



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



Renato César Dantas da Silva

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA  
E SEU PAPEL NA DOGMÁTICA PENAL:**  
princípio geral do direito que não depende de previsão legal

**Dissertação de Mestrado**

Recife  
2015



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



Renato César Dantas da Silva

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA  
E SEU PAPEL NA DOGMÁTICA PENAL:**

princípio geral do direito que não depende de previsão legal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como cumprimento parcial das exigências para aquisição do título de Mestre em Direito, Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito na Linha de Pesquisa de Teoria da Antijuridicidade e Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos.

Recife  
2015



**Renato César Dantas Silva**

**“Inexigibilidade de Conduta Diversa e seu Papel na Dogmática Penal: Princípio Geral do Direito que não depende de Previsão Legal”**

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

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito**

**Orientadora: Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves**

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

**MENÇÃO GERAL: APROVADO**

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (Presidente/UFPE)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Professora Dra. **Vanessa Alexandra de Melo Pedrosa** (1ª Examinadora externa/UNICAP)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor Dr. **Aurélio Agostinho de Bôaviagem** (2º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 21 de dezembro de 2015

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

SILVA, Renato César Dantas da. **Inexigibilidade de conduta diversa e seu papel na dogmática penal**: princípio geral do direito que não depende de previsão legal. 2015. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

## RESUMO

O conceito de crime sob o prisma analítico é uma conduta típica, antijurídica e culpável. Sendo a tipicidade e a antijuridicidade juízos de reprovação sobre a conduta do agente, ao passo que a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre o agente. A culpabilidade apresenta segundo o finalismo os seguintes elementos formadores: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Esse terceiro elemento formador da culpabilidade é que será o mote de nosso trabalho. Traçaremos uma evolução do conceito de culpabilidade, até chegar ao finalismo e a atual roupagem da inexigibilidade de conduta diversa, adotando-a como verdadeiro princípio geral do direito a fundamentar a exclusão da culpabilidade para além das situações previstas pela lei, como também para além das situações elencadas pela doutrina, sempre com espedeque nos princípios constitucionais da liberdade de crença, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ou qualquer outro princípio constitucional, quer seja explícito ou implícito. Identificamos os modelos de inexigibilidade de conduta diversa apontados pela doutrina quer brasileira ou estrangeira e sua insuficiência para albergar todas as situações passadas e futuras, fazendo-se necessário certo grau de liberdade para que o julgador possa decidir em favor do réu e nunca em seu desfavor, aplicando um princípio constitucional, pela não incidência da reprovabilidade necessária para concretização da culpabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** culpabilidade; conduta diversa; inexigibilidade; supralegalidade; exculpação; princípios.

SILVA, Renato César Dantas da. **Unenforceability of diverse conduct and role criminal dogmatic:** general principle of law that does not depend on legal provision. 2015. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, 2015.

### **ABSTRACT**

The concept of Crime, from an analytical point of view, is of a typical, anti-juridical and culpable conduct. Tipicity and Antijuridicity are judgments on the agent's conduct, whereas present Culpability focus on the agent itself. Culpability, according to the Finalist legal theory, presents the following grounding elements: imputability, potential conscience of the unjust and the enforceability of diverse conduct. The later essential element is the scope of the present work. We will analyze the evolution from the concept of culpability, going through the Finalist theory and the unenforceability of diverse conduct, adopting this principle as the true general principle of Law that substantiate the exclusion of culpability on those situations that are not predicted by law nor by Doctrine, always keeping the focus on the constitutional principles of freedom of belief, dignity of the human person and equality, as well as any other constructional principle, be it implicit or explicit. We have identified the models of unenforceability of adverse conduct pointed out by both Brazilian foreign Doctrines, and realized their insufficiency to cover all the situations, past and future. Thus, we conclude that it is necessary a certain amount freedom in the decision making so that the Judge can decide in favor of the accused and never the opposite, applying, therefore, a constitutional principle.

**Keywords:** culpability; diverse conduct; unenforceability; above legality; exculpation; principle.

## **AGRADECIMENTOS**

Sou muito grato a Deus por ter realizado a benção de eu ter entrado neste programa de Pós-graduação e por ter me concedido a graça de dar este passo para conclusão do mestrado. Sou grato aos meus pais, que desde sempre me estimularam os estudos e me deram suporte nos momentos mais difíceis, especialmente minha mãe, D. Maria Lúcia, doutora do amor e da sabedoria. Sou grato à minha esposa, Simone Lobo Dantas, que me incentivou e acreditou na minha capacidade, até mais do que eu. Sou grato aos meus filhos, Caio, Emily e Evely que foram solidários e sacrificaram o tempo de nossa convivência para que eu pudesse me dedicar aos estudos e às pesquisas. Sou grato ao meu irmão Martorelli Dantas que me estimulou e ajudou sempre que foi necessário na correção do trabalho.

Quero agradecer à minha orientadora Dra. Juliana Teixeira que tanto me ajudou na feitura deste trabalho e aos membros da banca: Dr. Francisco Queiroz, Dr. Everaldo Gaspar e a Dra. Vanessa Pedroso, que tanto me alegraram com as suas participações nesta data tão importante para minha caminhada acadêmica.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 HISTÓRIA DA CULPABILIDADE: VISÃO PANORÂMICA DO INSTITUTO NO OCIDENTE .....	14
1.1 Situando a temática panoramicamente.....	14
1.2 Das distintas acepções do termo culpabilidade .....	15
1.2.1 Culpabilidade como princípio .....	15
1.2.2 Culpabilidade como limite da pena .....	15
1.2.3 Culpabilidade como elemento do conceito delito .....	16
1.3 Panorama da história da culpabilidade no Ocidente .....	17
1.3.1 Culpabilidade na Grécia .....	17
1.3.2 Culpabilidade em Roma .....	18
1.3.3 Culpabilidade em Agostinho de Hipona .....	19
1.3.4 Culpabilidade em Tomas de Aquino .....	20
1.3.5 Culpabilidade em Binding .....	22
1.3.6 Teoria Psicológica da Culpabilidade .....	23
1.3.7 Teoria Psicológico-normativa .....	25
1.3.7.1 Culpabilidade em Frank .....	26
1.3.7.2 Culpabilidade em Goldschmidt .....	29
1.3.7.3 Culpabilidade em Freudenthal .....	30
1.3.7.4 Culpabilidade em Mezger .....	32
1.3.8 Teoria normativa Pura da Culpabilidade .....	33
1.3.9 Culpabilidade em Maurach .....	38
1.3.10 Culpabilidade no Funcionalismo .....	41
2 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE NA VISÃO FINALISTA.....	45
2.1 Imputabilidade .....	45
2.1.1 O problema da constatação da imputabilidade em Welzel .....	46
2.1.2 Sistemas de aferição .....	47
2.1.3 O Código Penal brasileiro .....	48
2.1.3.1 Inimputabilidade do menor de 18 anos .....	49
2.1.3.2 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado .....	50

2.1.3.3	Semi-imputabilidade .....	52
2.1.3.4	Emoção e paixão .....	53
2.1.3.5	Embriaguez .....	53
2.2	Potencial consciência da ilicitude .....	54
2.2.1	Consciência .....	54
2.2.2	Ilicitude .....	54
2.2.3	Consciência da ilicitude .....	55
2.2.4	Potencial consciência da ilicitude .....	57
2.3	Exigibilidade de conduta diversa .....	57
3	INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA .....	61
3.1	Evolução do Conceito .....	61
3.2	A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal .....	65
4	CAUSAS LEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA .....	73
4.1	Coação irresistível .....	73
4.2	Obediência hierárquica .....	76
5	CASOS APONTADOS PELA DOUTRINA COMO SITUAÇÕES SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	80
5.1	Fato da consciência .....	82
5.2	Provocação de situação de legítima defesa .....	84
5.3	Desobediência civil .....	85
5.4	Conflito de deveres .....	86
5.5	Excesso nas causas de justificação .....	88
5.6	Inexigibilidade pura e simples .....	89
5.7	Inexigibilidade supralegal como reação à violação de direito fundamental ....	90
5.8	Motivo .....	91
5.9	Dos três níveis de aferição do juízo de exigibilidade .....	92
	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	95
	REFERÊNCIAS .....	103

## INTRODUÇÃO

O Direito tem por função precípua a organização da vida em sociedade. Para cumprir este objetivo, imprescindível se faz regular as condutas humanas, fixando limites aceitáveis e afastando aqueles reputados como impróprios, posto que rechaçados pelos valores sociais, consubstanciados no ordenamento jurídico. Deste ponto se manifesta necessária a ideia de crime, tão antiga quanto essencial ao Direito Penal. Para que possamos falar de crime, numa perspectiva tripartite, há que se vislumbrar uma conduta típica, antijurídica e culpável.

A tipicidade dá relevância penal a uma conduta, sendo a antijuridicidade o juízo de reprovação sobre a conduta relevante. Já a culpabilidade não é um juízo de reprovação sobre a ação, mas sobre o autor da conduta. Aí reside a importância da culpabilidade, por ser o único elemento do crime que analisa o homem em todas as suas nuances. A culpabilidade é tão importante que podemos identificar o grau de progresso do Direito penal de um povo, pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade.

E por que tal ênfase? Porque já superamos os pensamentos que separavam as condutas, dos homens que as praticavam. Enquanto não tínhamos olhos para ver além do comportamento em si, caminhávamos cegos para o fato de que a conduta é sempre resultado de uma convergência de fatores que dão lugar a ação. A pena nunca recai sobre o comportamento, é o indivíduo que tem os seus direitos cerceados, sua liberdade tolhida, seus bens jurídicos suprimidos.

Adotaremos aqui o conceito de culpabilidade como sendo um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o Direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar de forma contrária ao Direito. Filiamo-nos aqui a tese da escola finalista, cuja principal contribuição foi a retirada do conceito de culpabilidade de todos os elementos subjetivos que o integravam até a teoria psicológico-normativa, fazendo nascer a teoria normativa pura da culpabilidade. Assim, sob a ótica finalista os elementos da culpabilidade são: a imputabilidade, a potencial consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa. A exigibilidade é o terceiro estágio do juízo de reprovação da culpabilidade, em um plano de normalidade das circunstâncias do fato.

O primeiro autor a usar o termo exigibilidade de conduta diversa foi Freudenthal, para quem essa era tida como critério de reprovabilidade. Defendia que a inexigibilidade deveria ser estabelecida de forma individual, segundo as condições do caso concreto e do autor do

fato. Inserindo a inexigibilidade como causa supralegal, princípio geral de exclusão da culpabilidade, não se limitando à lei. Partiu da generalizada convicção acerca da multiplicidade de situações nas quais um sujeito age como qualquer um agiria no seu lugar, construindo sua ideia de poder de atuação alternativo.

Como é cediço, exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade que o agente tem de se comportar conforme os mandamentos legais, considerando o ser humano não como um homem ideal, mas como um alguém dotado de sentimentos, cujas ações acontecem na imponderável dinâmica da vida. Quando essa liberdade de opção lhe for negada, falaremos em inexigibilidade de conduta diversa, que excluirá a culpabilidade do agente. Assim, nas situações onde o contexto fático retire do autor a liberdade para agir conforme o Direito, devemos entender que estamos diante de uma causa de exclusão da culpabilidade, pois não poderemos emitir sobre o mesmo um juízo de reprovação, sem o que não teremos culpabilidade, sob pena de olvidarmos da principal contribuição dada por Frank, que nos ensinou que a culpabilidade é antes de tudo reprovabilidade. Quando esta causa estiver prescrita em lei, será causa legal de exclusão da culpabilidade, quando não, será supralegal.

O penalista Francisco de Assis Toledo foi um dos defensores no Brasil da possibilidade de se reconhecer outras situações, além das legisladas, como casos de inexigibilidade de conduta diversa, afirmando ele que a inexigibilidade de outra conduta é, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. Dando a inexigibilidade um caráter de princípio de direito penal, e não apenas uma causa de exclusão da culpabilidade, que pode está presente em preceitos legislados, quando será causa legal de exclusão, ou, de forma diversa, quando não estiver constando em um preceito normativo, será uma causa supralegal de exclusão, transformando-se em verdadeiro princípio fundamental, umbilicalmente ligado ao problema da responsabilidade pessoal, a dispensar norma expressa a respeito.

No presente trabalho, enfrentaremos a problemática do enquadramento da inexigibilidade de conduta diversa na dogmática penal, asseverando que as duas causas de exclusão da culpabilidade, previstas no Código Penal, são apenas exemplificativas e, assim sendo, tentando apontar critérios para a identificação das causas supraleais. Ou, até apontando outro papel para inexigibilidade de conduta diversa, como princípio regulativo como que Henkel, dentre outras abordagens.

As situações de inexigibilidade de conduta diversa brotam dos casos concretos, e após a razoável aceitação jurisprudencial, é que a doutrina reconhece o que já está posto. O nosso trabalho mostrará que a inexigibilidade de conduta diversa já é aceita como causa supralegal

de exclusão da culpabilidade, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, mas tentará também, traçar critérios balizadores para validação de casos novos.

O primeiro caso que se tem notícia de um julgamento que como pano de fundo acolheu a tese da inexigibilidade de conduta diversa, mesmo que de forma implícita foi o seguinte: Em 23 de maio de 1897, a Quarta Sala Penal do Tribunal do Império Alemão absolveu, negando a culpabilidade, ao acusado do famoso caso conhecido como do ‘cavalo que não obedece às rédeas’. Em síntese, o fato é o seguinte: o dono de uma cocheira ordenou a um de seus empregados que atrelasse determinado cavalo a uma carruagem para efetuar os serviços habituais. No entanto, o animal indicado pelo empregador era rebelde e não obedecia, com presteza, ao comando do seu condutor. Com base nesse fato, o cocheiro negou-se a obedecer, temeroso, com justa razão, de que o animal, desobedecendo, pudesse causar algum acidente. O proprietário, no entanto, reiterou, energicamente, a ordem, informando ao seu empregado de que se não obedecesse seria imediatamente despedido. Certo de que sua desobediência o levaria ao desemprego, resolveu o cocheiro obedecer. Como foi previsto, durante o trabalho o cavalo desobedeceu às rédeas, e, a despeito dos esforços de seu condutor, saiu em desabalada carreira quando bateu contra um ferreiro, que estava sobre a calçada, fraturando-lhe uma perna. O tribunal entendeu que não se podia exigir do cocheiro que ‘perdesse seu emprego e seu pão’. Principalmente naquele momento em que a Alemanha passava por uma crise econômica.

Poderíamos dizer que causas supraleais de exclusão da culpabilidade são aquelas que, não estando expressamente previstas em lei, são aplicadas em virtude de princípios informadores do ordenamento jurídico como um todo, sendo aplicação do método entimemático, que não encontra na lei o seu limite. Não estamos defendendo a aplicação de uma postura anárquica, que poderia trazer embaraço e insegurança jurídica, mas de um critério a ser adotado pelo magistrado com ponderação e cautela, atendendo a situações ainda não previstas pelo legislador. Cremos que a identificação de critérios balizadores auxiliaria os aplicadores do direito na apreciação da excludente de culpabilidade em estudo, em função do leque de situações que demandam sua utilização, impedindo a condenação quando estivermos diante do que Frank chamou de circunstâncias concomitantes, tirando do agente a sua liberdade de atuar.

Numa perspectiva de um Direito Penal moderno da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa é a pedra angular sob a qual se edifica toda a teoria do crime, não apenas sob o prisma da causalidade como forma natural de uma ação, mas analisando a liberdade de ação

do homem, consectário da dignidade da pessoa humana, sem nenhuma amarra, verificando sua personalidade, a situação concreta, e o acontecer da vida.

A ideia de exigibilidade de conduta diversa está umbilicalmente ligada à de liberdade, como podemos extrair da definição aqui adotada de culpabilidade. A liberdade dirige a vontade humana. Sem liberdade não se pode falar em juízo de reprovação, por isso, mister se faz uma análise detida da liberdade de atuar do agente no momento da ação, não perdendo de vista que o Direito Penal dirige-se para homens normais e não para super-homens.

O silogismo é uma forma de apresentação insuficiente. Neste esquema lógico a lei é a premissa maior, o caso a premissa menor e a decisão a subsunção da lei ao caso. Tal modelo não consegue solucionar perfeitamente as lides penais, o que pode ser comprovado com a existência das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, sendo, antes, um redutor de complexidade, que deixa desalbergadas as questões da vida a que o Direito deve dar resposta. O método penal encontra na lei o seu limite negativo, não se podendo punir fora da lei, e no caso concreto seu limite positivo, o caso pode ensejar uma argumentação racional para o afastamento da lei, através da fundamentação constitucional. Sendo o entimema a forma de apresentação metodológica da relevância tópica do caso para afastar a lei. Acolhemos do professor Cláudio a noção de entimema, definido como silogismo retórico, em que uma das premissas encontra-se oculta, que no nosso caso é a maior, devendo o julgador se debruçar sobre o caso concreto e dele extrair a decisão justa, que será fundamentada na lei, quando possível, ou articulará um argumento constitucional que dê guarida a decisão, ou seja, a decisão não é feita a partir da premissa maior, mas a premissa maior será escolhida a partir da decisão.

Visando atingir o nosso propósito, desenvolvemos o nosso trabalho a partir do método hipotético-dedutivo, ou seja, construiremos uma hipótese e em seguida verificaremos se esta se aplica aos casos concretos que observamos. Nosso estudo será eminentemente bibliográfico e documental, uma vez que partimos das obras dos autores referidos na bibliografia.

Usaremos como referencial teórico nesta dissertação dois pensadores de gerações distintas, Francisco de Assis Toledo e o professor Cláudio Brandão. E na literatura estrangeira Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e De La Cuesta Aguado.

No primeiro capítulo abordaremos a evolução histórica do conceito de culpabilidade, dos romanos até o finalismo, passando por Welzel, Maurach e Roxin, fazendo com que entendamos o percurso histórico do conceito de culpabilidade.

No segundo capítulo falaremos sobre os elementos da culpabilidade segundo a Teoria Finalista de Welzel, quais sejam: a imputabilidade, que podemos traduzir de forma simplória

na capacidade de ser culpável; a potencial consciência da ilicitude do fato, que seria a possibilidade de compreensão da natureza ilícita de seu comportamento; e a exigibilidade de conduta diversa, que em apertada síntese é a possibilidade do agente dentro de um caso concreto, agir de acordo com a norma. Discorrendo sobre seus conceitos e as consequências de suas ausências.

No terceiro capítulo discorreremos sobre a inexigibilidade de conduta diversa propriamente dita. Traçando a evolução histórica do instituto. Com a abordagem de doutrinadores brasileiros e estrangeiros. Verificaremos as diferentes formas com que os doutrinadores classificam a inexigibilidade de conduta diversa, quer como causa de exclusão da culpabilidade, quer como princípio geral de exclusão da culpabilidade, quer seja legal ou supralegal, ainda como princípio do direito ou princípio regulativo, entre outras visões.

No quarto capítulo trabalharemos as causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, quais sejam: coação irresistível e obediência hierárquica.

No quinto e último capítulo elencaremos as situações de inexigibilidade de conduta diversa supralegais apontadas pela doutrina como: o estado de necessidade exculpante, a desobediência civil, o fato da consciência, a provocação de situação de legítima defesa, o conflito de deveres, entre outros menos citados, tentando identificar características comuns a todas as situações, se possível.

Encerraremos nossa pesquisa com a conclusão, que tentará resumir todo o nosso trabalho, além de retratar o nosso pensamento sobre tudo quanto foi estudado, apresentando, se possível, uma solução para o estado das coisas.

## 1 HISTÓRIA DA CULPABILIDADE: VISÃO PANORÂMICA DO INSTITUTO NO OCIDENTE

A análise de todos os institutos, sejam ou não jurídicos, pressupõe uma compreensão de seu desenvolvimento histórico. Isto é ainda mais verdadeiro quando o que pretendemos compreender diz respeito à culpabilidade, a qual sofreu inúmeras e profundas transformações nos últimos duzentos anos. Vejamos como isto se desenvolveu, partindo da Grécia Antiga, passando pelo desarrolho do instituto no Direito Romano, para em seguida ver como o pensamento teológico influenciou ou tocou o tema durante a Idade Média, para terminarmos nos mais próximos desdobramentos que se deram na Alemanha dos séculos XIX e XX.

Não podemos negar que tal abordagem revela uma escolha, um recorte do tema, o que finda por deixar de lado reflexões que poderiam ser extremamente úteis e instigantes, tais como o desenvolvimento da culpabilidade no Oriente ou como na modernidade as discussões em torno do instituto se deram na França e Itália, importantes centros de estudos do Civil Law. Ocorre que todo estudo é marcado por sacrifícios, por deliberações que elegem aquilo que será analisado e, em contrapartida, aquilo que deixaremos de esmiuçar. Serve-nos de escusa o fato de que o nosso sistema legal ser também conhecido como modelo romano-germânico, sendo a Alemanha do século XIX (ainda que politicamente não unificada, a princípio), ter sido o centro vivo dos principais debates, o que justifica que nos atenhamos ao pensamento germânico na parte mais recente da história.

### 1.1 Situando a temática panoramicamente

Para que possamos atribuir a alguém uma pena, mister se faz a presença de um crime, pois a pena é a consequência jurídica do crime, ou como nos ensinou Tobias Barreto “a razão da pena está no crime”.<sup>1</sup> Adotamos aqui o conceito analítico de crime mais difundido atualmente no Ocidente, qual seja, crime enquanto uma conduta típica, antijurídica e culpável.

Assim sendo, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que transformam uma conduta em um delito. A culpabilidade, uma responsabilidade pessoal pelo cometimento de um fato antijurídico, pressupõe a antijuridicidade do fato, da mesma forma que a antijuridicidade tem que estar concretizada em tipos penais. Esses três elementos estão logicamente vinculados de forma que cada elemento posterior pressupõe o anterior.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. T. II. São Paulo: Record. 1991, p. 110.

<sup>2</sup> WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F. 2002, p. 69.

A tipicidade dá início à valoração negativa sobre a conduta do agente, dando a ela relevância jurídico-penal, atribuindo à mesma a maior e mais grave sanção que o ordenamento jurídico pode impor, a pena. A realização de uma conduta típica é dotada de um desvalor, na medida em que viola ou coloca em risco um bem jurídico protegido. Quando não se encontra presente uma causa de justificação, aquele juízo de reprovação inicial se completa, tornando a conduta definitivamente desvaliosa, dando ensejo a formação da antijuridicidade, existindo entre esses dois elementos uma relação de indiciariedade.<sup>3</sup> Sendo a culpabilidade um juízo de valor sobre o agente que cometeu a conduta antijurídica.

## 1.2 Das distintas acepções do termo culpabilidade

Dentro do ordenamento jurídico pátrio encontraremos a expressão culpabilidade sendo empregada em sentidos diferentes, até mesmo o Código Penal assim o faz (artigos 29 e 59). Podemos, no mínimo, elencar três sentidos para a expressão culpabilidade no Direito Penal: culpabilidade como princípio, servindo de limite à responsabilidade penal objetiva; a culpabilidade como elemento limitador da pena, dosando o grau de reprovabilidade da conduta; e a culpabilidade como elemento do delito, traduzida pelo conjunto de atributos que formam a culpabilidade.<sup>4</sup>

### 1.2.1 Culpabilidade como princípio

A culpabilidade como princípio surgiu do interesse em se romper a fase da responsabilização pelo resultado, através da necessidade da demonstração de uma contribuição subjetiva do agente, ou seja, há que se demonstrar dolo ou culpa para concretização de um delito, daí o surgimento do princípio *nullum crimen sine culpa*. Deste modo, ficou estabelecido que o agente só terá a sua conduta penalmente reprovada se ao agir o fez pelo menos com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência).

