essa dicotomização atravessou os séculos. Todavia, a partir de 1925 a dogmática penal alemã, por obra do penalista Alexander Graf zu Dohna, passou a se falar em erro de proibição.⁷⁴⁴ Afirma o Prof. Cláudio Brandão que, a partir da teoria finalista da ação da doutrina de Hans Welzel, décadas depois, com a concepção normativa da culpabilidade, consolidou-se uma nova dicotomia na dogmática penal alemã das duas espécies de erro: o erro de tipo e o erro de proibição.⁷⁴⁵

Na percuciente lição de Muñoz Netto a doutrina alemã estabeleceu distinção entre erro de tipo e erro de proibição. O *Tatbestandirrtum* e o *Verbotsirrtum* não refletem uma simples renovação de nomes, mas uma *profunda*

⁷⁴³ Para o Prof. Cláudio Brandão, conceitualmente, o erro em matéria penal, tanto significa uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação sobre este mesmo objeto. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 183.

⁷⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 187.

⁷⁴⁵ DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1958. V. também BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001 p. 188.

modificação conceitual, não havendo correspondência, segundo o referido mestre, entre a nova e a velha conceituação.⁷⁴⁶

Bitencourt afirma que a conceituação do erro não radica, simplesmente, uma nova linguagem jurídica, nem tampouco uma correspondência biunívoca entre erro de fato/erro de tipo e erro de direito/erro de proibição. Prossegue o autor que o erro de tipo e o erro de proibição *não representam uma simples renovação de normas, mas uma profunda modificação conceitual*.⁷⁴⁷

Por outro lado, o nosso ordenamento penal nacional trata do erro de tipo e proibição nos arts. 20 e 21 do Código Penal. Pela ótica do legislador brasileiro o erro de tipo se invencível, exclui o dolo; se vencível permite a punição por culpa se prevista em lei (art. 18, II, do Código Penal). Já o erro de proibição não permite o desconhecimento da lei: *ignorantia legis neminem excusat*. Além do mais, o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável exclui a culpabilidade; se evitável poderá diminuir a pena de um sexto a um terço.

Desta maneira, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional trata as espécies de erro de forma diferenciada da dogmática penal alemã, recepcionada, esta, pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Na visão de Kai Ambos são poucas as sentenças da jurisprudência penal internacional que se ocupam do estudo do erro. Baseiam-se – *de maneira pouco*

⁷⁴⁶ MUÑOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.10.

⁷⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 3. ed. São Paulo, Saraiva: 2003, p. 83.

diferenciada – da distinção do *common law* entre erro de fato (*mistake of fact*) e erro de direito (*mistake of law*).⁷⁴⁸

Os sistemas *common law* e *civil law* operam uma distinção entre o erro de fato e o erro de direito: para o *common law* o erro de fato faz desaparecer o dolo e o considera penalmente relevante, razão pela qual faz desaparecer o elemento subjetivo do tipo não somente pela intenção (*intenty*), mas também pelo conhecimento da antijuridicidade (*knowledge*) e, normalmente, exclui-se o dolo. De outro prisma, o erro de direito não tem qualquer relevância jurídica e o dolo permanece intacto, com pena atenuada.⁷⁴⁹

No âmbito da jurisprudência penal internacional, somente se reconhece a relevância do erro de fato, enquanto que o erro de direito é rechaçado, remetendo-se à regra *ignorantia legis neminem excusat*.⁷⁵⁰

Destarte, conforme Nicola Pisani, o significado do art. 32 do Estatuto de Roma é que o erro de fato exclui o elemento psicológico (a intenção) tanto seja evitável ou inevitável.⁷⁵¹ Ademais, na visão de Kai Ambos, o art. 32 do Estatuto de Roma não faz separação entre erro de fato e erro de direito.⁷⁵²

Como observa Galán Muñoz no Estatuto de Roma o erro vencível pode ter o mesmo efeito que o erro invencível e o Estatuto trata o erro de forma mais

⁷⁴⁸ AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 433.

⁷⁴⁹ *Idem*, p. 33.

⁷⁵⁰ *Passim*, p. 450.

⁷⁵¹ PISANI, Nicola. L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello statuto della corte internazionale penale. **Revista italiana di diritto e procedura penale**. nuova serie. Ano XLIV. Fas. 4. Ottobre-dicembre. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 1388.

⁷⁵² AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 450.

severa que o ordenamento penal da Espanha, por exemplo⁷⁵³ e, também, de forma diversa do Ordenamento Jurídico-Penal brasileiro.

Com efeito, prossegue Galán Muñoz: parece que o Estatuto de Roma fez ressurgir a concepção de *dolus malus* dos romanos, segundo a qual, o conceito de dolo abarca em seu *seio* a tipicidade e a antijuridicidade, cuja regulação é *manifestamente contraposta* àquela do Código Penal Espanhol.⁷⁵⁴

Pelo disposto no § 2º, do art. 32, do Estatuto de Roma, o erro de direito decorrente de ordem de superior hierárquico somente excluirá a responsabilidade criminal se o agente não tiver agido dolosamente. Sem embargo, o art. 33 do ETPI dá interpretação restritiva à causa de justificação no que se refere ao cumprimento do dever; se a ordem *não fosse manifestamente ilícita*. Não obstante prescreve o art. 33(2) do aludido ETPI que qualquer ordem de cometer genocídio ou crime de lesa-humanidade são consideradas ordens manifestamente ilícitas.⁷⁵⁵

Com efeito, o erro de direito no sentido cognitivo de saber se um crime é ou não de competência da jurisdição do Tribunal não será causa de exclusão da responsabilidade penal, porque tal erro afigura-se penalmente irrelevante. Não obstante, se o erro fizer desaparecer o elemento subjetivo do tipo poderá ser causa de exclusão da responsabilidade: a) se o indivíduo é obrigado legalmente a obedecer ordens do governo ou de superior hierárquico; b) não tivesse conhecimento da ilicitude da ordem; c) que a ordem não seja manifestamente ilícita. (v. art. 33 do ETPI).

⁷⁵³ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. **Revista Penal N. 16**. Universidad de Castilla-La Mancha: La Ley S.A., [s/d], p. 85.

⁷⁵⁴ *Idem, ibidem*.

⁷⁵⁵ Tal restrição foi acatada pelo Código Penal da Espanha, art. 616 bis do CP relativamente aos crimes cometidos contra a Comunidade Internacional (V. art. 20.7º do CP espanhol).

Para Nicola Pisani *resta escluso da tale âmbito soltanto l'ipotesi dei ignoranza sull'illegittimità dell'ordine, in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 32 all'art. 33 dello statuto.*⁷⁵⁶ De fato, Mezger afirma que escritores como Liszt, Shimidt, Frank e outros costumam expor, dentro de uma teoria do dolo, uma teoria especial do erro, buscando distinguir o erro penalmente relevante do erro penalmente irrelevante.⁷⁵⁷

5.7 Obediência hierárquica no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro

No Brasil, a relação jurídica que se estabelece entre superior e inferior hierárquico tem sempre a natureza de Direito público, jamais de direito privado. Por isso, ao contrário do que havia no passado o genitor e o empregador não mais poderão ditar regras para o filho e para o empregado, respectivamente, e os comandados têm o dever de desobedecer à ordem se ela for juridicamente ilegal.⁷⁵⁸

Neste sentido, oportuna é a lição de Rolf Koerner Junior:

A obediência hierárquica está circunscrita ao Direito Público. Não concebem os juspenalistas que possa ela repercutir nos domínios do Direito Privado. Limitam-nas às relações entre agentes militares ou não militares do Estado, submetidos à maior ou à menor rigidez de um sistema de subordinação legal, com reflexos inexoráveis no campo de expedição de ordens pelo agente superior e que devem ser cumpridas pelo inferior.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ PISANI, Nicola. L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello statuto della corte internazionale penale. **Revista italiana di diritto e procedura penale**. Nuova Serie. Ano XLIV. Fas. 4. Ottobre-dicembre. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 1389.

