

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**TIAGO INFORÇATTI RODRIGUES**

**A DOUTRINA DA (IN)EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA AO  
LONGO DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE E SEUS REFLEXOS NA  
LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**TIAGO INFORÇATTI RODRIGUES**

**A DOUTRINA DA (IN)EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA AO  
LONGO DAS TEORIAS DA CULPABILIDADE E SEUS REFLEXOS NA  
LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

**SÃO PAULO  
2011**

Banca Examinadora

---

---

---

Dedico este trabalho aos meus pais e à minha  
irmã, fontes perenes e incondicionais de apoio.

A realização deste trabalho somente se tornou possível em razão do auxílio de algumas pessoas, às quais devo a minha mais sincera gratidão.

Agradeço, inicialmente, ao Professor Guilherme de Souza Nucci, por ter aceitado a tarefa de me orientar nesta empresa, pela atenção disponibilizada e pelos valiosos conselhos.

Agradeço, enormemente, aos conselhos do Amigo e Professor Gustavo dos Reis Gazzola, indispensável mestre do direito e da vida, sempre presente em todos os momentos.

Agradeço a Fernando Pereira Vianna Neto, exemplo de integridade e honestidade, e a quem, mais do que agradecimentos por este trabalho, devo parte do meu amadurecimento como ser humano.

Agradeço ao auxílio intelectual e material de Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras, que me forneceu boa parte das obras consultadas neste trabalho e que sempre esteve aberto à discussão das minhas mais diversas dúvidas jurídicas.

Agradeço, por fim, ao Professor João Ibaixe Jr., pelo pronto auxílio em algumas importantes questões filosóficas.

## RESUMO

RODRIGUES, Tiago Inforçatti. **A doutrina da exigibilidade e da inexigibilidade ao longo das teorias da culpabilidade e seus reflexos na legislação penal pátria.** 247 p. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

O presente trabalho tem como objetivo a análise da ideia de exigibilidade e inexigibilidade ao longo das mais diversas teorias da culpabilidade, no direito penal, bem como do reflexo de tais ideias na legislação penal pátria (diplomas antigos e atual) e sua crítica. Justifica-se o trabalho pela complexidade e conhecida importância do tema na teoria do crime, bem como pelos reflexos práticos imediatos que eventuais alterações em sua estrutura possam proporcionar à prática jurídica. O percurso teórico segue a linha histórico-cronológica, no que se relaciona às escolas e teorias referidas, sem, entretanto, a pretensão de exaurir o conhecimento sobre o assunto nem tampouco oferecer soluções a todas as correntes de pensamento apresentadas. Para tanto, perpassa o presente estudo por teorias psicológicas, normativistas, finalistas e pós-finalistas da culpabilidade, e o reflexo de cada uma delas pela ideia de exigibilidade e inexigibilidade. Posteriormente, apresenta-se a análise da legislação pátria, e, por fim, as hipóteses teóricas que se entendem mais corretas, na atualidade, concluindo com breves sugestões legislativas.

**Palavras-chave:** Direito penal, culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa.

## ABSTRACT

RODRIGUES, Tiago Inforçatti. **The theory of exigency in the theories of culpability and its effects in Brazilian criminal law.** 247 p. Dissertation (Masters) – Faculdade de Direito (Law School), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

This work has as its goal the analysis of the concepts of exigency in several theories of culpability in Brazilian law, as well as its effects in Brazilian criminal legislation (in old and current statutes) and its criticism. This work's reason is the complexity and well-known importance of crime theory, as well as the practical applications to judicial practice it may have whenever an alteration to the discussed subject occurs. This work will follow the chronological development of different theories without, however, attempting an exhaustive survey of this field nor to offer solutions to every problem posed by the examined schools of thought. To do so this work examines psychological, legalistic, results and post-results theories of culpability, as well as each of those theories' effects in the concept of exigency. Brazilian legislation is also analyzed in conjunction with those theoretical hypotheses judged most correct today and finally, some brief legislative suggestions are offered.

**Keywords:** Criminal law, culpability, exigency.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. CULPABILIDADE E CONSTITUIÇÃO – GARANTIA INDIVIDUAL, FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA.....</b>	<b>16</b>
1.1. O princípio da culpabilidade.....	16
1.2. Culpabilidade como fundamento e limite da pena.....	19
<b>2. EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE – DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA AOS TEÓRICOS NORMATIVISTAS.....</b>	<b>23</b>
2.1. Responsabilidade objetiva: povos primitivos, culturas antigas e primeiros delineamentos teóricos.....	23
2.2. Teoria psicológica da culpabilidade.....	28
2.2.1. Precedentes históricos e teóricos.....	28
2.2.2. Teoria psicológica da culpabilidade e sua crítica.....	31
2.2.2.1. O <i>dolus malus</i> e seu reflexo na teoria psicológica.....	34
2.2.2.2. O conceito de ordem entre dolo e culpa.....	36
2.2.2.3. Outras consequências insuperáveis da teoria psicológica da culpabilidade.....	36
2.3. Teorias normativas da culpabilidade.....	37
2.3.1. Precedentes históricos e teóricos.....	37
2.3.2. Teoria normativa da culpabilidade – principais fundadores... 2.3.2.1. O normativismo e a obra de Reinhard Frank.....	38 39
2.3.2.2. O normativismo e a obra de James Goldschmidt.....	43
2.3.2.3. O normativismo e a obra de Berthold Freudenthal.	47
2.3.3. Bases gerais da teoria normativa e sua evolução em relação ao psicologismo.....	50
<b>3. EVOLUÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NA ESTRUTURA DA CULPABILIDADE ENTRE OS TEÓRICOS NORMATIVISTAS.....</b>	<b>53</b>
3.1. Breve resumo remissivo da estrutura da culpabilidade.....	53

3.2. Considerações acerca da liberdade de vontade entre a teoria psicológica e a teoria normativa e seus reflexos na estrutura da culpabilidade.....	55
3.3. Exigibilidade com fundamento individualizador na estrutura da culpabilidade.....	61
3.4. Crítica à exigibilidade com fundamento individualizador e introdução à exigibilidade com fundamento generalizante na estrutura da culpabilidade.....	65
3.5. Crítica à exigibilidade com fundamento generalizante e guinada no sentido da culpabilidade generalizante.....	70
3.6. Considerações sobre a política criminal na República de Weimar e os seus reflexos na dogmática penal da época.....	72
3.7. A teoria de Heinrich Henkel e o resgate da doutrina da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa.....	80
<b>4. DECLÍNIO E QUEDA DA TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE COM BASE CAUSAL-VALORATIVA E ASCENSÃO DO FINALISMO COMO NOVO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....</b>	<b>86</b>
4.1. As mazelas do normativismo.....	86
4.2. A dogmática finalista e seus pressupostos filosóficos.....	87
4.3. A culpabilidade na doutrina finalista de Hans Welzel.....	91
4.3.1. Livre arbítrio como pressuposto existencial da culpabilidade	93
4.3.2. Os elementos da culpabilidade finalista de Welzel.....	96
4.3.2.1. Os elementos intelectuais da reprovabilidade.....	97
4.3.2.2. O elemento volitivo da reprovabilidade em Welzel: a exigibilidade de conduta conforme o direito.....	98
4.3.3. Os limites da exigibilidade na doutrina finalista de Welzel...	100
4.3.4. Ponderações acerca da liberdade de vontade entre a exigibilidade com fundamento individualizador na doutrina de Freudenthal e a exigibilidade na doutrina finalista de Welzel.....	104
4.4. A teoria da atribuição de Reinhart Maurach e o posicionamento da exigibilidade.....	109
<b>5. O PÓS-FINALISMO E AS TEORIAS DA CULPABILIDADE....</b>	<b>113</b>

5.1. Ascensão e crise da culpabilidade finalista.....	113
5.2. Novamente, a questão da liberdade de vontade e a conseqüente derrocada das penas retributivas e da culpabilidade normativa.....	116
5.3. Culpabilidade e responsabilidade em Claus Roxin.....	122
5.3.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade no funcionalismo de Claus Roxin.....	124
5.4. O funcionalismo monista e a culpabilidade em Günther Jakobs..	130
5.4.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade no funcionalismo de Jakobs.....	134
5.4.1.1. As hipóteses de estado de necessidade supralegal e inexigibilidade inespecífica como motivo da exculpação em Jakobs.....	138
5.4.2. Crítica à culpabilidade com fundamentação preventivo-geral	141
5.5. A culpabilidade pela formação da personalidade em Jorge de Figueiredo Dias.....	145
5.5.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade na culpabilidade pela formação da personalidade em Figueiredo Dias.....	147
5.5.2. Crítica à culpabilidade pela formação da personalidade e à exigibilidade de conduta diversa em Figueiredo Dias.....	150
5.5.3. A inexigibilidade como princípio de direito penal na obra de Joe Tennyson Velo.....	155
<b>6. A EVOLUÇÃO DA EXIGIBILIDADE E DA INEXIGIBILIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA – REFLEXO DAS DIFERENTES TEORIAS ESTUDADAS.....</b>	<b>160</b>
6.1. As Ordenações do Reino e os antigos Códigos Penais – suas disposições legais acerca da culpabilidade e da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa.....	161
6.1.1. As Ordenações do Reino.....	161
6.1.2. O Código Criminal do Império.....	162
6.1.3. Período republicano – Código Penal Brasileiro de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932.....	164
6.2. Os precedentes e o Código Penal de 1940.....	168
6.2.1. A culpabilidade no Código Penal de 1940.....	169

6.2.2. A questão da exigibilidade e da inexigibilidade no Código Penal de 1940.....	171
6.2.3. A respeito da coação irresistível e de outras polêmicas acerca do Código Penal de 1940.....	176
6.3. A tentativa de reforma da legislação penal: o anteprojeto Nelson Hungria e o Código Penal de 1969.....	180
6.3.1. A questão da culpabilidade e da exigibilidade e inexigibilidade no Código Penal de 1969.....	181
6.4. A reforma da parte geral do Código Penal de 1940 (lei 7.209 de 11 de julho de 1984).....	186
6.4.1. A culpabilidade na nova parte geral do Código Penal de 1940.....	188
6.4.2. A questão da exigibilidade e da inexigibilidade na nova parte geral do Código Penal de 1940.....	191
6.4.2.1. Coação moral irresistível e obediência hierárquica	192
6.4.2.2. Estado de necessidade exculpante.....	196
6.4.2.3. Inexigibilidade de conduta diversa supralegal .....	202
<b>7. BREVE ESFORÇO DE LEGISLAÇÃO COMPARADA.....</b>	<b>210</b>
7.1. As disposições acerca de exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa no Código Penal alemão.....	210
7.2. As disposições acerca de exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa no Código Penal português.....	211
<b>8. TOMADA DE POSIÇÃO, ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA ATUAL E SUGESTÕES.....</b>	<b>214</b>
8.1. As premissas essenciais da culpabilidade.....	214
8.2. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa	220
8.3. Breves sugestões à legislação pátria.....	229
<b>CONCLUSÕES ARTICULADAS .....</b>	<b>232</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>239</b>

## INTRODUÇÃO

Não importa o quão longe se retorne na história da humanidade, é ponto pacífico a existência e a aplicação de alguma forma de pena por parte do homem. Seja ela reflexo de mera vingança, fonte de prevenção contra eventos danosos ou proteção da estrutura social, lá estava a reprimenda.

Todavia, o mesmo não se pode dizer a respeito da culpabilidade. Esta, por sua vez, constitui capítulo recente da história do direito penal e foi adotada, há pouco tempo, pela sociedade como fonte de proteção do homem contra o próprio Estado soberano. Não obstante sua recente inserção no meio jurídico, a culpabilidade foi motivo de grande parte dos embates envolvendo o direito penal, ao menos nos dois últimos séculos, de modo que, sofreu mudanças significativas em seu conceito e em sua estrutura.

Mais nova ainda, porém, é a ideia de exigibilidade e inexigibilidade, que somente surgiu para o direito penal após boa parte do desenvolvimento do conceito de culpabilidade.

É exatamente este o núcleo de nosso trabalho; estudarmos o desenvolvimento do conceito de exigibilidade e inexigibilidade ao longo das diversas teorias de culpabilidade, bem como o reflexo destas teorias no direito penal pátrio moderno.

A abordagem inicial se dará com os primeiros resquícios da culpabilidade, momento em que consideraremos o que se entendia por culpa entre os povos primitivos e culturas antigas, até chegarmos aos primeiros delineamentos teóricos, que, conforme se verá, desembocam na concepção do princípio *nullum crimen sine culpa*.

A partir desse ponto, seguiremos um roteiro cronológico por meio das diversas escolas que se ocuparam da culpabilidade, não somente como um princípio abstrato e genérico, mas como um conceito sistematizado e organizado dentro da estrutura analítica da teoria do crime.

Obviamente, a primeira escola moderna de culpabilidade abordada será a teoria psicológica, a qual, tomando por base os primeiros delineamentos teórico-dogmáticos do crime introduzidos pelo sistema Liszt-Beling, construiu o modelo inicial de culpabilidade sistematizado.

A análise da escola psicológica desemboca em sua crítica e na introdução dos estudos das diversas correntes da culpabilidade chamadas normativistas. A respeito

destas, será imprescindível uma divisão entre os seus três grandes expoentes, Reinhard Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, cada qual com seu respectivo tópico.

Após a ponderação detalhada destes doutrinadores, em especial, abordaremos brevemente as bases gerais da doutrina normativa, bem como sua evolução em relação à teoria psicológica da culpabilidade anterior, a fim de demonstrarmos as gritantes diferenças entre as duas teorias, para, então, aprofundarmo-nos na abordagem do tema da exigibilidade, que, conforme se verá, nasce exatamente das mãos dos três doutrinadores normativistas acima mencionados.

A análise detida da exigibilidade e da inexigibilidade na estrutura normativa da culpabilidade demandará uma série de subitens, haja vista sua variedade e complexidade. A princípio, questionamentos acerca da liberdade de vontade entre a teoria psicológica e a normativa da culpabilidade serão imprescindíveis.

Após isso, as várias concepções dos termos exigibilidade e inexigibilidade serão abordadas, ainda em torno da culpabilidade normativa, demonstrando a enorme diversidade de entendimentos entre um e outro autor, bem como sua importância no direito penal.

Por outro lado, nosso estudo dogmático demandará, também, análises político-criminais que, conforme se verá, serão de extrema importância para a compreensão dessa variação em torno do tema de nossa pesquisa, bem como serão também de grande importância para entendermos seu declínio em dado momento da dogmática jurídico-penal.

Após tal ponderação acerca da estrutura normativa da culpabilidade, introduziremos o estudo pautado dos principais delineamentos teóricos da culpabilidade finalista, nos moldes de seu principal expoente, Hans Welzel, bem como o reflexo da nova concepção na doutrina da exigibilidade e da inexigibilidade.

Novamente, a partir da análise do finalismo, o capítulo demandará análises comparativas, evidenciando as diferenças de posicionamento entre a nova teoria de culpabilidade e seus reflexos em nosso objeto de estudo, nos seus mais diversos aspectos.

Abordaremos, então, o pós-finalismo, com ênfase nas suas críticas à estrutura finalista e em suas premissas teóricas. Dentre os autores deste grupo, analisaremos detidamente as teorias de Claus Roxin, Günther Jakobs e Jorge de Figueiredo Dias. Para cada um deles será dedicado um tópico próprio dentro do capítulo, de modo a

evidenciar devidamente seus delineamentos teóricos acerca da ideia da culpabilidade e, principalmente, os reflexos dessas novas ideias na doutrina da exigibilidade.

Será possível observar que, uma vez mais, o objeto de nosso estudo sofreu diversas alterações, adaptando-se às novas tendências, ora perdendo e ora ganhando importância na estrutura do delito, dependendo da forma como foi considerado pelos diversos autores.

Após a análise detida dos pós-finalistas e o encerramento do estudo da evolução da exigibilidade e da inexigibilidade ao longo das mais diversas teorias de culpabilidade, passaremos, em um novo capítulo, a abordar o nosso objeto com vistas à legislação penal pátria.

Os estudos estarão focados nos diplomas penais que vigoram no Brasil, desde as Ordenações do Reino até o atual Código Penal de 1940, este com sua nova parte geral datada da reforma de 1984. Obviamente, ademais, não nos esqueceremos de pautar o Código Penal de 1969, que apesar de não ter entrado em vigor, representou grande evolução no que se refere ao tema do presente estudo.

Cada um dos diplomas penais que vigoram em nosso país receberá um tópico próprio, dividido em subtópicos, que visarão à análise detida dos instrumentos relacionados à exigibilidade e à inexigibilidade e a relação entre estes institutos e as teorias analisadas na primeira parte de nosso trabalho. Entretanto, obviamente, o Código Penal atual, com sua reforma de 1984, receberá a análise mais detida, momento em que abriremos espaço não somente para a consideração dos dispositivos e o reflexo das diversas teorias, como também para a crítica doutrinária dos institutos atinentes ao tema.

Um breve esforço em torno da legislação comparada, cujos focos serão os Códigos Penais alemão e português atuais, nos pareceu razoável; entretanto esta comparação será feita em capítulo a parte. Entendemos necessária a abordagem de ambos uma vez que refletem a quase totalidade da nacionalidade da doutrina que pautamos, em primeiro plano, no estudo teórico do tema nuclear.

Um capítulo final será dedicado à nossa tomada de posição em relação ao tema. Trata-se do momento no qual produziremos, com base em toda a teoria analisada, bem como nas legislações penais pátrias ponderadas, uma opinião acerca da exigibilidade e da inexigibilidade e seus reflexos no direito penal pátrio.

O capítulo será subdividido em três tópicos. O primeiro deles dedicado à análise das premissas que entendemos imprescindíveis a quaisquer conceitos de

culpabilidade e que se relacionam diretamente com o nosso objeto de estudo: a ideia de exigibilidade e inexigibilidade.

O segundo tópico será dedicado exclusivamente ao que entendemos como exigibilidade e inexigibilidade, baseando-nos em nossas premissas devidamente estabelecidas de um conceito de culpabilidade, uma vez que nosso objeto de estudo está com ela estreitamente ligado, bem como baseando-nos nas diversas teorias enfocadas. Este será nosso posicionamento final acerca do conteúdo dogmático do objeto, de modo que, sem visarmos à construção perfeita de uma ideia, apresentaremos o que entendemos como mais correto sobre o tema.

Por fim, realizaremos uma complementação da visão crítica acerca do Código Penal atual, de modo a sugerir uma abordagem mais apropriada da exigibilidade e da inexigibilidade na legislação penal. Trata-se de uma visão cujo intuito é adequar o conceito estudado à realidade social particular que encontramos em nosso país.

# 1. CULPABILIDADE E CONSTITUIÇÃO – GARANTIA INDIVIDUAL, FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA

## 1.1. O princípio da culpabilidade

Tratar do tema da culpabilidade, seja qual for a concepção ou a teoria a que nos vinculemos, é tratar inevitavelmente da principal coluna de sustentação da teoria do crime e do problema central do direito penal<sup>1</sup>. Ademais, tratar da doutrina da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa, ao longo da evolução da estrutura jurídico-dogmática da culpabilidade, é debruçar-se sobre um dos elementos mais tormentosos relacionados a esse tema.

O estudo da teoria do crime, a partir desse ponto, parece ser um pressuposto para qualquer investigação criminal, e, nesse sentido, Ernst Hafter é preciso ao afirmar que “El problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar.”<sup>2</sup>

Tendo isso em vista, a primeira indagação que se deve realizar em um trabalho científico que pretende abordar o tema é: qual o conceito de culpabilidade?

Culpabilidade é uma garantia constitucional individual (e com reflexos sociais), ainda que implícita, que se relaciona com os vários princípios penais e processuais penais (explícitos e implícitos), os quais são assegurados em um Estado Democrático de Direito, a fim de limitar a intervenção do Estado na órbita da liberdade pessoal do indivíduo, que se dá, obviamente, por meio da pena, em se tratando de direito penal.

Conforme menciona Francisco Muñoz Conde,

En un Estado democrático y social de Derecho el concepto de culpabilidad debe servir para realizar la tarea protectora del individuo y de la sociedad que tiene asignada el Derecho penal y no para entorpecerla.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 123.

<sup>2</sup> HAFTER, Ernst. *Apud ASÚA, Luiz Jiménez de. Tratado de derecho penal – Tomo V – La Culpabilidad*. 4 ed., actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A, 1964. p. 20. Tradução nossa: “O problema da culpabilidade é o problema do destino do direito de castigar.”

<sup>3</sup> *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. p. 62. Tradução nossa: “Em um Estado democrático e social de Direito, o conceito de culpabilidade deve servir para realizar a tarefa protetora do indivíduo e da sociedade que é atribuída ao Direito penal, e não para atrapalhá-la.”

A fórmula usualmente utilizada em referência ao princípio da culpabilidade é o brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, que pode ser traduzido basicamente por *não há crime sem culpa*. Assim, uma vez estando o indivíduo protegido de abusos estatais por meio do princípio da culpabilidade, não há que se falar em imposição de pena caso não haja um vínculo que ligue o sujeito a um fato típico e ilícito (um injusto, portanto), uma vez que, do contrário, estaríamos tratando de responsabilidade objetiva, exatamente o que se superou com o princípio em apreço.

Trata-se de conquista da humanidade e, segundo Biagio Petrocelli,

Il principio non c'è pena senza colpevolezza, più esattamente non c'è reato senza colpevolezza, è ormai patrimonio indiscutibile della civiltà giuridica, e talmente connaturato all'idea del reato che sarebbe quasi inutile farne espresa menzione, bastando vederlo presentarsi e vivere, di regola in ogni norma penale.<sup>4</sup>

Tão importante conquista que, segundo Franz von Liszt, “é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal.”<sup>5</sup>

O princípio da culpabilidade, entretanto, conforme mencionamos, sempre se interrelaciona com vários outros princípios, de modo que, quando falamos em Estado Democrático de Direito, em garantias individuais, somente podemos falar em proteção concreta quando há uma rede de princípios atuando conjuntamente em prol do indivíduo.

É esse conceito reafirmado por Guilherme de Souza Nucci ao explicar que:

A intervenção mínima assegura o Estado Democrático de Direito, restringindo-se ao mínimo possível a atuação punitiva estatal. Diante disso, exigir a presença da culpabilidade, entendida esta, na teoria do crime, como a existência de dolo ou culpa, constitui garantia humana fundamental. O lastro dessa garantia pode ser encontrado na dignidade da pessoa humana, princípio regente e norteador de toda a atividade estatal de respeito ao indivíduo e de valorização de sua autoestima e inserção em sociedade.<sup>6</sup>

De fato, tratar da culpabilidade implica tratar de princípios e garantias individuais e sua interdisciplinaridade, conforme esclarece Nucci. Assim, se no âmbito do direito penal e processual penal existem, conforme Nucci<sup>7</sup>, os princípios regentes da dignidade da pessoa e do devido processo penal, respectivamente, toda

---

<sup>4</sup> 1962, p. 27.

<sup>5</sup> *Tratado de direito penal alemão*. tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 260.

<sup>6</sup> *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 226.

<sup>7</sup> *op cit*, p. 39.

uma rede de outros princípios, implícitos e explícitos, com eles se interrelacionam, cumprindo a finalidade do Estado Democrático de Direito. E, entre eles, obviamente, encontramos a culpabilidade.

A culpabilidade, como princípio de direito penal, relaciona-se diretamente com os princípios explícitos da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988) e da responsabilidade pessoal<sup>8</sup> (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal). Com o primeiro, na medida em que, admitidas as mais diferentes circunstâncias em que se pode dar um crime, bem como a diferença entre um crime doloso e outro culposos, deve o magistrado se atentar a tais peculiaridades, estabelecendo este a medida da responsabilidade penal adequada. Com o segundo, na medida em que a culpa somente se estende àqueles que efetivamente participaram, culposa ou dolosamente, de um injusto, jamais sendo estendida àqueles que não têm qualquer relação com o fato típico e ilícito.

Ademais, não seria equivocado relacionar a culpabilidade com outros princípios, como a legalidade, pois ninguém pode ser culpado sem que o fato a que deu causa seja anteriormente tipificado; como a intervenção mínima, porque esta impede que a culpa possa decorrer de uma intervenção estatal inócua e supérflua, que não visa a proteger bens jurídicos; como a proporcionalidade, uma vez que a culpabilidade decorrente de uma a conduta culposa (em sentido estrito) ou dolosa, atua de maneira diversa contra o indivíduo criminoso; e com tantos outros princípios vinculados à liberdade do indivíduo, e que, em sua universalidade, garantirão um mínimo existencial digno.

Nesse mesmo sentido, a respeito da interdisciplinaridade entre os princípios, menciona Márcia Dometila Lima de Carvalho que:

A constituição de 1988, fundamentando o Estado Democrático de Direito, por ela criado, na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), teria, necessariamente, de contemplar, como corolário dessa dignidade, o princípio da culpabilidade (inciso LVII do artigo 5º), ao qual se conxionam princípios outros, como o da presunção de inocência, o da individualização da pena, enfim, todo aquele feixe de princípio que materializam [*sic*] aqueloutro “do devido processo penal”.<sup>9</sup>

O reflexo formal imediato do princípio da culpabilidade, do modo como o extraímos da Constituição e de um Estado Democrático de Direito, é perceptível no sentido de não poder haver responsabilidade objetiva, ou seja, de que é imprescindível

---

<sup>8</sup> Cf. Nucci, *idem*, p. 409.

<sup>9</sup> *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

uma atuação culposa ou dolosa, uma ligação entre o indivíduo e um evento danoso, que não se limite a uma relação de causalidade pura e simples, seja esta ligação de que natureza for (fato que se discutirá ao longo das teorias de culpabilidade), para que se lhe imponha uma pena.

As consequências do princípio, porém, estendem-se até a teoria do crime, momento e local em que, por meio das mais diferentes construções doutrinárias, um duplo aspecto da culpabilidade é evidenciado: a fundamentação e a limitação da pena.<sup>10</sup>

## 1.2. Culpabilidade como fundamento e limite da pena

Se por um lado o princípio da culpabilidade expressa a responsabilização subjetiva, a culpabilidade como elemento integrante da estrutura do crime atua como fundamento da pena<sup>11</sup>, na medida em que não basta a existência de um fato típico e

---

<sup>10</sup> O que acaba por garantir ao conceito um aspecto de tripla proteção individual, conforme as palavras de Bitencourt e Prado, uma vez que funciona como princípio, do qual se extrai imediatamente a responsabilidade subjetiva, e (em decorrência desse princípio ou não) como fundamento e limitação da pena. Assim, “Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: A. Não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; B. A responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor, C. Culpabilidade é a medida da pena.” (“Princípios fundamentais do direito penal”. in: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: RT, 2010. p. 345/354). Já ao referir-se diretamente ao próprio princípio da culpabilidade, Andrei Zenkner Schmidt afirma que este se desdobra em outros três subprincípios: o princípio da transcendência, que representa a responsabilidade individual, na medida em que a pena não pode ultrapassar o delinquente; o princípio da responsabilidade pelo fato, na medida em que “somente – mas não todas – as imoralidades exteriorizadas é que são passíveis de punição (...)”; e o princípio da responsabilidade subjetiva, conforme já o salientamos. (*O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 128/129).

<sup>11</sup> Note-se que nos referimos à culpabilidade como fundamento, e não como pressuposto da pena, posição que alguns doutrinadores brasileiros ainda defendem, e que descartamos de início. A respeito deste tema, muito clara é a explanação de Nucci: “Note-se, pois, que culpabilidade é *fundamento* e *limite* da pena, integrativa do conceito de *crime* e não mero *pressuposto* da pena, como se estivesse fora da conceituação. *Pressuposto* é fato ou circunstância considerado antecedente necessário de outro, mas não, obrigatoriamente, elemento integrante. Considerar a culpabilidade como pressuposto da pena é retirar o seu caráter de *fundamento* da pena, pois *fundamento* é base, razão sobre a qual se ergue uma concepção, ou seja, é verdadeiro motivo de existência de algo. Logo, culpabilidade, se presente, fornece a razão de aplicação da pena e o crime nada mais é do que o fato típico e antijurídico, merecedor de punição, tendo em vista que tipo incriminador é formado – e isso é inegável – pela descrição de uma conduta, seguida de uma pena (...). Portanto, torna-se incabível, em nosso ver, desmembrar a pena da conduta, acreditando que uma subsista sem a outra. Um fato típico e antijurídico, ausente a culpabilidade, não é uma infração penal, podendo constituir-se um ilícito de outra natureza. Sem a reprovação da conduta, deixa de nascer o crime. Pensar de modo diverso é esvaziar o conceito de delito.” (*Manual de direito penal*. Parte geral e parte especial. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 285). Note-se, ainda que, um posicionamento a favor da culpabilidade como mero pressuposto da pena, frente a um posicionamento a favor dela como seu fundamento, chega a ser descabido. Culpabilidade como fundamento é também pressuposto, uma vez

ilícito, ou seja, um injusto, como é tratado pela doutrina. É ainda necessário o preenchimento de determinados elementos que compõem a sua estrutura, os quais variam de acordo com a concepção que se tenha não só por culpa, mas também por fundamento do próprio direito penal. A exemplo disso, o posicionamento finalista, como é pacífico na doutrina pátria atual, determina que deve existir um agente imputável; esse agente deve ter um conhecimento potencial do injusto praticado; bem como deve ser esperada conduta diversa da que praticou para uma eficiente reprovação.

Também ao lado da culpabilidade como fundamento da pena, existe uma culpabilidade que atua como limite da reprimenda a ser imposta, uma vez tendo sido demonstrada a relação subjetiva entre o injusto e o criminoso. Aqui, não há que se falar mais em fundamentação, haja vista que nesse sentido já atuou. A culpabilidade como limitação da pena trabalha ao lado do princípio da individualização, conforme dito, sendo assim utilizada atualmente pelo direito pátrio como norteador da justa medida da reprimenda imposta pelo Estado. Não se fala somente em fato, como na culpabilidade como fundamentação da pena, mas considera-se, além deste, características objetivas e subjetivas que levem a uma graduação ideal e justa dessa reprimenda.

Essa distinção entre o princípio da culpabilidade e suas funções na estrutura da teoria do crime e da pena, de fundamento e limite desta, é uma distinção didática, de modo que acreditamos que todas as consequências podem ser extraídas do próprio princípio, imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, a análise dogmática a que nos propomos neste estudo demanda que cuidemos dessa divisão, sendo certo que trataremos na integralidade do trabalho da culpabilidade como integrante da estrutura do crime (fundamento da pena e seus componentes), e, mais especificamente, de um dos elementos que comumente se associa à sua estrutura, a exigibilidade (e a inexigibilidade) de conduta diversa, não descartando seus eventuais reflexos na função de limitação da pena, a qual deve ser sempre considerada.

Para tanto, diferentemente do que entendemos por princípio da culpabilidade, como oposto da responsabilização objetiva, conceito este que pode ser trabalhado partindo-se da totalidade das escolas penais, sem qualquer aprofundamento (posto que

---

que é um antecedente necessário dela. Ora, não há pena sem culpa. Sendo assim, atuando como fundamento, garante uma função dupla, a qual engloba a ideia de pressuposição pura e simples.

inerente a todas elas), sua análise conceitual, bem como o seu conteúdo material, de um ponto de vista dogmático-penal, não pode ser trabalhado sem qualquer conhecimento das próprias teorias e escolas que trataram e desenvolveram o tema de diversos modos, isso porque há que se levar em consideração uma importante máxima, válida para quase todas as áreas do conhecimento humano, que no âmbito deste trabalho assume a seguinte forma: “Toda a concepção de culpabilidade está ligada ao seu tempo.”<sup>12</sup>

De um ponto de vista superficial, quando pensamos em culpabilidade como fundamento da pena, devemos concordar com a afirmação de Enrique Bacigalupo de que: “A culpabilidade, portanto, constitui um conjunto de condições que determinam que o autor de uma ação típica e antijurídica seja criminalmente responsável por ela.”<sup>13</sup>. É dessa afirmação que partimos nosso estudo.

Assim, determinar quais serão essas condições é, por sua vez, determinar o que se entende por pena, ou melhor, o que se entende por fundamento da pena imposta contra um indivíduo, de modo que não podemos nos desvincular da ideia de culpabilidade como limitação da reprimenda. Segundo Bacigalupo:

A história dogmática do conceito material de culpabilidade demonstra que esse esteve ligado a uma determinada concepção da pena e que tem dependido, portanto, do fato de a pena ser entendida conforme as teorias absolutas ou relativas.<sup>14</sup>

Exatamente em razão disso, cada uma das grandes escolas penais, desde os clássicos até as mais novas de considerações de cunho funcionalista, apresentou a tendência de construir suas suposições acerca da culpabilidade, muitas vezes apresentando, até mesmo, retrocessos intelectuais em relação às orientações anteriores.

Dessa forma, em geral, se tratarmos de uma concepção de culpabilidade da vontade (com fundamento filosófico no livre arbítrio, e reflexo dogmático na exigibilidade de conduta diversa e na culpabilidade do fato), vincularemos-nos a uma teoria da pena com fundamento retribucionista, como nas teorias clássicas de culpabilidade. Por outro lado, se falarmos de uma concepção de culpabilidade voltada ao comportamento do autor como atividade antissocial (com fundamento filosófico

---

<sup>12</sup> VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 25.

<sup>13</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal – parte geral*. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 379.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 381

determinista e reflexo dogmático na culpabilidade de autor), nos vincularemos a uma teoria da pena com concepção preventivo-especial. Levando-se em consideração o dogma do funcionalismo de Jakobs, por exemplo (com fundamento filosófico calcado na teoria sistêmica), nos vincularemos a outra grande teoria da pena: a prevenção geral positiva, cujos reflexos na culpabilidade são a indiferença em relação à liberdade da vontade e ao caráter ou à conduta do agente, referindo-se a reprimenda às alternativas sociais na composição dos conflitos<sup>15</sup>.

Afora essas correntes de pensamento, até mesmo as teorias (da pena) da união, como as proposições formuladas pelo funcionalismo de Claus Roxin, giram em torno dos mesmos dilemas, apenas tentando conciliar as diferentes concepções de pena, gerando também consequências diversas no conceito dogmático da culpabilidade.

Por outro lado, é absolutamente imprescindível concluirmos com Bacigalupo<sup>16</sup> que:

a história dogmática do conceito de culpabilidade e suas relações com a teoria da pena deixam evidente que o direito penal oscilou permanentemente entre um conceito de culpabilidade vinculado à vontade livre e outro que substitui a vontade pelo caráter do autor ou por sua tendência.

Assim, tendo como principal ordem de indagação deste trabalho o entendimento da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa dentro da estrutura dogmática da culpabilidade, visando à melhor compreensão do tema, ao longo do tempo, torna-se imperioso realizarmos uma breve análise histórica, iniciando-a em ambiente anterior a qualquer concepção sistemática ou dogmática, e, até mesmo ao próprio princípio da culpabilidade, antes de passarmos a conhecer as diferentes escolas penais que dela se ocuparam, na modernidade, e chegarmos à normatização atual no direito pátrio, sua crítica e a nossa tomada de posição.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 386.

## 2. EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE – DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA AOS TEÓRICOS NORMATIVISTAS

### 2.1. Responsabilidade objetiva: povos primitivos, culturas antigas e primeiros delineamentos teóricos

Parece inevitável a primeira e imediata associação de culpabilidade com a palavra *culpa*, da qual aquela deriva. Tal associação não poderia estar equivocada, posto que colocados à parte os conceitos atuais em matéria de direito, o significado profano de culpa, facilmente encontrado em qualquer dicionário, mais parece representar um conceito que conhecemos de culpabilidade.

Neste sentido, afora as definições técnicas, o primeiro significado trazido no respectivo verbete pelo dicionário acerca de culpa é: “responsabilidade por dano, mal, desastre causado a outrem”.<sup>17</sup> Foi exatamente com esse significado que surgiu a noção de culpabilidade, como se viu acima, quando de suas primeiras construções. Tratava-se, pois, do vínculo que unia o causador de um dano à imposição de um castigo.

Esse sentido não foi perdido, sendo certo que até mesmo hoje a culpabilidade trata desse vínculo. O que se alterou foi sua concepção, ora representando um nexó psíquico entre o autor e seu ato, ora representando um juízo de valoração sobre o autor do fato, ora representando as políticas sociais adequadas à solução do conflito, levando-se em consideração as mais variadas circunstâncias.

Note-se, porém, que nem sempre a sociedade se conduziu de tal forma, impondo castigo a quem tivesse causado um dano e que a ele se vinculasse de qualquer forma. Houve momentos conhecidos na história em que sequer era preciso a comprovação de qualquer vínculo entre uma pessoa e um dano para que ela se visse condenada a uma sanção. Tratavam-se das primeiras manifestações penais, em que somente se levava em conta o resultado, ou seja, o dano causado ou não por um ser humano.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 887.

<sup>18</sup> A respeito do direito penal de responsabilidade objetiva, menciona Nilo Batista: “Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a. C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento ‘modernizado’ desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as

Parece haver um consenso nas análises históricas que, o que hoje se conhece por responsabilidade objetiva era, entre as culturas mais antigas, a regra; pouco lhes importava a culpa na imposição de penas. Nesse sentido, nos esclarece Luis Jiménez de Asúa que: “El derecho de los antiguos pueblos fulminaba el castigo por la sola producción del resultado dañoso: todos conocieron la responsabilidad sin culpa e incluso la que surgía sin lazos de causalidad material (...)”.<sup>19</sup>

Interessante notarmos que, apesar de a menção às culturas antigas fazer referência a épocas quase imemoriais, é impossível não traçarmos um paralelo com as tribos indígenas que aqui habitavam já na época da colonização (o que provavelmente implica os mesmos paralelos para quaisquer tribos que tomaram contato com a civilização em épocas mais avançadas). Assim, referindo-se exatamente aos nossos silvícolas, João Bernardino Gonzaga menciona que “Não se preocupava, pois, o homem primitivo com a verificação da culpabilidade. Em regra, a reação expiatória se faz em termos estritamente objetivos”.<sup>20</sup>

A primeira conclusão a que se chega é a de o castigo ser anterior à culpa penal. Dessa forma, a primeira curiosidade acerca desse direito penal do resultado vem à tona: se o consenso que se verifica acerca de uma responsabilização objetiva em termos penais é evidente, não tão evidente é a certeza acerca do que se entendia por função da pena no início da sua deflagração pelos povos primitivos.

Podemos citar dois grupos de autores com visões diversas quanto a isso. Aqueles que entendem que as penas tenham surgido com caráter de vingança (em geral, privada), e, portanto, com finalidade exclusivamente retributiva, e aqueles que entendem que as penas, desde a sua primeira incidência em povos primitivos, tinham um caráter preventivo.<sup>21</sup>

---

regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois, estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade *objetiva e difusa*.” (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 102).

<sup>19</sup> “O direito dos antigos povos fulminava o castigo tão somente pela produção do resultado danoso: todos conheceram a responsabilidade sem culpa e inclusive a que surgia sem laços de causalidade material (...)” (*op. cit.* p. 102, tradução nossa)

<sup>20</sup> *O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s/d. p.102.

<sup>21</sup> Obviamente, termos técnicos como função retributiva ou função preventiva apenas vieram a ser cunhados muito tempo depois da época sobre a qual discorreremos aqui. Não obstante, ainda que sob a pena de sermos anacrônicos, mantivemos a menção para um bom entendimento e analogia posterior ao assunto.

Quanto àquele primeiro entendimento, Oswaldo Henrique Duek Marques esclarece que:

O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. (...) Esse sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões.<sup>22</sup>

Já em relação ao segundo entendimento, defende Assis Toledo:

O conceito de pena, como prevenção geral do crime, embora desenvolvido tecnicamente muito mais tarde, pode, portanto, ser inferido da ideia de pena existente desde tempos os mais remotos.<sup>23</sup>

Ora, é fato que esse embate nos remete a uma questão frontal em relação à culpabilidade. Seja qual for a função que inicialmente tinham as penas, preventivas ou retributivas, nenhuma delas poderia cumprir seu papel caso continuassem a ser infligidas a indivíduos que sequer tinham qualquer vínculo com o evento danoso.

Logo, concluiu-se que de nada adiantaria aplicar uma pena, seja ela como retribuição ao mal que se cometeu, seja ela como forma de se prevenir novos males, uma vez que eles não haviam sido causados voluntariamente e sequer previstos. A imposição de pena a alguém dentro de um contexto de responsabilidade objetiva tem o mesmo sentido que a imposição de pena a um animal ou a uma planta, como supõe-se que era feito.

Os primeiros povos a se livrarem da responsabilidade objetiva, ou ao menos os primeiros a demonstrarem poeticamente essa conclusão, foram os gregos antigos. Tal transição pode ser notada na passagem literária que retrata o estabelecimento de um júri para o julgamento de Orestes, após ter cometido matricídio em vingança a seu pai.

---

<sup>22</sup> *Fundamentos da pena*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 20. Nesse mesmo sentido também Asúa, ao dizer que “Es cierto que la responsabilidad se producía en la práctica más primitiva por el mero hecho del daño causado; pero no es menos exacto que la idea de retribución por el mal moral es igualmente antiquísima” (*op. cit.*, p. 103). Em tradução nossa: “É certo que a responsabilidade se produzia na prática mais primitiva pelo mero fato do dano causado; mas não é menos exato que a ideia de retribuição pelo mal moral é igualmente antiquíssima.”

<sup>23</sup> *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994 (14ª tiragem, 2008). p. 218. No mesmo sentido, Liszt (*op. cit.*, p. 76) afirma que: “Carece de fundamentação a opinião muito generalizada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instinto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. A privação da paz social, a vendeta não é simples reação do indivíduo, mas *reação do agregado social* como ordem da paz e do direito; e as ações, contra as quais a reação se dirige, constituem sempre, direta ou indiretamente, uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz, uma violação do direito.”

Segundo poderíamos extrair dessa passagem da trilogia de Ésquilo, a *Oresteia*, pela primeira vez, as deusas da vingança (Erínias ou Fúrias), por interseção de Atena, instituem um tribunal e deixam de derramar o sangue de um homicida ao absolverem-no da acusação que recebia. Nesse momento, têm-se a transformação das deusas da vingança (Erínias) em bem-aventuranças (Eumênides), sob influência da evolução do pensamento grego e do surgimento da ideia de justiça (*Dyke*).<sup>24</sup>

A conclusão que se extrai desse julgamento é clara: não há que se impor pena simplesmente em havendo um dano, e sim, que há que se ponderar acerca da responsabilidade de quem o cometeu.

Outras obras gregas também retrataram a evolução desse conceito moral de culpabilidade, como *Édipo em Colona*, de Sófocles, tragédia em que se desenvolveu a ideia do que mais tarde seria a *intencionalidade* do agente como importante elemento na verificação da culpa.

Nas palavras de Asúa:

Donde se ve mejor el progreso logrado es en la tragedia de Sófocles, Edipo en Colona. Un sentido más avanzado de la justicia rechaza la mera responsabilidad causal u objetiva y se atiene a la idea de culpabilidad (...). Surge así una nueva concepción: el causante solo debe ser considerado responsable por el resultado intencionalmente producido.<sup>25</sup>

Essa culpabilidade moral, que chegou aos dias de hoje por meio das tragédias gregas, por sua vez, teria influenciado o direito romano, que, já nos tempos da república, utilizava-se do conceito de culpa, no sentido atual de culpabilidade, como pressuposto necessário à responsabilização, evitando-se, em regra, a imposição de castigos pela mera responsabilidade objetiva.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Conforme Maria Zélia de Alvarenga e Oswaldo Henrique Duek Marques: “As fúrias, presentes no julgamento, ensandecidas com o crime, pedem a condenação do herói, exigindo que seu sangue seja derramado para vingar a morte da mãe Clitemnestra. Athená, em sua apologia às *Erínias*, exorta-as a mudanças, alertando que os tempos são outros que se elas não forem cultuadas deixarão de existir. As Fúrias, diante da ameaça de esquecimento, deixam de ser deusas da vingança, transformando-se em *Eumênides* ou bem-aventuranças, protetoras da raça humana (“O direito de morrer a própria morte”. In *Revista jurídica* – Escola Superior do Ministério Público. vol. I. n. 1 – jan. a jun. de 2001. p. 49).

<sup>25</sup> “Onde melhor se vê o progresso logrado é na tragédia de Sófocles, *Édipo em Colona*. Um sentido mais avançado da justiça rechaça a mera responsabilidade causal ou objetiva e se atém à ideia de culpabilidade (...). Surge, assim, uma nova concepção: o causador somente deve ser considerado responsável pelo resultado intencionalmente produzido.” (*op. cit.*, p. 105, tradução nossa)

<sup>26</sup> Diz-se em regra, pois, conforme Carlo Gioffredi: “È facile comprendere che se la valutazione dell’elemento intenzionale si era affermata in un crimine come l’omicidio che importava una pena grave, diverso doveva essere l’orientamento riguardo a illeciti minori: Nei confronti di questi doveva piuttosto valere la considerazione dell’esistenza, obbiettivamente valutata, del fatto dannoso.” (*I principi del Diritto Penale Romano*. Torino: G. Giappichelli Editore. p. 65/66). Em tradução nossa: “É fácil compreender que, se pode-se dizer que havia a avaliação do elemento intencional em um crime

Duas são as criações jurídicas facilmente notáveis do direito romano, dentro do assunto da culpabilidade. Em primeiro, surge a distinção que hoje se conhece entre culpa e culpabilidade, até então expressões sinônimas. Havia dois usos para a palavra culpa, cujo primeiro e mais encontrado era referente ao que se entende hoje por culpabilidade, ou culpa em sentido lato, e o segundo que se referiria à negligência ou imprudência, com sentido estrito<sup>27</sup>.

Em segundo, percebe-se que a culpabilidade, no direito romano, girava exclusivamente em torno do dolo, entendido este como a intenção de conduzir-se a um fim ilícito<sup>28</sup>. Este conceito, ademais, foi o que se carregou até os dias de hoje como o *dolus malus*, que se opõe à concepção de dolo natural, que veio a ser utilizada por algumas correntes modernas na construção de seus conceitos de culpabilidade.

Assim, para os romanos, a partir de um determinado estágio de evolução de seu direito, a pena somente poderia ser imposta a alguém que realmente houvesse logrado intencionalmente de maneira ilícita, ou seja, conhecedor do caráter reprovável de sua conduta.

Conforme Carlo Gioffredi: “In conclusione, quando non sia dimostrabile la volontà dolosa, si può giungere all’assoluzione (...).”<sup>29</sup>

Em contraposição à evolução apresentada tanto na Grécia antiga quanto no direito romano, este, inclusive, elevando a culpabilidade à sua primeira concepção verdadeiramente jurídica, encontrava-se o direito germânico, no qual não se construiu qualquer conceito sobre culpa. Em verdade, segundo Asúa, o direito germânico representava uma “(...) encarnación práctica de la responsabilidad causal u objetiva.”<sup>30</sup>

Esse reflexo do conflito teórico entre o direito romano e o direito germânico seria observado de forma mais evidente durante o longo período da Idade Média, momento em que não se viu qualquer evolução conceitual na estrutura dogmática da culpabilidade, bem como na estrutura do crime como um todo.

Todo este período, em verdade, caracterizou-se somente pela

---

como o homicídio, em razão do qual se impunha uma pena grave, deveria ser diversa a orientação no que se refere aos crimes menos graves. Em relação a esses dever-se-ia contar, por sua vez, com a consideração da existência, objetivamente avaliada, do fato danoso.”

<sup>27</sup> GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 106.

<sup>28</sup> *Ibidem.* Também neste sentido, GIOFFREDI, *op. cit.*, p. 65.

<sup>29</sup> “Em conclusão, quando não seja demonstrável a vontade dolosa, pode-se chegar à absolvição (...).” (*op. cit.*, p. 83, tradução nossa)

<sup>30</sup> “encarnação prática da responsabilidade causal ou objetiva.” (*idem.*, p. 107, tradução nossa).

(...) lucha en pro del dolo concebido al modo del derecho romano que aceptó en principio la Edad Media Italiana, y las nociones jurídicas germanas impuestas por las necesidades de la vida práctica.<sup>31</sup>

A Idade Média, portanto, haveria de ser marcada pela presença tanto de responsabilidade penal embasada em culpa, nos termos românicos, bem como de influências germânicas, de direito penal do resultado, com responsabilidade objetiva.

O embate perdurou até a concretização das primeiras escolas de direito penal da modernidade, com a relativa vitória do princípio básico *nullum crimen nulla poena sine culpa*, caracterizando evidente limitação ao arbítrio estatal na imposição de penas, um enorme ganho para a humanidade.

Não é outra a conclusão de Franz von Liszt quando afirma que “O princípio, hoje subentendido, que culpa é um dos caracteres da ideia de crime, que sem culpa não se pode infligir pena, é o produto de um longo desenvolvimento, até aqui pouco atendido e ainda não de todo concluído.”<sup>32</sup>

## 2.2. Teoria psicológica da culpabilidade

### 2.2.1. Precedentes históricos e teóricos

Von Liszt estava correto ao afirmar tamanha importância da culpabilidade em relação ao delito, como também ao mencionar que o tema ainda não se havia consumido completamente, o que, aliás, podemos afirmar até hoje.

Quando se tratam das modernas teorias da culpabilidade, portanto, é imprescindível que realizemos um recorte histórico para enfrentá-las à luz dos acontecimentos nas escolas de direito como um todo, e não somente frente às suas consequências imediatas na dogmática penal.

Conforme citado no anterior tópico, a estrutura jurídica da culpabilidade, ou da culpa *lato senso*, tal qual a conhecemos, não enfrentou grandes avanços em termos de sistematização dogmática, a não ser no ponto em que se reconheceu a devida importância limitadora da atividade estatal punitiva, como princípio que é, deixando-

---

<sup>31</sup> *Idem*, p. 110. Em tradução nossa: “(...) luta em prol do dolo concebido ao modo do direito romano que aceitou, a princípio, a idade média italiana, e as noções jurídicas germânicas impostas pelas necessidades da vida prática.”

<sup>32</sup> *op. cit.*, p. 260

se de lado a responsabilidade objetiva, passando esta, portanto, a constituir pressuposto de responsabilidade penal.

Assim, inobstante a se reconhecer a necessidade de culpa para a imposição de pena, o conceito de culpabilidade ainda não tinha qualquer conteúdo palpável. Somente com o surgimento do primeiro grande sistema teórico-abstrato do delito, que dispôs o crime de maneira analítica, pôde-se falar da construção da primeira concepção moderna de culpabilidade. O sistema causal-naturalista<sup>33</sup>, que passou a focar o delito na ação humana e abandonou o princípio da imputação, nos termos formulados por Carrara<sup>34</sup>, propiciou o avanço das discussões acerca da estrutura sistemática da culpabilidade.

Até esse momento, poderíamos dizer que as discussões em torno do que viria a ser considerado como culpabilidade giravam no eixo do antigo embate filosófico *determinismo versus livre-arbítrio*, embate este relacionado diretamente às escolas positiva e clássica<sup>35</sup>, respectivamente. Não havia qualquer sistematização a respeito da ideia, de modo que, segundo menciona Juarez Tavares: “o que mais chama atenção nos clássicos, em geral, é evidentemente a falta de sistema no estudo do crime.”<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Também conhecido como sistema Liszt-Beling, em referência a seus criadores, Franz von Liszt e Ernst von Beling.

<sup>34</sup> A respeito do princípio da imputação de Carrara: “El esquema del delito en Carrara es bipartido en el sentido que distingue en el delito dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo; esto, a grandes rasgos, coincide con los requisitos del tipo de injusto y culpabilidad en la dogmática moderna.” (BETANCUR, Nódier Agudelo. *Curso de derecho penal – esquemas del delito*. 3 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002. p. 3). Em tradução nossa: “O esquema do delito em Carrara é bipartido no sentido que distingue no delito dois aspectos: um objetivo e outro subjetivo; este esquema, de maneira aproximada, coincide com os requisitos do tipo de injusto e de culpabilidade, na dogmática moderna.” Por este motivo, “Na concepção dos clássicos, representada basicamente, por Carrara, a ação não desempenhava qualquer papel, como conceito isolado. Operava-se, então, quase que unicamente, com o *princípio da imputação*, que servia para fundamentar a responsabilidade do homem pelo delito que praticasse.” (TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito: variações e tendências*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1980. pp. 7-8). Nas palavras do próprio Francesco Carrara, “O juízo pelo qual o magistrado imputa civilmente a um cidadão uma ação de antemão declarada, pela lei, politicamente imputável é, por sua vez, a decorrência de três juízos diferentes. O magistrado encontra naquele indivíduo a causa *material* do ato, e lhe diz: *fizeste* – imputação *física*. Acha que aquele indivíduo praticou tal ato com vontade inteligente, e lhe diz: *fizeste voluntariamente* – imputação *moral*. Verifica que aquele fato era proibido pela lei da cidade, e lhe diz: *obrange contra lei* – imputação *legal*. É apenas em consequência dessas três proposições que o magistrado pode declarar ao cidadão: eu te imputo este fato *como delito*.” (*Programa do Curso de Direito Criminal – parte geral – volume I*. tradução de José Luiz V. De A. Franceschini. São Paulo: Edição Saraiva, 1956. pp. 41-42).

<sup>35</sup> Note-se, ademais, o interessante paralelo, que mais uma vez deve ser traçado, entre a aferição da culpabilidade e a noção de função da pena. Já desde esse primeiro embate teórico existia uma tendência preventiva, baseada na noção de periculosidade do agente, entre aqueles defensores do determinismo, ao passo que, entre os partidários do livre-arbítrio, a pena deveria cumprir uma função de castigo individual, portanto, retributiva, em função do mal cometido pelo indivíduo em determinada situação fática.

<sup>36</sup> *op. cit.*, p. 10.

Assim, se, para Carrara, “o *sujeito ativo* primário do delito não pode ser outro senão o homem, o único, em toda criação, que, por ser dotado de vontade racional, é ente dirigível”<sup>37</sup>; para os seguidores da escola positiva,

o delinquente é o homem que pratica o delito, ou representa o perigo de o praticar, não em razão de sua liberdade moral, mas por força de fatores de natureza diversas, principalmente antropológicas, cosmo-telúricas e sociais, devendo responder pelos seus atos, unicamente porque vive em sociedade e precisa respeitar a harmonia da convivência.<sup>38</sup>

O sistema causal-naturalista, como se vê, surgiu em meio a esse embate, implementado pelas ideias de Liszt e Beling, criando uma importante estrutura objetivo-subjetiva do crime, na qual, para a sua existência, além da causalidade objetiva da conduta, representada pela tipicidade e pela antijuridicidade, passa a ser necessário o vínculo do agente em relação ao seu fato, de forma subjetiva, independentemente do que se venha a entender ser este vínculo.<sup>39</sup>

Nas palavras de Juarez Tavares:

*Pode-se dizer que o valor da teoria causal residia justamente neste ponto, de enquadrar tecnicamente os elementos objetivo e subjetivo na estrutura do crime, a partir de um conceito básico de ação, que os engloba de modo geral e mínimo, já antecedentemente a qualquer incidência legal.*<sup>40</sup>

A partir desse momento, com a culpabilidade exercendo o aspecto subjetivo do crime, e criando-se um acordo metodológico entre clássicos e positivos<sup>41</sup>, por meio

---

<sup>37</sup> *op. cit.*, p. 53

<sup>38</sup> CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Direito Penal – parte geral*. 1ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970. p. 48.

<sup>39</sup> O método causal-naturalista, ou causal-explicativo, trazido ao âmbito do direito penal por Liszt e Beling, possibilitou a composição do primeiro sistema teórico-abstrato do delito, e teve suas origens na influência do positivismo-naturalista, que imperava na comunidade científica no século XIX, muito em razão das experiências levadas a cabo por Charles Darwin, que deram origem ao *A origem das espécies*. Conforme Andrei Zenkner Schmidt: “Esse foi o caminho percorrido por Franz Von Liszt, em 1884, e por Ernst Von Beling, em 1905: baseando-se no *positivismo mecanicista*, ambos ressaltavam que, assim como na natureza tudo se coloca numa relação de causa e efeito, também a conduta humana deveria ser investigada a partir dessa sucessão de causas e efeitos, regida pelas leis da causalidade (toda conduta humana, consoante Liszt, pressupõe uma modificação causada no mundo exterior). A conduta humana, como elemento autônomo do delito e preexistente a ele, deveria ser estudada somente naquilo que, no mundo real, ela representa, pois as considerações espirituais que sobre ela recaem são decorrência do direito, e não da natureza. Assim, à dogmática jurídico-penal incumbiria captar os fenômenos apreensíveis para, com isso, estabelecer relações de sucessões ou de semelhança dos fatos uns com os outros (o *objeto*, portanto, condicionaria o *método*).” (SCHMIDT, Andrei Zekner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. pp. 26-27).

<sup>40</sup> *ibidem*, p. 20.

<sup>41</sup> “Sobre este ponto, todos estavam de acordo: positivistas, que faziam a culpa depender de bases deterministas, clássicos que juravam sobre o livre arbítrio; e técnicos que falavam da voluntariedade.” (BETTIOL, *op. cit.*, 2003. p. 124). Também quanto à adaptação tanto da escola clássica quanto da escola positiva aos pressupostos causal-naturalistas, menciona Schmidt: “O interessante dessa

do sistema causal-naturalista, construiu-se a formulação da primeira teoria moderna da culpabilidade.

### 2.2.2. Teoria psicológica da culpabilidade e sua crítica

Dentro dessa construção causal-naturalista, que dividia o crime em seus aspectos objetivo (tipicidade e antijuridicidade) e subjetivo (culpabilidade), a conceituação de culpabilidade não poderia ser outra senão o nexo psíquico entre o autor e seu fato. Daí a denominação “teoria psicológica ou subjetiva” da culpabilidade.

Esse elemento anímico (nexo psíquico), que une o autor ao seu fato, por sua vez, era caracterizado pelo que à época se convencionou como as duas e únicas espécies<sup>42</sup> de culpabilidade: *dolo* e *culpa* (sentido estrito), sendo o primeiro a voluntariedade e a previsibilidade do evento danoso, e a segunda a voluntariedade na causa e a previsibilidade (ou previsão, na culpa consciente) do evento danoso<sup>43</sup>. Essas espécies de culpabilidade, portanto, constituíam um mesmo conceito.

Assim, com base na teoria psicológica, pode-se concluir que “dentro de tal construção, o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade.”<sup>44</sup>

Devemos notar, portanto, que a lógica dessa concepção somente poderia ocorrer com base em um sistema causal da ação, segundo o qual a conduta humana caracterizava-se tão somente por “um processo mecânico regido pelas leis da causalidade.”<sup>45</sup>. Segundo Reale Junior<sup>46</sup>:

---

discussão é que o mesmo paradigma levou diferentes formas de *saber penal* a conclusões bastante distintas. Como bem pondera Vera Regina Andrade, pode-se notar que o *positivismo-naturalista* foi um instrumento de embate epistemológico sobre o próprio lugar, estatuto e função das ciências penais. Enquanto a Escola Clássica influenciou a busca de uma super valorização da *dogmática pena*, por meio do conhecimento de processos causais-explicativos, a Escola Positiva, ao contrário, por meio do conhecimento etiológico-natural do delito, sustentava a preponderância da *criminologia* em relação ao direito positivado. Um mesmo método, portanto, poderia ditar rumos distintos para a Ciência Penal.” (*op. cit.*, p. 27).

<sup>42</sup> É de se lembrar, segundo as palavras de Frederico Marques, que “Na doutrina psicológica, dolo e culpa não constituem elementos da culpabilidade, e sim, espécies desta última.” (MARQUES, Frederico. *Tratado de direito penal*. vol. II. 1 ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997. p. 202).

<sup>43</sup> O conteúdo dos conceitos de dolo e culpa será mais abordado à frente, ainda neste tópico, quando tratarmos da crítica à teoria psicológica da culpabilidade, exatamente em virtude das contradições a seu respeito, nessa teoria.

<sup>44</sup> TOLEDO, *op. cit.*, p. 220.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 93.

<sup>46</sup> *Teoria do delito*. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124

O dolo é a vontade da ação, mas não a integra; é apenas uma qualidade que lhe é atribuída posteriormente”, ou seja, quando da aferição da culpabilidade. Afora esses dois elementos, que caracterizavam todo o pressuposto de responsabilização do agente, admitia-se, já nesta concepção, a imputabilidade, como pressuposto da culpabilidade.<sup>47</sup>

A primeira conclusão a que chegamos, a partir da teoria psicológica, é que, em sua construção mais pura, não há qualquer elemento de valoração ou de *juízo* sobre a culpabilidade. Conforme já mencionado, constituía ela uma mero elo entre autor e fato, que se dava por meio da culpa ou do dolo, gerando assim a possibilidade de responsabilização de um sujeito por um mal causado.

O vínculo da ação com o sujeito era extraído internamente dele, porém, e tão importante quanto, o foco da análise se dava ainda no elemento objetivo do crime, ou seja, no fato típico e antijurídico. Daí o motivo de o sistema que sustentava a teoria se utilizar de um método naturalístico<sup>48</sup> de pensamento<sup>49</sup>, com referências causalistas.

Nas palavras de Juarez Tavares:

A característica principal, assim, desse critério é conceituar o delito a partir de um significado atemporal, sociologicamente neutro e psicologicamente estéril, tendo como consequência que a responsabilidade não decorre do agente, mas apenas dos elementos que constituem o fato.<sup>50</sup>

Vale mencionar que essa tendência purista tem uma explicação simples e que demonstra a influência das diversas escolas de direito na construção do conceito de culpabilidade. Fato é que o referido embate jus-filosófico acerca do livre-arbítrio e do determinismo na conduta humana, que se dava na época das escolas clássica e positiva, gerou certo afastamento das novas escolas penais (o que veio a ocorrer no direito como um todo) das demais áreas das ciências humanas. Segundo Castelo Branco:

Diante da posição insegura e flutuante da Doutrina Penal, alguns penalistas (Rocco, Manzini, Massari, Binding) reagiram, procurando

---

<sup>47</sup> Segundo Aníbal Bruno: “Mas, para que esse vínculo psíquico mereça a consideração do Direito, é preciso que o sujeito seja capaz de culpabilidade, isto é, seja imputável, possua ‘capacidade de entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento’” (*Direito penal*. tomo 2º. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 26).

<sup>48</sup> Cf. nota 39. Para mais informações acerca do naturalismo como categoria filosófica, consultar: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 813-814.

<sup>49</sup> Nas palavras de Bettiol (*op. cit.*, 2003. p. 124): “A culpabilidade como elemento psicológico do crime, é um *dado de fato*, é um *quid* que cai sob a alçada da experiência sensível e deve, por conseguinte, submeter-se às exigências de uma técnica naturalística de pensamento”.

<sup>50</sup> “Culpabilidade: A incongruência dos métodos”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org.) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3.. São Paulo: RT, 2010. pp. 729-744.

reduzir a amplitude do Direito Penal, separando dêle a Filosofia do Direito, como fundamento teleológico de sua formação, e a Criminologia, com todo o seu cortejo biológico, antropológico e psicológico, para ficar apenas no seu formalismo positivo, isto é, na legislação escrita vigente.<sup>51</sup>

Esse afastamento ocorreu não somente em razão de uma “antipatia a toda forma de pensamento problemático” por si só, conforme afirma Toledo<sup>52</sup>, mas também em virtude da consequência prática dessa antipatia, ou seja, a dificuldade de se implementar qualquer política criminal, frente à necessidade de observância de determinadas balizas filosóficas, quase impossíveis de serem provadas em juízo, as quais representavam limitação à responsabilização do sujeito. A possibilidade de aplicação da pena ficaria limitada à possibilidade de se provar se o indivíduo era livre em sua escolha ou se sua conduta era devida às mais variadas influências externas (sociológicas, antropológicas etc.) e internas (biológicas, psicológicas etc.), as quais poderiam influir em seu comportamento.

É importante lembrar, nesse momento, a máxima mencionada no início desse estudo, no sentido de que toda concepção de culpabilidade está ligada a seu tempo. De forma que a influência lógico-formal no conceito psicológico de culpabilidade não se deu por meio de uma construção do direito penal ou de quaisquer de suas escolas. A responsabilidade por este método encontrava-se no positivismo científico, que influenciava todo o direito do final do século XIX, e que foi transportada para essa linha de pensamento, juntamente com suas premissas científicas, criando o positivismo jurídico, que tratava o direito como uma ciência assim como quaisquer outras ciências naturais e exatas.

Logo, se por um lado a teoria psicológica da culpabilidade veio para encerrar todas as possibilidades de punição decorrentes de responsabilidade objetiva, “expressão das intenções liberais iluministas de fundamentarem eticamente a punição, condicionando a responsabilidade penal à existência de uma relação psíquica entre o autor e o fato delituoso”<sup>53</sup>; por outro lado, trouxe consigo influências positivistas, que, como foi mencionado anteriormente, negavam toda ordem de intromissão dos demais campos da ciência humana no direito.

No entanto, esta mesma influência positivista, com sua simplicidade lógica, foi também a razão que determinou o fim da teoria puramente psicológica da

---

<sup>51</sup> *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>52</sup> *op. cit.*, p. 221.

<sup>53</sup> VELO, *op. cit.* p. 25.

culpabilidade, a qual não se sustentou por muito tempo. Após um pequeno período em que a facilidade prática superou os questionamentos filosóficos, percebeu-se que essa teoria não trazia respostas a uma série de indagações que não poderiam ser solucionadas pela letra da lei.

#### 2.2.2.1. O *dolus malus* e seu reflexo na teoria psicológica

Um dos problemas que causaram divergências imediatas na teoria psicológica da culpabilidade foi a questão da consciência da ilicitude como elemento integrante do dolo. Entre os modernos, a discussão remonta aos criadores do sistema causal-naturalista<sup>54</sup>. Liszt, por exemplo, entendia que não havia de se falar em consciência da ilicitude para a configuração do dolo<sup>55</sup>. Já Beling, em oposição, acatava-a como necessária ao conceito aqui tratado<sup>56</sup>.

Na realidade, afóra todas as consequências desta questão no âmbito do erro jurídico-penal, à qual não faremos menção direta neste trabalho<sup>57</sup>, a tentativa de se sustentar um conceito de *dolus malus* (derivado dos termos romanos), dentro de uma concepção psicológica pura da culpabilidade, afronta, de certo modo, todo o seu sistema, haja vista que se trata de elemento valorativo ou normativo, sobre o qual se deveria realizar um juízo não comportado pelo psicologismo<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Entre os doutrinadores brasileiros, podemos citar como defensor de uma teoria psicológica pura, composta pelo dolo natural, Roberto Lira Filho, tratando explicitamente da questão em seu *Compêndio de direito penal (Compêndio de direito penal. vol. 1. parte geral. São Paulo: Bushatsky, 1972. pp. 162-165)* e Basileu Garcia, em *Instituições de Direito Penal*, v.1, tomo I. 7 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>55</sup> *op. cit.*, pp. 280-281.

<sup>56</sup> *cf.* TAVARES, *op. cit.* p. 25.

<sup>57</sup> Quanto às complicações referentes à questão do erro jurídico-penal, tendo-se em vista a acepção psicológica da culpabilidade adotada por institutos do Código Penal brasileiro de 1940, ver: Basileu Garcia (*op. cit.*, pp. 358-362); e TOLEDO, Francisco de Assis. “Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal. v. 3.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 409-426. Em relação à evolução da questão do erro jurídico-penal frente às diferentes construções da culpabilidade, ver: GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição.* 5 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2001, e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>58</sup> A discussão a respeito do conceito de dolo em relação às teorias da culpabilidade é extremamente rica e extensa, como já se verifica na nota anterior. Não obstante, como a elencamos apenas no sentido de demonstrar as inconsistências da teoria psicológica da culpabilidade, não nos aprofundaremos nela. Apenas devemos deixar claro que a problemática envolvendo a consciência da ilicitude como parte integrante do dolo vai além da antiga discussão entre as teorias da representação e da vontade. Tal discussão, a nosso ver, já nesta época estava superada, sendo certo que a melhor conclusão acerca da questão é que ambas se complementam, e, por isso, a maioria da doutrina elenca como figuras imprescindíveis ao dolo a previsão ou consciência, como elemento intelectual (teoria da representação) e a vontade do fato, como elemento volitivo (teoria da vontade). A distinção que se pretende realizar em torno do *dolus malus* e do dolo natural encontra-se toda na esfera intelectual e seu limite. Assim,

Deve-se ter sempre em mente que, por influência das ciências naturais e do positivismo jurídico (razão pela qual se utilizava de um método causal-naturalista, em que se dava maior atenção à observação fenomênica dos fatos), os psicologistas puros eram avessos a quaisquer juízos de valoração sobre a conduta.

Segundo Tavares <sup>59</sup>, “Transformando-se o dolo em *dolus malus*, quer dizer, em vontade de realizar o tipo, com consciência de que atua ilicitamente contradiz-se, por sua vez, todo o sistema”.

Ora, se dentro de uma acepção psicológica de culpabilidade, passamos a aceitar tal *dolus malus*, tão carregado de valoração, esta teoria não é assim tão psicológica, e pura. Talvez por esse motivo tenha mencionado Asúa que “Ya hemos destacado una exacta frase de Mezger, en la que dice que propiamente jamás ha existido ‘un puro ‘psicologismo’.”<sup>60</sup>. Essa referência a Mezger é precisa, pois, ou se admite a consciência da ilicitude como parte integrante do dolo, e, portanto, como elemento da culpabilidade, prescindível de valoração frente a uma norma jurídica (seja esta valoração feita por um juiz ou pelo próprio agente), ou se desconsidera essa consciência, elevando a culpabilidade a um conceito puro.<sup>61 62</sup>

---

para uns, deve haver, no dolo, não somente a consciência da causalidade entre ação e resultado danoso, mas também, a consciência de que tal fato constitui um crime, por parte do agente (e aqui se chama de dolo normativo, advindo do *dolus malus*). Já para outros, a consciência se resume à relação de causalidade (e aqui o dolo natural, mais próximo do psicologismo puro). Giulio Battaglini explica detalhadamente a controvérsia entre as teorias da representação e da vontade em sua obra *Direito Penal (Direito penal. parte geral. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 283/290)*. Já Basileu Garcia explica detalhadamente a questão envolvendo o *dolus malus* e o dolo natural e seus reflexos nas teorias da culpabilidade em seu *Instituições de direito penal (op. cit., pp., 357-362)*.

<sup>59</sup> *op. cit.*, p. 33.

<sup>60</sup> *op. cit.*, p. 154. Tradução nossa: “Já destacamos uma exata frase de Mezger, na qual se afirma que jamais existiu ‘um puro ‘psicologismo’.”

<sup>61</sup> Note-se que poderíamos dizer que a consciência da ilicitude, ao se relacionar com o intelecto do autor do fato, única e exclusivamente, não diria respeito a um elemento normativo, e sim psicológico, pois se encontra dentro do sujeito. É, por exemplo, a posição de Bettiol, que, mesmo adepto à teoria normativa, não entendia como necessária a consciência da ilicitude no dolo e não a desprezava dentro de uma concepção psicológica. Inobstante, entendemos que a existência dessa consciência ilícita, ainda que encontrada no intelecto do autor, depende, para sua aferição, de uma valoração normativa e não de mera observação fática. Ora, dizer-se consciente da ilicitude, é dizer-se consciente de algo que, frente a uma *norma* genérica ou específica, constitui um ilícito.

<sup>62</sup> É interessante notarmos que a influência do positivismo teve sua contribuição máxima exatamente entre aqueles psicologistas que tentavam manter a pureza do conceito, desconsiderando do dolo a consciência, uma vez que se limitava ao máximo o crime a sua observação estritamente causal. Nesta linha de raciocínio está, por exemplo, a posição de Kelsen, criador da teoria pura do direito e expoente máximo do positivismo jurídico, acerca da possibilidade de responsabilização do sujeito pelo direito penal, afastando todo e qualquer elemento de valoração da conduta do autor: “O enunciado jurídico que diz que um indivíduo é juridicamente obrigado a certa conduta é válido mesmo se o indivíduo desconhece completamente o fato de estar obrigado. Que ignorância da lei não exime de obrigação é um princípio que prevalece em todas as ordens jurídicas e que tem de prevalecer, já que, do contrário,

#### 2.2.2.2. O conceito de ordem entre dolo e culpa

Como é possível notar-se, o principal ponto de conflito a respeito da teoria psicológica girou em torno da limpeza técnica que se fez nos elementos dolo e culpa para que se destacassem dentro de um mesmo conceito, ou seja, como espécies ou únicos integrantes da culpabilidade, representando o vínculo subjetivo entre autor e fato. Essa aproximação de elementos tão distintos fez com que a teoria empobrecesse tanto que se tornou inócua para resolver alguns problemas práticos.

O caso da culpa inconsciente é a situação mais evidente. Como ponderarmos, por meio da lógica da teoria psicológica, acerca da existência do vínculo psíquico no caso de uma ação que gera um resultado que sequer foi previsto? Que vínculo psíquico há nessa conduta?

Nas palavras de Juarez Tavares:

A identificação da culpa em sentido estrito (forma subjetiva), do mesmo modo que o dolo, não se concilia com a espécie de culpa inconsciente, em que falta, absolutamente, qualquer vínculo psíquico entre o agente e o resultado, e a responsabilidade desse decorre de um juízo de valor, ou seja, a possibilidade de previsão do resultado ou da realização do tipo.<sup>63</sup>

O fracasso, no que tange ao conceito de ordem entre dolo e culpa em sentido estrito, ocorreu exatamente porque esta última não pode ser considerada sob um ponto de vista psicológico sem que se desestruturem suas características inatas. Culpa é notadamente um elemento que depende de valoração em relação à norma jurídica. Segundo Bettiol<sup>64</sup>:

Dizer negligência, imprudência ou imperícia significa pôr em relação uma determinada conduta humana com uma exigência normativa, proceder, portanto, a uma avaliação, que não incide sobre uma problemática naturalística.

#### 2.2.2.3. Outras consequências insuperáveis da teoria psicológica da culpabilidade

---

seria quase impossível aplicar a ordem jurídica.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 102).

<sup>63</sup> *idem*, p. 132.

<sup>64</sup> *op. cit.*, p. 126.