### 1.2.2 Culpabilidade como limite da pena

A culpabilidade neste momento representa o grau de reprovabilidade de cada conduta em seu contexto, apresentando-se como se fosse uma régua a medir a reprovação da conduta criminosa. Traremos dois exemplos para melhor explicar a gradação da reprovabilidade. 1) Uma mulher é estuprada ao voltar do trabalho, quando é abordada na rua pelo criminoso e

---

<sup>3</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do métodos entimemático. Coimbra: Edições Amedinas, 2012, p. 57.

<sup>4</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 523.

levada a um terreno baldio; 2) Uma mulher é estuprada dentro de um quarto de motel, quando já iniciado as preliminares do ato sexual, ante a sua recusa de prosseguir. Nos dois casos temos a configuração de um crime de estupro, no entanto, o juízo de reprovação do primeiro caso é bem maior que o do segundo, servindo de alicerce para fixação da pena base, no critério trifásico de aplicação da pena do saudoso Nelson Hungria. O que fica demonstrado com a simples leitura do artigo 59 do Código Penal.

Assim, o juiz ao aplicar a pena, verificará quanto reprovável é a conduta do agente e, de forma proporcional, fixará a pena base, tentando fazer com que a pena aplicada se transforme em uma concretização da justiça para toda sociedade.

### 1.2.3 Culpabilidade como elemento do conceito delito

Aqui a culpabilidade estabelece o caráter pessoal da responsabilização, sendo o delito fruto da atuação de um autor, composta de elementos que dizem respeito única e exclusivamente ao agente. Não é por outro motivo que, de forma equivocada, alguns autores afirmam que a culpabilidade não seria elemento do crime e sim pressuposto de aplicação da pena.<sup>5</sup> Sustentando que com a tipicidade e antijuridicidade estaria formado o crime, sendo a culpabilidade analisada num momento posterior, para devida aplicação da pena. Com maior acerto, doutrina amplamente majoritária,<sup>6</sup> defende a inclusão da culpabilidade como um dos elementos do crime, como se extrai das palavras de Welzel já referidas. Não só a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, mas também a tipicidade e a antijuridicidade, o que diferencia os dois primeiros elementos, do terceiro, é a questão da referenciabilidade, enquanto os primeiros são juízos de reprovação sobre a conduta, o terceiro é um juízo de reprovação sobre o agente.

Para aclarar a ideia, as palavras de Brandão: “um Direito Penal só é liberal se incluir o elemento que possibilita a reprovação do homem, isto é, a culpabilidade, no conceito de crime”.<sup>7</sup> No mesmo sentido Busato afirma que “não é possível dissociar o delito de seu autor a ponto de afirmar que existe o delito independentemente de considerações sobre a pessoa”.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> A título de exemplo: JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; e CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

<sup>6</sup> A título de exemplo: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 278; BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15 ed. Rio de Janeiro: 2013, p. 144.

<sup>7</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 19.

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. op. cit. p. 527.

### 1.3 Panorama da história da culpabilidade no Ocidente

Atendendo ao propósito essencial deste nosso primeiro capítulo, faremos uma visão perfunctória de momentos marcantes do desenvolvimento conceitual da culpabilidade.

#### 1.3.1 Culpabilidade na Grécia

Teodomiro Cardoso nos informa que Platão refere-se à expressão *imputatio*, reprovando moralmente e responsabilizando os maus e injustos pelas riquezas auferidas, quer seja no âmbito público ou privado. Os gregos utilizavam a palavra *aitia* para explicar a imputação penal, significando causa, surgindo uma ligação estreita entre os vocábulos *imputatio* e causa, que adquiriram o sentido do nexa de atribuição de um resultado, estabelecendo uma ligação entre o sujeito e os efeitos de sua ação, pela incidência de imputabilidade moral definida na lei.<sup>9</sup>

Aristóteles a partir do conceito de liberdade cria a sua teoria da imputação, que servirá de alicerce da ética dos gregos. Já estabelecendo ele a distinção entre atos voluntários e não voluntários, o que deu ensejo a distinção entre a retribuição por um mal causado (ato voluntário) e por culpa em sentido amplo (ato não voluntário). Atribui-se à influência grega o abandono dos romanos do princípio da responsabilidade pelo resultado, e a fundamentação da culpa como elemento responsável pela ação humana.<sup>10</sup>

Um obstáculo intransponível ao desenvolvimento do conceito de culpabilidade como juízo de censura sobre a pessoa, na Grécia, foi a ideia de que só o homem que participasse da *polis*, poderia ser considerado pessoa humana, somente surgindo a ideia de pessoa atual, com a filosofia cristã, não se reconhecendo a qualidade de ser humano ao que participa da *polis*, mas àquele feito à imagem e semelhança de Deus.<sup>11</sup>

Assim também, Aristóteles defende que o homem que se afasta da virtude, vai caindo numa vertente de vícios que, em determinado momento, já não lhe deixará qualquer liberdade para ser virtuoso, pois com seus atos anteriores, procedeu como quem joga uma pedra e depois não é mais capaz de detê-la. No entanto, a despeito da argumentação plausível, ela funciona para uma teoria moral, não sendo condizente com uma teoria jurídica pós-positivista, como é o direito brasileiro contemporâneo, sobretudo o penal, que tem no princípio da legalidade sua viga mestra, princípio este não norteador da moral.<sup>12</sup> Assistiria razão ao

---

<sup>9</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 1.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, pp. 2 e 3.

<sup>11</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 116.

<sup>12</sup> ZAFFARON, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 546.

argumento, como é a perspectiva do preceptor de Alexandre Magno, numa visão jusnaturalista do mundo. Neste prisma, o direito e a moral são não apenas inseparáveis, como procedem de uma só fonte, seja ela a vontade dos deuses ou a natureza dos homens.

Se fazemos questão de separar o Direito (particularmente o Direito Penal) da moral, não negamos, por outro lado, que estes guardem entre si alto grau de influência. Não estamos caminhando nas sendas de uma teoria pura do direito, nos moldes kelsenianos, mas valendo-nos do próprio ensino aristotélico, afirmamos que “a virtude está no meio”, ou seja, nem identificamos a moral com o Direito, nem o separamos ingenuamente.

### 1.3.2 Culpabilidade em Roma

Os romanos não desenvolveram uma teoria da culpabilidade, no entanto, desenvolveram a ideia de dolo, como até o surgimento da teoria normativa pura da culpabilidade o dolo fazia parte da culpabilidade, podemos afirmar que os romanos contribuíram para o aperfeiçoamento do instituto da culpabilidade.

O dolo era dividido em: *dolus malus* e *dolus bonus*, sendo o primeiro a vontade aliada a um mau propósito e o segundo a sagacidade de um indivíduo para obter lucro em uma relação comercial. Além de criarem a ideia de dolo, os romanos também desenvolveram a ideia de culpa, inicialmente denominada *casus*, quebrando a unidade da culpabilidade, que até então era formada apenas pelo dolo, agora: dolo e culpa. A culpa estando muito mais perto do fortuito do que do dolo. Os dois elementos da culpabilidade foram criados pela mente brilhante dos julgadores romanos, com o sentimento de justiça extremamente aguçado.<sup>13</sup>

Para os romanos o dolo era formado por dois elementos: um elemento naturalístico que era a vontade, e um elemento normativo, que era a consciência da antijuridicidade (mau propósito), a vontade que caracteriza o dolo é uma vontade antijurídica.<sup>14</sup> Interessante registrarmos que a consciência da antijuridicidade não se confunde com a consciência da lei, pois, significava a consciência de que a ação era contrária à moral e não contrária à lei, lembrando que os romanos não conheciam o princípio da legalidade, nos moldes que conhecemos. A lei não regulava o que era crime ou não, tratava normalmente de procedimentos, cabia aos pretores, magistrados da época, a aferição do mau propósito, com base nos costumes de então, buscando sempre uma decisão boa e justa.

Discordando do dito adrede, Assis Toledo afirma que os romanos construíram sim uma teoria da culpabilidade, pois para ele o *dolus malus*, além de ser o elemento anímico-

<sup>13</sup> BINDING, KARL. **La culpabilidade em derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 14 e 15.

<sup>14</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 119.

intencional, funciona também como algo a mais, perverso, existindo assim, uma valoração do dolo, que era normativo, chamado de “mau”.<sup>15</sup>

### 1.3.3 Culpabilidade em Agostinho de Hipona

Já no século IV de nossa era, o pensamento latino foi amplamente influenciado pelas controvérsias ensejadas no seio da nascente Igreja Católica. Após o Concílio de Niceia, em 325, sob os auspícios da coroa romana, um esforço de uniformização da fé e dos conceitos mais importantes sobre Deus, os homens, o Estado e sobre a vida precisaram ser harmonizados e pacificados. O ideal do imperador Constantino era fazer da igreja o cimento do império,<sup>16</sup> valendo-se da fé cristã, que se tornava mais e mais popular, para promover aquilo que as espadas não haviam logrado até então, construir uma identidade romana mais coesa e menos marcada por disputas políticas (e militares) internas.

Neste período uma figura incontornável é a de Agostinho, bispo de Hipona (354 – 430). Ainda que não tenha participado pessoalmente das disputas que tiveram lugar em Niceia e que resultaram na formulação do Credo Niceno, os escritos de Agostinho vão ganhar relevância norteadora já no final do século IV. Suas polêmicas com Pelágio e seus seguidores a respeito do conceito e limites do livre arbítrio merecem referência aqui. Para Agostinho, o homem fora criado dotado de livre arbítrio, ou seja, uma possibilidade de escolha, mas fez uso desta faculdade para pecar, para transgredir as ordens divinas. Deste modo, perdera sua condição original e tornara-se escravo do pecado, caído, entregue à uma condição de “depravação total”.<sup>17</sup> Já os pelagianos afirmavam que a Queda afetara somente os autores da conduta descrita em Gênesis 3, Adão e Eva, não trazendo consequências sobre os demais seres humanos, os quais só se tornam reprováveis e culpáveis em decorrência de suas próprias escolhas e ações.

A discussão que vai ter lugar entre Agostinho e Pelágio é sobre que fundamento pode Deus exercer um juízo condenatório sobre os homens, se este juízo se deve a condutas moralmente reprováveis ou se os homens já nascem debaixo de uma condição ontológica de culpa, sendo esta a base sobre a qual se daria o castigo (inclusive eterno). Questões como a salvação ou condenação das crianças que morrem logo após o seu nascimento, ou seja, sem

<sup>15</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 220.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ, Justo L. **História ilustrada do cristianismo**: a era dos gigantes. São Paulo: Vida Nova, 1998, p. 37.

<sup>17</sup> Expressão cunhada pela escolástica protestante do século XVII para se referir à condição em que se encontra o homem após o pecado, no que diz respeito à sua possibilidade de, por si só, querer a Deus e libertar-se de seu condicionamento para o mal.

terem cometido nenhum ato propriamente moral. Outra questão relevante era a que versava sobre as condutas praticadas pelos povos pagãos, que viviam segundo seus costumes e não de acordo com os cânones das Escrituras. Seria, neste caso, justo que fossem condenados por uma lei que não conheciam e nem mesmo podiam conhecer, posto que nunca lhes chegou nem revelação nem pregação?

Sem dúvida, restou para Agostinho a luta para conciliar a soberania de Deus e a responsabilidade humana. A culpa, em seu pensamento, é tanto uma manifestação de atos históricos de nossos primeiros pais, nos quais nos víamos representados, como a condição em que se encontra todo ser humano, nascido sob a égide do pecado original e condenável desde o seu nascimento, salvo pela intervenção da graça divina, exclusivamente. Em Pelágio a culpa não pode transcender o agente do ato moral de transgredir. Em Agostinho a culpa é herdada pelos descendentes, os quais estavam *in semens* presentes, expressão disso seria a impossibilidade humana de viver sem pecar, seu condicionamento à prática do ilícito.<sup>18</sup>

A solução de Agostinho da perdição como condição do ser humano, que seria dotado de uma natureza caída e em decorrência desta carrega uma invencível inclinação para o mal e para o pecado (mesmo a graça e a salvação pelos méritos de Cristo não desfaz nesta vida este estado, apenas apontando para um redenção futura, no além vida) e que torna justa a condenação quer do infante quer do pagão, foi adotada majoritariamente, até que Tomas de Aquino vai redimir o pelagianismo, produzindo uma solução meridiana. A antropologia agostiniana será retomada pelos calvinistas do século XVI e XVII, colocando também no seio da Reforma Protestante a controvérsia relativa ao livre arbítrio.

#### 1.3.4. Culpabilidade em Tomas de Aquino

Quase mil anos separam os dois grandes doutores do pensamento cristão na Idade Média. Agostinho tinha clara influência platônica e conseguiu traduzir para as categorias cristãs e latinas o pensamento do sábio ateniense, autor de inúmeros diálogos, através dos quais traçou os alicerces sobre os quais se erigiriam indelévels colunas da filosofia de seus dias até hoje. Se coube a Agostinho a obra de “converter Platão”, foi o doutor angélico, Tomas de Aquino, que o fez com Aristóteles.

A obra de Aristóteles esteve distante do pensamento europeu por muitos séculos. É provável que ela tenha caído em esquecimento por dois fatores: Em primeiro lugar, sua

---

<sup>18</sup> AGOSTINHO, Santo. **As Confissões**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 42.

oposição ao pensamento platônico.<sup>19</sup> O sucesso da teologia e da antropologia de Agostinho, determinaram, *ipso facto*, a valoração de Platão e o desprestígio de Aristóteles, até que este veio a ser reintroduzido na Europa, por meio da influência da cultura dos povos islâmicos, que não somente tomaram a Península Ibérica, como pressionaram fortemente, tanto o norte quanto o sul do continente. Um segundo fator que influenciou o esquecimento por séculos de Aristóteles é o fato de que o feudalismo, modelo econômico e geopolítico fundamental na Europa medieval, desmantelou em grande parte a organização das cidades enquanto centros de cultura e reflexão, o que só será retomado com o surgimento das primeiras universidades na França e na Espanha, a partir do século XI.

Aquino é para Aristóteles o que Agostinho foi para Platão. A *Suma Teológica*, principal obra de Tomas de Aquino, é um esforço para levar às últimas consequências os princípios do pensamento aristotélico. É uma obra monumental de análise e invenção de uma cosmovisão que marca o medievo e será a glória da escolástica. No que diz respeito à questão da culpa, enquanto condição em que se encontra o homem no momento em que escolhe praticar uma ação delituosa, Aquino assume uma posição, que marcará ainda hoje a Igreja Católica Apostólica Romana, que ficou conhecida como semipelagianismo.<sup>20</sup>

Para ele a Queda de fato degenerou em nossos primeiros pais todo gênero humano, de modo que se perdeu de modo definitivo o estado original em que aqueles foram criados. Contudo, restou no homem uma capacidade, ainda que reduzida, de querer o bem e de evitar o mal. Seria esta faculdade a razão de sua responsabilidade pessoal ante as suas escolhas morais. Este foi o modo de evitar a aporia em que se teria metido Agostinho ao defender a depravação total, uma vez que esta, ainda que justificasse a condenação dos homens, não a fazia basear em uma escolha moral que eles tenham perpetrado por sua própria vontade. Mais uma vez, em Aquino, manifesta-se presente a busca de encontrar soluções no equilíbrio equidistante entre os polos que se antagonizam em um debate, já referido como máxima aristotélica.

Diferentemente de Agostinho, que além de teólogo era bispo e se via metido em atividades administrativas e eclesiásticas da diocese de Hipona, Aquino era um monge inteiramente dedicado aos estudos, à contemplação e à oração. Foi, por causa disso, capaz de produzir uma obra muito mais vasta, abordando temáticas que vão da astronomia à

---

<sup>19</sup> Vale lembrar que Aristóteles foi discípulo de Platão, mas discordava frontalmente da visão dicotomizada que este tinha, separando em planos afastados o mundo das essências (numenológico) e o mundo das aparências (fenomenológico). Para Aristóteles as essências das coisas podem ser alcançadas por meio da análise das coisas em si, partindo de suas aparências.

<sup>20</sup> AQUINO, Tomas. **Suma Teológica**. v. 2. São Paulo: Loyola, 2006, p.27.

apocalíptica, passando pela medicina, física, química e matemática. Para Aquino as crianças que morrem antes da idade da razão estariam salvas por não terem praticado atos morais, uma vez que foram seladas pelo sacramento do batismo. Já os pagãos estaria perdidos, porque não rederam-se à pregação, devendo a Igreja envidar esforços para levar a mensagem a todos os povos.<sup>21</sup>

É de sua teologia que vem a máxima “fora da igreja não há salvação”, e muitos dos esforços de evangelização que foram tão importantes na fase colonial do Brasil, como a Companhia de Jesus, tiveram esta soteriologia (doutrina da salvação) como motor. Aquino faz valer para a fé, a ideia de que o Erro de Direito (*error jus*) não é escusável, bastando que compreendamos que os pagãos ao pecarem agem de acordo com sua vontade e assim negam subordinação à lei de Deus, que segundo Paulo em sua carta aos Romanos, no capítulo primeiro, estaria escrita desde sempre em seus corações. Em grande medida é a centralidade que a teologia de Aquino dá ao papel da igreja para a preservação e transformação do mundo, que rendem a ela a popularidade e influência nos séculos seguintes, ocupando o lugar que coubera até então a Agostinho.

### 1.3.5 Culpabilidade em Binding

A partir de Binding começaremos a lançar os nossos olhos sobre o instituto nos limites dos debates travados entre os penalistas e jusfilósofos alemães, tendo como marco inicial o século XIX, pelas razões já expostas adrede.

O que os romanos chamavam de *imputatio iuris*, que significava de uma só vez, dolo e culpa, o Direito Alemão chamou de *schuld*, que seria a análise da pertinência da condenação do acusado. A partir deste momento a *imputatio* dos romanos, agora *schuld*, passou a significar culpabilidade.

Há que se registrar que embora seja corrente a ideia que na antiguidade a responsabilidade se dava pelo mero resultado, sendo uma relação meramente objetiva, sem nenhum elemento subjetivo-psicológico, pelo menos, num primeiro momento da história do Direito Penal, afirma Binding que não existe nem sequer rastro dessa ideia entre os romanos, gregos e germânicos, sendo a culpabilidade, sempre, obra da vontade.<sup>22</sup>

Afirmava Binding que a palavra culpabilidade (*schuld*) pertencia aos estratos mais antigos da língua germânica, significando aquilo que é devido por um crime. Binding define

<sup>21</sup> GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à filosofia de São Tomas de Aquino**. V. 1. São Paulo: Paulus, 2013, p. 139.

<sup>22</sup> BINDING, KARL. op. cit. p. 12.

culpabilidade como a vontade de um sujeito capaz de agir, geradora de uma ação antijurídica, que podia evitar.<sup>23</sup>

Em sua dimensão científica o conceito de culpabilidade foi desenvolvido por Binding, em 1827. Ao analisar a *imputatio iuris*, Binding desenvolve a culpabilidade (*schuld*) dando à mesma uma nova roupagem, que tinha, ainda, uma ligação umbilical com a *imputatio* romana.<sup>24</sup> No entanto, só no final do século XIX a culpabilidade receberá sua feição efetivamente científica, isto acontece por meio da pena de Frank, para quem a culpabilidade substitui e passa a ocupar um lugar nunca ocupado pela *imputatio*.

Binding com seu trabalho, abriu caminho para que Liszt, no final do mesmo século, desse nova vestimenta a teoria do crime, separando a antijuridicidade da culpabilidade, e com ajuda de Beling, daria os contornos atuais ao conceito analítico de crime, sob uma perspectiva tripartida, sendo agora crime uma conduta típica, antijurídica e culpável.<sup>25</sup>

### 1.3.6 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Os principais autores que defendiam esta visão da culpabilidade foram Franz von Liszt e Ernst von Beling. Para eles a culpabilidade seria uma relação subjetiva entre o autor e seu fato, uma relação eminentemente psicológica, podendo ser definida como uma relação psicológica entre o autor de um injusto doloso ou culposo e o fato por ele praticado.

O alicerce desta teoria era a chamada teoria causal-naturalista da ação, desenvolvida na segunda metade do século XIX, momento em que a ciência do direito utilizava-se do método das ciências naturais para explicar os fenômenos jurídicos, buscando aproximar-se das ciências exatas.<sup>26</sup>

A teoria psicológica da culpabilidade representava a evolução da perspectiva jusnaturalista para uma positivista, que não mais associava o direito à moral, promovendo a secularização da culpabilidade, desvinculando-a da culpa moral, rompendo com a metafísica e apresentando um fundamento de natureza filosófica, baseado no método empírico.<sup>27</sup> A reprovação do agente fundamentava-se em critérios unicamente psicológicos, oriundos das ciências da natureza, assim, o dolo terá apenas o elemento naturalístico, vontade. Sendo a consciência da antijuridicidade retirada do conceito de dolo.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. **Culpabilidad**: exigibilidad e razones para la exculpación. Madrid: editorial Dykinson, 2003, p. 32.

<sup>25</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 16.

<sup>26</sup> *Idem*, *ibidem*. p. 41.

<sup>27</sup> BUSATO, Paulo. op.cit. p. 530.

O dolo será formado por dois elementos: um de natureza volitiva, a vontade; e um de natureza intelectual, a consciência, que seria a representação do resultado, que deve ser previsto e querido como efeito da conduta do autor. A consciência da antijuridicidade não estaria presente no dolo, estando o mesmo desprovido de qualquer elemento normativo. Embora essa seja a posição dos principais nomes desta teoria, Brandão faz a ressalva de que a exclusão da consciência de antijuridicidade do dolo não era unânime, alguns defensores da mesma teoria advogavam a sua necessidade em forma potencial.<sup>28</sup> O dolo era ontológico, uma categoria pré-jurídica, que tinha origem na natureza humana, sem nenhum conteúdo normativo.<sup>29</sup>

No dolo não estava contida a consciência da antijuridicidade, exigência que poderia engessar o Judiciário, sendo necessário que o dolo fosse avalorado, ao contrário do dolo valorado dos romanos, mesmo sabendo que a consciência contida no *dolus malus*, era da imoralidade da conduta.<sup>30</sup>

Para teoria psicológica a culpabilidade fundamenta-se sobre um vínculo subjetivo, inter-relacionando o fato ao seu autor, numa perspectiva de gênero, abarcando o dolo e a culpa. Assim, a culpabilidade é a relação psicológica entre autor e fato, geradora de um evento querido ou não, ainda que não previsto, mas previsível. O grande desafio dessa doutrina era apresentar uma noção que abarcasse o dolo e a culpa, consideradas como as apresentações da culpabilidade em concreto.<sup>31</sup> O dolo e a culpa seriam as espécies de culpabilidade, e o que diferenciava os dois, seria a relação entre o autor e o resultado típico, esgotando o conceito, que não tinha nenhum outro elemento, admitindo a imputabilidade como pressuposto e não um terceiro elemento da culpabilidade, que seria a capacidade de ser culpável.

Para Liszt o ser humano só seria responsabilizado por um ato, se fosse mentalmente desenvolvido e sadio, podendo ocorrer situações excepcionais que excluiriam a imputabilidade, e não a culpabilidade, sendo aquela um juízo prévio de culpabilidade,<sup>32</sup> que poderia ser traduzido como estado psíquico do autor que o possibilita se conduzir socialmente, de acordo com as normas de conduta socialmente aceitas.

Liszt, em 1882, dividiu o crime em um elemento objetivo, a antijuridicidade, que seria a ação do sujeito, e um elemento subjetivo, a culpabilidade, que seria o querer do sujeito. Para

<sup>28</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 120.

<sup>29</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 45.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem*, p. 46.

<sup>31</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: versão portuguesa do original italiano**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 321.

<sup>32</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 44.

ele, a “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou”.<sup>33</sup> Com base nesta divisão, os defensores desta teoria separavam a fase interna da ação, de sua fase externa. A ação antijurídica seria a fase externa, já a culpabilidade, seria a fase interna.