⁷⁵⁷ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 95.

⁷⁵⁸ COSTA Jr., Paulo José da. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. e atualizada. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 99.

⁷⁵⁹ KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.34.

A posição adotada pelo legislador pátrio é de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta em relação ao executor da ordem e condenação do superior, quando se tratar de ordem não manifestamente ilegal. Por ordem não manifestamente ilegal deve-se compreender aquela que não preenche os requisitos legais, todavia, tem a *aparência* de legal.

É importante frisar, mais uma vez, que somente existirá a incidência da obediência hierárquica se a relação for de Direito público. Nas relações de Direito Privado – patrão/empregado – a obediência somente poderá funcionar como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por *analogia in bonam partem*, conforme doutrina o Prof. Cláudio Brandão.⁷⁶⁰

Fundamentalmente, disso resulta que nas relações trabalhistas, de natureza privada, o poder de mando do empregador subordina-se legitimamente ao ordenamento jurídico. Assim, essa subordinação que aflora de contrato em que as condições laborativas são estabelecidas de forma bilateral e sinalagmática, para o desempenho de uma atividade econômica, na qual o Estado intervém ditando normas e leis destinadas à regulamentação da atividade daquele setor produtivo.

O poder de mando de que se utiliza o empregador em relação ao subordinado decorre do poder regulamentador do Estado e, especificamente, do Direito do trabalho. Como nos parece óbvio sem o controle do Estado a sociedade facilmente, dispersaria e não haveria objetivos sociais a cumprir pelo próprio Estado na função precípua de promover o bem comum.

⁷⁶⁰ Na lição de Cláudio Brandão a analogia significa um processo de interpretação que possibilita a integração de uma lacuna existente na lei por meio de um argumento de semelhança. A analogia permite a regulação de um determinado caso que não se encontra tratado na perspectiva lingüística-conceitual da norma, e tal mecanismo dar-se-á a partir de um processo de comparação. BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73.

Sem embargo, o poder disciplinar do empregador funciona como uma espécie de Direito Penal da empresa, visto que tem a faculdade de impor uma penalidade nos limites da lei, sem excesso a configurar o abuso de direito, dado que o poder existente nas relações empregatícias está limitado ao objeto do contrato de trabalho, revestido de licitude, do costume e das questões de ordem pública.⁷⁶¹

No tocante à possibilidade de se estender a inexigibilidade de outra conduta às relações de Direito privado trago à colação o ensinamento de Cláudio Brandão:

É perfeitamente possível que o poder do empregador dê causa a uma inexigibilidade de outra conduta. Basta que nas circunstâncias concretas, em que pese o empregado ser imputável e saber da ilicitude do fato, não possa se comportar conforme o direito.⁷⁶²

Para que a ordem do superior hierárquico seja vinculada e exista o dever jurídico de obediência, faz-se imprescindível que ela não seja manifestamente ilegal; se o for não vincula o subordinado nem tão pouco a Administração Pública, que se rege, dentre outros, pelo princípio da legalidade, como se depreende da leitura do art. 5º, inciso II e art. 37, ambos, da Constituição da República.

Assim, a ordem determinada pelo funcionário público que demanda o cumprimento é aquela circunscrita aos limites da ordem e, em decorrência,

⁷⁶¹ BRANDÃO, Cláudio. Poder do empregador e exclusão da culpabilidade criminal. **Revista da Esmape**. Volume 5. N. 11. Janeiro/Junho 2000, pp. 95 -113.

⁷⁶² *Idem, ibidem.*

responde o subordinado a título de dolo ou culpa pelo excesso cometido no cumprimento da obediência devida.⁷⁶³

Assim, se a ordem não era legal ou se houve excesso no seu cumprimento, não favorece o agente uma causa de exculpação, permitindo-se que a vítima exerça contra o subordinado o direito de legítima defesa. Se houver excesso por parte do funcionário civil o superior e o subordinado responderão criminalmente. Todavia, é possível, sim, o exercício do direito de defesa. Para Sauer o direito de revidar uma agressão injusta pelo particular só pode ser exercido contra superior hierárquico.⁷⁶⁴

É preciso, não obstante, estabelecer diferenças entre a valoração da ação que teve sua origem no superior e o resultado desta mesma ação executada pelo subalterno. Uma corrente da doutrina italiana aceita que a ação do subordinado seja lícita, porém, o resultado modificador do mundo circundante reputar-se-á ilícito e, nesta linha, ao contrário de Sauer, deve-se reconhecer ao terceiro prejudicado em seus interesses o direito à legítima defesa contra o subalterno – autor imediato da ordem – e não contra o superior – autor mediato que não afeta, direta e praticamente os interesses do terceiro.⁷⁶⁵

O subordinado civil não tem o direito de discutir o mérito da ordem, ou seja, o mérito administrativo da conveniência ou da oportunidade de uma ordem, quanto à justiça ou injustiça do seu conteúdo. Todavia, no Estado Democrático de

⁷⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: Lumen Juris ICPC, 2006, p. 329.

⁷⁶⁴ SAUER, Guilherme. **Derecho penal: parte general**. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, p. 211.

⁷⁶⁵ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 187-188. Releve-se que a doutrina italiana atual não vê inconveniente algum na responsabilização do superior e por isso negam a possibilidade do exercício de legítima defesa contra a ordem ilegítima pelo particular [...]. Na interpretação do art. 51.4 o CP italiano a doutrina não é voz uníssonas: alguns entendem que sua natureza é de causa de justificação e outros entendem que é causa de exculpação, conforme seja legítima ou ilegítima a ordem do superior hierárquico. *Idem*, pp. 188-189.

Direito, o subordinado tem o dever de apontar a ilegalidade da ordem, no que tange à competência e à finalidade, visto que o subordinado não pode reduzir-se, cegamente, a um autômato ou submeter-se como instrumento obcecado pelo dever, porque a obediência passiva nunca é ilimitada.⁷⁶⁶

Ademais, não convence o argumento de que a análise material da legalidade da ordem paralisaria a administração da justiça.⁷⁶⁷ Entende Nuno Brandão que se for negado ao funcionário o direito de examinar a legitimidade – apenas formal da ordem – a segurança e a ordem pública, inevitavelmente, estariam comprometidas.⁷⁶⁸

5.7.1 Requisitos da obediência hierárquica

Com efeito, na Administração Pública o binômio hierarquia/subordinação faz parte da essência do poder disciplinar. São requisitos da obediência à ordem de superior hierárquico, a saber, independentemente da análise do mérito e conteúdo da ordem. A doutrina considera manifestamente ilegal a ordem que não cumprir os três requisitos seguintes: 1) existência de uma relação, jurídico-administrativa, de subordinação, entre superior e subordinado; 2) competência da autoridade de quem emana a ordem; 3) que a ordem seja regular, isto é, revestida das formalidades previstas em lei, podendo ser expedidas na forma escrita ou por outro meio conveniente.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ BATAGLINE, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução Paulo José da Costa Jr. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 387.

⁷⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, p. 317.

⁷⁶⁸ BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 184.