Outras consequências insuperáveis decorrentes da teoria psicológica começaram a ser identificadas, contribuindo bastante para sua queda. Exemplo destas são as hipóteses em que não há punição por coação moral, obediência à ordem de superior hierárquico ou estado de necessidade exculpante. É evidente que, em todos os casos, segundo essa teoria psicológica, haveria de existir culpabilidade, pois haveria dolo nas condutas, e, portanto, o agente, em tese, seria responsável.

Admitindo-se tais situações, e uma vez identificando um indivíduo em quaisquer delas como culpável, a teoria psicológica, pela sua simplicidade, não serviria para uma devida gradação da culpabilidade, o que geraria reflexos principalmente na aplicação da pena<sup>65</sup>.

Todas essas questões dependeriam de um avanço fora dos quadros da teoria psicológica para serem respondidas. Nas palavras oportunas de Bettiol:

Una concezione meramente psicologica della colpevolezza è così una concezione incolore, naturalistica, fredda, incapace di adeguarsi alla ricca casistica delle situazioni per vedere se fino a che punto è possibile un giudizio di riprovazione.<sup>66</sup>

## 2.3. Teorias normativas da culpabilidade

### 2.3.1. Precedentes históricos e teóricos

Os embaraços criados ao sistema causal-naturalista puro, advindos principalmente da teoria psicológica da culpabilidade, não demoraram muito a se refletir na estrutura do sistema como um todo. A sua simplicidade lógico-formalista, que a princípio foi responsável pelo sucesso na formulação do primeiro modelo analítico do crime, foi também responsável pela necessidade iminente de alterações.

Essas alterações não poderiam estar relacionadas a outro fenômeno que não à inundação de elementos valorativos ao longo de toda a estrutura analítica do crime (e à subjetivação da ilicitude), a começar pela ação que, se em sua primeira construção

---

<sup>65</sup> Cf. BITENCOURT, *op. cit.* p. 71.

<sup>66</sup> *Diritto penale*. parte generale. 3. ed., riveduta e aggiornata. Palermo: G. Priulla Editore, 1962. p. 283. Em tradução nossa: “Uma concepção meramente psicológica da culpabilidade é assim uma concepção incolor, naturalística, fria, incapaz de adequar-se à rica casuística das situações para ver até que ponto é possível um juízo de reprovação.”

representava apenas um aspecto mecânico da conduta, passou, então, a se aproximar de um conceito mais geral.<sup>67</sup>

Tais alterações resultaram, enfim, na teoria teleológica do delito, que, apesar de manter como base o já desgastado sistema causalista (Liszt-Beling),

está intimamente ligada à teoria do conhecimento da filosofia do neokantismo, que revigora, ao lado do método empírico-formal das ciências naturais, o método da significação e valoração das ciências hermenêuticas.<sup>68 69</sup>

As influências positivistas deixaram de preponderar, nesse momento, para serem adotados influências e métodos próprios das ciências humanas, no sentido da compreensão e valoração<sup>70</sup> das normas.

Note-se, ademais, que a importância do neokantismo se deu no sentido da superação das dificuldades encontradas nas legislações que vigoravam à época, as quais não conseguiam tratar, com justiça, de determinadas questões que se observavam no dia-a-dia.

### 2.3.2. Teoria normativa da culpabilidade – principais fundadores

A teoria normativa da culpabilidade não pode ser tratada como um todo indivisível. Esse momento de evolução da teoria do crime e, particularmente, da culpabilidade, em verdade, foi o que mais apresentou discordâncias e variações entre seus adeptos. Ademais, foi também nesse momento da teoria do crime que se introduziu o conceito de exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa, importante baliza no juízo de culpabilidade e objeto nuclear deste estudo.

Inobstante a isso, é seguro dizer que podemos observar três grandes momentos de seu amadurecimento, momentos estes que significaram a base da chamada teoria normativa, cada qual vindo a influenciar as demais correntes que dali partiram, dentro desta variante. Assim, entendemos como mais coeso introduzirmos as bases da teoria em tópicos distintos, nos aproveitando, posteriormente, em novo tópico, das

---

<sup>67</sup> Cf. TAVARES, *op. cit.* p. 42.

<sup>68</sup> *idem*, p. 41.

<sup>69</sup> Sobre o movimento de “retorno a Kant”, consultar: ABBAGNANO, *op. cit.* p. 825. Outras considerações a respeito do neokantismo serão feitas ao longo deste trabalho, ao analisarmos as teorias normativas da culpabilidade, em geral.

<sup>70</sup> Cf. SPOSATO, Karyna Batista. “Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir”. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 748.

discussões que nos interessam no estudo do tema, dentre as diversas variáveis normativistas posteriores.

### 2.3.2.1. O normativismo e a obra de Reinhard Frank

Reinhard Frank foi, sem sombra de dúvidas, o primeiro doutrinador a construir as bases de uma culpabilidade normativa, ou, nas palavras de Asúa<sup>71</sup>, o precursor de uma teoria autenticamente normativa, em contraposição a alguns poucos elementos ou às limitadas aspirações normativas que já surgiam dentre os próprios psicologistas, como visto. Sua principal obra sobre o tema, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (*Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade*), foi publicada em 1907.

A teoria de Frank não foge à máxima, já mencionada, que relaciona as teorias de culpabilidade a seu tempo. Em sua obra, o autor se refere, logo de início, ao desalinhamento entre a realidade social e o direito penal, indo ao encontro das aspirações neokantianas que cresciam entre os doutrinadores da época.

Foi em razão desse desalinhamento que Frank percebeu a insuficiência da teoria psicológica no que se refere, inicialmente, à gradação da culpabilidade de diferentes autores quando cometiam crimes idênticos, e, em consequência, no que se refere à aferição da própria culpabilidade. Segundo ele:

El guardabarrera que luego de un descanso prolongando yerra en la colocación de los desvíos resulta más culpable que su compañero que comete la misma falta después de once horas ininterrumpidas de servicio.<sup>72</sup>

Frank denunciou em seu trabalho o que, segundo ele, não somente na linguagem comum se verificava, mas também nos tribunais já se praticava<sup>73</sup>: deve-se atentar para as *circunstâncias concomitantes*, ou seja, as circunstâncias fáticas que conduzem o autor e que envolvem o delito, na verificação da culpabilidade. Se tais circunstâncias já eram consideradas pelos tribunais a fim de se atenuar ou agravar a

---

<sup>71</sup> *op. cit.* p. 163.

<sup>72</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Reimpresión. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. pp. 28-29. Em tradução nossa: “O porteiro que, após um longo descanso, erra na colocação do desvio é mais culpado do que seu companheiro que comete a mesma falta, após onze horas de serviço contínuo.”

<sup>73</sup> Frank menciona o julgamento (que se tornou celebre entre os doutrinadores), ocorrido em um tribunal superior alemão, no qual um cocheiro é absolvido da acusação de atropelamento de um ferreiro, enquanto aquele guiava dois cavalos, um dos quais sabidamente arisco, em virtude de se considerar ter o trabalhador obedecido uma ordem de seu patrão, ainda que tendo previsto o resultado danoso. O tribunal, considerando as circunstâncias concomitantes, considerou que o cocheiro não tinha opção, sendo-lhe imposta a tarefa sob pena de perda de seu emprego.

culpa de um criminoso, não haveria razão para que não pudessem excluir a sua culpabilidade, em determinados casos nos quais não lhe fosse exigível outra conduta.<sup>74</sup>

Em outras palavras, o nexó psicológico, representado por dolo ou culpa, não poderia tão somente ser suficiente para expressar a culpabilidade de um indivíduo, dado que a prática jurídica mostrava que, mesmo agindo com culpa (estrito senso), por exemplo, a condenação, em determinadas circunstâncias em que se deu sua ação, demonstrava-se absolutamente injusta.

Assim, a consideração das circunstâncias concomitantes mencionadas em seu trabalho foi responsável pela construção de um conceito complexo<sup>75</sup> de culpabilidade que, na visão de Frank, deveria abarcar mais do que somente o nexó psíquico entre o agente e seu fato, permitindo-se, até mesmo, a gradação da culpabilidade.

A partir de seus estudos, portanto, culpabilidade passa a apresentar três elementos, sendo estes a imputabilidade, até então entendida como seu pressuposto; a relação psíquica entre o autor e o fato, traduzida por meio do dolo ou da culpa, em sentido estrito; e a normalidade das circunstâncias nas quais o indivíduo atua. Assim, todos esses elementos constituíam a base de um juízo de *reprovabilidade*. Culpabilidade, para e segundo a teoria de Frank, é reprovabilidade.<sup>76</sup>

Nas palavras de Frank:

En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.<sup>77</sup>

Deve-se ressaltar, novamente, que Frank encontrou na ideia de culpabilidade como juízo de reprovação a solução para os antigos problemas que não poderiam ser enfrentados pela letra da lei, nem tampouco pela análise do mero nexó subjetivo entre autor e fato que foi oferecida pela teoria psicológica. Os anseios por julgamentos mais

---

<sup>74</sup> Cf. FRANK, *op. cit.*, p. 30.

<sup>75</sup> Nas palavras de Bettioli: “La Colpevolezza non è più un dato psicologico-naturalistico, ma è un *giudizio* che suppone la presenza di vari elementi, tra i quali anche il nesso psicologico tra l’evento e l’autore.” (*op. cit.* 1962. p. 285). Em tradução nossa: “A culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas é um *juízo* que supõe a presença de vários elementos, entre os quais se inclui o nexó psicológico entre o evento e o autor.”

<sup>76</sup> Cf. FRANK, *op. cit.* pp. 40-41.

<sup>77</sup> *idem*, p. 39. Tradução nossa: “Na busca por uma expressão breve que contenha todos os mencionados elementos do conceito de culpabilidade, não encontro outra que não a reprovabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. Essa expressão não é linda, porém, não conheço outra melhor.”

justos, à época, foram essenciais para a concretização da nova concepção normativa, que passaria a influenciar grande parte da doutrina, apesar das críticas recebidas.

Note-se, ademais, que, sendo o juízo de reprovabilidade composto por três requisitos positivos, dos quais se ressaltam as circunstâncias concomitantes como o terceiro e mais novo elemento da culpabilidade, a ausência de quaisquer deles excluiria o crime. Assim, ainda que agindo com culpa (em sentido estrito),

a excepcional ocorrência de circunstâncias anormais exclui a culpabilidade, pois, inserido em tal situação, não podia o agente se comportar em conformidade com o direito, sendo exemplo disso o que sucede no estado de necessidade.<sup>78</sup>

Um importante parêntese deve ser feito, no entanto, para que não cometamos quaisquer equívocos. A construção da nova teoria da culpabilidade, nos moldes propostos por Frank, não foi introduzida por ele repentinamente. O autor, ao longo dos anos, com seus famosos comentários ao Código Penal alemão, enfrentou diversas críticas, motivo pelo qual transitou por vários conceitos para justificar sua doutrina.

O terceiro elemento da culpabilidade, novidade por ele introduzida em sua teoria e que dava origem ao verdadeiro juízo valorativo motivado<sup>79</sup>, foi o alvo de críticas agudas. Inicialmente, denominando-as de *circunstâncias normais concomitantes* (1907), Frank logo as modificou para, *motivação normal* do indivíduo (1911), tentando fugir das críticas que denominavam aquelas como “‘elemento de la culpabilidad’ en su ‘reflejo subjetivo’.”<sup>80 81</sup>

Posteriormente, em 1914, Frank resolveu abandonar o conceito como elemento positivo da culpabilidade. Não obstante, continuou entendendo que a ocorrência de determinadas causas de exclusão da culpabilidade haveria, ainda que

---

<sup>78</sup> REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 180. Note-se que o autor refere-se, obviamente, ao estado de necessidade exculpante, questão da qual trataremos apenas quando da abordagem da legislação penal pátria e sua evolução ao longo do tempo.

<sup>79</sup> Cf. ASÚA, *op. cit.* p. 164.

<sup>80</sup> GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 84. Em tradução nossa: “‘Elemento da culpabilidade’ em seu reflexo ‘subjetivo’.” A nova expressão constava em seus comentários ao código penal alemão, entre as 8ª e 10ª edições (*ibidem*).

<sup>81</sup> Quanto às circunstâncias concomitantes, menciona ainda Edgardo Donna que: “Contra Frank o contra los elementos de su teoría de la culpabilidad - es decir, las circunstancias del hecho - Kriegsmann ha objetado con razón que se puede levantar un reproche de culpabilidad cuando el autor conoció o debió conocer esas normales circunstancias del hecho.” (DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena*. vol. 1. 2 ed. actual., y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996. p. 148). Em tradução nossa: “Contra Frank ou contra os elementos de sua teoria da culpabilidade – é de se dizer, as circunstâncias de fato – Kriegsmann objetou com razão que se pode realizar uma reprovação de culpabilidade quando o autor conheceu ou deveu conhecer essas normais circunstâncias de fato.”

agindo o indivíduo com dolo ou culpa e sendo ele imputável<sup>82</sup>, o que de certa forma contrariava sua própria alteração na teoria. Por fim, Frank tornou a introduzir em seu conceito de culpabilidade o elemento positivo, dessa vez na forma de *liberdade* ou *domínio sobre o fato* (1924-1926)<sup>83</sup>, ao lado de dolo ou culpa, bem como da imputabilidade.

O resumo histórico nos permite uma maior precisão de análise no sentido de entendermos o porquê de Frank ser considerado o precursor da teoria normativa. Como dito anteriormente, desde 1907, em seu *Sobre a estrutura...*, o autor já tratava a culpabilidade como reprovabilidade. Inobstante, somente no ano de 1929, com a 18ª e derradeira edição de seus *Comentários...* ele finalmente mencionou ser a culpabilidade um juízo normativo<sup>84</sup>.

Por essa razão, introduzimos o tópico com a menção a Asúa, no sentido de que Frank foi, sem sombra de dúvidas, o precursor de uma teoria autenticamente normativa. Sua nova doutrina e a afirmação de uma culpabilidade sinônima de reprovação, embasada em múltiplos elementos, sem dúvidas, abriu caminho para a construção de um conceito que superava em muito o formalismo simplista da teoria psicológica. O que não se poderia dizer, porém, é que Frank foi o primeiro a explicar o conteúdo material da culpabilidade com fundamentos essencialmente *normativos*, já que hesitou, entre as edições de seus comentários, sobre qual seria o seu fundamento.<sup>85 86</sup>

---

<sup>82</sup> Situação que permaneceu em seus comentários, entre as 11ª e 14ª edições (*Idem*, p. 84/85). Note-se, ademais, que expressamente em relação à culpa, lato senso, Frank voltou a mencionar as *circunstâncias concomitantes* como determinação do grau de exigibilidade (*ibidem* e ASÚA, *op. cit.*, p. 165).

<sup>83</sup> Situação que permaneceu em seus comentários, entre as 15ª e 17ª edições (*Cf.* GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 85 e ASÚA, *op. cit.*, p. 165).

<sup>84</sup> Nas palavras de Goldschmidt: “Por primera vez se habla de manera expresa de un momento ‘normativo’ de la culpabilidad, y se lo discute. En efecto, se expone, como una cosa aceptada, que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una *obligación* de omitir tal conducta.” (*op. cit.*, p. 86). Em tradução nossa: “Pela primeira vez se fala de maneira expressa de um momento ‘normativo’ da culpabilidade, e se o discute. Em efeito, se expõe, como uma coisa aceita, que a reprovabilidade de uma conduta de alguém pressupõe uma *obrigação* de omitir tal conduta.”. Quanto à questão dos termos empregados por Frank sobre sua teoria, Edgardo Donna menciona que: “Se puede decir que con Frank comienza o que es el punto de partida de la teoría normativa de la culpabilidad, aunque evitara emplear el término ‘normativa’.” (*op. cit.*, p. 145). Em tradução nossa: “Se pode afirmar que com Frank inicia-se o ponto de partida da teoria normativa da culpabilidade, que ainda evitava empregar o termo ‘normativa’.”

<sup>85</sup> Mais uma vez, a colocação de Goldschmidt é esclarecedora: “Por otra parte, sin embargo, en razón de que Frank fue el primero que caracterizó la culpabilidad como reprochabilidad, debe considerárselo como el iniciador de la ‘moderna doctrina normativa de la culpabilidad’, no obstante que la ‘motivación normal’ siempre ha de ser sólo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la ‘característica normativa de la culpabilidad’.” (*Idem*, p. 88). Em tradução nossa: “Por outro lado, porém, no sentido de que foi Frank o primeiro que caracterizou a culpabilidade como reprovabilidade,

### 2.3.2.2. O normativismo e a obra de James Goldschmidt

Segundo Ricardo C. Nuñez <sup>87</sup>, percebe-se que os expositores da teoria normativa, desde o seu início, apresentam seus argumentos em torno de dois pontos capitais: por um lado, discutem qual é o caráter da norma que apoia o juízo de culpabilidade; por outro lado, discutem a matéria real que serve de base a esse juízo.

James Goldschmidt, escrevendo em 1913, com sua obra *Der Notstand, ein Schuldproblem (O Estado de necessidade, um problema de culpabilidade)* e, posteriormente, em 1930, com seu *Normativer Schuldbegriff (A concepção normativa da culpabilidade)* – este em resposta às críticas da época e com algumas alterações em seu conceito – foi precursor do segundo grande passo em busca de um puro conceito normativo de culpabilidade, ao trabalhar justamente com o caráter da norma fundamentadora do juízo de censura penal.<sup>88</sup>

Se Frank, segundo parte da doutrina da época, não conseguira chegar a uma solução de natureza puramente normativa acerca de seu conceito de culpabilidade em razão dos tormentosos *motivação normal* e *domínio sobre o fato*, Goldschmidt introduziu o conceito de reprovação baseado na violação da norma de dever, dando àquela conteúdo normativo.

Em outras palavras, Goldschmidt utilizou-se das ideias de Kant, na área da filosofia, para estabelecer duas categorias de normas que justificariam o conteúdo normativo da culpabilidade, retirando, ademais, da sua estrutura, todos os elementos de fato, transformando-os em pressupostos dela.

---

deve-se considerá-lo como o iniciador da ‘moderna doutrina normativa da culpabilidade’, não obstante que a ‘motivação normal’ sempre será somente a base psíquica da reprovação, ou seja, da ‘característica normativa da culpabilidade’.”

<sup>86</sup> Comentando o caso, menciona Reale Júnior que Frank não logrou êxito em encontrar um juízo de reprovabilidade com conteúdo eminentemente normativo, ao transitar pelos deferentes conceitos do terceiro elemento da culpabilidade. (*Dos Estados de Necessidade*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971. p. 23). Já Asúa diz que “Fué Frank el primero que caracterizó la culpabilidad como ‘reprochabilidad’, a pesar de que la ‘motivación normal’ no sea más que uno de los elementos del juicio de reproche, de carácter psíquico, ya que el propio autor jamás la estimó como elemento normativo de lo culpable.” (*op. cit.* p. 166). Em tradução nossa: “Foi Frank o primeiro que caracterizou a culpabilidade como ‘reprovabilidade’, apesar de que a ‘motivação normal’ não seja mais que um dos elementos do juízo de reprovação, de caráter psíquico, já que o próprio autor jamais a considerou como elemento normativo do culpável.”

<sup>87</sup> “Bosquejo de la culpabilidad”. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 75.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

Goldschmidt entendia que toda ação relaciona-se com a norma jurídica penal sob dois aspectos: a sua conformidade ou não com a norma de direito propriamente dita (ou *norma de ação*) e a sua conformidade em relação à norma de conduta, ou, como menciona o autor<sup>89</sup>, *norma de dever*. A primeira tem caráter objetivo e geral, vincula-se, portanto, à faceta externa da norma, à obrigação de se adequar objetivamente ao direito. “Na norma de direito há uma proibição, p. e.: ‘não mate’”<sup>90</sup>. No campo dogmático, estaria relacionada à constatação da antijuridicidade. Já a norma de dever, objeto do juízo de reprovabilidade, nas palavras do próprio autor<sup>91</sup>, é aquela que manda ao particular que se motive pelas representações de valor jurídicas, e que se dirige à vontade de atuação. A norma de dever se comunica subjetivamente com cada indivíduo, de maneira que lhes determine que se conduzam de acordo com a norma de ação, da forma como é prescrita.<sup>92</sup>

É exatamente a norma de dever que se relaciona à constatação de culpabilidade, na doutrina normativa de Goldschmidt. Conforme menciona Asúa:

Ésta es tan solo un juicio de reproche, que versa sobre la exigibilidad, y que tiene por contenido la ‘no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad’<sup>93</sup>.

Em outras palavras, e para que se esclareça melhor a questão, Goldschmidt aproveita as bases doutrinárias da teoria de Frank, no sentido de que também entende ser a culpabilidade um juízo de reprovação, e não somente um mero nexos entre o indivíduo e o resultado criminoso. Não obstante, fundamenta o juízo de maneira

---

<sup>89</sup> *op. cit.* p. 82.

<sup>90</sup> REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 23.

<sup>91</sup> *op. cit.* p. 91.

<sup>92</sup> Conforme mencionado, Goldschmidt extraiu suas ideias aplicadas no campo da culpabilidade da doutrina de Immanuel Kant. A constatação é imediata quando se lê o trecho, a seguir transcrito, de *A metafísica dos costumes*. Segundo Kant: “Em toda legislação (quer prescreva ações internas ou externas ou que as prescreva *a priori* pela razão somente ou pela escolha de um outro) há dois elementos: em primeiro lugar, uma *lei*, que representa uma ação que precisa ser realizada como *objetivamente* necessária, isto é, que faz da ação um dever; em segundo lugar, um motivo, o qual relaciona um fundamento para determinação da escolha a essa ação subjetivamente com a representação da lei. Daí, o segundo elemento é o seguinte: que a lei torne dever o motivo. Pelo primeiro, a ação é representada por um dever e isso constitui um conhecimento meramente teórico de uma determinação possível da escolha, isto é, de regras práticas. Pelo segundo, a obrigação de assim agir está relacionada no sujeito com um fundamento para determinar a escolha geralmente.” (*A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p. 71). Goldschmidt, entretanto, não admite um caráter ético implícito à norma de dever, como leciona Kant. Segundo aquele, a norma de dever está a serviço do direito, e não da ética. (*cf.* NUÑEZ, *op. cit.*, p. 82).

<sup>93</sup> *op. cit.*, p. 162. Em tradução nossa: “Esta é tão somente um juízo de reprovação, que versa sobre a exigibilidade, e que tem por conteúdo a ‘não motivação pela representação do dever jurídico apesar da exigibilidade’.”

diversa, eliminando o terceiro elemento de culpabilidade sobre o qual Frank flutuou ao longo de seus comentários, relegando-o à função de pressuposto.

Goldschmidt<sup>94</sup> exclui o termo *motivação normal*, uma vez que nitidamente elemento psíquico dentro do aspecto normativo da culpabilidade, chamando a base da reprovação de violação à norma de dever, esta com característica eminentemente normativa, ou seja, passível de valoração. Os demais elementos da culpabilidade, elencados por Frank, dessa maneira, passam, para Goldschmidt, à categoria de pressupostos, sendo culpável tão somente à vontade contrária ao dever. Nesse sentido, imputabilidade, dolo ou culpa, e a própria motivação normal são pressupostos da culpabilidade, segundo este autor.

Interessante notar que Goldschmidt,

En vez de considerar la “motivación normal” como “tercer elemento” de la culpabilidad, considera como característica negativa de la culpabilidad la “motivación anormal”; es decir, una causa o causas de inculpabilidad.<sup>95</sup>

Dessa forma, as normas de dever determinam o juízo de reprovabilidade e se ligam ao que é exigível. Culpabilidade é tão somente reprovabilidade, e reprovável é somente o que é exigível. Não obstante, não havendo motivação normal, ou melhor, havendo uma hipótese fática de motivação anormal para o sujeito, torna-se inexigível a conduta, tendo a *não exigibilidade* caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade, e sendo, portanto, a *motivação anormal* seu pressuposto, “(...) fuente real de las normas de ‘autoconservación’, cuya consideración lleva a la limitación de la exigibilidad y, por consiguiente, de la reprochabilidad.”<sup>96</sup>

Sendo assim, para Goldschmidt, a motivação normal, que constituía elemento positivo da culpabilidade na doutrina de Frank, passa a atuar como seu pressuposto negativo genérico, limitador da exigibilidade e da própria reprovabilidade, portanto.

Segundo o autor:

(...) el reconocimiento de causas de exculpación ‘supralegales’ estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico

---

<sup>94</sup> *op. cit.*, p. 87.

<sup>95</sup> Cf. ASÚA, *op. cit.*, p. 168. Em tradução nossa: “Em vez de considerar a ‘motivação normal’ como ‘terceiro elemento’ da culpabilidade, considera como característica negativa da culpabilidade a ‘motivação anormal’; ou seja, uma causa, ou causas de inculpabilidade.”

<sup>96</sup> GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 106. “(...) fonte real das normas de ‘autoconservação’, cuja consideração leva à limitação da exigibilidade e, por conseguinte, da reprovabilidade.” (tradução nossa).

debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio.<sup>97</sup>

A partir desta citação, reafirma-se o que havia sido colocado. Ainda que contrária à norma de dever, se não exigível a conduta, segundo um critério estabelecido com base no conceito do *hombre medio*<sup>98</sup>, não há culpabilidade.

Uma das características mais importantes da teoria normativa nos moldes desenvolvidos por Goldschmidt é o fato de que se justificam teoricamente as causas de exclusão da culpabilidade, já reconhecidas pelos tribunais da época, as quais não poderiam, de qualquer forma, ser explicadas por meio da teoria psicológica.

Segundo Edgardo A. Donna, “Lo fundamental en este tipo de concepción de la culpabilidad es que se da un fundamento a las causas de inculpabilidad. Ocupa un lugar esencial, para ello, la ‘motivación normal’”.<sup>99</sup>

À teoria de Goldschmidt, no entanto, também não faltaram críticas. Em primeiro plano, muitos foram aqueles que julgaram inútil o trabalho desse autor em criar uma teoria que separava a norma jurídica em norma de dever e norma de ação<sup>100</sup>, haja vista que, nas palavras de Reale Júnior, “a norma jurídica, em suma, impõe a positividade de um valor e se põe ela mesma como um valor, como um *dever ser*, constituindo-se um todo indecomponível.”<sup>101 102</sup>

---

<sup>97</sup> *Idem*, p. 120. Em tradução nossa: “(...) o reconhecimento de causas de exculpação ‘supralegais’ se estriba no conceito básico de que há motivos que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores ao motivo de dever em relação a um homem médio.”

<sup>98</sup> Conforme menciona o próprio Goldschmidt: “Desde luego que, como jurídicamente preponderantes, hay que reconocer sólo aquellos motivos que según las circunstancias dadas hubieran superado el motivo de deber en un *hombre medio*” (*Idem*, p. 121). Em tradução nossa: “Desde logo que, como sendo juridicamente preponderantes, há que se reconhecerem somente aqueles motivos que segundo as circunstâncias dadas houverem superado o motivo de dever em um *hombre medio*.” A opção do autor pelo critério do homem médio se explica pelo fato de ser objetivo, na medida em que não depende de qualidades e capacidades pessoais do autor, evitando-se a impunidade do delinquente por opção (*ibidem*).

<sup>99</sup> “Breve Síntesis del problema de la culpabilidad normativa”. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 23. “O fundamental neste tipo de concepção da culpabilidade é que se dá um fundamento às causas de inculpabilidade. Ocupa um lugar especial, para ele, ‘a motivação normal’.” (tradução nossa)

<sup>100</sup> Nesse sentido, por exemplo, encontra-se Luigi Scarano, quando diz que: “Costruire la categoria del dovere accanto alla categoria dell’obbligo giuridico significa voler creare un inutile doppione. La norma dell’obbligo perciò non sta accanto, ma nella norma giuridica, come l’antidoverosità non sta accanto, mas nell’antigiuridicità. (*La non esigibilità nel diritto penale*. Napoli: Casa Editrice Libreria Humus, 1948. p. 26). Em tradução nossa: “Construir a categoria do dever separada da categoria da obrigação jurídica significa querer criar uma divisão inútil. A norma de obrigação, pois, não está separada da norma jurídica, mas está no seu interior, assim como a contrariedade ao dever em relação à antijuridicidade.”

<sup>101</sup> *op. cit.*, p. 135.

<sup>102</sup> Por outro lado, como se viu, e como se retomará mais à frente, é de se considerar que foi justamente a divisão da norma entre norma de ação e norma de dever que proporcionou a Goldschmidt a

Outro ponto de vista questionado é o critério do homem médio, adotado por Goldschmidt, em sua obra de 1930, quando da aferição da não exigibilidade por motivações anormais. Ainda hoje, tal critério é utilizado dentro do direito penal como fonte de mensuração e limitação de determinados institutos. Não obstante, entendem os críticos dessa teoria que não parece ter tal critério qualquer conteúdo que possibilite valoração.<sup>103</sup> Goldschmidt procurava, com ele, evitar a impunidade de delinquentes por opção, impedindo que estes se utilizassem das excludentes de culpabilidade. Fato é que, tão perigoso quanto tornar a não exigibilidade uma forma de impunidade é criar generalizações em contextos nos quais elas não caibam, como na vontade humana.<sup>104</sup>

### 2.3.2.3. O normativismo e a obra de Berthold Freudenthal

Também partindo das bases introduzidas por Frank, segundo grande parte da doutrina<sup>105</sup>, Freudenthal foi quem, cronologicamente, elaborou o último dos três grandes passos em relação à construção da teoria normativa. Sua célebre obra sobre o assunto, escrita em 1922, é *Schuld und Vorwurf im geltenden strafrecht* (Culpabilidade e reprovabilidade no direito penal).

Freudenthal, assim como Goldschmidt, partiu dos conceitos formulados por Frank para criar sua teoria, embora possa se dizer que também se aproveitara da base criada a partir da teoria da norma de dever de Goldschmidt para formular a sua concepção.

---

aproximação a uma normatização dogmática que não se via na estrutura da culpabilidade proposta por Frank.

<sup>103</sup> Também, quanto a este ponto, menciona Reale Júnior que “A média é possível ser fixada acerca da causalidade material, assim como sobre a normal previsibilidade nos delitos culposos, mas, em termos de reprovação, de juízo de valor, é impossível encontrar a média humana, com o grave perigo de se cair na irrealidade, através da soma de qualidades muitas vezes inconciliáveis ou de se efetuarem generalizações com base em dados estatísticos.” (*op. cit.*, 2006. p. 182).

<sup>104</sup> Quanto a esse ponto, porém, há que se fazer uma ressalva para que não haja qualquer confusão. O critério objetivo do homem médio adotado por Goldschmidt somente se deu com sua obra escrita em 1930. É importante essa consideração, tendo-se em vista a sequência de nosso estudo (tópico n. 3, e, mais especificamente, 3.4), quando da consideração da evolução da exigibilidade de conduta diversa nas teorias normativas da culpabilidade. Assim, em resumo, Goldschmidt admitiu, em um primeiro momento, a exigibilidade de conduta diversa na estrutura da culpabilidade sem limitação a um critério definido, e somente em um segundo momento, vinculou-a ao critério do homem médio. O que se resume neste momento é a teoria do autor na sua montagem definitiva.

<sup>105</sup> Assim mencionam, por exemplo: ASÚA, *op.cit.*, p. 168 *et seq.*; REALE JÚNIOR, *op. cit.*, 1971. p. 26-27; e BRUNO, *op. cit.*, pp. 100-101.

No entender de Freudenthal, exigibilidade é também elencada como elemento positivo da culpabilidade e, não somente, é aquela todo o fundamento do juízo de reprovação. Assim, culpabilidade é a reprovação de uma conduta contrária ao direito, quando se poderia conduzi-la conforme ele, ou seja, quando era exigível. Nas palavras do próprio autor:

Se puede equiparar culpabilidad y reprochabilidad, como ocurre en Frank (...), como la contrariedad evitable al deber jurídico del hecho individual, o (...) calificar sin más la conducta culpable como indebida – entendiendo la palabra en sentido subjetivo –, y con todo esto queda expresada siempre la desaprobación de que el autor se haya comportado así, mientras hubiese debido y podido comportarse de otra manera. (...) El reproche de la culpabilidad descansa, precisamente, en que “las representaciones y los juicios (del autor) hubiesen debido bastar para producir frenos anímicos de eficacia contra la ejecución del hecho.”<sup>106</sup>

Para Freudenthal, porém, o conteúdo da exigibilidade ocupava uma posição muito diversa do que vimos em Goldschmidt. Se, para este, exigível era aquilo que ditava a norma de dever, de um modo geral e impessoal, respondendo aos mandamentos da norma de ação, para aquele, a exigibilidade se verificava por meio de um critério ético<sup>107</sup> e pessoal<sup>108</sup>, ou seja, na possibilidade de se haver comportado de outra maneira, empiricamente.

Em Freudenthal, a doutrina penal mais uma vez se dirige à busca da justiça, como ideal. Conforme menciona Velo:

(...) o Direito Penal ‘ciência’ começa a dar atenção a certos postulados de justiça que sempre estiveram latentes. No primeiro decênio do Século XX, surgem movimentos que após a 2ª Grande Guerra implicariam marcante eticização do Direito Penal.<sup>109</sup>

O entender do autor leva, no entanto, a outras considerações importantes. Ora, se o conteúdo da exigibilidade se pauta por uma questão de consciência ética pessoal, então não se limitariam as hipóteses de exclusão da culpabilidade aos institutos elencados na lei. Segundo Scarano:

---

<sup>106</sup> *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Lanús Este: Editorial B de F, 2006. pp. 70-71. Em tradução nossa: “Pode-se equiparar culpabilidade e reprovabilidade, como ocorre em Frank (...), como a contrariedade evitável ao dever jurídico do fato individual, (...) ou qualificar, sem mas, a conduta culpável como indevida – entendendo a palavra em sentido subjetivo –, e com tudo isso fica expressada sempre a desaprovação de que o autor tenha se comportado assim, ainda que houvesse devido e podido se comportar de outra maneira. (...) a reprovação da culpabilidade descansa, precisamente, em que ‘as representações e os juízos (do autor) houvessem bastado para produzir freios anímicos eficazes contra a execução do fato.’”

<sup>107</sup> Cf. SCARANO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>108</sup> Cf. FREUDENTHAL, *op. cit.*, p. 71.

<sup>109</sup> *op. cit.*, p. 44.

La nozione di non esigibilità serve quindi a introdurre anche questa volta come già nei tentativi precedenti, nel diritto penale tedesco, oltre il testo della legge, ma nello spirito dell'ordinamento giuridico, una causa extralegislativa di esclusione della colpevolezza.<sup>110</sup>

Note-se, ademais, que Freudenthal foi além com sua teoria. Se, sob o ponto de vista do normativismo de Frank, as excludentes de culpabilidade somente se aplicavam aos casos de crimes culposos<sup>111</sup> (sentido estrito), uma vez assim vinculados à lei, e, uma vez que Frank enxergava um impedimento legal na legislação penal alemã, Freudenthal, sob argumentação de seu critério ético, entendia que a exigibilidade de conduta diversa era requisito geral, aplicado a todos os casos, inclusive aos crimes dolosos. Quanto a isso, Scarano afirma que: “Il sistema, infatti, sarebbe contraddittorio, se si riferisse solo alla colpa in senso stretto.”<sup>112</sup>

Para justificar sua teoria, Freudenthal utilizou-se, entre outros, do exemplo do julgamento da garota siciliana que, dolosamente, mata seu tio e sua tia<sup>113</sup>. Segundo esse caso, uma garota que fora morar nos Estados Unidos com seus tios passa a ter um relacionamento amoroso com seu tio, vindo a tia a saber do fato. Tempos depois, a garota acaba se casando, mas a tia, traída anteriormente, relata ao marido de sua sobrinha sobre o caso que esta mantivera com o tio. Em decorrência disso, a garota é abandonada por seu esposo. Ela, então, conforme a educação que recebera em sua terra natal, mata os tios em vingança.

---

<sup>110</sup> “A noção de exigibilidade serve, então, para introduzir desta vez, assim como já fora tentado anteriormente, no direito penal alemão, não só o que está no texto da lei, mas também no espírito do ordenamento jurídico, uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.” (*op. cit.*, p. 47. Tradução nossa)

<sup>111</sup> Efetivamente, apesar de ter introduzido a reprovabilidade como sinônimo de culpabilidade, e ter mencionado as circunstâncias concomitante e, posteriormente, o domínio sobre o fato, como elementos positivos da culpabilidade, Frank não assumiu, inicialmente, que a inexigibilidade pudesse excluir a culpa nos crimes dolosos. Segundo o próprio Frank: “Lamentablemente, eso no es posible, según el estado actual de la legislación y de la teoría, en los delitos dolosos.” (*op. cit.* p. 43). (Em tradução nossa: “Lamentavelmente, isso não é possível, segundo o estado atual da legislação e da teoria, nos delitos dolosos.”). Tal fato não impediria, porém, segundo Frank, que o juiz, em seu livre arbítrio, pudesse se valer daquelas circunstâncias de fato na mensuração da culpabilidade do autor. Esta postura de Frank, entretanto, é muito criticada pelo próprio Freudenthal, em sua obra, haja vista não haver qualquer limitação aparente na aplicação da teoria também para os casos dolosos, a não ser a própria limitação legal da época. Nas palavras de Freudenthal: “Pero por qué la misma argumentación deba luego resultar improcedente en el dolo, por qué no hay que deducir aquí también, del concepto de culpabilidad, que las circunstancias concomitantes pueden ser idóneas, según su disposición, para excluir la exigibilidad o reprochabilidad y, con ello, la culpabilidad, eso no se entiende.” (“Mas porque a mesma argumentação deva logo resultar improcedente no dolo, porque não há que se deduzir aqui também do conceito de culpabilidade que as circunstâncias concomitantes possam ser idóneas, segundo sua disposição, para excluir a exigibilidade ou a reprovabilidade e, com ela, a culpabilidade, isso não se entende.” (*op. cit.*, p. 76, tradução nossa).

<sup>112</sup> *op. cit.*, p. 48. “O sistema, na verdade, seria contraditório, referisse-se somente à culpa em sentido estrito.” (tradução nossa)

<sup>113</sup> *op. cit.*, pp. 87-88.

A garota foi absolvida sob a justificativa de que, segundo a educação que recebera, não se lhe poderia exigir comportamento diverso, uma vez que sua atitude era aceitável pelos preceitos éticos e sociais da coletividade do seu país de origem e que se refletiam em sua concepção moral.

Entre os doutrinadores brasileiros, Aníbal Bruno deixa evidente seu entusiasmo com os novos padrões da exigibilidade na teoria de Freudenthal, quando menciona que é “(...) certo que este é um dos pensamentos mais fecundos que tenham sido lançados no domínio da culpabilidade”.<sup>114</sup>

É óbvio, no entanto, que também Freudenthal foi alvo de críticas feitas, entre outros, pelo próprio Goldschmidt<sup>115</sup>. Essas críticas giraram em torno da vinculação da culpabilidade ao elemento ético individual supracitado, o qual, para aqueles críticos, não poderia fundamentar o conceito de culpabilidade, pela sua extrema vagueza. A correlação entre direito e qualquer forma de ética ou moral social e, principalmente, individual o conduziria a um perigoso caminho sem volta, diziam eles. Nesse sentido, interessante é a crítica apresentada por Sebastián Soler:

Las modernas tendencias hacia lo que se ha llamado etización del derecho penal pueden influir en dar a las normas penales una mayor amplitud, pero es inválida toda tentativa de transformar en un concepto ético el concepto jurídico de culpabilidad. (...) así tenemos aquí que señalar la intención política que envuelven esas doctrinas y cómo ellas representan un regreso a formas superadas por la historia del derecho.<sup>116</sup>

### 2.3.3. Bases gerais da teoria normativa e sua evolução em relação ao psicologismo

De todo o exposto sobre a teoria normativa, devemos fazer algumas considerações acerca da estrutura comum da culpabilidade, ou melhor, de sua estrutura essencial, levando em consideração ao menos os doutrinadores que, conforme acima exposto, deram base a ela. Assim, ao passo que ponderamos sobre

---

<sup>114</sup> *op. cit.* tomo 2º. pp. 100-101.

<sup>115</sup> *op. cit.* p. 90.

<sup>116</sup> SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino* - parte geral. 5 ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992. p. 33. “As modernas tendências no sentido do que se tem chamado de *eticização* do direito penal podem influir em dar às normas penais uma maior amplitude, mas é inválida toda tentativa de transformar em um conceito ético o conceito jurídico de culpabilidade. (...). Assim temos que apontar aqui a intenção política que envolve essas doutrinas e como elas representam um regresso às formas superadas pela história do direito.” (tradução nossa)

essa estrutura essencial, podemos verificar as significativas diferenças em relação à culpabilidade, segundo uma concepção psicológica.

Inicialmente, a base de toda a teoria normativa é a reprovabilidade, e quanto a isso parecem estar de acordo todos os seus seguidores. Esta tem seu limite na doutrina da exigibilidade. “Culpabilidade é um juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológica”<sup>117</sup>, resume Assis Toledo. Ademais, nas palavras de Asúa: “En vez de estar la reprochabilidad *fuera* del proceder, esta *dentro*, y así la *exigibilidad* se convierte en la esencia de lo culpable.”<sup>118</sup>

Já aqui reside a grande diferença e a grande revolução, proporcionada inicialmente por Frank, entre a estrutura psicológica e a normativa da culpabilidade. A partir da estrutura em conformidade à teoria normativa, pôde-se alcançar algo impossível de se realizar com a estrutura psicológica, ou seja, uma teoria geral da culpabilidade, que abrange tanto o dolo quanto a culpa. Num âmbito psicológico, como se viu, a culpabilidade acabava se dividindo em duas, culposa e dolosa, sem que houvesse ou pudesse haver qualquer elemento de ordem competente ou suficiente para ordená-las, conforme já exposto nas palavras de Bettiol.

A teoria normativa proporcionou, também, uma nova possibilidade para a culpabilidade, também impossível de se alcançar com a culpabilidade psicológica. Trata-se da gradação da culpa do indivíduo criminoso. Enquanto no psicologismo contenta-se com a existência ou não do vínculo psicológico, com o *ser ou não ser*, na alusão a Shakespeare, feita por Asúa<sup>119</sup>, no normativismo, uma conduta pode ser entendida como mais ou menos culpável, dependendo da maior ou menor exigibilidade. É o que se retrata na primeira citação a Frank, acima feita, a respeito da diferença entre um mesmo crime praticado por um trabalhador, que acabara de sair do descanso, e outro, que labutava havia já muitas horas.

A terceira consequência óbvia em relação à concepção normativa é a possibilidade de se formular uma teoria geral das causas de exclusão da culpabilidade. Se, no psicologismo, a culpabilidade somente se exclui uma vez que eliminado o processo subjetivo que determina a culpa ou o dolo, no normativismo, ainda que agindo dolosamente ou culposamente, pode-se excluir a culpabilidade, na medida em que determinadas circunstâncias tornam inexigível um comportamento conforme o

---

<sup>117</sup> *op. cit.* p. 224.

<sup>118</sup> *op. cit.*, 176. “Em vez de estar a reprovabilidade *fora* do proceder, esta *dentro*, e assim, a *exigibilidade* se converte na essência do culpável.” (tradução nossa)

<sup>119</sup> *Idem*, p. 177.

direito. E podemos ir além com a teoria normativa. É o caso das causas de exclusão da culpabilidade supralegais. Segundo Asúa, “Ésta sería radicalmente imposible en la teoría psicológica. Según ella las causas de inculpabilidad han de considerarse *catálogo cerrado* (...)”<sup>120</sup>

Obviamente, principalmente no que se refere a esta última hipótese, das excludentes supralegais, entre os próprios adeptos da teoria normativa, há aqueles que trabalham com cautela acerca da possibilidade de existência. Entretanto, aparentemente, todos entendem como possível tal circunstância, variando tão somente a justificativa acerca das limitações e dos critérios adotados.

Assim, visíveis são os avanços proporcionados por meio da teoria normativa, que, sem sombra de dúvidas, trouxe ao âmbito da culpabilidade novas possibilidades, iniciadas principalmente por meio das doutrinas de Frank, Goldschmidt e Freudenthal.

---

<sup>120</sup> *Idem*, p. 178. Em tradução nossa: “Esta seria radicalmente impossível na teoria psicológica. Segundo ela, as causas de exclusão da culpabilidade não de se considerar *catálogo fechado* (...)”

### 3. EVOLUÇÃO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NA ESTRUTURA DA CULPABILIDADE ENTRE OS TEÓRICOS NORMATIVISTAS

A partir do que se analisou neste trabalho, tendo-se em vista a abordagem da construção dogmática da estrutura da culpabilidade, é evidente que a doutrina da exigibilidade teve início a partir das construções da teoria normativa. Assim, neste momento, devemos nos debruçar sobre suas mais diferentes tendências e considerações na visão desses doutrinadores, não nos esquecendo, porém, de introduzir a questão no âmbito da discussão filosófica, que, antes mesmo de gerar seus reflexos nas construções dogmáticas modernas de culpabilidade, já era enfrentada à luz das primeiras escolas de direito penal.

#### 3.1. Breve resumo remissivo sobre a estrutura da culpabilidade

Conforme analisamos, a estrutura do castigo, da responsabilização do indivíduo em decorrência de um mau causado, parte das primeiras formas de organização social do homem; sendo, neste primeiro momento, a pena aplicada (seja ela como forma de retribuição ou de prevenção, haja vista as contradições nesse ponto) de forma absolutamente objetiva, ou seja, com base na observação de uma causalidade natural. Ademais, muitas vezes, nem sequer era necessário haver qualquer relação entre um indivíduo e um acontecimento fático para que se lhe infligisse um castigo, negando-se até mesmo a função de vingança pessoal ou de prevenção, nesse aspecto da punição.

O direito penal romano, como apontamos anteriormente, parece ter sido o precursor<sup>121</sup>, na antiguidade, de uma guinada da responsabilidade objetiva para a responsabilidade subjetiva, vinculando um fato à atuação consciente do agente, e, até mesmo entre eles, a uma atuação por si mesma má, ou seja, voltada ao ilícito, criando-se a figura do *dolus malus*. Posteriormente, a questão da responsabilização fundamentada na culpabilidade sofreu com diversas tendências durante o longo período da Idade Média, passando por influências do direito canônico e do direito

---

<sup>121</sup> Mesmo que se tenha consciência da existência de um princípio moral, ou até mesmo poético, norteador da responsabilização penal, entre os gregos, parece-nos que a figura da culpabilidade como elemento do direito apenas foi introduzida no ordenamento jurídico romano.

germânico (este de viés totalmente objetivista), bem como dos antigos romanos, sem que se estabelecesse qualquer parâmetro básico. Tratou-se, em verdade, de um verdadeiro embate, no qual, por fim, parece ter-se erigido o princípio de que não há pena sem culpa, como limitador da responsabilização penal.

A construção do princípio, no entanto, manteve-se sem fundamentação material e sistemática ainda por um grande período, já na idade moderna. Conforme foi mencionado anteriormente, antes de qualquer concepção acerca da própria estrutura analítica do crime, e, portanto, da culpabilidade, ocorria um grande embate que girava em torno da antiga aporia filosófica que envolvia o livre arbítrio e o determinismo. Tal embate evidenciava, no interior do direito penal, a posição das suas duas primeiras grandes escolas: a escola clássica e a escola positiva.

A primeira, cujo maior expoente era, sem dúvida, Francesco Carrara, tinha como base a ideia de que o homem é livre, e que, portanto, “(...) a não ser que, [*sic*] fôsse insano, teria a capacidade bastante de livre escolha”<sup>122</sup>. O crime, além de ter uma conotação evidentemente moral, era determinado por seu aspecto objetivo, por uma ação humana, baseada em livre escolha.

A escola positiva, por sua vez, partia do pressuposto contrário, vinculada, pois, que estava a uma ideia determinista. Assim, seja por influências antropológicas (conforme as ideias de Cesare Lombroso<sup>123</sup>) ou propriamente sociais (conforme Enrico Ferri<sup>124</sup>), “o delinquente é o homem que pratica o delito, ou representa o perigo de praticá-lo, não em razão de sua liberdade moral, mas por fôrça de fátôres de naturezas diversas (...).”<sup>125</sup>

Desse novo embate, no que se refere à culpabilidade, percebeu-se que a liberdade de vontade passou a constituir marco fundamental, sem o qual não haveria de se falar em culpa, prevalecendo, nesse sentido, o entendimento dos clássicos, ainda

---

<sup>122</sup> CASTELO BRANCO, *op. cit.* p. 46.

<sup>123</sup> A principal obra do autor neste sentido é *O homem criminoso*, escrita em 1876. Em relação a ela, comenta Alessandro Baratta: “Lombroso, em seu livro *L'uomo delinquente*, cuja primeira edição é de 1876, considerava o delito como um ente natural, ‘Um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção’, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária.” (*Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 38/39).

<sup>124</sup> Nas palavras de Enrique Gimbernat Ordeig: “As consequências do positivismo nas ciências jurídicas são conhecidas: a tendência imperialista das ciências naturalísticas, decididas a substituírem a ciência do Direito – nega-se caráter científico à dogmática jurídica e propõe-se que a sociologia jurídica passe a ocupar o seu lugar (assim EHRlich e JERUSALEM, por exemplo); no caso do direito penal, a sociologia criminal (por exemplo, FERRI).” (*Conceito de método da ciência do direito penal*. tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 37).

<sup>125</sup> Idem à nota 38.

que somente como ponto de partida para a noção de culpa, e ainda que prevalecesse o método de análise do injusto causal-naturalista.

Assim, da evolução histórica tem-se a culpabilidade como um princípio limitador da responsabilidade penal somada à consideração da liberdade de vontade do indivíduo como pressuposto filosófico básico.

Apenas com a teoria psicológica se construiu o primeiro conceito dogmático moderno de culpabilidade. Com base em influências (*jus*) positivistas e, portanto, em um método causal-naturalista, entendia-se como culpável um indivíduo desde que houvesse uma ligação psíquica entre ele e o fato criminoso, ligação esta aferida por meio de dolo ou culpa, constituindo estas espécies autônomas de culpabilidade.

Entretanto, com o declínio da teoria psicológica, chegamos ao recém analisado normativismo, no qual se considera culpável uma ação reprovável, com limite na exigibilidade, assumindo esta ora função de elemento positivo dentro da própria estrutura analítica da culpabilidade, ora função de cláusula geral de exclusão da culpabilidade, na forma da inexigibilidade.

### 3.2. Considerações acerca da liberdade de vontade entre a teoria psicológica e a teoria normativa e seus reflexos na estrutura da culpabilidade

Dois são os pontos mais importantes a serem considerados em razão do presente resumo. Por um lado, tem-se que *não há pena sem culpa*, o que constitui negação da responsabilidade penal objetiva e princípio fundamental de direito penal, conquista esta que se trata de um marco e que fundamenta toda a estrutura dogmática da culpabilidade. Por outro lado, tem-se que, segundo as teorias de culpabilidade que estudamos até o momento, toda culpabilidade deve ser fundamentada na *liberdade de vontade*.

O segundo ponto é o que nos interessa no momento.

Tanto a teoria normativa da culpabilidade quanto a teoria psicológica acima estudadas têm como um dos postulados filosóficos básicos este pressuposto da liberdade de vontade do indivíduo, cunhado dogmaticamente a partir da escola clássica, e que prevaleceu no embate entre esta e a escola positiva. Nesse ponto, ou seja, quanto a sua premissa básica, não há discordância entre essas duas correntes teóricas.

Essa característica comum nos permite classificá-las segundo um conceito denominado de *culpabilidade da vontade*, que reside exatamente no fato de que a culpa somente pode ser relacionada ao indivíduo enquanto autor de um fato sobre o qual este tenha domínio, ou melhor, sobre o qual possa exercer sua escolha livremente.

Nesse sentido, Bacigalupo menciona, quando trata das teorias de culpabilidade de *vontade*, que:

A expressão dogmática dessa noção de culpabilidade tem sido tanto o conceito psicológico como normativo de culpabilidade ou a noção “finalista”<sup>126</sup> da culpabilidade. Ambas as noções têm se baseado na existência da vontade (teoria psicológica) ou em um juízo de valor sobre a vontade, mas, em todo caso, sobre a vontade.<sup>127</sup>

Não há dúvidas, portanto, que a existência das teorias de culpabilidade de *vontade* se deve à noção da liberdade de vontade do indivíduo. Não obstante, entre a teoria psicológica da culpabilidade e a teoria normativa da culpabilidade há um abismo quase intransponível, tornando-as extremamente diferentes, ainda que ambas tenham este mesmo pressuposto filosófico.

O que nos fica claro, nesse ponto, é que a maior ou menor restrição à imposição de penas, com o surgimento das teorias de culpabilidade de vontade, depende, principalmente, da maior ou menor influência do conceito de liberdade de vontade no interior da estrutura da culpabilidade. Além disso, pelo que notamos, ainda que essa noção de livre vontade tenha prevalecido frente à ideia determinista, no campo do direito (seja porque é necessário aceitá-la ou porque se a pressupõe aceita, para um devido funcionamento do ordenamento como um todo), a sua importância flutuou ao longo dos tempos, não tendo esta força proporcional em relação às duas teorias de culpabilidade estudadas.

Esse é o grande ponto a ser considerado aqui, pois explica a maior completude da teoria normativa em relação à psicológica.

O fato de a teoria psicológica ter se desenvolvido em um momento em que o positivismo jurídico influenciava o direito como um todo fez com que a liberdade de vontade não passasse de um dado a ser observado como simples pressuposto de culpabilidade, fora de sua estrutura e que não poderia ser considerado tampouco para gradação da pena aplicada. Não ocupava, portanto, lugar em sua estrutura analítica.

---

<sup>126</sup> Debruçaremos-nos sobre esta a partir do capítulo 4.

<sup>127</sup> *op. cit.*, 2005-B. p. 381.

Em outras palavras, partia-se do pressuposto da existência de uma vontade livre, e, no mais, não se fazia qualquer juízo, ou qualquer gradação acerca de tal liberdade, para que se impusesse uma pena. Conforme explicamos, quando do tratamento dessa teoria, o sujeito era culpado a partir do momento em que se verificava um nexo psíquico entre o resultado danoso e sua ação, representado este nexo por dolo ou culpa.

Note-se, portanto, que o pressuposto da liberdade de vontade, no âmbito da teoria psicológica, diferentemente do que se vê na teoria normativa, parece se vincular exclusivamente a uma questão de imputabilidade, que, como mencionamos, era pressuposto de culpabilidade, à época. Ou seja, não havendo liberdade de vontade, não há que se falar em culpa, haja vista que o indivíduo seria, portanto, possuidor de um distúrbio psíquico que o impediria de se conduzir de acordo com aquela vontade.

Assim, no âmbito da teoria psicológica, o fato de ter sido a vontade do agente (existente esta, portanto) influenciada por fatores externos (situações fáticas quaisquer) pouco determina na aferição da culpabilidade, e, assim, também o fato de ter ou não o agente consciência do ilícito. Mais uma vez, há que se ressaltar que a teoria psicológica acabou sofrendo forte influência do positivismo jurídico, afastando-se dos velhos embates filosóficos, o que criou uma “limpeza” no direito penal como um todo e, em consequência, na própria estrutura da culpabilidade.

Interessante, entretanto, é percebermos que, com as conclusões a que chegamos a partir da teoria psicológica, haveria uma forte inclinação a considerá-la como tributária de uma ideologia filosófica determinista, haja vista que a percepção da liberdade de vontade individual depende de um esforço intelectual, tamanha sua limitação. Não é o caso, porém. Não se trata de negação da liberdade de vontade do indivíduo, senão um influxo de ideias que buscavam tornar o direito mais puro e, portanto, menos suscetível a “infiltrações” sociológicas, filosóficas quaisquer que fossem alheias à pureza do próprio direito. Trata-se, evidentemente, de uma extrema limitação do âmbito de consideração dessa liberdade, o que a faz ocupar somente papel secundário. Observável a liberdade de vontade do indivíduo, não há que se realizar qualquer juízo de valor sobre ela, ou ponderação se, sobre ela, houve qualquer influência externa.

No entanto, a evolução das escolas penais e as influências filosóficas nesse desenvolvimento contribuíram para que, cada vez mais, a liberdade de vontade fosse considerada não somente como pressuposto básico à imposição de uma pena, mas

como elemento integrante da estrutura analítica do crime, possibilitando-se gradações de culpabilidade, bem como uma teoria geral das exculpantes legais e, até mesmo, supralegais.

O formalismo e a simplicidade da culpabilidade psicológica, como se viu diversas vezes em sua crítica, não permitiram que se encontrassem respostas para uma série de problemas, como a culpa inconsciente e a exclusão de culpabilidade em virtude das exculpantes. No primeiro caso, não há que se falar em qualquer vínculo psíquico entre autor e resultado danoso. Já no caso das exculpantes, em geral, há dolo ou culpa, e, portanto, vontade; o que não há é uma livre condução dela, devido aos mais diferentes fatores.

Os teóricos do normativismo, por sua vez, não se encontravam vinculados ao pensamento positivista jus-filosófico, que pretendia “limpar” o direito de quaisquer influências externas (ou impuras). Muito pelo contrário, tanto Frank, quanto Goldschmidt e Freudenthal (principalmente este) pautaram suas maiores críticas ao psicologismo, em última análise, justamente no que se refere ao distanciamento entre o direito penal da época e a justiça. Assim, é evidente que o pensamento normativista teve como norte, antes de tudo, uma reconsideração dos fundamentos positivistas do psicologismo.

#### Segundo Velo:

A superação do conceito psicológico, neste contexto, não foi consequência exclusiva da necessidade de criação de um conceito unitário de culpabilidade.<sup>128</sup> O decisivo consistiu num processo: a remediação da metodologia do positivismo.<sup>129</sup>

Sob um ponto de vista filosófico, isso se explica com o cada vez maior retorno às premissas kantianas. O movimento conhecido como neokantismo foi o responsável filosófico pela mudança de paradigmas do direito penal e pelo rompimento com a teoria psicológica da culpabilidade em busca de um conceito normativo, exclusivamente no que se refere aqui aos seus reflexos na estrutura dogmática da culpabilidade.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Como tanto menciona Bettioli, conforme já abordado na crítica à teoria psicológica.

<sup>129</sup> *op cit*, p. 38.

<sup>130</sup> Efetivamente, a matriz dos fundamentos extradogmáticos da teoria normativa da culpabilidade é observável por meio da filosofia neokantiana. Apesar de longas, nos parecem de enorme valor as considerações feitas a respeito desta influência por Jaime Couso Salas, motivo pelo qual as transcreveremos nesta nota. Diz ele: “En materia de culpabilidad juridicopenal, esta orientación metodológica permite cuestionar que aquella categoría del delito que fundamenta en última instancia la decisión de castigar una conducta concreta de un hombre (la culpabilidad) se derive de la descripción

Podemos dizer que a grande revolução introduzida pelos teóricos da culpabilidade normativa foi considerarem elementos e circunstâncias estranhos ao nexu psíquico envolvendo o fato e o autor como determinantes de sua vontade, portanto, como fonte de gradação e, até mesmo, de exclusão da culpabilidade. Uma vez estando a vontade do agente completamente condicionada às circunstâncias que independem de sua livre escolha, não há que se falar em culpa, ou ao menos, há que se atenuá-la.

Em Frank, como vimos, estas circunstâncias fáticas foram denominadas, inicialmente, circunstâncias concomitantes, para, por fim, serem tratadas como liberdade ou domínio sobre o fato. Trata-se, ademais, de elemento positivo do conceito de culpabilidade.

Goldschmidt criou uma espécie de pressuposto genérico de exclusão da culpa por inexigibilidade com base na motivação normal de Frank, que tinha como baliza o critério do homem médio, constituindo-se, assim, o primeiro aporte em direção à doutrina das excludentes gerais por inexigibilidade.

Freudenthal apresentou o ápice da evolução da noção de liberdade como limitador da culpabilidade na teoria normativa, ao menos no que se refere a seus fundadores. Ele foi além dos demais mencionados, pois, em sua doutrina, a reprovabilidade se confunde com o limite de liberdade individual, tendo-se em vista um critério ético pessoal.

---

de un estado de cosas empírico-psicológico, como sostenía la concepción psicológica de la culpabilidad (el vínculo psicológico entre autor y resultado, representado por el dolo o la imprudencia). En adelante, será necesario ir más allá de la *descripción* fáctica que pretende, infructuosamente en relación a la imprudencia, la concepción psicológica de la culpabilidad; habrá que *comprender* valorativamente la conducta global de un hombre determinado, con ciertas capacidades determinadas, en una situación dada, y habrá que *juzgar* esa conducta y ese autor, para decidir si se justifica imponerle una pena o no. A ese juicio hace alusión Frank con la expresión ‘reprochabilidad’ (*Vorwerfbarkeit*), que con el tiempo [e aquí se refiere o autor ora citado aos aportes trazidos, posteriormente, por Goldschmidt e Freudenthal] se habrá depender materialmente del ‘poder actuar de otro modo’ del autor, en relación a su hecho antijurídico, excluyéndose la culpabilidad cuando no podía hacerlo, o no podía exigirle que lo hiciera.” (*Fundamentos del derecho penal de culpabilidad – historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. pp. 85-86). Tradução nossa: “Em matéria de culpabilidade jurídico-penal, essa orientação metodológica permite questionar que aquela categoria do delito que fundamenta em última instância a decisão de castigar uma conduta concreta de um homem (a culpabilidade) se derive de um estado de coisas empírico-psicológico, como sustentava a concepção psicológica da culpabilidade (o vínculo psicológico entre autor e resultado, representado pelo dolo ou pela imprudência). Deste ponto em diante, será necessário ir mais além da *descrição* fáctica que pretende, infrutiferamente em relação à imprudência, a concepção psicológica da culpabilidade; haverá que se *compreender* valorativamente a conduta global de um homem determinado, com certas capacidades determinadas, em uma situação dada, e se haverá que *julgar* essa conduta e esse autor, para decidir se justifica-se impor uma pena ou não. A este juízo faz alusão Frank com a expressão ‘reprovabilidade’ (*Vorwerfbarkeit*), que com o tempo se fará depender materialmente do ‘poder atuar de outro modo’ do autor, em relação ao seu fato antijurídico, excluindo-se a culpabilidade quando não poderia fazê-lo, ou não se lhe poderia exigir que o fizesse.”

Dogmaticamente, portanto, e como podemos logo concluir, em se tratando de teoria normativa, liberdade de vontade se relaciona (se não exclusivamente, ao menos em muito maior escala do que em relação a qualquer outro elemento da estrutura da culpabilidade) com a exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, é de fácil conclusão que, dogmaticamente, quanto maior a influência da liberdade de vontade na estrutura da culpabilidade, maior a importância da exigibilidade nesta, ainda que ambas não se confundam (a não ser na culpabilidade de Freudenthal, como se viu e como se enfatizará à frente).

A teoria normativa da culpabilidade parte de um momento da história dogmática do direito penal em que a liberdade de vontade do indivíduo somente era observável sob um aspecto de imputabilidade (baseada esta em limitações psíquicas, em geral), para erigi-la à base do juízo de reprovação, como elemento da estrutura analítica do conceito de culpabilidade.

Há, porém, que se fazer um parêntese importante em relação à análise que realizamos. A relação de que se trata aqui entre a exigibilidade de conduta diversa, considerada como elemento da estrutura analítica da culpabilidade, e a liberdade de vontade, como fundamento filosófico das teorias de culpabilidade de vontade, não é, em princípio, uma relação de equivalência ou de igualdade, uma vez que esta relação dependerá da teoria que tratamos e, ainda, e mais importante, do autor que analisamos nos quadros do normativismo.

A exigibilidade de conduta diversa, nos moldes normativistas, não é liberdade de vontade individual, ou, mais especificamente, em relação ao pressuposto filosófico, exigibilidade não é livre arbítrio. A liberdade de vontade é também aqui um *pressuposto*; não obstante, é um pressuposto que tem influência na exigibilidade de conduta diversa, e, portanto, é parte da estrutura analítica da culpabilidade. Toda ação deve ser livre em sua origem (ou livre em sua vontade) para que possa ser culpável, seja ela livre em virtude da ausência de impedimentos de ordem biológica ou psíquica (o que se reflete na imputabilidade) ou, livre em virtude da possibilidade de escolha que se tem frente a determinadas situações de fato, estranhas à vontade (o que reflete na exigibilidade).

Assim, regra geral, partindo-se de um ponto de vista negativo, exigível é, na visão dos normativistas, a ação conforme o direito, desde que não haja limitação da liberdade de vontade. Há exigibilidade de conduta, conforme a norma, quando não há limitações à liberdade de escolha. Já de um ponto de vista positivo, exigibilidade de

conduta conforme a norma é o *porquê* da censurabilidade<sup>131</sup>, é a própria alma da reprovação, e, portanto, da culpabilidade normativa. Assim, ao passo que se determina o que é exigível, determina-se também o que é inexigível, não fazendo qualquer sentido, na estrutura da culpabilidade normativa, separar os conceitos.<sup>132</sup>

O ponto em comum entre os teóricos normativistas, quando nos referimos a isso, é o fato de todos eles elegerem o novo elemento, comumente chamado de exigibilidade de comportamento diverso, na estrutura da culpabilidade, para tratar da liberdade de vontade. Assim, havendo liberdade, há exigibilidade; não havendo liberdade (ou, mais propriamente, sendo ela restrita a um grau insuportável), não há exigibilidade.

Qual é o grau máximo de limitação da liberdade de vontade para que seja inexigível uma conduta conforme o direito, bem como baseado em qual critério será ela exigível ou não, são os pontos de divergência entre os normativistas quanto a esse tema.

### 3.3. Exigibilidade com fundamento individualizador na estrutura da culpabilidade

É evidente, como foi visto, que a ideia de exigibilidade e inexigibilidade é fruto da teoria normativa da culpabilidade.<sup>133</sup> Isso se evidencia a partir do momento em que Frank inaugura a visão de culpabilidade como reprovabilidade.

Entretanto, não há que se falar em Frank como o fundador da doutrina da exigibilidade, haja vista não ter fundamentado de maneira eminentemente normativa a estrutura analítica da culpabilidade, bem como não ter introduzido uma teoria geral

---

<sup>131</sup> Neste sentido, menciona Reale Júnior: “O poder de agir ‘*secundum legem*’, ou seja, o poder de optar diversamente da escolha feita, constitui o ‘porque’ se reprova” (*op. cit.*, 1971. p. 44).

<sup>132</sup> Quanto a isso, menciona Goldschmidt: “Prácticamente mucho más importante que la cuestión de si la exigibilidad constituye una restricción inmanente de la norma de deber, o si la no exigibilidad constituye una excepción de ella, es la cuestión de si los casos de no exigibilidad han sido taxativamente tipificados, o si la no exigibilidad es un concepto que necesita ser complementado valorativamente.” (*op. cit.*, pp. 112-113). Tradução nossa: “Praticamente muito mais importante que a questão de se a exigibilidade constitui uma restrição imanente da norma de dever, ou se a não exigibilidade constitui uma exceção a ela, é a questão de se os casos de não exigibilidade foram taxativamente tipificados, ou se a não exigibilidade é um conceito que necessita ser complementado valorativamente.”

<sup>133</sup> Conforme Reale Júnior: “Inicialmente é necessário lembrar que os conceitos de culpabilidade normativa e de não exigibilidade nasceram juntos, um completando e exigindo o outro. A não exigibilidade constitui o reverso da medalha da culpabilidade normativa” (*op. cit.*, 1971. p. 44).

das excludentes de culpabilidade, limitando-as demasiadamente, e não criando um critério único, aplicável ao dolo e à culpa.

Goldschmidt, por sua vez, pode ser considerado o precursor da doutrina da exigibilidade. Nas palavras de Salas:

La teoría del elemento normativo de la culpabilidad sustentada por Goldschmidt es la base para la influyente y debatida doctrina de la exigibilidad de otra conducta, como característica general de la culpabilidad, desarrollada primero, en su vertiente individualizadora, por Berthold Freudenthal, por el propio Goldschmidt, y por su discípulo Hans Tarnowski.<sup>134</sup>

Ademais, como já bem adianta Salas na transcrição acima, mesmo entre os doutrinadores normativistas, o critério de verificação da exigibilidade de conduta diversa alterou-se deveras, desenvolvendo-se, inicialmente, segundo uma vertente individualizante, e, portanto, mais restritiva da culpabilidade.

O que seria, porém, uma exigibilidade com característica individualizante?

Exigibilidade individualizante é aquela que vincula a ideia de exigibilidade de maneira necessária à liberdade de vontade, ou seja, que tem como critério fatores eminentemente individuais, subjetivos ou éticos, para se formular a reprovação.

Freudenthal foi o autor, dentre os normativistas estudados, que mais se aproximou desse conceito. Em sua teoria, a culpabilidade, em detrimento do que mencionamos acima, não só tem como pressuposto a liberdade de vontade como aqui se confunde com ela. Em geral, os teóricos do normativismo tinham como ponto de partida a liberdade de vontade, elemento imprescindível na formação da culpa. Freudenthal, por sua vez, tendo adotado um critério ético de culpabilidade, equiparou a exigibilidade à liberdade de vontade individual, ou melhor, baseou-a em critérios individuais, aferidos no caso particular, limitados apenas pela discricionariedade do julgador.

Conforme o próprio autor menciona:

El reproche de la culpabilidad descansa, precisamente, en que ‘las representaciones y los juicios (del autor) hubiesen debido bastar para producir frenos anímicos de eficacia contra la ejecución del hecho.’<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> *op.cit.* p. 100. “A teoria do elemento normativo da culpabilidade sustentada por James Goldschmidt é a base para a influente e debatida doutrina da exigibilidade de outra conduta, como característica geral da culpabilidade, desenvolvida primeiro, em sua individualizante, por Berthold Freudenthal, pelo próprio Goldschmidt, e por seu discípulo Hans Tarnowsky.” (tradução nossa)

<sup>135</sup> *op. cit.*, p. 71. “A reprovação da culpabilidade descansa, precisamente, em que as ‘representações e os juízos (do autor) houvessem devido bastar para produzir freios anímicos de eficácia contra a execução do fato’.” (tradução nossa)

Assim, “Cuándo falta este poder, no cabe decirlo de un modo general; es cuestión de *establecimiento efectivo* en el caso individual”<sup>136</sup>. E continua, concluindo: “Sin el poder del autor, falta su culpabilidad. Tal poder supone, sin el menor reparo, el indeterminismo<sup>137</sup>, la concepción del mundo que informa al Código Penal vigente.”<sup>138</sup>

Freudenthal eleva o direito a uma discussão ética, uma vez que, ainda que haja o mandamento da norma, exigível é aquilo que se afere tendo-se em vista a situação que o indivíduo vivencia. Sua atitude em confronto com a norma pode deixar de ser culpável se inexigível o comportamento de acordo com ela, tendo-se em vista uma baliza individual, diretamente vinculada à liberdade de vontade.

É óbvio, portanto, que o posicionamento de Freudenthal parte do admitidamente correto pensamento de que o direito está sempre um passo atrás da sociedade, devendo a norma, portanto, se submeter ao interesse ético social preponderante, ainda que mande o contrário, em determinados casos. Se há um critério na aferição da exigibilidade de conduta diversa, este é exatamente a falta de qualquer critério jurídico, senão um ético, definido individualmente. Ao magistrado caberia apenas conhecer ou não a causa que viciou a liberdade de vontade do *autor do fato* para declarar excluída ou não sua culpabilidade.

Isso explica, ademais, a pré-disposição do autor à aceitação de uma causa geral e também de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade, inclusive nos casos em que há dolo, diferentemente do que se via em Frank, por exemplo. Não é porque a lei penal (da época em que se está escrevendo) não a permite, ou porque a teoria mais aceita não a admite, que não se poderia aplicar a exclusão de culpabilidade aos casos dolosos. Freudenthal, quanto a esse ponto, é extremamente crítico em

---

<sup>136</sup> *Ibidem*. “Quando falta esse poder, não cabe dizer-lo de um modo geral; é questão de *establecimiento efectivo* no caso individual.” (tradução nossa)

<sup>137</sup> Note-se que Freudenthal trabalha com o termo indeterminismo, em vez de trabalhar com o termo livre arbítrio. Quanto a isso, é interessante notar que neste ponto do desenvolvimento da culpabilidade, não haverá diferenças imediatas entre um e outro conceito. O ponto central aqui é entendermos que a vontade humana não é direcionada de maneira causal, ou melhor, os fundamentos da vontade não são causais, e, portanto, absolutamente previsíveis, e não que não haja qualquer certeza ou controle na conduta. As diferenças entre o indeterminismo puro e o livre arbítrio, na teoria da culpabilidade, somente serão sentidas quando analisarmos a doutrina finalista, em que Hans Welzel traça uma clara distinção entre os termos. Segundo Abbagnano, indeterminismo é o “Termo introduzido na linguagem filosófica na segunda metade do século XVIII para designar a doutrina que nega o determinismo dos motivos, ou seja, a determinação da vontade humana por parte dos motivos. Leibniz dizia: ‘quando se afirma que um acontecimento livre não pode ser previsto, confunde-se liberdade com indeterminação ou com indiferença plena ou de equilíbrio; e, quando se quer dizer que a falta de liberdade impediria que o homem fosse culpado, faz-se referência a uma liberdade destituída de necessidade e de coação, e não de determinação ou de certeza’.” (*op. cit.*, pp. 635-636).

<sup>138</sup> *op. cit.*, p. 72. “Sem o poder do autor, falta sua culpabilidade. Tal poder supõe, sem o menor reparo, o indeterminismo, a concepção do mundo que informa ao Código Penal vigente.” (tradução nossa)

relação à postura de Frank (como já dissemos) em sua menção expressa acerca da possibilidade de tipificação legal das hipóteses de exclusão da culpabilidade. Mais uma vez, para que se entenda a teoria de Freudenthal, há que termos em vista a situação histórica que vivenciava a Alemanha na época em que ele escrevia.