Podemos concluir que a teoria psicológica trabalha a culpabilidade como sendo uma relação de cunho meramente psicológico entre o autor e seu fato, despidendo a culpabilidade de qualquer elemento normativo, sendo o dolo, agora, uma pura previsibilidade aliada à vontade de realização do fato. Olvida-se do conceito romano de dolo.<sup>34</sup>

As críticas recebidas pela teoria psicológica foram, resumidamente, as seguintes: para configuração do delito era dispensável uma relação psíquica entre o autor e seu fato, pois nos crimes culposos tal relação inexistia, sendo qualquer tentativa de demonstração de sua existência, um absurdo; não podemos esquecer das situações de exclusão da culpabilidade com ação dolosa, como, por exemplo: a obediência hierárquica e a coação moral irresistível. Ademais, não conseguiam explicar a situação do inimputável, onde existe uma relação psicológica entre o autor e seu fato.

Outro problema apresentado por esta teoria é a indiferença entre o erro de tipo e o erro de proibição, pois, tanto a ausência de consciência da realidade que o cerca, como a falta de conhecimento sobre o que é proibido, redundarão na exclusão do dolo, quando o erro for essencial.

### 1.3.7 Teoria Psicológico-normativa

Aos poucos o positivismo foi perdendo sua força, a metodologia das ciências naturais, que retirava do meio científico todo e qualquer juízo de valor, também se mostrava insatisfatória. Foi ganhando força a metodologia normativa oriunda do neokantismo, fazendo surgir uma visão da culpabilidade que tinha em seu bojo elementos normativos, supervalorizando o dever ser, gerando a inserção de elementos axiológicos no mundo jurídico. A culpabilidade deixa de ser uma mera relação psíquica entre o autor e seu fato, presente na mente do mesmo, a ser comprovada, passando a ser uma valoração jurídica, juízo pessoal de censura pela prática de um injusto.

Segundo Brandão “A teoria psicológico-normativa retoma o conceito de dolo dos romanos. O dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento consciência da antijuridicidade”.<sup>35</sup> Passando

<sup>33</sup> LISZT, Franz von. op. cit. p. 375.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 121.

<sup>35</sup> *Idem.*

esta a desempenhar um papel central no conceito do dolo e por consequência, na culpabilidade, dolo este que agora é valorado normativamente. Através da consciência da antijuridicidade poderemos estabelecer a ligação do autor e o ordenamento jurídico, sem esta ligação, não se estabelece o dolo, podendo surgir uma conduta culposa.<sup>36</sup>

Elucidativa é a afirmação de Busato de que: “não se negava a existência do vínculo psicológico representado pelo dolo e pela culpa. O que se afirmava é que a incumbência do direito não é aferir esse vínculo, mas sim, valorá-lo. A culpabilidade seria representada por um juízo a respeito de uma realidade psicológica”.<sup>37</sup>

Como expressões da Teoria Psicológico-normativa da Culpabilidade estudaremos o pensamento de quatro dos seus principais expoentes, registrando as semelhanças e as diferenças em que formularam sua apropriação da teoria. São eles: Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger.

#### 1.3.7.1 Culpabilidade em Frank

Reinhard Frank era um autor eclético, situado entre a escola clássica do positivismo jurídico, representada por Binding e a nova escola sociológica de Liszt, é unanimemente reconhecido como fundador da teoria normativa da culpabilidade, também conhecida como psicológico-normativa.<sup>38</sup> Frank enriquece o conteúdo do elemento subjetivo do injusto, introduzindo o pensamento normativo. Para ele, na análise da culpabilidade gravitam outros elementos, além do dolo e da culpa, os denominando inicialmente de circunstâncias concomitantes, circunstâncias estas que poderiam não só diminuir, como até excluir a culpabilidade, que no final de sua obra ele chamou de motivação normal.

Frank contribuiu de forma efetiva para o aperfeiçoamento do instituto da culpabilidade, no entanto, o seu maior aporte foi a introdução na culpabilidade do conceito de reprovabilidade. Para Frank, culpabilidade é reprovabilidade. A possibilidade de imputar-se a culpabilidade pela realização de uma conduta proibida, dependerá de que com fundamento na causa geradora da conduta, possa-se emitir um juízo de reprovação sobre o autor. A reprovabilidade está no centro da ideia de culpabilidade de Frank, o que ele manteve durante toda sua obra, a despeito de ter recebido muitas críticas. Por isso, Fernandez afirma que “a obra de Frank opera como um verdadeiro catalizador do novo desenvolvimento da culpabilidade

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 533.

<sup>38</sup> ASÚA. Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1956. T. V. p. 163.

penal”.<sup>39</sup> Para Frank a expressão reprovabilidade não é perfeita, mas é a que melhor retrata os elementos contidos no conceito de culpabilidade.<sup>40</sup>

Oportuno se nos antolha a lembrança de que, apesar de todos apontarem em Frank a origem da ideia de culpabilidade como reprovabilidade, Silveira lembra que décadas antes de Frank, Francesco Carrara já afirmava, não de forma incisiva como Frank, que para se atribuir um delito a um homem, além de ser moralmente imputável como ato voluntário, deve ser um ato também reprovável.<sup>41</sup>

Afirma Frank que os fatores pelos quais se mede a culpabilidade estão contidos fora do dolo, àquela podendo ser medida, este, não. Para exemplificar a variação da culpabilidade, que pode ser severa ou suave, ele traz à baila o caso de um guarda-trilhos que depois de prolongado descanso, erra na colocação dos desvios do trem, é mais culpável que seu companheiro que comete a mesma falta depois de horas ininterruptas de trabalho. Não é outro o posicionamento dos tribunais na análise dos casos concretos. Frank traz também outro exemplo, o caso de um caixa de um comércio e um portador de valores, todos dois se apropriaram de dinheiro das empresas que trabalhavam. O último, solteiro, com boa situação financeira e com desejos suntuosos; o primeiro, casado, com sua mulher doente e numerosos filhos pequenos. Mesmo os dois tendo subtraído valores dos seus respectivos patrões, tendo o mesmo dolo, afirmariam todos que o caixa tem uma culpabilidade menor que o portador de valores, tendo em vista a situação que o caixa se encontrava, sua culpabilidade será diminuída, enquanto, o portador de valores terá sua culpabilidade aumentada, também pela situação em que se encontrava. É de Frank também a comparação entre o infanticídio e o homicídio, crimes punidos com penas tão distintas, mas que possuem o mesmo dolo, matar alguém.<sup>42</sup>

Dos exemplos dados, Frank conclui que as circunstâncias concomitantes poderão ter o condão de diminuir a culpabilidade, como também excluí-la.<sup>43</sup> Cardozo define categoricamente circunstâncias concomitantes como “aquelas circunstâncias normais, da vida cotidiana, ou seja, uma normalidade de motivação para que o agente possa direcionar sua conduta de conformidade com o dever de obediência à norma”.<sup>44</sup> Tais circunstâncias

<sup>39</sup> Frank, Reinhart. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 19.

<sup>40</sup> *Idem, ibidem*, p. 39.

<sup>41</sup> SILVEIRA, José Francisco Oliosí. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 79.

<sup>42</sup> FRANK, Reinhart. *op. cit.* pp. 28-30.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*, p. 30.

<sup>44</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. *op. cit.* p. 53.

serviriam para determinar o grau de culpabilidade, o grau de exigibilidade da conduta pelo direito, lembra Amorim que o termo inexigibilidade de conduta diversa só aparecerá posteriormente (Freudenthal), mas oriunda das ideias de Frank.<sup>45</sup>

Frank aponta três requisitos para que alguém possa sofrer um juízo de reprovação: 1) Uma atitude espiritual normal do autor, o que chamamos de imputabilidade; 2) Uma efetiva ou potencial relação psíquica do autor com seu fato e 3) A normalidade das circunstâncias dentro das quais o autor atua.<sup>46</sup>

Dolo seria “a previsão (a consciência) do resultado de minha ação, unido ao conhecimento daquelas circunstâncias, as quais tornam puníveis a ação”.<sup>47</sup> Tal previsão pode se expressar: como a certeza do resultado, a necessidade do mesmo ou a mera possibilidade de sua ocorrência.<sup>48</sup>

Ele critica a colocação da imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, posição adotada pela teoria anterior, afirmando ser a imputabilidade um elemento da culpabilidade, pois “como a imputabilidade pode ser um pressuposto do dolo, se também um doente mental pode querer a ação”.<sup>49</sup>

Em síntese, Frank não retira o dolo e a culpa da culpabilidade, o que só ocorrerá com Welzel e sua teoria finalista, ele apenas não coloca o dolo e a culpa como espécies do gênero culpabilidade, mas como elementos da mesma, que só se formará quando estiver presentes a imputabilidade, o dolo ou a culpa e as circunstâncias concomitantes.<sup>50</sup>

Sobre o dolo e a culpa Frank rechaça a ideia que os dois seriam espécies do gênero culpabilidade, pois nem tudo que se fala sobre culpabilidade, amolda-se no conceito de dolo ou culpa, motivo pelo qual a relação não pode ser tal como citada, afirmando o autor que a relação entre dolo ou culpa e a culpabilidade não pode ser equiparada a relação entre a árvore e os frutos, mas sim entre a árvore e a raiz.<sup>51</sup>

Frank aponta que para a existência do dolo, mister se faz a presença da consciência de todos os elementos positivos do tipo, que por consequência, requer a ausência dos elementos negativos do mesmo. Da atribuição de uma ameaça de pena à uma conduta, já se deduz sua antijuridicidade, mas se existe uma norma que exclui tal antijuridicidade em situações

---

<sup>45</sup> AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A inexigibilidade de conduta diversa: os fundamentos para a aplicação das causas supralegais no Direito Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 13.

<sup>46</sup> FRANK, Reinhart. op. cit. pp. 40 e 41.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 61.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem*, p. 45.

<sup>50</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 54.

<sup>51</sup> FRANK., Reinhart. op. cit. pp. 37 e 38.

especiais, a ideia de crime esvai-se.<sup>52</sup> “A ausência da antijuridicidade seria um elemento negativo do tipo”.<sup>53</sup> Pode-se extrair dos ensinamentos de Frank que a gravidade da culpabilidade depende da medida da liberdade interior do autor.

### 1.3.7.2 Culpabilidade em Goldschmidt

Goldschmidt despe a culpabilidade de seus elementos de fato, colocando a imputabilidade, o dolo ou a culpa e a motivação normal, como seus pressupostos. Mantendo a não ser pelo nome dado, os elementos de Frank. Para ele a culpabilidade seria um juízo de reprovação composto da exigibilidade, que seria o dever de motivar-se pela representação do dever indicado na norma de direito e da não motivação pela representação do dever jurídico, apesar da exigibilidade.<sup>54</sup>

Assim, para Goldschmidt ao lado da norma de direito existiria a norma de dever, a primeira dirigida ao injusto, com caráter objetivo e geral, semelhante às normas incriminadoras, a segunda dirigida à culpabilidade, com caráter subjetivo e individual. Estando na base da reprovabilidade a contrariedade entre a conduta e norma de dever. “Somente se poderá falar de uma ‘legalidade conforme o dever’, se houver atuação conforme o direito pela consciência do dever”.<sup>55</sup>

Assim, afirma Busato que “a essência da culpabilidade estarão, em uma motivação reprovável contrária ao dever, sendo que a desobediência ao dever só seria possível mediante o conhecimento da norma”.<sup>56</sup> Fazendo surgir a ideia de que a reprovação do autor dependa da consciência da antijuridicidade, presente na compreensão da violação do preceito normativo.<sup>57</sup>

Existe uma ligação entre a teoria de Goldschmidt e a metafísica de Kant, para quem a legislação poderia ser vista sob dois aspectos, um que prescreve a ação que se deve executar como objetivamente necessária, fazendo da ação um dever; o outro que enlaça subjetivamente a causa determinante do arbítrio, com a representação da lei, dever de motivação. Goldschmidt com base em Kant defende que todo imperativo jurídico teria intrinsecamente uma norma de motivação, exigindo que o indivíduo se motive pela representação deste imperativo.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 51.

<sup>53</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 15.

<sup>54</sup> GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2ª Edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 78.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem*, p. 92.

<sup>56</sup> BUASATO, Paulo. op. cit. p. 534.

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*, p. 535.

<sup>58</sup> GOLDSCHMIDT, James . op. cit. p. 81.

No entanto, o pensamento do autor em tela não é uma doutrina ética, como a de Kant, representando a norma de dever um imperativo categórico, no sentido de uma exigência para que o indivíduo se motive de acordo com a representação do dever constante das circunstâncias, para que não haja culpabilidade. A norma de dever não tem por finalidade uma pureza interior dos sentimentos, mas a determinação da conduta exterior dos indivíduos, encontrando-se não a serviço da ética, mas sim do direito.<sup>59</sup>

A conduta seria avaliada sob dois aspectos: em relação a conformidade ou contrariedade com o direito, em outras palavras, a incidência da norma de direito; e se houve motivação que fizesse o direito exigir do agente a observância do dever jurídico, ou seja, exigibilidade da observância da norma de dever.<sup>60</sup> Esta norma de dever pode não restar violada, quando existir uma motivação anormal, mesmo que a norma jurídica seja violada. Tal motivação, retira a reprovabilidade, encarada como não se deixar motivar pela representação do dever<sup>61</sup>.

Para Goldschmidt a culpabilidade é proporcional a distância da motivação do autor da motivação justa e desproporcional à intervenção nela das circunstâncias que cercam uma causa de exculpação.<sup>62</sup> O autor elenca quatro critérios para se medir a culpabilidade, tomando-a como medida da reprovação do agente: a gravidade das consequências previstas e previsíveis do fato; a facilidade de previsão do resultado; a ausência de influências mórbidas ou semelhantes e a insignificância da causa externa que funcionou como estímulo ao crime<sup>63</sup>.

Goldschmidt afirma que ao lado da conduta exterior, existe uma conduta interior que corresponde ao processo psíquico de motivação, que seria o livre-arbítrio de determinar-se de acordo com a norma.<sup>64</sup> Acreditando o autor que teria resolvido com isso, o problema da culpa inconsciente.<sup>65</sup>

### 1.3.7.3 Culpabilidade em Freudenthal

Para Freudenthal deve-se analisar tanto no dolo como na culpa, que para ele eram espécies de culpabilidade, se o agente poderia agir de outra forma, diante da situação de fato existente, e diante de tal situação, se qualquer homem não faria o que o agente fez. Construiu

---

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p.82.

<sup>60</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 18.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 19.

<sup>62</sup> GOLDSCHMIDT, James. op. cit. p. 125.

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, pp. 125-138.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 100.

<sup>65</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 56.

o autor a tese da exigibilidade e poder de atuação alternativo, colocando na base do juízo de reprovação, a exigibilidade e as possibilidades alternativas de atuação.<sup>66</sup>

Para Freudenthal, em especial, a exigibilidade tem que ser estabelecida de forma individual, segundo o caso concreto e as condições pessoais do autor. Não numa escala objetivo-geral, pensando num sujeito abstrato, mas numa escala subjetiva-individual, pensando num sujeito concreto. Tese que nunca foi majoritária, mas que merece um olhar profundo e respeitoso.

A questão da exigibilidade deveria ser analisada de forma individual, só assim, as circunstâncias concomitantes do fato fariam justiça. Existindo em concreto, de sorte que para a execução do fato punível seria necessário uma medida de resistência que a ninguém se possa exigir normalmente, estaria ausente o poder de atuar diferente, a reprovação, assim também, a culpabilidade<sup>67</sup>.

Freudenthal assevera que “o dever de evitar pressupõe o poder evitar. Tal comprovação individual, naturalmente, não pode ignorar as circunstâncias nas quais agiu o autor”<sup>68</sup>.

O autor em estudo vai além de Frank, que só admite a exclusão da culpabilidade nas condutas culposas, apontando o tão conhecido caso do cavalo que não obedece às rédeas, afirmando Frank que o Tribunal Supremo e a Legislação Penal da Alemanha não permitiam a exclusão da culpabilidade no caso de condutas dolosas; o que Freudenthal faz cair por terra, quando cita o caso da siciliana Terranova que é um caso de absolvição por inexigibilidade numa conduta dolosa. O caso em tese é o seguinte: a siciliana Terranova, de dezenove anos, saiu de Nova York para morar com seu tio e tia na Alemanha há sete anos. Durante a morada, o tio a seduziu com o conhecimento da tia. A jovem casou-se com um rapaz italiano e vivia feliz, quando sua tia revelou a seu cônjuge que sua esposa tinha mantido relações sexuais com o tio. Logo após, o jovem abandonou a esposa. Esta, seguindo os costumes da Sicília, resolveu vingar-se dos seus tios, matando-os, e deste modo, restaurando sua honra. Os jurados absolveram-na. Segundo Freudenthal não pela falta de consciência da antijuridicidade, mas por falta do poder de agir de outro modo, que torna a conduta não reprovável, apesar de ter a jovem siciliana agido com dolo, e o dolo, fazer parte da culpabilidade.<sup>69</sup>

Freudenthal afirma que o direito vigente há que admitir, além do estado de necessidade, outras causas de inevitabilidade que teriam o condão de excluir a reprovabilidade do fato. Uma norma que se limitasse aos casos de estado de necessidade, seria defeituosa, conduzindo

<sup>66</sup> FREUDENTHAL, Berthold. op. cit. p. 64.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 72.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, pp. 87 e 88.

inculpáveis ao castigo. Só com uma formulação que abarcasse todos os casos em que, segundo as circunstâncias do fato, não se poderia esperar do autor, outro comportamento, alcançaríamos a justiça no conceito de culpabilidade.<sup>70</sup>

#### 1.3.7.4 Culpabilidade em Mezger

Para Mezger a culpabilidade seria “o conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente”.<sup>71</sup>

Os elementos da culpabilidade seriam: a imputabilidade, entendida como capacidade de atribuição, que não seria pressuposto; o dolo e a culpa, como relação psicológica do autor com o seu fato; e a ausência de causas que fundamentem a exclusão da culpabilidade.

Para Mezger, a culpabilidade não pode ser o único fundamento da pena, pois não se formará um juízo de culpabilidade, sem uma ligação com um injusto praticado anteriormente. Discorda o autor da divisão feita por Goldschmidt, entre norma de direito e norma de dever, afirmando que não tem a norma de dever uma independência interna face ao injusto.<sup>72</sup>

Mezger afirma que o objeto do juízo de culpabilidade é o ato, mas o ato em sua relação com o caráter do autor, como expressão de sua personalidade. Não admitindo como correta o conceito de culpabilidade como culpabilidade de caráter.<sup>73</sup>

Apresenta Mezger pressupostos para formação do juízo de culpabilidade, seriam eles: a vontade de realizar o ato, a motivação e a relação entre a ação e a total personalidade do agente.<sup>74</sup> Aponta Amorim que

Interessante esclarecer que não há contradição nas afirmações de Mezger ao aduzir que a culpabilidade é “culpabilidade de ato isolado”, rechaçando o termo “culpabilidade de caráter” e, ao mesmo tempo, defender para a formação da culpabilidade a soma de requisitos a permitirem uma reprovação baseada na personalidade do autor do fato. Embora, a princípio, tais posicionamentos pareçam destoar, a leitura do raciocínio de Mezger, quando dissociada da visão que a doutrina construiu para suas ideias, demonstra que esse autor alemão não defende (ao contrário do que se acredita) uma culpabilidade de caráter, tendo, sim, o ato praticado como ponto de partida para a aferição da culpabilidade. No entanto, avançando nesse raciocínio, Mezger acrescenta outros pressupostos a compor o juízo de culpabilidade, que se relacionam com a personalidade do agente. A leitura que se faz, dessas ideias, é a de que o conjunto de elementos relacionados ao ato (vontade, motivação, por exemplo) e a reiteração da conduta construiriam a ideia de

<sup>70</sup> Idem, ibidem, p. 75.

<sup>71</sup> MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**: T. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. pp.. 01 e 02.

<sup>72</sup> Idem, ibidem. pp. 15-17.

<sup>73</sup> Idem, ibidem. p..20.

<sup>74</sup> Idem, ibidem. p. 45.

total personalidade do agente, e essa sim, seria utilizada para basear a reprovabilidade<sup>75</sup>.

Podemos perceber que Mezger coloca na base da reprovabilidade e por consequência da culpabilidade, pois desde Frank, culpabilidade é reprovabilidade, a personalidade do agente, no entanto, vista de uma maneira ampla, englobando a face interna da personalidade, sem contudo, desprezar a conduta antijurídica, pressuposto lógico para a análise da personalidade.

Mezger tentando responder a questão dos criminosos habituais, que em função do meio em que viviam, por vezes, não teriam consciência da ilicitude dos seus comportamentos, afastando por consequência o dolo, diante de uma conduta intencional, sem que se possa alegar a culpa, restando impune o autor. Cria Mezger a “culpabilidade pela condução da vida”, uma nova modalidade de culpa para aqueles que rotineiramente se conduziam de forma desaprovada, onde não mais se exigiria que o dolo incluísse a consciência da antijuridicidade, se colocando o autor numa posição de “inimizade ao direito”, trata-se de um nítido perfil de direito penal do autor, bastante reprovável, utilizado sobremaneira no período nazista da Alemanha, punindo-se alguém por ser quem ele é, por apresentar determinadas características de personalidade, e não porque fez algo, ferindo de morte os direitos e garantias individuais.

### 1.3.8 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Já durante o neokantismo, se identificava uma crise relacionada com o princípio penal da culpabilidade, vinculada à perspectiva do determinismo lógico, oriundo do positivismo. Se a vontade estava completamente determinada pelo meio em que se vivia e pelo ser que se é, não restaria nenhum sentido a discussão da evitabilidade de um fato, tornando sem sentido o debate sobre a atribuição da responsabilidade.<sup>76</sup>

O neokantismo trouxe uma nova perspectiva de análise da culpabilidade, partindo da divisão entre o dever derivado das normas que determinam o injusto e o poder representado pela possibilidade concreta de atuar conforme o dever, que seria a culpabilidade.<sup>77</sup>

A questão a ser analisada pela culpabilidade é “se o autor pode ou não evitar o fato”.<sup>78</sup> Essa capacidade de evitar somada à atitude de não fazê-lo, é que fundamentaria a punibilidade do autor, tornando-a justa perante o ordenamento jurídico.<sup>79</sup>

Chamava Weber a culpabilidade, de responsabilidade, dando a ela uma feição totalmente normativa, que seria composta pela imputabilidade que seria a “capacidade para

<sup>75</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. pp. 23 e 24.

<sup>76</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. 537.

<sup>77</sup> Idem, ibidem. p. 537.

<sup>78</sup> WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Buenos Aires: Editar, 2008, p. 115.

<sup>79</sup> BUSATO. Paulo. op. cit. p. 538.

distinguir entre a conduta permitida e a proibida e de determinar sua vontade de acordo com tal compreensão”<sup>80</sup> e “uma capacidade de evitação em concreto”, correspondendo tanto a uma capacidade psíquica, que seria a possibilidade concreta de compreensão da antijuridicidade dos seus atos, quanto por uma capacidade de determinação da vontade em face da compreensão do fato, possibilitando a exigência de um comportamento juridicamente aprovado.<sup>81</sup>

Surgem do início da década de 30 do século passado tentativas de separar o dolo da culpabilidade, dentre elas se destacando a ideia de Garf Zu Dohna, que refutava a separação do objetivo e subjetivo, que corresponderiam a ilicitude e culpabilidade, substituindo-a pela distinção entre objeto de valoração e valoração do objeto, colocando a vontade de agir no objeto da valoração, permitindo sua inclusão no tipo subjetivo, enquanto a valoração do objeto passaria a ser o juízo da motivação do agente, o que Welzel tornou compreensível com sua teoria, colocando o dolo como elemento integrante da ação, o que Dohna já havia constatado, por isso, podemos afirmar que Dohna é precursor da teoria finalista.<sup>82</sup>

Welzel reconhece que Dohna deu o passo decisivo separando a valoração e seu objeto. Seguindo o caminho trilhado por Dohna, a doutrina finalista deu ao dolo, que estava perdido, seu lugar apropriado, como uma espécie da vontade final da ação. Nesse processo não se perdeu nenhum elemento conhecido do crime, como também não se identificou nenhum novo elemento, mas colocou-os nos seus locais apropriados, devido ao conhecimento da estrutura final da ação.<sup>83</sup>

Welzel faz um resgate de Kant e uma revisitação ao Direito natural, se posicionando sobre a relação entre o jusnaturalismo e o Direito positivo, o faz afirmando que o Direito natural não pode ser encontrado fora do Direito positivo ou acima dele, mas sim como seu limite imanente, concretização operada pelas denominadas estruturas lógico-objetivas, como por exemplo, a ação finalista, que passa a ser consequência direta e necessária da sua concepção de Direito.<sup>84</sup>

Tinha o finalismo, o objetivo de romper com o Direito Penal do Estado Nacional-Socialista, restaurando o Estado Democrático de Direito, mostrando que o Nazismo constituía-se em um Estado de Direito e mesmo assim foi capaz de tamanhas atrocidades. Era necessário um avanço em direção a um novo estado de coisas, fazendo surgir uma nova

<sup>80</sup> WEBER, Hellmuth von. op. cit. p. 120.