⁷⁶⁹ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 282. Cláudio Brandão com fundamento em Antolisei diz que a ordem deve obedecer a requisitos formais, a saber: a) competência do superior para emaná-la; b) competência do subordinado para cumpri-la e c) ser emanada na forma prescrita na lei. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233.

A obediência hierárquica é tida, pelo legislador pátrio (art. 22 do CP) como causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, porquanto nas relações de Direito Público o dever de obediência decorre da supremacia do interesse público, revigorada no *Estado Social e Democrático de Direito*⁷⁷⁰ como presunção *iuris tantum* de legitimidade dos atos emanados do Poder Público.

Todavia, há aquelas hipóteses excepcionais de *ordem ilegal* emanada de superior hierárquico em que a questão decisiva é saber se a natureza *aparente* ou *oculta* da ordem executada pelo subordinado configura ou não um injusto penal: a) indagar se o injusto que caracteriza a ordem ilegal é *aparente* – ou *manifesta*, conforme a voz da lei e, neste caso, a ordem verticalizada não vincula o subordinado e, caso a cumpra o subordinado não terá a seu favor a exculpação da *obediência hierárquica* [...] b) se, ao contrário, a conduta típica e antijurídica que comunica a ilegalidade da ordem é *oculta* ou se a dúvida persistir sobre a ilegalidade a ordem torna-se obrigatória e o seu cumprimento pelo inferior hierárquico é causa de exculpação pela referida *obediência hierárquica* [...].⁷⁷¹

⁷⁷⁰ CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general. Tomo II. Sexta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2001, p. 304.

⁷⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: Lumen Juris ICPC, 2006, pp. 328-329.

5.7.2 Natureza jurídica da obediência hierárquica

Não parece supérfluo ingressar na análise da natureza jurídica que encerra o instituto da obediência hierárquica. É que nos sistemas jurídicos nacionais e estrangeiros o problema de que ora se cuida tem suscitado vários debates e, desta maneira, faz-se mister o estudo e o delineamento da natureza jurídica do aludido instituto, pois não há, efetivamente, uma voz uníssona na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema que ora se cuida.

Tanto na literatura jurídica brasileira, como na estrangeira, as opiniões são díspares. Assim, começaremos a traçar a análise da doutrina brasileira, primeiro pela legislação comum – Código Penal, depois, pela legislação especial – Código Penal Militar.

Max Ernst Mayer foi um dos primeiros autores, no começo do século passado, a encampar o dever de obediência hierárquica como causa de exculpação, porque ela conservava, em todas as suas circunstâncias a ilegalidade da ação, porquanto justificava o nominado autor que a ordem da ação não se despoja de antijuridicidade, diante da circunstância de quem dá a ordem que se faz responsável (*como instigador ou autor mediato*) pelo cumprimento da ordem.⁷⁷²

Para o autor *a execução de uma ordem antijurídica é em todas as circunstâncias uma ação antijurídica*. Assim a exculpação decorre do caráter de

⁷⁷² MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Revisión general e prólogo por el professor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 414. Jiménez de Asúa também se inclui no rol daqueles que defendem a natureza jurídica da obediência hierárquica como causa de inculpação. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo IV. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1952, p. 9.

vinculação da ordem, seja por estado de necessidade, seja por hipótese de erro.⁷⁷³

Pois bem, Aníbal Bruno, na terceira edição de seu Manual, antes, portando, da reforma da parte geral do Código Penal, sob a égide da Lei 7.209/84, afirmava que o executor de ordem ilegal, sem aperceber-se de sua ilegalidade realizava um fato punível. Todavia, para o renomado professor a contrariedade do fato com a norma permanecia intacta, verificando-se, neste caso, erro de direito (*rectius*, proibição).⁷⁷⁴

Com a posição adotada por Bruno comungava Everardo Luna que, com esteio em Soler, entendia que a obediência hierárquica e bem assim a coação moral irresistível constituir-se-iam espécie de erro de direito (*rectius*, proibição) disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro. O fundamento de Luna radica na problemática da legítima defesa de terceiro. Para ele, se a ordem é legítima não cabe ao terceiro o exercício do direito de defesa.⁷⁷⁵

Para Fragoso se a ordem determinada pelo superior hierárquico não decorrer de manifesta legalidade, excluir-se-á a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta. *In casu*, a inexigibilidade tem por fundamento o dever de obediência, como consectário do poder disciplinar a que está jungido o subordinado. Todavia, se a ordem é ilegal e o executor conhecia essa

⁷⁷³ MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción directa del alemán por el professor Sergio Politoff Lifschitz. Revisión general e prólogo por el professor José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 415.

⁷⁷⁴ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 173-174.

⁷⁷⁵ LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 278-279. Se ao subordinado se faculta um prévio exame da legitimidade da ordem do superior, segundo Everardo Luna, representa uma causa de inculpabilidade e não uma causa de justificação. *Idem, ibidem*.

circunstância ele há de responder pelo crime, em concurso com o respectivo superior.⁷⁷⁶

No ordenamento jurídico-penal brasileiro comungam da tese de exculpação, por inexigibilidade de outra conduta na obediência hierárquica autores do século passado como Nelson Hungria⁷⁷⁷, Frederico Marques⁷⁷⁸, Celso Delmanto⁷⁷⁹ e Magalhães Noronha.⁷⁸⁰

5.8 Obediência hierárquica no Código Penal Militar Brasileiro

Na esfera do Código Penal Militar a obediência hierárquica, como causa de exculpação assume configuração diferente da do Direito Penal comum: o inferior hierárquico é isento se cumpriu, em estrita obediência, à ordem emanda do superior hierárquico, em matéria de serviço e não seja manifestamente criminoso o objeto da ordem (art. 38, alínea *b*). O Militar não pode invocar a coação irresistível se tal ordem implicar violação ao dever militar, mas só a física ou material (art. 40).⁷⁸¹

⁷⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e ampl por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 213.

⁷⁷⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentário ao código penal**. Volume I. Tomo II. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 260.

⁷⁷⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Volume II. Edição revista, atualizada e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002, p. 274.

⁷⁷⁹ DELMANTO, Celso *et alii*. **Código penal comentado**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 89. De outro turno, é evidente que em tempo de guerra os atos praticados por soldados contra o combatente como a morte ou lesão corporal de natureza grave estão justificados pelas circunstâncias inerentes ao conflito armado

⁷⁸⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. Volume I. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163.

⁷⁸¹ MARTINS, José Salgado. **Direito Penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 247. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 371-373.

A obediência hierárquica adota um critério mais rígido se a referida ordem procede do superior para o subordinado na esfera militar. O inferior está obrigado a obedecer à ordem, em matéria de serviço, a não ser que ela seja manifestamente criminosa ou significar uma violação à disciplina militar.⁷⁸²

José Martins Salgado indaga se o militar pode eximir-se de cumprir uma ordem do superior hierárquico que o determina a participar de movimento contra o poder constituído legitimamente? O autor afirma que a solução do problema depende de influência do sucesso político: Se a insurreição for dominada a ação do militar é louvável meritoriamente por haver desobedecido ao superior rebelado. Por outro lado, se o movimento de revolta for vitorioso, o militar que resistira, terá de prestar contas à justiça pelo ato de insubordinação.⁷⁸³

Jiménez de Asúa analisando a proposição de Martins Salgado afirma que em matéria de Direito Penal Militar o subordinado que desobedece a uma ordem sofre consequências graves e drásticas. Deste modo, o soldado ou inferior, que cumprir uma ordem dessa natureza, ou seja, contra o Estado de Direito Constitucional, poderá amparar-se em uma eximente penal ou, melhor ainda, na inexigibilidade de outra conduta.⁷⁸⁴

O militar deve recusar, entretanto, a cumprir ordem manifestamente criminosa. O Código Penal Militar estabelece que ele não tem o dever de obediência à ordem manifestamente criminosa (art. 38, § 2º, do CPM). O referido dispositivo agasalha um sistema de teorias intermediárias ou relativas, conhecidas pelo Direito Penal Militar como as *baionetas inteligentes* (*baïonnettes intelligentes*) – o militar não deve obediência a ordens não objetivamente

⁷⁸² MARTINS, José Salgado. **Direito Penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 247. Não sendo a ordem criminosa, manifestamente, o militar que a descumprir incide no crime de insubordinação. *Idem*, p. 124.