Nas palavras de Salas, Freudenthal

(...) pretende ampliar en una medida significativa la capacidad exculpante de la inexigibilidad de la conducta adecuada a Derecho – cara opuesta de la exigibilidad, y que él deducía del viejo principio romano “impossibilium nulla est obligatio” –, en tiempos en que el trasfondo social lo constituye la grave situación económica y social que soportaban las masas trabajadoras en Alemania.<sup>139</sup>

Interessante é notarmos, como já havíamos adiantado (cf. nota 104), que a doutrina de Goldschmidt, a princípio (em sua obra de 1913), não fugia muito das ideias de Freudenthal. Antes mesmo de adotar o critério de homem médio, o que determinou uma guinada em seu entendimento a respeito da exigibilidade de conduta diversa (como se verá a seguir), Goldschmidt a aceitava como causa geral de exclusão da culpabilidade

(...) cuando, en conformidad con las circunstancias del hecho o las propias del autor, éste, a pesar de haberse representado la posibilidad de la realización del tipo, no estaba obligado a dejar de actuar como lo hizo.<sup>140</sup>

Esse posicionamento inicial de Goldschmidt revela um aspecto individualizador da exigibilidade em sua teoria, já que o critério para a determinação da inexigibilidade não está delimitado fora da esfera individual do sujeito que age, na situação do crime.

Note-se que, até em função disso, um de seus maiores discípulos, Hans Tarnowski, chegou a desenvolver, em 1927, uma versão radicalmente ética individualizante da exigibilidade, segundo a qual, a reprovabilidade se vinculava exclusivamente aos motivos do autor, excluindo-a em havendo qualquer motivo subjetivo preponderante aceitável.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> *op. cit.*, p. 101. “(...) pretende ampliar em uma medida significativa a capacidade exculpante da *exigibilidade de conduta adequada ao Direito* – face oposta da *exigibilidade*, e que ele deduzia do velho princípio romano ‘impossibilium nulla est obligatio’ –, em tempos em que o sub-texto social constitui a grave situação econômica e social que suportavam as massas trabalhadoras na Alemanha.” (tradução nossa)

<sup>140</sup> ACHENBACH, Hans. *apud*, SALAS, *op. cit.*, p. 102. “(...) quando, em conformidade com as circunstâncias do fato, ou as próprias do autor, este, apesar de ter representado a possibilidade de realização do tipo, não estava obrigado a deixar de atuar como o fez.” (tradução nossa)

<sup>141</sup> *Cf.* SALAS, *op. cit.* p. 102.

Assim, faz-se claro, que podemos considerar, além de Freudenthal, também Goldschmidt, em uma fase inicial de sua doutrina, bem como seu discípulo, Hans Tarnowski, como os maiores expoentes de uma teoria da exigibilidade individualizante.

### 3.4. Crítica à exigibilidade com fundamento individualizador e introdução à exigibilidade com fundamento generalizante na estrutura da culpabilidade

A exigibilidade com fundamento individualizador na estrutura da culpabilidade, nos moldes da teoria normativa, evidentemente apresenta a sua vertente mais liberalista, no que se refere às garantias individuais, e mais restritiva, no que se refere à imposição de penas pelo poder punitivo do Estado.

É evidente que, sendo a inexigibilidade causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, e, no seu molde mais radical, vinculada a qualquer fragilidade enfrentada pela liberdade de vontade do indivíduo, segundo um critério pessoal e/ou ético, não haveria de ser diferente. Por essa mesma razão, recebeu, como também era de se esperar, o maior afluxo de críticas, e teve uma baixa influência na doutrina penal da época, restringindo-se, basicamente, às hipóteses teóricas levantadas por Hans Tarnowski, Goldschmidt (em uma primeira fase) e, logicamente, Freudenthal, como se viu.

As críticas, obviamente, como já se adiantou, quando da menção à teoria de culpabilidade de Freudenthal, giraram em torno da vinculação da culpabilidade ao elemento ético<sup>142</sup>, o qual, para aqueles críticos, não poderia limitar o conceito de culpabilidade, pela sua extrema vagueza e pela enorme restrição que causaria ao sistema penal, no que se refere à aplicação de penas e às condenações.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> Segundo Salas: “Oskar Schumacher afirma la separación entre el reproche jurídico y el reproche moral; sostiene que los motivos individuales del autor no importan para la cuestión de la culpabilidad, pues en otro caso colocarían indebidamente al individuo por encima de la comunidad; y que la exigibilidad está amenazando con neutralizar la principal misión del Derecho penal, la protección de bienes jurídicos. Es la crítica dirigida contra la versión individualizadora de la exigibilidad.” (*op. cit.*, p. 105). Em tradução nossa: “Oskar Schumacher afirma a separação entre a reprovação jurídica e a reprovação moral; sustenta que os motivos individuais do autor não importam para a questão da culpabilidade, pois em outro caso colocariam indevidamente o indivíduo por cima da comunidade; e que a exigibilidade está ameaçando neutralizar a principal missão do direito penal, a proteção de bens jurídicos. É a crítica dirigida contra a versão individualizante da exigibilidade.”

<sup>143</sup> Salas ainda faz referência a interessante crítica apresentada por Moris Liepmann à teoria de Freudenthal, logo após a publicação de seu trabalho, em 1922. Segundo aquele: “Moris Liepmann objeta que el concepto de exigibilidad convierte en regla lo que en el derecho positivo no es más que el fundamento de una excepción (el estado de necesidad) (...)” (*ibidem*). Em tradução nossa: “Moris

Interessante, entretanto, é observar que, apesar de Freudenthal escrever sua doutrina em um momento no qual seu país sofria com a extrema pobreza e passava por uma reforma estrutural no pós-guerra, as críticas mais ácidas advieram dos próprios autores alemães contemporâneos, que aderiram aos ideais nacional-socialistas, quando o partido finalmente tomou o poder, alguns anos depois. Segundo menciona Maurício Stegemann Dieter, em comentário à doutrina de Francisco Muñoz Conde<sup>144</sup>,

(...) essa ampla recusa à inexigibilidade foi, sobretudo, conseqüência do esforço teórico da doutrina penal que aderiu à proposta nacional-socialista, que afirmava ser incompatível o reconhecimento institucional das debilidades ou fraquezas humanas com o rígido e superior senso moral alemão, cuja fortaleza de caráter era demonstrada precisamente nos momentos mais extremos e difíceis da vida.<sup>145</sup>

Assim, não tendo a doutrina da exigibilidade de conduta diversa com fundamento individualizador obtido respaldo teórico suficiente, por outro lado, muito maior aderência se deu à teoria da mesma exigibilidade com fundamento generalizante, na estrutura da culpabilidade.

Também esta vertente tinha como base a noção de que a exigibilidade é elemento normativo na estrutura da culpabilidade, uma vez que dependente de valoração, ligado tanto à culpa quanto ao dolo. Ademais, não haveria que se falar em tipificação das causas de exclusão da culpabilidade, aceitando-se, portanto, excludentes supralegais.

Todavia, o critério utilizado para a aferição da exigibilidade e, portanto, da inexigibilidade, em sua tendência generalizante, é muito diferente daquela individualizante. Trata-se do critério do *homem médio*, primeiramente acolhido e

---

Liepmann objeta que o conceito de exigibilidade converte em regra o que no direito positivo não é mais que o fundamento de uma exceção (o estado de necessidade) (...)"

<sup>144</sup> *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação*. Curitiba, 2008. Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 44.

<sup>145</sup> É evidente que esta crítica não se limitou à ideia de exigibilidade com função individualizante. Ela se estendeu a todas as vertentes da doutrina da exigibilidade, mesmo como elemento generalizante, como se verá ainda no próximo tópico. Ademais, apesar de aparentemente contraditória, em termos de dogmática penal, toda a pressão exercida contra a doutrina da exigibilidade pelo partido nacional-socialista, bem como pelos doutrinadores que aderiram às suas propostas, em uma razão político-criminal de existir, e seus fundamentos serão comentados quando da análise da teoria da doutrina da exigibilidade na República de Weimar (tópico 3.6).

defendido por Eberhard Schmidt<sup>146</sup>, como forma de generalização da exigibilidade, seguido por Goldschmidt, em sua obra de 1930.

Ora, devemos, então, nos questionar qual a relevância desse critério do homem médio no âmbito da doutrina da exigibilidade e por que motivo ele causou tantas mudanças em um mesmo conceito.

A verdade é que, enquanto se trata da exigibilidade com fundamento individualizador, como se viu acima, o critério de aferição do que é ou não exigível para que se reprove uma conduta determinada é puramente pessoal, ou seja, leva em consideração a situação particularizada e o indivíduo que enfrenta essa situação. Portanto, o nome explica-se por si mesmo.

Nesse contexto, imaginemos como exemplo a seguinte hipótese: dois indivíduos –  $x$  e  $y$  – enfrentam, em circunstâncias equivalentes, uma mesma situação de fato. Essa situação de fato faz com que o indivíduo  $x$  se incline para uma prática ilícita. Por outro lado, o indivíduo  $y$  não tem a mesma conduta, mantendo seu comportamento conforme o mandamento do direito.

Segundo uma doutrina da exigibilidade com fundamento individualizador, em relação à aferição da culpabilidade de  $x$  e  $y$ , há que se levar em conta não um critério que os considere como iguais, chegando-se a conclusão de que  $x$  é culpado pela prática ilícita, e sim, um critério ético e/ou individual, que possa determinar, eventualmente, que  $x$ , apesar de ter se conduzido ilicitamente, é tão reto quanto  $y$ .

Este é o principal motivo pelo qual Freudenthal admite um critério ético, e não jurídico, para determinar o que é exigível e o que é inexigível, e a mesma razão pela qual sofreu tantas críticas. Por outro lado, ao se adotar um critério generalizante, este juridicamente determinado e que dependa da análise superficial do juiz<sup>147</sup>, nunca existirá o mesmo problema, e criar-se-á, ademais, uma sensação de segurança maior

---

<sup>146</sup> Eberhard Schmidt defendeu estas ideias na atualização da vigésima quinta edição do Tratado de Direito Penal de Franz von Liszt, tratado este do qual esteve encarregado da atualização a partir de sua vigésima terceira edição. (cf. SALAS, *op. cit.*, p. 103).

<sup>147</sup> Conforme menciona Salas: “La novedad está en la determinación del baremo para la formulación de este juicio: dado que se trata de un juicio de expectativa, el juez debe decidir si podía exigirse una motivación conforme a la norma, en base a la experiencia, y conforme a la medida del ‘ciudadano-tipo-medio’ (*Durchschnitts-Staatsbürgertyp*), al que en todo caso deberá imaginarse con las características psicofísicas del autor.” (*op. cit.*, p. 104). “A novidade está na determinação da escala para a formulação deste juízo: dado que se trata de um juízo de expectativa, o juiz deve decidir se poderia exigir-se uma motivação conforme a norma, com base na experiência, e conforme a medida do ‘cidadão-tipo-médio’ (*Durchschnitts-Staatsbürgertyp*), ao que em todo caso deverá se imaginar com as características psicofísicas do autor.” (tradução nossa)

do que aquela proporcionada pela ausência de qualquer critério, ou pela existência de um critério individualizador.

É exatamente a ideia que se teve com o padrão do homem médio. Apesar de sua fragilidade conceitual – o que não nos parece ter escapado ao raciocínio de Goldschmidt e outros que o adotaram – trata-se de uma resposta às críticas em relação à culpabilidade ética que se formularam à exigibilidade individualizante. O critério do homem médio generaliza e cria um padrão que pode ser mensurado pelo juiz sempre da mesma maneira, o qual, se colocando na situação concreta, em hipótese, decide se seria ou não exigível o comportamento de acordo com a norma.

Interessante notarmos a mudança de direcionamento da teoria de Goldschmidt, que, como um dos grandes doutrinadores da exigibilidade com fundamento generalizante, em sua fase derradeira, foi seguido por grande parte da doutrina da época.

Goldschmidt, como mencionado anteriormente, adotava uma teoria da exigibilidade com fundamento individualizador, mas, logo migrou para uma tendência mais generalizante, fugindo das críticas que lhe foram impostas principalmente por Schumacher, no sentido de que sua teoria de culpabilidade se confundiria com uma culpabilidade ética.<sup>148</sup>

Segundo o próprio Goldschmidt<sup>149</sup>, apenas Freudenthal falava de um elemento ético, sendo correta essa observação. Ainda que em um primeiro momento sua teoria da inexigibilidade tivesse função individualizadora, ele nunca a defendeu a partir de um ponto de vista ético; somente não havia estabelecido um critério objetivo generalizante de aferição da não exigibilidade. Nesse momento, e por essa ausência de critério que lhe gerara tantas críticas, sua tese migrou para a generalização a partir do critério do homem médio, adotado da teoria de Eberhard Schmidt, e adaptado à sua teoria da culpabilidade com base na afronta à norma de dever.

Apesar de todas as refutações já mencionadas a esse critério, há que se ponderar que foi essa a solução encontrada pelo autor, à época, para que, não só se aceitasse uma hipótese de causa geral de exclusão da culpabilidade, como também

---

<sup>148</sup> A síntese das críticas de Schumacher pode ser encontrada em Goldschmidt (*op.cit.* pp. 89-90).

<sup>149</sup> *Ibidem.*

para que se acabasse com a sensação de que somente a culpa (no seu sentido estrito) representava um conceito normativo na estrutura da culpabilidade.<sup>150</sup>

Culpável é, assim, a ação contrária à norma de dever, havendo dolo ou culpa, e, portanto, uma ação exigível conforme o ordenamento jurídico. Por outro lado, ainda que culposo ou doloso o comportamento, e ainda que esse comportamento seja contrário à norma, objetivamente, segundo o critério do homem médio - aferido juridicamente pelo magistrado - exclui-se tal culpabilidade, por entender-se não exigível o comportamento conforme a norma. Assim, o limite da exigibilidade encontra-se no homem médio, determinando este o que é inexigível.

O critério do homem médio adotado por Goldschmidt, segundo uma tendência generalizante da exigibilidade, também permitiria, em contrapartida à adoção de um critério individualizador, a condenação dos chamados delinquentes por convicção.<sup>151</sup> Isso porque a exigibilidade deixa de ser medida de acordo com cada indivíduo que transgredir a norma, frente às mais diversas situações e segundo as suas convicções pessoais, e passa a ser medida de acordo com um critério objetivo, aferido superficialmente pelo juiz.

---

<sup>150</sup> Quanto a isso, menciona Goldschmidt: “En todo caso, me parece peligroso afirmar con Frank la tipificación legal taxativa para el dolo y negarla, en cambio, para la culpa. Esto se basa en la concepción, que tendría que ser finalmente superada, de que sólo la culpa, no el dolo, es un concepto normativo de la culpabilidad.” (*Idem*, p. 114). “Em todo caso, me parece perigoso afirmar com Frank a tipificação legal taxativa para o dolo e negar-la, por outro lado, para a culpa. Isso se baseia na concepção, que deveria ser finalmente superada, que somente a culpa, e não o dolo, é um conceito normativo da culpabilidade.” (tradução nossa) Ou seja, não é que Goldschmidt entendesse que a culpabilidade nos casos dolosos não fosse também normativa (valorativa), o problema maior estava nos críticos que entendiam que uma limitação legal nas hipóteses de exclusão da culpabilidade em torno da culpabilidade dolosa corroborava com aquele entendimento. Mesmo em Frank, que não via possível a inclusão de causas supralegais de exclusão para casos dolosos, a culpabilidade continuava valorativa, segundo Goldschmidt. Quanto a isso, em conclusão o autor menciona: “Con respecto a esto, hay que eliminar, de antemano, un extraño malentendido. Aun cuando se admita con Frank que las causas de exculpación están taxativamente ‘tipificadas’ por la ley al lado del dolo, éste permanece como un ‘concepto normativo de la culpabilidad’, siendo indiferente que se coloque a su lado la característica normativa de la culpabilidad o que se la traslade dentro de él. Él es ‘normativo’ porque es motivación *desaprobada*.” (*Idem*, p. 113). “No que diz respeito a isto, há que se eliminar, de antemão, um estranho mal-entendido. Ainda quando se admita com Frank que as causas de exculpação estão taxativamente ‘tipificadas’ pela lei no caso do dolo, este permanece como um ‘conceito normativo da culpabilidade’, sendo indiferente que se coloque ao seu lado a característica normativa da culpabilidade ou que se a transporte para dentro dele. Ele é ‘normativo’ porque é motivação *desaprobada*.” (tradução nossa) Diz isto o autor porque, segundo seu entendimento, dolo é uma figura evidentemente subjetiva, uma vez que presente na psique do autor. O que é normativa é a culpabilidade dolosa.

<sup>151</sup> Quanto a isso, diz Goldschmidt: “Aquí, sin perjuicio de la consideración de las ‘circunstancias dadas’, no se pueden tomar en cuenta las cualidades y las capacidades personales del autor, si no se quiere llegar de hecho a la impunidad del delincuente por convicción.” (*op. cit.*, p. 122). Em tradução nossa: “Aqui, sem prejuízo da consideração das ‘circunstâncias dadas’, não se podem levar em conta as causalidades e as capacidades pessoais do autor, se não se quer gerar a impunidade do delinquente por convicção.”

Goldschmidt e outros autores que defendiam uma concepção generalizante da exigibilidade poderiam, por meio da aplicação do critério do homem médio, dar uma resposta às críticas a respeito das quais haveria uma limitação extrema da aplicação do direito penal.

Note-se, ademais, um aspecto interessante. O critério do homem médio adotado pela doutrina da exigibilidade generalizante não exclui a possibilidade de existência de causas legais tipificadas de exclusão da culpabilidade, como ocorre na versão individualizante da exigibilidade.

Nesta, o critério é pessoal e, portanto, aferido em relação a cada situação e a cada indivíduo considerado. Na exigibilidade generalizante, ao contrário, as excludentes supralegais vêm exatamente no sentido de demonstrar que há motivos que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores ao motivo de dever, e esses motivos são considerados em relação ao homem médio. Há, assim, a regra, que são as excludentes devidamente tipificadas, e há a exceção, aferida segundo aquele critério, em hipóteses limitadas.

### 3.5. Crítica à exigibilidade com fundamento generalizante e guinada no sentido da culpabilidade generalizante

Ainda que por meio do critério do homem médio, os doutrinadores adeptos da doutrina da exigibilidade houvessem solucionado o problema da total vinculação das hipóteses de exclusão de culpabilidade às questões individuais e, portanto, morais, difíceis de serem ponderadas (da exigibilidade com fundamento individualizador), não escaparam eles, também, da mesma ordem de crítica já formulada anteriormente.

Menciona Salas que: “La teoría normativa de la culpabilidad, gracias a la doctrina de la exigibilidad, había adquirido una dimensión jurídico-política de corte crítico-social.”<sup>152</sup> O ponto tocado pelo autor é preciso. Desde Frank, com sua reprovabilidade (ainda que não houvesse encontrado fundamentos legais nem tampouco doutrinários para criar uma teoria de exculpantes supralegais), passando por Goldschmidt e Freudenthal, bem como por outros autores citados, a teoria normativa da culpabilidade contribuiu, com suas bases filosóficas neokantianas, para a aproximação do direito penal à realidade social. E a doutrina da exigibilidade, tenha

---

<sup>152</sup> *op. cit.*, p. 105. Em tradução nossa: “A teoria normativa da culpabilidade, graças a doutrina da exigibilidade, havia adquirido uma dimensão jurídico-política de corte crítico-social.”

ela fundamento individualizador, tenha ela fundamento generalizante, a qual somente poderia ter se desenvolvido nas bases de uma culpabilidade normativa, apresenta o ápice desta aproximação.

Foi exatamente em virtude dessa aproximação à realidade que surgiu, a partir de determinados setores, a reação à teoria da exigibilidade como um todo. Segundo Salas, “De ahí el apasionado rechazo que provocó en algunos sectores.”<sup>153</sup>

O movimento verificado no interior da teoria da exigibilidade, passando-se de uma vertente individualizadora para uma vertente generalizante, porém, não ficou adstrito a esse ponto. Concomitantemente com tal evolução verificou-se também uma guinada no que se refere à generalização da própria teoria da culpabilidade, ainda nos limites do normativismo.

Essa evolução se mostra interessante por dois aspectos, que se relacionam necessariamente. Em primeiro lugar, a tendência generalizante da culpabilidade como um todo permitiu a superação das críticas feitas contra a teoria da exigibilidade e se adequou perfeitamente aos ideais político-criminais que dominavam o estado nacional-socialista alemão, momento e local em que surgiram seus primeiros expoentes. Em segundo, surgem os primeiros traços do que mais a frente viria a ser chamado de direito penal do autor, em suas mais variadas formas.

Em termos jurídicos, o que a generalização da teoria da culpabilidade (como um todo) proporcionou foi o tratamento da culpa baseado em expectativas de comportamentos de um cidadão *médico* frente à norma jurídica. Ou seja, eleva-se à regra da culpabilidade o que segundo a doutrina da exigibilidade era exceção àquela. Deixa-se de *exculpar* e passa-se a *culpar* com base no que se esperaria de uma média humana. Nas palavras de Salas:

(...) la culpabilidad es por completo idéntica a la exigibilidad de otra conducta, y ésta se funda, a su vez, en que la conducta del ciudadano medio permite esperar un comportamiento ajustado a la norma. Luego, definen la culpabilidad en función de la frustración de expectativas.<sup>154</sup>

E continua Salas:

La generalización de la culpabilidad en su conjunto, operada por Kohlrausch y Marquetus, les hace desligarse del entendimiento puramente psicológico-descriptivo del dolo y la imprudencia, que también serán

<sup>153</sup> *Ibidem*. “Daí o apaixonado rechaço que provocou em alguns setores.” (tradução nossa)

<sup>154</sup> *Idem*, p. 107. “(...) a culpabilidade é por completo idéntica à exigibilidade de outra conduta, e esta se baseia, por sua vez, em que a conduta do cidadão médio permite esperar um comportamento ajustado à norma. Logo, definem a culpabilidade em função da frustração de expectativas.” (tradução nossa)

definidos en relación con las expectativas de conducta que se pueden tener respecto del ciudadano-tipo-medio (...).<sup>155</sup>

O critério generalizante da culpabilidade, baseado no padrão do homem-médio, e, com sua evolução – a culpabilidade baseada em expectativas de comportamentos deste que seria o homem médio – foram justamente os marcos da mudança de uma dinâmica (ainda dentro do que poderia se chamar de normativismo) de culpabilidade vinculada ao *fato do autor* para uma dinâmica de culpabilidade vinculada ao *autor do fato*.

Segundo Salas:

La teoría normativa de la culpabilidad, en sus diversas direcciones, tenía en común la referencia de la culpabilidad al hecho individual. Frente a ellas, pero al interior del movimiento normativizador, surge, sobre el cambio de siglo, un grupo de teorías que buscan el criterio de culpabilidad decisivo en el modo de ser del autor, en su carácter, no en el hecho.<sup>156</sup>

Assim, a partir dessas novas tendências, podemos passar a dividir a teoria normativa da culpabilidade, centrada em seu aspecto formal que é a reprovabilidade, em alguns diferentes grupos: aqueles que têm como base da reprovação a possibilidade de condução conforme a norma, segundo uma doutrina centrada na exigibilidade; aqueles que têm como base de reprovação o caráter do indivíduo; aqueles que a têm com base na condução de vida da pessoa etc.

Estes dois últimos grupos, que têm como fundamento do juízo de reprovação a condução de vida ou o caráter do autor, são exemplos das novas teorias de culpabilidade que fortemente influenciaram o direito penal após o declínio da doutrina da exigibilidade, e que, não coincidentemente, tomaram força na Alemanha com o desenvolvimento da dogmática penal a partir da República de Weimar, e, principalmente, com a tomada de poder pelo partido nacional-socialista daquele país.

### 3.6. Considerações sobre a política criminal na República de Weimar e os seus reflexos na dogmática penal da época

---

<sup>155</sup> *Ibidem*. “A generalização da culpabilidade em seu conjunto, operada por Kohlrausch y Marquetus, os faz desligar-se do entendimento puramente psicológico-descritivo do dolo e da imprudência, que também serão definidos com relação às expectativas de conduta que se podem esperar do cidadão-tipo-médio.”(tradução nossa)

<sup>156</sup> *Idem*, p. 108. “A teoria normativa da culpabilidade, em suas diversas direções, tinha em comum a referência da culpabilidade ao fato individual. Frente a elas, mas no interior do movimento normativizador, surge, na virada do século, um grupo de teorias que buscam o critério de culpabilidade decisivo no modo de ser do autor, em seu caráter, não no fato.” (tradução nossa)

Evidentemente, o presente trabalho tem como objeto central a análise da doutrina da exigibilidade em suas mais diferentes facetas ao longo das diversas teorias e escolas de direito penal. Trata-se, portanto, de uma dissertação teórica que se ocupa da dogmática jurídico-penal.

Inobstante, sempre que a dogmática não se mostra suficiente para que elucidemos algumas tendências jurídicas, devemos nos voltar para a análise das fundamentações político-criminais que dão embasamento, ou que, ao menos, são contemporâneas às teorias que pautamos.

Nesse sentido, o momento não poderia ser mais oportuno para uma breve consideração político-criminal.

Como notamos, a dogmática jurídica desenvolvida ao longo do início do século XX, quase que exclusivamente na Alemanha, era extremamente liberalista e restritiva no que se refere às teorias de culpabilidade. Deixou de preponderar-se nesse cenário uma culpabilidade psicológica, ainda limitada em seu desenvolvimento e em suas soluções, e criou-se uma culpabilidade normativa, carregada de conteúdo valorativo.<sup>157</sup>

Tal evolução, que passou a considerar a culpabilidade como um juízo de reprovação, permitiu, como se viu, o desenvolvimento da doutrina da exigibilidade, importantíssimo elemento em sua estrutura, e que, ao longo do tempo, até os idos da década de vinte do século passado, mais especificamente com a doutrina de Freudenthal, elevou-se a um dos elementos mais importantes em sua estrutura, com ela se confundindo.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Conforme Francisco Muñoz Conde: “Ciertamente, fue ésta una época en la que floreció la Dogmática jurídicopenal, revitalizada por el influjo del neokantismo de la Escuela sudoccidental alemana. Las categorías formales ya elaboradas anteriormente de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad fueron rellenas con contenidos valorativos, dando lugar a lo que se ha dado en llamar la teoría neoclásica del delito.” (*Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4 ed. revisada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 52). “Certamente, foi esta uma época em que floresceu a Dogmática jurídico-penal, revitalizada pelo influxo do neokantismo da Escola do sudoeste da Alemanha. Las categorías formais já elaboradas anteriormente da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade foram recheadas com conteúdos valorativos, dando lugar ao que se convencionou chamar a teoria neoclássica do delito.” (tradução nossa)

<sup>158</sup> Nas palavras de Conde: “Esta conversión del concepto de culpabilidad en un juicio de reproche y, por tanto, en un concepto normativo, determinó la evolución posterior, ya en pleno apogeo de la Filosofía valorativa neokantiana en la Dogmática jurídicopenal de los años veinte, y abrió las puertas a una de las teorías más características de aquella época: la *teoría de la no exigibilidad*.” (*Idem*, p. 55). Em tradução nossa: “Esta conversão do conceito de culpabilidade em um juízo de reprovação e, por tanto, em um conceito normativo, determinou a evolução posterior, já em pleno apogeu da Filosofia

Posteriormente, não obstante, parece ter repentinamente perdido força tal elemento da culpabilidade junto à doutrina penal. Assim, primeiramente deixa de ter uma função individualizante para ser considerada de acordo com um fundamento generalizante, baseado no critério do homem médio. Posteriormente, é praticamente descartada da estrutura da culpabilidade, resumindo-se novamente à causa de exclusão de culpabilidade tipificada em lei, e extremamente restrita, quando ainda nesta forma era amplamente questionada pela ala mais conservadora da doutrina.

É o que se verifica na doutrina de um dos maiores expoentes das novas teorias caracteriológicas da culpabilidade, Edmund Mezger, que, não obstante aceitar a existência de uma não exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, apenas a admitia em casos extremos e de maneira muito mais cautelosa do que defendia Freudenthal, principalmente no que se referia a transportá-la ao campo do dolo.<sup>159</sup>

Tal guinada da doutrina da exigibilidade, não obstante a termos fundamentado de maneira dogmática, não parece comportar qualquer lógica sob um aspecto técnico-jurídico. Conforme foi dito, a teoria da exigibilidade se sustentava em um momento no qual a Alemanha, seu país de origem, passava por uma de suas piores crises econômicas e estruturais, crise esta consequência do vergonhoso fracasso e sua quase total destruição após a primeira grande guerra.

Em outras palavras, em uma situação como esta, não somente seria de se esperar que doutrinas como a de Freudenthal se desenvolvessem, como também seria

---

valorativa neokantiana na Dogmática jurídico-penal dos anos vinte, e abriu as portas a uma das teorias mais características daquela época: *a teoria da não exigibilidade*.”

<sup>159</sup> Conforme menciona o próprio Mezger: “Como *resultado* de estas consideraciones, puede afirmarse: la *especial causa ‘supralegal’* – porque descansa en consideraciones valorativas en el caso concreto – (*de exclusión de la culpabilidad*) de la ‘*no exigibilidad*’ es *derecho reconocido* en ámbito de la conducta culposa. (...). Ahora bien, en la aplicación de este principio es ciertamente preciso una *precaución* mucho mayor que la que se revela en la obra de Freudenthal. Ante todo debemos tener presente que los puntos de vista obtenidos en el ámbito de la culpa no deben *en modo alguno* ser trasladados, *sin más trámite*, al campo del dolo.” (MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal* – tomo II. traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935. p. 185-186). (Em tradução nossa: “Como *resultado* destas considerações, pode-se afirmar: *a especial causa ‘supralegal’* – porque descansa em considerações valorativas no caso concreto – (*de exclusão da culpabilidade*) ‘*da não exigibilidade*’ é *direito reconhecido* no âmbito da conduta culposa. (...). Entretanto, na aplicação deste princípio é certamente preciso *precaução* muito maior do que a que se revela na obra de Freudenthal. Acima de tudo devemos nos atentar que os pontos de vista obtidos no âmbito da culpa não devem *de modo algum* ser trasladados, *sem maiores cuidados*, ao campo do dolo.”). Tal posicionamento de Mezger, porém, não foi o definitivo. Ele continuou considerando a exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade ao longo de sua doutrina. Não obstante, após a década de cinquenta, principalmente em razão dos aportes de Henkel, como se verá no tópico n. 3.7, modificou seu entendimento, passando a ser contrário à doutrina de Freudenthal, e adotando a exigibilidade como exclusão da culpabilidade apenas em casos tipificados. É o que se extrai de Edmund Mezger, na sua obra, *Derecho Penal* – libro de estudio, de 1958.

de se esperar que prosperassem, não somente no âmbito do debate acadêmico, como também na rotina e na jurisprudência dos tribunais.

Não foi o que aconteceu, entretanto. E o que parecia pior: neste mesmo cenário, a partir da década de trinta do século XX, começaram a tomar força algumas tendências a respeito da culpabilidade que, não obstante serem completamente conservadoras, desnaturaram toda a sua estrutura que, até então, tinha um sentido propriamente individualizador, cuja função era vincular o injusto ao indivíduo pelo seu ato, e passaram a se basear exclusivamente em expectativas de condutas, inicialmente com vistas ao famigerado padrão do homem médio, dando origem ao germe da doutrina que futuramente viria a se chamar direito penal do autor.

Todo este processo, entretanto, tem uma explicação lógica, que, apesar de aparentemente paradoxal, reflete a série de eventos que influenciava o pensamento da ciência penal daquela época e naquelas circunstâncias, e que, segundo Muñoz Conde<sup>160</sup>, conduziu a ciência do direito penal alemã, na época da República de Weimar, a uma *esquizofrenia científica* que repercutiu em muitos de seus penalistas e que, mais à frente, foi fortemente influenciada pela política criminal do nacional-socialismo.

Conforme uma análise detalhada feita por Conde, o neokantismo que tanto influenciou os juristas da República de Weimar gerou, em relação à ciência do direito, e, mais especificamente, em relação à ciência do direito penal, outras consequências além das que já destacamos no âmbito da dogmática jurídico-penal. O mencionado modelo filosófico foi responsável pela criação de um dualismo científico que decorreu da superação do método causal ou explicativo que reinava absoluto no positivismo jurídico<sup>161</sup>. Isso porque, o neokantismo, tinha como premissa o entendimento de que não somente as ciências naturais eram uma forma de ciência, mas sim

Toda actitud racional y sistemática para comprender o explicar la realidad es, por tanto, ciencia; la diferencia radica únicamente en el

---

<sup>160</sup> *op. cit.* 2003. p. 33.

<sup>161</sup> Como já fizemos referência, ao menos no que diz respeito à dogmática jurídico-penal, a influência do positivismo jurídico era evidente, e sendo assim, o crime como ente jurídico era estudado pelos teóricos partindo-se de um método causal-naturalista. Ademais na própria estrutura da culpabilidade isto fica muito claro quando pensamos na teoria psicológica, que antecedeu a teoria normativa, e cujo ponto principal de diferenciação em relação a esta é justamente a ausência de qualquer valoração de seu objeto.

método empleado: uno axiológico en las ciencias culturales, otro ontológico en las naturales<sup>162</sup>

Assim, em outras palavras, a partir dos aportes neokantistas, dividiu-se, pela primeira vez, e de um modo muito claro, criminologia e dogmática jurídico-penal, em razão do método aplicado por cada uma dessas ciências, apesar de apresentarem um objeto de estudo em comum: o delito.

Nesse sentido, menciona Conde:

El delito puede ser estudiado desde un punto de vista causal-explicativo y ser objeto de la criminología, pero también puede ser estudiado como un fenómeno jurídico objeto de valoraciones y ser, por tanto, objeto de la ciencia del derecho penal. Ambos tipos de consideraciones son, científicamente hablando, lícitas y incluso recomendables, y fueron precisamente autores influenciados por esta corriente filosófica los que comenzaron a estudiar los problemas penales desde distintas perspectivas, causales y valorativas, sin confundirlas ni mezclarlas.<sup>163</sup>

Tal divisão no âmbito da ciência penal, no entanto, apesar de aparentemente benéfica, foi exatamente o fator preponderante da mencionada esquizofrenia e explica como, repentinamente, aportes absolutamente liberalistas e restritivos da dogmática penal acerca da culpabilidade simplesmente deixaram de existir, situação esta que perdurou até o fim do poder exercido pelo partido nazista.

Na realidade, ao passo que a dogmática penal, com os aportes neokantianos, e, portanto, ciência valorativa, tratava de construir uma teoria da culpabilidade liberal e, no sentido de sua restrição individual, garantista, por outro lado, as tendências da criminologia da época caminhavam por rumos opostos, no sentido da polícia criminal que se impunha aos poucos.

Assim como Freudenthal se preocupou em trazer à culpabilidade um princípio de justiça individual, outros autores, trabalhando no âmbito criminológico, tratavam de estudar meios de acabar com a crescente criminalidade que, também em virtude da situação social que se encontrava a Alemanha, assolava o país.

---

<sup>162</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. p. 179.: “Toda atitude racional e sistemática para compreender ou explicar a realidade é, por tanto, ciência; a diferença radica unicamente no método empregado: um axiológico nas ciências culturais, outro ontológico nas naturais.” (tradução nossa)

<sup>163</sup> *ibidem*, p. 180. “O delito pode ser estudado desde um ponto de vista causal-explicativo e ser objeto da criminologia, mas também pode ser estudado como um fenômeno jurídico objeto de avaliações, e ser, portanto, objeto da ciência do direito penal. Ambos os tipos de construção são, cientificamente falando, lícitas, e, inclusive, recomendados, e foram precisamente autores influenciados por essa corrente filosófica os que começaram a estudar os problemas penais a partir de diferentes perspectivas, causais e valorativas, sem confundi-las nem mesclá-las.” (tradução nossa)

É, portanto, de tais aportes criminológicos que nascem as influências generalizantes, referentes à expectativa de comportamento dos indivíduo, que têm reflexo no conceito de periculosidade.

A crescente escola da criminologia, recém destacada da dogmática, e as pressões da direita conservadora, cuja influência já se fazia presente há algum tempo, e que vinha crescendo na época da República de Weimar, conduziram a uma série de medidas que visava ao tratamento dos *delinquentes habituais*<sup>164</sup>, e que, graças ao estado dramático em que se encontrava a Alemanha na época, recebeu apoio até mesmo de juristas que, em razão de seus princípios, não compactuavam com tais ideais antiliberais.<sup>165</sup>

Se, por um lado, no que se refere à ciência penal como um todo, o neokantismo proporcionou um dualismo entre a criminologia e a dogmática penal (esta última totalmente alheia as políticas criminais da época), por outro, no âmbito da aplicação da pena, a solução encontrada foi um misto entre estas ciências penais, que somando os aportes da criminologia à teoria da culpabilidade da época, inaugurou também

(...) un sistema dualista o de doble reacción sancionatoria: frente al autor del delito culpable la consecuencia principal es la pena; frente al autor del delito, culpable o inculpable, pero peligroso, la medida de seguridad, aplicada conjuntamente o como sustitutivo de la pena.<sup>166167</sup>

Foi nesse cenário, que envolvia o desenvolvimento de uma nova teoria da culpabilidade de caráter liberalista, e, ao mesmo tempo, a criação de políticas

---

<sup>164</sup> Cf. CONDE, *op. cit.*, 2003. pp. 39-51.

<sup>165</sup> Muñoz Conde refere-se, particularmente, neste ponto, a Gustav Radbruch, membro do partido Social Democrata Alemão, que em 1922, quando Ministro da Justiça na Alemanha, foi obrigado a aprovar um projeto que criava a *via dupla* na aplicação de penas, conforme se comentará a seguir no corpo do texto. Segundo o próprio Muñoz Conde: “Comprensible es, sin embargo, dice SCHMIDT, ‘que frente a este problema central de la Política criminal y la Dogmática jurídicopenal el Ministro de Justicia RADBRUCH no podía sentirse tan libre como el intelectual Gustav RADBRUCH’, justificando así, de algún modo, la propuesta del Proyecto RADBRUCH de combinar la agravación de la pena con la imposición de una medida de custodia de seguridad indeterminada para los delincuentes habituales.”(*Idem.* p. 45). Em tradução nossa: “Compreensível é, entretanto, diz SCHMIDT, ‘que frente a este problema central da Política criminal e da Dogmática jurídico-penal o Ministro da justiça RADBRUCH não poderia se sentir tão livre quando o jurista Gustav RADBRUCH’, justificando assim, de algum modo, a proposta do Projeto RADBRUCH de combinar a agravação da pena com a imposição de uma medida de custódia de segurança indeterminada para os delinquentes habituais.”

<sup>166</sup> *Idem.* p. 39. Em tradução nossa: “(...) um sistema dualista ou de dupla reação: frente ao autor do delito culpável a consequência principal é a pena; frente ao autor do delito, culpável ou inculpável, mas perigoso, a medida de segurança, aplicada conjuntamente ou como substitutivo da pena.”

<sup>167</sup> Sobre a crítica ao sistema dualista ou de dupla reação (conhecido no Brasil como sistema do duplo-binário), especificamente, pode-se buscar outras obras de Muñoz Conde, dentre as quais consultamos: *op. cit.*, 1985 (em especial, as páginas 50/86), e CONDE, Francisco Muñoz e HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

criminais fortemente conservadoras, que a primeira perdeu seu terreno e entrou em declínio.<sup>168</sup>

Note-se, ademais, que, ainda nessa época (referimo-nos à época da República de Weimar [1918-1933], momento em que já existiam fortes influências da criminologia), não havia o nacional-socialismo ascendido ao poder, o que se deu apenas em 1933. Não obstante, e por mais que não se possa afirmar que as tendências criminológicas tinham relação com o partido nazista, não houve qualquer problema por parte deste em adotar tais políticas florescentes, uma vez que tão propícias à sua conhecida ideologia.<sup>169</sup>

Já a partir de 1933, com o nacional-socialismo no poder e em franco crescimento, tendo-se adotado a política criminal conservadora da época de Weimar, esses ideais passaram a influenciar até mesmo na estrutura da teoria da culpabilidade, que, até então, somente tinha perdido sua força em termos de contribuição intelectual.

Inicialmente, conforme já mencionado, surgiram as teorias de culpabilidade sintomática, as quais deixaram de lado o fato para se focar, exclusivamente, em seu autor, exercendo a reprovação de acordo com características da personalidade do sujeito. Tais doutrinas, porém, não foram bem aceitas no âmbito da dogmática penal, uma vez que, com a divisão já bem clara entre as ciências penais, poderiam ser mais bem trabalhadas no âmbito da criminologia.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Declínio este que é facilmente explicado a partir das precisas palavras de Conde e Hassemer: “El sistema dualista se explica y se defiende precisamente por las diferencias que hay entre penas y medidas. La pena se basa en la culpabilidad y se limita por ella; la medida, limitada por la idea de proporcionalidad, se basa en la peligrosidad. La pena mira al pasado y es, ante todo, represión y retribución de la culpabilidad; la medida mira al futuro y persigue la prevención, la evitación de peligros.” (*op. cit.*, 1989. p. 149). (Em tradução nossa: “O sistema dualista se explica e se defende precisamente pelas diferenças que há entre penas e medidas. A pena se baseia na culpabilidade e se limita por ela; a medida, limitada pela ideia de proporcionalidade, se baseia na periculosidade. A pena mira o passado e é, antes de tudo, repressão e retribuição da culpabilidade; a medida mira o futuro e persegue a prevenção, ou seja, evitar novos perigos.”). Assim, visando à ala conservadora implementar medidas preventivas contra delinquentes habituais, muito mais fácil seria abandonar a dogmática penal da culpabilidade e partir para uma crescente valorização das medidas de segurança.

<sup>169</sup> Conforme Muñoz Conde: “En este sentido, la obra reformadora penal de la República de Weimar, incluso en su vertiente más liberal y progresista en el Proyecto de Código penal de RADBRUCH, tiene en muchos aspectos el lado negativo del uso que de la misma hizo el nacionalsocialismo, que, como dice Richard SCHMID, ‘prometió el mantenimiento de lo existente, el fortalecimiento del poder estatal y el rechazo del sentimentalismo humanitario.’” (*op. cit.*, 2003. p. 49). Em tradução nossa: “Nesse sentido, a obra reformadora penal da República de Weimar, inclusive em sua vertente mais liberal e progressista no Projeto de Código penal de RADBRUCH, tem em muitos aspectos o lado negativo do uso que dela fez o nacional-socialismo, que, como diz Richard SCHMID, ‘prometeu a manutenção do existente, o fortalecimento do poder estatal e o rechaço do sentimento humanitário.’”

<sup>170</sup> Conforme Salas: “La radicalidad de los ‘sintomáticos’ en su abandono de la referencia a la culpabilidad por el hecho, y el consiguiente abandono del terreno del derecho penal positivo en que incurren, pueden entenderse como causas de su falta de repercusión en la ciencia del derecho penal.” (*op. cit.*, p. 108). Em tradução nossa: “O radicalismo dos ‘sintomáticos’ no seu abandono da referência

Foi Edmund Mezger, último dos grandes doutrinadores do normativismo, com sua teoria complexa da culpabilidade, conhecida posteriormente como culpabilidade pela condução de vida, quem adequou, ainda que limitadamente, o pensamento político-criminal do partido nazista ao direito penal da culpabilidade, o que, segundo afirma categoricamente Muñoz Conde, foi feito de maneira absolutamente consciente.<sup>171</sup>

Mais interessante, entretanto, não foram os aportes de cunho nacional-socialista que influenciaram a estrutura da culpabilidade da época (fato este que não era tão evidente, dada a limitação da dogmática e sua total separação das questões político-criminais), mas sim, o total abandono do estudo da dogmática a partir de 1933, e, com isso, a exclusiva dedicação, ou ao menos certa simpatia, em prol daquelas políticas criminais absolutamente discriminatórias.

E quanto a isso, o maior exemplo a ser citado é justamente de Edmund Mezger, que, conforme a análise de Muñoz Conde, após ter publicado as duas primeiras edições de seu Tratado de Direito Penal, em 1931 e 1933, respectivamente, praticamente abandonou tais estudos, tornando-se, por outro lado, “(...) el penalista más destacado del régimen nacionalsocialista que dominó Alemania de 1933 a 1945.”<sup>172</sup>, voltando a se dedicar à dogmática jurídico-penal apenas na década de 1950.<sup>173</sup>

---

à culpabilidade pelo fato, e o consequente abandono do terreno do direito penal positivo em que incorrem, podem ser entendidos como causas de sua falta de repercussão na ciência do direito penal.”

<sup>171</sup> O que justifica o título de “Jefe ideológico de la Criminología nacionalsocialista” (em tradução nossa: “Chefe ideológico da Criminologia nacional-socialista”), que Muñoz Conde empresta de um trabalho de Rehbein. (*op. cit.*, 2003. p. 78).

<sup>172</sup> *Idem*, p. 82. “(...) o penalista mais destacado do regime nacional-socialista que dominou a Alemanha de 1933 a 1945.” (tradução nossa)

<sup>173</sup> Conforme Muñoz Conde: “Pero ya estamos en los años cincuenta y el horno no estaba para esos bollos racistas y biologicistas. Después de tantos pecados, se imponía una larga y dura penitencia. La disciplina elegida para ello fue la Dogmática jurídicopenal, a la que MEZGER había servido por lo demás ejemplarmente en su Tratado de Derecho penal, escrito en la etapa de la República de Weimar, antes del advenimiento al poder de Adolf Hitler. Es así como de pronto vuelve a acordarse de ella y la convierte en el objeto central de sus preocupaciones en esa monografía (Modernas orientaciones de la Dogmática jurídicopenal) que debía servir como complemento de la nueva edición (reimpresión) de su Tratado de 1933 y como pretexto para volver a ocuparse de las cuestiones dogmáticas jurídicas más abstractas y menos comprometidas ideológicamente.” (*Idem*. pp. 161-162). Em tradução nossa: “Mas já estamos nos anos cinquenta e o ‘forno não estava para esses bolos racistas e biologicistas’. Depois de tantos pecados, impunha-se uma ampla e dura penitência. A disciplina eleita para isso foi a Dogmática jurídico-penal, a qual MEZGER havia servido exemplarmente em seu Tratado de Direito penal, escrito durante a República de Weimar, antes do advento de Adolf Hitler ao poder. É assim que, rapidamente, volta a lembrar-se dela e a converte em objeto central de suas preocupações nessa monografia (Modernas orientações da Dogmática jurídico-penal) que deveria servir como complemento da nova edição (reimpressão) de seu Tratado de 1933 e como pretexto para voltar a se ocupar das questões jurídico-dogmáticas mais abstratas e menos comprometidas ideologicamente.”

O resumo de todo esse processo: não somente a doutrina da exigibilidade com fundamento individualizador, e, portanto, com base na liberdade de vontade, foi deixada de lado, mas sim, toda a teoria da culpabilidade, bem como a dogmática penal, foram abandonadas durante o período, em prol da pretensão de disposição total do estado nacional-socialista sobre todos os seus cidadãos.<sup>174</sup> Tudo isso se deu tão logo as influências do neokantismo aportaram na ciência penal da República de Weimar, com a separação extrema criada em suas sub-áreas, e se estendeu até o fim da Segunda Guerra Mundial, com o novo fracasso alemão.

### 3.7. A teoria de Heinrich Henkel e o resgate da doutrina da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa

Dado o cenário que fora acima traçado, acerca da dogmática jurídico-penal, o qual se estendeu até o final da Segunda Guerra Mundial (no que se refere aqui à doutrina Alemã), era de se esperar que as novas tendências apenas começassem a aflorar a partir do final da década de 1940.

Não obstante, as novas contribuições não poderiam mais advir da criminologia. Com a queda do regime nazista, ruiu também a política criminal do Estado nacional-socialista, e, com esta, sua avassaladora influência na ciência penal da época. Os doutrinadores penalistas, que, se não contribuíram, ao menos se silenciaram frente ao regime imposto, tinham agora somente as discussões dogmáticas para se apoiarem, e, logicamente, foi em direção a ela que todos direcionaram seus estudos.

Interessante notarmos que a conclusão é quase imediata se tivermos em mente o que ocorreu a partir da década de cinquenta com relação à ciência do direito penal. Foi exatamente nesse momento, mais precisamente com a publicação da monografia *Modernas orientações da dogmática jurídico-penal* (no original *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*), escrita por Mezger, em 1950, que se inicia a duradoura

---

<sup>174</sup> Conforme Salas: “En la época en que se formulan, estas críticas se mezclan ya con los primeros brotes de ideología nacionalsocialista en el interior de la dogmática juridicopenal, con su ‘pretensión de disposición total del Estado nacionalsocialista sobre todos los ciudadanos.’” (*op. cit.*, p. 117). Em tradução nossa: “Na época em que se formulam, estas críticas se mesclam já com os primeiros surtos de ideologia nacional-socialista no interior da dogmática jurídico-penal, com sua ‘pretensão de disposição total do Estado nacional-socialista sobre todos os cidadãos’.”

discussão entre os adeptos da teoria causal da ação e os adeptos da teoria final<sup>175</sup> da ação.<sup>176</sup>

É nesse cenário propício ao embate dogmático, ainda sob o domínio da teoria normativa da culpabilidade, que se revitaliza a discussão acerca da exigibilidade de conduta diversa, trazida à tona com o importante artigo escrito por Heinrich Henkel “Exigibilidade e inexigibilidade como principio jurídico regulamentar” (no original, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*), publicado, pela primeira vez, no livro em homenagem ao septuagésimo aniversário de Mezger<sup>177</sup>, no ano de 1954.

Até esse momento, no que se referia à exigibilidade, o assunto havia se estagnado na doutrina, no início da década de 1930, com a conclusão da corrente majoritária que seu lugar haveria de ser na estrutura da culpabilidade, como causa de exculpação, limitada às hipóteses tipificadas na lei. Todo o movimento doutrinário e jurisprudencial que conduziu a isso foi por nós analisado nos tópicos referentes à exigibilidade com fundamento individualizador (defendida principalmente por Freudenthal) até sua versão com fundamento generalizante (com parâmetro no critério do homem-médio, conforme a doutrina de Eberhard Schmidt, adotada posteriormente por Goldschmidt), e posterior declínio, até mesmo, na jurisprudência.

Henkel<sup>178</sup> ressuscita a discussão a partir desse ponto, dando, entretanto, uma roupagem completamente nova à estrutura da exigibilidade, de modo a adaptá-la a

---

<sup>175</sup> Da qual nos ocuparemos, no que se refere à culpabilidade, no próximo capítulo.

<sup>176</sup> Conforme Muñoz Conde: “Esta monografía, oficialmente concebida como un complemento a la tercera edición del Tratado, que no era más que una reimpression de la segunda edición de 1933, constituye de hecho el primer escrito polémico que MEZGER escribe expresamente para criticar la teoría final de la acción y el sistema del Derecho penal basado en ella, que ya desde los años 30 venía elaborando el entonces joven penalista y filósofo del Derecho Hans WELZEL, al que hasta entonces MEZGER prácticamente no le había dedicado ninguna atención.” (*op. cit.*, 2003. p. 89). Em tradução nossa: “Esta monografía, oficialmente concebida como um complemento à terceira edição do Tratado, que não era mais que uma reimpressão da segunda edição de 1933, constitui de fato o primeiro escrito polêmico que MEZGER escreve expressamente para criticar a teoria final da ação e o sistema de Direito penal baseado nela, que já desde os anos 30 vinha elaborando o então jovem penalista e filósofo de Direito Hans WELZEL, ao que até então MEZGER praticamente não tinha dedicado nenhuma atenção.”

<sup>177</sup> Livro este cujo título era: “Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15/10/1953”

<sup>178</sup> Não sem antes dar o crédito da ressurreição a Eberhard Schmidt, que em um jornal jurídico alemão teria acendido novamente a discussão sobre exigibilidade como causa geral e suprallegal de exclusão da culpabilidade em referência aos recorrentes processos contra médicos nazistas que teriam participado da campanha de “eutanásia” promovida por Hitler contra deficientes físicos e mentais. (HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio juridico regulativo*. reimpression. Traducción de José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 59). Este caso da eutanásia praticada por médicos sob as ordens de Hitler ficou famoso e deu margem à discussões que se estenderam por décadas, como se verá ao longo da abordagem das demais teorias da culpabilidade. Em uma breve síntese, o regime nacional-socialista possuía um “programa de eliminação de doentes

uma função diferente de todas que até então tinha assumido: a de *princípio geral regulamentar*.

Duas são as teses<sup>179</sup> centrais do trabalho publicado por Henkel: a primeira é resultado de uma análise feita pelo autor, em razão da qual ele conclui que a exigibilidade constitui um *princípio jurídico geral*. Nesses termos, segundo ele, a própria discussão acerca dos limites da exigibilidade e da inexigibilidade dentro da estrutura da culpabilidade se encontra superada, já que o conceito não está vinculado ao direito penal, nem tampouco a qualquer área do direito, sendo certo que exerce, isso sim, influência sobre todo o ordenamento jurídico.<sup>180</sup>

Segundo suas próprias palavras:

Los ejemplos que hemos aportado aquí podrían multiplicarse fácilmente desde casi todas las ramas del ordenamiento jurídico, pero debieran ser suficientes para mostrar que el concepto de exigibilidad constituye un principio presente en el conjunto del dominio del Derecho. Debiera haber quedado de manifiesto, además, la significación metodológica del principio, que es lo decisivo del argumento en cuestión.<sup>181</sup>

A segunda tese de Henkel, por sua vez, refere-se à natureza desse princípio geral. Uma vez que atua igualmente em todas as áreas do direito, não poderia ser a exigibilidade um *princípio normativo*, carregado de valoração *a priori*. A exigibilidade funcionaria como *princípio regulamentar*, com a função (secundária e

---

mentais”. Alguns médicos, à época, tiveram de realizar uma seleção dentre uma série de indivíduos, que, segundo o regime, seriam considerados aptos à “eutanásia”. É fato que a seleção foi realizada, porém, ficou posteriormente comprovado que assim agiram os médicos com o intuito de salvar a maioria da morte certa, entregando somente alguns indivíduos ao programa de extermínio. Sob um ponto de vista jurídico, após a queda do regime, entretanto, acabaram acusados por auxílio ou cumplicidade no homicídio praticado contra aqueles indivíduos considerados doentes. Em sua defesa, passou-se a alegar que eles agiram sob o manto de uma causa de exclusão supralegal da culpabilidade, com base na inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que se não tivessem agido da forma como fizeram, provavelmente todos os indivíduos que lhes foram apresentados seriam mortos, e, sendo assim, a sua atitude corroborou para a salvação da maior parte das pessoas.

<sup>179</sup> Conforme assim mencionam DALBORA, José Luis Guzmán, e FERNÁNDEZ, Gonzalo D. “Estudio introductorio”. In: HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 15.

<sup>180</sup> Henkel chega a esta conclusão após uma apurada análise feita ao longo de todo o ordenamento jurídico, concluindo que não somente no direito penal, mas igualmente nas demais áreas do direito, a exigibilidade está presente e funciona como um princípio. Assim, traz exemplos referentes ao direito civil, na área contratual (atuando a exigibilidade como elemento de flexibilização do *pacta sunt servanda*) e na área do direito de família (como princípio que autorizaria o divórcio em casos de descumprimento do dever conjugal); ao direito administrativo (regulando a intromissão do poder público na esfera privada, limitando o poder de polícia); e também ao direito internacional (no que tange a concreção da cláusula *rebus sic stantibus* que rege os tratados internacionais). Todos os exemplos podem ser vistos em HENKEL, *op. cit.*, *passim* (p. 62/72).

<sup>181</sup> *Ibidem*. pp. 72-73. Em tradução nossa: “Os exemplos que aportamos aqui poderiam se multiplicar facilmente a partir de quase todos os ramos do ordenamento jurídico, mas devem ser suficientes para mostrar que o conceito de exigibilidade constitui um princípio presente no conjunto do domínio do direito. Deve estar manifesto ademais, o significado metodológico do princípio, que é o decisivo do argumento em questão.”

auxiliar) de determinar, no caso concreto, os limites da exigência de dever contida no elemento normativo da culpabilidade.<sup>182183</sup> Ou seja, não há qualquer conteúdo material imanente ao princípio regulamentar, função que, para ele, assume a exigibilidade, diferentemente do que defendem os doutrinadores que a elencam como elemento da culpabilidade. Ela tem, sim, a função de trazer ao juiz os limites possíveis e adequados (as fórmulas para a solução do conflito), no caso em concreto.

Conforme o próprio Henkel:

(...) un principio regulativo, que como tal no señala el contenido preciso de la decisión, pero sí el camino que lleva a ella, instruyendo que se decidan los límites inciertos de facultades y deberes jurídicos según el conjunto de todas las circunstancias perceptibles del caso singular y a través de una concreta ponderación de los criterios valorativos que se presentan.<sup>184</sup>

Em consequência direta dessa conclusão a que chega o autor, tem-se que, uma vez no âmbito do direito penal, a determinação do exigível serviria tanto à culpabilidade como à adequação típica e antijurídica, e também por esse mesmo motivo, não haveria que se confundir a inexigibilidade com uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade.<sup>185</sup> Ademais, nesse mesmo sentido, perde valor também a discussão acerca do critério para aferição da culpabilidade, seja ele individual ou a partir do homem médio.<sup>186</sup>

Interessante notarmos que a tese proposta por Henkel procede. Como mencionamos na introdução do presente tópico, não obstante o resgate da discussão do direito penal à esfera da dogmática, a discussão em torno da exigibilidade continuava apagada e, quando muito, estava ela restrita às hipóteses legais de exclusão da culpabilidade, extremamente limitadas pelo ordenamento penal.

Henkel visava obviamente a superar a discussão com sua contribuição, alçando a exigibilidade um patamar que, até então, não havia sido considerado, o de um princípio informador de todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>182</sup> Cf. DALBORA e FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 19.

<sup>183</sup> Conforme Dalbora e Fernández, a ideia de *principio regulamentar* na teoria de Henkel foi evidentemente trabalhada a partir da filosofia Kantiana, que em sua “Crítica do juízo” distingue os princípios regulamentares e constitutivos na faculdade de julgar. (*op. cit.* p. 20).

<sup>184</sup> “(...) un principio regulativo que, como tal, não indica o conteúdo preciso da decisão, mas sim o caminho que leva a ela, instruindo que se decidam os limites incertos de facultades e deberes jurídicos segundo o conjunto de todas as circunstâncias perceptíveis do caso singular e através de uma *concreta ponderación* dos critérios valorativos que se apresentam.” (*op. cit.* p. 73. Tradução nossa)

<sup>185</sup> *Idem*, p. 73/74.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 130.

Quanto a isso, não há dúvidas de que obteve sucesso. Sua tese se molda tanto aos defensores do fim da exigibilidade, dado que pode ser utilizada apenas como aparato formal, como uma espécie de moldura (e, portanto, acabando com a insegurança jurídica proporcionada por uma exigibilidade segundo critérios individualizados, por exemplo) das causas de exclusão da culpabilidade, como àqueles que a defendiam como elemento da própria culpabilidade, uma vez que, em última análise, também sobre ela incidiria, ainda que não no sentido de um elemento propriamente dito.<sup>187</sup>

Não obstante, parece-nos que sua contribuição estaria mais propensa a críticas do que a elogios, ao menos por parte dos idealizadores da doutrina da exigibilidade como elemento da estrutura da culpabilidade, na medida em que, ao elevar a discussão da exigibilidade à esfera principiológica, como princípio regulamentar, e, portanto, sem qualquer conteúdo material, reduz-se severamente sua importância (e de maneira inversamente proporcional ao seu crescimento como princípio do ordenamento como um todo) em relação à própria estrutura da culpabilidade, que, na visão de doutrinadores como Freudenthal, chegava a ser identificada com a exigibilidade. Nas palavras de Dieter, tal fundamentação apenas “limita sua teoria à dimensão de uma mera redefinição formal do problema.”<sup>188</sup>

Essa ausência de conteúdo e hipertrofia da exigibilidade vazia também foi criticada por Zaffaroni, que a classificando como “la exigibilidad a secas”<sup>189</sup>, advertiu que a adoção da ideia como princípio regulamentar geraria o risco de se cair em um grosseiro erro conceitual entre antijuridicidade e culpabilidade.<sup>190</sup>

Segundo ele, ademais,

Entendida la exigibilidad "a secas", sin preguntarse por el contenido, sin averiguar exigibilidad de qué y a quien, esto es algo mucho más amplio que un "principio regulativo", mucho más amplio que un criterio para el juez, esto es nada más ni nada menos que la esencia misma del derecho. No es ningún principio regulador, sino que es tan amplio que lo regula todo sin precisar nada.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Excetuando-se, aqui, talvez, a doutrina de Freudenthal, por exemplo, que considerava a exigibilidade como o fundamento único da própria reprovabilidade.

<sup>188</sup> *op. cit.* p. 49.

<sup>189</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – parte general*. t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999. p. 72. “exigibilidade vazia” (tradução nossa).

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> *Ibidem*. (sublinhado, em partes, no original). “Entendida a exigibilidade “vazia”, sem perguntar-se pelo conteúdo, sem averiguar exigibilidade de que e a quem, isto é algo muito mais amplo que um “princípio regulamentar”, muito mais amplo que um critério para o juiz, isso é nada mais nem nada

Não é ao acaso que, quase de forma contraditória, os doutrinadores mais conservadores, que voltaram sua atenção para a análise feita por Henkel, foram aqueles que adotaram seu pensamento, erigindo a exigibilidade a essa espécie de princípio informativo de todo o ordenamento, desprovido de qualquer conteúdo material e condutor do juízo decisório dos casos concretos.

Assim, por exemplo, o seguiu Edmund Mezger em seu *Derecho Penal – libro de estudios*<sup>192</sup>, o qual, inclusive nessa época, deixa de aceitar a exigibilidade como causa geral de exclusão (supralegal) da culpabilidade, para, então, adotá-la como princípio regulamentar e somente aceitar as excludentes devidamente tipificadas.

Na realidade, este posicionamento, menos suscetível à ideia da exigibilidade como causa de exclusão supralegal da culpabilidade, chega até os dias de hoje, na doutrina alemã, existindo apenas alguns focos que começam a ver o conceito de exigibilidade com olhos diferentes (como analisaremos adiante). Além disso, também da doutrina brasileira da atualidade podemos dizer que emergiu uma corrente que bebeu de ideias próximas às de Henkel, haja vista considerarem a exigibilidade como princípio, ainda que, neste caso, princípio afeto somente ao direito penal e com conteúdo determinado (como também analisaremos).

Portanto, o que se deve ter em mente com a doutrina de Henkel, é que, do ponto de vista de um modelo de culpabilidade individualizador e garantista, sua contribuição não foi das mais simpáticas. Conforme já mencionado acima, nos aportes que fizemos a Zaffaroni, a hipertrofia e o concomitante esvaziamento de conteúdo da exigibilidade, e mais, seu afastamento propriamente dito do interior da estrutura da culpabilidade não significaram um resgate à sua ideia original, mas sim um maior afastamento de suas funções originais. Nesse contexto, não seria equivocado afirmar que a exigibilidade de conduta diversa, no que se refere a sua importância na estrutura da culpabilidade (ao menos até o ponto em que a analisamos) teve seu auge com sua criação. A partir desse ponto, ruiu continuamente, até encontrar seu espaço “adaptada” como princípio regulamentar, na doutrina de Henkel.

---

menos que a essência mesma do direito. Não é nenhum princípio regulamentar, senão que é tão amplo que regula tudo sem esclarecer nada.” (tradução nossa)

<sup>192</sup> Cf. nota 159, *in fine*.

#### **4. DECLÍNIO E QUEDA DA TEORIA NORMATIVA DA CULPABILIDADE COM BASE CAUSAL-VALORATIVA E ASCENSÃO DO FINALISMO COMO NOVO SISTEMA JURÍDICO-PENAL**

##### **4.1. As mazelas do normativismo**

Apesar da evidente evolução representada pelas teorias normativas da culpabilidade em relação às teorias psicológicas, conforme já comentamos anteriormente neste trabalho (tópico 2.3.3), poderíamos ainda questionar os normativistas sob alguns pontos de vista diferentes. Interessante, entretanto, é o fato de que, seja qual for a crítica formulada a estas correntes, as teorias normativas de culpabilidade tiveram seus maiores problemas relacionados ao sistema jurídico-penal ao qual estavam vinculadas e não às suas próprias estruturas.

Em outras palavras, a maneira como se formulou a culpabilidade a partir de um juízo de reprovação, na estrutura normativa da culpabilidade, não representava por si só o maior problema. Tanto é verdade que as primeiras teorias da culpabilidade com base em um sistema jurídico-penal finalista mantiveram, razoavelmente, a sua estrutura voltada para um juízo de reprovação realizado sobre o autor da conduta antijurídica e típica.

O grande problema da culpabilidade normativa, nos moldes iniciados por Frank, era a base ainda causalista da estrutura do injusto, e foi esse o motivo de uma grande reestruturação, não somente nas teorias normativas da culpabilidade, como também em toda a estrutura do delito.

No âmbito específico da culpabilidade, seja uma teoria normativa com a base no juízo de reprovação ligada ao fato do autor, representada aqui principalmente pelos aportes de Frank, Goldschmidt e Freudenthal (aos quais nos apegamos por pressuporem a existência do nosso objeto de estudo: a exigibilidade), seja, por sua vez, uma teoria caracteriológica, com a base do juízo de reprovação ligada, portanto, ao autor do fato, como a culpabilidade complexa, desenvolvida por Mezger, todas elas continuavam vinculadas ao mesmo sistema jurídico-penal de ordem causal (ainda que causal-valorativo), e, portanto, dadas as peculiaridades desse sistema, todas elas

trabalhavam com uma estrutura analítica de culpabilidade que continha os elementos do dolo e da culpa, como componentes.<sup>193</sup>

O novo sistema jurídico-penal que vinha se desenvolvendo desde a década de 1930, e que tinha como seu principal expoente, no que se refere à dogmática, Hans Welzel, alterou de tal maneira a estrutura do delito que continuar tratando dolo e culpa, no interior da estrutura da culpabilidade, já não faria o menor sentido. Este fato, ademais, já havia sido questionado por meio das famosas ponderações de Alexander Graf zu Dohna<sup>194</sup> a respeito da evidente confusão entre o objeto de valoração e a valoração do objeto, no que se refere diretamente à culpabilidade.<sup>195</sup>

Assim, para que apreciemos as alterações na estrutura da culpabilidade e seu consequente reflexo, no que se refere à exigibilidade de conduta diversa, devemos realizar alguns aportes acerca das modificações introduzidas pelo finalismo na estrutura do delito, bem como suas origens filosóficas.

#### 4.2. A dogmática finalista e seus pressupostos filosóficos

Segundo Juarez Tavares<sup>196</sup>, o sistema finalista, como doutrina filosófica, implica duas teses distintas: a primeira afirma que o mundo se organiza com vistas a um *fim*, e a segunda postula que a explicação dos fenômenos consiste em aduzir o *fim* ao qual eles se dirigem.

Somente essa fundamentação já seria suficiente para percebermos o giro que se tem com a dogmática finalista em relação aos sistemas causais, sejam estes causal-naturalistas (e, portanto, fundadores da teoria psicológica da culpabilidade) ou causal-valorativos (e, portanto, fundadores das teorias normativas da culpabilidade), os quais (principalmente o segundo) Welzel, o mais referido dentre os

---

<sup>193</sup> É evidente que, diferentemente dos demais doutrinadores normativistas, Goldschmidt, ao tentar construir sua culpabilidade de maneira totalmente valorativa, acabou considerando dolo e culpa, assim como a imputabilidade, pressupostos da culpabilidade, e não seus elementos. Não obstante, o fato de não ter sistematizado dolo e culpa em qualquer outra posição na estrutura do crime, não faz com que o autor escape das mesmas críticas feitas aos demais. Não obstante, é interessante notar, neste ponto, uma aproximação, em Goldschmidt, e ainda que não proposital, daquilo que viria ocorrer com a culpabilidade no finalismo.

<sup>194</sup> Cf. SALAS, *op. cit.* p. 124.

<sup>195</sup> Assis Toledo, ao mencionar a ponderação feita por Dohna acerca da culpabilidade, diz: “Para compreender-se esta importante construção, basta meditar sobre a famosa distinção estabelecida por Graf zu Dohna entre valoração do objeto e objeto da valoração. A culpabilidade é uma valoração; não pode estar, portanto, misturada com o objeto da mesma valoração que lhe é exterior. Assim, culpabilidade é apenas a censurabilidade, isto é, a valoração; o dolo situa-se no objeto da valoração.” (*op. cit.*, 2008. p. 230).

<sup>196</sup> *op. cit.* p. 53.

doutrinadores finalistas, fez questão de superar com seu novo sistema jurídico-penal.<sup>197</sup>

Segundo Fábio André Guaragni:

De fato, a teoria finalista implicou, antes de tudo, no câmbio do paradigma filosófico utilizado pela dogmática jurídico-penal para estruturar o conceito analítico do crime. O neokantismo determinara um absoluto divórcio entre os universos do ser e do dever ser, propondo que todas as questões ensejadas pelo direito penal deveriam ter soluções no segundo, o que implicou em plena liberdade para o legislador. Opondo-se a isso, Welzel considerou necessário estabelecer limites ônticos ao legislador.<sup>198</sup>

Os reflexos destes limites ônticos ou ontológicos na dogmática de Welzel tiveram sua principal manifestação no âmbito da conduta humana. A partir do finalismo, não mais a ação seria compreendida como mero impulso, manifestação da vontade do agente, mas sim “uma vontade consciente acerca do objetivo”<sup>199 200</sup>. Por essa razão, nas palavras de Tavares: “(...) o ponto fundamental de diferenciação e estruturação desse sistema vem situar-se indiscutivelmente na teoria da ação.”<sup>201</sup>

Nada poderia ser mais claro do que a própria explicação de Welzel a respeito da ação nos moldes da teoria finalista. Segundo ele:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim,

---

<sup>197</sup> Não é outra a conclusão de Santiago Mir Puig, quando diz que o finalismo “Aparece, en lo metódico, como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo.” (*Introducción a las bases del derecho penal – concepto y método*. 2 ed. reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F., 2003. p. 224. (Em tradução nossa: “Aparece, no método, como reação frente ao relativismo gnoseológico do neokantismo.”) Exatamente com o mesmo posicionamento também se manifestam: C. NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal – parte general*. 4 ed. actualizada. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999. p. 55; GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 125, entre outros diversos.

<sup>198</sup> *op. cit.* p. 125.

<sup>199</sup> TAVARES, *op. cit.* p. 59.

<sup>200</sup> Nas palavras de Lúcio Antônio Chamon Junior: “A não referencia àquilo que o agente queria, por parte da teoria causal, não seria capaz de nos permitir apreender o ‘sentido social’ da ação. Teríamos, então, por parte do causalismo, um apego à mera voluntariedade e conseqüente causalidade sem que isto implicasse qualquer averiguação desta vontade *concreta*, enfim, da própria *finalidade da ação*.” (*Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p 18).

<sup>201</sup> *op. cit.* p. 57.

mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’.<sup>202</sup>

Isto posto, a partir da nova concepção da estrutura da ação, resta claro que as alterações trazidas por Welzel tiveram também seus reflexos na estrutura do injusto como um todo.

É fato que o teleologismo já havia influenciado uma breve reestruturação do sistema Liszt-Beling nessa mesma área, ao se descobrirem elementos subjetivos do injusto, principalmente e, com isso, flexibilizando-se a relação objetivo-subjetivo do crime. Não obstante, ainda se insistia em considerar tais elementos subjetivos como exceção à regra, mantendo-se o injusto como o lado eminentemente objetivo do delito<sup>203</sup>, enquanto a culpabilidade se ocupava de explicar a faceta subjetiva.

A estrutura do crime, com sua nítida divisão objetivo (conduta típica e antijurídica, ou injusto propriamente dito) – subjetivo (culpabilidade), passa a ser condenada definitivamente a partir dos aportes finalistas<sup>204</sup>. Para Welzel, é lógico que o dolo seja um elemento subjetivo do tipo tanto nos casos tentados como nos consumados. Conforme ele mesmo mencionava, em relação aos crimes tentados essa opinião já era dominante até pouco tempo antes de se desenvolver o finalismo, mas o mesmo raciocínio deveria ser aplicado aos delitos consumados.<sup>205</sup>

(...) se alguém fere mortalmente outro, depende exclusivamente da existência e do conteúdo do dolo que tenha ele realizado o tipo do homicídio doloso (art. 212), o das lesões corporais seguidas de morte (art. 226) ou o do homicídio culposo. O dolo se representa aqui como um elemento constitutivo do tipo. (...). Em ambos os casos chega-se, pois, à conclusão de que o dolo não é apenas um elemento da culpabilidade, mas sim um elemento constitutivo do tipo.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 27. Também assim em: WELZEL, Hans. *Derecho penal – parte general*. traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 79.

<sup>203</sup> WELZEL, *op. cit.*, 2001. p. 67.

<sup>204</sup> Conforme Guaragni: “O injusto (conduta humana típica e antijurídica), que nos sistemas clássico e neokantiano era o lado *objetivo* do crime, passou a ser também composto de elementos subjetivos, ou *peçoais*. Fundava-se a *teoria do injusto peçoal*, em que o injusto é composto por elementos de ordem objetiva e subjetiva.” (*op. cit.* p. 162).

<sup>205</sup> WELZEL, *op. cit.*, 2001, p. 68. Segundo Welzel: “O dolo é, por isso, segundo a doutrina dominante, um elemento subjetivo do injusto na tentativa. A consequência lógica disso deveria ser – indo mais além da opinião dominante – a de, se o dolo pertence ao tipo e não apenas à culpabilidade na *tentativa*, deve conservar a mesma função quando a tentativa passa à consumação.”.

<sup>206</sup> *ibidem*.

Tal conclusão é reflexo evidente das alterações realizadas no conceito de ação, e somente do ponto de vista do sistema finalista conseguir-se-ia formulá-la.<sup>207</sup> A partir da teoria construída por Welzel, passam a existir verdadeiros tipos dolosos e culposos, retirando-se de vez da estrutura da culpabilidade qualquer resquício de subjetivismo que nela ainda havia, como analisaremos mais cuidadosamente no próximo tópico.