<sup>81</sup> Idem, ibidem, pp. 132 e 133.

<sup>82</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 26.

<sup>83</sup> WELZEL, Hans. op. cit. pp. 130 e 131.

<sup>84</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: ELsevier. 2011. p 77..

dogmática, que venceria a guerra travada contra a escola de Kiel, escola essa que dava substrato científico ao Nazismo.<sup>85</sup>

As críticas sofridas pela teoria finalista são rebatidas pelo próprio Welzel, que afirma que a teoria finalista não subjetivou o injusto, nem esvaziou a culpabilidade, pois o injusto continua impregnado de elementos objetivos e a culpabilidade, analisa a atitude subjetiva do autor em relação com o fato, com isso, a teoria finalista consegue distinguir claramente todo o conteúdo objetivo e subjetivo da ação, assim como a essência e os elementos constitutivos da culpabilidade. O autor afirma que “o suposto esvaziamento do conceito de culpabilidade é, na realidade, sua depuração de elementos estranhos”.<sup>86</sup>

Welzel aperfeiçoou o conceito de culpabilidade, recolocando os elementos que lhe eram estranhos em local apropriado, retirando os elementos subjetivos da culpabilidade, que passa agora a ser um puro juízo de valor, formado agora pelos seguintes elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Afirma Maurach que o grande mérito na teoria finalista Welzel foi despojar a culpabilidade de todas as características psicológicas, de todos os objetos de valoração do mundo das representações do autor, constituindo-se exclusivamente um juízo do processo de motivação. Seus componentes são puras valorações. A imputabilidade contém um juízo sobre a geral capacidade de motivação do autor; a possibilidade de conhecimento do injusto derivada da análise no caso concreto, se o autor podia conhecer o caráter antissocial de seu ato; e a exigibilidade de conduta adequada à norma, analisando o estado em que o autor se encontrava e a suposta exposição a uma situação de necessidade excludente de toda reprovação. Cada um destes componentes contém um juízo de desvalor de natureza distinta.<sup>87</sup>

Para Welzel, a essência da culpabilidade está no poder que possui o autor de se motivar e atuar de acordo com a norma e sua relação com a conduta antijurídica, gerando uma reprovação, que se dá quando se constata que o autor podia agir de acordo com o Direito e, mesmo assim, optou por atuar de forma antijurídica, isso, não no plano abstrato, como algum homem agiria em seu lugar, mas a partir da análise do caso concreto, em que este homem, nesta situação, poderia adotar sua resolução de acordo com a norma.<sup>88</sup>

Para o finalismo, toda ação humana é o exercício de uma atividade final, baseada no fato de que o ser humano, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta e atingir fins diversos dirigindo sua atividade

<sup>85</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 62.

<sup>86</sup> Idem, ibidem. p. 132.

<sup>87</sup> MAURACH, Reinhart. op. cit. pp. 24 e 25.

<sup>88</sup> WELZEL, Hans. op. cit. pp. 133 e 134.

conforme um plano para a consecução de seus fins. Por isso, afirma-se que a finalidade é vidente e a causalidade cega. A dirigibilidade do curso causal da ação como atributo humano foi chamada por Zaffaroni de “antecipação biocibernética” do resultado. Assim, a ação é colocada no centro da teoria do delito, como seu alicerce, sendo o dolo um elemento subjetivo do injusto, contido no tipo.<sup>89</sup>

Inicialmente Welzel sofreu muitas críticas, sobretudo por não explicar como se daria a ação final nos crimes culposos. No primeiro momento ele respondeu que nos delitos imprudentes a finalidade era potencial, o que não o livrou de mais críticas, pois não conseguiu responder de forma satisfatória ao reclame dos seus opositores. Só numa nova formulação de seu pensamento afirmou que nos delitos imprudentes a finalidade é conforme o Direito, apenas, os meios escolhidos para realização da ação é que foram contrários ao Direito. Assim, o elemento essencial do injusto nesses delitos não se relacionaria com a produção do resultado, mas sim, pelo modo como se produziu tal resultado, ou seja, os meios empregados na execução da ação.<sup>90</sup>

Sobre a influência do finalismo no conceito de culpabilidade, afirma Amorim que “o primeiro efeito foi a retirada do dolo da consciência da ilicitude, decretando-se a morte do *dolus malus* dos romanos”.<sup>91</sup> A culpabilidade passa agora a ser um juízo de censura que se faz um autor de um injusto, juízo este que segundo Toledo encontra-se na cabeça de quem julga, tendo como objeto o agente do crime e sua ação criminosa.<sup>92</sup>

O dolo e a culpa não fazem mais parte da culpabilidade, integrando o tipo, o que faz com que a culpabilidade possa se voltar para a evitabilidade ou não da conduta praticada, o que dará fundamento ao juízo de reprovação do autor, pois o mesmo podendo atuar segundo o ordenamento jurídico, o fez diferente.

Aponta Amorim que enquanto a antijuridicidade seria o juízo de desvalor entre a conduta e o ordenamento jurídico, sem nenhuma preocupação com a possibilidade que teria o autor de conformar o seu atuar com tal ordenamento, o juízo de desvalor da culpabilidade representaria um *plus*, pois representaria a reprovabilidade pessoal pelo seu comportamento apesar de ter podido atuar conforme o Direito, ou seja, um juízo de desvalor sobre a resolução da vontade, sendo toda culpabilidade, culpabilidade da vontade, pois não se reprova o autor, mas, a formação de sua vontade.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 28.

<sup>90</sup> WELZEL, Hans. op. cit. p. 38.

<sup>91</sup> AMORIM, Maria Carolina, op. cit. p. 28.

<sup>92</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. pp. 229 e 230.

<sup>93</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 30.

A reprovação tem como pressuposto que o autor poderia ter agido de acordo com a norma, não tomada em sentido abstrato, ou seja, um qualquer no lugar do autor, mas numa visão concreta, aquela pessoa naquela situação, avaliando se ela poderia ter dirigido sua vontade de acordo com a norma; apresentando duas premissas: ser o autor capaz em suas forças espirituais de se motivar de acordo com a norma, pré-requisito existencial da reprovabilidade: a capacidade de imputação; e ser ele capaz de se motivar de acordo com a norma, pela compreensão da juridicidade de seu querer<sup>94</sup>.

Welzel trabalha o ordenamento jurídico como um mínimo ético, salvaguardando a dignidade humana, substância última da liberdade de decisão moral, o que faz com que o Direito não seja o mero exercício do poder, mas o vínculo que nasce da identificação entre o sujeito e o valor contido no ordenamento, surgindo o ser humano responsável, capaz de obedecer por referência ao valor, que o vincula, e não pela coação que o constrange. Para Tangerino “culpável é aquele sujeito a quem se reprova por não ter submetido o impulso delitivo ao significado e ao valor que o ordenamento jurídico elegeu como sua missão de vida”<sup>95</sup>.

Sob as penas do finalismo a culpabilidade passa a ser um juízo de reprovação sobre o autor que cometeu uma conduta típica e antijurídica, tendo como elementos a potencial consciência da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa; retirando-se da culpabilidade todos os elementos psicológicos, restando apenas os elementos normativos.

#### De forma brilhante arremata Amorim

Com a reestruturação da Teoria do Delito elaborada pela Teoria Finalista e as ideias de dolo e culpa passando a integrar a ação (como elemento subjetivo do tipo), a culpabilidade – articulada por Liszt como relação psicológica entre ato e ator – ganha um conceito eminentemente valorativo, transformando-se em juízo de desvalor e de reprovação pessoal, sob as bases plantadas por Frank e que receberam, *a posteriori*, contribuições de Goldschmidt, Freudenthal, Mezger e Welzel<sup>96</sup>.

Muitas críticas foram tecidas à teoria finalista, dentre as quais se destacam: a indemonstrabilidade do livre-arbítrio (Shunemann); a falta de legitimidade do Estado para elevar-se moralmente contra o cidadão (Roxin); e o não conhecimento efetivo do autor, pelo juiz, de forma a impedir a formulação da reprovação (Hassemer).

A despeito das críticas tecidas contra teoria finalista da ação, ela foi amplamente adotada no mundo e continua a ser, inclusive no Brasil. Se colocando ainda nos dias atuais como a teoria mais completa sobre a ação, com respeito aos que discordam do nosso posicionamento.

<sup>94</sup> TANGERINO. David de Paiva Costa. op. cit. p. 79.

<sup>95</sup> Idem, ibidem, pp. 80-83.

<sup>96</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 32.

### 1.3.9 A Culpabilidade em Maurach

A culpabilidade seria essencialmente um juízo sobre o autor, para os finalistas, Maurach tece inicialmente duas críticas quanto às características da culpabilidade<sup>97</sup>:

1) Se a culpabilidade é a reprovação que sofre o autor pela relação existente entre ele e o ato cometido, a justificar o mal da pena, incidindo tal reprovação sobre uma ação típica e antijurídica. Para Maurach esta ideia só seria plausível se o Direito Penal trata-se apenas com autores imputáveis, o que não ocorre. Deixando de lado a questão dos menores. O Código Penal se refere tanto ao agente culpável, como o não culpável, mas perigosos. Este sujeito submetido não a uma pena, mas a uma medida de segurança, aplicada por um juiz penal e conectada a tipicidade e a antijuridicidade do ato. O conceito de culpabilidade como reprovação não abarcaria todas as categorias de autor submetidas ao poder punitivo.

2) Se a culpabilidade como reprovação alcança o autor pessoalmente, precisa envolver um sujeito isolado. A reprovação se dar frente a um autor concreto, por suas capacidades e faculdades individuais, o que só aparece na individualização da pena. O que é tomado como referência pelo Direito Penal tradicional é o homem médio, em substituição ao autor individual, na chamada exigibilidade de conduta conforme o Direito, o que parece incorreto.

Para Maurach o conceito de culpabilidade oriundo do finalismo representa uma evolução frente aos conceitos anteriores, sendo notório a visão da culpabilidade como reprovação pessoal, não mais num sentido abstrato, referente a qualquer homem naquela situação, mas, num sentido absolutamente concreto, daquele homem, naquela situação.<sup>98</sup>

Os dois primeiros elementos da culpabilidade apontados pela teoria finalista levam em consideração o agente de forma concreta, senão vejamos: a imputabilidade será sempre uma investigação referente à capacidade psíquica individual e a potencial consciência da antijuridicidade também é aferida de forma individual, na medida do potencia anímico e moral do autor concreto, não se preocupando com o homem médio. No entanto, a exigibilidade de conduta adequada à norma leva em consideração um autor qualquer, o velho homem médio, o efeito psicológico da situação concreta se dará para o autor por suposição, de forma geral, não de maneira individual como deveria.<sup>99</sup>

Maurach afirma que a exigibilidade e sua análise abstrata na Teoria Finalista, acaba por não fixar limites à culpabilidade, mas a responsabilidade; o sujeito que incide numa situação de inexigibilidade, por não poder se comportar segundo os ditames normativos, quedará

<sup>97</sup> MAURACH, Reinhart. op. cit. p. 16.

<sup>98</sup> Idem, ibidem. p. 25.

<sup>99</sup> Idem, ibidem. pp. 27 e 28.

isento de responsabilidade, ainda que se possa formular uma reprovação pessoal ao mesmo. Assim assevera que

*Lo que la teoria normativa designa como unitário juicio de reproche constituye en realidad un concepto escalonado, que, si bien puede mostrar la posibilidad de la atribución subjetiva, no constiuye aún necesariamente la culpabilidad. La inclusión del juicio de desvalor frente al autor baja el general concepto de culpabilidad, es insostenible. También lo es la jerarquía atribuída a las componentes de la culpabilidad.*<sup>100</sup>

Desenvolve Maurach, a Teoria da Atributividade, afirmando que a simples observação de que o autor não cumpriu da lei, com caráter geral e abstrato, dá lugar à responsabilidade do sujeito por tal inobservância, não originando uma reprovação, nem um juízo de culpabilidade.<sup>101</sup>

Falando sobre o conteúdo da atributividade Maurach afirma que

*Por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se há conducido conforme a las exigências del Derecho. La atribuibilidad, si bem constituye siempre un juicio de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche. No se da un reproche contra todas las categorías de autores sometidos a los recursos juridicopenales. Tan sólo puede hacerse un reproche al sujeto de quien cabe esperar una conducta adecuada a la norma. La atribuibilidad únicamente pone de relieve que e lacto “ debe ser atribuido (al autor) como suyo”. El modo como debe ser atribuído es cuestión distinta. Concebimos pues a la atribuibilidad como aquella relación juridicamente desaprovada del autor com su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal.*<sup>102</sup>

Dentro da atributividade, como conceito graduável, aparecem separados os critérios da responsabilidade, não bem entendidos pela doutrina tradicional: o descumprimento das exigências dirigidas ao homem médio, como primeiro grau de atributividade, que seria a responsabilidade do ato; e o comportamento desconforme com as exigências impostas ao autor concreto, dando origem ao segundo grau de atributividade, que seria o juízo de reprovação da culpabilidade.<sup>103</sup>

Num primeiro momento, responsabilidade pelo ato, se verificará se o autor, que cometeu uma conduta típica e antijurídica, não respeitou as regras do direito. Contentando-se aqui apenas com um juízo de desvalor sobre o sujeito, que nasce da comparação pessoal entre a autor e o homem médio, para verificar se sua ação foi diferente da ação de seu semelhante, naquela mesma situação.<sup>104</sup>

Já num segundo momento, a culpabilidade, que parte da responsabilidade pelo fato, é, na essência, uma responsabilidade incrementada. Esta, exige do sujeito a capacidade de poder

<sup>100</sup> Idem, ibidem, p. 29.

<sup>101</sup> Idem, ibidem, p. 31.

<sup>102</sup> Idem, ibidem, pp. 33 e 34.

<sup>103</sup> Idem, ibidem, p. 31.

<sup>104</sup> Idem, ibidem, p. 35.

atuar conforme o Direito. Só poderemos formular um juízo de reprovação (culpabilidade) sobre o autor, se ele podia conhecer o injusto e orientar sua conduta de acordo com tal conhecimento.<sup>105</sup>

Sobre esse assunto nos ensina Amorim

O segundo momento da atributividade, portanto, exige uma pessoal reprovação contra o autor que atuou com capacidade de atribuição e possibilidade de conhecimento do injusto, verificando-se se o autor teve, por si, a possibilidade de negar o delito e não a aproveitou. Com essa teoria, o autor busca um exame individualizador da possibilidade de motivação dos fatos, em ponto de vista diferente, já que é a responsabilidade que deriva das presunções do poder do autor ante o termo médio dos demais indivíduos, e não a culpabilidade.<sup>106</sup>

A responsabilidade pelo fato não significará uma resposta estatal, só se convertendo em delito, se concorrer uma reprovação pessoal da conduta. O que Maurach acabou por fazer nas belas palavras de Amorim foi “introduz a responsabilidade pelo fato entre a antijuridicidade e a culpabilidade, como categoria própria”.<sup>107</sup>

Com a introdução da ideia de atributividade, Maurach teria resolvido o problema da medida de segurança, já que esta, junto com a pena, são resultados da atribuição do juiz em função de uma idêntica exigibilidade de atuação conforme o direito, estando a culpabilidade e a periculosidade submetidas a um conceito mais amplo que seria a atributividade. Assim, a atributividade da medida de segurança dependeria apenas da presença da responsabilidade, independente da culpabilidade.<sup>108</sup>

A exigibilidade de outra conduta recebeu de Maurach, uma nova leitura, para ele seria um elemento autônomo da reprovabilidade e a ela antecedente, estreitamente ligado à responsabilidade pelo fato, diferenciando o juízo de desvalor da conduta do juízo de reprovação pessoal. Este representa um *plus* em relação ao anterior, *plus* esse representado pela capacidade concreta de atuar de outra forma, a imputabilidade e o conhecimento do injusto.<sup>109</sup>

Assim, Maurach apresentou a exigibilidade de forma diferente da apresentada pelas teorias tradicionais, que agora se encontra fora e antes da culpabilidade, sendo as conhecidas causas de exclusão da exigibilidade, verdadeiras causas de exclusão não da culpabilidade, mas da responsabilidade pelo fato.

---

<sup>105</sup> Idem, *ibidem*, p. 35.

<sup>106</sup> AMORIM, Maria Carolina. *op. cit.* p. 36.

<sup>107</sup> Idem, *ibidem*. P. 36.

<sup>108</sup> BUSATO, Paulo. *op. cit.* pp. 541 e 542.

<sup>109</sup> AMORIM, Maria Carolina. *op. cit.* pp. 37 e 38.

### 1.3.10 Culpabilidade no Funcionalismo

Se Welzel pensava no Direito Penal como conformação moral dos cidadãos, Roxin pensa como prevenção a prática de delitos; onde Welzel imaginava um sujeito racional, Roxin aceita a indemonstrabilidade do livre-arbítrio; se para Welzel a pena é a retribuição da culpa, Roxin oferece uma pena orientada pela ideia de prevenção.<sup>110</sup>

Assim afirma Brandão “A teoria funcionalista da culpabilidade fundamento o instituto nas *funções da pena*, por isso reinterpreta seus elementos à luz de um juízo político-criminal, vinculado àquelas funções”.<sup>111</sup>

Para o funcionalismo, a tipicidade em nome da prevenção geral, estabelece os parâmetros legais, ou seja, proibições abstratas e a antijuridicidade descreveria o comportamento correto em casos de conflito, já a culpabilidade estaria relacionada à pergunta se do ponto de vista penal uma sanção contra um indivíduo concreto é ou não necessária. Não há uma preocupação com o poder agir de outro modo, mas com a vontade do legislador de responsabilizar o indivíduo por seu ato, não por outro motivo que Roxin usa o termo responsabilidade. Culpável é quem poderia submeter-se às expectativas normativas e não o fez, enquanto, responsável é o culpável a quem a imposição da pena é funcional.<sup>112</sup>

A culpabilidade não é pelos funcionalistas abandonada, mas deixa de ser o fundamento da pena, passando a ser um pressuposto da mesma, não existindo uma relação de necessidade entre culpabilidade e a imputação da responsabilidade penal. A pena não será resultado da culpabilidade, mas da responsabilidade. Podendo surgir situações onde existirá culpabilidade, mas a pena não se mostrará necessária. A culpabilidade tem como fundamento o que Roxin chamou de “dirigibilidade normativa”, que seria a capacidade que o sujeito teria de dirigir seu atuar de acordo com a norma, quando possível psicicamente tal decisão.

Assim, constatada a culpabilidade, deve se perquirir da existência de outro elemento, a justificar a aplicação de uma pena, a necessidade da sanção, fazendo surgir uma categoria maior, a responsabilidade. Representa tal responsabilidade um elemento a restringir a possibilidade de punição da conduta culpável.<sup>113</sup>

Como crítica a posição de Roxin trazemos à colação a afirmação de Brandão

A grande fragilidade do conceito funcionalista de Roxin está na inversão das premissas do Direito Penal. Quando o autor propõe que a culpabilidade somente acarretará a pena se for concretizado um *juízo de valor normativo acerca da necessidade preventiva da sanção penal*, ele está, por conseguinte, afirmando que a

<sup>110</sup> TANGERINO, David de Paiva Costa. op. cit. pp. 85 e 86.

<sup>111</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 124.

<sup>112</sup> TANGERINO, David de Paiva Costa. op. cit. pp. 87 e 88.

<sup>113</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**. Barcelona: PPU, 1992, p. 793.

culpabilidade precisa ser *confirmada* pelo referido juízo de valor normativo referente à finalidade da pena. Logo, como a culpabilidade é elemento do crime, o próprio crime fica condicional à necessidade da pena. Ora, nesta teoria há a inversão das premissas da dogmática penal porque a pena, enquanto consequência jurídica do crime, não pode ser pressuposto deste último, que é a sua causa. Em síntese: esta teoria encerra uma contradição lógica, porque trata a pena como causa do crime – já que ela confirma a culpabilidade, a qual integra como elemento estrutural, o conceito de delito – quando a pena é, por definição, uma consequência.<sup>114</sup>

Outro autor funcionalista de muita expressão é Günther Jakobs, para quem a culpabilidade seria simplesmente a análise de uma motivação contrária a fidelidade à norma. Entende Jakobs o Direito como um sistema fechado, baseando suas ideias de funcionalização em torno de um objetivo central de promover a estabilidade normativa, para quem o conteúdo da culpabilidade reside na falta de fidelidade ao ordenamento jurídico.<sup>115</sup>

Jakobs se afasta da ideia de livre-arbítrio e de exigibilidade de outra conduta, o que poderia se mostrar como avanço, no entanto, parte do pressuposto de legitimidade absoluta da norma, apresentando um reducionismo absurdo, não admissível no atual estágio da dogmática penal.

O delito seria para Jakobs a quebra de uma expectativa normativa, originando uma frustração do objetivo das normas, que trariam a reboque a necessidade de sua reafirmação, para impedir sua transformação, permitindo que a norma continuasse válida, único caminho para estabilização das expectativas normativas. A pena assumindo o papel de promover, novamente, o que tinha se quebrado, estabilização normativa.<sup>116</sup>

O agente se tornaria culpável, por ter uma visão de sociedade diferente da concretizada pela norma, gozando o agente de liberdade de atuação limitada, condicionada pelas fronteiras determinadas pelas normas, garantindo essa própria liberdade, que derivaria da condição de cidadão do agente.<sup>117</sup>

Assim, a culpabilidade poderia ser excluída quando: o autor não alcançasse a inteligência da norma, genericamente considerada, por ausência de discernimento, não podendo estremecer a validade da norma com seu atuar, ou seja, mister se faz que o autor seja imputável; também restaria excluída a culpabilidade quando o autor não tivesse a consciência de estar atuando de forma contrária à norma, mas com suficiente disposição para obedecer normas que conheça, reconhecendo o fundamento de validade da mesma; e, por fim, ainda excluiria a culpabilidade o fato do agente agir impelido por motivações mais fortes, alheias e

<sup>114</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 125.

<sup>115</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 579-582.

<sup>116</sup> Idem, ibidem, p. 584.

<sup>117</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 545.

divergentes em relação às aquelas oferecidas pelo direito, “uma situação que para o autor constitui uma desgraça e que também em geral possa ser definida como desgraça, ou possa ser imputada a outra pessoa”.<sup>118</sup>

Para Busato, Jakobs tem uma proposição que anda no sentido diametralmente oposto às demais correntes modernas, que ressaltam uma personalização da culpabilidade, redundando num completo abandono da dimensão humana, reconhecendo a culpa e submetendo o homem ao império do paradigma normativo.<sup>119</sup>

Apresenta Jakobs o delito como conjugação de três elementos: lesão a um bem jurídico, violação de uma norma posta e a pena. A violação ao bem jurídico se dá pelo descumprimento da norma, negação do significado da norma, a ser combatido pela afirmação da validade da norma, por meio de uma reação penal, pena.