⁷⁸³ *Idem*, pp. 247-248.

⁷⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. La culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962, pp. 852-853.

legítimas e, por isso, pode desobedecê-las e a *obediência cega (obéissance aveugle)*.⁷⁸⁵

O militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de *insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso*.⁷⁸⁶

O soldado não pode oferecer resistência a uma ordem manifestamente ilegal, porque não lhe compete a sindicância formal da ordem, em face do dever legal de obediência (art. 163 do CPM). Todavia, por expressa disposição legal, não lhe cabe cumprir uma ordem manifestamente criminosa. Se o fizer subalterno e superior serão penalmente responsabilizados, na medida da culpabilidade individual.

No que tange à natureza jurídica do instituto da obediência, no Direito Penal Militar, a doutrina majoritária tem-se inclinado pela tese de exclusão da culpabilidade, em consonância com a posição adotada pelo legislador.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ RAPPARD, Ekkehart Müller. **L'Ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné**, tese, Paris, 1965, p. 252. *In*, ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124.

⁷⁸⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124.

⁷⁸⁷ MARTINS, José Salgado. **Direito Penal: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, pp. 123-124.

CONCLUSÕES

1. No Estado Democrático de Direito o significado político da culpabilidade apóia-se no princípio reitor da legalidade: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, privilegiando a proporcionalidade da pena à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, em respeito à dignidade da pessoa humana, alicerce da construção de toda dogmática penal. A culpabilidade, enquanto categoria dogmática funciona, ora, como princípio de legitimação e limite da pena; ora como elemento do conceito tripartido de crime e, por último, como circunstância judicial.

2. A culpabilidade, em uma perspectiva material, exprime a noção de reprovabilidade pela prática do injusto quando, em circunstâncias normais, o agente podia e devia conduzir sua ação de acordo com a valoração normativa. Assim, o poder agir de outro modo é a essência da culpabilidade.

3. O princípio normativo encerra um juízo de valor; uma norma de julgamento valorativo. O princípio regulativo significa uma *cláusula*, desprovida de conteúdo, que não antecede à decisão do juiz, mas serve de vetor para decidir com justiça o caso concreto. A posição que melhor exprime a substância da inexigibilidade da conduta diversa é esta, porque através dela efetuam-se os critérios da reprovabilidade pessoal a partir do caso concreto de maneira metodologicamente estruturada.

4. Apesar de Henkel ser identificado como partidário do neokantismo ele não identificou um conteúdo valorativo, mas, apenas ontológico para o princípio de regulação. Neste aspecto, Henkel teceu críticas aos adeptos da teoria normativista por classificarem a exigibilidade de outra conduta como fundamento ou pressuposto normativo da culpabilidade.

5. A exigibilidade de outra conduta, enquanto princípio regulativo, aplica-se a todos os ramos do Direito. No tocante ao Direito Penal o princípio atinge todos os elementos do conceito de crime e as causas de justificação e de exculpação.

6. Estabelecida a culpabilidade material deve-se examinar se era exigível ao autor de um injusto comportar-se de acordo com o Direito, isto é, se além do dever ele possuía o poder de agir conforme o Direito, porquanto a ideia de exigibilidade está, intimamente, vinculada à concepção de liberdade, posto que o juízo axiológico de reprovação radica no injusto pessoal, em face de um relativo livre-arbítrio. Deste modo, conclui-se que a culpabilidade, enquanto juízo normativo elaborado pelo julgador tem por base elementos regulativos e normativos, a saber: a exigibilidade de conduta diversa enquanto elemento regulativo e a imputabilidade e a potencial consciência da antijuridicidade como elementos normativos. Isto se dá porque o conceito de culpabilidade transcende o conceito de seus próprios elementos formadores, visto que tem uma função que não se confunde com a dos seus elementos.

7. O carácter normativo da culpabilidade com o binómio norma de direito – que correspondia à ação na fase externa e norma de dever – relacionada ao carácter interno da ação, isto é, a culpabilidade, sendo que a norma de dever vai direccionar a norma de direito. A retirada dos elementos fáticos da culpabilidade, transformou-os em juízos de contrariedade ao dever.

8. Freudenthal, diferentemente de Henkel, re-estruturou de forma sistemática, o princípio da exigibilidade, mas, como poder de atuação alternativa, em uma perspectiva de uma culpabilidade valorativa, em face do princípio do Direito Romano que diz que ninguém está obrigado ao impossível: *impossibilitum nemo tenetur*.

9. Freudenthal buscou entender a teoria de Frank. Para Freudenthal era imprescindível descobrir porque havia uma falha no poder de agir de uma pessoa em face da anormalidade das circunstâncias de um caso concreto e, neste caso a culpabilidade não seria exigível. A tese da não exigibilidade de outra conduta originou-se do recorrente caso *Leinefänger* (cavalo que não obedece às rédeas) que tratava somente da culpa em sentido estrito. A construção doutrinária de então não aceitava que a teoria da inexigibilidade fosse estendida aos crimes dolosos. Todavia, Freudenthal teve a perspicácia de analisar a adoção da citada teoria no caso da Siciliana Terranova que envolve um comportamento doloso e os jurados absolveram-na por inexigibilidade de outra conduta.⁷⁸⁸

10. As circunstâncias concomitantes anormais de Frank foram consideradas premissas básicas para o princípio da inexigibilidade de outra conduta. A partir dessa teoria Goldschmidt formulou sua teoria da motivação da norma de dever e de direito e Freudenthal, no contexto do pós-guerra, criou um conceito ético-individual para a culpabilidade, objetivando evitar a punição de alemães que participaram da guerra e, agindo conforme circunstâncias concretas, não poderiam direcionar suas condutas pela motivação da norma e, dessa maneira, agir de modo diverso.

11. Graf zu Dohna objetou a teoria da inexigibilidade de outra conduta, afirmando que ela surgiu como um meteoro que iluminou o horizonte para depois desaparecer no firmamento. Como se sabe, a teoria somente galgou seus espaços após a segunda guerra mundial, sobretudo, pela nova reformulação de Freudenthal.

⁷⁸⁸ Freudenthal imprimindo os retoques finais à teoria da inexigibilidade de outra conduta, como princípio geral do Direito, a partir dos contornos de Goldschmidt, ilustra sua tese com o célebre caso conhecido como *a cegonha diante os jurados (Klapperstorch)*.

12. Henkel advertia que a inexigibilidade não se encontra subsumida na exigibilidade, pois, a exigibilidade se identifica como elemento componente da culpabilidade e a inexigibilidade não. Isto porque a exigibilidade é um juízo negativo de culpabilidade e a inexigibilidade é um juízo positivo sobre este elemento do crime.