Interessante, como conclusão acerca das alterações proporcionadas pelo novo sistema, é o comentário de Toledo, quando menciona (referindo-se à culpabilidade, porém, com lógicos reflexos em toda a estrutura do crime), de forma acertada, que:

Vê-se, pelo exposto, que a missão de Welzel limitou-se a apanhar os resultados da teoria psicológica e da teoria normativa e, a partir da arrumação de um novo quadro (*neues Bild*) do sistema do direito penal, dar uma nova redistribuição sistemática aos elementos estruturais do crime. E, com isso, possibilitou-se uma superação de impasses a que haviam chegado penalistas anteriores, em alguns aspectos importantes.<sup>208</sup>

No que se refere aos pressupostos filosóficos, o pensamento finalista remonta à antiguidade grega. Como influenciadores mais recentes de um finalismo moderno, porém, costuma-se mencionar os nomes de Nicolai Hartman, com seus aportes também filosóficos, bem como Hellmuth von Weber e Alexander Graf zu Dohna, no que se refere aos iniciais pensamentos jurídico-penais. A partir das influências desses autores, surgiu a doutrina de Welzel, sendo ele o sistematizador da dogmática finalista e principal expoente do novo sistema jurídico-penal.<sup>209</sup>

A Hartman, o finalismo deve sua construção acerca da necessidade de se compreender a ação humana como algo propriamente finalístico, “algo que necessariamente persegue, desde seu aparecimento e, mesmo, antes dele, um determinado objetivo, estranho à própria conduta.”<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Por outro lado, importantíssima é a advertência de Tavares, quando evidencia a diferença entre dolo e finalidade na sistemática finalista. Segundo ele: “Essa confusão é comum naqueles que, pela primeira vez, se adentram no sistema finalista. Finalidade é basicamente sinônimo de sentido, enquanto o dolo é conceito jurídico, relacionado ao tipo legal. É lógico que na ação há vontade dirigida a um fim. Essa vontade finalista é averiguada aí no sentido natural, sem a necessária incidência de valoração jurídica. Nos crimes dolosos, a vontade natural da ação passa a ser valorada tipicamente, tomando nome de *dolo*, o que não quer significar que entre *dolo* e *vontade da ação* haja sempre uma identidade. Já pelo simples fato de que, nos crimes dolosos, a *vontade da ação* fundamenta o *dolo do tipo* não implica identificá-los.” (*op. cit.* p. 61).

<sup>208</sup> *op. cit.*, 2008. p. 229.

<sup>209</sup> Assim TAVARES, *op. cit.*, p. 53; e SALAS, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>210</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 55. Nas palavras de Schmidt: “Tal metodologia de formação da vontade – cujas origens remontam a Nicolai Hartmann – foram adaptadas por Welzel ao Direito Penal, e, mais propriamente, à noção de conduta humana.” (*op. cit.*, p. 57).

Graf zu Dohna trouxe sua contribuição ao direito, já anteriormente mencionada e que, com os aportes dogmáticos de Welzel, como se verá, tem reflexo direto na culpabilidade. Nas palavras de Salas<sup>211</sup>, Dohna desenvolveu uma concepção sistemática do delito baseada na tensão valor-realidade, na oposição entre dever ser e ser, e que se traduziu na identificação dos dois elementos acima mencionados, ou seja, o objeto da valoração e a valoração do objeto.

Von Weber, por fim, conforme menciona Tavares<sup>212</sup>, concluiu que, em determinadas ações previstas em tipos penais, não estaria tão somente descrito o processo causal, e sim condutas dirigidas a determinados sentidos subjetivos. Assim, “isto faz com que se inclua no tipo o próprio dolo (...)”<sup>213</sup>

Todos esses aportes jurídicos e filosóficos foram considerados por Welzel que, nas palavras de Tavares<sup>214</sup>, coroou um sistema que se iniciara na Grécia, a partir das ideias de Anaxágoras, e que, posteriormente, receberia contribuições de diversas áreas do conhecimento humano, até se consolidar como novo sistema jurídico-penal.

Assim sendo, devemos nos debruçar sobre o pensamento de Welzel para que, a partir dele, entendamos a nova configuração da teoria finalista da culpabilidade em suas mais diferentes vertentes.

#### 4.3. A culpabilidade na doutrina finalista de Hans Welzel

Formalmente, conforme se afirmou no tópico 4.1, a culpabilidade não sofreu qualquer mudança entre a teoria normativa e o novo sistema finalista. Continua sendo ela uma culpabilidade da vontade; “Toda culpabilidade é, pois, culpabilidade de vontade. Apenas aquilo que depende da vontade do homem pode ser-lhe reprovado como culpável.”, afirmou Welzel<sup>215</sup>. Ademais, ao definir a essência da culpabilidade, ele o fez quase que de forma idêntica (até mesmo no que se refere a seu juízo estético sobre o termo que utilizou) a Frank. Segundo Welzel: “A essência da culpabilidade pode ser definida, do modo mais exato, por meio da palavra, não muito bela do ponto de vista estético, ‘reprovabilidade’.”<sup>216</sup>

---

<sup>211</sup> *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>212</sup> *op. cit.*, p. 56.

<sup>213</sup> *Ibidem.*

<sup>214</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>215</sup> *op. cit.*, 2001. p. 88.

<sup>216</sup> *Ibidem.* Conforme se extrai da citação referida na nota 77, Frank diz: “Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.”

Assim, culpabilidade é, em resumo, “o que reprova o autor que podia atuar conforme as normas ante a comunidade jurídica por sua conduta contrária ao direito.”

<sup>217</sup> Ou seja, culpabilidade é reprovabilidade que pressupõe capacidade de vontade.

Com esta constatação, devemos formular um primeiro questionamento: se para o finalismo Welzeliano, culpabilidade se confunde com reprovabilidade, qual seria a mudança proporcionada pelo finalismo em relação à teoria normativa nos moldes de Frank e dos demais autores estudados?

A resposta se liga imediatamente às conclusões extraídas a partir da teoria da ação finalista que analisamos no tópico anterior. A teoria finalista da culpabilidade é chamada exatamente de normativa pura (ou a teoria normativa de Frank é chamada de psicológico-normativa) uma vez que, nos moldes propostos por Welzel, esvazia-se (ou tenta-se esvaziar) sua estrutura de todos os componentes eminentemente subjetivos. Assim, não são mais componentes da culpabilidade, e tampouco são formas ou espécies dela, tanto o dolo quanto a culpa.

Welzel, nesse ponto, deve o desenvolvimento de sua teoria aos aportes de Graf zu Dohna, quando da referida diferenciação entre objeto da valoração e valoração do objeto. Em suas próprias palavras:

Dohna (Aufbau, 32) foi quem deu o passo decisivo para ‘a compreensão de que no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante o resultado de uma valoração’; separou taxativamente a valoração (reprovabilidade) e seu objeto (dolo) e reduziu o conceito de culpabilidade à valoração do objeto. Seguindo o caminho iniciado por Dohna, a doutrina da ação finalista situa o dolo, que naquele autor tinha ficado sem posição<sup>218</sup>, em seu lugar apropriado, como uma espécie de vontade final de ação, no tipo (subjetivo) dos delitos dolosos.<sup>219</sup>

Segundo Guaragni, a distinção trazida por Dohna “simplesmente desmontou a estrutura normativa de culpabilidade, introduzida a partir de Frank.”<sup>220</sup> Conforme Guaragni, ainda, “Esta estrutura implicava mistura do *objeto da valoração* com a

---

<sup>217</sup> *Ibidem.* p. 89.

<sup>218</sup> Ademais deste motivo (dolo sem posição), menciona Guaragni que Dohna não pode ser considerado finalista também porque é evidente que não parte ele de um pressuposto filosófico que “valorize ontologicamente a concepção de ação”. Ademais, sustentava também Dohna a existência de “tipificações de resultados involuntários de lesão vinculados a ‘atividades sem vontade’, bem como omissões involuntárias que produzem ou não um resultado (delitos de esquecimento).” (*op. cit.*, pp. 160-161).

<sup>219</sup> *op. cit.*, 2001. p. 91.

<sup>220</sup> *op. cit.*, p. 161.

*valoração do objeto*, já que ambos ficavam agrupados como partes do mesmo *elemento* da culpabilidade, dentro da teoria psicológico-normativa.”<sup>221</sup>

Essa constatação, a partir da teoria finalista da culpabilidade, passa a ser evidente. Se a culpabilidade é um juízo de reprovação feito sobre a ação típica e antijurídica do seu autor, como pode a vontade típica (finalística) estar dentro deste mesmo juízo? Dolo e culpabilidade não se confundem. Dolo é o objeto sobre o qual recai o juízo, e, portanto, fazendo parte da estrutura do tipo penal, está adequado, de maneira muito mais precisa, à culpabilidade como reprovabilidade.

Neste momento, portanto, nos voltamos novamente para a afirmação de Toledo de que o principal trabalho de Welzel, em verdade, foi o de realocar os elementos da estrutura do delito, encontrando para eles posição mais adequada. Quanto a isso, o próprio Welzel afirma: “Nesse processo não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação.”<sup>222</sup>

#### 4.3.1. Livre arbítrio como pressuposto existencial da culpabilidade

Sendo toda culpabilidade uma culpabilidade de vontade, na acepção finalista de Welzel, é pressuposto lógico que o autor da conduta típica e antijurídica pudesse adotar uma resolução de vontade conforme a norma. Ademais, nas palavras de Welzel, não se trata de uma média, aferida com relação a qualquer pessoa no lugar daquele que atua, mas sim, de uma resolução de vontade daquele indivíduo, na situação específica.<sup>223</sup>

Isso posto, Welzel entendia que esse problema da possibilidade de atuar conforme o direito, se divide em outros dois: o problema do livre arbítrio<sup>224</sup>, cuja questão que se põe é: “é teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada?”<sup>225</sup> e o problema da imputabilidade, cuja questão, por

---

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> *op. cit.*, 2001. p. 92.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 93.

<sup>224</sup> Acerca do problema do livre arbítrio em Welzel, além das obras do próprio autor, conforme serão a seguir citadas, consultamos também BITENCOURT, Cezar Roberto e CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 308/312.

<sup>225</sup> *op. cit.*, 2001. p. 93.

sua vez, é: “No caso de que seja admitida essa possibilidade, o autor *concreto* teria essa capacidade?”<sup>226</sup>

Dado o objeto de estudo de nosso trabalho, nos ateremos à primeira questão.

Welzel procura responder a questão da liberdade de vontade dividindo-a em três aspectos: *antropológico*, *caracteriológico* e *categorial*. Em relação ao aspecto antropológico, Welzel trata de distinguir o homem dos animais ao mencionar que, diferentemente daqueles seres que são “conduzidos”,

o homem caracteriza-se negativamente por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e positivamente pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta por meio de atos inteligentes.<sup>227</sup>

Por esse mesmo motivo, seria o homem um “ser responsável”, ou melhor, com “disposição à responsabilidade”.<sup>228</sup>

Quanto ao aspecto caracteriológico, Welzel reconhece que, dado que o homem não se submete às formas instintivas de conduta, distinguindo-se em relação aos demais animais, e, portanto, dado que se trata de um ser responsável, devem existir várias esferas em sua estrutura psíquica<sup>229</sup>, ou seja, vários momentos pelos quais transpassa a formação de uma vontade consciente.

Por um lado, há um estrato profundo, que compreende os impulsos vitais de autoconservação, as paixões, os desejos, interesses etc; todos procedentes dos instintos que afetam o “eu” e o tomam como vítima passiva desses impulsos.<sup>230</sup> Por outro lado, por sobre esses impulsos, eleva-se um “‘eu’ mesmo”, como regulador daqueles e que os dirige segundo o seu sentido e valor, ou seja, “los actos del pensar, que se apoyan sobre fundamentos lógicos y los de la voluntad, que se orientan de acuerdo con el sentido y el valor.”<sup>231</sup>

Dessa forma, uma vez sendo o homem um ser responsável, e possuidor deste “‘eu’ mesmo” regulador, os impulsos, diz Welzel, podem ser dirigidos segundo seu conteúdo de finalidade e de valor, de maneira que se atinja uma configuração de vida que vai além do momento presente.<sup>232</sup> Dessa forma,

---

<sup>226</sup> *ibidem*.

<sup>227</sup> *idem*, p. 95.

<sup>228</sup> *ibidem*.

<sup>229</sup> WELZEL, *op. cit.*, 1956. p. 156.

<sup>230</sup> *idem*, 2001. p. 96.

<sup>231</sup> *ibidem*. “os atos do pensar, que se apóiam sobre fundamentos lógicos e os da vontade, que se orientam de acordo com o sentido e o valor.” (tradução nossa)

<sup>232</sup> *ibidem*.

(...) assim que intervêm os atos de direção, conforme um fim do “eu-centro” (do pensamento e da vontade), não se experimentam impulsos tão-somente em sua força emotiva, mas são compreendidos em seu conteúdo de finalidade e em sua significação valorativa para uma configuração correta de vida;<sup>233</sup>

E continua, concluindo:

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 e no valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos.<sup>234</sup>

De todo o exposto, pode-se concluir com Welzel que o problema acerca do livre arbítrio não é mais uma resposta em torno de “se”, e sim uma resposta sobre uma questão de “como”. Como poderia o homem exercer seu domínio sobre a coação causal por meio de uma direção orientada pelo sentido e, em virtude desta, ser responsabilizado por haver tomado a decisão errada no lugar da correta?

Welzel procura responder a essa questão por meio do aspecto categorial do livre arbítrio. É interessante que, por mais contraditório que pareça, o autor não parte, como outros que estudamos (leia-se Freudenthal), de um puro indeterminismo na esfera da liberdade de vontade. Segundo aquele, o indeterminismo tradicional “destrói, precisamente, o sujeito idêntico, que poderia ser responsável por seus atos, posto que o autor posterior não teve nenhuma relação com o anterior”<sup>235</sup>. Em outras palavras, não havendo qualquer espécie de determinação, assim também não há qualquer possibilidade de relação entre os atos de vontade que se controlam (do modo como acima mencionado). Existindo um indeterminismo puro, haveria, portanto, uma sequência puramente desconexa de atos de vontade, premissa esta que Welzel rejeita desde o início.

Por outro lado, também a resposta não poderia ser alcançada pelas vias do determinismo tradicional, uma vez que este consiste na crença de uma única forma de determinação, chamada por Welzel de “monismo causal”, e, assim sendo, não haveria possibilidade de reprovação da conduta, uma vez que toda decisão deve, necessariamente, ser predeterminada.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>234</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

O interessante desse raciocínio de Welzel é sua indisposição à compreensão de que os atos do pensamento sejam completamente independentes de causas. Pelo contrário, ele admite que haja uma “infraestrutura” causal nos atos de pensamento. Entretanto, essa infraestrutura é tão somente “o pressuposto necessário da *existência* de atos de pensamento, mas não da *forma* de sua execução.”<sup>237</sup> A forma como se controlam tais atos de pensamento, emanados dos diversos impulsos, é completamente direcionada segundo o sentido.<sup>238</sup> Esta, para Welzel, é a base da liberdade de vontade, a capacidade de se reger conforme os fins.

Um ponto relevante desse entendimento é que não se tratar de “liberdade de poder atuar de *outro modo* (por conseguinte também mal ou de um modo absurdo), mas para poder atuar *conforme os fins*.”<sup>239</sup> Não há, por parte do sujeito, segundo a ideia de Welzel, um comportamento direcionado espontaneamente ou livremente para o mal ou para o absurdo. Há, sim, uma falta de condução de sua vontade segundo os fins (segundo a ação lícita, no caso), quando da existência dessa possibilidade.

O reflexo disso para a culpabilidade, finalmente, é que, sendo a liberdade como um ato de direção (propriamente de libertação) dos impulsos causais segundo os fins, a falta deste ato implica naquela. Ou seja, “culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se.”<sup>240</sup>, é o poder no lugar de ...

#### 4.3.2. Os elementos da culpabilidade finalista de Welzel

Dado tudo o que foi visto acerca da culpabilidade na teoria finalista de Welzel, devemos organizá-la tendo-se em vista os elementos de sua estrutura.

Poderíamos dizer, mais uma vez que, dadas as diferenças promovidas pelo finalismo em termos conceituais, a estrutura da culpabilidade não sofreu muitos abalos, e mantém-se próxima aos moldes normativistas, conforme já estudado.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>238</sup> Interessante, ademais, que Welzel parte, nitidamente, de premissas cartesianas. Admite, inicialmente, que a possibilidade de conhecimento não pode ser negada em princípio, uma vez que a própria negativa da possibilidade de conhecer já implicaria em um conhecimento (é a base do *cogito ergo sum*, de Descartes). No entanto, ele vai além deste ponto, e tem para si que se a possibilidade de conhecer não pode ser negada, assim também não poderiam ser suas condições necessárias.

<sup>239</sup> WELZEL, *op. cit.* 2001. p. 100.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

<sup>241</sup> Conforme Tavares: “Esses três elementos são decorrência normal da concepção normativa de culpabilidade e integram, embora sob outros aspectos, qualquer espécie de formulação que parta em

Três são os elementos da estrutura da culpabilidade em Welzel.<sup>242</sup> Primeiramente, é pressuposto existencial da reprovabilidade a capacidade de livre autodeterminação do indivíduo, ou seja, sua imputabilidade (o autor a chama, aliás, de capacidade de culpabilidade). Afora a capacidade de culpabilidade, que constitui esse pressuposto existencial da reprovabilidade, Welzel elenca os elementos constitutivos da reprovabilidade, propriamente ditos. Estes, por sua vez, são divididos entre: *elementos intelectuais da reprovabilidade* e *elemento volitivo da reprovabilidade*. Nosso objeto de estudo encontra-se exatamente neste último, motivo pelo qual os exporemos em tópicos distintos.

#### 4.3.2.1. Os elementos intelectuais da reprovabilidade

Existem, segundo Welzel, dois elementos intelectuais da reprovabilidade. São eles *o conhecimento* (ou cognoscibilidade) *da realização do tipo* e a *cognoscibilidade da antijuridicidade*. Ambos, no entanto, se sustentam, sendo o primeiro pressuposto do segundo, e nele se exaurindo. Nas palavras do autor: “Um fato não é reprovável porque o autor conhecia ou podia conhecer suas circunstâncias, mas apenas porque conhecia ou poderia conhecer sua *antijuridicidade*.”<sup>243</sup> Assim, é suficiente a abordagem tão somente do segundo elemento intelectual.

Cognoscibilidade da antijuridicidade, nos moldes da doutrina de Welzel, é o que atualmente se chama de potencial consciência da ilicitude ou da antijuridicidade, na estrutura da culpabilidade, e que há muito se discutia a respeito, porém, no interior da teoria do dolo, como mencionamos em algumas notas anteriores, ao discutirmos sobre a existência do *dolus malus* (nos moldes do direito romano) ou do dolo natural.

Fato é que, com os aportes do finalismo, essa discussão a respeito de *dolus malus* ou dolo natural, foi praticamente encerrada. O finalismo, nesse ponto, não somente remodelou a estrutura do delito, “transferindo” o elemento do dolo para o tipo, como também decretou de vez o fim do *dolus malus* ao remodelar a própria estrutura do dolo. Dolo, a partir de Welzel, é elemento subjetivo do tipo, constituído

---

oposição à tese puramente psicológica. Não são eles atributos exclusivos do finalismo. Em autores que adotam um conceito psicológico-normativo, que, portanto, adotam, no fundo, a concepção de Frank, observa-se a exigência desses elementos, tidos como necessários ao juízo de reprovação. (*op. cit.*, p. 80).

<sup>242</sup> WELZEL, *ibidem.*, pp. 109-147.

<sup>243</sup> *Idem*, p. 113.

tão somente pela consciência atual dos elementos do tipo penal doloso<sup>244</sup>, uma vontade (tipificada) voltada a um fim específico. Consciência da ilicitude, por sua vez, a qual tanto se discutia se deveria existir ou não, passou a ser componente intelectual da culpabilidade, solucionando-se, entre outros aspectos, muitas das discussões acerca do *erro jurídico-penal*.

Como mencionado, para Welzel, a consciência da antijuridicidade deve sim existir, uma vez que, sem ela, não há o elemento intelectual componente da reprovabilidade e, portanto, impossível a realização do juízo de culpabilidade. Não obstante, deve existir separada do dolo, uma vez que este compõe tão somente parte da estrutura final da teoria da ação e do tipo finalistas, constituindo-se como puro dolo natural e ali se exaurindo.

Mais uma vez, devemos lembrar que a doutrina de Graf zu Dohna foi essencial no que se refere a essa transformação da teoria do dolo para a teoria da culpabilidade. Segundo Welzel:

A teoria do dolo não observa que o dolo não é uma parte integrante, mas o objeto de reprovação da culpabilidade, e que, por isso, pertence à ação e ao tipo de injusto, enquanto a consciência da antijuridicidade é só um elemento da reprovabilidade. A consciência da antijuridicidade não é algo que se reprova ao autor, mas a razão pela qual lhe é reprovável o dolo.<sup>245</sup>

Tal resolução finalista encontra também a resposta às críticas formuladas a alguns doutrinadores normativistas, sobre estar o juízo de reprovação na cabeça do autor do delito ou do juiz que o julga, questão esta que tanto atormentou alguns juristas da época.

Todas essas alterações, inobstante, geraram seus principais reflexos, como já havíamos adiantado em tópicos anteriores, acerca das disposições do erro jurídico-penal, motivo pelo qual não nos aprofundaremos, uma vez que a questão foge do centro da análise de nossa dissertação.

#### 4.3.2.2. O elemento volitivo da reprovabilidade em Welzel: a exigibilidade de conduta conforme o direito

---

<sup>244</sup> Conforme Assis Toledo (*op. cit.*, p. 231): “O dolo decide, pois, sobre a existência ou não de um *tipo doloso de delito*. E assim é porque é ele um elemento necessário do tipo doloso de crime.”

<sup>245</sup> *op. cit.*, 2001. p. 117.

Também no finalismo, a exigibilidade de conduta diversa foi mantida na estrutura da culpabilidade. Nesse novo sistema, porém, Welzel elencou-a como uma espécie de elemento volitivo da reprovabilidade. Segundo ele, não é suficiente o conhecimento do injusto para que haja reprovabilidade da resolução de vontade do indivíduo. Há que se poder, na situação concreta verificada, conduzir conforme o direito.

Interessante, entretanto, é que a exigibilidade de obediência ao direito não se confunde com a capacidade de culpabilidade (ou seja, com a imputabilidade do sujeito). Trata-se de uma relação de especificidade/generalidade entre os institutos do delito. Imputabilidade, segundo Welzel, é uma situação de capacidade geral de decisão conforme os fins. Dado que, segundo sua construção acerca da liberdade de vontade, e, portanto, de pressuposição de livre-arbítrio, se o homem é capaz de controlar e dirigir seus impulsos, deve ele, sobretudo, estar apto a exercer sua vontade.

Assim, para Welzel, a imputabilidade existe mais como um juízo negativo do que positivo. Segundo ele:

(...) exclui então todos os homens que ainda não são capazes da mesma autodeterminação plena de sentido; estes são os que – por exemplo, por sua juventude (ou surdo-mudez) ou por sua anormalidade mental – não são capazes de culpabilidade.<sup>246</sup>

A exigibilidade, por sua vez, é um juízo específico sobre a vontade na situação concreta em que se encontra o agente. Trata-se “(...) da possibilidade *concreta* de o autor, capaz de culpabilidade, poder tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto.”<sup>247</sup>

Essa especial consideração da possibilidade de vontade segundo os fins, na circunstância concreta, é tão relevante que Welzel considera a exigibilidade de obediência ao direito o elemento mais importante da reprovabilidade. À ela estão subordinados, inclusive, os elementos intelectuais, acima analisados. Isso porque, o âmago do juízo de reprovabilidade refere-se exatamente ao fato de se o indivíduo deveria e poderia se conduzir conforme o direito em vez de se conduzir antijuridicamente.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> *Idem*, p. 103.

<sup>247</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

O elemento volitivo da reprovabilidade, a exigibilidade de comportamento adequado ao direito, vai além da mera possibilidade de conhecimento da antijuridicidade. Trata-se de uma escala composta por três passos. Primeiramente, deve o agente ser capaz de culpabilidade, imputável, o que se afere pela inexistência de qualquer impedimento geral intelectual ou biológico, na forma como bem prescreve a legislação. Havendo a possibilidade de controle de sua vontade, de modo geral, há que se poder ter consciência da antijuridicidade de seu ato, sem a qual não há reprovação. Além disso, entretanto, o indivíduo deve poder, voluntariamente, conduzir-se adequadamente ao direito, tendo-se em vista a situação concreta em que se encontra. Somente neste terceiro passo, então, caso tenha dirigido sua vontade de maneira antijurídica, será culpável.

Dado que exigível é o comportamento determinado pelo próprio direito, ou seja, exigível é o comportamento adequado aos valores positivos da ordem jurídica, a sua verificação se faz de maneira negativa, ou seja, vinculada às hipóteses de inexigibilidade. Assim, não havendo causas que tornem inexigível o comportamento adequado, então é este exigível.

Essa é a razão de Tavares mencionar que o juízo de culpabilidade welzeliano compõe-se de três elementos, dentre os quais, dois são positivos (imputabilidade e possibilidade de consciência do injusto) e um negativo, sendo esta a “ausência de causas de exculpação, todos lastreados na exigibilidade de conduta adequada à norma.”<sup>249</sup>

#### 4.3.3. Os limites da exigibilidade na doutrina finalista de Welzel

Nesse ponto, é interessante notarmos que as causas de inexigibilidade de conduta conforme o direito, na doutrina finalista de Welzel, assim como nas demais teorias normativistas de tendência menos liberal, anteriormente estudadas, são extremamente restritivas, e, regra geral, são limitadas às hipóteses legais.

Não é outra a conclusão do próprio Welzel, ao dizer que “O direito deve limitar bastante, sem dúvida, essas situações, no interesse da vigência de suas normas

---

<sup>249</sup> *op. cit.*, p. 80.

(...)»<sup>250</sup>, e chega a direcionar a leitura a respeito dessas causas de exclusão à doutrina de Henkel e Mezger.

Welzel tece, em seu *Derecho Penal* e em *O novo sistema...*, considerações pormenorizadas a respeito da assunção de causas de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa tanto no que se refere aos tipos dolosos quanto aos culposos. Nesse momento, percebe-se a mesma tendência já vista entre outros doutrinadores que acabaram sendo a doutrina majoritária do direito Alemão, ainda na época do normativismo.

Segundo o autor, no direito

No se reconoce en los delitos dolosos un fundamento general de disculpa de la no exigibilidad de un actuar adecuado al derecho, por salvaguardar intereses aceptables (RG., 66-397); se limita la disculpa a casos de necesidad en peligro para el cuerpo o la vida (...).<sup>251</sup>

Tais considerações, por sua vez, não parecem ser as mesmas a respeito dos delitos culposos, nos quais a inexigibilidade poderia, sim, assumir um papel de exculpante geral.

A limitação da inexigibilidade, mesmo nesses casos, porém, encontra-se na lei. Assim, “La solución nunca depende en estos casos de la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de su valoración objetiva por parte del orden jurídico.”<sup>252</sup>

Assim como a totalidade da doutrina Alemã da época, Welzel elencou como os casos mais importantes de inexigibilidade de conduta diversa no direito aquelas hipóteses tipificadas nos parágrafos 52 e 54 de seu Código Pena da época (o mesmo que já vigia na época em que escrevia Frank, e que deu origem a toda a discussão e até mesmo à doutrina da culpabilidade normativa, por ele formulada). Ambos se referiam ao estado de necessidade exculpante.<sup>253 254</sup>

---

<sup>250</sup> *op. cit.*, 2001. p. 138.

<sup>251</sup> *op. cit.*, 1956. p. 182. “Não se reconhece nos delitos dolosos um fundamento geral de disculpa da não exigibilidade de um atuar adequado ao direito, por salvaguardar interesses aceitáveis (RG., 66-397); se limita a disculpa a casos de necessidade em perigo para o corpo ou a vida (...).”(tradução nossa)

<sup>252</sup> *Idem*, p. 181. “A situação nunca depende nestes casos da valoração individual dos motivos por parte do autor, senão sempre de sua valoração objetiva por parte do ordenamento jurídico.”( tradução nossa)

<sup>253</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>254</sup> Interessante anotarmos duas observações quanto a isto. A primeira é que Welzel mudou seu posicionamento inicial, ao admitir as hipóteses de exculpação do estado de necessidade. Segundo ele: “Partiendo de estas reflexiones éticomateriales, he abandonado mi opinión anterior del efecto justificante del estado de necesidad penal, y me he adherido a la teoría reinante de la diferenciación (WELZEL, MDR., 1949, p. 375). Según la *teoría de la diferenciación*, se dividen los casos de estado de necesidad en justificantes (si la acción de salvación es el medio adecuado para el objeto adecuado),

A respeito da possibilidade de exclusão da culpabilidade supralegal com base no estado de necessidade, Welzel, por sua vez, não parece tão taxativo quanto à corrente majoritária que se estabeleceu entre os últimos doutrinadores normativistas, como Mezger, por exemplo.

Apesar de tratar a exclusão da culpabilidade com base na inexigibilidade de conduta diversa de maneira muito ponderada, admite a existência de causas de exclusão supraleais, calcadas nos moldes do estado de necessidade, desde que cumpridos alguns requisitos.

Quanto a isso, menciona que, apesar de os parágrafos 52 e 54 do Código limitarem a exclusão da culpabilidade aos casos em que haja perigo à vida ou à integridade corporal do autor do fato ou de parentes próximos,

Situações há, contudo, em que o autor ou seus parentes próximos não se encontram em perigo para sua vida ou integridade física, mas nas quais o autor, em virtude de um perigo para a integridade ou a vida de outras pessoas, vê-se ante um conflito de deveres (conflito de consciência), ao qual não pode furtar-se sem assumir uma determinada medida de culpabilidade moral.<sup>255</sup>

O exemplo que dá base à argumentação de Welzel, no que se refere às excludentes supraleais da culpabilidade, é o mesmo que fez despertar novamente o interesse da comunidade jurídica do pós-guerra da Alemanha para a questão da exigibilidade, a qual foi mencionada na análise da doutrina de Henkel. É o caso dos processos envolvendo médicos e a “eutanásia” proposta por Hitler durante o regime nazista<sup>256</sup>, nos quais se utilizou do recurso da exigibilidade para se alcançar suas absolvições.

---

y disculpantes (si esa relación no se da), pero no se puede exigir al autor la determinación conforme a un comportamiento adecuado al derecho.” (*op. cit.*, 1956. p. 182). (Em tradução nossa: “Partindo destas reflexões ético-materiais, abandonei minha opinião anterior do efeito justificante do estado de necessidade penal, e aderi à teoria reinante da diferenciação (WELZEL, MDR., 1949, p. 375). Segundo a *teoria da diferenciação*, se dividem os casos de estado de necessidade em justificantes (se a ação de salvação é o meio adequado para o objeto adequado), e disculpantes (se essa relação não se dá), mas não se pode exigir ao autor a determinação conforme a um comportamento adequado ao direito.”). A segunda observação, é que, para Welzel, as hipóteses de estado de necessidade elencadas nos parágrafos 52 e 54 de seu Código baseavam-se na ideia de benevolência ante a debilidade humana, sendo a hipótese do parágrafo 54 a mais genérica entre as duas. (*op. cit.*, 2001. p. 140). A respeito da questão do estado de necessidade exculpante, discutiremos ao longo da análise dos códigos penais brasileiros, à frente.

<sup>255</sup> *op. cit.*, 2001. pp. 140-141.

<sup>256</sup> A respeito desse caso, Welzel comenta: “Num conflito desse tipo se encontraram inúmeros médicos em razão da “eutanásia” proposta por Hitler para dar morte aos doentes mentais. Só poderiam salvar os enfermos que lhes estivessem confiados, atingidos pela ordem secreta, entregando um certo número deles à ação homicida e salvando desse modo uma parte considerável; se tivessem se negado a colaborar, teriam sido substituídos por médicos condescendentes, que teriam dado morte a todos os

A aceitação de hipóteses supralegais de exclusão da culpabilidade decorre do fato de que, para Welzel, a culpabilidade é, antes de tudo, um setor do campo mais amplo da culpabilidade moral.<sup>257</sup> Ou seja, apenas se reprova juridicamente uma determinada conduta se, a princípio, tal conduta atingir um nível determinado de relevância social. “Quando o próprio juiz não poderia atuar, corretamente, de outro modo, que não o modo como atuou o autor, falta a culpabilidade jurídica como reprovabilidade social do fato.”<sup>258</sup>

Há, porém, que se cumprirem certos requisitos, baseados em tudo o que se viu, para que se exculpe supralegalmente uma conduta típica e antijurídica. Essa exculpação, na doutrina de Welzel, pressupõe três pontos. A ação do autor deve ser o único meio para se impedir um mal maior; o autor deve ter realmente escolhido um mal menor; e, finalmente, subjetivamente, o autor da ação deve ter perseguido o fim de salvar.<sup>259</sup>

Somente cumpridas essas três exigências é que se pode falar em exculpação supralegal por inexigibilidade de conduta diversa, o que denota, portanto, uma extrema limitação de sua aplicação, no caso concreto.

Veja-se, portanto, que, no que se refere à exigibilidade no território da doutrina finalista de Welzel, não há qualquer revolução em relação ao anterior normativismo. A verdade é que o autor, apesar de trabalhar sua dogmática penal numa época em que as discussões estavam novamente abertas, tinha maior preocupação em demonstrar a falibilidade do causalismo frente ao finalismo.

Suas ponderações acerca da exigibilidade se limitaram a concretizar em relação ao finalismo aquilo que já se estabelecera no normativismo, ou seja, exigibilidade como componente da estrutura da culpabilidade e inexigibilidade como exculpante legal tipificada.

A mudança de sistema jurídico-penal não parece ter causado muitos abalos nesse aspecto da teoria da culpabilidade. Os maiores abalos parecem ter se limitado à estrutura do erro jurídico-penal, que, como já mencionado, não abordaremos detalhadamente neste trabalho.

---

enfermos afetados pela ordem. Vide OGH 1, 321; 2, 17; vide outro caso em Welzel, Z. 63, 51.” (*op. cit.*, 2001. p. 141).

<sup>257</sup> *op. cit.*, 1956. p. 187.

<sup>258</sup> *op. cit.*, 2001. p. 141.

<sup>259</sup> *Ibidem.*

#### 4.3.4. Ponderações acerca da liberdade de vontade entre a exigibilidade com fundamento individualizador na doutrina de Freudenthal e a exigibilidade na doutrina finalista de Welzel

Após tudo o que analisamos com base na teoria da culpabilidade de Welzel, fundamentada no novo sistema jurídico-penal do finalismo, percebemos que, em termos formais, ela se aproxima muito das concepções normativistas tidas como base da doutrina de Frank e demais autores estudados. A culpabilidade é, ainda, um juízo de reprovabilidade sobre a conduta típica e antijurídica.

Substancialmente, entretanto, estas são teorias muito distintas, uma vez que a remodelação da teoria do crime, proposta por Welzel, afastou os elementos subjetivos da estrutura da culpabilidade finalista, a ponto de se ter modificado o nome das teorias normativas para, da forma como as conhecemos atualmente, normativo-psicológicas, deixando o nome anterior para a sua sucessora.

No finalismo welzeliano, como se viu, já não mais se confunde o objeto da valoração com a valoração do objeto, e, em razão disso, dolo e culpa foram realocados, tornando-se parte do tipo penal. Há, no finalismo, pela primeira vez, verdadeiros tipos dolosos e culposos.

De qualquer modo, não há como escaparmos da constatação feita por Bacigalupo<sup>260</sup> no sentido de que tanto as teorias normativas quanto as teorias finalistas são exemplos de culpabilidade de vontade, que pressupõem, portanto, a livre vontade, a livre determinação do agente, para que haja culpabilidade.

Assim sendo, com base nesse aspecto, entendemos interessante realizar uma breve distinção entre a teoria normativa, nos moldes de Freudenthal, e a teoria finalista da culpabilidade, nos moldes de Welzel, para entendermos algumas diferenças concretas que atingem a exigibilidade em ambas as estruturas, no que se refere à ideia de liberdade de vontade.<sup>261</sup>

Welzel, como se viu, fundamenta sua culpabilidade na liberdade de vontade, ao mencionar que um de seus pressupostos é o livre arbítrio, ao lado da imputabilidade. Da mesma forma, Freudenthal também entende necessário o livre arbítrio na constituição da culpabilidade.

---

<sup>260</sup> Idem à nota 127.

<sup>261</sup> Elegeu-se a teoria de Freudenthal haja vista ser ela a que mais se aprofundou com relação à doutrina da exigibilidade com fundamento individualizador.

Por outro lado, ao passo que Freudenthal admite que a ausência ou limitação da liberdade de vontade gera exclusão da culpabilidade por inexigibilidade, Welzel não entende assim, deixando implícito que, ainda que haja uma possibilidade de inexigibilidade de conduta conforme o direito, e, portanto, exclusão da culpabilidade, não há que se falar em falta de (ou ameaça ao) livre arbítrio.

Ora, dado que ambos admitem liberdade de vontade como pressuposto básico na existência de culpabilidade, qual a razão de a teoria de Welzel não a relacionar com os casos de inexigibilidade de conduta diversa como o fez Freudenthal no desenvolvimento de sua teoria normativa?

A explicação para esta discordância parece se originar na fundamentação de livre-arbítrio que cada um deles adota, e isso, segundo o nosso ponto de vista, gera alguns reflexos interessantes a respeito da exigibilidade.

O ponto de partida de Welzel advém do entendimento filosófico ao qual se filia, que, nesse sentido, é o entendimento filosófico de Hartmann. Assim, enquanto o conceito de liberdade de vontade, e, portanto, de livre arbítrio, de Freudenthal se confunde com indeterminismo puro<sup>262</sup>, Welzel parece partir de um ponto de vista mais “conciliador” no que se refere às discussões que envolviam, e sempre envolveram, ciências humanas, livre arbítrio e determinismo.

Welzel, ao contrário de Freudenthal, não aceita como base do livre arbítrio humano esse *puro* indeterminismo. Em verdade, não somente não aceita um puro indeterminismo do mesmo modo como não aceita o determinismo clássico (chamado de *determinismo monista*), de modo que soaria estranho dizer que Welzel admite livre-arbítrio, porém, é um autor que segue o determinismo clássico.

O ponto de partida de sua teoria é diferente. Conforme foi explicado anteriormente, Welzel trata a questão da seguinte maneira: ainda que existam impulsos instintivos, e que a existência destes não seja controlada pelo homem, a liberdade e o livre-arbítrio estariam exatamente no controle dessas causas, na sua

---

<sup>262</sup> Nas palavras de Gonzalo D. Fernández: “Corresponde anotar, por otra parte, que Freudenthal apoya el ‘poder del autor’ en el indeterminismo (facultad de autodeterminación del hombre), cuya concepción del mundo recogería el Código Penal. Se trata, en suma, de una construcción de la culpabilidad penal muy a tono con el pensamiento de la época, cimentada en el libre albedrío del sujeto y en su capacidad de autodeterminación conforme a sentido; (...)” (“Culpabilidad normativa y exigibilidad”. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. reimpressão. Lanús Este: Editorial B de F, 2006. p. 33). Em tradução nossa: “Corresponde anotar, por outro lado, que Freudenthal apoia o ‘poder de outro modo’ no indeterminismo (faculdade de autodeterminação do homem), cuja concepção do mundo recorrerá o Código Penal. Se trata, em suma, de uma construção da culpabilidade penal muito próxima ao pensamento da época, cimentada no livre arbítrio do sujeito e em sua capacidade de autodeterminação conforme ao sentido; (...)”

autodeterminação pelo indivíduo conforme os fins e valores socialmente adequados. Em outras palavras, se o determinismo existe de alguma forma e gera, no caso, uma gama diversa de impulsos, isso não implica, necessariamente, que o homem não possa agir de maneira livre no controle de seus impulsos.

Tal estruturação da liberdade adotada por Welzel é um conceito que tem por base a ideia de liberdade de Hartman. Quanto a isso, menciona Abbagnano:

Segundo Hartmann, a liberdade consiste no fato de que, em cada plano do ser, acrescenta-se ao determinismo dos planos inferiores o determinismo daquele plano. (...). A liberdade seria então o supradeterminismo de um plano do ser em relação aos outros. (...) No plano do espírito, esse plus de determinação é constituído pela teleologia própria do homem, que impõe aos processos causais fins extraídos da esfera dos valores.<sup>263</sup>

Tendo-se isso em vista, a questão da liberdade de vontade atinge a exigibilidade de conduta diversa de forma completamente distinta entre o normativismo individualizador da doutrina de Freudenthal e o finalismo, nos moldes como foi criado por Welzel.

Primeiramente, conforme apontado anteriormente, nas disposições a respeito de livre arbítrio em Welzel, não há que se falar em *poder atuar de outro modo*, mas sim em um *poder atuar conforme os fins*. Não há uma escolha entre o bem e o mal, o justo e o absurdo, em termos de conduta, mas sim uma escolha entre impedir ou não os impulsos que não conduzam o indivíduo ao fim adequado, conforme o direito.<sup>264</sup>

Freudenthal, por sua vez, fundamentando sua culpabilidade e o próprio livre arbítrio do indivíduo no indeterminismo puro<sup>265</sup>, entende que a liberdade de vontade se identifica com o *poder agir de outro modo*. Neste caso, o indivíduo pode escolher se conduzir da maneira como lhe for conveniente naquela situação.

---

<sup>263</sup> *op. cit.* p. 703.

<sup>264</sup> Conforme já mencionamos na citação de nota 239. Nesse sentido, ademais, capta muito bem a filosofia do livre arbítrio de Welzel o autor Esteban Righi, quando afirma que: “(...) la culpabilidad no significaba una decisión *libre* a favor del delito, sino una dependencia de la coacción causal de los impulsos por parte de un sujeto capaz de autodeterminación conforme a sentido. Así, siendo el delito por entero el producto de factores causales, resulta suficiente para afirmar la culpabilidad, la suposición o la indicación de un porcentaje, en la medida en que también la *voluntad libre del autor* junto a la disposición y el medio ambiente, habían participado en la génesis del hecho punible.” (*La culpabilidad en materia penal*. 1 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 87). Em tradução nossa: “(...) a culpabilidade não significava uma decisão *livre* a favor do delito, senão uma dependência da coação causal dos impulsos por parte de um sujeito capaz de autodeterminação conforme o sentido. Assim, sendo o delito por completo o produto de fatores causais, resulta suficiente para afirmar a culpabilidade, a suposição ou a indicação de uma porcentagem, na medida em que também a *vontade livre do autor* junto à disposição e o meio ambiente haveriam participado na gênese do fato punível.”

<sup>265</sup> *Cf.* nota 137.

Diferenças à parte, é óbvio tanto para Welzel quanto para Freudenthal que o exigível será sempre o comportamento adequado a norma, seja este comportamento a própria voluntariedade livre ou o controle de uma série de impulsos que conduz o sujeito aos fins corretos. A diferença está no critério de determinação da inexigibilidade.

Se por um lado, para Freudenthal, inexigível é aquilo que limita a liberdade de vontade do indivíduo singularmente considerado, a ponto de não poder agir de outro modo segundo seu próprio entendimento, por outro, Welzel não identifica as causas de inexigibilidade com a limitação da autonomia da vontade, posto que o indivíduo não poderia se conduzir de maneira estranha ao direito, e haja vista ter o poder, a princípio, de controlar tais impulsos.

Para Welzel, ou seja, não há que se falar em limitação da liberdade de vontade ou limitação do livre arbítrio no que se refere aos casos de inexigibilidade. O livre arbítrio do indivíduo sempre existe e é pressuposto da culpabilidade, não seu componente. Um exemplo de limitação efetiva a esse pressuposto de culpabilidade é aquela que afeta a imputabilidade, uma vez que ela é justamente a aferição de uma capacidade *geral e abstrata* de decisão conforme os fins.<sup>266</sup> A inexigibilidade, por sua vez, trata da capacidade *concreta* de decisão conforme os fins.<sup>267</sup>

Livre arbítrio é um pressuposto da culpabilidade. A questão é que, dada sua pressuposição, não há que se confundir a possibilidade de atuação em concreto com uma questão teórica e previamente admitida. Segundo Welzel, o problema que envolve a aceitação do livre arbítrio é: “É *teoricamente* possível à adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada?”<sup>268</sup> (grifo nosso).

Assim, inexigível, para Welzel, é só um critério adotado pelo legislador que se aplica às hipóteses em que, mesmo podendo agir conforme os fins (possibilidade presumida) e mesmo podendo conhecer a antijuridicidade da conduta, exclui-se a culpabilidade.

---

<sup>266</sup> Conforme Juarez Cirino dos Santos: “A imputabilidade afirma a existência abstrata (potencial) do poder pessoal; poder abstrato de configuração final da causalidade segundo conteúdos de valor social obrigatórios (capacidade de vinculação aos conteúdos ético-sociais de dever-ser obrigatórios).” (“Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico”. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci organizadores. São Paulo: RT, 2010. p. 702).

<sup>267</sup> WELZEL, *op. cit.*, 2001. p. 138.

<sup>268</sup> *Idem*, p. 94.

Completamente diferente é a visão de Freudenthal nesse caso. Para este, se o indivíduo agiu de uma forma antijurídica em determinada situação, tamanha a influência de determinadas circunstâncias do fato, agiu de forma que a sua liberdade de vontade foi comprometida e não poderia, segundo seu critério individual e ético, agir de forma diversa. Assim, sendo esse critério algo que leva em consideração tão somente uma moral individual, que está inserida na psiquê do próprio agente, passível de valoração apenas pelo juiz, com vistas ao caso concreto, não poderia ser tipificado em lei.

Welzel, de outro modo, pôde, segundo sua doutrina, limitar as causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa àquelas tipificadas em lei, e, regra geral, não aceitar a excludente supralegal, ainda que a aferição da inexigibilidade de conduta conforme a norma se dê com base numa situação concreta, e não genérica. O que se tem, em verdade, são hipóteses de benevolência por parte do direito, em situações extremas.<sup>269</sup>

Assim, note-se que, admitidas as diferentes premissas sobre o livre-arbítrio, por um lado, partindo-se de um puro indeterminismo, e, por outro, partindo-se de um ponto de vista *compatibilista*<sup>270</sup>, há que se notar que seus reflexos chegam à esfera das causas de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa de maneira diferente entre os autores.

É verdade que, mesmo com a retomada das discussões acerca da dogmática jurídica, o que se deu ao passo do surgimento da doutrina finalista, a doutrina de Freudenthal ainda continua sendo a mais individualizadora das teorias da culpabilidade e a mais garantista dentre elas nesse aspecto. Diferentemente, como já ponderamos, isso não implica qualquer juízo mais positivo sobre sua teoria, pois, uma vez construída nos moldes do normativismo de Frank, não resolve inúmeros problemas que foram enfim resolvidos pela doutrina finalista, muito em razão de sua nova estruturação da teoria do crime.

---

<sup>269</sup> É nesse sentido que Luiz Alberto Machado menciona sobre a exigibilidade que: “Erroneamente procura-se condicionar a sua existência à falta de liberdade, dizendo-se que ‘vontade sem liberdade não é vontade’ (Americano). Ora, tanto na coação moral irresistível, como na obediência hierárquica, assim também na ação necessária, o agente atua com liberdade de optar entre sofrer um mal ou agir injustamente. Há, pois, aquele mínimo de liberdade necessário à existência de vontade e, ao mesmo tempo, incensurabilidade por não exigibilidade de conduta adequada à norma”. (*Direito criminal – parte geral*. São Paulo: RT, 1987. p. 143).

<sup>270</sup> Sobre o compatibilismo entre determinismo e livre arbítrio, ver ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 289.

O que se deve ter em mente com esse pequeno espaço de comparação entre a doutrina finalista de Welzel e a doutrina da exigibilidade com fundamento individualizador, é esta ser ainda mais garantista, no que se refere às liberdades individuais, e dar maior espaço para a valoração das mais diversas circunstâncias que possam envolver a exigibilidade e inexigibilidade da conduta.

#### 4.4. A teoria da atribuição de Reinhart Maurach e o posicionamento da exigibilidade

Interessante variação da doutrina da exigibilidade, ainda nos moldes do finalismo, é a teoria da atribuição criada por Reinhart Maurach.

Maurach entende como correta a construção da teoria finalista (ou normativa pura) da culpabilidade, criada a partir do novo sistema jurídico-penal proposto por Welzel<sup>271</sup>, do qual é adepto. Entende também que a culpabilidade tem uma função eminentemente individualizadora, motivo pelo qual se deve rechaçar a inclusão de critérios como o do homem-médio, criado a partir das contribuições normativas de Goldschmidt<sup>272</sup>, na aferição da culpabilidade.

Não obstante, Maurach parece insatisfeito com o posicionamento da exigibilidade no interior da estrutura da culpabilidade, exatamente porque, segundo seu entendimento, tal elemento não permite, assim como os demais elementos da culpabilidade (imputabilidade e potencial conhecimento da antijuridicidade), uma individualização do sujeito<sup>273</sup>. Os critérios de exigibilidade não se refeririam a capacidades individuais, e sim a capacidades atribuídas ao homem médio, que, conforme mencionado, não se adequariam à estrutura da culpabilidade em si.

Em outras palavras, Maurach chega à conclusão de que as hipóteses elencadas no texto legal e que se referem à exigibilidade e à inexigibilidade, não poderiam, portanto, se relacionar com a culpabilidade.

Segundo menciona Claus Roxin, sobre suas premissas:

De lo ya expuesto se desprende que esta teoría parte de una observación correcta. En el llamado estado de necesidad disculpante y en el exceso en la legítima defensa la exención de pena efectivamente no se basa en

---

<sup>271</sup> Cf. SALAS, *op. cit.*, p. 131.

<sup>272</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>273</sup> Esse entendimento de que a exigibilidade é um elemento com base generalizante, é evidentemente reflexo da doutrina de Henkel, uma vez que, o próprio Maurach a admite, desta forma, como um princípio regulamentar. (Cf. DIETER, *op. cit.*, p. 53).

consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en la reflexión de que en general no es precisa la punición de una actuación debida a tales situaciones excepcionales. No se trata por tanto de una exclusión de la culpabilidad, sino de la responsabilidad jurídicopenal.<sup>274</sup>

Assim, entendida a exigibilidade fora da estrutura da culpabilidade, Maurach cria um novo elemento na sistemática da teoria do crime, chamado por ele de *responsabilidade pelo fato*.

Em verdade, segundo a nomenclatura de Maurach, denomina-se, em lugar de culpabilidade (como terceiro elemento da estrutura do delito), atribuição. No interior da chamada atribuição estão tanto a culpabilidade, propriamente dita, como também a responsabilidade pelo fato, de maneira que a responsabilidade pelo fato se verifica anteriormente à própria culpabilidade, encaixando-se na estrutura do crime entre esta e a antijuridicidade. Trata-se, portanto, de um critério progressivo.<sup>275</sup>

O juízo sobre a responsabilidade pelo fato é informado exatamente pelo *princípio da exigibilidade*<sup>276</sup>. Trata-se também de um critério de atribuição pessoal do fato (responsabilidade pelo fato), que consiste, porém, no “incumplimiento de las exigencias dirigidas al termino medio (u hombre medio), es decir, en la exigibilidad general (o media) de la conducta ajustada al derecho (...)”<sup>277</sup>, e por isso não poderia estar no interior da própria culpabilidade, que é aferida por meio de critérios puramente individuais.

Somente após tal juízo de responsabilidade pelo fato é que se parte para a verificação da culpabilidade do agente, na qual se indaga se ele poderia, pessoalmente, atuar de modo distinto, o que se infere por meio da imputabilidade e do potencial conhecimento da antijuridicidade do ato.

Segundo Salas, a inclusão de uma prévia responsabilidade pelo fato, anterior à culpabilidade, na estrutura do crime, parece ter um louvável sentido garantista.

Sin ella, no podrá imponerse una medida de seguridad y corrección, aunque estén presentes la tipicidad y la antijuridicidad del acto junto a la

---

<sup>274</sup> *Derecho penal* – parte geral – tomo I. traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 816. “Do que já foi exposto percebe-se que essa teoria parte de uma observação correta. No chamado estado de necessidade desculpante e no excesso de legítima defesa, a isenção de pena não se baseia em considerações sobre a culpabilidade individual, senão na reflexão de que, em geral, não é precisa uma punição de uma atuação devido a tais situações excepcionais. Não se trata, portanto, de uma exclusão da culpabilidade, senão da responsabilidade jurídico-penal.” (tradução nossa)

<sup>275</sup> SALAS, *op. cit.*, p. 132/133.

<sup>276</sup> DIETER, *op. cit.*, p. 54.

<sup>277</sup> SALAS, *op. cit.* p. 133. “não cumprimento das exigências dirigidas ao termo médio (ou homem médio), ou seja, na exigibilidade geral (ou média) da conduta ajustada ao direito (...)”.(tradução nossa)

peligrosidad del autor; ni podrá imponerse una pena sin responsabilidad por el hecho, aún cuando la conducta sea reprochable (...).<sup>278</sup>

Trata-se de uma clara reação ao chamado sistema de dupla via (no Brasil, duplo binário), que permitia a imposição de medidas de segurança por periculosidade, ainda que não houvesse culpabilidade por parte do agente.

A doutrina de Maurach, no entanto, não é isenta de críticas. Claus Roxin, por exemplo, menciona, logo após analisar a ideia da responsabilidade pelo fato, que Maurach, partindo de uma premissa correta, extrai conclusões que não se poderiam aceitar.<sup>279</sup>

Assim também o próprio Salas<sup>280</sup>, que, não obstante ter dito que a teoria de Maurach tende a um maior garantismo do sistema, afirma também que, por outro lado, tal doutrina decepciona ao desconsiderar, por completo, a figura da exigibilidade no interior da culpabilidade. Isso porque, segundo ele, ao passo que Maurach cria um embaraço para o sistema de dupla via com a sua responsabilidade pelo fato prévia à culpabilidade, também restringe absurdamente a própria exigibilidade de conduta diversa, uma vez que não aceita a existência da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Ademais, interpreta também as próprias hipóteses legais de forma radicalmente generalizante, em razão da influência da teoria de Henkel.

Em conclusão à sua crítica, Salas menciona:

En realidad, la inexigibilidad es en la sistemática de Maurach sólo un nombre que comprende a las causas legales de exclusión de la responsabilidad por el hecho, y su verdadera posición frente a la doctrina

---

<sup>278</sup> *Ibidem*. “Sem ela, não se poderá impor uma medida de segurança e correção, ainda que estejam presentes a tipicidade e a antijuridicidade do ato junto à periculosidade do autor; nem se poderá impor uma pena sem *responsabilidade pelo fato*, ainda quando a conduta seja reprovável (...).” (tradução nossa)

<sup>279</sup> Não cabe aqui nos aprofundarmos nas razões que Roxin elenca, haja vista que, como um dos expoentes do funcionalismo penal, fundamenta seu questionamento no embate com sua própria teoria, a qual será oportunamente explorada. Entretanto, apenas para não deixarmos de mencionar seus motivos, entendemos correto transcrever sua parte mais significativa: “Pues la responsabilidad por el hecho no es, como dice Zipf, un ‘peldaño o elemento previo a la culpabilidad’, de modo que, cuando tiene lugar su exclusión, ya ni siquiera se podría plantear – de manera similar a cuando está excluida la antijuridicidad – la cuestión de la culpabilidad, sino que en los casos del § 35 y en el exceso en la legítima defensa la antijuridicidad y la culpabilidad han de afirmarse por completo; se suprime la pena, como se ha subrayado reiteradamente, sólo porque no la requieren necesariamente razones preventivas.” (*op. cit.*, p. 816). Em tradução nossa: “Pois a responsabilidade pelo fato não é, como diz Zipf, um ‘degrau ou elemento prévio à culpabilidade’, de modo que, quando tem lugar sua exclusão, já nem sequer se poderia expor – de maneira similar à quando está excluída a antijuridicidade – a questão da culpabilidade, senão nos casos do § 35 e, no excesso da legítima defesa, a antijuridicidade e a culpabilidade se afirmarão por completo; se suprime a pena, como se sublinhou reiteradamente, somente porque não requerem necessariamente razões preventivas.”

<sup>280</sup> *op. cit.*, p. 133.

de la inexigibilidad es de abierto rechazo, incluso en la vertiente generalizadora de la misma (...).<sup>281</sup>

Na realidade, no que se refere ao nosso objeto de estudo, Maurach não traz qualquer inovação. Ele mantém os padrões já construídos anteriormente pela doutrina de Henkel, considerando-a como um princípio geral. O interessante, entretanto, é que, exatamente por ser um princípio geral, não se aplicaria à culpabilidade, dado que esta sim seria um juízo individualizador.

Dentro da própria estrutura da culpabilidade, como visto, Maurach sequer chega a aceitar a inclusão da exigibilidade como excludente de culpabilidade, legal ou supralegal. Trata-se, sim, de um princípio que rege a responsabilidade pelo fato, de natureza geral, e que afeta um novo elemento da sua estrutura do crime.

---

<sup>281</sup> *Idem*, p. 134. “Na realidade, a inexigibilidade é na sistemática de Maurach só um nome que compreende as causas legais de exclusão da responsabilidade pelo fato, e sua verdadeira posição frente à doutrina da inexigibilidade é de aberto rechaço, inclusive na sua vertente, generalizante (...).” (tradução nossa)

## 5. O PÓS-FINALISMO E AS TEORIAS DA CULPABILIDADE

### 5.1. Ascensão e crise da culpabilidade finalista

Não há quaisquer dúvidas que a culpabilidade finalista e seu novo sistema jurídico-penal como um todo, apesar de não terem apresentado tantas variantes em sua própria estrutura, ao longo de seu desenvolvimento teórico (como se verificou com a culpabilidade normativa), tiveram muito maior influência em seu tempo do que o movimento criado por Frank e seus sucessores, os quais ainda incluíam os elementos subjetivos na estrutura da culpabilidade.<sup>282</sup> Essa influência, entretanto, não representou qualquer surpresa para a doutrina, uma vez que as soluções trazidas pelo novo sistema jurídico-penal – com a realocação dos elementos na estrutura do delito – principalmente no que se refere às hipóteses de *erro* e em outras questões envolvendo, por exemplo, a *participação no delito*, não poderiam ser entendidas da forma como estava sustentado o sistema em sua base causal-valorativa (neokantiana).<sup>283</sup>

---

<sup>282</sup> A respeito da influência do sistema jurídico-penal finalista, escrevia Muñoz Conde em seu *Introducción al derecho penal*, cuja primeira edição datava de 1975, que: “Por todo ello se puede considerar a la teoría final de la acción como la teoría sistemática actualmente más importante en el ámbito del derecho penal y no es de extrañar que se haya extendido en Alemania hasta hacerse dominante y que, por eso mismo, haya sido atacada y haya provocado polémicas todavía evidentes.” (*op. cit.*, 2007. p. 267). (Em tradução nossa: “Por tudo isso, pode-se considerar a teoria final da ação como a teoria sistemática atuante mais importante no âmbito do direito penal e não é de se estranhar que se tenha estendido na Alemanha até se fazer dominante e que, por isso mesmo, tenha sido atacada e tenha provocado polémicas ainda evidentes.”) Claus Roxin, por sua vez, no que se refere às repercussões do finalismo, vai ainda além, dizendo que, apesar de atualmente já não exercer tanta influência na doutrina alemã, “sigue siendo relevante, porque en algunos puntos importantes ha ejercido una influencia en la Ciencia penal alemana que posiblemente nunca desaparecerá. Es lo que sucede con la inclusión del dolo en el tipo, con la aceptación en el Código penal (parágrafo 17) de las reglas del error de prohibición de conformidad con la teoría de la culpabilidad y con la contemplación del desvalor de acción como exigencia del injusto, que ha abonado el terreno de la moderna teoría de la imprudencia.” (*La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000-A. p. 42/43). (Em tradução nossa: “segue sendo relevante, porque em alguns pontos importantes exerceu uma influência na Ciência penal alemã que possivelmente nunca desaparecerá. É o que ocorre com a inclusão do dolo no tipo, com a aceitação no Código penal (parágrafo 17) das regras do erro de proibição em conformidade com a teoria da culpabilidade e com a contemplação do desvalor da ação como exigência do injusto, que adubou o terreno da moderna teoria da imprudência.”)

<sup>283</sup> Conforme menciona Tavares: “Dogmaticamente, a colocação do dolo no tipo, que hoje é aceita até mesmo por não finalistas, trouxe enormes facilidades na construção do delito. Primeiramente, equacionou o problema da separação assistemática dos elementos subjetivos, que informam o ilícito, do dolo, para juntá-los num mesmo bloco. Tudo o que é, assim, naturalisticamente subjetivo deve ser encarado de uma mesma forma. Posteriormente, pôde-se obter um melhor enquadramento técnico da tentativa e do crime consumado, da autoria e da participação, do erro de tipo e do erro de proibição, como também dosar-se adequadamente o caráter indiciário do tipo com relação à antijuridicidade.” (*op. cit.*, 1980. p. 86).

Por outro lado, aforante as modificações estruturais do conceito de culpabilidade, no que se refere à migração do dolo e da culpa para o tipo penal, seu conteúdo material continuava praticamente inalterado, carregando consigo também a ideia da exigibilidade como importante critério para a aferição da reprovabilidade no caso concreto. Assim, é de se pautar que, no tocante à culpabilidade, a aceitação do finalismo pelas legislações e pela doutrina implica uma vitória também das teorias normativas que já há muito vinham se desenvolvendo, em oposição ao antigo psicologismo.

A respeito da exigibilidade e da inexigibilidade, propriamente ditas, à parte as diferenças entre a teoria de Welzel e o normativismo individualizador de Freudenthal (as quais analisamos), pouca mudança se viu nascer. Já na época em que se consolidava o finalismo como novo sistema jurídico-penal, os ideais acerca de uma exigibilidade com fundamento individualizador já não causavam qualquer comoção, tanto na jurisprudência alemã quanto entre os doutrinadores mais destacados da época, como se viu. Ademais, nem sequer essa tendência extremamente liberal e restritiva da atuação estatal realmente teve algum efeito prático, senão em uma pequena parte da doutrina da época anterior à república de Weimar, pelos ensinamentos do próprio Freudenthal.

Assim, no finalismo, seguiu a exigibilidade como elemento da reprovabilidade e voltada ao comportamento adequado a norma, e seu oposto, a inexigibilidade, funcionando como hipótese de exclusão da culpabilidade, em geral vinculada a hipóteses legais, mantendo a tradição dogmática que há muito já se criara na Alemanha e se disseminara para outros países.

Realmente, o único embate mais sério pelo qual passou o sistema finalista, desde a sua consolidação na doutrina de Welzel, foi aquele contra os ainda adeptos da escola causalista; embate este que, conforme mencionamos pelas palavras de Muñoz Conde, em tópico anterior, surgiu ao passo que renascia a discussão dogmático-penal na Alemanha pós nacional-socialismo, e, portanto, pós-Segunda Guerra Mundial, e que fora encabeçado por Mezger em seu retorno às discussões dogmáticas.

Apesar de ter perdurado pelo longo período que dominou a segunda metade do século XX, tal embate, pode-se dizer, teve um vencedor evidente, ao menos no que se refere ao seu reflexo nas legislações da maioria dos países, conforme mencionam Roxin e Conde (nota 282). Praticamente todos os sistemas jurídico-penais se adequaram ao modelo finalista, transportando suas alterações às suas novas

legislações penais. Entre estes países, obviamente, o Brasil, apesar de seu relativo atraso, foi um dos que adotou as premissas finalistas, logo que se deu a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984.<sup>284</sup> Foi assim que se fortaleceu e se consolidou, portanto, o novo sistema jurídico-penal finalista, que vinha sendo desenvolvido por Welzel já desde a década de 1930, e que, após a Segunda Guerra Mundial, se firmou nas legislações.

Entretanto, a vida tranquila do finalismo como doutrina majoritária não foi tão duradoura como se poderia imaginar. Logo após se firmar na jurisprudência e nas legislações, começou a ser fortemente questionado em sua base, e o seu primeiro grande opositor foi Karl Engisch, que já em 1965 escrevia sua monografia *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart (A teoria da liberdade da vontade na atual doutrina filosófica do direito penal)*.

Nessa obra, de maneira direta, Engisch questiona toda a base das teorias clássicas de culpabilidade até então existentes, que, de uma forma ou de outra, tinham como premissa imprescindível a liberdade de vontade do indivíduo (livre arbítrio), e, mais precisamente no que se refere às teorias normativa e finalista, o poder de atuação alternativa ou o poder de agir de outro modo.

Por outro lado, e, podemos dizer, como consequência do desmantelamento da culpabilidade finalista e normativista em geral, criou-se um efeito dominó que afetou, por fim, a própria legitimação do direito penal e também das penas, singularmente consideradas, a ponto de se poder afirmar com Gonzalo D. Fernández que:

(...) será Engisch con su conferencia de 1965, publicada luego como trabajo monográfico, quien genere las más amplias repercusiones en el seno de la dogmática penal, imprimiéndole (...) un giro copernicano al estado de la cuestión, que da vuelta a la doctrina hasta entonces imperante, generando nuevos horizontes y aperturas (...), hasta desembocar en la dirección funcionalista más conocida, donde destacan – cada uno en su propia orientación – las nuevas formulaciones preventivo-generales de la culpabilidad, estructuradas por autores de la talla de Claus Roxin, Winfried Hassemer o Günther Jakobs (...).<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> Sobre o que nos debruçaremos de maneira mais detalhadas, ao menos no que se refere aos reflexos na estrutura da culpabilidade, quando da análise da evolução da legislação penal brasileira ao longo dos tempos, no capítulo 6.

<sup>285</sup> “La cuestión de la libertad de voluntad en el derrotero de la teoría de la culpabilidad”. In: ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 46. Em tradução nossa: “(...) será Engisch com sua conferência de 1965, publicada logo como trabalho monográfico, quem gera as mais amplas repercussões no seio da dogmática penal, imprimindo (...) um giro copernicano no estado da questão, que dá volta na doutrina até então imperante, gerando novos horizontes e aberturas (...), até desembocar na direção finalista mais conhecida, onde se destacam – cada um em sua própria orientação – as novas

## 5.2. Novamente, a questão da liberdade de vontade e a conseqüente derrocada das penas retributivas e da culpabilidade normativa

Por mais que as teorias de culpabilidade até então estudadas possam ser estruturadas de maneiras muito distintas umas das outras, o grande problema de todas elas é a subjetivação do próprio conceito de culpabilidade. O ápice dessa tendência foi atingido pelas teorias normativas, inclusive a finalista, nas quais o poder atuar de outro modo, e, de uma forma ou de outra, portanto, a exigibilidade de conduta diversa (ou conforme o direito)<sup>286</sup>, é o grande critério da reprovabilidade.

A conclusão a que se chega com esse processo de evolução é que se criou uma séria dificuldade no que se refere à demonstração desse poder de agir diversamente ou conforme o direito, e, por outro lado, permitiu-se “o deslocamento da análise para os aspectos mais perversos da individualidade humana, desconsiderando-se o ato delitivo praticado.”<sup>287 288</sup>

---

formulações preventivo-gerais da culpabilidade, estruturadas por autores do nível de Claus Roxin, Winfried Hassemer ou Günther Jakobs (...)”

<sup>286</sup> Mais uma vez, devemos deixar claro que a doutrina de Welzel difere um tanto das teorias normativas, neste ponto. A exigibilidade é um elemento volitivo da reprovabilidade e não se confunde com a liberdade de vontade. Trata-se da possibilidade de atuação conforme os fins no caso concreto, enquanto nas teorias normativas a exigibilidade é a própria medida da liberdade, tendo seu critério de aferição variações de acordo com o doutrinador. De qualquer modo, importa dizer que em Welzel a subjetivação da culpabilidade atinge também seu grau máximo, na medida em que o juízo de valor recai exclusivamente por sobre a decisão ou possibilidade de decisão do indivíduo de atuar conforme o direito, o que depende da constatação do livre arbítrio, da imputabilidade, da exigibilidade, bem como da potencial consciência da antijuridicidade.

<sup>287</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, e GREGO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 394.

<sup>288</sup> É de se ressaltar mais uma vez que a aproximação da culpabilidade a uma culpabilidade do autor se deu justamente com o início das teorias normativas da culpabilidade, conforme já se pautou brevemente acerca do posicionamento de Mezger e sua culpabilidade por condução de vida. Conforme foi dito, a extrema separação entre o mundo fenomênico e o mundo do dever ser proporcionada pelo neokantismo foi a responsável também por esta possibilidade de valoração até mesmo da personalidade do agente como fonte da culpa. Ademais, ainda que tenha adotado um método ontológico em seu sistema, trazendo o direito para o mundo dos fatos, novamente, o próprio Welzel, com sua doutrina finalista, chegou a se aproximar de uma concepção de culpabilidade de personalidade, a qual optamos por não explorar. A verdade é que, segundo Welzel, ao longo dos três passos para a formação do livre-arbítrio (que comentamos), o agente poderia simplesmente não dirigir sua conduta conforme a norma por um defeito momentâneo em sua direção dos impulsos, o que geraria a culpabilidade, como, por outro lado, poderia ser acometido de uma má-formação da vontade, razão pela qual nunca poderia se dirigir conforme os fins. Neste último caso, Welzel entende que poderia haver uma culpabilidade com base na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, em um defeito de caráter, se aproximando daqueles autores normativistas que defendiam a existência do criminoso habitual. (WELZEL, *op. cit.*, 2001. p. 105/108). Contra essa aproximação do finalismo à culpabilidade do autor, manifesta-se Tavares, dizendo que “Dente as objeções ao finalismo, a que mais se destaca é a contra a teoria do injusto pessoal (que conduz a um direito penal do ânimo) e contra a teoria da culpabilidade, baseada

A respeito da demonstrabilidade do livre-arbítrio é que foram construídas as maiores críticas a essas concepções, e, sobre as quais, conforme já adiantamos acima, se pautou Karl Engisch, em seus estudos, para derrubar o dogma finalista. Segundo Salas, “La crítica, aunque no era del todo nueva, alcanza gran repercusión y se convierte progresivamente en una crisis de los fundamentos del Derecho penal de culpabilidad.”<sup>289</sup>

Basicamente, Engisch, por meio de sua análise, contestou a possibilidade de realização de um experimento no qual se pudesse determinar a capacidade de atuar de maneira diversa. Segundo ele:

La regularidad de la sucesión entre dos fenómenos, aquello que distingue la causalidad, sólo puede comprobar científicamente en el experimento, y éste nos muestra (...) que, cumpliéndose exactamente las mismas circunstancias, a un fenómeno sigue siempre de nuevo el mismo fenómeno como consecuencia.<sup>290</sup>

Assim, para que tal experimento pudesse ser realizado com um indivíduo, ou seja, para sabermos se uma pessoa que esteve em uma determinada situação de atuar poderia se comportar de maneira diversa a que se comportou, haveríamos que transportar essa mesma pessoa, com suas exatas e mesmas características, a outra situação concreta idêntica.

É exatamente por essa razão que tal experimento não poderia ser realizado. Segundo Engisch:

Sin embargo, semejantes experimentos non son por principio prometedores, al tratarse de la superior vida espiritual del hombre, aquella que es ética y penalmente relevante, porque el hombre (...) dispone de memoria y, por tanto, en una situación posterior posee el recuerdo de la situación anterior, del hecho previo, de sus consecuencias, de sus repercusiones psíquicas, por cuya razón él es ahora alguien distinto de lo que era antes.<sup>291</sup>

---

sobre a formação de vontade do autor (que explicitamente faz o retorno da culpabilidade pela condução de vida ou culpabilidade de caráter).” (*op. cit.*, 1980. p. 88/89).

<sup>289</sup> *op. cit.*, p. 137. “A crítica, ainda que não de todo nova, alcança grande repercussão e se converte progressivamente em uma crise dos fundamentos do Direito penal de culpabilidade.” (tradução nossa)

<sup>290</sup> *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Reimpresión. traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 76. “A regularidade da sucessão entre dois fenômenos, aquilo que distingue a causalidade, somente se pode comprovar cientificamente no experimento, e este nos mostra (...) que, cumprindo-se exatamente as mesmas circunstâncias, a um fenômeno segue sempre de novo o mesmo fenômeno como consequência.” (tradução nossa)

<sup>291</sup> *Ibidem*. “Não obstante, experimentos semelhantes não são a princípio prometedores, ao se tratar da superior vida espiritual do homem, aquela que é ética e penalmente relevante, porque o homem (...) dispõe de memória e, portanto, em uma situação posterior, tem a recordação da situação anterior, do

Em outras palavras, conclui: “el requisito indispensable de nuestro experimento, es decir que se trate del mismo hombre en igual situación, no puede cumplirse.”<sup>292</sup>

As constatações de Engisch, nesse sentido, seriam sentidas por toda a doutrina e, de uma vez por todas, abalariam as teorias normativas de culpabilidade que, antes de tudo, se abraçavam ao pressuposto da liberdade de vontade na formação do juízo de reprovação.