O último autor funcionalista aqui estudado será Muñoz Conde e sua teoria da culpabilidade como motivabilidade, sustenta a insustentabilidade da ideia de culpabilidade como reprovabilidade normativa, cujo fundamento está na possibilidade de agir de outro modo, tese indemonstrável. Para Muñoz Conde o fundamento da culpabilidade não pode ser a reprovação individual do ato, mas um fenômeno social que deve corresponder aos fins da pena.<sup>120</sup>

A culpabilidade, em sentido formal, seria a notoriedade da frustração de uma expectativa jurídico-penal relevante, possibilitando a aplicação de uma pena. Já, o sentido material, seria uma relação entre o indivíduo e a norma penal, pelo qual o comando normativo penetra na sua consciência e pode ser determinante de seu comportamento.<sup>121</sup>

A motivabilidade seria a capacidade para reagir diante das exigências normativas, permitindo a atribuição a um sujeito da ação por ele cometida. O problema central passa a ser a norma em relação aos indivíduos. A culpabilidade passa a conter preocupações preventivas, indispensáveis à proteção de bens jurídicos.

Para Muñoz Conde o fundamento da culpabilidade deveria voltar-se para a função motivadora da norma penal, ou seja, os condicionamentos relacionados ao sujeito para verificar sua concreta capacidade de reagir aos estímulos normativos.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> JACOBS, Günther. op. cit. p. 601.

<sup>119</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 546.

<sup>120</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 7ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 352-354.

<sup>121</sup> Idem, ibidem, p. 343.

<sup>122</sup> Idem, ibidem, p. 355.

Todos os autores funcionalistas vinculam a culpabilidade a finalidades preventivas, retirando o seu conteúdo material. Abdica-se de alcançar uma pena justa em nome de uma pena útil, esvaziando o conteúdo da culpabilidade, o motivo para a imposição de uma pena, seria a responsabilidade, o juízo quanto à necessidade político-criminal de uma pena em cada caso concreto.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> TANGERINO, David de Paiva Costa. op. cit. p. 103.

## 2 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE NA VISÃO FINALISTA

Abordaremos os três elementos da culpabilidade segundo a visão finalista, ou seja, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Quando o agente não for imputável, estaremos diante da inimputabilidade, pela falta de capacidade de culpabilidade, regulada nos artigos 26, 27 e 28 do Código Penal. Já, quando faltar ao agente, a consciência de antijuridicidade do seu ato, o mesmo incidirá no chamado erro de proibição, previsto no artigo 21 do nosso catálogo de condutas proibidas. Por fim, quando estivermos diante de uma situação onde não se possa exigir do agente um comportamento conforme o Direito, restará ausente a exigibilidade de conduta diversa, surgindo o seu reverso, que é a inexigibilidade de conduta diversa, elencada no artigo 22 do Código Penal.

### 2.1 Imputabilidade

Um conceito corrente de imputabilidade é a que a define como capacidade de culpabilidade, ou seja, a capacidade de se responder criminalmente pelos seus atos, que se tem em função da possibilidade de entendimento do que se faz, com a total compreensão das consequências dos seus atos, ou seja, a capacidade de autodeterminar-se de acordo com sua vontade.

É imputável o autor que graças a seu desenvolvimento espiritual-moral é capaz de compreender a ilicitude do seu agir e de atuar conforme tal entendimento. A imputabilidade seria formada de dois elementos: um de natureza intelectual, a capacidade de compreensão e outro de natureza volitiva, a capacidade de direção.<sup>124</sup>

Bettioli equipara a expressão imputabilidade à expressão capacidade, as definindo como o complexo de determinadas condições psíquicas que possibilitam referir um fato a um indivíduo, como seu autor, com consciência e vontade.<sup>125</sup>

Zaffaroni afirma que

a imputabilidade – entendida como capacidade de culpabilidade – possui dois níveis, um que deve ser considerado como a capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão. Quando faltar a primeira, não haverá culpabilidade por ausência da possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade; quando faltar a segunda, estaremos diante de uma

<sup>124</sup> MAURACH, Reinhart. op. cit. p. 94.

<sup>125</sup> BETTIOLI, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 346.

hipótese de estreitamento do âmbito de autodeterminação do sujeito, neste caso, por uma circunstância que provém de sua própria incapacidade psíquica.<sup>126</sup>

Para Busato a imputabilidade “refere-se à reunião de um conjunto de características pessoais que tornam o sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido.”<sup>127</sup>

Da mesma forma que Zaffaroni, Busato afirma que a aferição da culpabilidade exige a análise de duas etapas consecutivas do comportamento: a primeira na órbita da capacidade de inteligência e compreensão da natureza ilícita da conduta realizada, e, a segunda, a possibilidade de controle a possibilitar a atuação conforme a percepção.<sup>128</sup>

Brandão define imputabilidade como “o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal”. Sendo imputável “aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade”.<sup>129</sup>

Diante das definições apontadas, podemos concluir que, de maneira geral, todos aceitam o conceito de Welzel de imputabilidade como capacidade de culpabilidade, aptidão para ser culpável. Quando não estiver presente tal capacidade, por mais típica e antijurídica que seja a conduta, o agente não será responsabilizado penalmente.

### 2.1.1 O problema da constatação da imputabilidade em Welzel

Welzel embora seja o autor da definição clássica de imputabilidade, tida como capacidade de culpabilidade, a refuta por achá-la genérica, defendendo uma análise concreta da real capacidade de autodeterminação, de forma empírica. Para Welzel “a capacidade concreta de culpabilidade não é passível de percepção, principalmente por terceiras pessoas”.<sup>130</sup> Ele sustenta que “uma constatação dessa natureza não pode ter como base um juízo geral sobre a essência, mas um juízo existencial, da onde deriva uma afirmação sobre a realidade individual”.<sup>131</sup>

A capacidade concreta de culpabilidade de alguém não pode ser nunca objeto de conhecimento teórico. O que pode se constatar é a presença de determinados estados anormais de espírito, como as enfermidades mentais, a gerar uma perturbação da consciência, que só

<sup>126</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit. p. 559.

<sup>127</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 557.

<sup>128</sup> Idem, ibidem, p. 558.

<sup>129</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 136.

<sup>130</sup> WELZEL, Hans. op. cit. p. 146.

<sup>131</sup> Idem, ibidem, p. 146.

terá o condão de excluir a culpabilidade através de uma análise concreta e de base científica.<sup>132</sup>

Para Welzel não se pode converter em objeto o que por princípio não é passível de objetivação, a subjetividade do sujeito. O homem é racional e isto o coloca numa situação acima do mundo dos objetos, não podendo ser objetivado, a não ser destruindo a essência do homem, a sua característica principal, ser um animal racional.<sup>133</sup>

Assim afirma Welzel

O juízo de que um homem determinado, em uma determinada situação, é capaz de culpabilidade, não é, por isso, um ato teórico, senão um ato puramente existencial e de caráter “comunicativo”: é o reconhecimento do outro como tu, como igual, como suscetível de determinação plena de sentido e por isto, tão responsável como você. É mais fácil, por isso, formular este juízo de modo negativo que de modo positivo: exclui-se assim, todos aqueles homens que não são, ou não eram no momento, capazes da mesma autodeterminação plena de sentido; quer por sua juventude ou sua anormalidade mental, não sendo capazes de culpabilidade.<sup>134</sup>

### 2.1.2 Sistemas de aferição

Para se aferir a imputabilidade dispomos de três sistemas: o sistema biológico, o psicológico e o biopsicológico. No sistema biológico a análise se dá na existência ou não de anomalias psíquicas, oriundas de estados mentais patológicos, desenvolvimento mental deficiente ou de transtornos mentais permanentes ou transitórios. A existência de qualquer das situações referidas, dá ensanchas à inimputabilidade. O mote do sistema biológico é a normalidade da mente.

No sistema psicológico a análise se dá em função do psiquismo do agente ao tempo da conduta, afastada a preocupação sobre a existência ou não de doença mental. Sua constatação tem como fundamento a demonstração de que o agente, no momento da conduta, compreendia o caráter ilícito do fato e agiu em conformidade com tal compreensão.

No sistema biopsicológico, que trata-se de uma junção dos dois sistemas anteriores, só há imputabilidade quando presentes as duas dimensões, ou seja, uma doença mental ou desenvolvimento incompleto que resulte numa ausência de compreensão da ilicitude do ato ou, quando presente a compreensão, inabilite a ação conforme tal compreensão.

O Código Penal brasileiro adotou o sistema biopsicológico, isentando de pena quem, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da

<sup>132</sup> Idem, ibidem, p. 146.

<sup>133</sup> Idem, ibidem, pp. 146 e 147.

<sup>134</sup> Idem, ibidem, p. 147.

ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>135</sup>

Creemos que esse sistema é o que melhor atende as expectativas do Direito Penal quanto a imputabilidade, pois não deixa de fora o doente mental que tem pleno discernimento na situação concreta (sistema biológico), nem as perturbações ocasionais dos sentidos (sistema psicológico).

A ideia de imputabilidade passou por uma transformação, como relata Amorim: na concepção clássica, mais antiga de todas, o fundamento da imputabilidade estava na liberdade de querer, pois o homem tendo opção entre o bem e o mal, escolhe este, conhecida como teoria do livre arbítrio; depois veio a teoria da intimidabilidade, que tinha como fundamento da imputabilidade a capacidade de se sentir coagido psicologicamente pela lei (Feuerbach), quem não tivesse essa capacidade seria inimputável; em seguida temos a teoria da identidade pessoal e da similitude, que tinha seu alicerce na identidade pessoal do delinquente consigo mesmo, considerando sua semelhança com os demais membros de sua comunidade; por último, a teoria da dirigibilidade, que se baseava na capacidade de se dirigir segundo os motivos que geradores da conduta.<sup>136</sup>

### 2.1.3 O Código Penal brasileiro

O ordenamento jurídico pátrio regulou a situação da imputabilidade de forma negativa, ou seja, não definiu quem são os imputáveis, mas sim, os inimputáveis, os classificando em dois grupos: os inimputáveis em função do desenvolvimento mental incompleto ou retardado e os inimputáveis pela idade, menor de 18 anos.

#### 2.1.3.1 Inimputabilidade do menor de 18 anos

A capacidade de culpabilidade começa aos 18 anos, idade a partir da qual o cidadão se sujeita aos preceitos do Código penal. Não há espaço para discussão da capacidade de compreensão, pois estamos diante de uma presunção absoluta (*iure et de iure*), ou seja, não se

---

<sup>135</sup> Código Penal art. 26.

<sup>136</sup> AMORIM, Maria Carolina, op. cit. p. 54-55.

admite prova em contrário. Adotando o legislador pátrio o critério biológico, limitando-se a constatação da idade do agente na data do fato, ficando excluído do Código Penal quem tem menos de 18 anos, mesmo que tenha um desenvolvimento intelectual acima da média, ou seja, mesmo que seja maduro em sua intelectualidade, sendo capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e de dirigir seu atuar segundo tal compreensão.

Oportuno que façamos neste momento, uma distinção entre capacidade de culpabilidade (imputabilidade) e responsabilidade penal. Enquanto a capacidade de culpabilidade só começa aos 18 anos, a possibilidade de uma responsabilização pelos atos praticados, começa aos 12 anos, pois a partir dessa idade o menor pode ficar sujeito às chamadas medidas socioeducativas, que apesar do nome, podem ser extremamente semelhante às penas aplicadas aos maiores, como por exemplo, a medida socioeducativa de internação, que priva o adolescente de seu direito de ir e vir. Assim, a partir dos 12 anos, o menor poderá ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos.

Muito se tem discutido a mídia e os estudiosos do tema sobre a redução da maioridade penal, assunto que no meu sentir é estéreo, pois, trata-se de cláusula pétrea protegida de qualquer possibilidade de modificação através de emenda constitucional.

Uma mera diminuição da maioridade penal não resolveria o problema da criminalidade juvenil, o problema é muito maior e envolve questões que se encontram fora da órbita penalista, e demandaria um estudo bastante aprofundado, o que não faremos, tendo em vista o foco do nosso trabalho.

O que podemos discutir é que o critério biológico a despeito de trazer segurança jurídica, traz também injustiça, pois, jovens de mesma maturidade intelectual podem receber respostas estatais tão díspares, o que demonstro através de um exemplo: dois jovens de mesma maturidade intelectual, mas, um com dezoito anos e dois meses e o outro com dezessete anos e dez meses, cometem um latrocínio; o primeiro passará boa parte de sua vida no cárcere, enquanto o segundo, passará no máximo 3 anos. Será que se fez justiça neste caso?

Defendemos neste trabalho que a partir dos 16 anos, o indivíduo seja submetido a uma avaliação psicológica, que responderá se o agente tinha uma perfeita compreensão do caráter ilícito de sua conduta e tinha possibilidade de agir segundo tal compreensão. Sendo constatada tal compreensão, os dois sofreriam a incidência da mesma norma penal.

Reconheço que o assunto precisa ser objeto de um estudo mais aprofundado, o que não podemos fazer no momento.

### 2.1.3.2 Inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Estamos diante de um critério biopsicológico, não apenas biológico, como no caso da maturidade etária, analisamos não só o problema mental que existe, mas, a capacidade de influência que tal problema pode causar no atuar do agente. Como diz Busato “trata-se de um processo biológico que provoca a alteração psicológica e, com isso, a capacidade de inteligência e volição do agente”.<sup>137</sup> Tal alteração pode ser permanente ou temporária, mas, determinam a extinção ou suspensão da capacidade normal de compreender e de agir.

Zaffaroni nos alerta da dificuldade e da importância de definirmos o que é enfermidade, afirmando que devemos entender “enfermidade como algo contrário à saúde”.<sup>138</sup> Diz, ainda, que “se saúde é um estado de equilíbrio biopsíquico, a enfermidade será um estado de desequilíbrio biopsíquico, que pode ser mais ou menos duradouro, ou inclusive transitório”.<sup>139</sup>

Traçaremos aqui de forma apenas exemplificativa alguns casos de inimputabilidade por doença mental: a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva, a paranoia. O que caracteriza esses estados patológicos é a desintegração da personalidade ou a mau desenvolvimento dos seus componentes.

Bitencourt nos chama a atenção para deficiência da expressão doença mental, pois os casos de inimputabilidade não se resumem as situações patológicas, mas, podem ser resultado de traumas sofridos. Defende ele a utilização da expressão alienação mental, que abrangeria todas as situações, mórbidas ou não, mas, denotadoras da incapacidade de entendimento do caráter ilícito do seu agir ou da capacidade de atuação segundo sua compreensão.<sup>140</sup>

Salutar é a observação de Zaffaroni quando nos ensina que não é o mero etiquetamento do indivíduo como portador de uma doença mental que o fará inimputável, mas a valoração do desprendimento do indivíduo para compreender a antijuridicidade de seu atuar,

---

<sup>137</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 561.

<sup>138</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit. p. 563.

<sup>139</sup> Idem.

<sup>140</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 479.

valoração esta que só poderá ser feita pelo Magistrado, cabendo ao perito o papel de ilustrar, fornecendo um dado informativo, não podendo o *expert*, concluir se o agente tinha ou não capacidade de compreender a ilicitude de sua conduta, sob pena de usurpação da função judicial, por se tratar de um grau de exigibilidade e não de uma simples comprovação médica.<sup>141</sup>

Uma questão também ventilada por Zaffaroni e que divide os estudiosos do tema é o psicopata, aquele que tem uma ausência de sentimento ético, sendo incapaz de assimilar normas de conduta, tornando-o incapaz de compreender a ilicitude de sua conduta, sendo assim, inimputável. “Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude”.<sup>142</sup>

Podemos também apontar como caso de inimputabilidade o dependente químico em último grau, ou seja, aquele que não consegue ficar sem a droga, pois a ausência lhe traz sofrimento profundo, ainda que possamos falar em possibilidade de compreensão da ilicitude de sua conduta, lhe faltará o poder de direção sobre o seu agir.

Sobre a necessidade de só atribuir-se responsabilidade penal, àqueles detentores da capacidade de compreensão, trazemos à baila as palavras de Bettiol

A capacidade de entender e de querer é, destarte, sinônimo de liberdade. É o reconhecimento da personalidade ética do indivíduo. Somente quando o indivíduo está em situação de conhecer e de querer livremente é uma “pessoa”, somente colocando a imputabilidade enquanto liberdade no coração da legislação penal, restitui-se ao homem sua verdadeira dignidade. O direito penal tem diante dos olhos a personalidade ética do sujeito agente, como soma das capacidades peculiares ao indivíduo de compreender o significado das ações e de determinar-se à própria ação. Um direito penal que tentasse direta ou indiretamente eliminar a imputabilidade do próprio âmbito para substituí-la pela “temibilidade”, pela “periculosidade” etc., perderia qualquer sentido ético: o homem transformar-se-ia em mero objeto de indagações em nome de um critério presumido de defesa social, o direito penal seria privado de sua elevadas razões éticas e a pena, de instrumento de castigo salutar, transmudar-se-ia em medida profilático-sanitária de fundo utilitarista. O fim seria a falência do direito penal e do nosso tipo de civilização<sup>143</sup>.

### 2.1.3.3 Semi-imputabilidade

O art. 26, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, nos traz a figura do semi-imputável, como sendo aquele a despeito de não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de seu atuar, também não é inteiramente incapaz de entender tal caráter, indicando a legislação para tal hipótese uma causa especial de diminuição da pena a ser aplicada na terceira fase do sistema trifásico de Nelson Hungria.

<sup>141</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit. p. 564.

<sup>142</sup> Idem, ibidem. p. 565.

<sup>143</sup> BETTIOL, Giuseppe. p. cit. p. 357.

É o que chamamos de fronteirios, aqueles que não conseguem compreender de forma completa a ilicitude de sua conduta ou não conseguem dirigir com perfeição a sua vontade. Sobre esse tema, transcreveremos as palavras de Busato:

Qualquer que seja a condição do agente, sua relação com o fato somente pode ser de duas ordens: ou ele compreendeu que sua atitude é ilícita, ou não. Ou ele sabe que sua conduta contém um desvalor social, ou não. Do mesmo modo, sua doença, seus problemas, ou o que quer que seja, podem determinar que ele não possua controle sobre suas atividades, apesar da compreensão de sua característica de ilicitude (nas compulsões e manias, por exemplo) ou, ao contrário, pode ser que consiga sublimar os impulsos. De qualquer sorte, trata-se de um compasso binário. O sujeito ou sabe ou não sabe que age ilicitamente em face do caso concreto e/ou pode ou não pode controlar-se. Simplesmente não há outras hipóteses... Na verdade, o que existe é a incapacidade dos Tribunais de demonstrarem a imputabilidade.<sup>144</sup>

A aplicação da semi-imputabilidade normalmente se mostrará a melhor situação para o réu, pois se ele for considerado imputável receberá a pena completa, se inimputável, receberá uma medida de segurança que não tem prazo determinado e que se mostra pior que a própria pena, pois no cumprimento de uma pena existem institutos como a progressão, o livramento condicional, o que não é previsto na medida de segurança, a despeito dos entendimentos sumulados recentemente, que limitam a medida de segurança à pena máxima prevista para o delito, o que já era defendido pela doutrina. Já na semi-imputabilidade ele receberá uma pena diminuída de 1/3 a 2/3, ou seja, uma boa diminuição.

São exemplos de semi-imputabilidade: os surdos-mudos e os silvícolas, no entanto, nos dois casos, o exame pericial deverá dar um norte ao julgador sobre a capacidade de compreensão e direção da conduta praticada pelos agentes.

#### 2.1.3.4 Emoção e paixão

Segundo Brandão “a emoção é um estado de explosão afetiva, que não pode ser desvinculada da ideia de sentimento. A paixão é o estado prolongado da emoção”<sup>145</sup>.

Embora não tenham a emoção e a paixão o condão de excluir a imputabilidade, e por consequência, a culpabilidade, tem elas a capacidade de diminuir ou agravar a pena, pela diminuição da reprovabilidade do agente, nos casos de amor, piedade, patriotismo; que são situações onde esses sentimentos não sofrem um juízo de reprovação. Podendo tais sentimentos aumentar ou agravar a pena, nos casos de ódio, inveja, ambição; casos onde o juízo de reprovação é latente e majorado em relação às demais situações.

<sup>144</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 563.

<sup>145</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 142.

### 2.1.3.5 Embriaguez

Em relação à embriaguez o Código Penal brasileiro não estabelece se ela excluirá ou não a imputabilidade, trazendo como regra a imputabilidade e como exceção, numa situação bem anormal, a inimputabilidade. Tomemos aqui a definição de embriaguez de Brandão para quem a embriaguez “é a intoxicação aguda e transitória provocada por álcool ou por outra substância de efeitos análogos”,<sup>146</sup> que priva o agente da capacidade natural de compreensão.

Aponta Brandão como fundamento da punibilidade da conduta cometida em estado de embriaguez, a teoria da *actio libere in causa*, ou seja, ação livre na causa, que se traduz numa antecipação do momento em que se avalia a imputabilidade do agente, nos casos em que o estado de inimputabilidade foi premeditado ou descuidadamente provocado pelo agente.<sup>147</sup>

Esta teoria não passa imune às críticas, para resumir em apenas uma, transcrevo a de Busato

Sem dúvida alguma, a ideia de *actio libera in causa* é uma construção deveras artificial. Por outro lado, as motivações da embriaguez e as circunstâncias de sua ocorrência, bem assim o nível de influência na capacidade intelectual do sujeito, não são nem podem ser elementos desprezíveis a respeito da imputação.

Aponta Busato a seguinte teoria capaz de resolver os problemas da embriaguez

A única solução que permite o abandono da *actio libera in causa* oferecendo soluções razoáveis para a imputação é a adoção de um conceito significativo de ação, onde a ação global deve ser considerada em todas as suas circunstâncias. Tomada a ação, como quer Vives Antón, sob a forma de expressão de sentido comunicativo, o tipo de ação será identificado tomando o móvel geral do sujeito no global dos atos que compõem a sua significação. Desse modo, o resultado será sempre restritivo, pois a sanção somente poderá derivar dolosamente de dolo pré-constituído, ou seja, de compromisso para com a produção do resultado, cujos casos coincidirão, quase integralmente, com os de embriaguez preordenada. A responsabilidade imprudente será aplicada para as hipóteses em que do conjunto de atitudes do sujeito se possa revelar a ultrapassagem dos limites do risco permitido, que coincidirão, de regra, com alguns casos de embriaguez voluntária e culposa. O resultado final é deveras restritivo em face das soluções hoje aplicadas e mais garantista, na medida em que permite o abandono do odioso instrumento da *actio libera in causa*.<sup>148</sup>

A embriaguez pode ser classificada sob vários ângulos, dentre os quais se destacam: quanto à iniciativa – voluntária, quando a embriaguez é fruto da vontade do agente; preordenada, quando o agente se embriaga para cometer o crime; culposa, quando o sujeito extrapola o limite sem intenção; e a fortuita, quando decorrente de caso fortuito ou força maior; e quanto aos graus de afetação: incompleta, quando provoca apenas o relaxamento dos freios morais; completa, quando produz a total ausência de consciência e vontade; comatosa,

<sup>146</sup> Idem, ibidem, p. 143.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> BUSATO, Paulo. op. cit. p. 569.

quando provoca um sono profundo. No entanto o nosso Código Penal só prevê a possibilidade de exclusão da imputabilidade no caso de embriaguez fortuita e completa. Todas as demais combinações entre as diferentes formas de embriaguez levam a imputabilidade.<sup>149</sup>

Duas observações merecem destaque: o tratamento dado ao álcool se estende às demais substâncias de efeitos alucinógenos e o alcoolismo doença, aquele onde o indivíduo passa todo o dia embriagado, é tratado como doença mental.