13. Goldschmidt, em apoio à tese de Henkel, afirmava que não existe simetria entre os conceitos de exigibilidade e inexigibilidade, haja vista que não se pode falar em inexigibilidade quando ausente a exigibilidade, pois na inimputabilidade e no erro de proibição a exigibilidade não existe e, nem por isso, pode-se subsumir que exista a inexigibilidade.

14. Para Maurach a inexigibilidade é um dos graus da atribuíbilidade como juízo desvalorativo que corresponde à reprovação. A inexigibilidade como grau de atribuíbilidade significa poder excluir a responsabilidade e, por sua vez, o juízo de desvalor que é o grau de atribuíbilidade.

15. Henkel, em termos metodológico e dogmático, desatou a exigibilidade da inexigibilidade como princípios gerais da culpabilidade. A exigibilidade funciona como elemento da culpabilidade e a inexigibilidade como causa de exclusão da referenciada culpabilidade e estas duas categorias constituem um princípio geral de regulação.

16. O princípio da inexigibilidade de outra conduta, quanto à natureza jurídica, constitui causa suprallegal de exculpação. Para Eberhard Schmidt o princípio da inexigibilidade, como causa geral de exculpação, não se confunde com outras causas especiais de desculpa legalmente previstas. Para o autor tal princípio

destina-se ao juiz, para livrá-lo da dificuldade de encontrar a inexigibilidade diante de um caso concreto e julgar com segurança jurídica.

17. O poder agir de outro modo, com fundamento no indeterminismo ou livre-arbítrio relativo, decorre da potencialidade do conhecimento do injusto, a partir de um juízo de cognição valorativa como pressuposto da reprovação, situado fora da culpabilidade.

18. Figueiredo Dias vê na problemática do indeterminismo ou livre-arbítrio o fundamento da culpa, pois, para ele, o livre-arbítrio é o poder que tem o culpado de agir de forma diferente daquela que de fato agiu.

19. As teorias doutrinárias do determinismo e do indeterminismo renderam grandes debates nas escolas clássica e positiva. Há quem diga que o problema do livre-arbítrio é da filosofia e não do Direito Penal. A conclusão a que se chega é que o livre-arbítrio, também, pode e deve ser objeto de discussão do Direito Penal.

20. Concordamos com Eduardo Correia no sentido de reconhecer-se um livre-arbítrio relativo como liberdade de autodeterminação do poder agir de outro modo, diante das circunstâncias de um caso concreto. E, ainda, com Fernanda Palma, entendemos que pode existir um determinismo moderado, em oposição a um determinismo radical e universal, baseado em uma causalidade psíquica, sem espaço para uma causalidade moral.

21. O legislador brasileiro trata das causas legais de inexigibilidade de outra conduta em duas hipóteses: obediência hierárquica e coação moral irresistível,

conforme se deduz da disposição do art. 22 do Código Penal. Assim, a natureza jurídica da inexigibilidade de outra conduta, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, é de dúplice vértice: legal e supralegal; o primeiro normativo e regulativo o segundo.

22. Em relação ao suporte filosófico da culpabilidade, tem-se que Aristóteles formulou o conceito de pessoa utilizando-se do gênero e da diferencia específica do conceito de homem. Os gregos usavam a palavra *aitia* para designar imputação moral. O filósofo ateniense, a partir da noção de imputação formulou o conceito de liberdade (*prohairesis*), distinguindo os atos voluntários dos involuntários.

23. O conceito de vontade, todavia, surge por obra de Santo Agostinho, sendo depois desenvolvido por São Tomás de Aquino, a partir da concepção do livre-arbítrio.⁷⁸⁹ Mais tarde, o conceito foi incorporado ao Direito Natural por Pufendorf, e, posteriormente, objeto de estudo por von Böhmer e por Hegel.

24. Já o conceito de pessoa surge a partir do Século IV, por força do Direito Canônico, quando a religião católica foi proclamada religião oficial do Império Romano, por decreto de Teodósio.

25. Os Romanos não conheceram um conceito geral de culpabilidade, não obstante, com a sistematização do Direito Canônico a palavra *dolus* significava vontade. Assim, o *dolus malus* correspondia à vontade vinculada a um mau propósito, contrário à moral e o *dolus bonus* correspondia à sagacidade, à esperteza nas relações comerciais, de acordo com a moral.

⁷⁸⁹ Paulo de Tarso na Epístola aos Coríntios, já se referia a um conceito de vontade: *nós não somos escravos da lei: o que nos salva não é nos comportarmos conforme ou não a lei. O que nos salva é a vontade de não querer violar a lei.*

26. Para o Direito Romano *imputatio* tinha o significado de imputabilidade ou culpabilidade, indistintamente. *Imputatio* bipartia-se em *imputatio facti* (ação) e *imputatio iuris* (ação contrária à moral), pela interpretação prática dos juristas romanos. Para a doutrina Alemã *imputatio iuris* correspondia ao dolo ou à culpa.

27. Ihering foi pioneiro ao separar a antijuridicidade objetiva da culpabilidade, distinguindo a culpa civil da culpa penal.

28. A culpa instituída pelo Direito Romano superou, de uma só vez a responsabilidade objetiva pelo resultado (*versari in re illicita*) do Direito Canônico e a responsabilidade moral dos gregos. Antes da República, a palavra culpa poderia significar imputabilidade ou culpabilidade.

29. Com o fenômeno da recepção, por volta da Idade Média, o Direito Romano foi assimilado pelo Direito Alemão, possibilitando a evolução do sistema jurídico a partir do Direito romano-germânico. Assim, a palavra *imputatio iuris* do Direito Romano foi traduzida para o Alemão pela expressão *Schuld*, como abuso da liberdade de vontade.

30. Binding toma a *imputatio* como premissa para o desenvolvimento da teoria da culpabilidade (*Schuld*), analisando a problemática da imputação subjetiva e objetiva do fato a título de dolo - *Vorsatz* ou culpa – *Fahrlässigkeit*.

31. Liszt, a partir das ideias de Binding, formulou um conceito científico para a teoria do crime, colocando a fase externa da conduta na antijuridicidade e a fase interna na culpabilidade. Com Beling, que deu vida autônoma ao tipo, a chamada

escola Liszt-Beling elaborou uma teoria tripartida para o conceito formal de crime. Em seguida, Mezger elabora o conceito de tipo como a *ratio essendi* da antijuridicidade e Mayer, de forma diferente, compreende o tipo como a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Mezger, na qualidade de último representante do causalismo-valorativo, nega a existência de um psicologismo puro. Para ele, o crime é uma ação psicológica normativada.

32. O desenvolvimento de uma teoria autônoma da culpabilidade, em uma visão científica, teve forte influência da metodologia do positivismo jurídico no Século XIX com a teoria psicológica, influenciada pela escola clássica de cunho causalista. Para essa teoria a culpabilidade restringia-se a um conceito unitário: a ligação psicológica do autor com o fato. Dita teoria não explicava porque os elementos psicológicos do crime estavam na ação e o conteúdo na culpabilidade, conforme objeção de Welzel. Para Graf zu Dohna a teoria era insuficiente, porque nos crimes culposos não havia uma relação de causalidade. Além do mais, a teoria não resolvia a questão da culpa inconsciente nem, muito menos, as causas de exclusão da culpabilidade.

33. No primeiro quartel do século XX Frank deu novos contornos científicos à culpabilidade ao conceber o seu conteúdo material: a reprovabilidade pelo poder agir de outro modo. Para Frank à imputabilidade e ao dolo e à culpa adicionar-se-ia um conceito normativo, que, no início de sua investigação, ele chamou de circunstâncias concomitantes, depois de circunstâncias anormais, valorativas, de matriz neokantiana, situando-as dentro e não fora da culpabilidade.