Conforme menciona José Luis Gusmán Dalbora:

El curso posterior del concepto de culpabilidad, en cambio, concedería unilateral atención a esta parte de la monografía. La concepción normativa de la culpabilidad, el basamento material de la exigibilidad de otra conducta en el poder individual de obrar diversamente, entraron en crisis como consecuencia de la imposibilidad de establecer en el gabinete del naturalista que el imputado de un delito pudo o no hacer algo distinto que la fechoría de que se le acusa.<sup>293</sup>

O mais interessante, entretanto, é o sucesso de Engisch onde menos se esperava, ou seja, nas premissas de sua argumentação. A contestação da possibilidade de se afirmar a liberdade de vontade era somente a base para a construção de uma teoria de culpabilidade do caráter, com embasamento no fato praticado, em contraposição a outras teorias como a da culpabilidade por condução de vida (Mezger), culpabilidade por uma decisão vital equivocada (Paul Bockelmann), nas quais não se leva em consideração a conduta ou a personalidade do agente.<sup>294</sup>

---

fato prévio, de suas consequências, de suas repercussões psíquicas, por cuja razão ele é agora alguém distinto do que era antes.” (tradução nossa)

<sup>292</sup> *Ibidem*. “o requisito indispensável de nosso experimento, ou seja, que se trate do mesmo homem em igual situação, não se pode cumprir.” (tradução nossa)

<sup>293</sup> “Estudio preliminar”. in: ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008. p. 20. “O curso posterior do conceito de culpabilidade, por outro lado, concederia unilateral atenção a esta parte da monografia. A concepção normativa da culpabilidade, e o embasamento material da exigibilidade de outra conduta no poder individual de agir diversamente entraram em crise como consequência da impossibilidade de estabelecer de forma naturalística que o imputado de um delito pôde ou não fazer algo distinto que o fato que a ele se imputa.” (tradução nossa)

<sup>294</sup> Conforme menciona Engisch: “Para mí, es decisivo que al reducirla a la culpabilidad por la conducción de vida, la decisión vital y otras por el estilo, se renuncia una vez más a la idea misma de la culpabilidad del carácter: la culpabilidad del carácter se basa aquí en la culpabilidad por el *hecho*, y será acogida sólo con la manifestación del último; siguiendo el criterio determinista (adoptado hipotéticamente), el reproche adecuado al hecho singular debiera valer por el hecho, penetrando en el carácter como la raíz verdadera de aquél; pues bien, el hombre es colocado nuevamente por *encima* de su carácter, en lugar de *bajos* su carácter. (*op. cit.*, p. 108). Em tradução nossa: “Para mim é decisivo que, ao reduzi-la à culpabilidade por condução de vida, por decisão vital, ou outras do tipo, se renuncia uma vez mais à ideia mesma de culpabilidade do caráter: a culpabilidade do caráter se baseia aqui na culpabilidade pelo *fato*, e será acolhida somente com a manifestação do último; seguindo o critério determinista (adotado hipoteticamente), a reprovação adequada ao fato singular deve valer pelo fato,

Inobstante a isso, e, em decorrência da crise pela qual passava o conceito de culpabilidade, surgiu também um movimento que criticava a ideia de pena e a própria fundamentação do direito penal que há muito se tinha por base. Em outras palavras, com a crise da culpabilidade baseada na ideia de liberdade de vontade, entrou também em crise a ideia de pena retributiva, à qual estavam vinculadas não somente as teorias normativas de culpabilidade como também as psicológicas.

Não poderia haver melhor exemplo acerca da relação entre as teorias da culpabilidade e a fundamentação das penas, conforme já havíamos pautado desde o início deste trabalho. Uma vez não mais encontrando espaço uma teoria de culpabilidade baseada exclusivamente na constatação empírica da liberdade de vontade do indivíduo, também não mais haveria qualquer sentido a manutenção de uma ideia de pena que tivesse a exclusiva função de retribuir o mal causado, por motivos lógicos.

Ademais, a partir da crítica à pena como retribuição pela impossibilidade de constatação da livre vontade, surgiram outras críticas correlatas, como a incompatibilidade da pena retributiva com o Estado Social e Democrático de Direito e sua incapacidade no que se refere a uma possível reabilitação do apenado.<sup>295</sup> Essas críticas notórias podem ser e são geralmente associadas ao movimento que deu origem ao Projeto Alternativo, datado de 1966, e redigido por quatorze jovens professores alemães, que protestavam contra o modelo de culpabilidade e de fundamentação das penas no direito de seu país. Conforme o parágrafo 2, apartado 1, desse projeto: “Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes

---

penetrando no caráter como a raiz verdadeira daquele; pois bem, o homem é colocado novamente por cima de seu caráter, em lugar de em baixo de seu caráter.”

<sup>295</sup> Conforme Roxin: “La teoría de la retribución es científicamente insostenible y desde un punto de vista político-criminal es perjudicial. Su falta de solidez científica no se deriva únicamente del hecho ya citado de que consecuencias perjudiciales para el delincuente, como la pena, no pueden fundamentarse en la hipótesis empíricamente incierta de poder actuar de un modo distinto. La teoría de la retribución no es además aceptable, porque la premisa de la que parte, que el hecho ilícito cometido por el delincuente debe ser compensado y anulado por la pena retributiva, es irracional y es incompatible con las bases teóricas de una democracia” (*Culpabilidad y prevención en derecho penal*. traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981. p. 43). Em tradução nossa: “A teoria da retribuição é cientificamente insustentável e desde um ponto de vista político-criminal é prejudicial. Sua falta de solidez científica não se deriva unicamente do fato já citado de que consequências prejudiciais para o delinquente, como a pena, não podem se fundamentar na hipótese empíricamente incerta de poder atuar de um modo distinto. A teoria da retribuição não é, ademais, aceitável, porque a premissa de que parte, que o fato ilícito cometido pelo delinquente deve ser compensado e anulado pela pena retributiva, é irracional e é incompatível com as bases teóricas de uma democracia”

jurídicos y a la reinserción del autor en la sociedad” ou seja, as penas e medidas servem à prevenção geral e à prevenção especial.<sup>296</sup>

A respeito do tema, brinca Dalbora, ao mencionar que

La culpabilidad ha muerto – así se supuso –, luego de lo cual no restó sino cantarle el réquiem de la pena que conmina, advierte o induce voluntades mal inclinadas, en salvaguarda de los méritos del ordenamiento o el buen ajuste del conglomerado social. Como antes la peligrosidad “tragó” la reprochabilidad, ahora asistimos a la fagocitosis de la culpabilidad en la pena preventiva, (...) <sup>297</sup>

Do movimento que deu origem ao projeto alternativo também adveio o primeiro grande expoente do que seria denominado como sistema funcionalista, e que viria, futuramente, a superar doutrinariamente o finalismo welzeliano, ao menos na Alemanha e alguns países da Europa. Trata-se de Claus Roxin, que, em 1970, escreveu o trabalho denominado *kriminalpolitik und Strafrechtssystem (Política criminal e sistema jurídico-penal)*, criando as primeiras bases do funcionalismo.

Em termos gerais, importa salientar que o funcionalismo, nos moldes inicialmente propostos por Roxin, e, posteriormente, seguido por uma ampla gama de doutrinadores<sup>298</sup>, cada qual com sua modalidade, foi o responsável pela reaproximação da dogmática jurídico-penal à política criminal, que, conforme vimos, haviam se separado drasticamente a partir dos aportes do neokantismo ao direito penal.

É fato que, a partir dos escritos de Roxin, o funcionalismo seguiu diversas linhagens distintas entre si, sendo, dentre eles, o modelo proposto por Günther Jakobs, sem dúvida, o movimento funcionalista mais polêmico e mais discutido atualmente. Desse modo, não podemos tratá-lo como um movimento único. De qualquer modo, em aspectos gerais, nas palavras de Andrei Schmidt:

Os funcionalistas possuem em comum o fato de admitirem a possibilidade de a dogmática jurídico-penal estar orientada por critérios

---

<sup>296</sup> “As penas e as medidas de segurança servem à proteção de bens jurídicos e à reinserção do autor na sociedade”. Conforme Roxin (*op. cit.*, 2000-B. p. 23). Mais sobre o panorama e a evolução do direito penal e da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, bem como especificamente sobre o Projeto Alternativo, pode ser encontrado em ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008-A. p. 239/290; 291/314. (tradução nossa)

<sup>297</sup> *op. cit.*, p. 21. “A culpabilidade morreu – assim se supôs –, não restando alternativa senão cantar-lhe o réquiem da pena que comina, adverte ou induz vontades mal inclinadas, em salvaguarda dos méritos do ordenamento ou em bom ajuste do conglomerado social. Como antes a periculosidade “tragou” a reprovabilidade, agora assistimos à fagocitose da culpabilidade pela pena preventiva, (...)” (tradução nossa)

<sup>298</sup> Entre os quais, sem tentarmos ser exaustivos, podemos citar: Günther Jakobs; Bernd Schünemann; Santiago Mir Puig; Jorge de Figueiredo Dias entre outros.

teleológicos de política criminal na operação de concreção do Direito Penal, ou seja, trata-se de uma tentativa de superação das barreiras existentes entre dogmática penal e política criminal.<sup>299</sup>

A reaproximação entre as ciências do direito penal, que, desde a época de Liszt estavam separadas e se divorciaram definitivamente com o neokantismo e sua influência nas escolas penais, realmente é uma linha que aproxima a todos os doutrinadores do movimento funcionalista.

Ademais, trata-se da linha mestra traçada por Roxin em seu livro introdutório, acima comentado (*Política criminal...*), no qual o autor menciona:

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolhe as garantias de liberdade do Estado de Direito.<sup>300</sup>

Obviamente, todas essas alterações acima mencionadas tiveram reflexo nas teorias de culpabilidade, gerando um novo e variado espectro de ideias que, adiante, passaremos a estudar, dentro de um limite de relevância para o nosso trabalho.

Resta apenas salientar que todo o movimento ocorrido no pós-finalismo teve em comum a busca de um conceito de culpabilidade fundamentado em critérios diversos do *poder atuar de outro modo*, que, inobstante as suas mais variadas formas, regeu, por muito tempo, as doutrinas anteriores. Segundo Salas, ademais, são três os objetivos dos movimentos pós-finalistas: superar o problema prático de verificabilidade do conceito normativo de culpabilidade; evitar implicações moralizantes no juízo de reprovabilidade ou culpabilidade, e dar conta da fundamentação preventiva das penas que se impuseram na teoria penal.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> *op. cit.*, p. 86.

<sup>300</sup> *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20. Interessante, ainda, transcrevermos um outro trecho com o qual Roxin resume sua monografia, mais uma vez demonstrando a importância da união entre política criminal e dogmática jurídico-penal. Diz ele: “Direito penal e política criminal: se seguir o que demonstrei, não se trata de opostos, como são apresentados pela tradição de nossa ciência. O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de pleno impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em casa uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.” (*op. cit.*, 2000-B. p. 82).

<sup>301</sup> *op. cit.* p. 141.

### 5.3. Culpabilidade e responsabilidade em Claus Roxin

“A terceira das categorias base de nosso sistema – a culpabilidade – é cunhada político-criminalmente pela teoria dos fins da pena.”<sup>302</sup> Foi assim que Roxin introduziu a sua concepção de culpabilidade, em 1970, iniciando as primeiras ideias do seu novo sistema funcionalista.

Muito se tem escrito e discutido a respeito da concepção de culpabilidade segundo a doutrina de Roxin, a partir daí. Entretanto, desde já devemos realizar uma distinção, com o intuito de superarmos alguns mal-entendidos acerca de sua teoria. A grande novidade no que se refere ao funcionalismo de Roxin não é tanto a própria culpabilidade, senão o que ele denomina de *responsabilidade*. Culpabilidade e responsabilidade não se confundem, e trata-se da segunda uma nova categoria no interior da estrutura analítica da teoria do delito.

Não há que se falar que Roxin vise a substituir a culpabilidade por um novo elemento, ou mesmo que descarte a culpabilidade da estrutura do delito. No entanto, já em suas primeiras linhas, ele percebe que o conceito que se adequaria de maneira mais perfeita às suas ideias de uma reaproximação entre política criminal e dogmática jurídico-penal é realmente o de responsabilidade, que é um conceito mais amplo, e que não se subordina exclusivamente à culpabilidade.<sup>303</sup>

Culpabilidade, para Roxin, nada mais é que “(...) a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer.”<sup>304</sup>

Ora, isso posto, não que Roxin despreze a fundamentação retributiva no direito, mas tão somente que, segundo seu ponto de vista, a ideia *puramente* retribucionista está única e exclusivamente vinculada à culpabilidade como pressuposto da punibilidade do indivíduo que agiu ilicitamente.<sup>305</sup> A responsabilidade configura-se exatamente pela inclusão, ao lado da culpabilidade, das necessidades

---

<sup>302</sup> ROXIN, *op. cit.*, 2000-B. p. 67.

<sup>303</sup> Segundo o próprio autor: “Talvez fosse materialmente mais correto falar de responsabilidade em vez de culpabilidade. Pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade penal.” (*ibidem*. p. 70).

<sup>304</sup> ROXIN, Claus. “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”. in: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2 ed. revisada. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138.

<sup>305</sup> ROXIN, Claus. “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”. in: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2 ed. revisada. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 85.

preventivas da pena. Assim, responsabilidade é culpabilidade acrescida de finalidade preventiva (geral e especial), considerada esta no interior da própria dogmática<sup>306</sup>, e não tão somente em termos de política criminal.<sup>307</sup> Em suas próprias palavras: “A categoria do delito que se segue ao ilícito deve, portanto – (...) –, tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de ‘responsabilidade’.”<sup>308</sup>

Uma interessante consequência prática desse raciocínio é a de que, ainda que culpável, segundo sua definição, e, portanto, ainda que o Estado esteja legitimado, em princípio, a impor uma pena visando a retribuir o mal causado pelo autor do delito, algumas fundamentações de natureza preventiva, sejam elas preventivo-geral ou preventivo-especial, podem ser bastantes para impedir a reprimenda<sup>309</sup>. Segundo Roxin, em resposta a algumas críticas à sua teoria:

(...) não existe perigo algum na hipótese de, em um primeiro momento, verificarmos a culpabilidade do autor, e só após perguntarmos se podemos fazer vista grossa a esta culpabilidade por causa de pontos de vista político-criminalmente relevantes a serem extraídos do StGB ou da GG.<sup>310</sup>

Há que se notar, entretanto, que tal limitação da responsabilidade em virtude das necessidades preventivas da pena, ainda que o comportamento seja culpável, somente pode ser extraída da lei (Código Penal ou Constituição), e não por qualquer critério arbitrário do magistrado, no caso concreto.<sup>311</sup> Ou seja, as próprias necessidades preventivas gerais ou especiais são previamente determinadas, tendo-se em vista a política criminal mais adequada e disposta em lei.

Em termos de culpabilidade e seu conteúdo, há que se ressaltar, como já adiantando acima, que a teoria funcionalista de Roxin, diferentemente da culpabilidade finalista, independe da constatação da liberdade de vontade do

---

<sup>306</sup> Segundo Roxin: “Política criminal, prevenção e fins da pena possuem, assim, um direito de argumentar também na dogmática jurídico-penal. São ideias reitoras que podem constituir uma ponte de ligação com a criminologia.” (*op. cit.* 2008-B. p. 99).

<sup>307</sup> *Idem*, p. 89.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> Conforme exploraremos de maneira mais pautada no próximo tópico.

<sup>310</sup> *op. cit.*, 2008-B. p. 98. As abreviações *StGB* e *GG*, referem-se, respectivamente a *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão) e *Grundgesetz* (Lei Fundamental).

<sup>311</sup> *Idem*, p. 91. Quanto a isso, menciona ainda, Roxin: “Pues cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones policriminales, sino que se deban averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley.” (*op. cit.*, 1997. p. 793). “Quando se interpreta, pois, o Direito vigente não se trata de possibilitar ao juiz uma isenção de pena conforme suas próprias representações político-criminais, senão que se devam averiguar as hipóteses preventivas que servem de base à lei.” (tradução nossa)

indivíduo, ou seja, independe da discussão epistemológica acerca do livre-arbítrio<sup>312</sup>. Assim, sua teoria de culpabilidade independe da base do poder agir de outro modo (ou segundo os fins). Segundo ele, “(...) o poder-agir-de-outro-modo e o livre arbítrio são impassíveis de comprovação.”<sup>313</sup>

Conforme já dito, a culpabilidade, na concepção de Roxin, é determinada apenas com base no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário da norma. Segundo ele, ao contrário do poder agir diversamente, e, portanto, do livre arbítrio, “(...) a capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável.”<sup>314</sup>

Os reflexos da concepção de responsabilidade e culpabilidade no funcionalismo de Roxin são evidentes, principalmente, quando se trata das excludentes de culpabilidade da forma como eram tratadas nas demais teorias da culpabilidade. Assim, também afetam as questões atinentes à inexigibilidade de conduta diversa e a afetam de maneira distinta a forma como é tratada nas teorias normativas da culpabilidade.

### 5.3.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade no funcionalismo de Claus Roxin

Conforme havíamos mencionado acima, Roxin trabalha com uma nova orientação em sua estrutura funcionalista, de modo que, ao acrescentar o elemento da responsabilidade como terceira das categorias base de seu sistema, a análise das chamadas excludentes de culpabilidade, ou exculpantes, sofre algumas mudanças.

Conforme menciona o próprio Roxin:

---

<sup>312</sup> Note-se que, apesar de sua teoria depender da constatação do livre arbítrio, uma vez que discussão epistemologicamente controversa, sua teoria de culpabilidade pode, tranquilamente, se alinhar à concepções que partem da pressuposição do livre-arbítrio. Isto porque a possibilidade de liberdade de vontade, em grande parte da doutrina, não atua como um fato comprovável, mas sim, como uma convenção social, e mais, como uma postulação normativa. Tal pressuposição, abstraída da discussão filosófica acerca do livre-arbítrio, pode constituir um princípio sócio-politicamente razoável, sendo que, ainda assim, será determinado com base na idoneidade para ser destinatário de normas, mas não na liberdade de ação humana. (ROXIN, *op. cit.*, 2008-B p. 149). “Aquele que parte unicamente desta, acaba por sobrecarregar-se desnecessariamente com problemas pertinentes a outras ciências.” (*Ibidem*).

<sup>313</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>314</sup> Segundo ele, ainda: “Se alguém está em condições de compreender a ilicitude de seu agir e se, ou em que medida, sua capacidade de autocontrole está reduzida ou prejudicada, tal pode ser verificado através de métodos psicológicos ou psiquiátricos. Mesmo o leigo pode verificar em si próprio a redução de sua orientação intelectual e de sua capacidade de autodeterminação, sobrevinda após uma intensa bebedeira.” (*Ibidem*)

Se observarmos duas das mais conhecidas causas de exculpação do StGB, o estado de necessidade exculpante (§ 35 StBG) ou o excesso na legítima defesa (§ 33 StBG), veremos que, nestes casos, a idoneidade para ser destinatário de normas está em regra presente.<sup>315</sup>

Roxin trabalha de maneira exemplificativa sobre cada uma das causas de exclusão da culpabilidade elencadas no Código Penal alemão, de modo a nos convencer que a idoneidade para ser destinatário de normas não é exatamente o que se afeta nos casos trabalhados pela doutrina majoritária como exclusão da culpabilidade.

De maneira mais aguda, o autor chega a afirmar que seria impossível, senão por critérios de política criminal, tendo em vista as finalidades preventivo-geral e preventivo-especial da pena, explicar tais hipóteses, razão pela qual conclui que não são passíveis de serem compatibilizadas com a nomenclatura de exclusão da culpabilidade, e sim com exclusão da responsabilidade.

De maneira mais exata, há que se dizer que Roxin admite que as hipóteses costumeiramente tratadas como causas de exclusão da culpabilidade se fundam em parte no que ele chama de *redução da culpabilidade*, mas, ao mesmo passo, também em considerações preventivo-gerais e especiais sobre a isenção da pena.<sup>316</sup>

Assim, tendo-se em vista que a doutrina penal alemã já trabalhava as hipóteses de estado de necessidade exculpante (e, posteriormente, com o advento de alterações legislativas de âmbito penal, as hipóteses de excesso de legítima defesa) pacificamente no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa, temos que admitir que a questão sofre alterações significativas na abordagem de Roxin.

Nada se diga a respeito das hipóteses de estado de necessidade exculpante supralegal, as quais tanto se discutiu, como se viu ao longo deste trabalho. Essas hipóteses, na visão de Roxin, dão o embasamento maior à sua teoria, na medida em que – e disso não podemos discordar, a princípio – não encontram uma justificativa razoável de existência no sistema penal ao longo de quase todas as teorias da culpabilidade (motivo pelo qual tanto se discute acerca delas). Quanto a isso, afirma Claus Roxin: “(...) somente através da introdução de pontos de vista preventivos na exclusão da responsabilidade se torna possível explicar os casos do hoje assim chamado estado de necessidade exculpante supralegal.”<sup>317</sup>

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 159.

Interessante notarmos que o exemplo suscitado por Roxin para explicar sua teoria da exclusão da responsabilidade é exatamente o exemplo ao qual se apegam Henkel, ao identificar o retorno da discussão das hipóteses supralegais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade, na dogmática penal alemã do pós-guerra, e também Welzel, quando trabalha a possibilidade de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade supralegal, em seu dogma finalístico. Trata-se, é claro, do exemplo da “eutanasia” cometida pelos médicos durante o regime do nacional-socialismo alemão.<sup>318</sup>

Para Roxin, tal hipótese não poderia ser admitida como uma simples causa de exclusão da culpabilidade, haja vista que, na situação daqueles médicos, estava presente, sem qualquer sombra de dúvidas, um poder de agir diversamente. Segundo seu entendimento, a posição mais razoável seria a de que, na hipótese: “(...) só podem consistir no reconhecimento de que os autores, por um lado, agiram culpavelmente, mas que, em tal conflito, a necessidade preventiva da sanção tem de ser negada.”<sup>319</sup>

É mais do que óbvio, portanto, que o tratamento da inexigibilidade de conduta diversa, na doutrina de Roxin, se dê fora do elemento culpabilidade, propriamente dito. Trata-se de uma questão de responsabilidade, que, mais do que se referir à capacidade de agir diversamente, verificada por critérios individuais ou por meio de critérios generalizantes, como o desgastado padrão do homem médio, por exemplo, liga-se a questões de política criminal, às necessidades preventivas gerais ou especiais da pena que será imposta ao sujeito.

Ademais, de posse dessas informações, concluímos outro aspecto interessante da doutrina de Roxin. O fato de elevar a discussão das causas de exclusão da culpabilidade (principalmente supralegais) por inexigibilidade a um patamar de responsabilidade, com embasamento preventivo geral ou especial; assim, retirando a discussão da esfera do sujeito, portanto, retira, também, qualquer resquício de elemento individualizador da inexigibilidade. As situações em que o sujeito não será apenado por atuar de maneira que não lhe era exigível estão pautadas exclusivamente em critérios preventivos, ou seja, critérios de política criminal, que se atêm à necessidade ou não de aplicação de pena nessas hipóteses excepcionais, tendo-se em vista a afirmação da eficiência do direito perante a sociedade, principalmente, e

---

<sup>318</sup> Conforme expusemos com brevidade em nota n. 178.

<sup>319</sup> *op. cit.*, 2008-B p. 161.

tendo-se em vista a necessidade de ressocialização do agente. Não há mais que se mencionar, portanto, em elemento ético individual ou em critério do homem médio.

A dúvida que levantam alguns doutrinadores, em consequência dessa desvinculação da exigibilidade em relação à culpabilidade e consequente vinculação à responsabilidade com vistas à prevenção, refere-se à idoneidade do novo critério. Em outras palavras, um critério de limitação da responsabilidade individual tão somente vinculado aos arbítrios estatais (políticas criminais do Estado) seria assim tão garantista?

Nas palavras de Salas, caberia questionar se em uma matéria com tantas referências individuais como a culpabilidade (incluindo a imputabilidade, a que ele se refere primordialmente, e que também está no interior da culpabilidade)

El recurso a la referencia valorativa preventivo-general puede cumplir realmente con una misión de salvaguarda del individuo frente a la necesidad de pena, o si más bien, por el contrario, permitirá seguir dando cauce a los temores más o menos vagos e irracionales de ‘ruptura del dique’, reduciendo, por lo tanto, la capacidad exculpante de una culpabilidad armada normativamente para la defensa de la autonomía individual.<sup>320</sup>

No mesmo sentido de Salas, abordando a questão da imprecisão e incerteza do critério preventivo em relação às causas de exclusão da culpabilidade, encontram-se Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, quando mencionam que

La necesidad preventivo-general de pena es también un criterio mucho más impreciso y demasiado dependiente de la valoración subjetiva, que aquel otro que podría ser decisivo en los supuestos de las causas de exculpación.<sup>321</sup>

Interessante mencionarmos a resposta que o próprio Roxin dá a essas críticas feitas a seu sistema. Segundo ele: “Seguindo-se minha construção, estar-se-á defendendo uma posição liberal-garantística, que impõe ao poder punitivo estatal limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis.”<sup>322</sup> E continua, concluindo:

---

<sup>320</sup> SALAS, *op. cit.*, pp. 233-234. (Em tradução nossa: “O recurso à referência valorativa preventivo-general pode cumprir realmente uma missão de salvaguarda do indivíduo frente à necessidade de pena, ou, pelo contrário, permitirá seguir legitimando os temores mais ou menos vagos e irracionais de ‘estouro de barragem’, reduzindo, portanto, a capacidade exculpante de uma culpabilidade armada normativamente para a defesa da autonomia individual.”) Essa crítica acerca da incerteza dos parâmetros de política criminal com relação às penas preventivas gerais e especiais também é compartilhada por Lenckner, conforme menciona o próprio Roxin (*op. cit.*, 2008-B, p. 95).

<sup>321</sup> *Tratado de derecho penal*. 5 ed. renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete Granada: Editorial Comares, 2002. p. 515. Em tradução nossa: “A necessidade preventivo-general da pena é também um critério muito mais impreciso e demasiadamente dependente de valoração subjetiva, que aquele outro que poderia ser decisivo nos supostos das causas de exculpação.”

<sup>322</sup> *op. cit.*, 2008-B, p. 156.

É errado, portanto, afirmar que minha teoria da responsabilidade reduz a proteção prestada pelo princípio da culpabilidade ao indivíduo contra intervenções estatais. Pelo contrário, ela a fortalece, ao utilizar a indispensabilidade preventiva como uma ulterior limitação.<sup>323</sup>

Roxin alega que seu sistema funcionalista é composto por duas fases de aferição da responsabilidade jurídico-penal de um agente que comete um ato típico e antijurídico. A primeira é o próprio juízo de culpabilidade que, segundo seus critérios, trata do agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário da norma. A segunda fase, por sua vez, trata da aferição da responsabilidade, na qual se levam em conta as finalidades preventivas (gerais e especiais) que o Estado elencou em suas leis como fins político-criminais. Ora, sob esse ponto de vista, alega, há uma dupla proteção ao cidadão, de modo que não se foge de um garantismo individual. A culpabilidade não é descartada da estrutura dogmática do crime. O que se faz é acrescentar uma fase de verificação. Além disso, menciona Roxin<sup>324</sup>, se a pena jamais pode contrariar o princípio da culpabilidade, uma vez que também seu pressuposto, pode, por sua vez, ficar aquém dessa culpabilidade, de maneira que um indivíduo, ainda que culpável, pode ser livrado da represália se assim as finalidades preventivas do Estado não se impuserem.

As respostas de Roxin às indagações que lhe são feitas seguem a lógica de sua concepção, e parecem satisfatórias. Entretanto, ainda assim, tais indagações nos geram algumas dúvidas. É certo que a vinculação de sua teoria aos fins preventivos advindos das políticas criminais do Estado traz preocupações lógicas no âmbito da culpabilidade, que justamente tem a função de limitar arbítrios contra o indivíduo infrator. Vimos, por exemplo, os reflexos de uma total desvinculação do campo deontológico em relação ao ontológico na dogmática jurídico-penal com fundamentação neokantiana da época da república de Weimar. Neste caso, a absoluta abstração da dogmática pôde servir de base para uma série de abusos político-criminais, com respaldo científico-criminológico absolutamente insanos, e a implementação, posterior, das ideias de culpabilidade de autor no campo do direito penal, que têm reflexo até os dias de hoje.

Por esse ponto de vista, parece correta a indagação feita com relação ao processo de aplicação da pena após a aferição da culpabilidade, e não antes dela, momento em que Roxin é muito claro em sua resposta. Dito de outra maneira, após

---

<sup>323</sup> *Idem*, pp. 156-157.

<sup>324</sup> *op. cit.*, 2008-B. p. 95.

considerar-se um agente culpável, como garantir que as finalidades preventivas, uma vez presentes, não ultrapassem a medida correta de apenamento, com vistas à dignidade da pessoa, e, portanto, não se despreze completamente as causas de inexigibilidade e sua função garantidora (principalmente as supralegais)?

Não concordamos com o ponto de vista de que toda finalidade preventiva atribuída à pena é irrealizável ou incompatível com o Estado Democrático de Direito, e, portanto, parâmetros unicamente preventivos não poderiam, em quaisquer hipóteses, servir de base às causas de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade<sup>325</sup>. O argumento deve ser refinado para que se torne verdadeiro. Ou seja, entendemos que finalidades *exclusivamente preventivo-gerais* não devem, assim, ser utilizadas como parâmetro para a inexigibilidade.

Roxin parece deixar claro, nesse ponto, que tanto a prevenção geral quanto a prevenção especial devem ser consideradas, e, por isso, trata-se de um funcionalismo dualista.<sup>326</sup> E parâmetros que têm por base prevenção especial (somada à prevenção geral) não parecem ser tão perigosos para a dignidade da pessoa.

Seguindo a mesma linha de discussão, mas não se referindo a Roxin, menciona Bacigalupo:

Por otro lado, el principio de culpabilidad incide en la individualización de la pena, estableciendo que la gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la gravedad posible de la pena aplicable. Esta exigencia es reconocida en la actualidad cualquiera sea la fundamentación que se siga en lo referente a los criterios de justificación de la pena. En la práctica significa que las necesidades de la prevención (general o especial) sólo se pueden tener en cuenta legítimamente hasta el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor. Dicho con otras palabras: el principio de culpabilidad excluye de manera categórica la posibilidad de determinar la pena sólo, o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social. En este sentido el principio de culpabilidad se vincula de una manera decidida con uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: el respeto de la dignidad de la persona.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> Conforme argumenta Dieter. (*op. cit.*, p. 56).

<sup>326</sup> Conforme nomenclatura de Andrei Schmidt (*op. cit.*, p. 86/93).

<sup>327</sup> *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005-A. p. 112. Em tradução nossa: “Por outro lado, o princípio de culpabilidade incide na individualização da pena, estabelecendo que a gravidade da culpabilidade determina o máximo da gravidade possível da pena aplicável. Essa exigência é reconhecida na atualidade qualquer que seja a fundamentação que se siga referente aos critérios de justificação da pena. Na prática, significa que as necessidades de prevenção (geral ou especial) somente podem ter-se em conta legítimamente até o limite da gravidade da culpabilidade do autor. Dito com outras palavras: o princípio de culpabilidade exclui de maneira categórica a possibilidade de determinar a pena somente, ou fundamentalmente, pela periculosidade do autor ou pelas necessidades de defesa social. Nesse sentido o princípio de culpabilidade se vincula de

Com o que concluímos que, se, por um lado, a teoria de Roxin leva em consideração o princípio da culpabilidade como pressuposto da pena, e, portanto, de modo que afirme que a pena não pode levar em consideração *exclusivamente* as finalidades preventivas, concordando com a segunda parte da assertiva de Bacigalupo, por outro lado, não nos assegura, ou, ao menos ainda, não nos responde se, uma vez presente a culpabilidade, as finalidades preventivas devem limitar-se a ela, deixando a resposta à primeira parte da assertiva de Bacigalupo em aberto.

Parece-nos que Roxin demonstra muito boa vontade com sua teoria, na medida em que visa à proteção da dignidade da pessoa (encontrando um lugar para a inexigibilidade de conduta diversa com bases supralegais), bem como dos bens jurídicos. Entretanto, parece-nos, também, que se trata de uma teoria que pode ser utilizada para fins escusos, se não for bem delineada.

#### 5.4. O funcionalismo monista e a culpabilidade em Günther Jakobs

Se, por um lado, as teorias normativa e finalista tendiam a uma demasiada subjetivação do conceito de culpabilidade, o funcionalismo de Jakobs representa o ápice da objetivação e, como consequência, a instrumentalização do sujeito frente a supostas necessidades sociais de prevenção.<sup>328 329</sup>

Assim como já mencionado na introdução às doutrinas pós-finalistas, a única semelhança entre as teorias de Jakobs e Roxin reside no fato de “admitirem a possibilidade de a dogmática jurídico-penal estar orientada por critérios teleológicos de política criminal na operação de concreção do Direito Penal.”<sup>330</sup> Tanto quanto

---

maneira decisiva a um dos valores fundamentais do Estado de direito: o respeito à dignidade da pessoa.”

<sup>328</sup> Assim, entre outros: CORRÊA, Tatiana Machado. “Em busca de um conceito Latino-Americano de Culpabilidade”. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 965; e CORRÊA, Tatiana Machado. “Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs”. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 999.

<sup>329</sup> Apesar de concordarmos com a crítica da instrumentalização do sujeito na teoria de culpabilidade de Jakobs, é de se mencionar a defesa trazida pelo próprio autor a respeito. Segundo ele: “As críticas que frequentemente se formulam a concepção aqui exposta, no sentido que com ela se instrumentaliza o cidadão que irá ser submetido a uma pena, provavelmente não perceberam que somente se trata da descrição das condições de funcionamento de toda a sociedade; uma descrição não instrumentalizada, e sim em todo caso descobre instrumentalizações existentes há muito tempo.” (JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 37).

<sup>330</sup> Idem à nota 299.

Roxin, Jakobs constrói sua teoria de culpabilidade de maneira a relacioná-la intimamente ao que entende por função das penas. Jakobs, entretanto, devemos dizer, parte de um ponto de vista muito mais radical, realizando um esvaziamento do conteúdo da culpabilidade e preenchendo-a com a ideia de prevenção geral<sup>331</sup>, exclusivamente, a ponto de Roxin mencionar sobre ele que “(...) do conceito de culpabilidade ele conserva unicamente o nome (...)”<sup>332</sup>, e talvez até nem isso.

Pena, para Jakobs, portanto, cumpre uma função preventiva geral positiva, ou seja, “(...) a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O Conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma.”<sup>333</sup> Já a noção de culpabilidade está intimamente ligada à função afirmadora da norma que cumpre a pena, uma vez que o autor de um fato antijurídico é também culpável quando responsável pela falta de motivação jurídica dominante nesse comportamento antijurídico, em situações em que essa falta afete a confiança geral na norma. Ou seja, culpabilidade, resumidamente, é a falta de fidelidade ao direito (ou infidelidade ao direito).<sup>334</sup>

A respeito das bases filosóficas do funcionalismo de Jakobs, menciona Tatiana Corrêa que

Com tal objetivo, tal teoria combina fundamentos doutrinários de Hegel (indivíduo só existe a partir do Estado e não o contrário; pena visa à restauração do direito), de Durkheim (sociedade sem conflitos, criminoso em desacordo com o status quo) e de Luhmann (o homem é mero sistema físico-psíquico, o papel do direito é simbólico, visa estabilizar expectativas normativas, ou seja, dirigido ao futuro).<sup>335</sup>

Tais bases, principalmente aquelas que se referem à teoria da comunicação, da filosofia de Luhmann, somadas ao seu entendimento das penas como prevenção geral positiva, sustentam sua culpabilidade funcionalista. Segundo Jakobs mesmo conclui:

(...) el Derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima como el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento

---

<sup>331</sup> SALAS, *op. cit.*, p. 234.

<sup>332</sup> *op. cit.*, 2008-B, p. 144.

<sup>333</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 27.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 675.

<sup>335</sup> *op. cit.*, 2010-A, p. 999. Também assim, Bernd Schünemann menciona que “(...) Jakobs ha dado un salto desde Luhmann y ha aterrizado en Hegel (...)” (“La culpabilidad: estado de la cuestión”. Traducción de David Felip I. Sarorit Y Ramon Ragués I. Valle. In: ROXIN, Claus *et alli*. *Sobre el estado de la teoría del delito* [seminario en la Universitat Pompeu Fabra]. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 116.) Em tradução nossa: “Jakobs deu um salto a partir de Luhmann e aterrissou em Hegel (...)”

individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos. No trato de afirmar que deba ser así, sino que es así. El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptivo precisamente en la medida en que la sociedad se encuentre determinada. Probablemente, esta descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda la teoría funcional.<sup>336</sup>

Para Jakobs, portanto, indivíduos assumem, na sociedade, papéis que são desempenhados de acordo com a expectativa depositada sobre eles, e que são expressas por meio dos inúmeros contatos sociais em uma sociedade complexa. Tanto as normas penais quanto a lesão a tais normas têm um significado comunicativo<sup>337</sup> de modo que

O decisivo não é que o defeito seja percebido conscientemente na mente do autor, e sim que deva situar-se ali, e isto ocorre sempre que o autor impediu de haver concorrido uma motivação dominante de evitar infrações do direito.<sup>338</sup>

É exatamente a respeito desse ponto que (retornando à nossa inicial afirmação) partem as críticas sobre a instrumentalização do sujeito<sup>339</sup> e esvaziamento do conceito

---

<sup>336</sup> *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. reimpressão. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 67. “(...) o Direito penal não se desenvolve na consciência individual, senão na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima como o juiz) e suas condições não as estipulam um sentimento individual, senão a sociedade. A principal condição para uma sociedade é respeitosa com a liberdade de atuação é a personalização dos sujeitos. Não estou afirmando que deve ser assim, senão que é assim. O conceito funcional de culpabilidade é por necessidade descritiva precisamente na medida em que a sociedade se encontre determinada. Provavelmente, essa descrição neutra, essa exclusão da utopia, é o mais chocante na prática de toda a teoria funcional.” (tradução nossa)

<sup>337</sup> Conforme Jakobs: “Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional, y todo ello bajo condiciones de las que aquí habrá que hablar.” (*op. cit.*, 2000, p. 18). (Em tradução nossa: “Somente sobre a base de uma compreensão comunicativa do delito entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma pode-se achar uma relação iniludível entre ambas, e, nesse sentido, uma relação racional, tudo isso sob condições das que aqui haverá que falar-se.”). Ademais, explicando este processo comunicativo que se dá por meio das normas sociais (e penais) e sua resposta, por meio das sanções, diz Muñoz Conde: “La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad que se consuma a través de una relación estructural que en la Sociología moderna se denomina con el nombre de *expectativa*. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo mismo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas.” (*op. cit.*, 1985. p. 22.). Em tradução nossa: “A regulação da convivência, por conseguinte, um processo de comunicação e interação entre os membros de uma comunidade que se consuma por meio de uma relação estrutural que na sociologia moderna denomina-se com o nome de *expectativa*. Qualquer um pode esperar de mim que me comporte conforme a uma norma e o mesmo posso esperar dos demais. A convivência se regula, por tanto, através de um sistema de expectativas que se deriva de uma norma ou conjunto de normas.”

<sup>338</sup> *op. cit.*, 2003. p. 33.

<sup>339</sup> Conforme menciona Tatiana Machado Corrêa: “A culpabilidade funcional é meramente instrumental, eis que propõe tão-somente a afirmação de que o indivíduo agiu deslealmente ao direito,

de culpabilidade, na teoria de Jakobs. Pelo fato de pautar seu funcionalismo na teoria dos sistemas (com influência, principalmente, de Luhmann), Jakobs não está interessado nos sujeitos, enquanto indivíduos, indivíduos estes dotados de vontade; ou ao menos não está interessado em suas opiniões particulares a respeito do fato delitivo e seus motivos.<sup>340</sup> O interesse do funcionalismo de Jakobs se dá exatamente em relação à estabilidade do sistema penal, enquanto subsistema de um sistema social mais amplo, e, por consequência, desse sistema como um todo. E essa estabilidade se verifica em relação à fidelidade dos comportamentos para com as normas (e pela aplicação da pena como reafirmação da norma em caso de frustração das expectativas) que, por sua vez, refletem a própria identidade social. O direito penal e, mais especificamente (e mais corretamente), as penas atuam como negação da negação ao direito, e, portanto, reafirmação da própria sociedade e das expectativas de bom andamento dos contatos sociais.<sup>341</sup>

Segundo menciona Jakobs: “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.”<sup>342</sup>

Interessante, entretanto, muito perigoso e potencialmente reacionário, uma vez que, no sentido que Jakobs constrói sua dogmática única e exclusivamente voltada à

---

a fim de assegurar que seja mantida a estabilidade da norma. Não se refere a um sujeito concretamente determinado, pois não leva em conta os aspectos individuais, internos do autor da infração à norma, mas sim o juízo social objeto de falta de fidelidade ao ordenamento jurídico e não os processos psíquicos.” (CORRÊA, *op. cit.*, 2010-A, p. 999).

<sup>340</sup> Conforme menciona e reafirma desde o prefácio à edição brasileira de seu *Tratado*: “o comportamento de uma pessoa é interpretado de acordo com a relação social, e não segundo as opiniões particulares da pessoa” (*op. cit.*, 2009, p. 16).

<sup>341</sup> Nesse sentido, continua Muñoz Conde sua afirmação acerca do processo de comunicação (nota 337), dizendo que a pena foi o mecanismo adequado encontrado para solucionar a frustração das expectativas: “Por las razones que sean, muchas veces se frustran [as expectativas], surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración. Una peculiaridad de este tipo de normas es, por tanto, su *carácter contrafáctico*, es decir, su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia.” (*op. cit.*, 1985, pp. 22-23). Em tradução nossa: “Seja qual for a razão, muitas vezes se frustram [as expectativas], surgindo então o problema de como podem solucionar-se essas frustrações ou, na medida em que essas frustrações sejam inevitáveis, de como podem canalizar-se para assegurar a convivência. O sistema eleito para isso é a sanção, ou seja, a declaração de que se frustrou uma expectativa e a consequente reação frente a essa frustração. Uma peculiaridade desse tipo de norma é, portanto, seu *caráter contrafático*, ou seja, sua vigência não modifica em nada o fato de que seja descumprida, pelo contrário: seu descumprimento e a consequente sanção confirmam sua necessidade e vigência.”

<sup>342</sup> *op. cit.*, 2000, p. 18. “A prestação que realiza o Direito penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito penal confirma, portanto, a identidade social.” (tradução nossa)

identidade social, abre espaço para a utilização do direito com quaisquer fins, em escala muito maior do que o modelo proposto por Roxin, pois são inexistentes quaisquer freios dogmáticos (e principiológicos). Segundo a análise de Jesús María Silva Sánchez a respeito do funcionalismo de Jakobs:

Por ello, sería quizá lo más certero calificarlo de modelo “sociológico” puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, con ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores) y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social.<sup>343</sup>

A respeito de nosso objeto de estudo, cumpre ressaltar o que já a esta altura parece bastante óbvio do ponto de vista do funcionalismo de Jakobs. Ou seja, não depende a culpabilidade (assim como não depende o conteúdo da pena) do poder atuar de outro modo, e, portanto, do livre arbítrio do sujeito, e sim, exclusivamente, da configuração da sociedade e de seu reflexo na norma penal.<sup>344</sup>

Assim, influenciada a culpabilidade, a função preventivo-geral estende-se também à inexigibilidade, no sentido empregado por Jakobs, de maneira que, a respeito das excludentes de culpabilidade aplica-se um raciocínio extremamente conservador e que restringe absurdamente as possibilidades de exculpação.

#### 5.4.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade no funcionalismo de Jakobs

Baseado no que se aferiu acerca da culpabilidade em Jakobs, totalmente norteadada pelo aspecto preventivo-geral do direito penal, e mesmo como reflexo da própria identidade social (segundo sua leitura do que seja a identidade social), é de se imaginar que o trato a respeito da exigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação, e, portanto, da inexigibilidade, será muito restritiva e, até mesmo, polêmica.

---

<sup>343</sup> *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1992. p. 70. “Por isso, seria quizá o mais certo qualificar-lo de modelo ‘sociológico’ posto que a construção dogmática perdeu toda a autonomia valorativa (e, com isso, toda possibilidade de aporte de princípios correctores) e se transformou em escrava da constatação empírica de quais são as funções do subsistema jurídico-penal no sistema social.” (tradução nossa)

<sup>344</sup> Conforme Jakobs: “(...) a função do princípio de culpabilidade é independente de decisão que se tome quanto à questão do livre-arbítrio; nem sequer depende de que tenha sentido formular essa questão. A culpabilidade é falta de fidelidade ao direito manifestada.” E continua: “Bem é certo que a culpabilidade está relacionada com a liberdade, mas não com a liberdade de vontade, com o livre-arbítrio, e sim com a liberdade de autoadministrar-se, isto é, de administrar a cabeça e o âmbito de organização próprios.” (*op. cit.*, 2003. p. 42).

Restritiva evidentemente porque, se sua culpabilidade se baseia na afirmação do direito positivo frente a condutas que ferem expectativas no seio dos contatos sociais, então, somente se poderá escusar alguém se tal conduta não causou comoção suficiente na sociedade (ou não afetou a confiança na norma penal), a ponto de abalar a afirmação do direito. Polêmica porque, conforme já abordado na análise do funcionalismo em Roxin, nos parece que a doutrina, de um modo geral (e corretamente), não é muito propensa a uma restrição das causas de exclusão da culpabilidade baseada no critério da prevenção geral, por afronta ao princípio reitor da dignidade humana.

Segundo Salas,

El punto de partida de Jakobs es el siguiente: puede prescindirse de pena sólo cuando ello no afecta a la función del Derecho penal de estabilizar expectativas; y dada la forma como funcionan las expectativas normativas en la sociedad (“según opina Jakobs”, habrá que decir de ahora en adelante), ello sólo es posible en algunos pocos casos rígidamente tipificados (en definitiva, los que la ley contempla, interpretados de forma bastante restrictiva).<sup>345</sup>

Antes de nos referirmos especificamente à matéria da inexigibilidade, entretanto, é interessante ressaltarmos algumas colocações que se encontram no *Tratado*, de Jakobs, e que se referem à própria estrutura do conceito de culpabilidade, para entendermos sua posição atual nessa questão.

Jakobs, na obra supracitada, elenca elementos positivos da culpabilidade, os quais são cumulativamente necessários para a sua existência. Tais elementos são assim mencionados: a) o comportamento antijurídico do autor; b) a sua imputabilidade, ou seja, que o sujeito tenha a capacidade de questionar a validade da norma; c) uma ação, por parte desse sujeito, que desrespeite o fundamento de validade das normas; e, por fim, dependendo do tipo de delito, d) a eventual concorrência de especiais elementos da culpabilidade.<sup>346</sup>

Assim, tratando dos requisitos da culpabilidade como elementos essenciais para a sua verificação, Jakobs aceita a existência do que chama de *tipo de culpabilidade*, da mesma forma que existiria um *tipo de injusto*. O cumprimento

---

<sup>345</sup> *op. cit.*, p. 242. “O ponto de partida de Jakobs é o seguinte: pode-se prescindir de pena somente quando isso não afete a função do Direito penal de estabilizar expectativas; e dada a forma como funcionam as expectativas normativas na sociedade (“segundo opina Jakobs”, deve-se dizer de agora em diante), isso somente é possível em alguns poucos casos rigidamente tipificados (em definitivo, os que a lei contempla, interpretados de forma bastante restritiva). (tradução nossa)

<sup>346</sup> JAKOBS, *op. cit.*, 2009. p. 676.

desses requisitos para a existência da infidelidade ao direito junto ao autor constituem esse *tipo de culpabilidade*.

Por sua vez, os elementos da inexigibilidade são chamados de *tipo de exculpação*. O tipo de exculpação (ou tipo de culpabilidade negativo), somado ao tipo de culpabilidade (ou tipo de culpabilidade positivo), resulta no *tipo total de culpabilidade*.<sup>347</sup>

Segundo menciona Jakobs:

A relação dos motivos para inexigibilidade com o tipo de culpabilidade corresponde àquela dos motivos de justificação com o tipo de injusto: a falta de inexigibilidade não é condição da culpabilidade, haja vista que não há condições negativas.<sup>348</sup>

Ou seja, objetivamente falando, “a inexigibilidade positivamente existente é um obstáculo à culpabilidade.”<sup>349</sup>

A respeito do critério para a exclusão da culpabilidade por meio de inexigibilidade, Jakobs o liga a sua teoria. O relevante não é algo vinculado ao autor, ou tampouco ao seu estado psíquico. Somente haverá exculpação quando a sua motivação não jurídica for, além de um infortúnio para o próprio agente, também um infortúnio que pode ser imputado a outra pessoa.<sup>350</sup>

Quanto às hipóteses de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, Jakobs se alinha ao Código Penal alemão, de modo que apenas considera como tais o *estado de necessidade exculpante* (atual parágrafo 35 do Código Penal alemão) e o *excesso na legítima defesa* (atual parágrafo 33 do Código Penal alemão).

Ambos os casos de exculpação por inexigibilidade, entretanto, consideradas suas premissas funcionalistas, devem passar por uma rigorosa análise de requisitos e pressupostos, para que sejam aplicáveis ao caso concreto.

Inicialmente, a respeito do estado de necessidade, Jakobs diz, alinhando-o ao seu funcionalismo, que:

Em concordância com o conceito funcional de culpabilidade, pode-se obter uma explicação da exculpação levando-se em consideração a finalidade da pena. A motivação do autor pode ser definida como reação adequada a situação quando o autor não é responsável pela situação: a necessidade psíquica e a diminuição do injusto, dado o caso existente, só

---

<sup>347</sup> *Idem*, p. 708.

<sup>348</sup> *Idem*, p. 709.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

<sup>350</sup> *Idem*, p. 714.

resultam em uma exculpação se o conflito puder ser resolvido como acaso ou ser imputado a terceiros.<sup>351</sup>

Assim, os requisitos básicos (e imprescindíveis) para tal hipótese seriam, conforme a norma, os seguintes: a) o perigo (que é objetivamente determinado *ex ante*, e que pode ter origem “natural” ou dominado por uma pessoa) tem que existir para o autor, um parente, ou uma outra pessoa que lhe seja próxima; b) o perigo tem que se dar em relação à vida, à integridade física, ou à liberdade – de modo que um perigo que afete quaisquer outros bens que não estes, não pode dar origem a hipótese de inexigibilidade –; c) a exculpação somente pode se dar quando o autor age com a finalidade de afastar o perigo.<sup>352</sup>

Já em relação ao excesso de legítima defesa, diz Jakobs:

O excesso na legítima defesa faz decair a culpabilidade por falta de exigibilidade: se o agredido perde a cabeça sem que seu comportamento leve traços drasticamente delitivos (ou seja, no caso de confusão etc.), o agressor tem que imputar a si mesmo, então, as conseqüências.<sup>353</sup>

Ou seja, a inculpabilidade, em decorrência do excesso de legítima defesa, não se relaciona unicamente com a desorientação psíquica do agredido e, nem tampouco, decorre de que essa desorientação sofrida pelo agredido possa ser atribuída ao seu agressor, e sim “na possibilidade de remeter à vítima da defesa precisamente a sua própria autoria culpável (...) pela situação.”<sup>354</sup>

Tal causa de exculpação por inexigibilidade também comporta seus pressupostos. Segundo Jakobs, só se exculpa um comportamento em virtude de excesso na legítima defesa, caso esse comportamento se dê a partir dos *estados passionais astênicos*, ou seja, confusão, temor ou medo. Esses estados se opõem àqueles resultantes de *estados passionais estênicos*, ou seja, ira, raiva ou vontade de brigar, nos quais permanece a responsabilidade do agente que se excede.<sup>355</sup>

O excesso da legítima defesa, ademais, pode se dar de maneira consciente ou inconsciente, bem como pode se dar durante uma agressão ou antes ou após a atualidade da agressão, na medida em que, mesmo na defesa retardada, trata-se de uma conseqüência da “drástica colocação do ataque anteriormente atual.”<sup>356</sup>

---

<sup>351</sup> *Idem*, p. 818.

<sup>352</sup> *Idem*, pp. 820-823.

<sup>353</sup> *Idem*, p. 836.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

<sup>355</sup> *Idem*, p. 838.

<sup>356</sup> *Idem*, pp. 838-839.

Por fim, há restrições quanto ao excesso na legítima defesa putativa, uma vez que nunca houve uma agressão atual, e, portanto, a conduta excessiva não pode ser exculpada; bem como há restrições quanto à aplicação da hipótese de excesso como causa de exculpação nas hipóteses de estado de necessidade, uma vez que a vítima da intervenção do ato não tem culpa pela situação concreta.<sup>357</sup>

#### 5.4.1.1. As hipóteses de estado de necessidade supralegal e inexigibilidade inespecífica como motivo da exculpação em Jakobs

Afora a grande quantidade de pressupostos e requisitos traçados por Jakobs para que, tendo em vista seu funcionalismo monista, se possam aceitar as hipóteses de inexigibilidade tipificadas no texto do Código Penal alemão, trabalha ele, também, com a ideia de inexigibilidade supralegal, bem como com a ideia de cláusula geral de exculpação por inexigibilidade baseada em dados pessoais (ou psicológicos). E é neste ponto de sua doutrina que ele lança mão de seus argumentos mais curiosos.

A respeito da inexigibilidade supralegal, ao contrário do que se possa imaginar, Jakobs também a aceita, porém, em determinadas situações, bem como respondendo a rigorosos requisitos.

Tal hipótese, ademais, é restrita, exclusivamente, à eventual colisão de interesses, de modo que, segundo sua concepção, o exemplo geralmente utilizado para se falar em exculpação supralegal (o caso da “eutanásia” praticada pelos médicos no regime nacional-socialista) não pode ser assim considerado.<sup>358</sup>

Segundo o autor, uma exculpação pode existir, fora dos casos tipificados no Código Penal, da seguinte maneira:

Se, no resultado, a perda de um bem não depende do autor porque o bem, embora perdido por seu comportamento, se perderia, sem esse comportamento, de outra maneira, o comportamento do autor, apesar de ter causado o resultado, se distancia, então, de uma lesão e se aproxima

---

<sup>357</sup> *Idem.* pp. 839-840.

<sup>358</sup> Nas palavras de Jakobs (*Idem*, p. 844): “O exemplo geralmente citado de uma suposta colisão de deveres é um caso retirado da ação ‘eutanásia’ da época do nacional-socialismo: (...). Uma colisão de deveres só existiria se as pessoas salvas tivessem tido direito à salvação pelos médicos não apenas dentro dos moldes de sua conduta legal, mas um direito à própria salvação mediante o abandono dos outros à morte. Contudo, tal direito – e um dever correspondente da parte dos médicos – não existia, uma vez que não se exigiu juridicamente das vítimas deixarem-se privar dos mínimos de sua existência em benefício das pessoas salvas ou até mesmo sacrificar, por sua vez, ativamente esses mínimos. (...). Como na situação concreta só tem existência *juridicamente um* dos deveres conflitantes, a violação desse dever dominante por meio da observância do dever que entra para o segundo plano pode estar, quando muito, exculpada.”

de uma colocação em perigo abstrata, mais precisamente com uma ameaça de punição respectivamente reduzida.<sup>359</sup>

Os requisitos para tal hipótese de exculpação supralegal são taxativamente enumerados por Jakobs.<sup>360</sup> Em primeiro lugar, o interesse salvo tem que ter importância existencial. Assim, por exemplo, a morte de uma pessoa (pelo agente), em situação tal que sua vida não poderia ser de qualquer maneira salva, a fim de salvar bens patrimoniais, não pode ser exculpada, uma vez que a vida, como bem de importância existencial, e os bens patrimoniais, sem tal importância, não podem se equiparar.

Em segundo, o interesse lesado tem que estar absolutamente perdido em virtude de uma catástrofe de natureza não sobrenatural. Assim, aproveitando-nos do exemplo acima, caso se necessite salvar uma vida, em detrimento de outra, que acaba se perdendo, esta deve já estar condenada no momento do salvamento, de modo que qualquer esforço no sentido de ajudá-la seria inútil.

Em terceiro, e por fim, não pode haver quaisquer outras possibilidades de preservar o interesse salvo naquela oportunidade, senão a atitude tomada pelo autor. Assim, utilizando-nos do exemplo dos filmes<sup>361</sup>, se durante um naufrágio, com o intuito de salvar toda uma tripulação da morte certa, o capitão ordena o fechamento das comportas no porão da embarcação, matando aqueles que estavam detrás delas, sua atitude seria escusável. Porém, caso o salvamento pudesse ocorrer por meio do uso dos botes salva-vidas, a mesma consequência jurídica não se aplicaria, de modo que o capitão responderia pelas vidas perdidas, ainda que viessem a perecer do mesmo modo.

Tais situações, entretanto, ainda que supraleonais, estendem-se tão somente aos casos de colisão exculpante de interesses, conforme menciona o próprio autor.

Mais conturbadas que essas situações, segundo ele, são as tentativas de se criar uma cláusula geral e inespecífica da exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Segundo Jakobs:

Desde a teoria da exigibilidade de Freudenthal, há sempre tentativas isoladas em atribuir a culpabilidade apenas com a ressalva da exigibilidade de um comportamento conforme o Direito, devendo ser

---

<sup>359</sup> *Idem*, p. 845.

<sup>360</sup> *Idem*, pp. 846-847.

<sup>361</sup> Exemplo este utilizado por Jakobs em seu tratado. (*Idem*, p. 847).

caracterizada a situação da inexigibilidade por meio de uma coação definida sobre o ponto de vista psicológico.<sup>362</sup>

A respeito disso, ademais, nem há que se mencionar que sempre houve tensões de todos os lados da doutrina, bem como com os mais diferentes fundamentos embasados nas mais diferentes teorias, como vimos demonstrando.

O ponto para Jakobs, porém, é outro, e ele trabalha a questão de modo a adaptá-la a sua teoria sistêmica; ou seja, não se trata de negar ou aceitar a cláusula geral de exculpação, tendo-se em vista unicamente a compreensão do fato pelo autor, pois, segundo este, “(...) sua concepção psicologizante há de ser restringida pela exigência de que é possível uma explicação do ato, não se considerando o autor, sem prejuízo para a norma.”<sup>363</sup>

Assim, para que exista uma causa geral de exclusão da culpabilidade, devem ser cumpridos determinados requisitos. São eles: a) a existência de uma situação de apuros; b) dada a situação de apuros existente, o ato tomado pelo autor, objetivamente valorado, deve parecer a solução adequada; c) A situação que gerou esse ato não pode ter sido provocada pelo autor ou pelo favorecido pela conduta.<sup>364</sup>

Considerando-se os requisitos mencionados, Jakobs diz que pode haver a cláusula geral, de modo que não se crie, com ela, qualquer situação de insegurança jurídica, uma vez que tal cláusula está devidamente alinhada com o seu conceito de culpabilidade.

O curioso, entretanto, é a conclusão a que chegamos com tamanha limitação das possibilidades, solução esta a que chega o próprio autor, e que nos faz desconfiar da funcionalidade de tal hipótese de exculpação. Segundo ele mesmo menciona: “(...) para uma cláusula de exigibilidade marcada tão funcionalmente mal resta um âmbito de aplicação, já que as regulamentações legais cobrem, de forma suficientemente elástica, os âmbitos relevantes.”<sup>365</sup> Ele dá prosseguimento à argumentação, concluindo mais à frente, que:

Até agora não foram mencionados outros âmbitos, nos quais sejam cumpridas as três condições citadas; de acordo com a situação jurídica presente, uma cláusula geral de exigibilidade é, por isso, certamente teoricamente possível, mas sem importância prática.<sup>366</sup>

---

<sup>362</sup> *Idem*, p. 847/848.

<sup>363</sup> *Idem*, p. 849.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> *Idem*, p. 850.

Parece-nos que Jakobs cria suas restrições e seus requisitos não somente de uma forma a adaptar as discussões a respeito das hipóteses de exculpação ao seu sistema funcionalista, mas também de uma forma a limitá-las ao máximo em sua funcionalidade (se a consequência já não for óbvia em seu sistema, no qual prevalece a função preventiva geral no direito penal).

#### 5.4.2. Crítica à culpabilidade com fundamentação preventivo-geral

Jakobs é bem ciente das inúmeras críticas que seu conceito de culpabilidade sofreu por grande parte da doutrina, ao identificá-la com fundamentos preventivo-gerais positivos, ou seja, como forma de reafirmação da norma frente à sociedade, em virtude de uma infidelidade ao direito.

Sobre uma das principais críticas, a que se refere à instrumentalização do indivíduo frente aos interesses preventivos da sociedade, chega a mencionar que:

As críticas que frequentemente se formulam à concepção aqui exposta, no sentido que com ela se instrumentaliza o cidadão que irá ser submetido a uma pena, provavelmente não perceberam que somente se trata da descrição das condições de funcionamento de toda a sociedade; uma descrição não instrumentalizada, e sim em todo caso descobre instrumentalizações existentes há muito tempo.<sup>367</sup>

De qualquer forma, Jakobs não parece convincente. Instrumentalização do indivíduo como algo já existente ou não (segundo o funcionamento da sociedade, da forma como ele a descreve), a total normatização da culpabilidade<sup>368</sup>, no sentido de desvinculação do conceito em relação ao sujeito, não é bem aceita pela doutrina, à qual, nesse ponto, nos filiamos.

---

<sup>367</sup> Idem à nota 329.

<sup>368</sup> Normatização aqui no sentido do conteúdo da culpabilidade. Quanto a isto, nos esclarece Zaffaroni: “No se trata de la normativización de la culpabilidad – que data de 1907, cuando Frank redescubrió a Aristoteles –, sino de la normativización de su contenido; no sabemos si el hombre es libre y responsable, pero hay una libertad ‘penal’, construida sobre la base de un hombre ‘normal’ desarrollado y sano, construida a la medida de la prevención general.” (“La culpabilidad en el siglo XXI”. *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. Alberto Silva Franco e Guilherme de Souza Nucci organizadores. São Paulo: RT, 2010. p. 345). “Não se trata da normatização da culpabilidade – que data de 1907, quando Frank redescobriu Aristóteles –, senão da normatização de seu conteúdo; não sabemos se o homem é livre e responsável, mas há uma liberdade ‘penal’, construída sobre a base de um homem ‘normal’ desenvolvido e são, construída à medida da prevenção geral.” (tradução nossa)

Conforme Zaffaroni: “La juridización total del contenido de la culpabilidad es la negación de la esencia de la misma y también la negación de la esencia del concepto de derecho, entendido como un orden normativo dirigido a personas.”<sup>369</sup>

Do mesmo modo como já havíamos citado na crítica em relação à teoria de Roxin, se já há ressalvas acerca de sua concepção, uma vez que embrenhada em aspectos preventivos como um todo (tanto preventivo geral como preventivo especial), tais ressalvas são ainda maiores em relação à concepção de Jakobs, que apenas leva em consideração, na construção de seu conceito, o aspecto preventivo-geral positivo.

Ora, a reafirmação do direito frente à sociedade não pode ser o norte da própria culpabilidade, uma vez que o sujeito deve ser considerado como tal, e não somente como parte de uma engrenagem, de modo que, se assim o for, a dignidade humana e a própria proteção dos bens jurídicos perde seu sentido.<sup>370</sup> Quanto a isso, seria como se negássemos a própria culpabilidade.

Segundo menciona Muñoz Conde: “La teoría sistémica representa una descripción, aséptica y tecnocrática, del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica del sistema mismo.”<sup>371</sup> Trata-se de uma concepção na qual o centro de interesse da norma passa do sujeito à subjetividade do próprio sistema, buscando o fortalecimento deste e de suas expectativas institucionais, e não sua alteração ou crítica.<sup>372</sup> Desse modo, seu sistema chega até mesmo a favorecer determinadas classes sociais que estejam menos expostas a sofrer a imposição de uma pena.<sup>373</sup>

Ademais, desconsiderar a vontade do sujeito, ou melhor, a formação da vontade do sujeito, como aspecto relevante na construção da culpabilidade que é, é negar o próprio sistema de reafirmação da norma por meio da pena, segundo busca Jakobs. Em outras palavras, se a pena tem a função de reafirmar a norma, devemos ter

---

<sup>369</sup> *Idem*, p. 350: “A juridicização total do conteúdo da culpabilidade é a negação da essência do conceito de direito, entendido como uma ordem normativa dirigida a pessoas.” (tradução nossa)

<sup>370</sup> Conforme Muñoz Conde: “En última instancia, la teoría sistémica conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de ‘funcionalidad del sistema social’, perdiendo así la Ciencia del Derecho penal el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo.” (*op. cit.*, 1985, p. 28). “Em última instância, a teoria sistêmica conduz à substituição do conceito de bem jurídico pelo de ‘funcionalidade do sistema social’, perdendo assim a Ciência do Direito penal o último ponto de apoio que resta para a crítica do Direito penal positivo.” (tradução nossa)

<sup>371</sup> *Idem*, p. 26. “A teoria sistêmica representa uma descrição acética e tecnocrática do modo de funcionamento do sistema, mas não uma valoração e muito menos um próprio sistema.” (tradução nossa)

<sup>372</sup> *Idem*, pp. 26-27.

<sup>373</sup> Cf. SALAS, *op. cit.*, p. 245.

em mente que o destinatário da norma tenha capacidade de se adequar a ela (e, portanto, um mínimo de autonomia na formação de vontade), cumprindo-a, conforme as expectativas. Caso contrário, estaríamos identificando o direito como uma mera ordem coercitiva, o que não parece ser o caso, em Jakobs.<sup>374</sup>

Os reflexos desses questionamentos no âmbito da doutrina da exigibilidade são óbvios. A crítica não se dá aqui em relação a seu posicionamento na estrutura na culpabilidade ou até mesmo a respeito da função que assume no direito penal. A crítica acerca da doutrina da exigibilidade em Jakobs parte do mesmo pressuposto do qual partem as críticas à sua concepção de culpabilidade. Como se viu, Jakobs limita por todos os lados a possibilidade de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, de forma que, uma vez disposta na lei, deve-se adequar à finalidade preventivo-geral da pena.

Sua contribuição acerca de uma cláusula geral de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade, por sua vez, chega a ser irônica, na medida em que a limita e a restringe de tal forma que as únicas possibilidades de existirem já estão contempladas pelas hipóteses capituladas no Código Penal (alemão, conforme sua explicação), sendo elas a do estado de necessidade exculpante e do excesso de legítima defesa, o que é admitido expressamente pelo próprio autor.

Ademais, o fato de retirar os requisitos da inexigibilidade da esfera do sujeito, vinculando-os à finalidade preventivo-geral da sua concepção de culpabilidade, não parece algo razoável. Conforme já mencionado anteriormente (nota 327), qualquer teoria que baseie a responsabilidade do indivíduo em necessidades de defesa social deve ser rechaçada, e, como consequência lógica, a vinculação das hipóteses de exclusão de culpabilidade com a mesma base ideológica também deve ser desconsiderada, segundo nosso entendimento.

Apesar de elencar uma série de requisitos e pressupostos que, aparentemente, se referem ao sujeito, Jakobs somente restringe as hipóteses de inexigibilidade já

---

<sup>374</sup> Conforme menciona Zaffaroni: “Además de lo dicho, se ha observado con razón que Jakobs da un inmenso rodeo, pero al final del mismo parece volver a colocar la libertad del autor nuevamente en el punto central de la cuestión, entre otras cosas porque el reforzamiento de la confianza en el derecho no podría menos que presuponer en los destinatarios de la norma la capacidad de adecuar-se al derecho, dado que de lo contrario se identificaría nuevamente con el positivismo y degradaría al derecho a un mero orden coactivo.” (*op. cit.*, 2010. p. 350). Em tradução nossa: “Ademais do que foi dito, se observou com razão que Jakobs da uma imensa volta, mas ao final, parece voltar a colocar a liberdade do autor novamente no ponto central da questão, entre outras coisas porque o reforço da confiança no direito não poderia deixar de pressupor em relação aos destinatários da norma a capacidade de adequar-se ao direito, dado que do contrário se identificaria novamente com o positivismo e transformaria o direito em uma mera ordem coativa.”

elencadas na lei, e mais ainda aquelas consideradas supralegais, de modo que torna uma cláusula geral de exculpação praticamente impossível de ocorrer. Trata-se, portanto, do extremo oposto do que se viu com o conceito de exigibilidade e inexigibilidade com fundamento individualizador, como na doutrina de Freudenthal.

Se este vincula a culpabilidade exclusivamente à capacidade de agir diversamente, com base em um critério extremamente individual e com fundamentação ética, Jakobs, por sua vez, formaliza completamente o critério, excluindo-o da esfera do sujeito, de modo que a exculpação por inexigibilidade não se refere à formação de vontade do indivíduo de forma alguma, e sim, refere-se àquelas situações em que o sujeito se encontrava nas quais a suposta infidelidade de seu comportamento em relação à norma não é passível de punição, haja vista que, em casos como aqueles, em que grande parte das pessoas agiria de forma similar, não se vê necessidade de uma reafirmação da norma.

Por essa série de motivos aqui apresentados, portanto, entendemos que a doutrina da exigibilidade traçada por Jakobs, na medida em que se alinha à sua culpabilidade com finalidade preventivo-geral positiva, não é o melhor exemplo de uma teoria garantista.

Jakobs, ademais, nem sequer parece inclinado, como nos pareceu Roxin, a defender sua teoria com base em um posicionamento liberal e garantista. O sujeito é mesmo uma parte do sistema, de modo que suas ações somente são consideradas com base em expectativas, e não com base na formação da vontade. Não é o caso de defendermos uma hipótese indeterminista, e, portanto, de liberdade de formação de vontade. O ponto a ser questionado é: como se garantir o cumprimento dos direitos de um indivíduo de um ponto de vista em que o conceito de culpabilidade é esvaziado em função da reafirmação das normas? A prevenção geral, positiva ou negativa, por si só, não traz qualquer garantia ao homem individualmente considerado, e uma teoria como esta poderia legitimar a imposição de pena a alguém apenas em razão de uma forte comoção social, comoção que, em se tratando do Brasil, é tristemente rotineira.<sup>375</sup>

Se um mecanismo de *responsabilidade* do modo como proposto como Roxin pode ser perigoso se não devidamente delimitado e se aplicado de maneira “inocente”,

---

<sup>375</sup> Leia-se aqui uma crítica direta a determinados programas televisivos diários, que se dedicam a “noticiar”, de forma absolutamente parcial e sensacionalista, a criminalidade das grandes cidades, praticamente chamando a população a se rebelar contra os “criminosos” ali expostos.

a prevenção geral de Jakobs, por si só, não tem nada de inocente, e pode ser facilmente utilizada por governos radicais a fim de legitimar quaisquer fins, inclusive quando se refere a outra criação do próprio autor (leia-se o *direito penal do inimigo*), que ocupou as bancadas da polêmica na academia internacional, nos últimos anos.

#### 5.5. A culpabilidade pela formação da personalidade em Jorge de Figueiredo Dias

Dentre os autores que tratam do tema da culpabilidade no pós-finalismo, Figueiredo Dias foi aquele que mais aproximou sua concepção daquelas influências de culpabilidade caracteriológica, como a de Edmund Mezger, já aqui mencionada quando trabalhávamos a questão da culpabilidade dentre os autores normativistas.<sup>376</sup>

Entretanto, não há muita base para comparação entre a culpabilidade nos moldes formulados por Mezger e a concepção de Figueiredo Dias, de modo que a relação traçada desaparece tão logo terminamos por mencioná-la, existindo tão somente um parentesco distante, da mesma forma que quaisquer outras concepções de culpabilidade que levem em conta a personalidade ou o caráter do indivíduo também mantêm entre si.

A teoria de culpabilidade de Figueiredo Dias encontra um parentesco maior com a doutrina de Karl Engisch, na medida em que baseia sua concepção de culpabilidade na formação da personalidade do sujeito e liga-a, entretanto, ao fato criminoso cometido; de modo que, somente uma personalidade desviada ou uma determinada condução de vida não gera qualquer responsabilidade sem um ilícito a ela vinculado.

Interessante, por outro lado, porém, é que, da mesma forma que se aproxima de Engisch, Figueiredo Dias também dele se afasta, na medida em que aceita abertamente como base de sua teoria a liberdade da pessoa, o que é, como se viu, amplamente recusado em quaisquer acepções, pelo primeiro.

Essa aparente situação de contradição, entretanto, é facilmente entendida. Trata-se de uma questão de pressupostos filosóficos diferentes, o que traz para a tese

---

<sup>376</sup> Conforme também mencionam SALAS, *op. cit.*, p. 149; e GALVÃO e GRECO, *op. cit.*, p. 376. Apesar de que, conforme acrescenta Velo: “Mas a fonte a que Figueiredo Dias dá atenção é a teoria de Eduardo Correia. Dele advieram as ideias de uma ‘culpa pela formação da personalidade’, mais consentânea à solução dos problemas inerentes ao juízo de culpa normativo.” (*op. cit.*, p. 143).

de Figueiredo Dias um elemento diferenciador, tanto em relação a Engisch quanto aos normativistas em geral.

Figueiredo Dias, assim como também o fez a quase totalidade dos juristas normativistas, parte do pressuposto da existência de uma liberdade, o que é negado por Engisch. Entretanto, o primeiro não a aceita da forma como é tratada pelos normativistas, como Frank e Freudenthal.

A liberdade de vontade aqui é carregada axiologicamente e se afasta da esfera de percepção ontológica, ou seja, da esfera de uma decisão livre e consciente a favor do ilícito (conforme Freudenthal) ou de um cometimento do ilícito por um agente que detinha a plena capacidade de se conduzir de acordo com a norma (ou os fins, como é o caso de Welzel)<sup>377 378</sup>. Em outras palavras, Figueiredo Dias aceita a constatação de Engisch, segundo o qual um poder agir de outro modo somente se comprovaria empiricamente mediante uma experiência impossível de se realizar com seres humanos<sup>379</sup>, porém, tem como pressuposto de sua ideia de culpabilidade a liberdade do “ser-total-que-age”<sup>380</sup>

Nesse sentido, Figueiredo Dias se aproxima também do gérmen do funcionalismo, uma vez que nega um puro indeterminismo e aproxima a sua ideia de culpabilidade dogmática a aspectos político-criminais. Conforme as claras palavras do próprio autor:

Trata-se, na questão acabada de suscitar, da superação de uma liberdade indeterminista (“livre arbítrio”) por uma liberdade pessoal, de um recuo da liberdade como propriedade da acção em favor da liberdade como “característica do ser-total-que-age”. E da possibilidade de lograr aqui um conceito de culpa da pessoa (ou da personalidade) dogmaticamente exequível e político-criminalmente correcto.<sup>381</sup>

---

<sup>377</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 236.

<sup>378</sup> Interessante mencionarmos a conclusão a que chega Figueiredo Dias a respeito da possibilidade de se aferir a liberdade de vontade com base na constatação empírica do poder agir diversamente: “Que nos revelou este discurso psicológico e filosófico? Toda uma grave antinomia que pode se resumir assim: quando se procura a liberdade da vontade como fundamento do conceito de culpa, o concreto poder do agente individual de, na situação, agir de outra maneira vem a revelar-se como pressuposto irrenunciável da natureza *ética* do juízo de culpa e como a própria concretização daquela liberdade que se postula. Todavia, seja qual for o lado por que se encare ou a perspectiva por meio da qual se tente o acesso, um tal pressuposto continua a ser um pressuposto não esclarecido e de explanação impossível. (...) “A conclusão só pode ser, pois, a seguinte: a liberdade do concreto acto de vontade, o poder real de agir de outra maneira *não pode ser arvorado em critério prático da liberdade e da culpa.*” (*Liberdade, culpa, direito penal*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 53-54).