## 2.2 Potencial Consciência da Ilicitude

Antes de tentarmos precisar o significado deste elemento componente da culpabilidade, tentaremos esclarecer o significado de cada palavra que forma tal elemento.

### 2.2.1 Consciência

Nos ensina Brandão que o vocábulo consciência possui mais de um sentido, pois deriva de *conscientia*, que pode significar o *scio me scire*, atributo que diferencia os homens dos demais animais, possibilitando que o homem raciocine sobre si mesmo (sentido filosófico), podendo também significar *scio me agere*, capacidade de perceber os objetos exteriores pelos órgãos do sentido e introjetá-los na mente (sentido psicológico).<sup>150</sup>

Quando o Direito Penal fala em consciência da ilicitude, toma a expressão consciência no sentido psicológico, ou seja, no sentido da capacidade que o agente tem de perceber a realidade que o cerca e assimilá-la mentalmente, através da visão que os órgãos do sentido nos fornecem.<sup>151</sup>

### 2.2.2 Ilicitude

Após a constatação da tipicidade, primeiro elemento do conceito analítico de crime, que Bitencourt define como a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal,<sup>152</sup> dando início ao juízo de reprovação da conduta, passa-se ao questionamento da existência do segundo elemento do conceito analítico de crime, que

<sup>149</sup> Idem, ibidem, p. 566.

<sup>150</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 171.

<sup>151</sup> Idem, ibidem, p. 171.

<sup>152</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 346.

seria a antijuridicidade ou ilicitude, que conclui o juízo de reprovação sobre a conduta, tornando a conduta desvaliosa.

Brandão define antijuridicidade como “um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter não querida pelo Ordenamento Jurídico”.<sup>153</sup> De outra forma, “a antijuridicidade seria um juízo de contradição entre a conduta típica praticada e as normas do ordenamento jurídico”.<sup>154</sup>

A relação entre a tipicidade e antijuridicidade é indiciária, ou seja, a existência da tipicidade é um indício da presença da antijuridicidade, que só não se concretizará se presente uma causa de justificação. Em regra, toda conduta típica é também antijurídica. Quando se estuda a antijuridicidade, na verdade, estudamos as causas que excluem a ilicitude como, por exemplo: legítima defesa e estado de necessidade. As excludentes de ilicitude são situações de fato reconhecidas pelo direito, ou, atuação do Direito no mundo dos fatos.<sup>155</sup>

### 2.2.3 Consciência de ilicitude

A consciência da ilicitude é o conhecimento da ilicitude de um comportamento, do desvalor de uma conduta. Não podemos confundir o conhecimento do caráter proibido de uma conduta com o conhecimento da lei. O agente mesmo sem conhecer a lei, normalmente, conhece o caráter ilícito de seu agir.

A ausência da consciência da ilicitude dá aso ao que o Direito Penal chama de erro de proibição, que quando ocorre exclui a culpabilidade, pois a consciência da antijuridicidade encontra-se na base do juízo de reprovação da culpabilidade, sem a qual restará afastada a culpabilidade. No erro de proibição o agente entende perfeitamente o que está fazendo, lhe faltando a consciência que sua conduta ofende o ordenamento jurídico, diferente do erro de tipo onde o agente tem conhecimento da norma, mas não tem consciência da situação em que se encontra.

Podemos de forma sucinta dividir a consciência da ilicitude em formal e material, a primeira seria o conhecimento da norma jurídica que chancela de proibida uma conduta, a segunda seria o conhecimento do caráter antissocial de sua conduta.

---

<sup>153</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 81.

<sup>154</sup> MUÑOZ CONDE. op. cit. p. 299.

<sup>155</sup> BRANDÃO, Cláudio. Op. cit. p. 97.

Com fundamento em Jürgen Habermas, Chaves de Camargo trabalha a consciência da ilicitude como agir comunicativo, que se configuraria quando o agente, conhecendo os valores oriundos do agir comunicativo, nega-lhes validade, dando ensejo ao dissenso, rompendo com a harmonia do grupo. O consenso apresenta-se como um dos critérios da verdade.<sup>156</sup>

Outra ideia das mais brilhantes, vem de Mezger e sua teoria da valoração paralela na esfera do profano, onde o autor defende que o conhecimento da ilicitude do seu agir deve ser entendido como uma apreciação da ação no círculo de pensamento da pessoa individual e no ambiente do autor, orientado no mesmo sentido que a valoração jurídica-legal da ação, ou seja, em sua cultura, família, religião, instâncias onde o sujeito tem a noção do que é proibido.<sup>157</sup> Para Mezger “é necessário uma valoração paralela na esfera do profano, um conhecimento daquela significação no muno intelectual pessoal do autor”.<sup>158</sup>

À guisa de arremate, não podemos confundir antijuridicidade com consciência de antijuridicidade, enquanto a primeira é um juízo de desvalor sobre a ação, a segunda é um juízo de desvalor sobre o autor, que tinha como agir de acordo com o ordenamento e não o fez.<sup>159</sup>

#### 2.2.4 Potencial consciência de ilicitude

A teoria finalista da ação de Welzel não aponta a consciência da antijuridicidade como elemento da culpabilidade, mas, a potencial consciência da antijuridicidade, significa que os finalistas (doutrina adotada neste trabalho) não estão satisfeitos quando a resposta negativa à existência da consciência da ilicitude, fazendo-se necessário que o autor prove que não tinha como alcançar tal conhecimento, sob pena de ser responsabilizado penalmente, a despeito da ausência do conhecimento.

Da possibilidade de se alcançar a consciência da ilicitude, surge o erro de proibição evitável e da impossibilidade de tal conhecimento, nasce o erro de proibição inevitável, o primeiro, diminuindo a pena, o segundo, excluindo a culpabilidade.

<sup>156</sup> CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 162.

<sup>157</sup> MEZGER, Edmundo. Op. cit. pp. 122 e 129.

<sup>158</sup> Idem, ibidem, p. 249.

<sup>159</sup> BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997, p. 55-61.

Aqui adotamos a teoria de Mezger, da valoração paralela na esfera do profano, tornando necessário para constatação da potencialidade da consciência, a análise das condições sociais, religiosas, econômicas e demais condições enfrentadas pelo agente.

### 2.3. Exigibilidade de conduta diversa

Quando um autor com capacidade de culpabilidade, ou seja, imputável, comete uma conduta típica e antijurídica, com consciência da antijuridicidade de seu atuar, apresenta-se materialmente a culpabilidade. No entanto, isso não é suficiente para fazê-lo merecedor de uma pena, pois poderá ainda existir situações que poderão afastar o juízo de reprovação pessoal, tornando o autor isento de pena, as nominadas inicialmente por Frank de “circunstâncias concomitantes”. Após a verificação da culpabilidade sob o aspecto material, é preciso avaliar se o autor não só tinha o dever de agir conforme o direito, mas se ele tinha o poder de agir segundo os mandamentos legais, ou seja, se tal comportamento lhe era exigível.

A exigência de uma atuação em conformidade com a lei, não é decorrência de um preceito legal, mas, deduzida do próprio imperativo legal, encontrando-se vinculada à normalidade das circunstâncias do fato, da onde se extrai seu fundamento concreto, fundamento este que poderá levar a exclusão da culpabilidade.<sup>160</sup>

Só poderemos emitir um juízo de reprovação pessoal sobre o autor, quando em uma situação concreta, podia agir de acordo com a norma. Não sob a ótica de uma capacidade geral de decisão conforme o direito, que nos aproximaria da imputabilidade, mas, de uma possibilidade concreta de tomar uma decisão de acordo com o conhecimento do injusto.<sup>161</sup>

Para Welzel essa possibilidade concreta de autodeterminação conforme o sentido em consonância com a conduta jurídica é o elemento mais importante da reprovabilidade, ao qual estão subordinados os elementos intelectuais. Exatamente porque o conteúdo da reprovabilidade consiste precisamente no autor dever e poder agir conforme o direito, em lugar de agir de forma antijurídica.<sup>162</sup>

Bastante elucidativas são as palavras de Bettioli

Para que uma ação possa dizer-se culpável, não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um determinado evento lesivo, mas é necessário que sua vontade tenha podido determinar-se normalmente rumo à ação: tal determinação normal

<sup>160</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 68.

<sup>161</sup> WELZEL, Hans. op. cit. p. 193.

<sup>162</sup> Idem.

pode ser exigida quando as condições de fato em que o indivíduo atuar forem de tal ordem que tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos.<sup>163</sup>

A ideia de exigibilidade de conduta diversa surge a partir de decisões do Tribunal do Império Alemão, como é o caso do tão conhecido caso do cavalo que não obedece às rédeas, já citado adrede.

Embora os primeiros sinais de desenvolvimento da ideia de exigibilidade de conduta diversa tenha sido traçado por Frank, depois aprimorado por Goldschmidt e Freudenthal, é na teoria normativa pura da culpabilidade que a ideia ganha seu pleno desenvolvimento, passando a ser um dos elementos formadores da culpabilidade.

O elemento da culpabilidade, exigibilidade de conduta diversa, encontra-se umbilicalmente ligado à ideia de liberdade, pois se reprova pessoalmente o sujeito que, podendo se comportar conforme o Direito, optou livremente por se comportar de forma contrário ao Direito, fazendo surgir o juízo de censura da culpabilidade.<sup>164</sup>

Como adotamos aqui a teoria normativa pura da culpabilidade, decorrência da teoria finalista da ação, que considera a exigibilidade de conduta diversa um elemento positivo do juízo de culpabilidade, mister se faz admitir hipóteses em que por faltar a exigibilidade de conduta diversa, o juízo de culpabilidade será negativo, quer essas hipóteses sejam contempladas pela lei, quer não sejam. No entanto, não haveria a necessidade de se comprovar caso a caso a existência deste elemento da culpabilidade, que estaria presente sempre que não se comprovasse a existência de inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, quando um agente capaz de culpabilidade e conhecedor (em sua forma potencial) da antijuridicidade de sua conduta, a comete, se pressupõe a presença da exigibilidade de conduta diversa, a semelhança do que ocorre entre a tipicidade e a antijuridicidade. Só existe exigibilidade quando não se verificar a não exigibilidade.<sup>165</sup>

De forma elucidadora afirma Da La Cuesta Aguado

a responsabilidade penal se constitui *prima facie* com a realização do fato típico e só excepcionalmente se nega essa responsabilidade. Desta forma o conceito de culpabilidade não tem um conteúdo positivo expresso, derivando das eximentes identificadas como causas de inculpabilidade ou exculpação. Como consequência, cabe concluir provisoriamente com a maioria da doutrina que, os Tribunais para impor uma pena, em geral, não devem emitir um juízo positivo de exigibilidade –

<sup>163</sup> BETTIOL, Giuseppe. op. cit. pp. 417 e 418.

<sup>164</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4ª edição. São Paulo: Atlas. 2015, p. 147.

<sup>165</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad: Exigibilidad y Razones para la Exculpación**. Madrid: Uca, 2003, pp. 215-218.

não tendo que comprovar positivamente a exigibilidade – caso a caso, senão, *prima facie*, esta se pressupõe.<sup>166</sup>

A exigibilidade é um elemento da culpabilidade que se encontra tanto nos crimes culposos, como nos dolosos. Para Welzel nos crimes culposos na aferição da exigibilidade, leva-se em conta, os estados de cansaço e excitação não culpáveis, que dificultam ou impedem, ainda ao autor inteligente, a observância do dever de cuidado objetivo, próprio dos delitos culposos, fazendo com que não se reprove tal agente por ter sido imprudente em razão de: consternação, medo, horror, sonolência, cansaço excessivo etc.<sup>167</sup>

Ainda em relação aos delitos culposos, Welzel afirma que “não há falta de observância do dever objetivo de cuidado, se o perigo ao bem jurídico era tão remoto, que não se podia exigir a omissão da conduta imprudente em consideração dos grandes prejuízos que esta omissão causaria”.<sup>168</sup> Concluindo Welzel que “quanto mais próximo e maior seja o perigo e mais significativo seja o dano, menos pode ser desculpada a falta de observância do cuidado devido, conhecível”.<sup>169</sup> Sendo tal valoração, aferida de forma objetiva pelo ordenamento jurídico e não individual, no que tange a motivação que levou o autor a agir daquela forma.

Nos delitos dolosos o Direito exige de forma mais contundente que o autor atue de forma jurídica, em face a consciência da antijuridicidade de sua possível conduta. No entanto, essa exigência não retira a possibilidade, mesmo nos delitos dolosos, a existência de circunstâncias (causas concomitantes) que retirariam o juízo de reprovação pessoal do agente, e por via de consequência, a própria culpabilidade.

No caso dos crimes omissivos, Amorim afirma

o direito brasileiro, no caso dos crimes omissivos, previu o princípio da não exigibilidade na disposição do artigo 13, §2º do Código Penal, condicionando a omissão relevante às hipóteses nas quais o omitente “devia e podia agir para evitar o resultado”<sup>170</sup>.

Freudenthal foi o primeiro a se utilizar da expressão exigibilidade de conduta diversa, a estruturando de forma sistemática e a colocando como poder de atuação alternativa, figurando como elemento essencial para uma apreciação valorativa da culpabilidade.<sup>171</sup>

<sup>166</sup> Idem, ibidem, p. 218.

<sup>167</sup> WELZEL, Hans. op. cit. p. 194.

<sup>168</sup> Idem.

<sup>169</sup> Idem, ibidem, p. 195.

<sup>170</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 75.

<sup>171</sup> FRUDENTHAL, Berthold. op. cit. p. 29.

Na verdade, o princípio da exigibilidade subordina-se à um princípio que lhe é superior, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce de toda dogmática penal.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 90.

### 3 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

O conceito de exigibilidade de conduta diversa se desenvolve a partir das colocações de Frank, que afirma que na análise da culpabilidade do agente, ou seja, na verificação de sua reprovabilidade, mister se faz a aferição das circunstâncias concomitantes, que seriam as circunstâncias em que se deu o fato delituoso e a influência destas, sobre o agir do autor do fato.<sup>173</sup>

#### 3.1 Evolução do Conceito

O processo de desenvolvimento da teoria da inexigibilidade de conduta diversa apresenta uma peculiaridade, não foi a doutrina que desenvolveu o instituto e depois o incorporou às decisões judiciais, mas, as decisões judiciais serviram de parâmetro para o desenvolvimento da ideia de inexigibilidade. Desta constatação deriva o fato de que as causas de inexigibilidade não podem estar previamente capituladas em nenhum código, mas, podem ser extraídas de casos concretos. Corroborando este entendimento, afirma Amorim

Como a aplicação da inexigibilidade como dirimente da culpabilidade era calcada na experiência prática, suas hipóteses não se limitavam àquelas previstas em lei, e, como já se disse, eram calcadas com base nos fatos apresentados ao julgador. Não havia como firmar preceitos rígidos identificadores para sua positivação no direito, já que apenas diante da situação concreta se poderia aferir se ao direito era facultado exigir ou não do autor o cumprimento da norma.<sup>174</sup>

O que se buscava nas decisões judiciais alemãs, era a concretização da ideia de Justiça, que se dava em uma verdadeira contraposição do direito natural em face do direito positivo, prevalecendo o primeiro. Quando o autor de uma conduta se encontra em dada situação em que se ver obrigado a descumprir o mandamento legal, em virtude da ausência de liberdade, perde o sentido qualquer tipo de reprovação pessoal. Dito de outra forma, se, dada as circunstâncias em que se encontrava o agente, um comportamento conforme o Direito não lhe puder ser exigido, por conseguinte, não se poderá emitir um juízo de censura sobre o mesmo, não restando outra forma de se estabelecer a Justiça, senão absolvendo-o.

Novamente, nos antolha trazer à colação as palavras daquela que de forma tão brilhante tratou o tema

O conceito de inexigibilidade de conduta diversa se viu norteadado pela necessidade de se evitar decisões incoerentes ao direito e sua noção de justiça, na medida em que o direito não pode exigir do agente uma conduta que fira a natureza humana, e o direito positivado não pode contrariar uma lei natural. A lei natural de seguir sua

<sup>173</sup> AMORIM, Maria Carolina. Op. cit. p. 78.

<sup>174</sup> Idem, ibidem, p. 80.

crença e consciência; de garantir seu direito à vida, liberdade, incolumidade, evitar o mal que lhe parecer mais grave; de defender a manutenção de suas necessidades e sua dignidade e, ainda, de agir impulsionado pelas circunstâncias, sem que o direito lhe possa exigir atos de heroísmo<sup>175</sup>.

Salutar também são as palavras de Bandeira de Mello quando afirma que

A sociedade não tem direito de exigir deste ou daquele cidadão uma conduta superior às forças ordinárias e à moralidade normal dos homens. O heroísmo é para quem pode e não para quem quer. A ordem jurídica não é uma ordem para santos, mas para homens eivados de defeitos (para decaídos). Não se pode impor a homens imperfeitos a ordem jurídica de um mundo perfeito. Mesmo, porque, num mundo perfeito (no Reino de Deus), o Direito (normas que compelem à ação) não tem razão de ser. Quem age como toda a gente agiria não viola nem lesa a ordem jurídica.<sup>176</sup>

Quando Frank afirmou que as inicialmente chamadas circunstâncias concomitantes, e depois de receber algumas críticas, renomeadas de motivação normal, poderiam retirar do agente sua liberdade e sem esta, não haveria reprovabilidade, estava ele a dizer que a base da reprovação está na possibilidade de livre escolha, ou seja, só se pode reprovar a alguém, se este escolheu agir de encontro à norma, quando lhe era possível agir em compasso com a mesma. Sem liberdade, retira-se do agente, a capacidade de atuar contra ou a favor da norma.

Por isso, Frank afirma que a gravidade da culpabilidade depende da medida da liberdade interior do agente, que pode ser afastada pela presença de influências perturbadoras, que o abalarão espiritualmente e moralmente.<sup>177</sup>

A exigibilidade de conduta diversa seria uma face da moeda, que teria a inexigibilidade na sua outra face, sendo a primeira, sua face positiva, enquanto a segunda, sua face negativa.<sup>178</sup> Sendo a liberdade de agir o fiel que fará com que a moeda penda para um dos dois lados.

Sobre a importância da inexigibilidade de conduta diversa discorre Cardozo

na perspectiva de um Direito Penal moderno da culpabilidade que a inexigibilidade de outra conduta é a pedra angular sob a qual se edifica toda a teoria do conceito de crime, levando-se em consideração não somente a causalidade como fator natural de uma ação, mas a liberdade de ação do homem, como corolário de sua dignidade, livre de amarras; sua personalidade, as vicissitudes e, por vezes, o abismo ou as circunstâncias que a vida lhe reserva.<sup>179</sup>

Noutra passagem aduz Cardozo:

<sup>175</sup> Idem, ibidem, p. 81

<sup>176</sup> BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Crime e exclusão de criminalidade**. V. I. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, pp. 206-207.

<sup>177</sup> GOLDSCHMIDT, James. op. cit. p. 137.

<sup>178</sup> LUNA, Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral: com observações à nova parte geral do código penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 97.

<sup>179</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 96.

A inexigibilidade enquanto elemento geral da culpabilidade repousa na ausência do dever e poder comportar-se de outra maneira em face das circunstâncias anormais; se esta possibilidade não está presente a reprovabilidade queda inerte, pois a decisão de vontade que deve obediência ao Direito é aquela que se processa diante da existência de circunstâncias normais da vida.<sup>180</sup>

Tarefa das mais inglórias é aferir se o agente podia ou não ter agido de outra forma. A solução mais simples apresentada foi a criação da figura do “homem médio”, figura abstrata, meramente imaginária, que seria colocada em substituição ao autor, no momento de sua conduta, tentando verificar, dadas as situações enfrentadas pelo autor, se este “homem médio”, praticaria a mesma conduta. Defende essa ideia Goldschmidt para quem o poder fundado na motivação normal não se determina subjetivamente, e só se deveria reconhecer os motivos que, segundo as circunstâncias dadas, corresponderiam aos motivos de um “homem médio”.<sup>181</sup>

Para Goldschmidt “o poder fundado na “motivação normal” não se determina subjetivamente, segundo as qualidades e capacidades pessoais do autor, mas segundo uma medida objetiva”.<sup>182</sup>

Para os defensores do critério do “homem médio”, a ser verificado de forma objetiva, não se puniria alguém por se encontrar em uma situação onde mesmo sofrendo as pressões externas e internas, poderia (ele) ter agido conforme o direito, mas porque outro sujeito (“homem médio”), na mesma situação, teria agido conforme o direito. O ponto de partida seria a situação e não a pessoa.

Mesmo sendo o critério objetivo o mais adotado pela doutrina, se reconhece nele alguns defeitos, dentre os quais se destaca o fato de que o conceito de homem médio não ser mais do que uma abstração.<sup>183</sup>

Enquanto o critério objetivo tem como primeiro defensor Goldschmidt, o critério subjetivo tem nas penas de Freudenthal a sua primeira roupagem. O grande mérito de Freudenthal foi ter introduzido a exigibilidade no direito penal, como elemento central da apreciação valorativa da culpabilidade.

Para Freudenthal a exigibilidade se determina de forma individual. Na aferição da possibilidade de agir de outro modo, deve-se levar em conta, não uma escala objetiva/geral,

---

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> GOLDSCHMIDT, James. op. cit. pp. 120 e 121.

<sup>182</sup> Idem, ibidem. p. 121.

<sup>183</sup> SAINZ CANTERO, José Antônio. **La Exigibilidad de Conduta Adecuada a la Norma em Derecho Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 100.

cunhada na possibilidade de se exigir de forma razoável ao sujeito, pensado de forma abstrata, mas sim, em uma escala subjetivo-individual. Porque o dever de evitar pressupõe o poder de fazê-lo e esse exame tem projeção individualizadora, não se podendo ignorar as circunstâncias dentro das quais atuou o agente. Posição essa que nunca gozou de predileção.<sup>184</sup>

Tal critério foi objeto de duras críticas, sob o pretexto de deixar impune os delinquentes convictos, configurando um atentado à certeza jurídica. Para Sainz Cantero

a doutrina determinadora de Freudenthal não pode ser aceita, porque parte de uma concepção de uma culpabilidade como reprovabilidade ético-individual da motivação, e a culpabilidade jurídico-penal não deve identificar-se com a ética, nem o conceito de culpabilidade moral pode ser aceito como critério determinante de consequências no campo jurídico-penal. Há que reconhecer sem embargo Freudenthal, a aspiração a uma justiça mais perfeita, mais próxima do homem, mais individualizada, mas o caminho que se utiliza para chegar nela, supõe um perigo para a certeza e manutenção do ordenamento jurídico<sup>185</sup>.

O último dos critérios de concepção da exigibilidade foi o formulado por Henkel, o que corresponde ao critério misto. Defendia Henkel que a exigibilidade tanto pode aplicar-se na esfera da antijuridicidade típica, como na culpabilidade, entendendo que sua determinação se faz, num primeiro aspecto, seguindo um critério objetivo, enquanto que num segundo aspecto, seguindo um critério subjetivo de determinação. O critério objetivo do homem médio se aplicaria nas circunstâncias e condições em que o autor agiu, tivesse qualquer outro homem feito o mesmo, não podendo se exigir uma conduta diferente. Na determinação subjetiva, partindo da conduta e das condições do autor determinado, além das condições em que agiu, as condições pessoais do autor, suas qualidades e capacidade. Salientando Sainz Cantero que esta determinação não coincide com a de Freudenthal, já que adverte Henkel que não é a valoração subjetiva do autor que a de se ter em conta, senão a valoração objetiva do ordenamento jurídico.<sup>186</sup> Seria a análise de condições pessoais sim, mas sob a ótica objetiva do ordenamento jurídico.

Sainz Cantero aponta como melhor critério o do homem médio, ou seja, o objetivo, embora veja no mesmo alguns inconvenientes. Afirma Sainz Cantero que

<sup>184</sup> FERNENDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad** ( a propósito de la obra de Freudenthal). In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 32.