34. A crítica logo se levantou contra Frank, afirmando que sua teoria normativa da culpabilidade significava um retrocesso, por causa do regresso ao *dolus malus* dos Romanos, que voltou a ser enriquecido com a consciência da antijuridicidade.

35. A teoria finalista de Welzel tem como giro dogmático a retirada dos elementos psicológicos da culpabilidade para a ação, tornando o injusto natural em injusto pessoal e o dolo volta a ser natural, avalorado, e a culpabilidade só contém elementos normativos. A metodologia de Welzel tem como base a filosofia ontológica, a partir de estruturas lógico-objetivas, levando-se em consideração o ser e não o dever-ser. Welzel não abandona, por completo, os postulados do causalismo, mas agrega um elemento novo que é a atividade final, baseada no livre-arbítrio.

36. Welzel não compreendia porque a teoria psicológica dividia a ação em um processo causal-objetivo e o conteúdo da vontade (aspecto subjetivo) era deslocado para a culpabilidade psicológica. Welzel superou as incongruências das teorias psicológica e normativa, inspirando uma nova sistemática para os elementos da teoria do crime, todavia, manteve a teoria tripartida da ação de Liszt-Beling pela alto grau de explicação racional dos elementos do crime.

37. Para o causalismo a ação era igual ao desvalor do resultado. Para o finalismo ao desvalor da ação soma-se o desvalor da ação pessoal, visto que o injusto não se esgota na causação do resultado, desvinculada do seu conteúdo, pois a ação só pode ser desvalorada como produto da opção pessoal.

38. A nova sistemática de Welzel não leva em consideração o tipo abstrato, tendo em vista que a ação compõe o substrato do tipo ontológico, enquanto capacidade de autodeterminação do homem.

39. A teoria finalista de Welzel identificou um conteúdo ético-social para o Direito Penal, como meio de superação dos excessos praticados pelo regime do III *Reich*

que havia formulado um conceito de ação baseado na concepção neokantista (ou neoclássica) do Direito.

40. À crítica de que a teoria finalista da ação não se aplicava aos crimes culposos, afirmou Welzel que na imprudência a finalidade era potencial. Respondendo a novas críticas Welzel reformulou sua teoria em relação aos crimes culposos. Doravante, a finalidade na culpa em sentido estrito é conforme o Direito, disse Welzel, porque o injusto não se relaciona com o nexos causal, mas, com a forma pela qual, os meios são utilizados para a realização da ação, cujos meios não estão de acordo com o Direito.

41. Welzel dá ênfase à consciência da antijuridicidade como um juízo de desvalor sobre a conduta típica, pois, quando o agente imputável tem a consciência da antijuridicidade, material, adquirida na esfera do profano, configura-se a culpabilidade material. Assim, a consciência da antijuridicidade atinge o seu ponto mais elevado por causa da consciência do injusto pessoal da ação, superando a teoria da antijuridicidade formal, porquanto, é de concluir-se que a antijuridicidade material é equivalente à culpabilidade material.

42. A questão do livre-arbítrio, para o efeito de determinação da imputabilidade, foi objeto de estudo de Welzel por meio das teorias antropológica, caracteriológica e categorial. Entendemos, a par da pesquisa empreendida, que o livre-arbítrio – objeto de estudo do Direito e da Filosofia – pode ser demonstrado, por meio do determinismo e do indeterminismo relativos, posto que o homem, graças ao seu saber causal, é dotado de pensamento final que dirige sua conduta e não somente, pela coação causal. Por isso, é preciso levar em conta as categorias lógico-objetivas para fundamentar um livre atuar do homem – como fenômeno natural e como fenômeno jurídico ao mesmo tempo.

43. Assim, as alegadas incongruências do instituto da obediência hierárquica em face do Direito Internacional Penal e do Ordenamento Penal não conduzem a uma redefinição do conceito de culpabilidade porque a interpretação que se faz da inexigibilidade de conduta diversa na obediência hierárquica supõe um juízo de valor negativo exterior ao agente (feito pelo julgador, que detém a jurisdição) baseado na reprovabilidade pelo dever que se impõe pelo Direito atual de se insurgir e não obedecer qualquer ordem que se traduza em violação de um bem jurídico penal internacional. No caso, o elemento regulativo da exigibilidade de conduta diversa se consubstancia no fato de que o Direito espera que o agente opte por não seguir a ordem que viola o dito bem jurídico penal internacional.

REFERÊNCIAS

I – Livros:

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução e coordenação Alfredo Bosi. Revisão da tradução... Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Tradução, organização, introdução e notas Nair de Assis Oliveira. revisão Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em direito penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. edición Traducción y estudio introductorio do Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel; PATRÍCIO, Rui. **Estatuto de roma do tribunal penal internacional e textos complementares**. Coimbra: Almedina, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVES, Roque de Brito. **Direito penal: parte geral**. Recife: Intergraf Editora, 2004.

AMBOS, Kai. **Imunidad y derecho penal internacional**. 2 edición actualizada e revisada. Argentina, 1999.

AMBOS, Kai. **Justiça penal internacional**. Guatemala: Fundação Myrna Mack, 2000.

AMBOS, Kai. **La corte penal internacional**: colección autores de derecho penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Traducción de Esequiel Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

AMBOS, Kai. **Os princípios gerais de direito penal no estatuto de Roma**. In, Tribunal Penal Internacional (org). Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMBOS, KAI. **Temas de derecho penal internacional y europeo**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

AMBOS, Kai. **Estúdios de derecho penal y procesal penal**: aspectos del derecho alemán y comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (org). **O direito penal no estatuto de Roma**: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do tribunal penal internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AMERICANO, Odin Indiano do Brasil. **Manual de direito penal**: parte geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANELLO, Carolina Susana. **Corte penal internacional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2003.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Terza edizione riveduta e aggiornata. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

ANTÓN ONECA, José. Autores de derecho penal: dirigida por Edgardo Alberto Donna. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni Editores, [s/d].

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Livro I. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2003.

AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução, estudos introdutórios e notas Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Prefácio Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 1. ed. Bauru: Edipro, 2006.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AGUADO CORREA, Tereza. **Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. Tradução André Estafam, revisão, prólogo e notas Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAIGÚN, David. **El estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas**: homenaje al Dr. Marino Barbero Santos *In memoriam*. Volume I. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Recepção do direito romano**. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Ensaio de direito civil**. São Paulo: Método, 2006.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Características generales del derecho penal internacional convencional**. BERISTAIN, Antônio (ed.). Reformas penales em el mundo de hoy. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

BASSIOUNI, M. Cherif. **International criminal law**: the Nuremberg legacy. 2nd ed. Volume III. New York: Transnational Publishers, Inc. 1999.

BATAGLINE, Giulio. **Direito penal**: parte geral. Tradução Paulo José da Costa Jr. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1973.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**: conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973

BAUMANN, Jürgen. **Problemas reales de una reforma del derecho penal y problemas aparentes**. Libro Homenaje A Jose Peco. Ed. Universidade de La Plata, [s/d].

BAZELAIRE, Jean-Paul. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro de nuremberg a haia. Tradução Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993.

BELTRÁN MONTOLIU, Ana. **Los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda**: organización, proceso y prueba. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**: versão portuguesa do original italiano. Campinas: Red Livros, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. Nona edizione riveduta e aggiornata. Padova: CEDAM, 1976.

BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BINDING, Karl. **Compendio de diritto penale**: parte generale. Prefazione, note e traduzione sulla ottava edizione tedesca di Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1927.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo, Saraiva: 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume 1. 13. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Volume I. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C.J. Santos. 10 ed. rev. Técnica Cláudio De Cicco, apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOLLO AROCENA, Maria Dolores. **Derecho internacional penal**: estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión. Bilbao. Serviço Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema pena à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRANDÃO, Nuno. **Justificação e desculpa por obediência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BRITO, Ricardo de. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Control social y sistema penal**. Barcelona. PPU. S.A, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Lecciones de derecho penal**: parte general. Madrid: Editorial Trotta S.A. 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manuel de derecho penal español**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1984.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1951.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade**: a desterritorialização da jurisdição penal. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Lei penal econômica e objeto de proteção**: o bem jurídico econômico. Ciências Criminais no Século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito do Recife. Coordenadores Ivan Luiz da Silva, Teodomiro Noronha Cardozo e Gamil Föppel. Recife: Editora Universitária, 2009.

CARLOS AGUINAGA, Juan. **Culpabilidad**: nulla poena sine culpa, diversas concepciones, imputabilidad, dolo avalorado o desvalorado. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

CARNELUTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general Del delito**. Traducción Del italiano por Víctor Conde. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Volume I. Campinas: LZN Editora, 2002.

CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**: II. Problemi della comunità Internazionale. Bologna: Società editrice il Mulino, 2007.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya; SALINAS ALCEGA, Sérgio. **Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

CARVALHO, Américo Taipa de. **A legítima defesa**: da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1995.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [s.d].

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**: parte general. Tomo II.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. Obras completas I. Peru. Ara Editores & Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte geral. Prefácio da co-edição Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. **Derecho penal**: parte general. 5 edición corregida, aumentada y actualizada. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL; Manuel; QUITANAR DÍEZ, Manuel. **Instituciones de derecho penal español**: parte geral. Madrid: CESEJ – Ediciones, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMTE, Augusto. **O espírito positivo**. Tradução de Carlos Lopes Monteiro. Porto. Rés-Editora Lta., [s/d].

CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., [s/d].

CÓRDOBA RODA, Juan. **El conocimiento de la antijuricidad em la teoria del delito**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1962.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal**: parte geral. Volume 2. 8. ed. corrigida, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA Jr., Paulo José da. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. e atualizada. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 11. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CREUS, Carlos. **Derecho penal**: parte general. 5. edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2004.

CREUS, Carlos. **Introducción a la nueva doctrina penal**: la teoria del hecho ilícito como marco de la teoria del delito. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, [s/d].

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, Editora, 1995.

D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Culpabilidade y teoria del delito**. Volume I. Buenos Aires: Editorial B de F, 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia antiga e de Roma. Tradução Édson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: Exigibilidad e razões para la exculpación. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

DELMANTO, Celso *et alii*. **Código penal comentado**. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade e Culpa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal e estado de direito material**, p. 39. *In*, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoría del delito**. Traducción de la cuarta edición alemana por Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La ilicitud**: la estructura de la teoría del delito. Buenos Aires: Librería El Foro, 1928.

DONNA, Eduardo Alberto. **Teoría del delito y de la pena**: imputación delictiva. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1995.

ENGISCH, Karl. **La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Prólogo Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRINI, Contardo. **Diritto penale romano**. Milano: Editore-Libráio Della Real Casa, 1899.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Traducción al castellano por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hamurabi S.R.L, 1989.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. Terza edizione. Bologna: Zanichelli editore, 2002.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**: Introducción y parte general. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1953.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **El elemento subjetivo del delito**. Buenos Aires, Depalma, 1957.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. (coord) *et alii*. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. segunda reimpresón. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo. B de F, 2003.

FRIAS CABALLERO, Jorge. **Capacidad de culpabilidad penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1994.

GALLAS, Wilhelm. **La teoria del delito em su momento actual**. Traduzido por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959.

GALLO, Marcello. **La teoria dell'azione finalistica**: nella più recente dottrina tedesca. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 1967.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. *In* BRANDÃO, Cláudio. **Culpabilidade**: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1940.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. Volume I. Tomo I. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GARRAUD, R. **Compêndio direito criminal**. Tradução A.T. de Menezes. Volume I. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915.

GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacionales**: Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1999.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**: prólogo de Eduardo A. Donna. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

GOTTHOLD, Bohne. **Menschenwürde und Strafrecht**, Scherpe-Verlag, 1949, p. 26. *In*, HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito internacional penal**: uma perspectiva dogmático-crítica. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAMATICA, Filippo. **Principios de derecho penal subjetivo**. Traducido del italiano por Juan del Rosal y Victor conde. Madrid. Instituto Editorial Réus, 1941.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz** (de jure belli ac pacis). Introdução de António Manuel Hespanha. 2. ed. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2004.

GUARINI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de

HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. 3. ed. Lisboa: Guimarães Editores Ltda., 1986.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**: obras completas. Livro Homenaje. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal e Culzoni Editores, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**: obras completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.

HOBSBAWN, Eric. **O novo século**: entrevista a Antônio Polito. *In*. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentário ao código penal**. Volume I. Tomo II. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano em las diversas fases de su desarrollo**. Granada: Editorial Comares, 1998.

IHERING, Rudolph von. **El espíritu del derecho romano**: abreviatura por Fernando Vela. Madrid: Marcial Pons, 2005.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução André Luís Callegari. Colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JÁEN VALLEJO, Manuel. **Los principios superiores del derecho penal**. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. Madria. Dykinson, 1999.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo Fernando de Los Ríos. Buenos Aires: Editorial Malbatros, 1954.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, S.L., 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo V. La culpabilidad. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1956.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Problemas de derecho penal**: doctrina técnica del delito. dolor y ceguera estado peligroso. Buenos Aires: Librería y Editorial La Facultad, 1944.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. la culpabilidad y su exclusión. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi e Fúlvio Lubisco. São Paulo: Ícone, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica de la razón práctica**. Traducción de Manuel Fernández Nuñez, E. Miñara y Villagraña, y Manuel García Morente, El Ateneo, Buenos Aires, 2. ed., 1996.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Traducción de la segunda edición alemana (gottinga, 1980) por Joaquín Cuello contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**. In, JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução André Luís Callegari. Colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Traducción Claudia López Diaz. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 1996.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Obediência hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. **O tribunal penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Traduzido de la 20. edición alemanha por Luis Jiménez de Asúa. Segunda Edición. Madrid: Editorial Réus S.A., 1927.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução e comentários José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. 1. ed. Campinas: Russell, 2003.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Volume I. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006

LOMBOIS, Claude. **Droit penal internacional**. Paris: Deixième édition, 1979.

LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. acrescida de anotações. São Paulo: Saraiva, 1993.

LUZÓN DOMINGO, Manuel. **Tratado de La culpabilidad y de la culpa penal**. Tomo I. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1960.

MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**. Volumen I. Tomo Primo. 5. edizione accresciuta e aggiornata. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1951.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale**. Volume Primo. Torino: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1948.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Volume II. Edição revista, atualizada e amplamente reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Millennium, 2002.

MAURACH, Reinhart, **Derecho penal**: parte general. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002.

MERKEL, Adolf. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEZGER, Edmund. **La culpabilidad em el moderno derecho penal**. Prólogo y notas por Juan del Rosal. Valladolid: Facultad de Valladolid, 1956.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. ed. Alemana y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Direito Privado, 1949.