<sup>379</sup> Conforme abordamos o termo no início do tópico 5.2, e em suas notas.

<sup>380</sup> DIAS, *op. cit.* 2001. p. 240.

<sup>381</sup> *Ibidem.*

A liberdade, segundo a qual Figueiredo Dias tem como pressuposto de sua noção de culpabilidade, vincula-se exclusivamente à formação da personalidade do sujeito, e não é algo que é aferido em determinada situação concreta, por meio de um poder de *ação* diverso, uma vez que, para ele, tal hipótese é de impossível demonstração. A solução encontrada por ele é a da “(...) substituição, na essência da culpa, do ‘poder agir de outra maneira’, pelo dever de conformar a personalidade ética com as exigências do direito penal.”<sup>382</sup>

Dado isso, importante é notarmos que a ideia de personalidade, que tem por base a liberdade do ser, é, para Figueiredo Dias, uma personalidade ética, conforme acima mencionado. E essa personalidade ética é exatamente “(...) o resultado, a moldura final – conquanto maleável – deixada pela decisão do homem sobre sua própria vida.”<sup>383</sup> Ou seja, a medida da personalidade do sujeito, a personalidade ética, nas palavras de Figueiredo Dias, é o reflexo de sua liberdade, e não o seu poder de ação empiricamente considerado. Assim, se a base da culpabilidade é a liberdade, e o reflexo dessa liberdade se verifica no mundo fenomênico por meio da personalidade do sujeito, então é com base nesta que ele responderá perante o direito penal.

É por isso que, diferentemente dos normativistas, para Figueiredo Dias “(...) culpa é materialmente, em direito penal, o ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico e nele se exprime.”<sup>384</sup>

Conforme menciona Velo:

A censurabilidade está ligada – e dimensiona a culpa – a um maior ou menor dever da personalidade do sujeito responder às definições oferecidas pelo mundo jurídico. Na análise da culpa deve-se refletir se a personalidade, preponderantemente à outra característica da pessoa ou circunstância, foi a principal causa impulsionadora do agir típico. E ainda, até qual momento ou em que grau incide a reprovabilidade; uma exigibilidade jurídica a este estágio da personalidade, objeto de apreciação.<sup>385</sup>

#### 5.5.1. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade na culpabilidade pela formação da personalidade em Figueiredo Dias

---

<sup>382</sup> *op. cit.*, 1995. p. 114.

<sup>383</sup> VELO, *op. cit.*, p. 145.

<sup>384</sup> *op. cit.*, 2001. p. 242.

<sup>385</sup> *op. cit.*, p. 149.

Dada a construção da teoria da culpabilidade nos moldes propostos por Jorge de Figueiredo Dias (a culpabilidade pela formação da personalidade), é bastante óbvio que o autor português não aceitaria a doutrina da exigibilidade da forma como foi criada pelos autores da época da culpabilidade normativa.

Conforme menciona o próprio Figueiredo Dias:

Esta tese, porém, a ser aceite nas suas consequências – independentemente da concepção inaceitável da sua fundamentação numa culpa jurídico-penal como “poder de agir de outra maneira” –, poria em causa a eficácia de um direito penal da culpa e seria político-criminalmente insustentável. (...). De um direito penal baseado no princípio de uma culpa assim concebida não poderia mais esperar-se o cumprimento da sua função de protecção subsidiária de bens jurídicos no contexto social.<sup>386</sup>

No entanto, segundo ele, o problema das teorias que tratam da exigibilidade, em si, não nasce com a consideração do conceito criado acerca do termo ou dos critérios criados para a sua verificação como causa de exclusão da culpabilidade, mas sim, em decorrência da concepção sistemática da culpabilidade, vinculada que está ao poder agir de outro modo. Em outras palavras, retirar o problema da exigibilidade da categoria sistemática da culpabilidade, propriamente dita, para que se possa aceitá-la em um novo modelo, como o fazem Maurach e Roxin, não é a solução adequada.<sup>387</sup>

Esses autores, tentando justificar sua inexigibilidade segundo fundamentos diversos, acabaram por retirar de hipóteses de situação pessoal do agente, e, portanto, da própria culpabilidade, a consideração da exculpante. Figueiredo Dias, por sua vez, apesar de criticar a culpabilidade como poder agir de outro modo na situação concreta, entende que as causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa devem, sim, por sua vez, estar (e continuar) ligadas à “pressão do condicionalismo exógeno, determinante de uma motivação anormal (...)”<sup>388</sup>

Para Dias, as hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa devem, sim, ser atinentes à categoria sistemática da culpabilidade, de

---

<sup>386</sup> *Direito penal – parte geral – tomo I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 603.

<sup>387</sup> Conforme menciona Figueiredo Dias: “O essencial reside na consideração substancial comum sobre a qual repousam construções como a de Maurach ou a de Roxin: a de que a impunidade que resulta, em último termo, das situações de inexigibilidade constitui um efeito de natureza geral, assente em outras considerações que não as da situação pessoal do agente e, portanto, as atinentes à sua culpa. Pensar assim, porém, constituiria – como insuperavelmente o formulou uma vez Eduardo Correia – ‘fazer funcionar o efeito previsto [a impunidade] desligado da sua razão de ser’.” (*Idem*. p. 608).

<sup>388</sup> *Idem*, p. 607.

modo que elas constituam causas de exclusão da culpabilidade, propriamente ditas, e não causas de exclusão da responsabilidade, por exemplo.<sup>389</sup>

Assim, não se podendo vincular as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa ao conceito de culpabilidade formulado sobre o poder agir de outro modo, e também não podendo estar as hipóteses de inexigibilidade vinculadas a um critério de inexigibilidade *geral* não atinente à exclusão da culpabilidade, propriamente dita, no que resulta seu conteúdo material, segundo Figueiredo Dias?

Segundo ele:

Pode acontecer, com efeito, que relativamente a certos factos se revele uma sensível desconformidade entre a sua censurabilidade externo-objectiva e a “essência de valor” da personalidade neles plasmada, tal como resulta nomeadamente da atitude global do agente ou das suas “intenções fundamentais” perante as exigências jurídico-penais. Verificando-se que uma tal desconformidade tem a sua origem numa pressão imperiosa de momentos exteriores à própria pessoa, que não encontram nesta um “eco” favorável, antes “estorvaram” ou “desviaram” o cumprimento da normal das suas intenções fundamentais, deverá então a culpa considerar-se excluída por inexigibilidade de um comportamento conforme o direito.<sup>390</sup>

Desse modo, Figueiredo Dias pretende vincular a ideia de inexigibilidade, obviamente, ao seu conceito de culpabilidade, o qual se verifica a partir da formação da personalidade, relacionada esta a um ato ilícito.

As hipóteses em que determinadas influências externas conduzem o sujeito à prática de determinadas condutas (ilícitas) que, em situações normais não praticaria, em virtude de sua “atitude global” ou de suas “intenções fundamentais”, devem ser desconsideradas para efeitos de punibilidade na medida em que a culpabilidade desse sujeito está excluída por inexigibilidade de comportamento diverso.

Não se trata, portanto, de exclusão da culpabilidade por impossibilidade fática, na situação concreta, de se comportar de maneira diversa, uma vez que toda pessoa teria, em tese, esse poder de agir diversamente da forma como lhe aprouver. Trata-se, isso sim, de uma impossibilidade de se conduzir conforme sua personalidade, em geral, fiel ao direito, naquela situação, em virtude de circunstâncias e/ou de influências alheias e externas ao agente, que o impediram de seguir se conduzindo honestamente.

---

<sup>389</sup> *Idem*, p. 608 e 609.

<sup>390</sup> *Idem*, p. 609.

Para que tais situações possam ser mensuradas, entretanto, Figueiredo Dias estabelece um critério. Segundo ele, dado que a personalidade que supõem as normas jurídicas não é a personalidade de um “herói moral”, mas sim de uma pessoa “normal”, é necessário que “(...) a situação exterior seja tal que permita afirmar que também a generalidade dos homens ‘honestos’ ou ‘normalmente fiéis ao direito’ teria provavelmente actuado da mesma maneira (...)”<sup>391 392</sup>. Ou seja, cria-se aqui um critério, baseado em uma medida geral de “honestidade”. Além disso, é necessário que “as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no facto não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis.”<sup>393</sup>

A respeito das hipóteses de incidência de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de comportamento diverso, Figueiredo Dias é taxativo em seu rol: “Sendo assim as coisas, compreender-se-á, todavia, que a inexigibilidade não deva constituir uma *causa geral de exclusão da culpa*, mas só deva ser aceite nas hipóteses em que a lei tenha entendido dever exprimi-la.”<sup>394</sup> Ou seja, apenas a lei é que pode definir quais são as hipóteses em que se reconhece uma pressão exterior tamanha que ultrapasse a capacidade de resistência de uma personalidade normalmente “honesto” ou “fiel ao direito”.

Tais hipóteses, em razão dos dispositivos da legislação portuguesa, são também os mesmos tratados pelos doutrinadores alemães, ou seja, o estado de necessidade exculpante (ou desculpante) e o excesso de legítima defesa (desculpante).

Quanto à existência de hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade supralegal, Figueiredo Dias sequer trabalha com elas, o que deixa claro que não as aceita no ordenamento jurídico, uma vez que são incompatíveis com seu critério de culpabilidade.

#### 5.5.2. Crítica à culpabilidade pela formação da personalidade e à exigibilidade de conduta diversa em Figueiredo Dias

---

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> Exceção deve ser feita aos casos que Figueiredo Dias chama de “exigibilidade intensificada”, nos quais, em decorrência de um “especial dever de suportar riscos acrescidos”, o agente deveria, diferentemente de um cidadão normal, agir conforme o direito. São os casos que envolvem profissões como as de bombeiro, soldado ou policial. Assim, ainda que pratiquem o fato em razão de um “défice das qualidades pessoais de resistência”, este comportamento não poderia ser desculpa, já que este controle lhes era exigido pela ordem jurídica. (*Idem*, p. 610).

<sup>393</sup> *Idem*, p. 609.

<sup>394</sup> *Ibidem*.

Da mesma forma que as ideias de culpabilidade sintomática (que sequer encontraram qualquer respaldo na doutrina e na legislação à sua época) e as ideias de culpabilidade caracteriológica (como a culpabilidade pela condução de vida, de Mezger, por exemplo), também a culpabilidade de Figueiredo Dias (pela formação da personalidade) não haveria de encontrar aceitação tácita no meio acadêmico. Muito pelo contrário. Toda e qualquer teoria de culpabilidade que se vincule à personalidade (ainda que considerando o fato ilícito como ponto de partida), ao caráter, ou à condução de vida, características implícitas ao sujeito e de difícil compreensão (tanto de formação, no caso do caráter e da personalidade, quanto de expressão, no caso de todas elas), tendem a sofrer fortes críticas, principalmente por parte dos pensadores que entendem como premissa a ideia de liberdade de vontade no agir, ou até mesmo por aqueles que a aceitam como um postulado jurídico necessário.

Para nós, entretanto, a problemática mais acentuada quando nos referimos à doutrina de Figueiredo Dias, sequer se relaciona a existência ou não de liberdade de vontade. O próprio autor, mediante sua análise filosófica (existencialista) da questão, não nega a existência de uma liberdade individual, pelo contrário, a reafirma. Ele apenas a desloca do poder agir de outro modo, ou seja, de uma liberdade ontológica, aferida empiricamente, por meio da análise do caso concreto, para uma liberdade do “ser-total-que-age”, conforme já mencionamos.<sup>395</sup> Trata-se, no caso, de liberdade aferida na formação da personalidade, que conduzirá a uma medida de honestidade ou fidelidade ao direito, ou não.

O grande problema da teoria de Figueiredo Dias perpassa pela simples vinculação da personalidade à esfera da culpabilidade, como dizíamos acima. Conforme menciona Roxin, sobre isso, “(...) a tese segundo a qual todos devem responder pelo próprio caráter não deixa de ser uma afirmativa interessante; ela não pode, entretanto, ocultar a ausência de qualquer fundamentação definitiva.”<sup>396</sup>

De fato, se nos abstrairmos do raciocínio técnico-jurídico (e de suas consequências imediatas na esfera das garantias individuais), a possibilidade de criarmos tal critério, segundo o qual todos os indivíduos possam responder pelo

---

<sup>395</sup> Conforme menciona, ainda, Velo: “O básico pressuposto oferecido pelo Existencialismo é o de que o homem é detentor desta capacidade. Isto na verdade é a admissão de um livre-arbítrio, mas que não deve ser identificado com o tradicional, de feição clássica. É um livre-arbítrio inerente ao homem e explicado segundo uma antropologia filosófica que descreve – e não demonstra – uma nova concepção do “eu” da consciência. (*op. cit.*, pp. 151-152).

<sup>396</sup> *op. cit.*, 2008-B. p. 142.

injusto cometido de acordo com uma base de formação do caráter ou da personalidade global, é muito interessante.

De modo a exemplificar, imaginemos uma pessoa que sempre se conduziu de forma honesta, e que, portanto, não tem qualquer tendência à prática de um ato ilícito. Ainda que essa pessoa, eventualmente, pratique um injusto, sua personalidade, ou a escolha que teve em moldar a sua personalidade ao longo de toda a sua vida de forma justa e reta, será levada em consideração na formação da culpabilidade.

Aparentemente, é um critério justo, se tivermos em vista as mais diversas inclinações de caráter ou personalidade que se encontram mundo afora, bem como se tivermos em vista que um sujeito que se conduziu de forma a moldar livremente uma personalidade honesta, por toda a sua vida, deveria ter este fator considerado na medida de sua reprovabilidade, por um simples fato.

Entretanto, se tornarmos a pensar juridicamente, tal concepção, por mais brilhante e trabalhada que possa parecer, é tão impraticável quanto o seria, no entendimento de Figueiredo Dias, a demonstração do poder agir diversamente.

Por esse mesmo motivo, tem razão Toledo, quando menciona que:

Não obstante o ardor e o engenho com que tais ideias são expostas e defendidas, o certo é que não podem elas, a nosso ver, ser adotadas, porque pressupõem a existência de um Estado ideal, utópico, “a-histórico” (...).<sup>397</sup>

O ponto central da crítica é: se não se pode entender o livre arbítrio com base no poder agir de outro modo, ou seja, tomando-se por partida um momento singular, e a possibilidade de o indivíduo escolher agir de um modo ou de outro, no momento do fato praticado, como poderíamos querer criar toda uma concepção de liberdade de formação do caráter ou da personalidade, ao longo de toda uma vida, como pretende Figueiredo Dias?<sup>398</sup>

---

<sup>397</sup> *op. cit.*, 2008. p. 242.

<sup>398</sup> O que é ainda mais distante de uma apreensão fática quando nos confrontamos com estudos da área da psicologia, que deixam claro que a formação da personalidade de uma pessoa leva em conta inúmeros fatores, tanto genéticos quanto ambientais, alguns deles absolutamente não relacionados com qualquer “vontade” do indivíduo. Quanto a isso, menciona Toledo que “Por outro lado, a liberdade, em sentido mais amplo (a de se decidir sobre a própria existência, ou a de se poder orientar a formação do caráter e da personalidade), esta sim é que resta ainda por ser demonstrada. E se forem corretas as pesquisas criminológicas empreendidas com o máximo rigor científico por Sheldon e Eleanor Glueck, é muito problemático que possa sê-lo. O desenvolvimento anormal do caráter e da personalidade de um grande número de delinquentes pesquisados remonta à mais tenra infância e se explica por meio de fatores que de nenhum modo podem ser atribuídos a seus portadores. Neste terreno, corre-se o risco de acabar-se com o conceito de culpabilidade penal e transformar-se o direito penal em uma espécie de terapêutica psicológica, ou psiquiátrica. A toga seria substituída pelo avental branco.” (*op. cit.*, 2008. p. 246).

Novamente, utilizando-nos das palavras de Toledo, devemos transcrever a seguinte crítica:

Assim, se for exato, como querem os seguidores dessas correntes, que a falha da teoria da “culpabilidade do ato” reside na impossibilidade de se demonstrar, no agente concreto, o poder-agir-de-outro-modo, por ser isso “absolutamente indemonstrável e inapreensível” (Figueiredo Dias), poder-se-á indagar, usando o mesmo raciocínio, se será mais fácil demonstrar e apreender algo bem mais complexo: a liberdade do indivíduo de conduzir a própria vida, de construir a própria personalidade...<sup>399</sup>

Figueiredo Dias parece somente transportar o questionamento da liberdade de vontade para a dimensão filosófica do existencialismo, o que, segundo nosso entendimento, apenas transporta consigo o mesmo problema que enfrentam os juristas indeterministas. Ademais, segundo o acertado ponto de vista de Toledo, não somente transporta o mesmo problema para outra dimensão, como também dificulta ainda mais sua solução.<sup>400</sup>

Dado isso, há que se ter ciência que a crítica é a mesma quando pensamos a respeito das hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, segundo uma concepção de culpabilidade pela formação da personalidade, em Figueiredo Dias.

A inexigibilidade de conduta diversa, para este autor, conforme já mencionado, ocorre em hipóteses nas quais circunstâncias exteriores ao agente gerem pressões invencíveis, a ponto de um fato por ele praticado revelar uma sensível desconformidade entre a sua censurabilidade externo-objetiva e a essência de valor da

---

<sup>399</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>400</sup> Note-se, quanto à grande dificuldade de se atestarem critérios subjetivos como a personalidade, a mesma problemática que envolve o termo no momento da individualização judiciária da pena, segundo o atual Código Penal brasileiro. Apesar de mencionar, entre as demais circunstâncias judiciais (artigo 59 deste Código), que o magistrado deve levar em consideração a personalidade do agente para realizar o cálculo da pena-base na primeira fase da aplicação da pena, tal dispositivo parece ser abertamente ignorado pelos juízes, a ponto de quase nunca se levar em consideração a personalidade do agente no momento da dosimetria. A razão principal para isso não parece ser outra que não a dificuldade de se ponderar devidamente, com base apenas nos autos de um processo, sobre tal característica de um indivíduo (e dizemos aqui principal, uma vez que evidentemente se sabe que alguns doutrinadores e magistrado simplesmente não se utilizam do dispositivo, alegando tratar-se de dispositivo que se avizinha a uma doutrina de culpabilidade de autor, com o que não concordamos, haja vista a culpa, no momento da aplicação da pena, já estar devidamente demonstrada com base no fato praticado e não com base na personalidade do agente). Quanto a isso menciona Nucci: “Há variadas críticas no tocante ao elemento *personalidade*, que serve de base à avaliação da culpabilidade, inclusive sob a alegação de que é impossível ao juiz elaborar um diagnóstico preciso acerca da personalidade de alguém.” (*Individualização da pena*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 190). Ora, se tais críticas e dificuldades já se verificam no momento da aplicação da pena, quando a culpabilidade do agente já é certa, imagine-se terem os magistrados que considerar a personalidade de um indivíduo como fonte dessa mesma culpabilidade. É de se convir que isso se trataria de um trabalho hercúleo.

personalidade nele plasmada, tal como resulta nomeadamente da atitude global do agente ou das suas intenções fundamentais perante as exigências jurídico-penais.

Ora, assim sendo, há que se ter um critério base, um limite no qual se encontre a média do aceitável dessas pressões, ou melhor, a média do homem para se calcular o efeito destas pressões nas situações reais. Para Figueiredo Dias, conforme também mencionamos, trata-se de uma média que toma por base a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito”, com base nos quais se verifica se uma atitude antijurídica poderia ou não ser desculpada.

O ponto conflituoso aqui é justamente saber o que é uma média de homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito”. De um ponto de vista vulgar, podemos imaginar o que é ser honesto, de modo que aquele cidadão que se conduz de acordo com o direito, sem afrontar as normas legais de conduta por toda uma vida, ou na maior parte de seu comportamento, pode ser considerado honesto. Porém, com base em um ponto de vista jurídico, o que seria uma personalidade honesta (livremente moldada) durante toda uma vida? Como aferir isso?

A questão complica-se: como poderíamos determinar que a conduta de um indivíduo – indivíduo cuja personalidade foi honestamente moldada ao longo de toda uma vida (refletindo, portanto, a sua liberdade como “ser-total-que-age”), e que vivencia uma situação de pressão exterior exacerbada – deveria ser exculpada, tendo-se em vista que, com base na média dos indivíduos honestos ou normalmente fiéis ao direito, imaginar-se-ia que estes se conduziriam do mesmo modo?

Parece-nos que a resposta a essa questão, nos moldes propostos por Figueiredo Dias, é tão complexa quanto a própria indagação, de modo que o critério do “homem honesto” ou dos “homens normalmente fiéis ao direito” é tão vago quanto o critério do “homem médio”<sup>401</sup>, adotado por doutrinadores como Goldschmidt e Eberhard Schmidt, quando visavam a se afastar de uma exigibilidade com fundamento individualizador, como proposta por Freudenthal.

Não se trata de defendermos o critério da exigibilidade individual e ética baseado no indeterminismo puro, conforme a análise de Freudenthal. Trata-se de demonstrar que, aparentemente, a saída encontrada por Figueiredo Dias, ao menos no

---

<sup>401</sup> E dizer que o critério do homem honesto ou do homem normalmente fiel ao direito pode ser aferido com base em uma espécie de histórico da natureza de fichas criminais ou instrumentos semelhantes seria o mesmo que acreditar que o direito penal tem a capacidade de filtrar todos os crimes em uma sociedade e que não existem “cifras negras”, o que, por si só, já geraria uma extrema injustiça entre os indivíduos apenados.

que se refere às hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, esbarra no mesmo problema da demonstração da liberdade (e de critérios vagos), que ele tanto critica ao mencionar ser indemonstrável uma autonomia da vontade no caso concreto e em situações individualizadas.

Ademais, outra consequência prática da teoria de culpabilidade de Figueiredo Dias é o fato de que, tendo-se em vista seu critério de determinação do limite da pressão exterior sofrida pelo indivíduo, limite este que nada tem a ver com a possibilidade de escolha ou de exercício de uma liberdade de vontade momentânea, não aceita o autor uma cláusula geral de exculpação com base na exigibilidade de conduta diversa, limitando a espécie tão somente às hipóteses taxativamente tipificadas em lei, conforme mencionamos.

Tal concepção, extremamente limitativa, não nos parece ser a solução mais adequada no que se refere às hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Se, por um lado, uma solução individualizadora e garantista como a de Freudenthal, segundo sua crítica, pode causar um efeito de insegurança jurídica, haja vista sua aparente falta de padrões e freios, uma concepção como a Figueiredo Dias não parece se enquadrar com um Estado Democrático de Direito e com as garantias individuais neste asseguradas.

O tratamento da inexigibilidade como cláusula geral de exclusão da culpabilidade, como o fazem alguns autores (ou até mesmo como cláusula geral de exclusão do crime, em geral, como trata do tema Henkel, por exemplo), e mesmo como causa supralegal de exclusão da culpabilidade (o que Figueiredo Dias sequer chega a considerar, em sua obra), parece ter exatamente a função de considerar que o ordenamento jurídico não está apto a contemplar todas as hipóteses, que eventualmente possam ser verificadas, nas quais não seria razoável exigir-se um comportamento conforme a norma.

Assim, tanto quanto as demais teorias do pós-finalismo, aqui analisadas, a teoria de culpabilidade de Figueiredo Dias, bem como, em consequência, sua doutrina acerca da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa, deixa evidente alguns problemas que não são superados.

### 5.5.3. A inexigibilidade como princípio de direito penal na obra de Joe Tennyson Velo

Entre os doutrinadores brasileiros, Joe Tennyson Velo parece não somente aceitar a culpabilidade pela formação da vontade de Figueiredo Dias, como também pretender estruturar aquilo que viria a chamar de um princípio de direito penal com base na inexigibilidade de conduta diversa, com apoio na doutrina daquele autor.

Partindo da recorrente discussão acerca do âmbito de alcance da inexigibilidade, Velo chega a uma conclusão que vai além daquela segundo a qual se trataria da razão comum de todas as causas de exclusão da culpabilidade (e, portanto, uma causa geral e/ou supra legal de exclusão). Segundo ele, inexigibilidade é, sim, um princípio de direito penal.<sup>402</sup> Tal posição pode parecer, a princípio, relativamente próxima da conclusão a que chega Henkel com sua exigibilidade como princípio regulamentar, porém, se bem analisada, em verdade, nada tem a ver com tal tese, uma vez que, diferentemente de Henkel, Velo restringe a atuação da inexigibilidade ao âmbito do direito penal, e, além disso, traça um conteúdo material muito bem delimitado para seu princípio, o que é o ponto frágil de Henkel.

O trabalho de Velo parte, inicialmente, de uma análise filosófica da inexigibilidade, no sentido de que esta reflete um “sentimento” geral<sup>403</sup>, o qual se aplica a todas as causas de exclusão do crime ou da culpabilidade propriamente dita. Assim, segundo ele: “o direito não pode exigir um comportamento contrário ao sentimento que lhe informou.”<sup>404</sup>

Ademais, tal sentimento formado pela inexigibilidade, é reflexo de uma “consciência jurídica” da sociedade e tem como base nada menos do que a existência de uma ética natural do ser humano, ética esta que conduz os atos de todos os homens<sup>405</sup>. Segundo Velo: “‘A inexigibilidade de conduta diversa’ antes de significar um critério proposto pela Ciência Penal para a graduação da culpa, é uma ‘consciência jurídica’.”<sup>406</sup>

---

<sup>402</sup> *op. cit.*, p. 69.

<sup>403</sup> Nas palavras de Velo: “Sob um certo aspecto, entretanto, é permitida uma generalização. Assim o ‘sentimento’ pode-se dizer objetivo, primeiro, natural, arquétipo, inconsciente coletivo diria talvez C. G. Jung, que acompanha o reconhecimento da legitimidade de uma defesa, ou a necessidade de uma agressão ou de obedecer uma ordem hierárquica, ou seja, de todas as causas legais de exclusão do crime ou da culpabilidade, é sempre o mesmo em essência: a inexigibilidade de conduta diversa.” (*Idem*, p. 62).

<sup>404</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>405</sup> Segundo Velo: “Não é intenção assumir uma posição jusnaturalista específica ou identificável historicamente. Apenas pretende-se destacar que a Ciência do Direito, a ‘Jurisprudência’, a quem este modesto trabalho quer atingir, deve admitir que há direitos procedentes da natureza humana e que permitem saber o que deve ou não ser exigido do homem.” (*Idem*, p. 67).

<sup>406</sup> *Idem*, p. 66.

Não obstante tal princípio geral de direito penal não estar positivado no ordenamento, o autor defende que sequer há essa necessidade. A inexigibilidade é um princípio implícito entre as disposições normativas penais, princípio este que informa e guia o ordenamento jurídico penal como um todo. A base da ideia de princípio da qual ele parte é a de Alessandro Baratta, doutrinador do qual Velo extrai a conclusão de que “os princípios gerais seriam, com este significado, fruto da ‘consciência jurídica’ de uma sociedade, considerada em seu desenvolvimento histórico, em seu contexto ético-político.”<sup>407</sup> E, assim sendo, não haveria “uma norma positiva geral, suficiente para compreender todas as hipóteses onde a ‘inexigibilidade’ deverá ser operante.”<sup>408</sup>

O reflexo imediato da construção de um princípio que se aplique a todas as hipóteses de exclusão da culpabilidade (e do próprio crime), segundo Velo<sup>409</sup>, é o dever de se descartarem as teorias que confundam o conteúdo da exigibilidade com a possibilidade de agir de outro modo, segundo a doutrina iniciada por Frank e desenvolvida ao seu extremo com Freudenthal.

Na realidade, o conteúdo de um princípio geral como o da inexigibilidade, traçado por Velo, não está adequado ao conteúdo da culpabilidade, que tem por base a análise puramente empírica da liberdade de vontade, como o psicologismo e o normativismo em geral (incluindo-se, aqui, o finalismo welzeliano). Segundo o autor: “o problema deve ser focalizado de cima para baixo, eticamente, e não unicamente pelos fatos.”<sup>410</sup>

É exatamente com base nesse pressuposto de liberdade de vontade que a doutrina de Velo se alinha, como bem menciona o próprio autor, à teoria de culpabilidade por formação da personalidade de Figueiredo Dias, na medida em que

O juízo de censura penal não alude, portanto, somente às possibilidades humanas de alguém diante de circunstâncias excepcionais e aferidas segundo regras de determinada experiência. É análise de uma personalidade e segundo exigências da ordem jurídica.<sup>411</sup>

---

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>410</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 92.

Em conclusão, continua, “A ‘inexigibilidade de conduta diversa’ tem exatamente este conteúdo: a construção da personalidade em harmonia com os valores assumidos pelo direito.”<sup>412</sup>

Em resumo, o princípio da inexigibilidade traçado por Velo trata de uma forma de se conceber as hipóteses de exclusão da culpa (e não somente dela, mas também do crime) em modelos que não se liguem a um direito penal fundamentado na ideia de poder agir de outro modo e de normalidade das circunstâncias concomitantes, ou de quaisquer de suas variantes. Não que a ideia de liberdade de vontade seja aqui suprimida, entretanto, ela se desvencilha desses conceitos, e é tomada como pressuposto certo, qualificável, entretanto, “através dos valores que animaram a ação.”<sup>413</sup>

É evidente, por este ponto, que Velo aceita a ideia de culpabilidade traçada por Figueiredo Dias e se alinha a ela, fundamentando seu princípio da inexigibilidade na constatação da personalidade do indivíduo, a qual se manifesta, ou deve se manifestar para ser considerada criminalmente, pela conduta típica.

Interessante notarmos que Figueiredo Dias, conforme sua doutrina, não entende ser possível a existência de uma causa geral de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, o que pode parecer contraditório, tendo-se em vista a tese de Velo.

Entretanto, note-se que Velo parte, inegavelmente, da concepção de culpabilidade de Figueiredo Dias e, mais precisamente, parte do mesmo pressuposto de existência de uma liberdade de vontade referida àquele “ser-total-que-age” e, portanto, à personalidade global do agente, construído por aquele jurista.

Assim, podemos dizer que Velo, no que se refere a seu princípio de direito penal, e que pode ser considerado também como cláusula geral de exclusão da culpabilidade, tenta criar uma forma de expansão dos limites da exclusão da culpabilidade com base na culpabilidade por formação da personalidade.

Uma interessante análise do instituto, levando-se em consideração à profundidade de sua explanação. Não obstante, a teoria de Velo, podemos dizer, sofre de algumas mazelas das quais já sofreram outras teorias. Por exemplo, o fato de identificar o princípio da inexigibilidade com um sentimento, fruto de uma consciência jurídica da sociedade, e que tem como base nada menos do que a

---

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 94.

existência de uma ética natural do ser humano, é por si só, se não vago, ao menos complexo, para a aferição na prática. Não que se questionem as premissas do autor, no sentido de que há uma ética natural que conduz a totalidade dos homens às suas práticas no convívio cotidiano. Não temos base filosófica para tanto. O ponto a ser questionado é se a dogmática jurídico-penal estará pronta para identificar este sentimento geral.

Trata-se da mesma base de questionamento formulada sobre a teoria de Figueiredo Dias, da qual, nitidamente, parece Velo partir. Se não se pode entender o poder de agir diversamente do indivíduo na situação concreta, como se poderia questionar a liberdade da formação da personalidade? E, da mesma forma, como se poderia questionar se a personalidade do sujeito está ou não em harmonia com os valores assumidos pelo direito, após a prática de um injusto?

São estes, portanto, os questionamentos que parecem continuar sem resposta quando indagados os autores que tratam da culpabilidade com base em critérios como a construção da personalidade e/ou do caráter.

## 6. A EVOLUÇÃO DA EXIGIBILIDADE E DA INEXIGIBILIDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA – REFLEXO DAS DIFERENTES TEORIAS ESTUDADAS

É notório que, durante o período que compreende toda a formação histórica do direito penal no Brasil, da colonização aos dias atuais, vários foram os diplomas utilizados na sua legitimação.

A começar pelas Ordenações do Reino, que, em verdade, tratava-se de legislação portuguesa que vigorava no Brasil “(...) desde o seu descobrimento até a independência (...)”<sup>414</sup>, as quais tiveram sua maior aplicação sob a égide das Ordenações Filipinas, várias outras “leis” penais vigoraram no país.

Assim, além dessas Ordenações, dispuseram sobre direito penal o Código Criminal do Império, sancionado em 16 de dezembro de 1830; o Código Penal Brasileiro, de 11 de outubro de 1890; a Consolidação das Leis Penais, oficializada em 14 de dezembro de 1932; e, finalmente, o Código Penal, de 7 de dezembro de 1940, tendo sido este último completamente reformado em sua parte geral, pela lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que permanece vigente até hoje.

Por outro lado, não podemos nos olvidar do diploma que, apesar não ter efetivamente vigido, deve ser por nós analisado, que é o caso do Código Penal derivado do anteprojeto de autoria de Nelson Hungria, de 1969.

Cada um desses Códigos (e Consolidação), tratou do tema da culpabilidade, e, da mesma forma, das hipóteses de sua exculpação, de maneira distinta, refletindo o espírito das diversas teorias que estudamos ao longo deste trabalho, umas com maior influência sobre a nossa legislação, e outras com menor influência. Assim, ainda que de forma superficial – no que se refere às legislações mais antigas e já não mais vigentes, e aos projetos não aprovados –, devemos abordar estas estruturas e institutos até chegarmos à legislação atual, momento em que nos debruçaremos de maneira mais acurada, a fim de que entendamos quais são as tendências que mais influenciam a legislação penal brasileira atual.

Por fim, devemos realizar uma análise crítica destes mesmos institutos modernos, a fim de concluirmos se são ou não compatíveis com o estado da discussão

---

<sup>414</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980. p. 6.

e se são ou não as estruturas mais adequadas para a solução dos problemas a que se propõem, momento em que também formularemos nossa contribuição.

## 6.1. As Ordenações do Reino e os antigos Códigos Penais – suas disposições legais acerca da culpabilidade e da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa

### 6.1.1. As Ordenações do Reino

Por óbvio, antes da chegada dos portugueses no Brasil, não havia quaisquer formas de legislação ou regras de direito como um todo, ao menos de maneira formal, restando, portanto, aos que aqui habitavam os costumes e regras transmitidos verbalmente entre as gerações. Os silvícolas nativos tampouco tinham regras que visassem a uniformizar os meios de punição impostas em virtude dos males causados, seja por homens, seja pela própria natureza, bem como, conforme já ponderamos<sup>415</sup>, não conheciam o princípio da culpabilidade.

A primeira forma de legislação que aqui vigorou, assim se deu em decorrência da adoção de dispositivos portugueses, iniciando-se pelas Ordenações Afonsinas, as quais foram publicadas no ano de 1446, no reinado de Don Afonso V. Tais Ordenações, entretanto, sequer chegaram a ter qualquer influência no Brasil<sup>416</sup>, sendo certo que logo foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, no ano de 1521, pela ordem de Don Manuel I, que aqui passaram a vigor. Estas, por sua vez, apesar de terem exercido maior influência em território nacional, também logo foram substituídas, a mando de Felipe II, da Espanha (que também exercia reinado em Portugal, com o nome de Felipe I). A ordem de Felipe constituía na reestruturação dos antigos Códigos, tendo como resultado as Ordenações Filipinas, no ano de 1603, que, em verdade, somente foram publicadas sob o reinado de Felipe III da Espanha (ou Felipe II, de Portugal).

Conforme já mencionado, foram, em tese, as Ordenações Filipinas que vigoraram e exerceram maior influência entre as três Ordenações do Reino no período colonial, tendo perdurado por mais de dois séculos como fonte do direito brasileiro.

Especificamente, a respeito das normas penais, aplicava-se aqui o seu “Livro

---

<sup>415</sup> No tópico 2.1.

<sup>416</sup> PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 7

V” (o que coincidia também nas demais Ordenações), organizado em cento e quarenta e três títulos.

A respeito das disposições acerca de Culpabilidade nessas Ordenações, nada se mencionava. Em verdade, sequer existia uma parte geral, conforme nos lembra Frederico Marques<sup>417</sup>, sendo certo que nem mesmo princípios como a legalidade foram ali adotados.<sup>418</sup>

As Ordenações Filipinas, no que se referiam à matéria penal, além de apresentarem uma criminalização ampla e exacerbada<sup>419</sup>, eram, na verdade, uma codificação extremamente rígida, arbitrária e cruel, motivo pelo qual sequer convém trabalhar acerca de qualquer menção à culpabilidade ou sua exclusão.

As palavras mais apropriadas em relação às Ordenações Filipinas foram escritas (e são sempre reproduzidas pela doutrina) pelo Conselheiro Batista Pereira:

Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade de culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade.<sup>420</sup>

### 6.1.2. O Código Criminal do Império

Conforme mencionamos, as Ordenações Filipinas se mantiveram vigentes por um longo período da história do Brasil, de modo que, mesmo após ter sido o país elevado à condição de Reino Unido, com a chegada de Don João VI, em 1808, ainda vigiam como fonte do direito penal.<sup>421</sup>

---

<sup>417</sup> *Tratado de direito penal*. vol. I. 1 ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997. p. 114. *Idem*, p. 116.

<sup>418</sup> Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – volume I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57.

<sup>419</sup> Segundo menciona Frederico Marques, em interessante passagem de eu *Tratado*: “E o catálogo de delitos era tão extenso que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço.” (MARQUES, *op. cit.*, p. 115.)

<sup>420</sup> *Apud idem*, pp. 115-116; e PIERANGELLI, *op. cit.*, pp.7-8.

<sup>421</sup> Não se pode negar, entretanto, que na década de vinte do século XIX o príncipe regente, Don Pedro I, já havia tratado de impor algumas reformas no que se referia à matéria penal. Tais normas dispunham, entre outros pontos, acerca da humanização do cumprimento das penas; da criação de juízes para julgamento de abuso de liberdade de imprensa; da individualização e proporcionalidade da pena e sua consequente limitação à pessoa do delinquente; bem como da abolição de penas cruéis e infamantes. (Cf. MARQUES, *op. cit.*, pp. 118-119).

Apenas em 25 de março de 1824, quando jurada a Constituição do Império, iniciaram-se os trabalhos para a feitura de um novo Código Penal, em virtude do item 18, de seu artigo 179, que assim dizia: “Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.” Dois foram os projetos apresentados para tanto, ambos no ano de 1827: o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos e o de José Clemente Pereira, entre os quais, apesar da excelente qualidade de ambos, preferiu-se o primeiro. O Código Criminal do Império foi aprovado em sessão do dia 20 de outubro de 1830, e sancionado pelo já Imperador Don Pedro I, em 16 de dezembro de 1830.

É unânime a doutrina em afirmar que o novo Código representou uma grande evolução em relação às Ordenações do Reino<sup>422</sup>. E não somente em relação a estas, o Código Criminal do Império, primeiro código autônomo da América Latina, por sua enorme concisão e clareza, também influenciou fortemente na elaboração do Código Penal espanhol de 1848, do Código Penal português de 1852, e de vários outros códigos penais na América Latina.

Alguns dispositivos por ele trazidos eram inéditos, como o sistema de dias-multa<sup>423</sup>, e outros já não, apesar de representarem importantes matérias, como a declaração do princípio da legalidade, já em seu artigo 1º.<sup>424</sup>

Expressamente, a respeito da culpabilidade, da forma como a concebemos atualmente, não há menções. Isso, entretanto, não é um assombro, dado que, conforme já expusemos neste trabalho, no início do século XIX nem sequer as primeiras teorias a respeito da culpabilidade haviam sido moldadas sistematicamente. Nessa época, ainda os primeiros trabalhos a respeito do tema começavam a ser escritos pelos expoentes das primeiras escolas do direito – a escola clássica e a escola positiva –, que, entretanto, levariam muito tempo para influenciar o direito brasileiro.

Inobstante, o artigo 3º parecia trazer já as referências de uma ideia de culpa, ao dizer que: “Não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isso é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.”

Culpabilidade, aqui, era traçada por uma questão de moralidade, de conhecimento do mal, e tinha como pressuposto, também, a imputabilidade, não

---

<sup>422</sup> Assim, por exemplo, os já citados, Bitencourt (*op. cit.*, 2006. p. 58); Marques (*op. cit.*, pp. 120-121); e Pierangelli (*op. cit.*, 1980, pp. 8-9).

<sup>423</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, 2006. p. 58.

<sup>424</sup> Está na redação do artigo 1º: “Não haverá crime ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma lei anterior que o qualifique.”

bastando para a existência do crime somente a ação ou omissão contrária à lei penal (como disposto no parágrafo 1º, do artigo 2º, deste Código). Nas palavras de Joaquim Augusto de Camargo, um dos celebrados autores da época:

O menor, o louco, o imbecil, o sandeu etc. praticam atos voluntários que podem ir de encontro à lei criminal, mas não são considerados criminosos, por lhes faltar a moralidade, a culpabilidade. (...) Assim, pois, para haver a responsabilidade do homem, é necessário, além da voluntariedade, que haja a imputabilidade, isto é, que a ação seja inteligente e livre. Sendo assim, se explica e justifica perfeitamente a disposição do art. 3.º do Código.<sup>425</sup>

Assim concebida a ideia de culpabilidade, as hipóteses de sua exclusão se ligavam à inimputabilidade (conforme o artigo 10 e seus parágrafos); à atuação, ainda que criminosa, mas que não se considerasse imoral (conforme o artigo 9º e seus parágrafos); e às hipóteses de erro (conforme artigo 3º).

Interessante notarmos, ademais, pela leitura do artigo 14 e parágrafos, que já se tinha também o esboço das hipóteses de exclusão da antijuridicidade, hipóteses estas que eram referidas pelo Código, em seu “Capítulo II”, como “Dos crimes justificáveis”.

### 6.1.3. Período republicano – Código Penal Brasileiro de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932

Apesar da inovação representada pelo Código Criminal do Império, qualidade esta seguida pelo Código de Processo Criminal, de 1832, “não tardou a reação contra esse liberalismo dos estatutos principais de nossa justiça penal”, nos relata Frederico Marques<sup>426</sup>. Muitas foram as leis que, após a publicação do Código Criminal, passaram a tratar da matéria penal, gerando uma série de dispositivos paralelos ao Código.

Por outro lado, também, após a abolição da escravidão no país, no ano de 1888, outras reformas passaram a ser necessárias, no sentido de se proporcionar a igualdade de tratamento entre os indivíduos, situação inexistente na época de feitura do Código Criminal do Império, e que gerou maiores demandas pela reforma do diploma.

---

<sup>425</sup> *Direito penal brasileiro*. 2 ed. revista e adaptada à ortografia vigente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 252.

<sup>426</sup> *op. cit.*, p. 122.

Assim, atendendo à oportunidade, foi apresentado pelo deputado Joaquim Nabuco, junto à câmara, um projeto, autorizando a publicação de uma nova edição do Código, com todas as suas alterações. Esse projeto não foi sequer discutido. Ocorre que, com o mesmo intuito, o também deputado João Vieira de Araújo, apresentou ao Ministro da Justiça um anteprojeto para edição de um novo Código Criminal, incumbindo, para seus estudos, uma comissão composta por Assis Martins, José Rodrigues Tôrres Neto e João Batista Pereira, este último, o relator.

Os trabalhos da comissão foram atrasados com a proclamação da república, em 1889. Entretanto, Campos Sales, o então Ministro da Justiça do Governo Provisório, incumbiu Batista Pereira da missão anterior, sendo o trabalho logo concluído e enviado para uma comissão de juristas presidida pelo próprio Ministro Sales. Os trabalhos de Batista Pereira foram, então, aprovados e transformados no novo Código Penal Brasileiro, em 11 de outubro de 1890.

Se há um consenso na doutrina a respeito desse diploma é que o primeiro Código Penal da República não foi tão feliz quanto seu predecessor. Muito pelo contrário, apesar de sua vida relativamente longa (uma vez que vigeu até 1932), ainda não havia três anos de sua publicação e já existia um novo projeto de Código Penal visando a sua imediata substituição, como nos lembra Aníbal Bruno.<sup>427</sup>

Na realidade, dada a velocidade com que fora criado, uma vez que os anacronismos e a Proclamação da República visavam à imediata alteração do Código do Império, não se poderia esperar perfeição. As reações doutrinárias, comumente, são as mais acentuadas e ácidas a seu respeito, chegando-se a acusá-lo de “pior Código Penal de nossa história”<sup>428</sup>. Entretanto, há uma corrente que reconhece que, apesar de suas evidentes falhas, encontra-se nele seu valor, e apesar de não significar grande evolução, esse Código não mereceu a agressividade com que foi recebido.<sup>429</sup>

A respeito da culpabilidade, propriamente dita, entretanto, podemos apontar uma série de evoluções, que, se não refletiam o melhor (ou o dominante) pensamento jurídico da época, como quiseram crer seus ardorosos críticos, ao menos

---

<sup>427</sup> *op. cit.*, p. 166.

<sup>428</sup> BITENCOURT. *op. cit.*, 2006. p. 58.

<sup>429</sup> Segundo Marques (*op. cit.*, p. 124): “O velho estatuto republicano acusava, de fato, muitas deficiências; todavia cumpriu sua missão e, se não mereceu os louvores endereçados pelos da terra e de fora, ao Código do Império, nem por isso deslustrou nossa cultura, como pretendem alguns.”. Lembra-nos também Assis Toledo, mencionando uma palestra proferida por Nelson Hungria, na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1943, que os males deste Código poderiam ser atribuídos “(...) menos a seus defeitos do que à precariedade da cultura jurídica da época, onde a oratória pomposa ocupava o lugar da pesquisa científica e bem orientada.” (*op. cit.*, 2008. p. 61)

representavam uma continuação do pensamento que começava a nascer no Código anterior.

No Código Penal de 1890, no que se refere à culpabilidade ao menos, nota-se evidentemente o reflexo das primeiras grandes escolas penais, ou melhor, nota-se uma evidente inclinação à linha de pensamento da escola clássica, que, conforme mencionamos, foi encabeçada por Francesco Carrara, na Itália, e que propunha as bases da culpabilidade em sua teoria da imputação.<sup>430</sup>

Por esse motivo, apesar de não haver uma real sistematização acerca do conteúdo da culpabilidade, ela é também tratada no Código Penal de 1890. Assim, refletindo os ensinamentos de Carrara, culpável é aquele indivíduo moralmente imputável.<sup>431 432</sup>

Outros dispositivos interessantes a respeito da responsabilidade penal são também elencados neste Código, como a expressa referência à responsabilidade exclusivamente pessoal<sup>433</sup>; o tratamento diversificado entre autores e cúmplices<sup>434</sup>; a definição da inimputabilidade absoluta, pela menoridade, aos nove anos, e a relativa, aos quatorze (sendo criminosos aqueles que tivessem idade entre nove e quatorze e agirem com discernimento)<sup>435</sup>; a enumeração taxativa das circunstâncias atenuantes e agravantes<sup>436</sup>, entre outros dispositivos.

Mais relevante para nosso objeto de estudo, entretanto, é apontarmos que o Código de 1890, pioneiro nesse aspecto, trouxe o gérmen das situações que seriam futuramente consideradas as duas hipóteses legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na legislação pátria atual: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica.<sup>437</sup>

---

<sup>430</sup> Essa inclinação em direção aos ensinamentos da escola clássica, ademais, talvez seja uma das fontes das diversas críticas sofridas pelo Código. A verdade é que, conforme salientam Zaffaroni e Pierangeli, apesar de a república ter se construído a partir dos postulados do positivismo, e, portanto, alinhando-se, em matéria de direito penal, com a escola positiva (de Ferri e Lombroso, por exemplo), o Código não correspondeu a esta inclinação, mantendo sua aproximação em relação à escola clássica, de Carrara. (*Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1: parte geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 192).

<sup>431</sup> Segundo o artigo 1º do Código: “Crime é a violação imputável e culposa da lei penal”.

<sup>432</sup> Conforme menciona, ainda, Luiz Flávio Gomes, em referência à leitura de José Salvado Martins: “A responsabilidade tem o seu pressuposto no agente culpável, e este só existe, como tal, sendo moralmente imputável.” (*Direito Penal*. vol. 1: Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 166).

<sup>433</sup> Artigo 25.

<sup>434</sup> Artigo 17 até 20 sobre autores, e artigo 21 sobre cúmplices.

<sup>435</sup> Artigo 27, parágrafos 1º e 2º.

<sup>436</sup> Artigo 36 a 42.

<sup>437</sup> Questão esta que será devidamente tratada à frente, quando da análise do atual Código.

Quanto ao primeiro caso, diz o artigo 27, parágrafo 5º, do Código, que: “não são criminosos: Os que fôrem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel ou ameaças acompanhadas de perigo actual;”<sup>438</sup>

Ademais, quanto ao segundo caso, diz o artigo 28, *caput*, do mesmo Código, que: “A ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo se for cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na forma da execução.”

Assim, mais uma vez, é de se salientar que, apesar de não responder aos anseios ideológicos dominantes na época (principalmente no que se refere à doutrina ligada à escola positiva), bem como apesar de carecer de uma técnica mais apurada, não há dúvidas que novas ideias acerca de culpabilidade estavam presentes no Código de 1890, de modo que, ao menos desta vez, chegava a se referir a ela de modo expresso.

Conforme se salientou, entretanto, o Código não teve uma vida fácil. Dois movimentos contrários ao diploma surgiram logo após a sua publicação. Por um lado, os movimentos de reforma global, com os inúmeros projetos que visavam a sua substituição, que a seguir comentaremos. Por outro lado, várias foram as leis publicadas que visavam a alterações pontuais, e que constituíam, juntamente com o Código, uma colcha de retalhos em matéria penal.

Em razão desse grande número de leis e do fracasso dos projetos até então apresentados para a reforma do Código, o Desembargador Vicente Piragibe, a princípio por interesses pessoais, formulou uma compilação, a qual foi chamada de Consolidação das Leis Penais. Esse trabalho acabou por ser adotado oficialmente, e por meio do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, passou a ser o estatuto penal do país.

É de se lembrar, porém, como bem menciona Toledo, que:

A Consolidação das Leis Penais (...) não constituía um novo Código, pois esse mesmo Decreto dispunha, no parágrafo único do art. 1º, que ‘a Consolidação assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum

---

<sup>438</sup> É de se admitir, entretanto, que da forma como foi exposto o dispositivo referente à coação moral ou física, à época, representava ele, obviamente, causa de exclusão da ilicitude, e não da culpabilidade, uma vez que sequer chegavam a ser considerados injustos os atos praticados sob tais coações. Segundo se extrai da própria redação, “não são criminosos: (...)”. Essa discussão, ademais, permaneceria por algum tempo entre os doutrinadores brasileiros, a ponto de, até mesmo em meados do século XX, haver alguns defensores do instituto como causa de exclusão da ilicitude.

da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos'.<sup>439</sup>

Assim, por não se tratar verdadeiramente de um novo Código, com novos dispositivos, não realizaremos comentários a respeito de eventuais inovações, uma vez que, ao menos no campo da culpabilidade, nenhuma alteração foi verificada.

## 6.2. Os precedentes e o Código Penal de 1940

A respeito dos projetos de alteração do Código de 1890, como já salientado, a partir de 1893, já nascia o primeiro deles, da autoria do professor João Vieira de Araújo, por iniciativa da Câmara dos Deputados, o qual não obteve sucesso. Aparentemente, outro projeto, também apresentado por Vieira de Araújo, embora aprovado junto à câmara, não obteve sucesso no Senado, no ano de 1899. Ainda outro projeto foi apresentado, em 1913, por Galdino Siqueira, após o Ministro Esmeraldino Bandeira, no ano de 1910, ter declarado a urgente necessidade de substituição do código atual. Tal projeto, porém, também não vingou.

Após este, houve o projeto do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, que foi incumbido pelo Presidente Arthur Bernardes, apresentado no diário oficial em 10 de novembro de 1927, de forma incompleta, e, posteriormente, em 23 de dezembro de 1928, completo. Este projeto, apesar de chegar a ser estudado, foi prejudicado pela revolução de 1930, quando o Congresso foi, então, dissolvido pelo Governo Getúlio Vargas. Ainda assim, uma nova comissão foi designada para estudar o projeto, presidida pelo próprio Sá Pereira. Como fruto desses estudos e de consequentes alterações no projeto original surgiu o projeto 118-A, apresentado à Câmara por Adolfo Bergamini, em 1935. Este, por sua vez, chegou a receber parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, porém, mais uma vez, teve seus trabalhos prejudicados por uma nova dissolução do congresso, com o golpe de Estado de 1937.

Com o “Estado Novo” estabelecido, o Ministro da Justiça Francisco Campos encarregou o professor Alcântara Machado de elaborar um novo código penal, sendo certo que, prontamente, em 15 de maio de 1938, o “Projeto de Código Criminal Brasileiro” foi apresentado. Tal projeto era constituído da parte geral e de uma longa exposição de motivos, tendo sido completado em agosto do mesmo ano.

---

<sup>439</sup> *op. cit.*, 2008. p. 62.

O projeto Alcântara Machado foi discutido por uma comissão na qual constavam Costa e Silva, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queirós e Roberto Lira, a qual fora presidida pelo Ministro Francisco Campos. Foi dessa comissão e daquele projeto que nasceu o Código Penal de 1940, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.

Nem de longe o novo Código Penal causou as polêmicas de seu predecessor no meio jurídico. Em verdade, o novo Código foi bem recebido, e, não à toa, continua vigente até os dias de hoje, apesar das inúmeras reformas que sofreu (principalmente na sua parte geral, como se verá).

Segundo Frederico Marques:

O vigente Código Penal é eclético, pois concilia sob seu texto o pensamento neoclássico e o positivismo, como bem salienta a Exposição de Motivos. “Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.”<sup>440</sup>

Nesse sentido, ademais, a respeito da existência de ideias positivas e neoclássicas, o Código foi mais acertado do que o anterior, agradando a ambas as correntes doutrinárias aqui vigentes. Segundo Pierangeli: “Daí afirmarem que o legislador acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri.”<sup>441</sup>

A conclusão de Aníbal Bruno, após análise do novo texto, pode ser aqui utilizada para mencionarmos a impressão deixada pelo Código em meio aos juristas da época: “o Código vigente resultou, em conjunto, obra de harmoniosa estrutura, de boa técnica, bem redigida, clara, concisa, e que soube aproveitar com equilíbrio as inovações das mais recentes e autorizadas legislações penais.”<sup>442</sup>

### 6.2.1. A culpabilidade no Código Penal de 1940

Dada a evolução da doutrina penal já na década de 1940, quando da feitura do novo Código Penal, é de se ressaltar que diversificados institutos foram criados ou alterados, e, conseqüentemente, as disposições acerca da culpabilidade, neste Código, são muito mais ricas do que aquelas que mencionamos nos códigos anteriores.

Primeiramente, a respeito da responsabilidade penal, é de se mencionar que, no novo Código, seguindo as orientações clássicas, continua esta tendo por

---

<sup>440</sup> *op. cit.*, p. 127.

<sup>441</sup> *op. cit.*, p. 12.

<sup>442</sup> *op. cit.*, tomo 1º, p. 170.

fundamento a responsabilidade moral, e, portanto, pressupondo a liberdade de vontade individual. Não obstante, haja vista as influências mais autoritárias que recebeu, principalmente do código italiano da época, conhecido como Código Rocco, algumas disposições existiam no novo texto que permitiam a responsabilidade penal objetiva, ou seja, responsabilidade sem culpa, o que foi alvo de muitas críticas.<sup>443</sup>

É nos elementos da culpabilidade, porém, que vemos as primeiras inovações em relação aos demais códigos. Culpabilidade, para o Código de 1940, é nada mais que uma relação psíquica que vincula o fato ao agente, e se limita a duas espécies: dolo e culpa. Nesse sentido, menciona Nelson Hungria:

Para reconhecimento do crime, como fato punível, não bastam a tipicidade e a injuridicidade: é também necessário que haja uma relação subjetiva ou de causalidade psíquica vinculando o fato ao agente (culpabilidade, culpa *sensu lato*). Cumpre que o fato seja culpado. *Nulla poena sine culpa*. O agente deve ter querido livremente a ação ou omissão e o resultado (dolo), ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*).<sup>444</sup>

O primeiro ponto de interesse aqui, portanto, de acordo com o que já mencionamos neste trabalho, é que o Código de 1940, apesar do momento em que foi criado, filiou-se nitidamente à concepção psicológica de culpabilidade. Referimo-nos ao momento em que foi criado haja vista que, na década de 1940, as tendências acerca da teoria normativa (psicológico-normativa) já estavam muito bem desenvolvidas, ao menos doutrinariamente, não somente na Alemanha, como também em outros países europeus.<sup>445</sup> Isso, ademais, se reflete na própria doutrina brasileira, sendo certo que, apesar de o Código se filiar à concepção psicológica, pouco tempo após a sua edição, já havia doutrinadores que se diziam adeptos ao normativismo, como é o caso de Aníbal Bruno, por exemplo, que, ao escrever na década de 1950, já afirmava que a “culpabilidade, portanto, não tem por base puramente o vínculo psíquico que prende o agente ao seu ato, mas resulta de um conjunto de condições, entre os quais aquele vínculo psicológico, que justificam a reprovação.”<sup>446</sup>

---

<sup>443</sup> A respeito disso, diz Aníbal Bruno que: “Conseqüência, talvez, do regime político em que se criara e da influência de um de seus modelos, o Código da Itália, marca-o a severidade da repressão, que se exprime ainda na conservação, em mais de um ponto, da responsabilidade objetiva.” (*ibidem*).

<sup>444</sup> *Comentários ao Código Penal*. vol. I. Tomo 2º. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955. p. 22.

<sup>445</sup> É de se ressaltar, porém, que a legislação de um país não reflete de modo imediato as novidades doutrinárias que lhe são contemporâneas. Em verdade, mesmo na própria Alemanha, muito tempo foi preciso para que a legislação refletisse as novas ideias normativistas, iniciadas em 1907, por Frank.

<sup>446</sup> *op. cit.*, tomo 2º. p. 31.

Inobstante a isso, a posição do Código parece clara, e, já em sua exposição de motivos, em seu tópico 13, o Ministro Francisco Campos mencionava: “No tocante à *culpabilidade* (ou elemento subjetivo do crime), o projeto não conhece outras formas além do dolo e da culpa *strictu sensu*.”

#### 6.2.2. A questão da exigibilidade e da inexigibilidade no Código Penal de 1940

Obviamente, com base no que já mencionamos neste estudo, uma vez que o Código se filiava à teoria psicológica da culpabilidade, ainda não haveria que se falar em hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa como causas de exclusão da culpabilidade.

Conforme vimos, a doutrina da exigibilidade como elemento da culpabilidade e da inexigibilidade como sua consequente causa de exclusão (legal ou supralegal) nasce juntamente com a teoria normativa da culpabilidade, nas bases traçadas por Frank, e aperfeiçoadas por Goldschmidt e Freudenthal. Segundo as premissas dessa teoria, a qual tinha seu centro no juízo de reprovação lançado sobre o agente criminoso, permitir-se-ia que se formulassem hipóteses em que não era exigível o comportamento conforme o direito ainda que um indivíduo houvesse obrado dolosa ou culposamente. Assim, ainda que houvesse um vínculo psíquico entre a ação e o sujeito, não haveria reprovação da conduta, não se constituindo, portanto, a culpa em sentido lato.

Sob os domínios da teoria psicológica esse raciocínio seria impossível, uma vez que, conforme vimos, uma vez agindo com dolo ou com culpa – os únicos elementos, ou melhor, as duas únicas espécies de culpabilidade –, não haveria que se realizar qualquer juízo sobre aquele ato, sendo ele, desde já, culpável. Mais uma vez, é de se ressaltar: culpabilidade era somente o vínculo psicológico existente entre o fato e o agente. Nenhum juízo de valor se fazia sobre tal vínculo e, por esse motivo, culpabilidade constituía tão somente o elemento subjetivo do delito.

Devemos ressaltar, nesse momento, entretanto um importante ponto. A teoria normativa da culpabilidade, ao iniciar a discussão das causas de exclusão da culpa por inexigibilidade de conduta diversa, dentre outras consequências dela decorrentes, gerou uma divisão na doutrina alemã, à época de Frank e de Freudenthal, a respeito das hipóteses de estado de necessidade.

Tal divisão doutrinária se deu exatamente a respeito de tratar-se o estado de necessidade uma hipótese de exclusão da antijuridicidade ou uma hipótese de exclusão da culpabilidade. Em outras palavras, na época em que a ideia da exigibilidade foi criada, obviamente não havia qualquer dispositivo referente a ela no Código Penal alemão. Em verdade, como dissemos, tanto Frank quanto Goldschmidt e Freudenthal pautaram suas ideias na hipótese de que o estado de necessidade poderia constituir não somente uma causa de exclusão da ilicitude, como se entendia na doutrina alemã (influenciada que era pela culpabilidade psicológica), mas também uma causa de exclusão da culpabilidade, onde se refletiria a nova doutrina da exigibilidade. Isso porque, da forma como era disposto o estado de necessidade no Código Penal alemão da época, poder-se-ia concluir isso, dada a ambiguidade do texto.<sup>447</sup>

A conclusão que passou a ser a dominante na doutrina alemã, após um longo período de discussões, foi a de que o estado de necessidade, sob a forma de inexigibilidade de conduta diversa seria, portanto, uma hipótese de exclusão da culpabilidade, é não da antijuridicidade, como era originalmente tratado. Entretanto, mantinham-se as demais hipóteses de estado de necessidade não vinculadas à nova teoria, de modo que haveria campo para as duas correntes. Criou-se, então, a partir desse ponto, a chamada teoria diferenciadora, na qual estado de necessidade justificante e estado de necessidade exculpante são hipóteses distintas e com consequências diferentes no âmbito da teoria do crime.

Como era de se esperar, e atentos a essa questão, a comissão encarregada de discussão do projeto Alcântara Machado, projeto que, como dito, acabou se tornando o novo Código Penal de 1940, teve de debater o ponto.

A conclusão a que se chegou na legislação brasileira, entretanto, seguiu caminhos diversos da posição que se firmou na doutrina penal alemã. Conforme se extrai do texto legal de 1940, o estado de necessidade é uma causa de exclusão da antijuridicidade e tão somente isso. Ou seja, não se adotou a teoria diferenciadora na

---

<sup>447</sup> O Código penal de 15 de maio de 1871, da forma como vigia na época de Frank, Goldschmidt e Freudenthal, e que vigeu até mesmo quando da construção da doutrina finalista de Welzel, elencava o estado de necessidade em seus parágrafos 52 e 54. O primeiro dizia: “Não existe ação punível, se o autor foi obrigado a agir em razão de força irresistível ou de uma ameaça, que estava ligada a um perigo atual, não evitável de outra maneira, para o corpo ou a vida de si mesmo ou de um parente.” (Tradução nossa). Já o segundo dizia: “Não existe ação punível, se a ação, além do caso de legítima defesa, foi cometida em um estado de necessidade não culpável, não superável de outra maneira, para a salvação de um perigo atual para o corpo ou a vida do autor ou de um parente.” (Tradução nossa).

legislação pátria, de modo que, não há na lei, ao menos de forma expressa, a hipótese de estado de necessidade exculpante.

Por outro lado, deve ressaltar-se que o início da discussão das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa se deu com base em casos que se resumiam ao estado de necessidade, uma vez que, apesar de não se ter adotado a teoria diferenciadora, foi no âmbito desse instituto que se começou a tratar da inexigibilidade, que, antes disso, sequer existia (conforme acabamos de mencionar).

Assim, observa-se a conclusão que, na legislação pátria, a exigibilidade e, mais precisamente neste ponto, a inexigibilidade, foram adotadas como uma hipótese de exclusão da antijuridicidade, ou melhor, como um dos requisitos para a verificação do estado de necessidade, este sim uma hipótese de justificação.

Ao contrário do que possa parecer, entretanto, essa é a posição mais razoável, tendo-se em vista a teoria da culpabilidade a que se filiou o Código Penal de 1940, bem como a não adoção da teoria diferenciadora do estado de necessidade. Em outras palavras, filiando-se à teoria psicológica da culpabilidade e, portanto, a uma teoria que entende culpabilidade como um nexu psíquico entre o autor e seu fato, não se poderia trabalhar com a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade. Ora, conforme defendiam os autores mais conservadores na época de Frank, mesmo nas hipóteses em que não seria exigível um comportamento conforme a norma, de acordo com a teoria psicológica, ainda era de se admitir que houvesse um vínculo psíquico entre autor e fato típico e ilícito, e, portanto, culpabilidade.

A respeito disso, menciona Nelson Hungria, ao comentar o dispositivo referente ao estado de necessidade do Código Penal:

Ebehart Schmidt (que atualizou o Tratado de von Liszt), ao entrosar o critério da inexigibilidade no conceito do estado de necessidade (como faz o nosso Código), volta a insistir em que este não exclui a ilicitude objetiva, mas a culpabilidade. Ora, a inexigibilidade é, precisamente, o fundamento central da licitude que na espécie se reconhece e declara. Não é preciso referi-la à culpabilidade, cuja existência ficaria tolhida. Como acentua Helmut Mayer, o que não pode ser razoavelmente exigido a um homem, não lhe pode ser impôsto pelo direito positivo. A inexigibilidade só se apresenta em particulares circunstâncias de fato e, portanto, entende também com o lado objetivo da conduta. O que se dá, em tal caso, é, simplesmente, uma ação lícita ou não proibida juridicamente.<sup>448</sup>

---

<sup>448</sup> *op. cit.*, pp. 267-268.

Como dito, o raciocínio é coeso e vai ao encontro da teoria psicológica da culpabilidade, adotada pelo Código. Ora, como se poderia dizer que um agente, dolosa ou culposamente, poderia ter sua culpabilidade excluída por não lhe ser exigível um comportamento diverso? Continua, neste caso, o vínculo subjetivo entre o fato e esse agente. A saída encontrada foi filiar-se à corrente mais conservadora e declarar excluída a antijuridicidade, uma vez que o direito, não lhe exigindo tal comportamento, não poderia considerá-lo ilícito e, portanto, é lícito desde sua origem, já que não exigível. Ademais, a saída mais óbvia seria vincular as hipóteses de inexigibilidade ao estado de necessidade, instituto onde nasceu a discussão.<sup>449</sup>

Assim, no que se refere ao estado de necessidade e à inexigibilidade como sua essência, dizem os artigos 19, inciso I; e 20, *caput*, do Código:

Art. 19 – Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; (...). Art. 20 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Interessante é também mencionarmos o critério adotado pela doutrina a respeito dos limites da exigibilidade, no caso do estado de necessidade, nos moldes acima transcritos.

Hungria afirma que o Código de 1940, diferentemente de seu antecessor, livrou-se da regra que determinava a existência do estado de necessidade somente quando se visasse com a conduta ao afastamento de um mal maior.<sup>450</sup> O critério adotado, segundo ele, é outro. O crime é em si um fato reprovável, e, agindo em estado de necessidade, “essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir,

---

<sup>449</sup> Nelson Hungria chega a criticar expressamente as novas tendências acerca da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa conforme formuladas pelos normativistas. Segundo ele: “Certa corrente de autores alemães (Eb. Schmidt, Freudenthal, Mezger, Siegert), para suprir falha do Código Penal do seu país, entende que deve ser reconhecida como causa (*supralegal*) de exclusão da culpabilidade a ‘não exigibilidade’ (*Nichtzumutbarkeit*) e assim argumenta: se o pressuposto da culpabilidade (*falta moral*) é a *censurabilidade* (*Vorwerfbarkeit*) da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas, conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível de um indivíduo, não é seguida por este. A censurabilidade deixa de existir quando o indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, *não exigível* do *homo medius*, do comum dos homens. O nosso Código assimilou explicitamente o critério da ‘não-exigibilidade’, mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premência das circunstâncias, ora uma *discriminante*, isto é, identificando-a como a própria essência do ‘estado de necessidade’ (art. 20, *caput*), ora simples *minorante* (artigo 20, § 2º).” (*Ibidem*, pp. 23-24).

<sup>450</sup> A respeito disso, pode-se ler na exposição de motivos do Código, em seu tópico 17, o seguinte: “No tocante ao *estado de necessidade*, é igualmente abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. Não se exige que o direito sacrificado seja *inferior* ao direito pôsto a salvo, nem tampouco se reclama a ‘*falta absoluta* de outro meio menos prejudicial”.

quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens.”<sup>451</sup>

Note-se, portanto, que, segundo Hungria, o Código adota, na verificação do estado de necessidade, não uma ponderação entre valores dos bens em jogo, mas sim o critério do homem médio, criado pela doutrina alemã para justificar exatamente as hipóteses de inexigibilidade com fundamento generalizante.

Em verdade, segundo ele, o valor do bem ainda conta; porém, “(...) a discriminante só deixará de existir se o bem ou interêsse pôsto a salvo, em comparação com o que foi sacrificado, representa, manifestamente, um *minus*.”<sup>452</sup>, avaliação esta que deve ser feita do ponto de vista objetivo, mas sem se olvidar do prisma subjetivo.

Dois pontos finais devem ainda ser comentados a respeito do instituto. É de se notar que o parágrafo 1º do artigo 20 do Código diz: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.” E, o parágrafo 2º, por sua vez, diz: “Embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois têços.”

Ora, dados os dispositivos transcritos, verifica-se que, primeiramente, havendo um especial dever jurídico, não há que se falar em necessidade. Nas palavras de Hungria: “uma norma penal não podia declarar lícito o sacrifício do direito alheio, para salvar de perigo o próprio direito, por parte de quem, em virtude de outra norma jurídica, é *obrigado* a expor-se ao perigo.”<sup>453</sup>. Assim, por exemplo, o Código de 1940 não aceitaria a alegação de inexigibilidade por parte de um bombeiro, que se salva em vez de se por a salvar outra vida. É certo que o dispositivo se coaduna com o fato de tratar-se de uma hipótese de justificação, uma vez que se leva em conta muito mais o critério objetivo, ou seja, a licitude, propriamente, da conduta, do que o aspecto subjetivo, a capacidade efetiva de se conduzir de forma diversa.

Por outro lado, o parágrafo 2º, acima transcrito, dispõe uma hipótese de minoração da pena, uma vez sendo razoavelmente exigível a conduta, não funcionando, aqui, como justificação, mas como causa de diminuição da pena, propriamente.

---

<sup>451</sup> *op. cit.*, p. 273.

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>453</sup> *Ibidem*, p. 275.

### 6.2.3. A respeito da coação irresistível e de outras polêmicas acerca do Código Penal de 1940

Nelson Hungria, um dos componentes da comissão revisora do projeto Alcântara Machado e um dos autores do texto aprovado como Código Penal de 1940, deixa claro em seus comentários que a doutrina de inexigibilidade de conduta diversa, neste Código, apenas se refere ao estado de necessidade e, portanto, à exclusão da antijuridicidade, tão somente.

Inobstante a isso, conforme já mencionamos, alguns doutrinadores pátrios, já adeptos da culpabilidade normativa, questionavam esse posicionamento. Assim, é importante lembrarmos que, mesmo com a evidente inclinação à culpabilidade psicológica, havia já, ao longo da vigência do Código de 1940, aqueles que entendiam poder adaptar-se o texto à ideia de culpabilidade normativa, o que geraria inúmeras alterações a respeito da ideia de exigibilidade e inexigibilidade.

Um caso evidente desta inclinação é o de Aníbal Bruno, um dos mais efusivos defensores da teoria normativa da culpabilidade na época da vigência do Código de 1940. Conforme já mencionado no tópico anterior, Bruno era adepto das ideias de Frank, Goldschmidt e Freudenthal, acerca da culpabilidade. E a consequência imediata desta adesão era considerar como elemento da estrutura material da culpa a exigibilidade de conduta diversa. A respeito disso ele afirma:

A estrutura do conceito da culpabilidade completa-se com o elemento da exigibilidade de comportamento de acôrdo com a ordem jurídica, isto é, da possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da normalidade das circunstâncias concomitantes do fato.<sup>454</sup>

Tendo isso em vista, a leitura que Bruno e outros doutrinadores inclinados ao normativismo faziam do Código necessariamente seria outra. A começar pelo fato de que a inexigibilidade de comportamento diverso seria uma hipótese de exclusão da culpa e, jamais da ilicitude, como menciona Hungria, por exemplo. Ademais, não somente seria uma causa taxativa de exculpação, como também, atuaria como “causa geral de exclusão da culpabilidade em qualquer das suas formas, dolo ou culpa.”<sup>455</sup>, constituindo um princípio de direito penal. Dizia Bruno: “Tal princípio está realmente

---

<sup>454</sup> *op. cit.*, tomo 2º, p. 97.

<sup>455</sup> *Idem*, p. 102.

implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema.”<sup>456</sup>

Ademais, tendo a exigibilidade função de elemento da culpabilidade e, portanto, a inexigibilidade, função de causa geral de sua exclusão, obviamente, para Bruno, a ideia de inexigibilidade como fundamento do estado de necessidade, cairia por terra.

Primeiramente porque, ao constituir a exigibilidade elemento integrante da culpabilidade, jamais a não exigibilidade (ou inexigibilidade) poderia ser considerada como exclusão da antijuridicidade, uma vez que exigível é exatamente o fundamento central da culpa. Ou seja, trata-se, aqui, de incompatibilidade entre duas teorias da culpabilidade, a psicológica e a normativa.

Por outro lado, admitindo-se a culpabilidade normativa, segundo Bruno, não se poderia chamar de hipótese de exclusão da culpabilidade o estado de necessidade com fundamento na inexigibilidade, por incompatibilidade lógica com nosso ordenamento (leia-se, com o Código de 1940).<sup>457</sup>

A respeito disso, diz Bruno:

O que se poderia admitir é que a não exigibilidade de conduta diversa, com exclusão da culpabilidade, explicaria os casos em que o bem sacrificado é de igual ou maior valor; o princípio do interesse preponderante daria o caráter de justificativa às hipóteses em que se sacrifica um bem inferior. Mas essa dualidade de soluções não se concilia com o nosso Direito positivo. O estado necessário é, na realidade, uma causa de exclusão do ilícito, não da culpabilidade.<sup>458</sup>

Em resumo, a leitura que Bruno faz inclina o Código para um normativismo, o que, portanto, gera conclusões diversas das observadas pelo posicionamento psicologista de Hungria. Ademais, dado o modo como foi disposto o estado de necessidade no Código Penal de 1940, não seria possível adotarmos uma teoria diferenciadora, aceitando-se o estado de necessidade como uma causa de exclusão da culpabilidade, e a ele adequando as correntes alemãs, como foram criadas.