<sup>185</sup> SAINZ CANTERO, José Antônio. op. cit. p. 99.

<sup>186</sup> Idem, ibidem. p.. 102.

cremos que o critério determinador da exigibilidade e da não exigibilidade, deve centrar-se no homem médio. Apreciadas as circunstâncias em que o autor do caso concreto atuou, há que se recorrer ao homem médio, e perguntar-se se nessas circunstâncias este haveria atuado como fez o autor. Se a resposta for afirmativa, a conduta que realizou não é culpável; se o homem médio tivesse atuado nas mesmas condições, de acordo com o dever legal, ao sujeito pode ser exigida essa atuação, e portanto, seu fato é culpável, sempre que se dê os outros pressupostos da culpabilidade.<sup>187</sup>

Scarano se opõe ao critério do homem médio, afirmando ser esta regra de determinação desnecessária e insuficiente. Afirmando ser o homem médio apontado pela doutrina dominante, um homem impossível, carecedor de realidade em virtude da inexistência de um juízo semelhante. Existem tantos juízos quantos são os homens, em virtude do qual a medida destes não apresenta validade. Simplesmente, se tem um juízo de relação entre o comportamento que tomaria o juiz nas circunstâncias do caso concreto e o levado a cabo pelo autor. Trata-se de um juízo de comparação entre o comportamento médio e genérico, e um comportamento individual e concreto. Além disso, afirma Scarano que um é o conceito de homem médio que se obtém nas estatísticas e outro o deontológico, fruto de uma valoração expressada no ordenamento jurídico.<sup>188</sup>

Adotamos aqui o critério misto, pois a ideia de um homem médio, num país de dimensão continental, apresentaria seria dificuldade de ser assimilado, notadamente em virtude da disparidade de situações vivenciadas em locais distintos do Brasil. Qual seria o homem médio: o empresário paulista de situação financeira e intelectual favoráveis ou o analfabeto nordestino? O que pode ser considerado homem médio pelo julgador em relação ao seu ambiente cultural, pode não retratar a realidade de quem encontra-se sujeito ao seu julgamento<sup>189</sup>.

### 3.2 A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal

Goldschmidt foi o primeiro a preocupar-se com a possibilidade da inexigibilidade de conduta diversa estar ou não prevista em lei anterior.<sup>190</sup> Para ele, muito mais importante do que a questão de se a exigibilidade constitui uma restrição imanente a norma de dever, e se a não exigibilidade constitui uma exceção a ela, é saber se os casos de não exigibilidade tem

<sup>187</sup> SAINZ CANTERO, Op. cit. p. 108.

<sup>188</sup> SCARANO, Luigi. *La non Esegibilità nel Diritto Penale*. Napoli: Casa Editrice Libreria Humus, 1948, pp. 69-71.

<sup>189</sup> AMORIM, Maria Carolina. Op. cit. pp. 92 e 93.

<sup>190</sup> Idem, *ibidem*, p. 114.

sido taxativamente tipificados, ou se a não exigibilidade é um conceito que precisa ser completado valorativamente.<sup>191</sup>

Para Goldschmidt “o reconhecimento das causas de exculpação supralegais finca-se no conceito básico de que há motivos que o ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores ao motivo legal, em relação ao homem médio”.<sup>192</sup>

Freudenthal também se preocupou com o problema da inexigibilidade com causa supralegal da culpabilidade, para ele a inexigibilidade “não pode quedar restringida às causas de exclusão da reprovação enunciadas no texto expresso pela lei penal”.<sup>193</sup> Inicialmente Freudenthal reinvidica a via analógica para estender a dispensa por razões de inexigibilidade do âmbito da culpa para o dolo, esboçando a possibilidade de se criar um estatuto supralegal para a inexigibilidade.<sup>194</sup>

Para Freudenthal quando as circunstâncias são tais que qualquer homem teria agido como o autor, faltarão, tanto no caso de dolo, como de culpa, a possibilidade de formular um juízo de reprovação, formulando uma fórmula amplíssima de inculpação, que podem abranger aqueles casos que se encontram fora do estado de necessidade e das excusas previstas em lei, e nas quais o sujeito, pelas circunstâncias em que se encontrava, não lhe podia ser exigido um comportamento de acordo com o preceito penal.<sup>195</sup>

Mezger embora admita que a inexigibilidade possa funcionar como causa geral de exclusão da culpabilidade, defende sua aplicação apenas em casos muito especiais, criticando a posição de Freudenthal, que para ele é demasiadamente aberta, pois possibilita a alteração de valorações que foram formuladas pelo legislador, o que ele acha um erro, admitindo apenas em casos de omissões legislativas.

Aponta Sinz Cantero que Mezger mudou de opinião, inicialmente era partidário da inexigibilidade como causa geral de exculpação, mas depois quando da implantação do Estado Nazista, rechaçou tal posicionamento, admitindo apenas em casos altamente especiais, tentando evitar o que para ele seriam excessos insustentáveis.<sup>196</sup>

Maurach critica veementemente a teoria de Freudenthal quando afirma que

---

<sup>191</sup> GOLDSCHMIDT, James. Op. cit. pp. 112 e 113.

<sup>192</sup> Idem. Ibidem, 120.

<sup>193</sup> FERNANDEZ, Gonzalo D. op. cit. p. 34.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> SAINZ CANTERO, José Antônio. op. cit. p. 23.

<sup>196</sup> Idem, ibidem, pp. 25 e 26.

A teoria especialmente defendida por Freudenthal, baseada num posterior desenvolvimento da concepção normativa, de que a culpabilidade (a responsabilidade) deve resultar excluída, fora dos reduzidos casos de tipificação legal, nas situações em que não pode se exigir do autor, num caso concreto, uma conduta justa, surgiu como um meteoro no horizonte para perder-se de novo, caiu num curto prazo, na obscuridade.<sup>197</sup>

Para Maurach no que tange a culpabilidade ou como ele chama, responsabilidade pelo fato, o direito penal observa leis próprias, o conhecimento específico deste ramo do direito, concebendo um conceito especial e cerrado de culpabilidade, previsto no Código Penal.<sup>198</sup>

Welzel admite a existência de causas supralegais, no entanto, em casos extremamente especiais, e ainda elenca como pressupostos: ser a ação do autor o único meio de impedir um mal maior, o autor ter eleito o mal menor e ter o autor subjetivamente a finalidade de salvar.<sup>199</sup>

Henkel traz uma nova ideia sobre a não exigibilidade, colocando-a não mais como causa de exclusão da culpabilidade, mas como princípio regulativo, que não traria um conteúdo valorativo, mas orientador do juiz. Assim afirma Sainz Cantero,

O princípio da não culpabilidade deve ser reconhecido como cláusula geral regulativa, não sendo preciso a sua previsão expressa numa fórmula legal que cria uma norma, sendo um meio indispensável para o juiz como elemento orientador na hora de suas decisões, a merecer aplicação especial nos tipos penais imprecisos ou nas normas que necessitam de correção ou complemento.<sup>200</sup>

Assim Henkel possibilita a aplicação da cláusula da não exigibilidade no campo da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Na tipicidade e antijuridicidade de forma objetiva, ou seja, levando-se em consideração a conduta que qualquer homem naquela situação cometeria e não o autor de forma isolada; na culpabilidade a análise é subjetiva, ou seja, segundo a conduta do autor determinado, com suas qualidades e defeitos.

Henkel defende a aplicação da inexigibilidade fora do âmbito do Direito Penal, no Direito Civil através dos limites da boa fé, nas relações obrigacionais, nas questões de família, no Direito Administrativo etc.<sup>201</sup>

Para Henkel considerar a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade “obscurece consideravelmente a real significação do processo judicial, posto que não se trata de corrigir uma “lacuna da lei” e também de preencher um “vazio jurídico”,

<sup>197</sup> MAURACH, Reinhart. op. cit. p. 51.

<sup>198</sup> Idem, ibidem, p. 52.

<sup>199</sup> WELZEL, Hans. op. cit. pp. 198 e 199.

<sup>200</sup> SAINZ CANTERO, José Antônio. op. cit. p. 37.

<sup>201</sup> HENKEL, Heinrich. Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo. Buenos Aires: B de F, 2008, pp. 62-70.

baseando-se nas normas de Direito natural”.<sup>202</sup> Na verdade, nada mais é do que “uma consequência extraída do conceito de culpabilidade que pressupõe a lei, e que não está completo por falta de contrariedade ao dever ou a reprovabilidade da conduta interna do agente”.<sup>203</sup> Assim, a ideia de exculpação supralegal para Henkel representa uma negação, fundada na essência da culpabilidade (material), como elemento normativo indispensável para o estabelecimento da culpabilidade.

O funcionalista Roxin rechaça a ideia de inexigibilidade como causa de exculpação, por não se tratar de uma questão de culpabilidade, mas de responsabilidade. O que deve ser objeto de verificação não é se o autor poderia agir de outro modo, mas sim, se a pena é necessária, o que para Roxin é um problema do legislador e não do juiz, sob pena de se atentar contra a divisão de poderes, a depender de lei e não de uma fórmula vazia como a inexigibilidade.<sup>204</sup>

O autor italiano Scarano, por sua vez, defende a aplicação da não exigibilidade como *ratio* das causas de exclusão da culpabilidade através da analogia, o que estaria contemplado pelo legislador de forma indireta, baseado na impossibilidade de se exigir do indivíduo um comportamento conforme a norma, possibilitando a aplicação da inexigibilidade a hipóteses não contempladas pelo legislador, mas aonde pudesse ser aplicado um raciocínio semelhante ao previsto em lei, adquirindo *status* de entidade normativa. Afirma Scarano que somente em relação às normas incriminadoras não é possível a aplicação da analogia. Critica o autor a ideia de homem médio, que seria desnecessário e insuficiente para se aplicar em casos concretos, a busca por um homem impossível.<sup>205</sup>

#### Sobre a não exigibilidade assevera Bettiol

o certo é que ao disciplinar as causas de exclusão da culpabilidade o legislador não podia logicamente inspirar-se num princípio diverso: quando se parte do pressuposto de que um comportamento é culpável enquanto o sujeito capaz tenha previsto e querido o fato lesivo, deve-se necessariamente admitir que tal comportamento não possa mais ser considerado culpável sempre que, em virtude de uma circunstância de fato, o processo psíquico de representação e de motivação se tornou de modo anormal. Caem assim todas aquelas objeções apresentadas contra a validade do próprio princípio, de que faltaria o seu expresse reconhecimento no nosso direito positivo... É precisamente neste refletir-se das circunstâncias de fato na psique individual que pode ser encontrado o processo de uma formação normal do querer; assim, se o sujeito representar a realidade, diversa do que efetivamente é, não poderá haver culpabilidade em relação ao crime praticado, da mesma forma como deverá

---

<sup>202</sup> Idem, ibidem, p. 118.

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> AMORIM, Maria Carolina. Op. cit. pp. 125 e 126.

<sup>205</sup> SCARANO, Luigi. op. cit. pp. 70-81.

ser a culpabilidade excluída quando a vontade se mostrar desprovida do poder de autodeterminação.<sup>206</sup>

Bettiol não acha que haveria com a aplicação da inexigibilidade um abrandamento do direito penal em contraste com sua concepção autoritária, pois um direito penal enfraquecido seria apenas “o que não pune quando existam todos os pressupostos de uma punição, entre os quais o da culpabilidade”; quando porém a culpabilidade não subsiste porque não se podia esperar do agente uma motivação normal, “seria uma heresia falar ainda de culpa e aplicar uma pena”. Admite o autor italiano que com a concepção normativa da culpabilidade, houve um alargamento da possibilidade de causas de exclusão, o que também aconteceu na culpabilidade como também na antijuridicidade, pois, “numa concepção teleológica do direito penal nem sempre os princípios e as regras gerais são passíveis daquele enrijecimento que se manifesta numa concepção puramente formalista”.<sup>207</sup>

Sobre a questão de ser o juízo da inexigibilidade subjetivo ou objetivo, diz Bettiol:

não se trata da referência a um juízo puramente subjetivo e pessoal do sujeito agente a respeito a respeito da exigibilidade ou não do comportamento nem da remissão à figura do “homem médio”. Isto significaria um verdadeiro individualismo anárquico, em virtude do qual qualquer ação poderia ser escusada, ou ensejar uma abstração inconcludente e vazia. Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, valorar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito atua, no contexto do espírito de todo o sistema penalístico: sistema que jamais pretende prescindir de uma vinculação com a realidade histórica em que o indivíduo age, cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito cabe unicamente ao magistrado julgador.<sup>208</sup>

Apesar do posicionamento de Scarano e Bettiol, a opinião dominante na Itália não é favorável à aceitação da não exigibilidade fora das hipóteses legais, apenas a título de exemplo: Petrocelli e Antolisei.<sup>209</sup>

Aduz Antolisei que a teoria de Scarano padeceria de uma falta de clareza e concretude, por não conseguir determinar e identificar quais as circunstâncias tornariam inexigível a atuação segundo o direito, gerando uma obscuridade pela ausência de um critério único. Critica também a ideia de ser a exigibilidade a *ratio* que torna possível a aplicação analógica, pois seria um critério vago, que não poderia estabelecer um princípio jurídico a solucionar os casos fora dos ditames legais. Não escapando imune às suas críticas, a expressão “homem médio”, por não ter um significado claro, a ensejar decisões contraditórias.<sup>210</sup>

<sup>206</sup> BETTIOL, Giuseppe. op. cit. pp. 419 e 420.

<sup>207</sup> Idem. Ibidem, p. 420 e 421.

<sup>208</sup> Idem, ibidem, p. 421.

<sup>209</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 128.

<sup>210</sup> ANTOLISEI, Francesco. **Manual di Diritto Penale**: Parte Generale. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1957, pp. 303 e 304.

Antolisei defende a aplicação mais ampla da excludente estado de necessidade, para os casos em que o magistrado tivesse dúvida entre condenar segundo a lei, ou absolver segundo o seu sentimento de justiça, mas é contrário a aplicação nesses casos da teoria da inexigibilidade, por ser para ele tão ampla e vaga que acabaria por gerar escandalosas soluções.

Na Espanha, Asúa admitiu a inexigibilidade como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, para quem se não se pode exigir outra conduta do agente, não se pode censurar a conduta praticada, mesmo que fora dos casos previstos em lei, ao se constatar uma situação de inexigibilidade, automaticamente, afastada estará a culpabilidade, pois essa é reprovabilidade (desde Frank) e só se reprova o que pode ser exigido.<sup>211</sup>

Para Muñoz Conde a ideia de inexigibilidade de outra conduta tem um alcance maior do que a própria culpabilidade, a contaminar todo o ordenamento jurídico, por ser um princípio regulador e informador do mesmo.<sup>212</sup>

No Brasil, a teoria da inexigibilidade de conduta diversa foi bem aceita na doutrina, o que não ocorreu na jurisprudência, aonde passou por uma lenta e gradual aceitação. Um dos primeiros a admitir a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade para além da lei, foi o relator da reforma do Código Penal de 1984, Assis Toledo, para quem

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 legislados, 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, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.<sup>213</sup>

Também comunga desta opinião Frederico Marques, quando defende a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como forma genérica de exclusão da culpabilidade, independente de texto de lei, princípio imanente do direito penal. Lembrando que o caráter retributivo da pena só se faz presente, quando o fato além de ser penalmente ilícito, é praticado de maneira reprovável, não impedindo que se afaste a culpabilidade diante de situações que, embora não previstas em lei, não se encontre a normalidade das circunstâncias do ato volitivo. Para quem não admitir uma forma genérica de inexigibilidade de conduta, é

---

<sup>211</sup> JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**: La culpabilidade y su exclusión. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962, p. 985.

<sup>212</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. op. cit. p. 388.

<sup>213</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 328.

supor um legislador penal onisciente, ou um direito penal como um sistema completo e fechado, o que não é possível.<sup>214</sup>

Para Aníbal Bruno a não exigibilidade de conduta diversa se apresenta como um princípio que estaria implícito no Código Penal, aplicável através da analogia, considerando um caso de analogia *in bonam partem*. Defende Bruno uma valoração objetiva do ordenamento jurídico e não uma valoração individual, a exigir um critério seletivo, dando ensanchas ao compasso entre a prática punitiva e as exigências da humanidade, pois, uma aplicação indiscriminada ampliaria por demais o regime, enfraquecendo o direito penal, a ser aplicado com rigorosa cautela.<sup>215</sup>

Em posição no mínimo interessante encontra-se Fragoso, que a princípio não admite a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exculpação, afirmando que isso equivaleria a um abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal, no entanto, permitindo a sua aplicação por analogia, tornando sua opinião muito próxima daqueles que admitem a inexigibilidade como causa geral de exculpação, pois a analogia redundaria numa aplicação supralegal.<sup>216</sup>

Uma posição contundente contra as causas supraleais, quer seja para excluir a culpabilidade ou para excluir a antijuridicidade, é a de Hungria, batendo de frente com o que ele chama de “supralealismo”, não admitindo causas supra, meta ou extra legais, com o fito de evitar insegurança jurídica e eventual impunidade pelo abandono de um critério objetivo na apreciação de tais causas.<sup>217</sup>

Sobre a questão da adoção das causas supraleais de exclusão da culpabilidade merece registro as palavras de Amorim

Todos os argumentos no sentido de aceitar as causas excludentes de não exigibilidade fora das hipóteses legais, embora trilhem caminhos diversos – seja através da adoção de uma supralealidade do instituto, seja pela aplicação da analogia, ou concedendo ao tema caráter principiológico – chegam ao mesmo resultado, homenageando a importância das circunstâncias concomitantes pensadas por Frank e trazendo-as para análise do julgador, no claro intuito de evitar a condenação de conduta que, dadas as suas características, não pode ser reprovada. Assim, não se pode reputar equivocada a solução encontrada por Henkel, da mesma forma que não merece reparos as colocações da doutrina italiana de Scarano, seguida por Bettiol, e as pontuações de Asúa.<sup>218</sup>

<sup>214</sup> MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Penal**. V. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 297.

<sup>215</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.

<sup>216</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro, 1992, p. 210.

<sup>217</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, V. I, T. II, p. 25.

<sup>218</sup> AMORIM, Maria Carolina. Op. cit. pp. 136 e 137.

Continua a autora brasileira a afirmar que “não há sentido algum na cominação de pena ao agente quando se tornou impossível censurar a sua conduta”. Sendo indiferente se o homem foi comparado ao homem médio ou tratado de forma individual, sem reprovação a pena perderia todo seu sentido.<sup>219</sup>

A preocupação com a certeza jurídica não pode se sobrepor a procura de uma decisão justa, tal busca pela certeza poderia criar um obstáculo ao processo de individualização e julgamento, que deve ter como escopo sempre a produção da justiça. Nem se fale aqui em mitigação da face violenta do Estado, pois tal não ocorre quando se aplica uma decisão em consonância com todo o arcabouço penal.

De todo o exposto, concluímos que a inexigibilidade de conduta diversa deve ser tomada como princípio geral do direito a não precisar de aplicação analógica, por permear o ordenamento jurídico como um todo, superando a discussão se princípio normativo ou regulativo, mas, para além da mera exclusão supralegal da culpabilidade, no afã de se fazer justiça e de trazer o Poder Judiciário para mais perto do cidadão, mesmo o mais simples deles.

Por ser um princípio geral do direito, sua aplicação se espraia para além da culpabilidade, ou seja, entrando na esfera da tipicidade e da antijuridicidade, exatamente por levar em consideração a anormalidade das circunstâncias que afetam a dirigibilidade normativa a não justificar a aplicação de uma pena.

---

<sup>219</sup> Idem, *ibidem*, p. 137.

#### 4 CAUSAS LEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A inexigibilidade pode se apresentar de duas formas: como causas legais ou como causas supralegais, que conduzirão pela falta de um de seus elementos constitutivos, a exclusão da culpabilidade. Abordaremos neste capítulo as causas legais, previstas no artigo 22 do Código Penal brasileiro, quais sejam: a coação irresistível e a obediência hierárquica.

##### 4.1 Coação irresistível

A expressão coação irresistível abrange tanto a coação moral (*vis compulsiva*), como também a coação física (*vis absoluta*), pois as duas retiram do agente a possibilidade de atuar segundo seu querer.

No entanto, a nosso juízo a depender de qual coação for, o resultado prático será diferente: na coação física o agente atua como mero instrumento do crime, só se podendo falar em um único agente, o coator, gerando em relação ao coagido uma ausência de conduta, causa de exclusão do primeiro dos elementos constitutivos do conceito analítico de crime, qual seja a tipicidade; já na coação moral, em função da ameaça o agente se sente constrangido e acaba por cometer uma conduta que não representa conexão com seu querer, excluindo o terceiro dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a culpabilidade.

A coação a que se refere o Código Penal brasileiro, segundo Bitencourt “é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha, conseqüentemente, trata-se de coação moral.”<sup>220</sup>

Interessante sobre o tema é a posição de Azuma para quem a coação pode se dar através da força ou da ameaça. A força, por sua vez, dividiria-se em força absoluta, aquela capaz de excluir a vontade do agente, e assim o dolo (tipicidade), e a força representada por uma violência física contra o coato que o influenciaria determinadamente a praticar o fato típico, das quais seriam exemplos: espancamentos e torturas que tenham como finalidade obrigar outrem a realizar o delito. Já a ameaça seria a outra forma de coação, que seria o prenúncio de um mal que advirá caso não seja feito o desejo do autor.<sup>221</sup>

A coação moral, a qual à legislação citada faz referência, não retira a possibilidade de ação do sujeito, mas o compele a agir de forma não querida, não retirando a vontade do

<sup>220</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 483.

<sup>221</sup> AZUMA, Felipe Cazu. **Inexigibilidade de conduta conforme a norma**. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 100 e 101.

agente, mas viciando-a, por ser a conduta fruto de uma vontade viciada, não pode se exigir do autor um comportamento segundo a norma.

Bastante lúcida sobre o assunto é a opinião de Bitencourt

Na coação moral irresistível existe vontade, embora seja viciada, ou seja, não é livremente formada pelo agente. Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça – que tem de ser grave –, para se manter em conformidade com o Direito. Entender diferente equivaleria a exigir do agente um comportamento heroico, que somente um ser superior, que se diferenciava dos demais, quer pela coragem, quer pelo idealismo, ou, enfim, por qualquer outra razão elevada, poderia realizar. Mas o Direito destina-se a pessoas comuns, a seres normais, e não a heróis, como seria o caso.<sup>222</sup>

Na coação moral irresistível a vontade do coagido é dirigida finalisticamente pela vontade do coator, retirando do primeiro toda possibilidade de censura. Sem reprovabilidade, não se tem culpabilidade.

Brandão nos traz o seguinte exemplo:

Maria, ao chegar em sua residência, depara-se com Paulo, seu colega de trabalho, que está com uma arma de fogo apontada para sua filha. Paulo ordena a Maria que dirija-se ao local de trabalho e subtraia determinados documentos da empresa. Paulo afirma que, caso Maria se negue a realizar tal conduta, ele matará sua filha. Maria, sabendo que Paulo é perfeitamente capaz de cumprir a ameaça, efetua a ação que foi determinada por Paulo.<sup>223</sup>

O exemplo demonstra cabalmente a ausência de liberdade de agir do coagido, agindo numa situação de inexigibilidade de conduta diversa.

É de bom alvitre registrar que a coação moral que exclui a culpabilidade, é apenas a irresistível, se tivermos diante de uma coação moral resistível, o que acontecerá é a aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, c, primeira parte, do Código Penal, uma vez que, embora exista reprovação, e por conseguinte, a culpabilidade, aquela fora diminuída, fazendo com que o autor mereça uma menor reprimenda.