MIGUEL, João Silva; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Direito e justiça: o tribunal penal internacional e a transformação do direito internacional**. Lisboa: Editora da Universidade Católica Portuguesa, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 5. edición. Barcelona: Reppertor, S.L., 1998.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Primeira parte. Traducción del Alemán P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899.

MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Tomo segundo y último. Traducción del Alemán por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1899.

MOREIRA, Vital; ASSUNÇÃO, Leonor; CAEIRO, Pedro; RIQUITO, Ana Luísa. **O tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. **Derecho penal**: parte general. Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso. Juicio de antijuricidad. Tomo II. Volumen I. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2008.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

NAUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal: excludente de culpabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. Volume I. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUÑEZ, Ricardo C. **La culpabilidad em el código penal**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.

NUÑEZ, Ricardo C. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo segundo. 2. reimpresión. Buenos Aires: Editora Córdoba, 1988.

NUÑEZ, Ricardo C. **Uma síntesis de la concepcion dogmática del delito**. Libro homenaje a Jose Peco. Ed. Universidad Nacional de La Plata, [s/d].

NUÑEZ, Ricardo. **La culpabilidad em el código penal**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.

OBARRIO, Manuel. **Curso de derecho penal**. Buenos Aires: Félix Lajouane, Editor, 1902.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PETROCELLI, Biagio. **L'Antigiuridicità**. Terza edizione riveduta. Padova: CEDAM, 1955.

PETROCELLI, Biagio. **La colpevolezza**. Padova: CEDAM, 1962.

PINA DELGADO; José Manuel de; K. TIUJO, Liriam. O princípio da responsabilidade penal individual nos estatutos do tribunal militar internacional de nuremberg e do tribunal penal internacional. **Direito e Cidadania**. Ano IV. Ns. 12-13. Março a dezembro/2001. Cabo Verde.

PLATÃO. **As leis ou da legislação e epinomis**. Tradução Édson Bini. Bauru: Edipro, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume I. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érica Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica e seus fundamentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PUFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, em dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

PUIG PEÑA, Frederico. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte Geral del derecho penal**. Barcelona: Editorial Aranzadi, S.A., 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausenn. revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAINERI, Silvio. **Manuale de Diritto Penale**: parte generale. Volume primo. Padova: CEDAM, 1952.

RAPPARD, Ekkehart Müller. **L'Ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné**, tese, Paris, 1965, p. 252. *In*, ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994

REALE Jr., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 4. tir., São Paulo: Saraiva, 2004.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução Edmir Missio. Revisão da tradução Maria Ermantina Galvão. Revisão técnica de Gildo Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIGHI, Esteban. **La culpabilidade em matéria penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

RIPOLLÉS, Antônio Quintano. **Derecho penal de la culpa**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1958.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. **Tratado de derecho penal internacional e internacional penal**. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1955.

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. **Derecho penal español**: parte general. Tercera edición. Madrid: Gráfica Carasa, 1973.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1978.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAINZ CANTERO, José A. **La ciência del derecho penal y su evolucion**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2006.

SAUER, Guilherme. **Derecho penal**: parte general. Traducción directa del alemán por Juan Del Rosal y José Cerezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956.

SCARANO, Luigi. **La non esigibilità nel diritto penale**. Napoli: Casa Editrice Libreria Húmus, 1948.

SCHAFFSTEIN. **Die Nichtzumutbarkeit als. cit., p. 79. In, AGUADO CORREA, Tereza. Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2004.

SCHAFFSTEIN, Federico. **La ciência europea del derecho penal em la época del humanismo**. Traducción de José Maria Rodrigues Devesa. Madrid: Coleccion Civitas, 1954.

SCHMIDT, **Lehrbuch des deustchen**, p. 267 a 272. *In, AGUADO CORREA, Tereza. Inexigibilidad de outra conducta em derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Estúdios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario.

Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, SA., 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milênio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SEBASTIAN, Soler. **Derecho penal argentino**. Tomo I. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1978. Sexta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

SILVA, Beclate Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da (org). **Tribunal penal internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2004.

SOUZA NETO. **O motivo e o dolo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1949.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal: parte general**. Parte I. El hecho punible. Traducción de la 2. ed. alemana de Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982.

STUART MILL, John. **Da liberdade**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1956.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES PÉREZ, Maria; BOU FRANCH, Valentín. **La contribución del tribunal internacional penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal: parte geral**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução da 5. edição alemã, revista e ampliada. Prof.^a Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILLALPANDO, Waldo. **De los derechos humanos al derecho internacional penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.

WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del derecho penal alemán**. 1. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans *et alli*. **Derecho injusto e derecho nulo**. 1. edición. Madrid: Aguilar, 1971.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas. São Paulo: romana, 2003.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Traducción e notas por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

WELZEL, Hans. **Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WERLE, Gerhard. **Tratado de derecho penal internacional**. (coord) Maria del Mar Diaz Pita. Traductores: Claudia Cárdenas Aravena *et alii*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

WERLE, GERHARD; NERLICH VOLKER. *In*, **Tribunal penal internacional**: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão. (org) Pablo R. Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha, Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. 2 ed. 2 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. IV. Buenos Aires: Ediar sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOLKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. edición. Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, 2002.

II – Artigos:

ALEXY, Robert. **Revista española de derecho constitucional**. Ano 22. N. 66. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Set/dez. 2002.

AMBOS, Kai. Responsabilidade penal individual en el derecho penal supranacional: um análisis jurisprudencial – De Nuremberg a La Haya. **Revista de la asociación de ciencias penales de costa rica**. Ano 15. N. 21. Octubre, 2003.

AMBOS, Kai. Sobre el efecto eximente del *actuar bajo ordens* desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional. Criminalia. **Academia mexicana de ciências penalis**. México: Editorial Porrúa, 2002.

BAIGÚN, David. La obediência debida em el art. 514 del Código de Justicia Militar. Doctrina penal: teoría y práctica en las ciências penales. **Revista Trimestral**. Ano 9. Ns.33 a 36. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. Poder disciplinar: um direito penal administrativo? **Revista da Esmape**. Volume 3. N. 7. Janeiro/Junho 1998.

BRANDÃO, Cláudio. Poder do empregador e exclusão da culpabilidade criminal. **Revista da Esmape**. Volume 5. N. 11. Janeiro/Junho 2000

BRANDÃO, Cláudio. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. Ano 1. Volume 1. julho-dezembro e 2004.

DOLCINI, Emilio. Responsabilità oggettiva e principio di colpevoleza. **Revista Italiana di Diritto e procedura penale**. Milano: Giuffré Editore [s/d].

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas em el Estatuto de Roma. **Revista Penal N. 16**. Universidad de Castilla-La Mancha: La Ley S.A.

KAUFMANN, Arthur. Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Giuffré, 1973.

MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito penal**. Ano IV. N. 15. Outubro/dezembro. 1966. Rio de Janeiro.

PISANI, Nicola. L'elemento psicológico del crimine internazionale nella parte generale dello statuto della corte internazionale penale. **Revista italiana di diritto e procedura penale**. nuova serie. Ano XLIV. Fas. 4. Ottobre-dicembre. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2001.

SILVEIRA, Euclides Custódio da. Inexigibilidade de outra conduta. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano III. N. 11. Outubro a dezembro de 1965.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 5. N. 24. Outubro-dezembro 1998.

WELZEL, Hans. A Dogmática no direito penal. **Revista de direito penal**. Ns. 13/14. Janeiro-Junho. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1974.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. Tradução Nilo Batista. **Revista de direito penal**. Número 03. Julho/setembro 1971. Editor Borsoi.

WELZEL, Hans. La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'Azione. **Revista Italiana de diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1951.