---

<sup>456</sup> *Ibidem*.

<sup>457</sup> A respeito disso, devemos salientar que não se trata de um problema entre teorias, como no caso de se trabalhar a inexigibilidade em relação à antijuridicidade ou à culpabilidade. Como já dito, mesmo os teóricos normativistas na Alemanha, como Frank e Freudenthal desenvolveram a doutrina da exigibilidade e inexigibilidade tendo em vista o estado de necessidade. Este ponto de discussão entre Bruno e Hungria, em verdade, refere-se muito mais à forma como foi redigido o estado de necessidade no Código brasileiro, permitindo-se que somente se referisse a uma hipótese de exclusão da ilicitude.

<sup>458</sup> *op. cit.* tomo 1º, p. 379.

Por outro lado, e por fim, outra consequência da leitura de Bruno seria o fato de que a hipótese de exclusão da culpabilidade por *coação irresistível* constituiria um exemplo claro da tipificação da inexigibilidade de conduta diversa, em espécie, como causa de exclusão da culpabilidade, diferentemente do que pensa Hungria<sup>459</sup>. Nesse sentido ele afirma:

(...) o ato do coato resulta inculpável por não exigibilidade de conduta diversa, razão que funciona aí, não como princípio geral de exclusão da culpabilidade, mas como motivo tomado em consideração pelo próprio legislador para regular a espécie.<sup>460</sup>

No Código de 1940, a espécie foi elencada em seu artigo 18, juntamente com outra causa de exclusão da culpabilidade, a *obediência a ordem de superior hierárquico*. Diz o dispositivo que: “Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Muito diferente é o posicionamento de Hungria a respeito da questão. Conforme mencionamos, sua inclinação ao psicologismo, ou ao menos a leitura que faz do Código, como um Código que elege a culpabilidade psicológica, não permitiria tal conclusão. Primeiramente, o autor realiza uma divisão no próprio dispositivo, de modo que existiriam duas situações distintas no dispositivo do artigo 18, as quais gerariam conclusões distintas. Trata-se das hipóteses de coação *física* irresistível e coação *moral* irresistível.<sup>461</sup> Quanto à primeira, Hungria afirma que sequer a solução se encontra na órbita da culpabilidade, em verdade. “A solução do caso fica na *órbita da causalidade*”<sup>462</sup>, com o que se pode concordar facilmente. Ora, aquele que obrigado fisicamente a agir de certa maneira sequer age voluntariamente. Tratar-se-ia,

---

<sup>459</sup> Note-se que, conforme já havíamos mencionado, a hipótese já estava presente mesmo no Código Penal de 1890 (em seu artigo 27, parágrafo 5º), entretanto, com redação relativamente diferente, e referindo-se a uma hipótese de exclusão da antijuridicidade.

<sup>460</sup> *op. cit.*, tomo 2º, p. 172.

<sup>461</sup> Essa divisão entre coação moral e coação física era permitida à época uma vez que o Código, da forma como o faz o atual (como se verá a seguir), não restringia o dispositivo à primeira hipótese, deixando a interpretação em aberto. Vitorino Prata Castelo Branco, por exemplo, em sua exposição a respeito do tema, trabalhava, além da coação física e da coação moral, com outras hipóteses, como “coação das paixões”; “coação das multidões”; “coação da honra”; e “coação da própria vítima”. (*op. cit.*, p. 156/157).

<sup>462</sup> *ibidem.*, p. 252. Neste mesmo sentido, menciona Edgard Magalhães Noronha, quando diz que: “A primeira, também chamada de *vis corporalis, atrox* ou *absoluta*, situa-se antes no campo da causalidade: não há propriamente ação do coagido; êle é um *instrumento* nas mãos do coator; a ação que desenvolve e produz o evento não lhe pode ser imputada *fisicamente*. (*Direito Penal*. 1º vol. São Paulo: Edição Saraiva, 1959. p. 202).

nas palavras de Hungria, de um verdadeiro paciente da ação daquele que exerce a coação.

Interessante, entretanto, é a explicação encontrada para a hipótese de coação moral irresistível. Nesse caso, Hungria concorda que se trata de evidente caso de exclusão da culpa, entretanto, não em virtude de uma inexigibilidade de comportamento diverso, e sim, por inexistência de vontade livre do coagido, e portanto, inexistência do próprio vínculo psíquico necessário para a formação a culpabilidade. Segundo ele, “A isenção de pena decorre, aqui, tão-somente da ausência de culpabilidade, por inexistência de vontade livre, isto é, de uma condição indispensável, *sub specie juris*, ao nexos de causalidade psíquica.”<sup>463</sup>

É uma explicação coerente, ou ao menos uma boa saída para a questão, se focarmos a ideia sob um ponto de vista da culpabilidade psicológica, em que o único elemento é o vínculo psicológico entre autor e fato, e segundo a qual não se poderia falar em inexigibilidade.

O ponto de interesse nessa discussão entre a doutrina psicológica da culpabilidade, representada aqui pela leitura feita por Hungria, e a doutrina normativa da culpabilidade, representada pela leitura feita por Bruno, é o surgimento, já sob a vigência do Código de 1940, de inúmeros posicionamentos sobre o mesmo problema. Assim, ao lado do posicionamento de Hungria acerca do Código de 1940, poderíamos elencar à época, por exemplo, Roberto Lyra Filho<sup>464</sup> e Basileu Garcia<sup>465</sup>, enquanto em

---

<sup>463</sup> *op. cit.*, tomo 2º, pp. 252-254.

<sup>464</sup> Segundo este “Apresenta-se, então, a *culpabilidade*, como relação subjetiva: ‘culpabilidade é o conjunto das relações penalmente relevantes, entre o mundo interno do homem e o resultado socialmente danoso de seus atos’.” (*op. cit.*, p. 156). A respeito da exclusão da culpabilidade por coação irresistível, apresenta a mesma justificativa de Hungria, ao mencionar que: “Em termos gerais, porém, a coação irresistível situa-se no campo das causas de exclusão do elemento subjetivo, pois, nela, se manifesta uma conduta, sem o revestimento daquela livre opção que é dado indispensável à formação do elemento psicológico do crime.” (*ibidem.*, p. 181). Por fim, ao comentar a respeito da inexigibilidade como causa de exclusão da culpa no Código de 1940, diz: “Fala-se em inexigibilidade de outra conduta (‘nichtzumutbarkeit’), pretendendo a exclusão da culpabilidade, quando não seria razoável exigir do agente, nas circunstâncias, um comportamento diverso, isto é, não ‘criminoso’. Tratar-se-ia, como propõe a doutrina alemã, de uma causa extralegal de exclusão da culpabilidade, contrária a índole e à estrutura de nosso ordenamento jurídico-penal. Aliás, os casos apontados como de inexigibilidade, em geral, enquadram-se como estado de necessidade; não ocorrendo isso, resultam objetiva e subjetivamente ilícitos, sob o ponto de vista penal.” (*ibidem.*, p. 184).

<sup>465</sup> Segundo este: “A culpabilidade é o nexos subjetivo que liga o delito ao seu autor. Reveste, no Direito brasileiro, as formas de dolo e culpa. Este último vocábulo emprega-se em sentido restrito, que é o mais usual, e em sentido amplo, para designar, *in genere*, a culpabilidade.” *Instituições de direito penal*, v.1, tomo I. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349.

concordância com a leitura de Bruno, poderíamos elencar Edgard Magalhães Noronha<sup>466</sup> e José Frederico Marques<sup>467</sup>.

Entretanto, como realizamos aqui uma leitura do texto do Código Penal de 1940 da forma como foi inspirado e criado, não podemos deixar de mencionar que, apesar da crescente adesão à teoria da culpabilidade normativa, por parte da doutrina brasileira, o Código tenha nítida inspiração na teoria psicológica, de modo que, a leitura feita por Hungria é, sem dúvida, a que mais se coaduna com o espírito do legislador da época. Desde a sua exposição de motivos, conforme mencionamos, o Código se inclina nesse sentido, ao dizer que a respeito da culpabilidade “o projeto não conhece outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*.”

As doutrinas contrárias a essa inclinação, aqui muito bem representadas pelos ensinamentos de Aníbal Bruno, tendem a dizer que o Código poderia aceitar a posição mais inovadora, isso, porém, não significa que assim tenha sido criado, de modo que, no que se refere à inexigibilidade, somos obrigados a concluir que, à época da legislação penal de 1940, tratava-se de instituto que ainda se referia à hipóteses de exclusão da antijuridicidade.

### 6.3. A tentativa de reforma da legislação penal: O anteprojeto Nelson Hungria e o Código Penal de 1969

Apesar da boa aceitação que recebeu o diploma de 1940, já na década de 1960, durante o governo de Jânio Quadros, o então Ministro da Justiça Oscar Pedroso Horta determinou que seriam feitas revisões dos códigos do país.

Para a tarefa de revisão do Código Penal foi convidado, como relator do anteprojeto, o renomado jurista Nelson Hungria, além de uma comissão para

---

<sup>466</sup> Segundo este: “Se a culpabilidade é juízo de reprovação social, é censurabilidade, compõe-se de outro elemento: a *exigibilidade de outra conduta*. Culpável é a pessoa que praticou o fato quando outra conduta lhe era exigida, e, ao revés, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de comportamento diverso do que o indivíduo teve.” (*op. cit.*, p. 132). Noronha, entretanto, a respeito da hipótese de coação moral irresistível, é mais cauteloso. Assim, apesar de entender mais correta a teoria normativa da culpabilidade, menciona a justificativa de Hungria como uma resolução possível para a exculpante, ao lado da corrente da inexigibilidade. Segundo ele: “Na coação irresistível, o ato do coagido não é *licito*: o que ocorre, como em outras causas semelhantes, é que *êle não é livre*. Não há conseqüente *dolo*, porque êste não pode existir sem vontade livre e consciente. É de se ter também em conta o requisito da não exigibilidade de outra conduta, elemento, como vimos, integrante da culpabilidade.” (*op. cit.*, p. 204).

<sup>467</sup> Esse autor, que também era adepto da teoria normativa da culpabilidade, menciona a respeito da coação moral irresistível: “A *vis compulsiva* torna inculpável a ação do coagido em conseqüência da anormalidade do ato volitivo: é que a coação moral, quando séria, torna inexigível outra conduta por parte do agente que sofreu o constrangimento.” (*op. cit.*, vol. II. p. 307).

elaboração definitiva do anteprojeto composta por Hélio Bastos Tornaghi, Basileu Garcia e José Frederico Marques.

Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, a comissão foi desfeita, vindo a se reorganizar no governo João Goulart, mantendo-se Nelson Hungria como relator do anteprojeto e compondo a comissão revisora os professores Roberto Lyra Filho e Helio Bastos Tornaghi.

O anteprojeto foi apresentado em 1963 e publicado no Diário Oficial. Uma ampla discussão se deu sobre o texto, sendo oferecidas sugestões por várias faculdades de direito e conselhos da ordem dos advogados. Além disso, promoveu-se um ciclo de palestras e debates por todo país, do qual participou efusivamente Nelson Hungria, momento em que teve oportunidade de expor os novos dispositivos, bem como receber elogios e sugestões.

Após a ampla discussão, outras duas comissões revisoras foram criadas. A primeira, no ano de 1964, presidida pelo professor Aníbal Bruno e composta também por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, não chegou a ter seus trabalhos concluídos, em virtude do golpe militar, ocorrido em 31 de março daquele ano. Já a segunda, nomeada pelo governo militar e composta por Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'aquino, conseguiu concluir os trabalhos.

Assim, no ano de 1969, foi o anteprojeto convertido em novo Código Penal pelo Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro, sendo parcialmente reformado pela lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, em virtude de inúmeras críticas recebidas acerca de alguns institutos.

O novo Código, entretanto, nunca chegou a vigor, transformando-se na maior *vacatio legis* da história do país, com duração de quase dez anos. Inicialmente determinada sua vigência para 1º de agosto de 1970, várias foram as prorrogações dessa data (inclusive em virtude da reforma de 1973, acima mencionada), até que, finalmente, por meio das leis 6.416, de 24 de maio de 1977, e 6.578, de 11 de outubro de 1978, foi ab-rogado, sem nunca ter entrado em vigor.

### 6.3.1. A questão da culpabilidade e da exigibilidade e inexigibilidade no Código Penal de 1969

Um aspecto interessante do Código Penal de 1969 a respeito da culpabilidade é, apesar de não ter efetivamente vigorado, ser este Código o diploma que mais sofreu

influência da doutrina normativista, nos moldes da dogmática alemã. E isso se percebe claramente, e principalmente, nas disposições atinentes ao estado de necessidade.

Se havia alguma dúvida a respeito das inclinações teóricas do Código de 1940, o Código de 1969 espancava-as todas, filiando-se, definitivamente, às linhas doutrinárias que vinham principalmente da Alemanha do primeiro quarto do século, trazendo com elas, porém, as alterações promovidas após a Segunda Guerra, nesse pensamento.

Assim, como seu antecessor (e como comumente se verifica), o Código de 1940 não trazia em seu texto uma definição expressa acerca da culpabilidade, elencando tão somente disposições acerca de dolo e culpa estrita. Porém, como já enfatizado, as disposições referentes ao estado de necessidade demonstravam sua inclinação normativista.

A respeito disso, vale transcrevermos um trecho da exposição de motivos do Código de 1969, de autoria do Ministro da Justiça Luis Antônio da Gama e Silva, que em seu tópico 14, dizia:

Com referência ao estado de necessidade, seguiu o projeto o sistema moderno de distinguir os casos de exclusão da ilicitude dos que excluem a culpabilidade. É antigo o debate sobre a natureza do estado de necessidade, como causa de exclusão do crime. Esse debate surgiu com a teoria normativa da culpabilidade, pois esta, segundo Frank, pressupunha a normalidade das circunstâncias do fato. Iniciou-se na doutrina o exame da matéria com a monografia notável que Goldschmidt publicou em 1913 (Der Notstand, ein Schuldproblem).

Daí, portanto, extrai-se que as influências normativistas foram evidentes na construção do novo Código. Entretanto, conforme analisamos detidamente, já na década de 1960, a discussão a respeito das hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa havia tomado outros rumos daqueles da época de Goldschmidt.

Ao longo dos anos 1960, em verdade, a discussão acerca do novo sistema jurídico-penal finalista já ocorria abertamente na Europa, e os primeiros traços do funcionalismo também já começavam a ser desenhados por Roxin e os demais participantes do Projeto Alternativo, na Alemanha.

É bem verdade que o finalismo ainda levaria algum tempo para exercer qualquer influência relevante no direito brasileiro, e muito mais tempo as discussões acerca do funcionalismo, que sequer exercem, nos dias de hoje, grande influência

legislativa. Entretanto, é evidente que as restrições impostas à doutrina da exigibilidade de conduta diversa, após a “esquizofrenia dogmática” da República de Weimar (conforme as palavras de Conde), por sua vez, aqui já haviam chegado.

Assim, a adoção do estado de necessidade como causa de exclusão da culpabilidade significava uma inclinação à culpabilidade normativa, porém, significava também uma limitação das hipóteses de inexigibilidade, uma vez que devidamente tipificadas.

Assim, continua o Ministro Gama e Silva, em sua exposição de motivos:

O projeto acolhe a chamada teoria diferenciadora, que distingue conforme se trata de um bem jurídico de valor igual ou inferior ao ameaçado. Essa teoria diferenciadora (que se opõe à unitária) é hoje amplamente dominante e sua correção nos parece indubitável. Ela se inspira na ideia de inexigibilidade de outra conduta, dando-lhe, porém, limites claramente definidos. São muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e supralegal de exclusão da culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pelo menos no que concerne aos crimes dolosos.

Não deixa qualquer dúvida, portanto, a exposição de motivos do Ministro da Justiça. O novo Código Penal bebeu das fontes normativistas, mas também das críticas que se fizeram à doutrina da exigibilidade e inexigibilidade, do modo como surgiram na Alemanha, nas décadas de 1900 a 1930. Pela primeira (e única, como se verá adiante) vez, a legislação brasileira adotou a teoria diferenciadora, trazendo para o âmbito do estado de necessidade as hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Além disso, ao mesmo tempo, a legislação passou a determinar uma aplicação muito restrita do dispositivo, que somente se verificaria nas hipóteses tipificadas pelo Código, e jamais como uma causa geral de exclusão da culpabilidade ou como uma hipótese supralegal de exclusão.

Note-se, ademais, que, apesar de se mencionar na exposição de motivos que a doutrina da inexigibilidade como causa supralegal ou geral de exculpação encontrava-se em descrédito, “pelo menos no que concerne aos crimes dolosos”, não nos parece ter aceitado essas hipóteses o Código de 1969. Em verdade, a exposição de motivos apenas parece justificar o porquê da extrema limitação da aplicação da inexigibilidade, de acordo com os requisitos elencados no novo diploma.

O dispositivo, propriamente dito, encontra-se no artigo 25 do Código. Segundo seu texto:

Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Ora, pela simples leitura percebe-se a dificuldade de aplicação da hipótese de inexigibilidade. É necessário que o direito protegido seja próprio ou, ao menos, de pessoa a quem se está ligado por estreito parentesco (o que, obviamente, demandaria uma interpretação mais apurada); bem como deve ser o perigo atual ou certo; não provocado pelo agente; e, por fim, que não se poderia evitar de outro modo.

Trata-se de aceitação da inexigibilidade, de forma expressa, porém, aceitação extremamente restrita, e somente aplicável ao estado de necessidade exculpante.

Interessante notarmos, ademais, que o ponto delimitador da teoria diferenciadora do estado de necessidade é exatamente o valor do direito protegido pela ação, tornando-a injusta ou não. Assim, enquanto no estado de necessidade justificante, falava-se em menor valor do direito sacrificado em relação ao direito protegido pelo ato praticado, na inexigibilidade, por sua vez, falava-se em maior valor do direito sacrificado em relação ao protegido.<sup>468</sup> Daí o porquê da extrema limitação que sofreu a teoria não somente no direito pátrio como na doutrina alemã, onde foi criada.

Outra consideração a ser feita é a evidente mudança de inclinação de Hungria a respeito da questão inexigibilidade, o que demonstra a abertura do notável jurista às novas teses. Ora, conforme mencionamos acima, Hungria, como um dos responsáveis pela redação do Código de 1940, foi enfático em se posicionar contra a inclinação do dispositivo à inexigibilidade de conduta diversa como exclusão da culpabilidade, até mesmo nos casos de coação irresistível. Após cerca de vinte anos, tendo-se amadurecido a ideia no meio doutrinário brasileiro, foi um dos responsáveis diretos pela introdução da teoria diferenciadora na legislação pátria, evidentemente mudando de posicionamento.

---

<sup>468</sup> Conforme a exposição de motivos do Código, em seu tópico 14: “O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância é *consideravelmente inferior ao mal evitado*. Fora daí, a situação de necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Em favor desta última fórmula foi abandonado o critério restrito do anteprojeto em sua formulação original (parente em linha reta, irmão ou cônjuge). A conduta deixa de ser reprovável quando é inexigível o comportamento diverso, o que haverá de ocorrer sempre em situações excepcionais.”

Nem se fale quanto a isso que seu anteprojeto foi alterado pelas comissões revisoras, que, dentre outros, era composta por normativistas como Aníbal Bruno. A ideia da inexigibilidade como excludente da culpabilidade já era tratada no próprio anteprojeto, apresentado por Hungria<sup>469</sup>. Sobre isso, menciona Lyra Filho:

Em nosso direito, contudo, acha-se em tela, “de lege ferenda”, a admissão expressa da não exigibilidade (anteprojerio HUNGRIA, art. 22), como causa de exclusão da culpabilidade, ao lado do estado de necessidade, que exclui, objetivamente, o crime. Nota Hungria: “É de se distinguir entre estado de necessidade (...) e razoável inexigibilidade de outra conduta (...). O estado de necessidade ocorre quando se trata de evitar mau maior”<sup>470</sup>.

No que se refere à hipótese de coação moral irresistível, tratada por parte da doutrina como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, houve poucas alterações entre os diplomas de 1940 e 1969.

Em verdade, apesar de alguma mudança na redação, o dispositivo continuou o mesmo, excluindo-se a culpa nas hipóteses em que o agente pratica o injusto mediante coação moral irresistível. A única alteração no dispositivo se deu em relação à hipótese de coação física, que foi separada do texto da primeira.

A coação física, entretanto, já era pacificamente tratada pela ampla maioria da doutrina não como causa de exclusão da culpabilidade, e sim como hipótese que afetava a própria ação. Assim, por esse motivo, foi retirada do rol de excludentes da culpa.

Um ponto interessante a se analisar quanto à coação moral irresistível, porém, é a discussão doutrinária que já se dava em seu entorno. Conforme salientamos, parte da doutrina tratava a mesma hipótese elencada no texto de 1940, como exemplo exposto de adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade, conforme é o caso de Aníbal Bruno. Por outro lado, a justificativa de Hungria, em virtude da inclinação psicologista do Código, seria outra, ou seja, a inexistência do próprio vínculo psíquico que ligaria o autor ao fato.

Evidentemente, por não ter o Código de 1969 sequer vigorado, a discussão doutrinária sobre o tema foi obviamente prejudicada. Isso, porém, não nos impede de considerarmos que a discussão tomaria outros rumos, caso vigorasse. Fato é que o

---

<sup>469</sup> Frederico Marques, em seu tratado, chega a mencionar, em uma breve análise do anteprojeto, Hungria que: “E, na Parte Geral, destacam-se os institutos do ‘erro de direito’, da ‘inexigibilidade de outra conduta’, do ‘estabelecimento penal aberto’, da ‘pena pecuniária’ fixada em ‘dias-multa’, da ‘habitualidade do criminoso’, da ‘medida de segurança de cassação de licença para dirigir automóveis’ e vários outros.” (*op. cit.*, p. 422).

<sup>470</sup> *op. cit.* p. 184.

Código de 1969 tem fortes inclinações normativistas em relação à culpabilidade, motivo pelo qual adotou a teoria diferenciadora do estado de necessidade, e, em consequência, a doutrina da inexigibilidade. Por outro lado, porém, limitou as hipóteses somente àquelas elencadas pelo Código, extremamente restritivas, e, ao mesmo tempo, manteve as disposições acerca da coação moral irresistível.

Entendemos isso como uma resposta à doutrina de Bruno, o que deixa claro que, apesar de ter cedido à teoria diferenciadora, Hungria ainda não tratava a coação moral como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como era de se esperar de um ponto de vista normativista.

A exposição de motivos do Código parece caminhar para esse sentido, quando é mencionado que:

Na disciplina da coação, o projeto distingue a coação física irresistível (que exclui a ação) da coação moral irresistível (que exclui a culpabilidade). Esta última aparece junto à obediência hierárquica. São conhecidas as divergências sobre a natureza jurídica desta última e as diversas soluções foram consideradas. Preferiu-se manter a orientação da lei vigente a estabelecer neste passo uma inovação que não produziria efeitos práticos.

Ficamos, portanto, com a indagação, mas não com a resposta, uma vez que o possível debate esvaiu-se com a vigência do Código, apesar da quase certeza de que não haveria mudanças em relação aos pensamentos já solidificados de cada doutrinador.

#### 6.4. A reforma da parte geral do Código Penal de 1940 (lei 7.209 de 11 de julho de 1984)

Conforme se sabe, o Código Penal de 1940 é ainda o código pátrio vigente. Apesar disso, a lei 7.209 de 11 de julho de 1984 gerou grandes alterações nesse diploma, de modo que toda a sua parte geral foi alterada, e seus dispositivos mais importantes, reformados, mantendo-se apenas sua parte especial sem alterações globais. O resultado disso, se não podemos chamar de novo Código, é um Código com um novo espírito, ao menos.

A verdade é que, de meados da década de 1970 até o fim da década de 1980, o Brasil passava por transformações profundas, e tais transformações não seriam completas sem uma ampla revisão dos diplomas que não mais refletiam o sentimento político do país.

Se o Código de 1940 havia bebido de fontes autoritárias (do Código Rocco, principalmente), que se adequavam perfeitamente ao regime militar que perdurou por trinta anos, o antigo diploma não mais se compatibilizaria com a renovação democrática que se instalava no Brasil.

Conforme René Ariel Dotti escrevia no início da década de 1980: “A nação passou a respirar numa atmosfera de maior liberdade e as forças políticas e comunitárias iniciaram um amplo e fecundo processo de participação nos debates em torno da revitalização de práticas da democracia, (...)”<sup>471</sup> E continua: “Atualmente se projeta uma radical mudança no sistema criminal.”<sup>472</sup>

Assim, no ano de 1980, o recém empossado Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, institucionalizou uma série de comissões que visavam a reformar não somente o Código Penal, como também o Código de Processo Penal, a Lei de Contravenções Penais, bem como criar uma Lei de Execução Penal.

A comissão que visava à elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal foi criada pela portaria 1.043, publicada no Diário Oficial em 1º de dezembro de 1980. Era composta pelos juristas Francisco de Assis Toledo (designado seu presidente), Francisco Serrano Neves, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti e Rogério Lauria Tucci.

Optou-se, entretanto, por uma reforma em duas fases. Conforme Toledo: “Essa divisão da reforma em duas fases distintas ensejaria antecipar-se à inadiável reformulação do anacrônico, deficiente e insuportável sistema penitenciário brasileiro, (...)”<sup>473</sup> bem como, “permitiria que a elaboração da Parte Especial (...) pudesse desenvolver-se sem pressa, sem correrias, sem perigosas improvisações que tanto comprometeram, como se viu, o primeiro Código republicano.”<sup>474</sup>

O anteprojeto da nova parte geral do Código Penal foi encaminhado ao Ministro da Justiça em 18 de fevereiro de 1981 e logo foi publicado para sugestões. Ciclos de conferências e debates ocorreram durante todo o ano de 1981, e, em seguida, foi constituída uma comissão revisora, composta pelos juristas Francisco de Assis Toledo (seu coordenador), Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior. Após concluídos os trabalhos da comissão revisora, já no ano de

---

<sup>471</sup> “Notas para a História das Penas no Sistema Criminal Brasileiro”. In: *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 176.

<sup>472</sup> *Idem*. p. 178.

<sup>473</sup> *op. cit.*, 2008. p. 67.

<sup>474</sup> *Idem*, p. 67/68.

1982, foi o projeto encaminhado à Presidência da República, com sua exposição de motivos, em 9 de maio de 1983.

O projeto de reforma da parte geral do Código Penal foi remetido, então, ao congresso nacional – juntamente com os projetos do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, que foram discutidos concomitantemente com aquele – e foi promulgado pela lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

Em termos globais, devemos falar que a reforma da parte geral do Código de 1940 significou “(...) uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que representa uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos.”<sup>475</sup>

#### 6.4.1. A culpabilidade na nova parte geral do Código Penal de 1940

Evidentemente, conforme comenta a maior parte da doutrina, os dispositivos que se referem direta e indiretamente à culpabilidade, e, em último grau, à responsabilidade do sujeito criminoso, foram aqueles que representaram os maiores avanços da reforma penal de 1984, em relação ao antigo diploma de 1940.

A começar, extirparam-se, de vez, do antigo Código, todas as possíveis reservas ao princípio da culpabilidade. Não há no novo diploma quaisquer referências ou quaisquer hipóteses de responsabilização objetiva, ou seja, responsabilização que não seja proveniente de dolo ou culpa estrita. Quanto a isso, devemos lembrar que, apesar de adotar o princípio da culpabilidade, a parte geral do Código de 1940 ainda trazia situações nas quais o agente respondia sem culpa, por influência do Código Rocco, no qual se baseou.

Isso não mais se verifica a partir da reforma de 1984, e tal alteração, nas palavras de Toledo, gerou consequências imediatas e visíveis. Segundo ele:

Aboliu-se a medida de segurança para o imputável; diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas; admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, sem, contudo, confundir a última com a mera ignorância legis; extirparam-se os vários resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos crimes qualificados pelo resultado.<sup>476 477</sup>

---

<sup>475</sup> PIERANGELI e ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 196.

<sup>476</sup> *op. cit.*, 2008. p. 72. Note-se, ademais, que a citação transcrita é também a literalidade do tópico 18 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, assinada pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel. Ademais, é de se transcrever aqui a integralidade do tópico 16 desta exposição de

Tal guinada no sentido do princípio da culpabilidade refletiu-se no movimento de emancipação da culpabilidade pelo fato, em detrimento de uma culpabilidade do autor, questão tão discutida por todas as escolas que trataram do tema, e que ainda tratam, conforme mencionamos ao longo de nossa exposição teórica. A nova parte geral do diploma definiu, portanto, que culpado é aquele que pratica um ato, e não aquele que tem determinado comportamento ou determinada personalidade.

Isso, porém, não significou um esquecimento total das teorias caracteriológicas. Conforme leciona Toledo,<sup>478</sup> quanto a isso, não se descuidou o legislador completamente das teorias de culpabilidade pela condução de vida ou pela formação da personalidade. O novo diploma tentou, em verdade, compatibilizar as teorias opostas, dando, entretanto, muito maior ênfase ao direito penal do fato e à culpabilidade do fato. Assim, criou-se, pela primeira vez, em um Código Penal brasileiro, uma dupla função em relação à culpabilidade. Uma função de fundamentação da pena, de modo que se permite deixar de aplicá-la na medida em que não seja censurável um sujeito ao qual um injusto é imputado (momento em que se considera tão somente o fato), e uma função de limitação e individualização da pena, limitando-a sempre ao grau de culpabilidade do agente (momento em que se considera também a pessoa do agente, sua personalidade, sua condução de vida etc.).

É evidente, porém, que mesmo nesse cenário, continua o fato em si, o crime praticado, objetivamente, a ditar o limite da atuação do Estado contra o sujeito, vinculando-se, assim, a um anseio mais democrático e menos intervencionista. Ora, mesmo considerando-se características pessoais na dosimetria da pena, devemos ter em vista que a culpabilidade pelo fato é sempre o fundamento da pena, e, que, dado isso, tais características devem ter influenciado naquele fato em concreto para que possam ser utilizadas como balizas para a individualização.

Conforme importante lição de Toledo:

---

motivos. Diz ela: “Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.”

<sup>477</sup> Ainda a respeito dos crimes qualificados pelo resultado, menciona José Henrique Pierangelli que: “O nosso Código afasta a responsabilidade objetiva e o chamado *princípio* do ‘*versari in re illicita*’, ou, por outras palavras, afasta a responsabilidade em que se não considera a parte subjetiva da conduta, ao estabelecer que, ‘pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente’ (art. 19).” (PIERANGELLI, José Henrique “A culpabilidade e o novo sistema penal”. in FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>478</sup> *op. cit.*, 2008. p. 72.

O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através dos séculos. E, até hoje, não se conseguiu encontrar algo melhor para substituí-los. Tentativas e experiências nesse sentido têm sido desastrosas. Dentro desse quadro, o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita seqüência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissolúvelmente ligado ao direito penal de índole democrática.<sup>479</sup>

A respeito das influências das diferentes teorias em relação à nova parte geral do Código, ao menos no que se refere à culpabilidade, sua inclinação é evidentemente finalista.<sup>480</sup>

Obviamente, como todos os demais diplomas penais do país, a nova parte geral não faz referência ao conceito de culpabilidade adotado e, tampouco, aos seus elementos. A conclusão acerca de sua inclinação, porém, é facilmente extraível a partir de seus novos institutos<sup>481</sup>, a ponto de, atualmente, ser praticamente unânime um posicionamento finalista até mesmo na doutrina brasileira.<sup>482</sup>

Na década de 1980, conforme já analisamos, o finalismo, em verdade, já exercia influência em grande parte da doutrina mundial, uma vez que suas propostas, principalmente no que se referem à teoria da ação e às suas consequências imediatas em relação à culpabilidade, ajudaram a resolver grande parte das questões tormentosas que envolviam a teoria do crime sob um ponto de vista causalista.

É bem verdade que, nessa época, o movimento funcionalista já havia crescido muito, e muitos doutrinadores já começavam a desenvolver suas teorias de culpabilidade com base no novo pensamento. Não obstante, por óbvio que doutrinas

---

<sup>479</sup> *Idem*, p. 73. Diz, ainda, Luiz Regis Prado, que: “A culpabilidade constitui o fundamento e o limite da sanção penal. Trata-se de uma *culpabilidade do fato*, que repousa sobre a conduta do agente (*direito penal do fato*) e não uma culpabilidade do caráter, do autor, pela condução de vida ou pela decisão de vida.” (*Elementos de direito penal*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 119).

<sup>480</sup> Dizemos “ao menos no que se refere à culpabilidade”, uma vez que, conforme bem lembra Guilherme de Souza Nucci, não se pode dizer o mesmo do diploma como um todo. Segundo este autor: “O Código original, de 1940, nascido de concepção causalista, sofreu algumas modificações de natureza finalista por ocasião da mencionada reforma do ano de 1984, permanecendo, pois, híbrido, não se podendo afirmar ser de conotação causalista pura, nem tampouco finalista na essência.” (*Manual de direito penal*. Parte geral e parte especial. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68).

<sup>481</sup> Um bom exemplo disto pode ser mencionado no que se refere a separação evidente entre a potencial consciência da ilicitude e o dolo, uma vez que, a partir do finalismo, como analisamos, deixam os elementos subjetivos (dolo e culpa) a esfera da culpabilidade e passam a compor o próprio centro da conduta. As maiores alterações legislativas em decorrência desta mudança na teoria do crime se deram em relação às hipóteses de erro jurídico penal, passando a ser divididas entre erro sobre elemento constitutivo do tipo e erro sobre a ilicitude do fato, abandonando-se a antiga referência a erro de fato e erro de direito, até então vigentes em nossa legislação. A respeito disso, entretanto, conforme mencionamos, não nos debruçaremos, haja vista tal discussão fugir de nosso objeto de estudo.

<sup>482</sup> Conforme abordaremos a seguir.

ainda não acabadas não teriam tantas chances de influenciar uma legislação e a inclinação finalista era, portanto, uma quase certeza.

#### 6.4.2. A questão da exigibilidade e da inexigibilidade na nova parte geral do Código Penal de 1940

O movimento de passagem da antiga parte geral do Código de 1940 para a nova parte geral, alterada pela lei 7.209 de 1984, no que se refere especificamente à questão da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa, representou muito mais uma mudança de espírito doutrinário do que uma ampla revolução dos dispositivos legais expressos no Código.

Em verdade, se tratássemos da questão no âmbito puramente legislativo, o Código de 1969, que sequer chegou a entrar em vigor, foi muito mais revolucionário nesse ponto, na medida em que, ao se vincular nitidamente a uma posição normativista (no sentido da escola de Frank e Goldschmidt), trouxe para a legislação pátria a teoria diferenciadora do estado de necessidade, chamando expressamente de causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa as hipóteses de estado de necessidade exculpante.

Note-se que, no que se refere às hipóteses de exigibilidade e inexigibilidade, o Código de 1969 chegou a dedicar longa explicação em sua exposição de motivos, conforme a transcrevemos aqui. Por outro lado, uma breve consulta à atual exposição de motivos da nova parte geral do Código nos permite perceber que sequer há qualquer menção às hipóteses, ao menos expressamente. A respeito disso, conforme mencionamos anteriormente, as consequências imediatas do finalismo no novo diploma, no que se refere à culpabilidade, são muito mais visíveis no tratamento do erro jurídico-penal (outra questão que tanta polêmica suscitava na antiga parte geral com a antiquada divisão entre erro de fato e erro de direito) do que propriamente no tratamento da exigibilidade, motivo pelo qual, em relação àquela causa de exclusão da culpabilidade, dedica-se à exposição de motivos uma longa nota (nota número 17).

Não obstante a esta ausência de menção expressa, devemos realizar a leitura que se faz do novo diploma de acordo com o espírito que influenciou as alterações acerca da culpabilidade e da ideia de exigibilidade e inexigibilidade, bem como de acordo com a perspectiva dos doutrinadores que trabalham atualmente com o texto.

Para tanto, dividiremos a análise em três pontos, os quais são geralmente suscitados pela doutrina quando da abordagem da questão da exigibilidade no Código Penal atual: *coação moral irresistível* e *obediência hierárquica*; *estado de necessidade exculpante*; e, por fim, *inexigibilidade de conduta diversa supralegal*.

#### 6.4.2.1. Coação moral irresistível e obediência hierárquica

A respeito da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, no novo diploma penal, a não ser no que se refere a *uma* palavra, absolutamente nenhuma mudança se viu entre o Código de 1940 e a sua nova parte geral de 1984.

Conforme menciona o tópico 20 da atual exposição de motivos:

Excetuado o acerto de redação do art. 22, no qual se substitui a palavra ‘crime’ por ‘fato’, mantêm-se os preceitos concernentes ao erro determinado por terceiro, ao erro sobre a pessoa, à coação irresistível e à obediência hierárquica.

Assim, nesse sentido, conforme dito previamente, as mudanças de posicionamento a respeito da ideia de exigibilidade e inexigibilidade na legislação atual muito mais refletem uma mudança de posicionamento doutrinário do que propriamente uma alteração legislativa, uma vez que, a substituição de apenas uma palavra em nada modificou a velha legislação.

Essa mudança de posicionamento, ou melhor, a cristalização de um entendimento que já vinha sendo cultivado por Aníbal Bruno<sup>483</sup>, entre outros, já na década de 1950, definiu o espírito da lei atual. Hoje, há quase uma unanimidade entre os doutrinadores que escrevem sobre culpabilidade de que coação moral irresistível e estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico são as duas hipóteses legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Assim está exposto no artigo 22 do Código Penal: “Se o fato é praticado sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Entre os doutrinadores que entendem as duas hipóteses como causas de exculpação que se referem à inexigibilidade de conduta diversa, sem quaisquer reservas quanto a isso, podemos citar, exemplificativamente, Guilherme de Souza

---

<sup>483</sup> Ao menos no que se refere à hipótese de coação moral irresistível.

Nucci; André Estefam<sup>484</sup>; Víctor Grabriel Rodríguez<sup>485</sup>; Cezar Roberto Bitencourt<sup>486</sup>; e Luiz Regis Prado<sup>487</sup>. Assim, conforme menciona Nucci, representando uma ideia geral:

Tanto esta quanto a obediência hierárquica são causas de exclusão da culpabilidade que se situam no contexto da inexigibilidade de conduta diversa. Afinal, o direito não pode exigir das pessoas comportamentos anormais ou heróicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual se vê envolvido o agente de um injusto (fato típico e antijurídico).<sup>488</sup>

Há, entretanto, outros posicionamentos doutrinários interessantes a respeito destas hipóteses elencadas no artigo 22 do Código Penal.

Francisco de Assis Toledo, por exemplo, apesar de deixar claro que entende a coação moral irresistível como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa<sup>489</sup>, da forma como foi disposta no artigo 22 do Código Penal, assim não se pronuncia a respeito da obediência hierárquica. A respeito desta, Toledo somente menciona que: “Tratando a obediência à ordem de superior hierárquico com isenção de pena, instituiu o legislador pátrio, segundo a técnica que geralmente adota, uma causa de exclusão da culpabilidade.”<sup>490</sup>

O posicionamento é interessante uma vez que, caso Toledo não se incline a tratar a obediência hierárquica como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como parece demonstrar, coaduna-se o doutrinador com o posicionamento de Aníbal Bruno, conforme mencionamos. E não somente com Bruno, mas com a grande

---

<sup>484</sup> A respeito do tema, diz o autor: “As causas previstas em lei que afastam o elemento da culpabilidade em estudo, também conhecidas como causas de *inexigibilidade de conduta diversa* são a *coação moral irresistível* e a *obediência hierárquica*.” (*Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272).

<sup>485</sup> Segundo este: “O Código Penal prevê duas figuras que afastam a culpabilidade pela ausência da exigibilidade de conduta diversa: a coação irresistível e a obediência hierárquica.” (*Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 289). Interessante notarmos que o autor, apesar de apresentar este entendimento, menciona, em ressalva, que: “Reforce-se, aqui, que o Código não enuncia expressamente que essas duas figuras cuidam de espécies de inexigibilidade de conduta diversa, somente prescrevendo-lhes isenção de pena. E acerta o legislador em não enunciar essa natureza jurídica, o que seria ilegítima intervenção na seara doutrinário-científica, que somente traria complicações no momento de aplicar a norma.” (*Ibidem*).

<sup>486</sup> Segundo Bitencourt: “Nosso Código Penal prevê, expressamente, duas situações que excluem a culpabilidade, em razão da inexigibilidade de comportamento diverso: são causas legais que excluem a culpabilidade a *coação irresistível* e a *obediência hierárquica* (art. 22).” (*op. cit.*, 2006. p. 446).

<sup>487</sup> Para este: “Importa, neste passo, pôr em destaque as causas de exclusão da culpabilidade (causas de *inculpabilidade*), por falta de exigibilidade de conduta diversa. A lei brasileira dispõe de modo expreso: ‘art. 22. (...)’” (*Curso de direito penal brasileiro*. parte geral. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 380).

<sup>488</sup> *op. cit.*, 2008. p. 295/296.

<sup>489</sup> *op. cit.*, 2008. p. 338.

<sup>490</sup> *Ibidem*, p. 342.

maioria dos doutrinadores inclinados ao normativismo que realizavam a mesma leitura que este último no que se refere ao antigo dispositivo do Código de 1940.

Mais diferente ainda, porém, é a visão apresentada por Pierangeli e Zaffaroni. Segundo estes, “A coação e a obediência hierárquica não têm autonomia doutrinária, embora a tenham sob a ótica legal.”<sup>491</sup> Desse modo, segundo ambos, não se poderiam tratar tais hipóteses como as únicas causas legais de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa. Em verdade, conforme eles:

Posto que reconhecemos que a inexigibilidade de conduta diversa e adequada ao direito é a natureza última de todas as causas de ausência de culpabilidade, negamo-nos a reconhecer que haja uma causa de inculpabilidade – legal ou “supralegal” – de “inexigibilidade de outra conduta”, como foi sustentado pela doutrina estrangeira nos primórdios da teoria normativa da culpabilidade.<sup>492</sup>

A razão para este entendimento diverso, porém, deriva diretamente da concepção de culpabilidade a qual se vinculam, e em razão da qual toda forma de inculpabilidade confundir-se-ia com uma hipótese de inexigibilidade. Conforme mencionam:

Como se poderá compreender, dentro de uma concepção normativa nos moldes que nós sustentamos, a culpabilidade é um conceito eminentemente graduável, isto é, admite graus de reprovabilidade. Quando os limites da autodeterminação se encontram tão reduzidos que só resta a possibilidade física, mas o nível de autodeterminação é tão baixo que não permite a sua revelação para os efeitos da exigibilidade desta possibilidade, estaremos diante de uma hipótese de inculpabilidade. A inexigibilidade não é – como outrora pretendeu a teoria complexa da culpabilidade – uma causa de inculpabilidade, e sim a essência de todas as causas de inculpabilidade. Sempre que não há culpabilidade, é porque não há exigibilidade, seja qual for a causa que a exclua.<sup>493</sup>

A verdade é que o entendimento de Pierangeli e Zaffaroni, apesar de apresentar suas justificativas, parece ir de encontro à grande maioria da doutrina pátria. Isso não significa que tal posicionamento esteja equivocado; apenas significa que se parte de premissas diferentes acerca da exclusão da culpabilidade. Entretanto, assim como mencionamos na análise dos dispositivos do Código de 1940, seu entendimento não parece se coadunar com o espírito do legislador de 1984, ou, ao menos, não com a leitura que entendemos mais correta a ser feita.

---

<sup>491</sup> *op. cit.*, 2007. p. 558.

<sup>492</sup> *Ibidem.*

<sup>493</sup> *Idem*, p. 521.

Interessante notar, porém, que a crítica acerca da autonomia doutrinária dos institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica tem sua razão de existir. Note-se que, quando da adoção da coação e da obediência no ordenamento pátrio, já no Código de 1890, de maneira expressa, ambos eram tratados como hipóteses de exclusão da ilicitude, o que se coadunava com a ideia de culpabilidade da época. Mais tarde, uma grande discussão se deu em torno dos mesmos dispositivos, entendendo parte da doutrina tratar-se de causa de justificação e outra parte tratar-se de causa de exculpação. Somente em 1940, a grande maioria da doutrina parece ter aceitado que tanto a coação irresistível quanto a obediência hierárquica constituíam causas de exculpação.

Note-se, entretanto, que mesmo com a quase unanimidade alcançada a respeito do posicionamento favorável à ideia de exclusão da culpabilidade, sob a égide do Código de 1940, poucos eram aqueles que defendiam os institutos como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. Somente os normativistas, como Aníbal Bruno, assim pensavam, e, mesmo para eles, apenas constituiria inexigibilidade de conduta diversa os casos de coação irresistível, uma vez que a obediência hierárquica era pensada como uma hipótese especial de erro de proibição, leitura que até hoje ainda se vê na doutrina, com Julio Fabbrini Mirabete<sup>494</sup> e Damásio Evangelista de Jesus.<sup>495 496</sup>

Somente com a vigência da nova parte geral é que se estabeleceu um quase consenso, no sentido de que se passou a entender tanto a coação irresistível como a obediência hierárquica como hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, ainda que Pierangeli e Zaffaroni se inclinem em relação a uma teoria particular acerca da culpabilidade, diferentemente da maior parte da doutrina

---

<sup>494</sup> Segundo este: “Trata-se, segundo a doutrina, de um caso especial de erro de proibição. Supondo obedecer a uma ordem legítima do superior, o agente pratica o fato incriminado.” (*Manual de direito penal*. parte geral. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 208).

<sup>495</sup> Menciona Damásio que: “No caso de a ordem não ser manifestamente ilegal, embora a conduta do subordinado constitua fato típico e antijurídico, não é culpável, em face de incidir em relevante erro de proibição.” (*Direito penal*. parte geral. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 436).

<sup>496</sup> Rolf Koerner Júnior, que escreveu sobre o tema da obediência hierárquica, diz: “Nesse aspecto, no Brasil, há duas grandes correntes que sustentam ser a obediência hierárquica causa de exclusão da culpabilidade, (a) por *erro de proibição* (boa-fé) ou (b) por *inexigibilidade de comportamento conforme a norma* (conflito).” E, posiciona-se do seguinte modo: “Prefiro conduzir-me assim: do *erro de proibição* e da *inexigibilidade de conduta diferente* poder-se-á falar em matéria de obediência hierárquica, sempre dependente o fato da especial condição do sujeito em face de ordem facultativa, ou não vinculante, ou obrigatória e vinculante, respectivamente.” (*Obediência hierárquica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 151).

brasileira atual, a crítica acerca da autonomia feita por eles parece ter razão, ao menos no que se refere à origem dos institutos.

De qualquer modo, atualmente, a leitura que se faz, e que parece ser a mais correta, tendo-se em vista o espírito finalista que envolvia a feitura da nova parte geral do Código, é a de que obediência hierárquica e coação moral irresistível são as únicas hipóteses legais expressas acerca das causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa de nosso ordenamento, tendo sido elas ou não discutidas, desse modo, fora do país.

Assim, nesse sentido, apesar de o diploma não ter sofrido quase nenhuma alteração textual, se, segundo a melhor leitura do Código de 1940, não havia qualquer hipótese expressa de inexigibilidade de conduta diversa (ou, segundo Bruno, havia apenas uma, a coação moral irresistível), agora o legislador havia elencado duas novas.

Por fim, devemos apenas ressaltar que, da mesma forma como já era pacífica a questão, sob a vigência do Código de 1940, também hoje não há qualquer discussão em torno da coação física irresistível, a chamada *vis absoluta*. A respeito desta, todos estão de acordo que afasta a própria conduta, e não a culpabilidade, apesar de a redação da nova parte geral, diferentemente do que pretendeu o Código de 1969, não ter feito qualquer distinção entre a coação física e a coação moral.

Conforme menciona Nucci, a respeito: “A coação irresistível, referida no art. 22 do Código Penal, é a coação moral, uma vez que a coação física afeta diretamente a voluntariedade do ato, eliminando, quando irresistível, a própria conduta.”<sup>497</sup>

#### 6.4.2.2. Estado de necessidade exculpante

Nenhuma alteração foi introduzida pelo novel diploma penal, ao menos no que se refere aos fundamentos e requisitos do instituto<sup>498</sup>, da mesma forma como se deu a respeito das hipóteses de coação moral irresistível e estrita obediência à ordem hierárquica e, também, no que se refere ao estado de necessidade. Note-se que, nesse caso, sequer qualquer palavra foi alterada pela nova parte geral.

---

<sup>497</sup> *op. cit.*, 2008. p. 296.

<sup>498</sup> Isto porque estendeu-se ao estado de necessidade, bem como às demais justificantes, o excesso punível, que somente se referia à legítima defesa no diploma de 1940.

Segundo o tópico 21 da exposição de motivos do Ministro Ibrahim Abi-Ackel, “Permanecem as mesmas, e com o tratamento que lhes deu o Código vigente, as causas de exclusão da ilicitude.”. Dado isso, seria razoável concluirmos com Paulo José da Costa Júnior que: “O direito brasileiro permaneceu fiel à teoria unitária, que entende o estado de necessidade como justificativa, quer quando o bem jurídico sacrificado é de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor.”<sup>499</sup> E continua: “Ficou assim, afastada a chamada teoria diferenciadora, adotada pelo Código de 1969.”<sup>500</sup>

Inobstante, o dilema não parece ser tão simples assim. Conforme dissemos, e conforme cita também Costa Júnior, o Código de 1969 foi muito mais revolucionário do que a nova parte geral do Código de 1940, no que se refere ao estado de necessidade. O Código que não chegou a vigorar, já nessa época, fortemente influenciado pela corrente normativista da culpabilidade, adotava expressamente as hipóteses de estado de necessidade exculpante (artigo 25 do Código de 1969) e estado de necessidade justificante (artigo 28 do Código de 1969), com o critério da ponderação de valores como ponto diferenciador entre eles.<sup>501</sup>

A nova parte geral é realmente expressa e parece não deixar dúvidas a respeito da questão, quando dispõe, em seu artigo 23 (sob o *nomem juris* “exclusão da ilicitude”), que: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; (...)”.

E não somente isso, o novo diploma desconsidera também o critério de ponderação de valores, típico da teoria diferenciadora, quando diz, em seu artigo 24, que:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Assim, apesar de entendermos que a leitura mais correta do Código em sua nova parte geral seja a de que o tratamento do estado de necessidade se limita à

---

<sup>499</sup> *Direito Penal: curso completo*. 8 ed. rev. e consolidada em único volume. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 103.

<sup>500</sup> *Ibidem*.

<sup>501</sup> Conforme menciona Manoel Pedro Pimentel: “Ao contrário do que dispunha o Código Penal de 1969, que não entrou em vigor, o art. 24 do novo CP (Lei 7.209/84) não adotou a teoria diferenciadora, cuidando em separado de cada um dos institutos.” (“A culpabilidade na reforma penal”. In: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 859).

exclusão da ilicitude, ao menos no que se refere às hipóteses devidamente tipificadas na legislação, alguns doutrinadores discordam dessa análise, e outros, ainda, apresentam visões particularizadas sobre o tema, e cada entendimento gera consequências teóricas diferenciadas.

Primeiramente, é de se dizer que, até mesmo pela leitura dos dispositivos atinentes ao estado de necessidade, a maior gama dos doutrinadores admite que o Código Penal, com sua reforma de 1984, adotou a teoria unitária do estado de necessidade. Assim, por exemplo, o defendem, além do próprio Paulo José da Costa Júnior, também André Estefam<sup>502</sup>; Francisco de Assis Toledo<sup>503</sup>; Cezar Roberto Bitencourt<sup>504</sup>; Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez<sup>505</sup>; e Luiz Regis Prado.<sup>506</sup>

De nosso lado, entendemos ser este o posicionamento mais correto. Conforme mencionamos, a teoria diferenciadora apresenta como exposto critério de delimitação entre o estado de necessidade exculpante e o estado de necessidade justificante a ponderação ou sopesamento de valores. Ao menos assim, foi a forma que se encontrou para delimitá-los na legislação estrangeira<sup>507</sup> e a forma como foi criada a doutrina, desde os princípios da concepção normativa de culpabilidade. Tal critério não se encontra presente na legislação pátria, como visto, a qual somente fala em razoável exigibilidade, da mesma forma como já dispunha o Código em 1940 e sua exposição de motivos, já aqui transcrita.

---

<sup>502</sup> Diz ele: “b) *unitária*: em quaisquer das hipóteses acima analisadas há exclusão da ilicitude. Foi a teoria adotada pelo Código Penal.” (*op. cit.*, p. 247).

<sup>503</sup> Segundo Toledo: “Por outro lado, como os preceitos do Código não exigem a ponderação de bens nem definem a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular em relação ao agente (...), é fora de dúvida que o legislador pátrio adotou a teoria unitária, que no Brasil sempre teve importantes adeptos, dentre os quais encontramos Costa e Silva, Aníbal Bruno e Néelson Hungria.” (*op. cit.*, 2008. p. 179).

<sup>504</sup> Diz ele: “O Código Penal brasileiro consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã. Assim, o Código Penal brasileiro não estabelece expressamente a *ponderação de bens*, como também não define a natureza dos bens em conflito ou a condição dos titulares dos respectivos bens. Adota, em outros termos, a chamada *teoria unitária*.” (*op. cit.*, 2006. p. 386).

<sup>505</sup> Segundo estes: “a) Unitária (*Einnheitlichkeitstheorie*): adotada pelo Código Penal brasileiro (...), o estado de necessidade é sempre causa de exclusão da ilicitude.” (*Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 478).

<sup>506</sup> Diz ele: “No Direito positivo brasileiro, o estado de necessidade é, fundamentalmente, justificante – causa de exclusão da ilicitude. (...) Manteve-se o legislador fiel à teoria unitária ou monista objetiva, que remonta ao Código Criminal do Império (art. 14) e ao Código Penal de 1890 (art. 33). Também a reforma penal de 1984 em nada alterou o disposto no Código Penal de 1940, redação original.” (*op. cit.*, p. 345).

<sup>507</sup> Conforme comentaremos à frente, ao analisarmos a legislação penal de Alemanha e Portugal.

Não obstante, existe uma parcela da doutrina que entende que o Código Penal Brasileiro, atualmente, aceita expressamente a teoria diferenciadora. Nesse sentido, apresenta-se, por exemplo, Víctor Gabriel Rodríguez<sup>508</sup>.

Finalmente, existem também doutrinadores como Pierangeli e Zaffaroni, que, por entenderem que o âmago de todas as causas de exclusão da culpabilidade seja uma forma de inexigibilidade<sup>509</sup>, ainda que admitam que o Código adotou a teoria unitária, defendem a tese de que se pode da própria lei extrair livremente, hipóteses de necessidade exculpante ou justificante, da mesma forma como ocorreria com a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, que, como anotado, entendem não ter autonomia doutrinária ou teórica.

Dada essa divisão, entende-se que as consequências extraídas por cada doutrinador, de acordo com seu posicionamento acerca do que acredite ser a teoria adotada pelo Código Penal, são diversas. Em geral, aqueles que entendem que o Código Penal adotou a teoria diferenciadora tendem a, logicamente, defender que o estado de necessidade exculpante extrai-se da própria norma que trata do instituto. Enquanto, por outro lado, aqueles que realizam uma leitura no sentido de que o Código adotou a teoria unitária, dividem-se em duas outras tendências. Assim, ou simplesmente descartam a existência de um estado de necessidade exculpante, ou, em geral, entendem ser possível tal exculpante, porém, extraída da essência da inexigibilidade de conduta diversa, motivo pelo qual não se trataria de um estado de necessidade, mas sim de um caso claro de inexigibilidade de conduta diversa supralegal.

Por fim e por último, no caso de Pierangeli e Zaffaroni, apesar de partirem de uma concepção diferenciada a respeito das hipóteses de exclusão da culpabilidade, de um modo geral, ao menos no reflexo que isso tem sobre o estado de necessidade, sua teoria acaba se compatibilizando, relativamente, com estes últimos, diferenciando-se

---

<sup>508</sup> Diz ele: “Porque a lei nacional adotou essa *bipartida* forma do estado de necessidade, diz-se que no Brasil foi acatada a teoria *diferenciadora*, em contraste com a teoria *unitária*, que apenas admite a figura *justificante* dele.” (*op. cit.*, p. 243).

<sup>509</sup> Como já dissemos, para esses autores, a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa comum de toda inculpação. Assim, pode haver a exclusão da culpabilidade nas seguintes hipóteses: porque não seja exigível o comportamento adequado em virtude da ausência de compreensão da antijuridicidade, o que se dá nas hipóteses de erro e inimputabilidade; ou porque não seja exigível em razão da diminuição do âmbito de autodeterminação, o que se dá nas hipóteses de necessidade exculpante, inexigibilidades contempladas na parte especial do Código, e em virtude da impossibilidade de dirigir suas ações conforme à compreensão da antijuridicidade, o que seria uma segunda hipótese de inimputabilidade. (*op. cit.*, p. 526/527).

apenas no sentido de que não seria uma hipótese supralegal, mas sim legal de inexigibilidade.

A respeito dos primeiros, que entendem haver um estado de necessidade exculpante em razão da adoção expressa da teoria diferenciadora, citamos o exemplo de Víctor Gabriel Rodríguez. O autor, entretanto, não relaciona tais hipóteses como casos de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa. Segundo seu entendimento, “A figura do estado de necessidade *exculpante* aparece no art. 24, § 2º, do Código Penal, que dispõe que, ‘embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços’”.<sup>510</sup>

Tal tese, entretanto, não nos parece correta. Dizer que redução da pena implica em diminuição da culpabilidade é uma tese verdadeira, uma vez que se trata de elemento graduável. Ora, é evidente que um indivíduo pode ser mais ou menos culpável, de acordo com as condições em que praticou o injusto, a forma como o praticou, as consequências desse injusto. Todas estas, ademais, são questões que envolvem a própria individualização da pena, como no próprio caso mencionado por Rodríguez, do parágrafo 2º, do artigo 24. Entretanto, dizer que redução da pena implica em exclusão da culpabilidade é uma afirmação que foge da lógica do sistema penal vigente.

Em verdade, muitos são os doutrinadores que se utilizam do próprio parágrafo 2º, do artigo 24, do Código Penal, para justificar suas razões de não aceitarem a hipótese de um estado de necessidade exculpante legal. A respeito disso, menciona Bitencourt que: “(...) essa é a interpretação que se pode fazer da previsão do § 2º do art. 24, que não é outra coisa que a *ponderação de bens*, prevendo uma *culpabilidade diminuída*, permitindo a redução da pena, ainda que excepcionalmente.”<sup>511</sup> E continua: “Por essa previsão – *minorante* –, quando houver *desproporcionalidade* entre os bens em conflito, perecendo o bem mais valioso, afasta-se, legalmente, não

---

<sup>510</sup> *op. cit.*, p. 242. Ele ainda justifica seu conceito dizendo: “Despiciendo discutir se a legislação nacional adotou ou não um estado de necessidade exculpante. O argumento que defende que se trata de uma modalidade menor de um estado de necessidade justificante não leva em consideração que toda a vez em que existe a *redução* da pena, não se pode tratar da antijuridicidade. Não se pode ser *meio* ou *um pouco* antijurídico, em nossa visão. De fato, entretanto, a lei diz que *não* há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade. Nesse ponto, o argumento é aceitável, mas se trataria apenas de uma questão terminológica: a lei cuidaria do estado de necessidade *em sentido estrito* como sua modalidade justificante, e utilizaria a mesma figura, despida da exigibilidade do sacrifício, como uma espécie ‘não justificante com pena reduzida’, que nada mais é, em minha opinião, que a figura *exculpante*. De qualquer modo, não há críticas ao conteúdo na norma nesse sentido, porque denota a autoimposição de limites do legislador, que não se deve aprofundar em questões doutrinárias como a distinção de antijuridicidade e culpabilidade.” (*ibidem*).

<sup>511</sup> *op. cit.*, 2006. p. 387.

só o estado de necessidade justificante, mas também o estado de necessidade exculpante.”<sup>512</sup>

É a mesma posição de Toledo, quando diz que “Admitimos, pois (...), o estado de necessidade exculpante como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, por ser isso resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade (...)”<sup>513</sup>, e de Nucci, quando diz que: “Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida, não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade.”<sup>514</sup>

A respeito daqueles que simplesmente descartam a existência de um estado de necessidade exculpante, legal ou supralegal, pela não adoção da teoria diferenciadora, citamos, por exemplo, Estefam<sup>515</sup>, que apesar não justificar sua posição, desconsidera, de início a possibilidade.

Por fim, acerca dos doutrinadores que entendem que o Código Penal se alinha à teoria unitária, e, caso se queira aceitar a hipótese de estado de necessidade exculpante, estar-se-á tratando da própria inexigibilidade de conduta diversa, já adiantamos sua tese, na crítica à Rodriguez, como é o caso, por exemplo, de Bitencourt e Toledo, acima referidos. De qualquer maneira, voltaremos a tratá-los logo a seguir, uma vez que são aqueles doutrinadores adeptos das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa supralegal.

Apenas para fomentar a discussão, e como curiosidade, é de se mencionar que, diferentemente do Código Penal com sua nova parte geral de 1984, o Código Penal Militar, datado do ano de 1969, adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, elencando-a, ademais, claramente como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa legal, nos moldes como foi criada a doutrina na Alemanha.

Segundo diz o dispositivo do artigo 39 deste Código:

Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

---

<sup>512</sup> *Ibidem.*

<sup>513</sup> *op. cit.*, 2008. p. 181.

<sup>514</sup> *op. cit.*, 2008. p. 244.

<sup>515</sup> *op. cit.*, pp. 246-247.

Tal redação nos dá mais um indicativo de que o Código Penal com suas alterações de 1984 não seguiu a teoria diferenciadora, assim como pretendia o diploma de 1969, que sequer vigorou. Ora, quisesse o legislador inovar na nova parte geral de 1984, teria tratado da questão da forma como foi tratada pelo Código Penal Militar, ou da forma como tratava o diploma *nati morto* de 1969. Não foi o caso. Manteve-se, como se viu, a redação acerca do estado de necessidade, elegendo-o como causa de exclusão de ilicitude, e descartando-se o critério do sopesamento de valores, posicionamento este que tantas discussões gerou, como mencionamos acima.

#### 6.4.2.3. Inexigibilidade de conduta diversa supralegal

A inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão supralegal da culpabilidade, segundo a legislação pátria em vigor, é outra das questões tormentosas acerca da problemática que vimos analisando.

Conforme mencionamos, parece não haver quaisquer dúvidas a respeito de que a coação moral irresistível e a obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico são as duas hipóteses legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa elencadas em nosso Código Penal. Esta, como se viu, é a posição majoritária da doutrina, e, em nosso entender, reflete bem o espírito finalista que influenciou a culpabilidade da forma como foi disposta no diploma de 1984.

Não obstante, uma grande discussão existe em torno da possibilidade de, segundo a legislação em vigor, aceitarem-se hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa como causa supra ou extralegal de exclusão da culpabilidade. Nesse sentido, menciona Nucci que: “Há intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da *inexigibilidade de outra conduta* como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica.”<sup>516</sup>

Obviamente, dois são os posicionamentos doutrinários acerca da tormentosa questão: ou se aceita a possibilidade de exclusão supralegal, ou não se aceita. Entretanto, o argumento parece encontrar maiores variantes do lado daqueles que são simpáticos ao tema.

---

<sup>516</sup> *op. cit.*, 2008. p. 303.

Assim, por um lado, parte da doutrina entende que, em matéria de dirimentes, não há que se falar em analogia benéfica (*in bonam partem*), de modo que, uma vez tendo o legislador tipificado devidamente as duas hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade (coação moral e obediência hierárquica), não haveria que se falar em causas distintas, sob pena de configurar-se um estado de absoluta desordem no ordenamento jurídico. Entre os doutrinadores brasileiros, podemos citar Julio Fabbrini Mirabete<sup>517</sup> como exemplo daqueles que defendem esta posição.

Defendendo uma conclusão próxima, porém, partindo de um ponto de vista particular, entendem Zaffaroni e Pierangeli que trabalhar a inexigibilidade de conduta diversa como causa autônoma de exclusão da culpabilidade seria inconveniente.

Segundo eles:

Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpabilidade, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade.<sup>518</sup>

Note-se, entretanto, que, conforme já mencionamos, o posicionamento desses autores reflete sua inclinação diversificada acerca das excludentes de culpabilidade. Ambos entendem que, até mesmo em casos de inimputabilidade e de erro jurídico-penal, todas as hipóteses de exculpantes têm como fundamento uma inexigibilidade de conduta diversa, de um modo ou de outro. Assim, por óbvio, não poderiam fugir dessa conclusão.

Por outro lado, entretanto, há uma grande gama da doutrina atual que entende possível a leitura de causas supralegais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. A respeito destes, há também um variado leque de justificativas que se apoiam nas mais diversas teorias entre as que analisamos ao longo deste trabalho.

---

<sup>517</sup> Segundo ele: “A não-exigibilidade de conduta diversa é o fundamento de todas as causas de exculpação, e, portanto seu *subtractum*, e não espécie de causa de exclusão da culpabilidade, que, como as demais, só pode ser reconhecida quando prevista em lei. Poder-se-ia, porém, aventar como solução para a hipótese de reconhecimento da causa supralegal a aplicação da analogia *in bonam partem*. A tese, porém, também é contestada na jurisprudência”. (*op. cit.*, p. 199).

<sup>518</sup> *op. cit.*, 2007. p. 566.

Baseados nos ensinamentos de Goldschmidt, por exemplo, entendem Bonfim e Capez<sup>519</sup> que não se poderia compelir o magistrado a punir um indivíduo que, embora não contemplado por uma hipótese legal de exculpação, houvesse agido em circunstâncias anormais que o obrigaram a obrar em desacordo com a norma jurídica. Ademais, indo além, entendem tratar-se a exigibilidade de conduta diversa de um verdadeiro princípio geral da culpabilidade.

Estefam parte do mesmo fundamento daqueles que negam a existência das hipóteses supralegais, mas atinge uma conclusão oposta:

(...) deve-se lembrar que estamos no campo das normas penais permissivas, para as quais é perfeitamente admissível o emprego da analogia (*in bonam partem*). Além disso, a não exigibilidade corresponde a um princípio geral de exclusão da culpabilidade. Não há óbice, portanto, à aplicação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade.<sup>520</sup>

Há ainda aqueles que, conforme mencionamos acima, ao tratarmos da natureza jurídica do estado de necessidade, admitem a existência de hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa nos casos de estado de necessidade exculpante. Nesse sentido, uma vez tendo o legislador adotado a teoria unitária do estado de necessidade, e verificando-se uma hipótese de necessidade em que o direito resguardado seja de valor inferior ao direito ofendido, somente poder-se-ia estar diante de uma causa supralegal de inexigibilidade, havendo razoabilidade na conduta, é claro. Assim, por exemplo, o posicionamento de Nucci<sup>521</sup>, Bitencourt<sup>522</sup> e Toledo<sup>523</sup>.

Interessante, porém, é notarmos que, apesar da diversidade de argumentações apresentadas por aqueles que tendem a entender possível a causa de exculpação extralegal, exemplificados acima, em quase todos os raciocínios chega-se à conclusão de que a exigibilidade e/ou a inexigibilidade são princípios de direito penal.

---

<sup>519</sup> *op. cit.*, p. 594/595.

<sup>520</sup> *op. cit.*, p. 274.

<sup>521</sup> Conforme este: “Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida, não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade.” (*op. cit.*, 2008. p. 244).

<sup>522</sup> Segundo este: “Na verdade, embora não previsto em lei, caracteriza, perfeitamente, a *inexigibilidade de outra conduta*, que exclui a culpabilidade, pela falta desse elemento estrutural.” (*op. cit.* 2006. p. 389).

<sup>523</sup> Diz Toledo: “Admitimos, pois, com as ressalvas expostas, o estado de necessidade exculpante, como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, por ser isso resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade que, conforme já foi dito, está na base do sistema penal vigente, anteriormente às próprias normas legisladas.” (*op. cit.*, 2008. p. 181).

O consenso parece ter começado a partir da famosa lição de Toledo<sup>524</sup>, neste mesmo sentido, que, além de defender doutrinariamente o posicionamento, o defendia também em sua atividade judiciária, como Ministro do Superior Tribunal de Justiça.<sup>525</sup>

Segundo argumentou Toledo:

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislativos, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, dispensa a existência de normas expressas a respeito.<sup>526</sup>

Toledo parece representar e sintetizar muito bem todo o pensamento favorável acerca da exculpante supralegal. Ademais, não há como discordar de que, como um dos integrantes mais influentes das comissões encarregadas pela discussão e revisão do anteprojeto da nova parte geral do Código, realize uma leitura acertada, da mesma forma que podíamos nos referir a Hungria em seus *Comentários sobre o Código Penal* de 1940.<sup>527</sup>

Ademais, a respeito do argumento da doutrina contrária, no sentido de que a aceitação da exculpante supralegal geraria um movimento de impunidade, Toledo<sup>528</sup> afirma que não se trataria de um juízo subjetivo, por parte de quem age, mas sim de

---

<sup>524</sup> Neste sentido, a respeito do pioneirismo de Toledo, menciona também Rodríguez, *op. cit.*, p. 297.

<sup>525</sup> Toledo chega a mencionar acórdão da 5<sup>o</sup> turma daquele Tribunal, tendo o próprio autor como relator, e com decisão unânime. Trata-se do Recurso Especial número 2.492, do estado do Rio Grande do Sul, o qual dizia em sua ementa o seguinte: “*Penal e Processual Penal. – Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão da 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.*” (REsp. n. 2.492-RS).” A redação da ementa foi transcrita pelo autor em *op. cit.*, 2008. p. 329 e pode também ser encontrada nas seguintes fontes e datas: DJ 06/08/1990, p. 7347; RSTJ vol. 15, p. 377; e RT vol. 660, p. 358.

<sup>526</sup> *op. cit.*, 2008. p. 328.

<sup>527</sup> Outro doutrinador que busca como principal justificativa para a aplicação da inexigibilidade supralegal o fato de ser ela um princípio de direito penal é Ricardo Antunes Andreucci. Segundo ele: “Trata-se, como ensina Aníbal Bruno, de um verdadeiro princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código, embora alguns autores, por temor de afrouxar a segurança e a certeza do Direito Penal, tenham negado esta característica de causa geral de exclusão.” (*Direito penal e criação judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 33.)

<sup>528</sup> *op. cit.*, 2008. p. 328. O raciocínio é o mesmo em Rodríguez, que, ademais, atenta para a consideração de critérios político-criminais. Segundo ele: “O receio dos julgadores em aplicar o instituto é natural, porém não justificável. Ao afastar-se a exigibilidade de conduta diversa, há que se ter em conta um critério normativo, objetivo e racional, com alguma consideração política criminal.” (*op. cit.*, p. 298).

uma análise ponderada por parte do magistrado que julga caso, e, portanto, uma análise objetiva.

Segundo nosso entendimento, de fato, apesar de ter a nova parte geral elencado dispositivos específicos a respeito da inexigibilidade de conduta diversa como hipóteses exculpantes, não há nada em seu texto que nos impeça de aceitarmos hipóteses supralegais, seja ou não a exigibilidade um princípio de direito penal.

Segundo bem expõe Rodríguez,

A partir do momento em que se reconhece a culpabilidade normativa, não há como deixar de entender que exista, de fato, situação em que não se possa reprovar a conduta do agente devido às circunstâncias que o cercam, e não à sua própria vontade, culpa ou dolo, que há tempos não integram a culpabilidade.<sup>529</sup>

Ademais, conforme ainda menciona Nucci:

O legislador não definiu culpabilidade, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o Direito é um de seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos.<sup>530</sup>

A questão, entretanto, apesar de parecer já muito bem delimitada doutrinariamente, ainda tem de ser devidamente enfrentada na jurisprudência, uma vez que, na prática jurídica, aparentemente, não há um consenso, até hoje.

É bem verdade que uma rápida pesquisa realizada junto a alguns tribunais nos revelou que há uma grande quantidade de julgados recentes demonstrando a aceitação, ao menos em tese, da alegação de inexigibilidade de conduta diversa supralegal. No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, afóra a decisão acima mencionada, tomada no ano de 1990, com relatoria do então Ministro Francisco de Assis Toledo, a maioria dessas decisões relacionam-se ao crime de apropriação indébita previdenciária<sup>531</sup>, sendo em sua quase totalidade favoráveis à

---

<sup>529</sup> *op. cit.*, p. 297. O autor ainda conclui que “O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação deve existir quando o juiz contar com elementos suficientes para demonstrar que a conduta do agente não é reprovável e, em tese, não são poucas as ocasiões em que essa situação pode ocorrer.” (*op. cit.*, p. 299).

<sup>530</sup> *op. cit.*, 2008. p. 303.

<sup>531</sup> Neste sentido: REsp 1113735/RS, publicado em 29/03/2010, no DJe; REsp 761907/MG, publicado em 07/05/2007, no DJ, p. 359; REsp 327738/RJ, publicado em 22/08/2005, no DJ, p. 326; REsp 447405/RS, publicado em 10/10/2005, no DJ, p. 411; REsp 558180/RS, publicado em 10/04/2006, no DJ, p. 266; REsp 881423/RJ, publicado em 23/04/2007, no DJ, p. 307; REsp 888947/PB, publicado em 07/05/2007, no DJ, p. 364. Todas as mencionadas decisões foram tomadas pela 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça e foram relatados pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima. Apesar de apresentarem divergência em relação a algumas de suas decisões (em termos de provimento ou improvimento),

inexigibilidade supralegal, ainda que em tese. Já em acórdãos proferidos recentemente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, diversos são os casos em que se aceitou a hipótese de inexigibilidade supralegal, como no crime de porte de armas<sup>532</sup>, por exemplo, em decisões do tribunal do júri versando sobre homicídio<sup>533</sup> e, até mesmo, em crimes de tráfico de drogas.<sup>534</sup>

Por outro lado, porém, podem ser encontradas decisões que negam a possibilidade da exculpante supralegal. Neste sentido, encontramos acórdão recente, do mesmo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, tratando da possibilidade de quesitação da hipótese aos jurados, no plenário do tribunal do júri<sup>535</sup>, bem como

---

especificamente, no que toca a questão da inexigibilidade de conduta diversa, alegada pelos defensores, a argumentação do Tribunal foi a mesma, no sentido de sua aceitação, ao menos em tese. Assim, todos os julgados, no que se refere ao tema, apresentavam a seguinte menção em suas ementas, com pequenas variações: “A alegada impossibilidade de repasse de tais contribuições em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa supralegal de exclusão da culpabilidade inexigibilidade de conduta diversa e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos.”

<sup>532</sup> Neste sentido: Apelação Criminal nº 990.08.157629-5 – Sorocaba, relatada pelo Desembargador Galvão Bruno, com decisão de 13/08/09. A ementa do julgado dizia: “Porte irregular de arma de uso permitido. Réu que aciona a polícia, por duas vezes, sem que esta compareça para efetuar o flagrante. Rendição de correu e menor que praticavam outro crime. Ação realizada com coerência e sem reprovabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa. Absolvição. Recurso provido.” Também no mesmo sentido: Apelação criminal nº 990.08.187746-5 – Boituva, relatada pelo Desembargador Lucas Tambor Bueno, com decisão de 15/10/2009. A ementa do julgado dizia: “Arma de fogo - Porte, sem a devida autorização, confessado pelo apelado, pessoa que exerce a função de agente de segurança penitenciário, e corroborado pelas provas coligidas - Inexigibilidade de conduta diversa, na modalidade de causa supralegal de excludente de culpabilidade, excepcionalmente caracterizada - Sentença improcedente - Recurso interposto pelo órgão acusador desprovido.” Interessante notarmos, ademais, que neste último caso, apesar de o recurso ter sido interposto pelo Ministério Público, visando a reforma da decisão em primeiro grau e a condenação do apelado, a própria Procuradoria opinou pelo seu indeferimento e pela manutenção da absolvição em razão da inexigibilidade supralegal.

<sup>533</sup> Neste sentido: Apelação Criminal nº 990 08 056581-8 – Monte Mor, relatada pelo Desembargador Marco Nahum, com decisão de 04/11/08. A ementa dizia: “Apelação do Ministério Público. Artigo 121, § 2º, inciso IV do CP. Tese de 'inexigibilidade de conduta diversa' reconhecida pelos senhores Jurados. Causa supralegal aceita pela doutrina e jurisprudência. Decisão que não se mostra manifestamente contrária a evidência dos autos. Recurso desprovido.”

<sup>534</sup> Neste sentido: Apelação Criminal nº 990.09.120717-9 – Itapeverica da Serra, relatada pelo Desembargador Péricles Piza, com decisão de 14/09/09. A ementa dizia: “Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com outros detentos. Inexigibilidade de conduta diversa. Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida. Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido, admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa supralegal exculpante configurada. Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado.”

<sup>535</sup> Neste sentido: Apelação Criminal, nº 00994672.3/1-0000-000 – Itapeva, relatada pelo Desembargador Ericson Maranhão, com decisão de 15/02/2007. Dizia parte da ementa: “Inexigibilidade de conduta diversa - Excludente que não poderia ser indagada ao Júri, seja diante da divergência acerca de seu cabimento, como causa supralegal de exclusão de culpa, seja por ter sido apresentada em um único quesito, impossibilitando a manifestação dos jurados acerca dos fatos — Preliminar acolhida.”

outras decisões mais antigas, tratando do crime de peculato<sup>536</sup>, e novamente da questão da quesitação no tribunal do júri.<sup>537</sup>

É bem verdade que se trata de uma pesquisa superficial, feita em apenas dois Tribunais (Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça), sem qualquer critério científico definido (uma vez que não se trata de nosso objeto de pesquisa a ênfase em análise jurisprudencial). De qualquer modo, as decisões acima mencionadas já nos dão uma ideia da vasta possibilidade de aplicação prática da inexigibilidade supralegal, bem como da ausência de uniformidade de pensamento entre os magistrados do país.

Assim, se na doutrina atual não parece haver muita dúvida, essa certeza não se estende aos tribunais, que ainda pisam em terreno incerto, e caminham com cuidado sobre a questão.

De qualquer modo, parece ser inevitável outra conclusão. Se, por um lado, há uma tendência ainda muito restritiva acerca da doutrina da exigibilidade em países como Alemanha e Portugal (como se viu ao longo do estudo da questão em doutrinadores atuais e seu posicionamento, como Jakobs, Roxin e Figueiredo Dias),

---

Devemos mencionar que, neste julgamento, a defesa interpôs recurso alegando uma série de nulidades em relação à quesitação aos jurados. O recurso foi provido, considerando-se nulo o julgamento em razão de algumas das nulidades arguidas. Entretanto, a respeito da possibilidade de quesitação da inexigibilidade supralegal, a tese foi levantada pela Procuradoria de Justiça, que entendeu ser nulo o julgamento também em razão da simples inserção da hipótese na quesitação para os jurados, uma vez que sequer prevista em lei. Esta tese, apesar de não derivada das argumentações da defesa, também foi acatada pelos Desembargadores, em sua decisão.

<sup>536</sup> Neste sentido: Apelação criminal nº 233-644-3/4-00 – Campinas, relatada pelo Desembargador Jarbas Mazzoni, com decisão de 15/12/1997. Neste julgamento, o apelado fora, em primeiro grau, “absolvido com amparo no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal, reconhecida em seu favor a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por ser arrimo de família e diante da necessidade de prestar socorro à genitora, com problemas sérios de saúde, e ao irmão mais velho, alcoólatra e epilético (cf. r. sentença de fls. 146/150).” Interposta apelação pelo Ministério Público, tal decisão foi, então, reformada, por unanimidade, impondo-se a condenação ao apelado. Entre outros fundamentos, os desembargadores entenderam que “Portanto, também no aspecto da previsão legal, a inexigibilidade de conduta diversa não poderia ser admitida como causa de exclusão da culpabilidade, interpretação por ora adotada.”

<sup>537</sup> Neste sentido: Apelação Criminal, nº 198.890-3/2 – Barueri, relatada pelo Desembargador Cerqueira Leite, com decisão de 17/11/1997. Neste julgamento, a defesa pedia a anulação da decisão do tribunal do júri uma vez que, após longamente argumentada a hipótese de inexigibilidade supralegal, ela não foi sequer quesitada aos jurados. O Desembargador relator, em sua decisão, após mencionar o precedente deixado por Toledo, no Superior Tribunal de Justiça (conforme acima citamos), contraria tal posicionamento, e cita passagem de decisão tomada no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, pela 4ª Câmara, e relatado pelo Desembargador Dante Busana, que dizia: “O entendimento de que a inexigibilidade de conduta diversa deve ser aceita como causa supralegal de exculpação, com o suprimento de suposta lacuna do ordenamento jurídico positivo pela analogia ‘in bonam partem’, nunca foi dominante entre nós e não merece ser consagrado, agora, após a reforma legislativa que ensejou a modernização do sistema penal em matéria de dirimentes e no momento em que essa proposta de extensão analógica vem sendo francamente repudiada pela doutrina dos povos cultos.” Após citar tal passagem, nega provimento ao recurso da defesa, mantendo a condenação do apelante nos termos da decisão do tribunal do júri.

reflexo de sua desvalorização contínua em prol da segurança jurídica, após a década de 1930, principalmente; por outro lado, a doutrina brasileira, de um modo geral, parece muito mais aberta à possibilidade, sem apresentar esse medo de uma desordem judiciária, que se vê em outros países.

E mais. Se, na Alemanha, país onde nasceu a doutrina da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa, o movimento teve seu auge no início, para então entrar em declínio; no Brasil, ao contrário, as posições pareciam muito menos favoráveis com a chegada dos primeiros pensamentos normativistas, tendo recebido uma aceitação muito maior nos dias de hoje.

Assim, não é de se duvidar que, cada vez mais, as hipóteses de exculpação supralegal por inexigibilidade de conduta diversa sejam adotadas pelos tribunais, da mesma forma como já o são pela maioria da doutrina penal pátria atual, que, segundo nosso entender, é a mais acertada.

## 7. BREVE ESFORÇO DE LEGISLAÇÃO COMPARADA

Uma vez que, ao longo de todo nosso estudo, vimos mencionando aspectos da legislação penal alienígena, entendemos necessário analisarmos brevemente as disposições legais atuais dos países aos quais mais nos referimos.

Assim, como em geral nossos comentários se referiram à doutrina alemã e portuguesa, dividiremos tal análise em dois breves tópicos, o primeiro referente ao Código Penal alemão atual e o segundo referente ao Código Penal português atual.

### 7.1. As disposições acerca de exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa no Código Penal alemão

O Código Penal alemão atual é datado de 15 de maio de 1871. Apesar de sua evidente longevidade, entretanto, o diploma, ao longo dos anos, passou por uma série de reformas, sendo a última delas datada do ano de 2002.

As disposições acerca de exigibilidade e inexigibilidade são exemplos destas alterações, uma vez que, atualmente, são diferentes daquelas que deram ensejo ao surgimento das disputas criadas pelos normativistas acerca das hipóteses de estado de necessidade, referentes aos antigos parágrafos 52 e 54.

Assim, apesar de ainda hoje a questão da exigibilidade de conduta diversa na Alemanha continuar sendo tratada nas disposições atinentes ao estado de necessidade exculpante, há um outro dispositivo que também é elencado pela lei como causa de exclusão da culpa por inexigibilidade, que é o excesso de legítima defesa.

Os dispositivos encontram-se, respectivamente, nos parágrafos<sup>538</sup> 33 e 35, 1º, do Código. O primeiro trata das hipóteses de excesso na legítima defesa, enquanto o segundo trata, explicitamente, do estado de necessidade exculpante.

Diz a redação do parágrafo 33: “Se o autor excede os limites da legítima defesa com confusão temor ou medo, então não será castigado.”. Já o parágrafo 35, 1º, traz a seguinte redação:

Quem em um perigo atual para a vida, o corpo ou a liberdade, não evitável de outra maneira, cometa um fato antijurídico com o fim de evitar o perigo para ele, para um parente, ou para outra pessoa próxima, atua sem culpabilidade. Isso não se aplica quando o autor era obrigado a

---

<sup>538</sup> Diferentemente dos diplomas brasileiros, na Alemanha, o Código Penal é dividido em parágrafos, e não em artigos.

tolerar o risco, de acordo com circunstâncias especiais, porque causou o perigo ou porque ele estava em uma relação jurídica especial. No entanto, pode-se reduzir a pena, nos termos do § 49, inciso I, quando autor não deveria tolerar o risco em consideração a uma relação jurídica especial.

A respeito do estado de necessidade, primeiramente, deve ser ressaltado que, diferentemente do Código Penal brasileiro atual, a legislação alemã adota expressamente a teoria diferenciadora, tendo como baliza o critério da ponderação dos valores envolvidos.

Tal conclusão não somente pode ser extraída da literalidade do *nomem juris* do parágrafo 35, 1º, que diz “Estado de necessidade exculpante”, como também pela disposição a respeito do estado de necessidade justificante. Este último está tipificado no parágrafo 34 do Código, e evidencia que, para o ato não ser antijurídico, devem prevalecer os interesses protegidos em relação aos prejudicados, numa ponderação de valores.

A respeito do excesso na legítima defesa, é interessante notarmos que sequer há qualquer disposição próxima na legislação brasileira. Quando muito, o instituto é tratado como uma forma de exclusão supralegal da culpabilidade, que poderia ser assim relacionada com uma causa de inexigibilidade de conduta diversa.

Ambos os dispositivos, entretanto, são extremamente limitativos, de modo que apenas por meio do cumprimento de todos os requisitos mencionados nos parágrafos é que se pode falar em exculpação. Isso demonstra o espírito legislativo que envolvia a questão quando da sua implementação no Código alemão. Ou seja, não se trata de qualquer surpresa, haja vista que, conforme analisamos, hoje em dia, a doutrina da exigibilidade de conduta diversa encontra-se em certo descrédito no seu país de origem.

## 7.2. As disposições acerca de exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa no Código Penal português

O código Penal vigente em Portugal, atualmente, foi aprovado em 17 de fevereiro de 1995, pelo Decreto-lei 45/1995, tendo entrado em vigor em 1º de outubro deste mesmo ano. Assim como o Código Penal brasileiro e o Código Penal alemão, o diploma português também dispõe, entre seus artigos, algumas hipóteses tipificadas

que podem ser identificadas como causas de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade.

Tais dispositivos se encontram em seus artigos 33, parágrafo 2; 35, parágrafo 1; e 37, e referem-se, respectivamente, ao excesso de legítima defesa, ao estado de necessidade desculpante (como é ali é chamado o estado de necessidade exculpante) e à obediência indevida desculpante.

O artigo 33, parágrafo 2, dispõe o seguinte: “O agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto não censuráveis.”. O artigo 35, parágrafo 1, diz:

Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

Por sua vez, o artigo 37, dispõe: “Age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.”

Conforme facilmente extraímos dos dispositivos, trata-se de excludentes muito semelhantes às que já analisamos, tanto na legislação brasileira, quanto na alemã.

A respeito do dispositivo do artigo 37, é evidente a sua correlação com a obediência hierárquica, que também em nosso Código é disposta e é entendida pela doutrina como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade. Ademais, notamos facilmente que mesmo os requisitos para a sua verificação são semelhantes. Talvez, a única diferença entre o dispositivo português e o brasileiro, seja o fato de não estar evidenciado pela norma portuguesa uma relação hierárquica, e, portanto, de natureza pública.

A respeito do excesso na legítima defesa, também o dispositivo muito se assemelha à tipificação alemã, sendo apenas substituídos os termos *temor*, *medo* e *confusão*, por *perturbação*, *medo* ou *susto*, os quais, como os primeiros, não deixam de se tratar de *estados passionais astênicos*, não derivados da vontade de agir ilicitamente.

Por fim, isso também ocorre com o estado de necessidade desculpante, na fórmula portuguesa, que também muito se assemelha ao direito penal alemão.

Trata-se de causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na qual há que se respeitarem os rígidos requisitos, os quais tão somente se

aplicam nos casos em que o bem protegido é inferior àquele ofendido. Assim, como na Alemanha, adotou-se em Portugal, com o novo Código Penal de 1995, a teoria diferenciadora do estado de necessidade, de modo que, numa ponderação de valores, havendo sensível superioridade do bem salvaguardado, tratar-se-ia de hipótese justificante, e não exculpante.

Assim, apesar da tipificação das três hipóteses referidas à inexigibilidade de conduta diversa, devemos salientar que, também em Portugal, trata-se de modalidades restritivas, devendo-se cumprir os rigorosos requisitos para sua verificação e conseqüente afastamento da culpa.

A doutrina da exigibilidade em Portugal, assim, como na Alemanha, também sofreu os abalos que mencionamos ao longo de nossa exposição teórica. Isto ficou já evidenciado quando analisávamos a doutrina de Figueiredo Dias, um dos principais expoentes do Direito Penal português, que, ao tratar da inexigibilidade, sequer cogita aceitar hipóteses supralegais de exclusão.

## **8. TOMADA DE POSIÇÃO, ANÁLISE CRÍTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA ATUAL E SUGESTÕES**

Após termos analisado criticamente as teorias mais influentes acerca da culpabilidade, desde a concepção psicológica até o pós-finalismo, e após termos nos debruçado sobre o tema da exigibilidade e da inexigibilidade ao longo destas teorias, bem como o seu reflexo na legislação penal pátria, devemos nos posicionar e apresentar nossa contribuição, de forma a finalizar este estudo.

Para tanto, dividiremos este capítulo em alguns subtópicos, de modo a enfrentarmos a questão mais adequadamente.

Primeiramente, trabalharemos com as premissas que entendemos essenciais acerca da ideia de culpabilidade, para, então, nos posicionar acerca da exigibilidade e da inexigibilidade, e, por fim, apresentarmos nossa breve sugestão em relação à legislação penal pátria atual.

### **8.1. As premissas essenciais da culpabilidade**

Não é nosso intuito criarmos uma nova teoria de culpabilidade. Para tanto, teríamos que nos debruçar em aspectos importantes de sua estrutura que apenas tangenciamos ao longo deste estudo.

Ademais, do modo como a culpabilidade se desenvolveu na doutrina nas últimas décadas, sequer entendemos que haja a necessidade de construirmos outra concepção, de modo que aquelas que se nos apresentam podem ser satisfatoriamente utilizadas para a nossa pretensão, ainda que mesclando aspectos diversos de cada uma delas.

Inobstante a isso, parece ser imprescindível que enfrentemos a questão das premissas essenciais da culpabilidade, o que, já de plano, será útil para descartarmos aquelas concepções que não nos parecem viáveis em um Estado Democrático de Direito e em um direito garantista, como defendemos, bem como para adequar nosso posicionamento acerca da exigibilidade e da inexigibilidade.

Entendemos que a culpabilidade, atualmente, dados os influxos das mais diversas teorias e ideias, deve ter como base duas grandes premissas, a fim de que se cumpram suas funções frente a um Estado Democrático de Direito.

A primeira, em nosso entender, refere-se à tão debatida ideia de *liberdade de vontade*, de modo que *deve constituir premissa essencial a existência de um poder agir de outro modo*, na estrutura da culpa.

Se há uma diferença insuperável entre algumas das teorias que vimos analisando, conforme já há muito adiantamos, é elas necessariamente se dividirem entre um grupo de ideias de culpabilidade vinculado à livre condução da vontade e um outro que substitui a vontade livre (ao menos referida à ação ilícita) pelo caráter do autor, sua personalidade, ou por sua tendência ao longo da vida.

Durante todo o nosso trabalho, nos debruçamos acerca deste ponto, tentando demonstrar a correlação da ideia de liberdade de vontade com as chamadas correntes de culpabilidade do fato do autor, em oposição às correntes de culpabilidade do autor do fato, de modo que as primeiras têm como ponto de partida essa ideia de livre vontade baseada no poder de agir diversamente e as demais descartam tal tese, desconsiderando a possibilidade de comprovação de uma liberdade de vontade individual no contexto do fato criminoso e qualquer reflexo dela na estruturação da culpa.

Entre as teorias de culpabilidade por nós estudadas, a questão da liberdade de vontade está presente não somente nas teorias psicológicas (se bem que de modo diverso), como também nas teorias normativas, nos moldes de Frank, Freudenthal e Goldschmidt, e no finalismo welzeliano (apesar de esta mesma incidir, em situações excepcionais, na culpabilidade de autor) e de Maurach. A respeito das teorias caracteriológicas, que desprezam a liberdade de vontade nos termos aqui defendidos, não nos ativemos a elas de maneira aprofundada, de modo que pincelamos somente as ideias de Mezger e sua culpabilidade pela conduta de vida (que também se encontrava entre os teóricos normativistas), quando nos referimos à desconstrução da doutrina da exigibilidade, na Alemanha, durante a República de Weimar.

Dadas essas teorias, estamos completamente de acordo com o posicionamento de todos os autores que entendem que o poder agir de outro modo constitui não somente uma possibilidade verificável empiricamente como também um postulado necessário para a construção de um direito penal de culpabilidade vinculado às ideias garantistas e ao Estado Democrático de Direito.

Note-se que não se trata aqui de defendermos uma concepção filosófica voltada ao livre-arbítrio, em oposição a uma concepção determinista<sup>539</sup>. A respeito disso, nos distanciamos e entendemos que tal aporia pode ser muito mais bem explorada pela filosofia, que, desde seus primeiros embates na Grécia, trata do tema, e ainda não encontrou uma solução pacífica para tanto. Esse tipo de posicionamento, ademais, já teve seus reflexos no direito penal, conforme salientamos, ocupando toda uma época de embate entre a escola clássica e a escola positiva, e não levou a qualquer sistematização do conceito de culpabilidade.

Defendemos uma premissa que, passível ou não de comprovação filosófica, é, por sua vez, comprovável socialmente e verificável empiricamente, por meio das relações sociais que se dão e sempre se deram com a pressuposição de uma vontade livre, a partir das quais, aliás, construiu-se toda a lógica do direito moderno. A respeito disso, note-se, por exemplo, que todo o nosso direito é norteado pelo princípio regente da dignidade da pessoa.

Não é outro o entendimento de Bernd Schünemann, quando menciona que:

El derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte de la realidad social constituida previamente por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social. Esta libertad de voluntad se manifiesta no como una mera ficción, sino como una parte de la realidad social tan real como ésta, y, desde un punto de vista ontológico, como un producto de la evolución, es decir, del desarrollo de la conciencia humana.<sup>540</sup>

---

<sup>539</sup> Nas acertadas palavras de Gonzalo D. Fernández: “Entonces, en rigor de verdad, el ordenamiento jurídico-penal, presume o supone *a priori* que el sujeto, como atributo de su dignidad, está dotado de la facultad de auto determinación conforme a sentido y de un poder de actuación alternativa (*anders Handeln Können*); de manera que si se motiva correctamente en la norma, puede evitar la realización del injusto. Ello en nada roza la inacabable polémica metafísica acerca del libre albedrío y, por cierto, estamos refiriéndose a una presunción relativa, *juris tantum*, que quedará desvirtuada merced a la prueba en contrario, emergente de la eventual aparición de un supuesto de inimputabilidad penal, o bien de una causa de exclusión de la culpabilidad.” (*op. cit.*, 2008. p. 43). Em tradução nossa: “Então, em rigor, o ordenamento jurídico-penal, presume ou supõe *a priori* que o sujeito, como atributo de sua dignidade, está dotado da faculdade de autodeterminação conforme o sentido e de um poder de atuação alternativa (*Anders Handeln Können*); de maneira que se motiva corretamente na norma, pode evitar a realização do injusto. Isso em nada toca a interminável polémica metafísica acerca do livre arbítrio e, por certo, estamos nos referindo a uma presunção relativa, *juris tantum*, que restara invalidada uma vez provado o contrário, no caso da eventual aparição de uma suposta inimputabilidade penal, ou de uma causa de exclusão da culpabilidade.”

<sup>540</sup> “Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal”. traducción de Lourdes Baza. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 35. “O direito penal encontra a liberdade de vontade como uma parte da realidade social construída previamente pela linguagem, e não somente pode conectar-se a ela, como seria incapaz de ignorar esta construção da realidade social. Esta liberdade de vontade se manifesta não como uma mera ficção, senão como uma parte da realidade social tão real como esta, e, de um ponto de vista ontológico, como um produto da evolução, ou seja, do desenvolvimento da consciência humana.” (tradução nossa)

Fazemos dessas colocações nosso posicionamento, pois as palavras do professor Schünemann parecem perfeitas para enfrentarmos a questão.

Um direito penal funcional tem de ter por pressuposto a ideia de liberdade de vontade individual, uma vez que, quaisquer que sejam os seus fins, comunica-se com uma sociedade formada por indivíduos receptores dos mandamentos da norma, e mesmo a sua aplicação se dá por meio de indivíduos que exercem papéis nessa estrutura jurídica, de modo que, se o ser humano não é livre para agir, também não o é um juiz ao impor-lhe uma sentença.<sup>541</sup>

Ora, um direito penal construído sobre outras bases sequer poderia alcançar os resultados a que se propõe com a aplicação de penas. Ou seja, a reprovação pessoal depende de que o fato criminoso, de acordo com as circunstâncias em que se deu, tenha sido evitável para o autor. Caso contrário, tenha a pena a função que tiver, não afetaria, ao menos de forma imediata, o seu ou os seus destinatários finais.

Não se trata de uma de opção, mas de uma necessária assunção por falta de alternativas. Um contrato social somente pode ser acordado entre indivíduos que tenham capacidade de entendê-lo, e que o possam cumprir voluntariamente. Dessa forma, sempre se deram as relações sociais, não somente no âmbito do direito, como em todos os âmbitos da sociedade, desde que ela se entende por minimamente organizada.

Assumir que indivíduos não possam agir de maneira diferente, ou mais especificamente, assumir que a capacidade de agir de maneira diversa não decorra da livre vontade de assim se manifestar, é assumir o fracasso do direito penal e de todos os seus mandamentos normativos, evidentemente.

Nem se fale, ademais, que as ideias levantadas por doutrinadores como Figueiredo Dias também digam respeito a uma espécie de liberdade de vontade, da forma como ele mesmo defende. Não é essa nossa premissa.

É bem verdade que Figueiredo Dias transportou a ideia de liberdade para o seu conceito de formação da personalidade, uma forma de liberdade existencialista refletida no “ser-total-que-age”. Segundo ele, sendo indemonstrável a liberdade de

---

<sup>541</sup> No mesmo sentido, menciona Victor Gabriel Rodríguez que: “Pois bem, reconhecer esse *pressuposto de liberdade* tem uma origem certamente *metafísica*, mas consequências de cunho *racional*. Conhecer do livre-arbítrio *pode* significar partir de um pressuposto fictício, mas que funciona como ótimo alento de racionalismo, potencializado pela culpabilidade normativa. Trata-se de avaliar a fundo a hipótese contrária: se nenhum ser humano for livre para decidir suas ações, o juiz tampouco o será no momento de fixar a pena (e eu tampouco o serei no momento de escrever esta conclusão).” (*op. cit.*, p. 301).

ação, e, portanto, o poder agir de maneira diversa, ao menos se poderia concluir que a personalidade global foi formada de maneira livre, e nela se refletiria sua liberdade individual.

Tal hipótese, porém, já de início, foi por nós rechaçada, quando analisávamos sua tese, e, conforme vimos, encontra grande resistência da doutrina, uma vez que mais falível em termos de demonstrabilidade que o próprio poder de agir diversamente. Ora, se não podemos falar em liberdade de vontade em relação a um fato, dadas as circunstâncias do evento, também assim não poderíamos falar em liberdade de formação de toda uma personalidade, e tampouco basear uma culpabilidade nesta formação.

Conforme já salientava Toledo<sup>542</sup>, o direito penal lida com fenômenos histórico-culturais, e deve fincar os pés no chão, a fim de trabalhar com a liberdade de escolha individual, com a ideia de poder agir de outro modo, que, se não comprovável epistemologicamente ou filosoficamente, ao menos é verificável socialmente, conforme acreditamos e como afirmou Schünemann.

Trata-se, portanto, de nossa primeira premissa, que, por consequência, faz com que entendamos como incorretas quaisquer formas de construção doutrinária acerca da culpabilidade que desconsiderem a liberdade de vontade individual, e, mais precisamente, o poder agir de outro modo, como postulado essencial. E, portanto, toda e qualquer construção de culpabilidade de autor, segundo nosso entendimento, deve ser rechaçada.

*A nossa segunda premissa essencial a respeito da culpabilidade é a incidência de reflexos sociais em sua estrutura, o que se reflete por meio das finalidades preventivas (gerais e especiais) da pena na dogmática jurídico-penal.*

A nossa primeira conclusão acerca da pressuposição do poder de agir diversamente pode, aparentemente, nos conduzir a um posicionamento tradicional acerca da culpabilidade, segundo o qual haveria uma atuação Estatal, e, portanto, imposição de pena, sempre que presente um injusto somado a um indivíduo culpável. Esse é o entendimento dos teóricos retribucionistas e da doutrina tradicional da culpabilidade, em geral.

Não nos limitamos a essa noção de culpabilidade, entretanto, de modo que, neste ponto, incide nossa segunda premissa.

---

<sup>542</sup> *op. cit.*, 2008. p. 247.

Conforme vimos demonstrando no desenrolar de nossa dissertação, há muito a ideia de culpabilidade clássica, tão somente ligada ao indivíduo (seja por meio de sua personalidade, seja por meio do poder agir de outro modo), tem entrado em crise. E, não obstante tal crise ter se dado a partir dos questionamentos de Karl Engisch sobre a liberdade de vontade, tais questionamentos geraram consequências diversas no campo da culpabilidade. Uma dessas consequências foi o surgimento do funcionalismo, que abordamos, em nosso trabalho, por meio da análise das doutrinas do já acima mencionado Figueiredo Dias, bem como de Claus Roxin e Günther Jakobs.

Apesar de discordarmos do posicionamento funcionalista no que se refere à simples desconsideração do poder agir de outro modo, entendemos, do mesmo modo que esses teóricos (em geral), que, além de um fenômeno individual, a culpabilidade trata-se de um fenômeno coletivo, e, portanto, com sérios reflexos sociais.

Conforme os ensinamentos de Muñoz Conde:

Realmente, não há culpabilidade em si, mas sim, uma culpabilidade com referência aos demais. A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor ou fazê-lo responder por ela.<sup>543</sup>

É bem verdade que, segundo a concepção de Conde, culpabilidade é um fenômeno eminentemente social. Concordamos com a afirmação, mas a trazemos para perto de nossa primeira premissa, de modo a trabalharmos a culpabilidade como um fenômeno amplo, individual e social.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, sendo a culpabilidade um princípio básico do direito penal estritamente relacionado com a dignidade da pessoa, que impede a intromissão do Estado na órbita das liberdades pessoais do sujeito, não pode simplesmente deixar de ser tratada também como um fenômeno individual e, desse modo, deve ser considerada, tendo como baliza e pressuposto essencial o poder de agir de outro modo.

Não obstante, entendemos que se trata, também, de um fenômeno social, como defendem os teóricos do funcionalismo em geral, e não pode estar tão somente relacionada com o sujeito e o injusto. Há na culpabilidade influências preventivas, de modo que, neste ponto, nos filiamos ao posicionamento da já analisada teoria da

---

<sup>543</sup> *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 128.

responsabilidade de Claus Roxin, bem como às ideias de Bernd Schünemann e Muñoz Conde.

Ora, o direito penal não pode estar adstrito a uma fundamentação retribucionista, derivada de uma conceituação clássica de culpabilidade. Também aspectos de política criminal devem ser considerados quando da aferição da culpa.

Segundo entendemos, não somente o poder agir diversamente, mas também as funções preventivas tanto especiais quanto gerais devem ser consideradas na aferição da culpabilidade, de modo que são estas as suas duas premissas essenciais.

Obviamente, nesse ponto, descartamos, desde já, concepções funcionalistas como a de Günther Jakobs, pelos motivos já anteriormente expostos e, principalmente, porque o indivíduo não pode ser completamente instrumentalizado em favor de funções eminentemente preventivo-gerais.

Por outro lado, entretanto, a fundamentação da culpabilidade baseada na liberdade de vontade individual (nos moldes do poder agir diversamente) somada à fundamentação preventivo-geral e especial da pena parece constituir um postulado adequado, que limita a intervenção estatal, mas, ao mesmo tempo, leva em consideração aspectos e consequências sociais relevantes.

É importante frisarmos, entretanto, que, da forma como entendemos estas premissas de culpabilidade, ela deve funcionar como controladora de uma atuação dialética entre finalidades retributivas e preventivas da pena, em última instância.

Uma culpabilidade que atua como princípio de proteção individual deve exercer, certamente, seu papel de fundamentadora e limitadora da pena, na medida justa da retribuição merecida pelo criminoso. A partir desse ponto, e nunca rompendo essas barreiras de proteção individual, delimitadas pela medida justa de retribuição pelo fato (exclusivamente), devem atuar as fundamentações preventivas, tanto no que se refere à reafirmação do direito frente à sociedade e à intimidação dos demais indivíduos (geral) como no que se refere à ressocialização e à intimidação do próprio sujeito apenado (especial).

Entendemos, assim, que, apesar de tentar conciliar posições praticamente inconciliáveis, uma ideia de culpabilidade que se reflita na teoria da união das penas parece aquela que mais está adequada a um modelo de Estado justo.

## 8.2. Acerca da exigibilidade e da inexigibilidade de conduta diversa

Se a culpabilidade é uma garantia individual com reflexos sociais, que, portanto, expressa a limitação da atuação estatal sobre o sujeito criminoso, adequando a imposição de penas ao limite da liberdade de vontade e às finalidades preventivas do direito, a ideia de exigibilidade e inexigibilidade sofre suas consequências, de modo que devemos trabalhar nossa concepção de acordo com tais premissas.

Inicialmente, entretanto, devemos aclarar uma importante questão terminológica. Tratar de exigibilidade ou de inexigibilidade de maneira distinta, não faz qualquer sentido dentro da lógica jurídico-penal. Se exigível é o fundamento da reprovação, com fulcro pessoal ou social, inexigível é o limite dessa reprovação, de modo que tudo não passa de uma gradação que tem nos dois termos a passagem do culpável para o inculpável.

Trabalhar com esses conceitos, em verdade, é trabalhar o limite entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Foi com essa intenção que Goldschmidt, por exemplo, formulou sua concepção que diferenciava norma de dever e norma de ação, base da qual Freudenhtal partiu para criar o conceito de inexigibilidade relacionado a poder agir de outro modo, o qual, de uma forma ou de outra, permanece até hoje. Foi essa, ademais, a ideia de todos os teóricos normativistas, desde Frank até Welzel (e seu finalismo), ao considerarem que culpabilidade é um juízo de valor relacionado ao autor do fato em virtude de suas capacidades de compreensão do injusto e de ação, divorciando de vez culpabilidade de antijuridicidade.

Assim, por óbvio que exigibilidade é também o que ordena a norma de direito, uma vez que ela traz consigo um mandamento de ação ou omissão genérico, aplicado a todos, e o que deve ser cumprido. Não se trata de uma categoria ética ou filosófica, mas de um conceito jurídico. Por outro lado, porém, essa mesma exigibilidade, ao referir-se às circunstâncias concretas pela qual passa um sujeito, deve ser novamente considerada, de modo o que o juízo que se realizará sobre essa situação fática constitui o juízo de culpabilidade, o que o divorcia da antijuridicidade.

Dado isso, porém, o grande impasse é sabermos qual é o limite dessa exigibilidade. Ou seja, ainda que o direito ordene determinadas condutas, até que ponto deve ser ela considerada exigível frente ao sujeito particularmente considerado? E tal questionamento deve ser feito tanto quando relacionamos a culpabilidade com o poder agir de outro modo, como quando a relacionamos com as funções preventivas do direito, uma vez que assumimos ambas como premissas da culpabilidade atinentes à exigibilidade.

Muitas foram as tentativas de se responder tal questão. As análises de Freudenthal, por exemplo, levaram a uma concepção de exigibilidade extremamente individualizada, com fundamento ético e considerada de acordo com a limitação do poder de agir da pessoa que atua frente às circunstâncias de fato. Segundo esse ponto de vista, apesar do império da norma, poder-se-ia deixar de considerar exigível uma conduta se um indivíduo fosse impelido a agir de maneira considerada criminosa, quando não se lhe pudesse exigir que agisse de outro modo, de acordo com critérios de limitação pessoal. Assim, por exemplo, excluir-se-ia a culpabilidade da menina Siciliana que matou seus tios em virtude dos ensinamentos que recebeu em sua terra natal, uma vez que não se poderia esperar dela comportamento diverso. Não poderia ela agir de outro modo, segundo sua visão de mundo.

Por outro lado, as considerações de James Goldschmidt e Eberhard Schmidt criaram o polêmico padrão do homem médio, que substituiria considerações de liberdade de vontade extremamente pessoais por uma consideração de liberdade média, o qual poderia ser visualizado pelo julgador independentemente das disposições éticas do sujeito. Tal posicionamento, segundo Goldschmidt (que já se encontrava pressionado por políticas conservadoras alemãs), daria conta de casos envolvendo criminosos habituais, uma vez que destes, de acordo com sua educação e vivência, poderiam ser esperadas inúmeras alegações referentes à inexigibilidade pessoal.

Welzel, por sua vez, considerou pressupostos de liberdade de vontade diversificados, segundo uma tese compatibilista entre o determinismo e o indeterminismo absolutos, de modo a entender que jamais haveria uma opção a favor do injusto, mas sim, um não comportamento a favor do justo, por limitação da vontade nas circunstâncias de fato. Não haveria que se falar, portanto, em um poder agir de outro modo (ou de qualquer outro modo), e sim, em um não poder agir conforme o direito, limitando-se as hipóteses de exclusão da culpabilidade àquelas previamente determinadas pela lei penal, apesar de referidas às características de liberdade individual.

Ao mesmo passo, a discussão da exigibilidade e da inexigibilidade atingiu patamares extrapenais ao se elevá-la à categoria de princípio regulamentar, com Henkel, de modo que se poderia considerá-la em quaisquer ramos do direito. Tal princípio, da forma como fora construído, se esvaziara de conteúdo, dando tão somente uma moldura dentro da qual o magistrado deveria adequar sua decisão,

motivo pelo qual pôde ser adotado por teóricos afincos às teses individualizantes e generalizantes.

Por fim, os funcionalistas envolveram a exigibilidade em critérios de cunho social, embasados nas funções preventivas do direito penal, partindo deste ponto para formular suas teses.

Jakobs construiu um conceito de culpabilidade esvaziado de conteúdo, que tão somente leva em consideração a função preventiva geral positiva do direito penal, ou seja, a pena como forma de reafirmação do direito frente à sociedade. Tal posicionamento, como vimos, gerou enorme polêmica e, até hoje, é muito discutido.

Roxin retirou também a discussão da órbita da autonomia de vontade e, até mesmo, do conceito de culpabilidade, relacionando os casos de exigibilidade a um conceito maior, de responsabilidade, entendendo dever ela ser graduada por critérios de cunho preventivo geral e preventivo especial.

Figueiredo Dias foi o único dos funcionalistas analisados, que apesar de pregar a aproximação do direito penal a critérios de política criminal, traçou um novo desenho para a liberdade de vontade, que, segundo ele, se demonstra pela própria formação da personalidade, e que, por meio dela, se reflete na conduta criminosas.

A partir de todos os teóricos que analisamos, formamos nossa opinião, de modo a aproveitar de cada um deles o que entendemos mais correto acerca da exigibilidade. Assim, conforme mencionamos em nossas premissas de culpabilidade, *somos favoráveis a uma postura compatibilista entre os critérios normativistas e funcionalistas.*

Entendemos que a exigibilidade tem sim que se relacionar com uma determinada medida de liberdade de vontade de ação e de escolha, uma vez que é nossa primeira premissa essencial relacionada à culpabilidade. Daí entendermos que situações de necessidade, no sentido vulgar do termo, exemplificariam hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa vinculada ao seu aspecto pessoal, ou seja, ao poder agir de outro modo.

A própria coação moral irresistível, adotada pela legislação brasileira, reflete esse espírito. Um indivíduo que, em determinada situação de conflito imposta por uma coação de cunho psicológico, comete um ilícito, reflete uma situação em que sua liberdade de vontade foi ao menos limitada, de modo a não se lhe poder impor uma condenação, por inexigibilidade de conduta diversa.

Neste ponto, ademais, não há que se argumentar, como alguns doutrinadores defendem, que não houve limitação à liberdade de vontade. Evidentemente que não se lhe suprime o livre arbítrio completo em uma coação moral. Um indivíduo que se encontra em uma situação como esta tem uma escolha, uma vez que pode agir de diversas formas. Por outro lado, obviamente que sua livre condução de vontade foi limitada a um ponto insuportável, e, desse modo, deve ser desculpado.

Assim, por exemplo, se alguém exerce uma coação contra um cidadão, apontando uma arma contra a cabeça da filha deste, exigindo-lhe que cometa um crime, evidentemente que podemos ainda dizer que ele tem uma escolha, ou seja, entre cometer tal crime ou ver sua filha morta. A partir disso, afirmarmos que este tem uma escolha livre já é absurdo. Assim, ou admitimos que estamos lidando com máquinas (e não seres humanos), ou aceitamos que há uma limitação insuperável da autonomia de vontade e que a conduta criminosa decorrente dela deve ser desconsiderada.

Outros exemplos que poderíamos trabalhar como hipóteses de limitação da liberdade de vontade, na medida do poder agir de outro modo, são aqueles já tratados na legislação brasileira, como a obediência a ordem de superior hierárquico, ou na legislação alemã, como o estado de necessidade exculpante. Ambas as situações refletem o que se poderia enquadrar em um conceito maior de necessidade, uma vez que envolvem uma escolha feita com redução fática da possibilidade de decisão do sujeito.

Assim, segundo nosso entendimento, todas as situações que se enquadrariam em hipóteses de “necessidade”, relacionadas estas à limitação da capacidade de direção da vontade, são causas de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, tendo como premissa de fundo o poder de agir diversamente.

Efetivamente, conforme há muito se vem discutindo, é de difícil aferição tal limitação da liberdade de vontade, de modo que a criação de critérios como o do homem médio não visava a nada além da definição de um padrão em que o magistrado deveria se basear na aferição do exigível concreto.

Concordamos que o critério de Freudenthal seja demasiado vago, uma vez que relevante tão somente o entendimento pessoal do agente. Porém, concordamos também que as críticas feitas ao critério do homem médio são corretas, na medida em que encontrarmos esse padrão médio do ser humano é uma possibilidade tão vaga

quanto a ausência de um critério qualquer ou a determinação de um limite individualizador baseado no caso em concreto.

Não temos condições nem pretendemos, no presente estudo, encontrar uma resposta ao critério mais adequado para aferição da limitação sofrida pelo indivíduo em sua liberdade de escolha. Porém, entendemos que tal critério, ao menos no que se refere a estas possibilidades supramencionadas (de inexigibilidade atinente à limitação do poder de agir), deve ser decidido pelo magistrado, levando-se em consideração a hipótese em concreto, devidamente ponderada com os elementos que lhe são apresentados em um processo.

Porém, não é somente isso. As hipóteses de exigibilidade, conforme as entendemos, não podem estar exclusivamente relacionadas ao poder de agir de forma diversa. Como mencionamos, critérios de cunho preventivo, geral e especial devem, também, ser acrescentados às hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade.

Assim, têm razão os teóricos funcionalistas, quando mencionam que a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade se dá na medida em que determinadas situações, ainda que objetivamente ilícitas, não são passíveis de penalização, tendo-se em vista tais fundamentos preventivos.

Um exemplo que entendemos perfeito para sinalizar as hipóteses é o caso de aborto cometido por uma grávida de um feto anencefálico. Ora, numa posição como essa, jamais poderíamos argumentar que houve uma efetiva diminuição da liberdade de vontade da mãe, ou sequer um conflito de valores, uma vez que o único valor que se encontra em jogo é a vida da criança. Não há como defendermos tal situação por meio da alegação de que a mãe não poderia agir de outro modo senão matar o feto que gerava.

A questão que envolveria esse tipo de excludente, segundo o raciocínio que entendemos correto, é estritamente político-criminal. Não deveria haver condenação pelos seguintes motivos: a) primeiramente, o aborto de um feto que sequer nasceria com vida não abala a confiança da população no direito penal; b) não há qualquer motivo para pressionar a população a não agir dessa maneira, uma vez que se trata, acima de tudo, de uma questão de saúde pública, e tal atitude não incitaria, a princípio, outras mulheres a cometerem abortos em filhos saudáveis; c) não há qualquer motivo de se ressocializar uma pessoa que termina com a vida de um feto que sequer viveria fora do útero; d) e, por fim, da mesma forma que não há

necessidade de pressão contra a sociedade, em relação à mãe também não há, uma vez que também ela muito provavelmente não viria a cometer novos delitos em virtude deste aborto.

Assim, ainda que haja uma efetiva culpabilidade nos moldes finalistas, ou seja, tratando-se de pessoa imputável, que tem potencial conhecimento do ilícito e que pode agir de maneira diversa, não seria ela apenada, como no exemplo acima, uma vez que limitada a função retributiva da pena pelas funções preventivas, geral e especial, ou uma delas.

*Poder-se-ia perguntar, porém, se não seria inútil criar uma categoria de hipóteses de limitação da exigibilidade relacionada ao poder agir diversamente se, por outro lado, fatores sociais de prevenção poderiam ser muito bem utilizados na delimitação de todas as causas de exclusão da culpabilidade, como fazem os funcionalistas, de um modo ou de outro.*

Assim, como fonte de exemplo, mesmo uma situação de estado de necessidade, segundo uma leitura feita por Jakobs, poderia ser encarada como causa de exculpação haja vista a desnecessidade de reafirmação da norma frente à sociedade. Ou seja, o indivíduo não deixaria de ser apenado em virtude de uma limitação que sofreu em sua capacidade de ação ou em sua livre determinação, mas sim uma vez que desnecessária, também neste caso, a prevenção geral positiva.

Tal raciocínio, já mencionado, ao tratarmos da teoria de Claus Roxin, não é errado. Muito pelo contrário, a utilização de critérios preventivos deve sim incidir da ponderação da exigibilidade, como vimos defendendo. Entretanto, não podem ser estes os únicos critérios na aferição da culpa, ou da responsabilidade, como quer Roxin.

Conforme comentamos, um critério exclusivamente preventivo na aferição das hipóteses de inexigibilidade é por demais perigoso, e, apesar da boa vontade da doutrina que os defende, pode ser utilizado com quaisquer finalidades, dependendo da forma como implementado.

Em outras palavras, aspectos preventivos, reflexos da política criminal do Estado que os implementa, podem significar pura e simplesmente pressões sociais efêmeras transformadas em diplomas penais reacionários e até mesmo inconstitucionais.

Não é outra a realidade que se vê, ao menos no Brasil, onde leis penais extravagantes são criadas após eventos calamitosos, do dia para a noite, sem qualquer

racionalização, e que, após alguns anos, são fadadas ao insucesso. Exemplo disso tivemos com a lei de crimes hediondos, que, após inúmeras reformas e declarações de inconstitucionalidade, foi reduzida a pouquíssimos dispositivos úteis, além dos já existentes no próprio Código Penal.

Portanto, a questão que nos resta analisar é: *como compatibilizar aspectos preventivos, gerais e especiais, relacionados ao reflexo social da culpabilidade, com aspectos retributivos relacionados à livre condução da vontade individual?*

É evidente que uma resposta pronta a esse questionamento é impossível de ser formulada. É a conclusão a que chegaram os doutrinadores defensores das teorias da união (que entendemos a mais correta, por sinal) ao perceberem que retribuição e prevenção são lados opostos de uma mesma moeda, e aplicá-las conjuntamente pode não satisfazer quaisquer dos lados.

De qualquer modo, ainda assim, defendemos que ambos os aspectos devem ser considerados cautelosamente. Se a pura retribuição não traz qualquer garantia de diminuição da criminalidade e de reintegração do indivíduo; por outro lado, a prevenção geral e prevenção especial podem ofender a dignidade da pessoa, se consideradas isoladamente. A primeira, na medida em que um tratamento de ressocialização pode não ter prazo certo, e a segunda, na medida em que seja necessária a reafirmação do direito, ainda que não haja qualquer necessidade de reintegração social do indivíduo criminoso, por exemplo.

O ideal é encontrarmos, utilizando-nos das palavras de Muñoz Conde, uma “(...) integración armónica, progresiva y racional de estos tres estadios del fenómeno penal (...)”<sup>544</sup>, para evitarmos tais perigos.

Jamais deve ser olvidada a função garantidora da culpabilidade, de modo que, qualquer que seja a punição ou seu motivo, sempre há que se aferir a liberdade de vontade da pessoa. Assim, de acordo com nosso exemplo acima, qualquer situação de coação moral irresistível deve ser escusada, sob pena de invadirmos uma garantia constitucional inviolável.

A culpabilidade, como fundamento da pena, deve se relacionar com tais critérios, de modo que a formulação dos seus elementos nos moldes finalistas pareça-nos adequada a essa função, ao menos no que se refere à exigibilidade relacionada à liberdade de vontade.

---

<sup>544</sup> “(...) integração harmônica, progressiva e racional de estes três estados do fenômeno penal (...)”(op. cit., 2007. p. 76. Tradução nossa)

Tal entendimento vai ao encontro do garantismo penal, de modo que pressões sociais e aspectos de política criminal jamais poderão se sobrepôr à culpabilidade como garantia individual.

Além disso, porém, caberá aos magistrados e tribunais, ao analisarem seus processos, decidirem, com adequada fundamentação, hipóteses nas quais, ainda que preenchidos todos os elementos da culpabilidade, desculpe-se ou não a conduta, considerando as funções preventivas geral e especial do direito.

Ora, de que adianta um sistema retrógrado, que põe atrás das grades cidadãos que cometeram crimes em situações limites, em não havendo necessidade ressocializadora ou de reafirmação do direito, por exemplo?

As necessidades preventivas, portanto, devem funcionar não somente como garantidoras sociais, mas como uma garantia complementar individual, legitimando o sistema de dupla garantia, proposto por Roxin.

Acima de tudo, entretanto, há que se ter em mente que, qualquer que seja a função da culpabilidade, há que se atentar, sempre, para a realidade social de um país.

Quando Freudenthal criava sua teoria de culpabilidade, visando exclusivamente a uma forma de proteção individual, baseada no poder agir de outro modo, não buscava além de uma reaproximação do direito à esfera da justiça. Isso também, ademais, foi pensado por Frank, quando disse, pela primeira vez, que culpabilidade é reprovação, e não um mero vínculo psíquico que liga o indivíduo ao ilícito, superando a simplicidade positivista dos teóricos psicologistas.

O surgimento e crescimento da teoria normativa da culpabilidade, em pleno estado de calamidade vivido no início do século XX pela Alemanha, não demonstra nada além da situação de extrema dificuldade vivida pela população daquele país. Assim, do mesmo modo, visando a adaptar as discussões acerca da culpa para o Brasil, devemos ter em mente o que acontece em nosso país, nos dias de hoje.

Se, atualmente, a legislação alemã comporta todos os casos de exclusão da culpa por inexigibilidade com base no estado de necessidade exculpante e no excesso de legítima defesa, ou, ainda, se os doutrinadores daquele país entendem que disposições exclusivamente preventivas não gerarão abusos em relação à liberdade de vontade individual, pode ser que isso se aplique bem à Alemanha, ou a qualquer outro país que viva no estado de bem-estar social que ali se encontra.

Não é o que vivemos no Brasil, porém. Dispositivos que somente tomem por consideração aspectos preventivos não gerariam em nosso país senão uma situação de

calamidade e abuso Estatal, e isso é um fato. A qualidade do Poder Legislativo de nossa República Federativa nos permite afirmar isso.

Assim, quando trabalhamos acerca das hipóteses de exigibilidade e inexigibilidade, principalmente no que tange às causas de exclusão da culpabilidade, temos que ter em mente o que ocorre em nosso país.

Situações que se verificam cotidianamente nos tribunais e que refletem o estado social do Brasil devem ser consideradas pela lei, sob pena de o direito se afastar plenamente da justiça. Hipóteses como as mencionadas na pequena amostra que coletamos na jurisprudência evidenciam a gritante defasagem de nosso sistema penal, e a maioria é tratada como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por ausência de tipificação, quando considerada pelos julgadores como hipótese válida (o que se viu que muitas vezes não ocorre). São os casos, por exemplo, da mãe que leva drogas ao filho na cadeia; do cidadão que desarma bandidos com um revólver não legalizado, por ausência de proteção policial; ou ainda hipóteses de homicídio, nas quais um pai de família se vê obrigado a matar um traficante, por ser impelido a pagar-lhe mensalmente uma quantia em dinheiro.

Assim, para concluirmos nossa argumentação, devemos nos focar brevemente na análise crítica das disposições acerca da exigibilidade e da inexigibilidade no atual Código Penal, tecendo, finalmente, nossas breves sugestões.

### 8.3. Breves sugestões à legislação pátria

Conforme mencionamos ao longo da análise da legislação penal pátria, o Código Penal brasileiro, com sua nova parte geral datada de 1984, sofreu fortes influências do finalismo, ao menos no que se refere às questões atinentes à culpabilidade. Em razão disso, e em razão da queda de credibilidade da doutrina da exigibilidade, também pouco se referiu às exculpantes dela derivadas, limitando-as à coação moral irresistível e a obediência de ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Ademais, apesar de parecer expresso ao negar tal hipótese, deu margem para o questionamento da possibilidade de assunção do estado de necessidade exculpante, pela doutrina.

Dado o nosso posicionamento acerca da questão, entretanto, entendemos que as disposições, da forma como se encontram no Código, não são adequadas.

Inicialmente no que se refere ao estado de necessidade, entendemos que o legislador pátrio errou, desde 1940, quando vacilou em não aceitá-lo também como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Ora, toda a discussão a respeito da inexigibilidade nasceu exatamente no âmbito deste instituto, em virtude de uma falha da antiga legislação alemã, ocasionando uma reforma e admitindo-se, segundo um entendimento normativista, as duas hipóteses (exclusão da culpabilidade e exclusão da ilicitude), legalmente tipificadas.

A respeito disso já nos manifestamos quando comentávamos nossos diplomas penais, e restou devidamente evidenciado que, neste ponto, até mesmo o Código Penal de 1969, que sequer chegou a vigorar, era já mais avançado do que nosso atual diploma.

Por outro lado, também andou mal nosso legislador no momento em que tipificou tão somente duas hipóteses referidas à exclusão da culpabilidade em razão da inexigibilidade de outra conduta. É claro, a respeito disso, e conforme mencionamos, que sequer era esse o espírito do legislador à época, uma vez que tais institutos já existiam em nosso ordenamento pátrio desde o Código Penal de 1890, e sendo a coação moral ou física, ademais, hipótese de exclusão da ilicitude.

De qualquer modo, perdeu o legislador a possibilidade de adequar a nova parte geral de 1984 à realidade brasileira.

Segundo nosso posicionamento acerca das premissas de culpabilidade referentes à exigibilidade, bem como seu reflexo na própria doutrina da exigibilidade, entendemos que o mais adequado seria uma reforma penal no que tange os institutos.

As hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa deveriam ser concentradas em um instituto ou em institutos que dessem conta tanto das situações em que houvesse evidente supressão da liberdade de vontade individual, no caso em concreto, quanto das situações em que, apesar de não haver tal supressão, não fosse necessária a aplicação de pena em razão de suas finalidades preventivas, geral e/ou especial.

Não se trata, especificamente, de defendermos uma causa geral de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade que contemplasse todas as hipóteses possíveis, e, portanto, uma cláusula em aberto. Trata-se, isso sim, de evitarmos a extrema limitação imposta pelo legislador penal, evidentemente influenciado, à época, pelo posicionamento contrário à aceitação da ideia de exigibilidade e inexigibilidade.

Ora, em vez de se limitar as hipóteses a duas ou três, devidamente tipificadas, como se verifica atualmente, dever-se-ia criar hipóteses mais amplas e abrangentes que se comunicassem com as causas de inexigibilidade de outra conduta, propriamente dita, e inexigibilidade em razão da desnecessidade de prevenção, de modo a, de acordo com o caso em concreto, ser ponderado pelo magistrado se houve uma situação de necessidade, em sentido lato, ou se aquela atuação do sujeito era ou não socialmente exigível, e passível de prevenção.

Tratar-se-ia, em verdade, de um sistema de dupla garantia, em que se utilizaria da fórmula da culpabilidade como garantia individual, bem como das funções de prevenção, exclusivamente como critério de limitação da pena.

Este, portanto deve ser o espírito do legislador. Um espírito que aproxime as discussões acerca da exigibilidade e da inexigibilidade à justiça, e, principalmente, à realidade social brasileira.

## CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. Pressuposto essencial de todo e qualquer Estado que se diga Democrático de Direito é a adoção de uma série de princípios que visem garantir as liberdades dos seus cidadãos, e, em decorrência, limitem a intromissão do próprio Estado nas relações privadas dos indivíduos.
2. Entre tais princípios, a dignidade da pessoa é o regente, de modo que, relacionando-se com uma série de outros, cria uma rede protetora ideal, nos moldes do mencionado Estado Democrático de Direito.
3. A culpabilidade é um dos princípios que se relacionam com a dignidade da pessoa na garantia da liberdade dos indivíduos.
4. Como princípio de direito penal, culpabilidade significa que a ninguém poderá ser imposta uma pena sem que haja uma relação efetiva entre o sujeito autor com um evento danoso típico e ilícito.
5. Na dogmática jurídico-penal, o princípio da culpabilidade reflete as funções de fundamento e limite da pena. Primeiramente porque é necessário o preenchimento de uma série de requisitos para que alguém seja considerado culpável. Ademais, havendo culpa, a pena não pode passar do limite desta, sendo sempre calculada na medida da real necessidade de repressão.
6. Ao longo do desenvolvimento da sociedade, primeiramente, a culpabilidade foi reconhecida como princípio, refletindo-se no *nullum crimen sine culpa*. Trata-se de conquista que apenas se deu há pouco tempo, e fruto de um longo desenvolvimento das ciências humanas e do direito penal.
7. Somente com os primeiros delineamentos teórico-abstratos do conceito de crime é que culpabilidade passou a fazer parte da teoria do delito, sendo então sistematizada.
8. A teoria psicológica da culpabilidade foi a primeira grande teoria da culpa amplamente aceita. Segundo esta, culpabilidade é o liame subjetivo constituído entre o autor e o fato danoso, representado por meio de suas espécies, dolo e culpa.
9. Esta teoria psicológica não teve uma vida muito longa, porém. Expressão do positivismo jurídico e de um posicionamento simplista acerca da estrutura do delito, não explicava uma série de situações em que se poderia dizer não haver culpa, apesar da existência do liame subjetivo entre autor e fato, bem como outras em que, apesar de haver culpa, não se encontrava este mesmo liame subjetivo.

10. A teoria normativa da culpabilidade surgiu logo após a teoria psicológica, fruto das críticas realizadas à primeira. Segundo essa teoria normativa, culpabilidade não seria somente um liame subjetivo entre o autor e o fato ilícito, mas sim, um juízo de reprovação que se fazia a este autor pelo fato danoso.
11. A culpabilidade, então, deixou de ser dividida em duas espécies, e passou a ser composta por uma série de elementos. Entre eles estariam dolo ou culpa, bem como imputabilidade, e, por sua vez, a exigibilidade de conduta diversa.
12. A exigibilidade de conduta diversa surge na teoria normativa da culpabilidade como o fundamento principal da reprovação. Reprovável é aquilo que é exigível ao autor do fato tendo-se em vista o mandamento da norma e as circunstâncias concretas em que ele se encontrava.
13. A teoria normativa da culpabilidade, porém, apresentou uma diversidade muito grande de entendimentos, sendo que a ideia de exigibilidade passou também por diversas concepções no interior do normativismo.
14. Freudenthal a associou, pela primeira vez, com o poder agir de outro modo. Assim, baseado em um critério extremamente individual, determinava-se a exigibilidade de acordo com a menor ou maior restrição da liberdade de vontade do indivíduo no momento dos fatos.
15. Goldschmidt, visando gerar um coeficiente maior de segurança jurídica, vinculou a ideia de exigibilidade a um critério geral, o critério do homem médio, averiguado de acordo com uma base média de limitação da liberdade de vontade do homem abstrato.
16. A exigibilidade, de qualquer modo, atingiu o seu maior ápice durante a égide da teoria normativa, momento em que várias absolvições foram vistas na Alemanha em virtude da alegação de inexigibilidade.
17. Também era evidente, neste momento, o vínculo da exigibilidade com a ideia de livre arbítrio, na forma do poder agir de outro modo. Assim, uma vez limitada a liberdade de vontade do indivíduo a um ponto insuportável, não haveria que se falar em exigibilidade, e, portanto, culpabilidade.
18. Os tempos da exigibilidade como instrumento de garantia e como base do juízo de culpabilidade, entretanto, também não foram longos. Ainda na Alemanha, local onde foi criada a ideia, pressões comandadas por uma ala conservadora da doutrina fizeram com que se iniciasse um movimento de crítica à exigibilidade com fundamento individualizador, de modo que a teoria caísse em quase total descrédito.

19. Ao mesmo tempo, a ideia de generalização, identificada na doutrina da exigibilidade com o critério do homem médio, migrou para a concepção da culpabilidade. Várias teorias caracteriológicas, que não consideravam a culpabilidade como um fenômeno relacionado ao fato, mas sim a uma ideia média de caráter, personalidade ou condução de vida, acabaram surgindo.

20. Ao longo da República de Weimar, e, principalmente com o advento do nacional-socialismo ao poder, a doutrina da exigibilidade se viu praticamente desaparecer, uma vez que extremamente garantista e limitadora. Aliás, neste período, toda a dogmática jurídico-penal foi relativamente abandonada em prol de discussões criminológicas e de política criminal que se adequavam mais perfeitamente ao nazismo.

21. Somente no pós-Segunda Guerra é que a doutrina da exigibilidade começou a renascer. Henkel foi o precursor do movimento, elevando a ideia à categoria de princípio geral de direito. Desta vez, porém, tratava-se de ideia sem conteúdo, uma vez que princípio regulamentar, que somente indicava uma moldura a ser seguida pelo julgador.

22. Neste mesmo período pós-guerra, começava também a surgir a ideia de culpabilidade finalista. Welzel, o grande nome desta escola, proporcionou alterações no conceito e em sua estrutura. A culpabilidade era entendida ainda como reprovação pessoal em relação a um injusto, porém, seu conteúdo foi modificado. Para o finalismo, o conceito não era mais composto por dolo e culpa, que passaram a constituir elementos subjetivos do tipo, integrantes da teoria da ação. Culpabilidade passou a contar somente com exigibilidade de conduta conforme o direito, potencial consciência da ilicitude e imputabilidade.

23. De qualquer modo, ao longo do finalismo, a exigibilidade continuou relegada a um segundo plano. Sua importância como elemento individualizador não retornou à doutrina, e as hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade passaram a ser extremamente limitadas pela letra da lei.

24. Mesmo para Welzel, a ideia de exigibilidade tinha pressupostos diferentes dos normativistas individualizantes. Não há que se falar em um poder agir de outro modo, mas sim um poder agir conforme os fins, ou conforme o direito.

25. Também com bases finalistas, Maurach procurou trabalhar a ideia de exigibilidade, e, também este construiu um conceito limitado de atuação, novamente a

vinculando ao critério do homem médio, e fora da estrutura da culpa, como integrante da sua responsabilidade pelo fato.

26. Após a culpabilidade finalista surgiram os aportes funcionalistas, que, não obstante suas mais diversas vertentes, tinham como ideia central a reaproximação da dogmática penal de questões político-criminais, separadas desde há muito e definitivamente divorciadas com a fundamentação neokantiana dos normativistas.

27. Pode-se dizer que o surgimento das doutrinas funcionalistas foi propiciado pela forte crítica lançada por Engisch contra a questão da liberdade de vontade, na forma do livre arbítrio. Para ele, a liberdade de vontade seria impossível de demonstração empírica, motivo pelo qual o fundamento de culpabilidade deveria ser outro.

28. Roxin foi o primeiro grande teórico entre os funcionalistas. Trabalhou a culpabilidade de forma a expandi-la a um conceito maior, o de responsabilidade.

29. A exigibilidade, segundo seu posicionamento, seria trabalhada dentro deste conceito maior, de forma a não se vincular necessariamente à culpabilidade. Exigibilidade seria, em verdade, aferida segundo critérios de prevenção geral e especial, e não critérios relacionados à função retributiva do direito.

30. Muito mais polêmico é o posicionamento de Jakobs, que entende a culpabilidade como uma questão exclusivamente de prevenção geral positiva, ou seja, a pena deve estar com ela relacionada com o intuito único de reafirmação do direito penal frente à sociedade. Segundo sua concepção, ademais, a inexigibilidade seria uma limitada causa de exclusão da culpabilidade. Assim, atuaria nos casos em que uma conduta fosse praticada e não houvesse necessidade de reafirmação do direito penal por meio da pena. Sua concepção é muito criticada entre outros motivos pelo fato de que se normatiza completamente o conceito de culpa, retirando-a absolutamente da esfera individual e, portanto, instrumentalizando o sujeito, que sequer tem sua vontade considerada na aferição da culpabilidade.

31. Figueiredo Dias mostrou-se, entre os funcionalistas abordados, o único que parte seu conceito de culpabilidade da ideia de liberdade de vontade. Trabalha o tema, entretanto, de modo diferente, vinculando a liberdade à formação da personalidade do indivíduo, e não ao poder agir no caso concreto.

32. Sua conceituação de exigibilidade, portanto, apesar de se dar no interior da culpabilidade, diferentemente de Roxin, relaciona-se com a própria personalidade do sujeito. Leva em conta a capacidade, no caso concreto, de o sujeito agir conforme seu

comportamento global. Assim, caso as circunstâncias o obriguem a tomar uma atitude que, em geral, dado sua personalidade, ele não tomaria, tal fato está desculpado. São extremamente limitativas suas hipóteses, uma vez que não aceita sequer a exigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpa.

33. Diferente é o posicionamento de Velo, que, partindo das premissas de Dias a respeito da liberdade vinculada à personalidade, formula um critério de exigibilidade como princípio geral de direito penal. Segundo ele, exigibilidade é uma hipótese geral de exclusão da culpabilidade, vinculada a um sentimento geral ético que informa todo o direito.

34. A evolução dos postulados acerca da culpabilidade, por sua vez, parece óbvia na legislação penal brasileira. Cada um dos Códigos Penais que vigoraram no país demonstra claramente suas influências doutrinárias.

35. A princípio, nenhuma disposição clara acerca da culpabilidade se via, de modo que as Ordenações do Reino que vigiam no Brasil traziam apenas um imenso rol de crimes e quase nenhuma garantia individual ao cidadão frente ao poderio dos seus governantes.

36. Nos Códigos de 1830 e 1890, apesar das evidentes diferenças entre eles, viu-se uma aproximação da ideia de culpabilidade relacionada à moral, uma vez que na vigência do primeiro, as teorias modernas acerca da culpa não haviam ainda nascido, e, na vigência do segundo, as influências da teoria psicológica ainda não haviam chegado ao país.

37. Por outro lado, entretanto, havia uma melhoria evidente que começava a ser traçada, no sentido das garantias, já se verificando hipóteses de exclusão da culpa, bem como já bem determinados princípios como o da legalidade.

38. Apenas com o Código de 1940, a teoria psicológica da culpabilidade efetivamente passou a influenciar nosso diploma penal. O posicionamento dos diversos doutrinadores da época, apesar de alguns debates, pareceu evidente quanto a isso.

39. Assim, o Código de 1940, tendo adotado a teoria psicológica, não há que se falar ainda em exigibilidade e inexigibilidade, por incompatibilidade lógica.

40. Viu-se, porém, que alguns doutrinadores, já adeptos da teoria normativa, começavam a entender que hipóteses como a da já tipificada coação irresistível poderiam ser lidas como causas exculpantes relacionadas à inexigibilidade de conduta diversa.

41. O Código de 1969, por sua vez, apesar de não ter entrado em vigor, encontrava-se devidamente alinhado ao posicionamento dos teóricos normativistas alemães, de modo a ter expressamente adotado o estado de necessidade exculpante como hipótese de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

42. Já o Código atual, com sua reforma de 1984, parece devidamente alinhado com uma culpabilidade finalista, de modo que elenca ao menos duas hipóteses de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, a coação moral irresistível e a obediência a ordem de superior hierárquico.

43. A grande discussão em torno do atual diploma se dá no que se refere às causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, bem como em relação à existência do estado de necessidade exculpante.

44. Quanto ao primeiro caso, parece inevitável sua aceitação, de modo que, da forma como foi estruturado o Código, não há qualquer impedimento a isso. Por outro lado, as hipóteses de estado de necessidade parecem devidamente limitadas a exclusão da ilicitude, podendo-se somente trabalhá-las como exclusão da culpabilidade de maneira supralegal, e, portanto, vinculadas à própria exigibilidade.

45. As legislações alemã e portuguesa atuais, por sua vez, demonstram como a questão é abordada nesses países. Na Alemanha, ainda se trabalha com o estado de necessidade exculpante como inexigibilidade de conduta diversa. Por outro lado, existe ainda a previsão das hipóteses relacionada aos casos de excesso na legítima defesa. Já em Portugal, além das hipóteses elencadas no Código alemão, aceita-se também a obediência hierárquica como causa de inexigibilidade.

46. A culpabilidade, segundo o entendimento que parece mais acertado, deve ter como premissas tanto a possibilidade de liberdade de vontade, que se reflete, em termos de pena, na função retributiva, como também questões de cunho social, relacionadas à função preventiva geral e especial da pena.

47. Isso reflete-se também na ideia de exigibilidade e inexigibilidade, na medida em que a culpabilidade deve ser excluída sempre que houver uma restrição irresistível à liberdade de vontade, no sentido do poder agir de outro modo, bem como quando as funções preventivas da pena não se virem necessárias. Exemplos dessas situações são as hipóteses de coação irresistível e um aborto de feto anencefálico, respectivamente.

48. A legislação penal brasileira, portanto, deveria se adequar a esses postulados, de modo a tipificar as causas de exclusão da culpa por inexigibilidade em um gênero muito mais amplo e abrangente, deixando a cargo do magistrado realizar a valoração

a respeito da existência ou não de uma hipótese de exculpante de acordo com a situação fática.

49. Somente com uma disposição legal que leve em consideração a realidade social do país o direito penal exercerá a sua função de garantia em um Estado Democrático de Direito, deixando de punir indivíduos por injustos em situações em que tal punição não faz qualquer sentido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena*. Vol. 1. 2 ed. actual., y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.
- \_\_\_\_\_. “Breve Síntesis del problema de la culpabilidad normativa”. In: GOLDSCHIMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5 ed. Tradução, revisão e coordenação da 1ª edição brasileira de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGUDELO BETANCUR, Nódier. *Curso de derecho penal*. Esquemas del delito. 3 ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002.
- ALVARENGA, Maria Zélia de e MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. “O direito de morrer a própria morte”. In: *Revista jurídica – Escola Superior do Ministério Público*. Vol. I. N. 1 – jan. a jun. de 2001.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005-A.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal*. Parte geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005-B.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3 ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Parte geral. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale*. parte generale. 3. ed. riveduta e aggiornata. Palermo: G. Priulla Editore, 1962.
- \_\_\_\_\_. *O problema penal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal*. vol. I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONFIM, Edilson Mougenot e CAPEZ, Fernando. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_ e CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ e PRADO, Luiz Regis. “Princípios fundamentais do direito penal”. FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal* - parte geral. Tomos 1º e 2º. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

C. NUÑEZ, Ricardo. *Manual de derecho penal*. Parte general. 4 ed. actualizada. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

\_\_\_\_\_. “Bosquejo de la culpabilidad”. In: GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito penal brasileiro*. 2 ed. revista e adaptada à ortografia vigente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAPEZ, Fernando e BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte geral. volume I. tradução de José Luiz V. De A. Franceschini. São Paulo: Edição Saraiva, 1956.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Direito Penal*. Parte geral. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

CORRÊA, Tatiana Machado. “Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs”. FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010-A.

\_\_\_\_\_. “Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010-B.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: curso completo*. 8 ed. rev. e consolidada em único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

D. FERNANDEZ, Gonzalo. “Culpabilidad normativa y exigibilidad”. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. reimpresión. Lanús Este: Editorial B de F, 2006.

\_\_\_\_\_, Gonzalo e GUZMÁN DALBORA, José Luis. “Estudio introductorio”. In: HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. reimpresión. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

\_\_\_\_\_. “La cuestión de la libertad de voluntad en el derrotero de la teoría de la culpabilidad”. In: ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. reimpresión. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

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

\_\_\_\_\_. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito penal*. Parte geral. t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. “A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação” (dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2008.

DOTTI, René Ariel. “Notas para a História das Penas no Sistema Criminal Brasileiro”. In: \_\_\_\_\_. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Reimpresión. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Lanús Este: Editorial B de F, 2006.

- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. V.1. tomo I. 7 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito de método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GIOFFREDI, Carlo. *I principi del diritto penale romano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2 ed. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 5 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GONZAGA, João Bernardino. *O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, s/d.
- GREGO, Rogério e ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis e D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. “Estudio introductorio”. In: HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Estudio preliminar”. In: ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. reimpressão. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Traducción de José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 887.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I. t. 2. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1955.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Reimpresión. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. 5 ed. renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. parte geral. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. *Obediência hierárquica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIRA FILHO, Roberto. *Compêndio de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*. parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. vol. I e II. 1 ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_ e ALVARENGA, Maria Zélia de. “O direito de morrer a própria morte”. *In: Revista jurídica – Escola Superior do Ministério Público*. Vol. I. N. 1 – jan a jun de 2001.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. tomo II. Traducción de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*. libro de estudio. Parte general. Traducción de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. 4 ed. revisada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introducción al derecho penal*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

\_\_\_\_\_ e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_ e HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 1 vol. São Paulo: Edição Saraiva, 1959.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte geral e parte especial. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Individualização da pena*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PETROCELLI, Biagio. *La colpevolezza*. 3 ed. Padova: CEDAM, 1962.

PIERANGELLI, José Henrique. “A culpabilidade e o novo sistema penal”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980.

\_\_\_\_\_ e ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1: parte geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTEL, Manuel Pedro. “A culpabilidade na reforma penal”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Elementos de direito penal*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_ e BITENCOURT, Cezar Roberto. “Princípios fundamentais do direito penal”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

\_\_\_\_\_. *Teoria do delito*. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. 1 ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, e GREGO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

RODRIGUÉZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal*. Parte geral. tomo I. traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000-A.

\_\_\_\_\_. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000-B.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008-A.

\_\_\_\_\_. “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2 ed. revisada. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008-B.

\_\_\_\_\_. “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal”. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2 ed. revisada. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008-B.

SANTOS, Juarez Cirino dos. “Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico”. In: FRANCO, A. S. e NUCCI, G. S. (org) *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCARANO, Luigi. *La non esigibilità nel diritto penale*. Napoli: Casa Editrice Libreria Humus, 1948.

SCHMIDT, Andre Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. “La culpabilidad: estado de la cuestión”. Traducción de David Felip I. Sarorit Y Ramon Ragués I. Valle. In: ROXIN, Claus *et alii*. *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

\_\_\_\_\_. “Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal”. Traducción de Lourdes Baza. In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1992.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Parte general. 5 ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.

SPOSATO, Karyna Batista. “Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir”. In: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, Juarez. “Culpabilidade: A incongruência dos métodos”. In: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. (14ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. “Culpabilidade e a problemática do erro jurídico-penal”. In: FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WEIGEND, Thomas e JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. 5 ed. renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La culpabilidad en el siglo XXI”. FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1: parte geral. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*. Parte general. t. IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.