Sobre a coação moral resistível, exemplo lúcido nos traz Amorim

Observe-se o caso do agente que, para não ser demitido, cometeu o crime de falso testemunho para beneficiar seu patrão perante ação trabalhista. Descoberta a falsidade de suas alegações, alegou a prática do artigo 342 do Código Penal (falso testemunho) nas condições do art. 22, primeira parte, do mesmo código, requerendo o reconhecimento da coação irresistível sob o argumento de que o patrão o ameaçara de demissão, caso assim não agisse.<sup>224</sup>

No exemplo dado, temos uma coação, o trabalhador ficou coagido a prestar o falso testemunho. O que se deve indagar é: será que essa coação era realmente irresistível, ou

<sup>222</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit. p. 485.

<sup>223</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 150.

<sup>224</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. pp. 99 e 100.

mesmo diante de um mal, sua demissão, deve-se cobrar do trabalhador um comportamento conforme o direito. Para Amorim “a simples ameaça de ficar desempregado, por pior que se apresente nos dias atuais, não é argumento ao cometimento de crimes: exige-se não apenas simples influência sobre a vontade, mas verdadeira coação que demonstre a inexigibilidade de outra conduta”.<sup>225</sup>

Traçamos aqui, um paralelo entre o exemplo do trabalhador, trazido por Amorim, e o exemplo do “cavalo que não obedece às rédeas”, apontado por Frank. No primeiro exemplo a coação faz com que o agente cometa um crime, há consciência da prática delituosa; no segundo, há apenas o risco da ocorrência de um crime. Por isso, o risco seria aceitável, a certeza não.

A questão de ser a coação resistível ou não, deve ser analisada em um caso concreto e não em abstrato, a ser medida em função da gravidade do mal ameaçado, precisando necessariamente ser grave, levando em consideração a natureza do mal e o poder do coator em concretizá-lo.<sup>226</sup>

Para Pires

A irresistibilidade de determinado comportamento resultará, destarte, da avaliação dos direitos independentes de ofensa ou ofendidos, da verificação da idoneidade dos meios empregados e, finalmente, da análise das circunstâncias de caráter pessoal apresentadas pelo agente no momento do fato. Esse conjunto de fatores, posto na perspectiva peculiar a cada uma das espécies de coação, é que possibilitará a caracterização ou não da irresistibilidade.<sup>227</sup>

Ameaças vagas e imprecisas não serão consideradas graves e irresistíveis e assim, não ensejarão a exclusão da culpabilidade. Apenas o mal efetivamente grave e iminente será caracterizado coação irresistível. Sendo indiferente que a vítima do mal ameaçado seja o próprio coagido ou alguém de seu apreço. O que importa é que o temor do agente impeça-lhe de deliberar livremente, ficando o autor sem opção: ou faz o que coator manda, ou terá que suportar a concretização do mal, figurando o agente como mero instrumento do crime.

Uma vez constatada a existência de uma situação de coação moral irresistível, a conduta do coato restará impunível, sendo responsabilizado apenas o coator, configurando uma situação de autoria mediata, cuja fundamentação é a inexigibilidade de conduta diversa, não se configurando o concurso de pessoas.

<sup>225</sup> Idem, *ibidem*, p. 100.

<sup>226</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 485.

<sup>227</sup> PIRES, Ariosvaldo de Campos. **A coação irresistível no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Lemi, 1973, p. 60.

## 4.2 Obediência hierárquica

No Direito Romano a obediência hierárquica funda-se na *necessitas obediendi* como princípio informador, caracterizando a responsabilidade daquele que ordena, sem que incorresse em responsabilidade aquele que estava obrigado a obedecer tal ordem. Reconhecendo o princípio de que o subordinado cumpridor da ordem do superior exercia um direito e quem não obedecesse seria considerado culpado.<sup>228</sup>

Para Asúa, a única obediência com efeitos jurídicos de exculpação, é a hierárquica, quando esta ordem está dentro das atribuições de quem tem o poder de mando dentro dos ditames legais e sem excessos.

Nos ensina Cardozo que

A obediência hierárquica é causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, porquanto nas relações de Direito Público o dever de obediência é uma característica que brota da organização política do Estado como supremacia do interesse público.<sup>229</sup>

A única situação que desobriga o subordinado é a ordem manifestamente ilegal, se a ilegalidade não for manifesta, mesmo quando percebida pelo subordinado, terá que ser obedecida.

Como afirma Amorim

Trata-se da causa de exclusão da culpabilidade, com fulcro na inexigibilidade de conduta diversa, presente quando um servidor público subordinado pratica conduta típica e antijurídica em atendimento à ordem de superior hierárquico, sendo essa ordem não manifestamente ilegal. O fundamento dessa situação de exculpação é a relação de subordinação de direito público, que institui competências relacionadas ao poder de ordenar e ao dever de obedecer do funcionário público.<sup>230</sup>

Nos ensina o autor da reforma do Código Penal de 1984 que

É preciso, contudo, distinguir duas hipóteses: a primeira, a obediência à ordem legítima; segunda, a obediência à ordem ilegítima. Na primeira, temos uma causa evidente de exclusão da ilicitude; na segunda, que é a de que trata o preceito em exame, ocorre a exclusão da culpabilidade. Assim não é, contudo, no direito italiano e alemão onde a obediência a ordens ilegítimas vinculantes se reputa uma causa de justificação.<sup>231</sup>

Não podemos olvidar que para que se possa enquadrar como causa legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, a ordem deverá ser cumprida sem excessos, ou seja, dentro dos limites do comando do superior hierárquico, sob pena de responsabilização por tal excesso, *mutatis mutandis* do que ocorre na legítima defesa.

<sup>228</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit. p. 766.

<sup>229</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 136.

<sup>230</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 103.

<sup>231</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 342.

De forma elucidativa afirma Cardozo que

No Estado Democrático de Direito, em que vige a primazia do princípio da legalidade, é certo que ao subordinado não se exige uma tomada de posição meramente passiva ou totalmente neutra ao ponto de obedecer, cegamente, à ordem de superior hierárquico, dado que o poder delegado da autoridade, no Estado Moderno, configura-se um poder de natureza relativa e não absoluta. Destarte, no Estado Democrático de Direito a legalidade é o limite da ordem e esta não pode ultrapassar as suas fronteiras. Com efeito, a tese da obediência cega se, por um lado, não pode negar vigência à importância da obediência hierárquica, por outro, não requer do inferior hierárquico uma postura letárgica de agir, como cego, sem, perquirir se a ordem está ou não respaldada na lei.<sup>232</sup>

Aponta Brandão requisitos para que a ordem seja vinculante, exigindo do subordinado sua obediência: competência do superior para emaná-la, competência do subordinado para cumpri-la e ser emanada na forma prescrita em lei.<sup>233</sup>

Uma questão importante a ser enfrentada é, se as situações de obediência hierárquica se limitam a relações de Direito Público, ou poderiam abarcar relações privadas?

É praticamente uníssona a opinião da doutrina ao afirmar que a obediência hierárquica se limita às relações de Direito Público, a título apenas de exemplo, citaremos as palavras de Brandão:

É relevante ressaltar que somente existirá a incidência da obediência hierárquica se a relação de hierarquia/subordinação for de Direito Público. As relações de Direito Privado somente poderão eventualmente funcionar como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.<sup>234</sup>

Fundamentando a necessidade da obediência hierárquica no âmbito do Direito Público, Azuma afirma:

Para que a máquina estatal funcione, é necessário instituir uma série de órgãos, níveis, cargos e competências. Para isso, há toda uma sistematização de procedimentos, funções e subordinações de ordem a ser executada. Assim, desde que as ordens se revistam de aparente legalidade, deve o funcionário cumpri-las, sob pena de emperramento da máquina estatal. Não se está tratando aqui de subserviência total, mas de pragmatismo. É o interesse público que impele o dever de obediência. Assim, o fundamento da excludente de culpa da obediência hierárquica consiste na relação de subordinação de direito público que institui competências ativas traduzidas no dever de obedecer do funcionário subordinado que deverá sempre obedecer às ordens do superior, desde que não manifestamente ilegais. O dever de subordinação exclui a responsabilidade do agente que obedeceu uma ordem aparentemente legal.<sup>235</sup>

Azuma cita o seguinte exemplo

Se um gerente de banco estatal recebe ordens de seu superior para quebrar o sigilo bancário de um cliente, obviamente não poderá alegar a excludente da obediência

<sup>232</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. op. cit. p. 137.

<sup>233</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. pp. 149 e 150.

<sup>234</sup> Idem, ibidem, p. 149.

<sup>235</sup> AZUMA, Felipe Cazu. op. cit. p. 104.

hierárquica, posto a quebra de sigilo constitui crime, ou seja, explicitamente era ilegal a ordem.<sup>236</sup>

Também na mesma esteira são as palavras de Cardozo: “No Brasil, a relação jurídica que se estabelece entre superior e inferior hierárquico tem sempre a natureza de Direito público, jamais de direito privado”.<sup>237</sup>

No entanto, merece registro a opinião de Bitencourt que questiona a limitação da aplicação da obediência hierárquica às relações de Direito Público, apontando dois fundamentos para o questionamento:

a) De um lado, ordem de superior hierárquico produz, independentemente de a relação hierárquica ser de natureza pública ou privada, o mesmo efeito, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa;

b) De outro lado, o Estado Democrático de Direito não admite qualquer resquício de responsabilidade penal objetiva, e sempre que, por qualquer razão, a vontade do agente for viciada (deixando de ser absolutamente livre), sua conduta não pode ser penalmente censurável.<sup>238</sup>

É importante esclarecer que nas relações privadas o dever de obediência é ainda mais intimidador, pois, se um servidor público desobedece uma ordem de seu superior hierárquico, ele estará sujeito a punições de natureza administrativa, entre as quais não se incluem sua demissão. No entanto, no que se refere às relações empregatícias de natureza privada, a situação é muito mais dramática, a simples desobediência poderá acarretar a sua demissão imediata e sem justa causa, a justificar maior temor por parte do subordinado em tais relações.<sup>239</sup>

Para Bitencourt, o entendimento de que a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa só se aplicaria nas relações de Direito Público encontra-se superado a partir da redemocratização do país, que, com uma nova ordem constitucional, consagradora de uma responsabilidade penal subjetiva e individual, sob o marco de um direito penal da culpabilidade, não existindo fundamento legal para tal limitação, na medida em que o texto legal não faz essa restrição.<sup>240</sup>

Assim, como afirmado adrede, a despeito da doutrina amplamente majoritária, como demonstrado pelos exemplos apontados, entender que a obediência hierárquica tem seu âmbito de aplicação, limitado às relações de Direito Público, não nos antolha o melhor posicionamento, defendendo nesse trabalho a posição de Bitencourt, para quem a obediência

<sup>236</sup> Idem, *ibidem*. p. 105.

<sup>237</sup> CARDOZO, Teodomiro Noronha. *op. cit.* p. 192.

<sup>238</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 486.

<sup>239</sup> Idem, *ibidem*, p. 487.

<sup>240</sup> Idem.

hierárquica pode gerar a exclusão da culpabilidade, tanto nas relações de Direito Público, quanto nas de Direito Privado.

## 5 CASOS APONTADOS PELA DOUTRINA COMO SITUAÇÕES SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Tentaremos neste capítulo elencar os casos de inexigibilidade de conduta diversa que não se enquadram na capitulação legal, e que já têm sido reconhecidos pela doutrina, quer nacional, quer estrangeira. Tentando, ademais, apresentar critérios lógicos de identificação de possíveis situações supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

A maior crítica que se faz a adoção de causas supralegais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, encontra-se na falta de um critério unitário que pudesse delimitar todas as causas de inexigibilidade, ante o fracasso dos doutrinadores que enfrentaram tal problemática.

Só a título de ilustração, Antolisei dizia que qualquer fórmula que tentasse abarcar todos os casos possíveis de inexigibilidade, seria tão ampla e vaga que poderia dar margem a interpretações conflitantes e soluções escandalosas.<sup>241</sup>

Para Welzel, o caso mais importante de não exigibilidade de conduta diversa, quando presentes a imputabilidade (capacidade de culpabilidade) e o conhecimento do injusto, seria o estado de necessidade, que ocorreria quando, estando em perigo a integridade física ou a vida do autor, ou de um parente seu, sem que eles concorressem para o fato, o autor só pudesse protegê-los (ele e seus parentes), com a lesão de interesses alheios tutelados penalmente, sem que sua ação possa ser justificada, pela aplicação do princípio jurídico-penal do meio adequado para um fim reconhecido.<sup>242</sup>

O autor fundamenta sua teoria no caso do estado de necessidade exculpante na ideia de debilidade humana, que leva aquele que se encontra numa situação de necessidade, a colocar a sua (ou de seus parentes) vida ou integridade física acima dos mesmos bens jurídicos de terceiros.<sup>243</sup>

Para Toledo, o estado de necessidade exculpante, previsto no já revogado § 54 do Código Penal alemão, cuidava de hipóteses muito restritas. Por isso, a doutrina e a jurisprudência alemã, ante os casos concretos insolúveis com base na lei, a construir, sob a influência de ideias jusnaturalistas, o estado de necessidade justificante supralegal, apoiado no

---

<sup>241</sup> ANTOLISEI, Francesco. op. cit. pp. 304 e 305.

<sup>242</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 11ª edição. Santiago: Editorial jurídica del Chile, 1997. p. 210.

<sup>243</sup> Idem.

princípio da ponderação de bens e deveres, princípio já incorporado ao Código Civil alemão.<sup>244</sup>

Far-se-ia a ponderação de bens em conflito, o que for reputado de menor valor, poderá ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor. Assim, a jurisprudência alemã passou a admitir, com ou sem lei, a exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade a depender da relação entre os bens em conflito, consagrando a teoria diferenciadora, que mais tarde seria incorporada a legislação alemã (§§ 34 e 35).<sup>245</sup>

Para Welzel as hipóteses legais não contemplavam necessariamente todas as hipóteses reais, sendo necessário o reconhecimento de causas de exculpação que não estariam contempladas na legislação, fundamentadas no estado de necessidade exculpante. O autor cita o exemplo dos médicos que praticaram a eutanásia determinada pelo regime nazista, que protegeram um número maior de pessoas, em detrimento da morte de um número menor de pessoas. “O ordenamento jurídico, sem embargo, não poderá formular uma reprovação da culpabilidade, por haver assumido um injusto menor, para proteger do injusto maior”. Também cita Welzel o caso de uma clínica cirúrgica onde há apenas três máquinas cardiovasculares, em utilização, e chegam mais três pacientes que acabaram de sofrer um acidente e o médico chefe, com o aval de seus colegas médicos, retira uma das máquinas e coloca no paciente que chegou, tendo em vista que a chance do paciente internado anteriormente era muito pequena, enquanto a chance do novo, era bem maior, o que levou o primeiro paciente à morte. Defende Welzel que o cirurgião agiu em estado de necessidade supralegal.<sup>246</sup>

Welzel aponta como pressupostos da exculpação supralegal;

- a) *Que la acción del autor era el único medio para proteger de una desgracia mayor;*
- b) *Que el autor há elegido realmente el mal menor, y*
- c) *Que há perseguido subjetivamente el fin de salvación.*<sup>247</sup>

Para Welzel, então, os casos de exclusão supralegal da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa se limitavam às situações de estado de necessidade exculpante, não se vislumbrando outras situações.<sup>248</sup>

<sup>244</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. pp. 176 e 177.

<sup>245</sup> Idem, ibidem, p. 177.

<sup>246</sup> WELZEL, Hans. op. cit. pp. 217 e 218.

<sup>247</sup> Idem.

<sup>248</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 147.

Adotando aqui a divisão de Cirino dos Santos<sup>249</sup>, também recepcionada por Amorim<sup>250</sup>, trabalharemos com quatro situações: o fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres, além do excesso nas causas de justificação. Passaremos a abordar tais situações.

### 5.1 Fato da consciência

A questão da exculpação pelo fato da consciência ultrapassa as barreiras do Direito Penal, trazendo discussões de natureza constitucional. A ideia que a valoração pessoal não poderia diminuir ou excluir a incidência da lei foi por muito tempo defendida sem grandes debates.

Com o surgimento das novas constituições que passaram a reconhecer como direito fundamental a liberdade de consciência, o tema ganhou importância. A Constituição Federal do Brasil assegura o direito à liberdade de consciência e de crença no artigo 5º, VI.

O problema é saber até que ponto essa liberdade de consciência e de crença assegurada pela Constituição poderá se contrapor à lei, expressão última da vontade coletiva. Há uma contradição entre a valoração individual do fato e a valoração do fato pretendida pela norma, pois, mesmo quando o agente conhece a norma de proibição, esta não consegue motivar seus atos. O exemplo mais conhecido de fato da consciência é o caso dos Testemunhas de Jeová, que em razão de sua religião, não permitem a transfusão de sangue entre fieis, o que acaba por gerar mortes.

O enfrentamento do problema é necessário, mas não tranquilo, pois, a consciência que cada um tem faz parte do nosso ser como elemento necessário para a nossa existência. Ir de encontro a nossa própria consciência ou fé é uma mutilação dolorosa, a ponto de alguns preferirem a morte a praticar atos violadores de sua consciência.

A força traduzida pela nossa consciência gera uma obediência, que não é suplantada pela valoração jurídica do fato, fazendo com que o agente sem duvidar, prefira descumprir o mandamento legal, realizando a conduta proibida ou deixando de praticar o ato ordenado. Assim afirma Azuma: “o fundamento jurídico da exclusão da culpabilidade pelo fato da

---

<sup>249</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. op. cit. pp. 322-342.

<sup>250</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 150.

consciência reside em não ter o agente dirigibilidade normativa, em função da sua consciência acerca daquela situação que lhe confronta.”<sup>251</sup>

Para Cirino dos Santos o fato da consciência é a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como certo ou errado, se limitando tão somente à correspondência entre a conduta e o poder do mandamento moral ou religioso à personalidade do agente.<sup>252</sup>

A decisão do fato de consciência tem como característica o caráter existencial, bem como o sentimento de obrigação incondicional, sob pena de aniquilamento ou destruição da própria personalidade.

A ação fundada no fato da consciência não pressupõe uma dada qualidade quanto ao seu conteúdo, mas, apenas a aferição do “caráter de imperativo irreduzível”, a dominar a personalidade do agente, fazendo descumprir a norma. Tal decisão não pode ser valorada como certa ou errada, sob pena de fragilizar a neutralidade ideológica do Estado, anulando a liberdade de decisão de consciência em favor de uma determinada ideologia ou crença.<sup>253</sup>

O fato de consciência não trará consequências penais apenas quando existir uma proteção neutra do bem jurídico, pela existência de uma alternativa neutra que suprirá a ação omitida pelo agente, não podendo invadir a órbita da liberdade da vítima. Afirma Azuma

Se o médico, por razão de consciência, não quiser realizar o aborto necessário, e a gestante pretendendo realizá-lo, pede que chame outro médico, e o agente não o faz, nem permite que seja feito, não haverá isenção de pena pelo fato de consciência. Primeiro, porque a alternativa neutra não se realizou. Segundo, porque o agente adentrou a esfera de liberdade (também direito fundamental) da vítima. De igual forma, o pai – testemunha de Jeová – que impede o filho de ser levado ao hospital para receber sangue não poderá alegar o fato de consciência como excludente.<sup>254</sup>

A causa de exculpação pelo fato da consciência não poderá lesionar direitos fundamentais, que se apresentam como limites imanentes a condicionar sua aplicação, apenas quando os direitos fundamentais forem atingidos de forma potencial, uma vez que a liberdade da vítima permitiu a realização da alternativa neutra, poderemos falar em fato de consciência. Outro limite imanente a condicionar a aplicação do fato da consciência é a subsistência do Estado.<sup>255</sup>

<sup>251</sup> AZUMA, Felipe Cazuo, op.cit. p. 109.

<sup>252</sup> CIRINO DOS SANTOS. Juarez. op. cit. p. 337.

<sup>253</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, T. I. Madrid: Editotial Civitas, 1997, p. 943.

<sup>254</sup> AZUMA, Felipe Cazuo. op. cit. p. 110.

<sup>255</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. op. cit. p. 338.

Uma questão merece ser enfrentada por derradeiro, qual a consequência jurídica do reconhecimento do fato de consciência. Roxin defende a exclusão da tipicidade, enquanto, Figueiredo Dias aponta a exclusão da ilicitude, no entanto, somos adeptos da posição de Cirino dos Santos para quem o Direito como expressão da democracia, onde vige o princípio da maioria, quando se depara com atitudes proibidas previstas em lei, não os aprova, mas pode exculpá-las, pois trata-se de uma situação anormal comprometedora da dirigibilidade normativa do agente.<sup>256</sup>

Uma questão interessante é que a maioria dos exemplos apontados como casos de fato da consciência serem de crimes cometidos por meio de uma omissão, mesmo que em sua forma imprópria, quando sua possível ação contraria seu sentido ético-existencial.

## 5.2 Provocação de situação de legítima defesa

A provocação de situação de legítima defesa acontece quando o agente faz com que o agressor atue contra si, para possibilitar uma defesa legítima, que neste caso é apenas aparente, uma vez que o agente provocou tal situação, pois provocação e legítima defesa são condutas incompatíveis, sendo o fato ilícito, mas, podendo ser excluída sua culpabilidade.

Como fundamento da exculpação aponta Cirino dos Santos “o Estado não pode exigir de ninguém a renúncia ao direito de viver, nem criar situações sem saída, nas quais as alternativas são ou deixar-se matar ou sofrer uma pena rigorosa”.<sup>257</sup>

### Elucidador é o exemplo de Azuma

O marido, sabendo que sua mulher o trai, e que o amante é pessoa que anda armada, simula uma viagem, para flagrá-los. Vai até o quarto onde se encontram, com a sua arma na cintura. Ao chegar, o amante tenta sacar de sua arma, entretanto, como fora surpreendido, não tem tempo suficiente para isso, ao passo que, o marido, já prevenido, saca de sua arma vindo a matar o amante. Neste caso, houve simulação de legítima defesa, pois esta não pode ser provocada pela vontade do agente, e de qualquer forma existe o ilícito, porém, dependendo do caso concreto, pode-se ter duas vertentes: no caso de o marido ter outra alternativa, como, por exemplo, ter condições de fuga, e mesmo assim ele atira contra o amante, não existirá exculpação. Contudo, apesar da provocação da situação de legítima defesa, se o marido estivesse em um local que não lhe permitisse outra alternativa a não ser a inicialmente preparada, será excluída a culpabilidade, pois, ante as circunstâncias, não era exigível perder sua própria vida.<sup>258</sup>

<sup>256</sup> Idem, *ibidem*, p. 339.

<sup>257</sup> Idem, *ibidem*, p. 337.

<sup>258</sup> AZUMA, Felipe Cazu. *op. cit.* p. 113.

*Mutatis mutandis*, poderíamos falar em provocação de estado de necessidade, que poderia levar a uma situação de exculpação, com os mesmos fundamentos da provocação da legítima defesa.

### 5.3 Desobediência civil

Dotti define a desobediência civil como “uma forma particular de rebeldia, na medida em que é praticada com o fim imediato de mostrar publicamente uma injustiça da lei e com o fim imediato de induzir o legislador a modificá-la”.<sup>259</sup> Na verdade, a desobediência civil não se limita a tentar induzir o legislador a uma mudança, mas também os demais poderes, Executivo e Judiciário, a encarar a realidade de outra forma, chamando o Estado para mais perto do cidadão e de suas necessidades, clamando por possíveis soluções.

A desobediência civil não tem uma nítida finalidade de desestruturar ou desordenar o funcionamento do Estado, mas visa mudar o estado das coisas, para um aprimoramento do próprio Estado, com atitudes inovadoras.

Pode acontecer da desobediência civil ser um manifesto contra o próprio descumprimento da lei pelo Estado, que deixa de cumprir sua missão institucional, gerando revolta que quando caracterizadora de condutas típicas, não podem ser tachadas de reprováveis.

Poderíamos citar como exemplos de desobediência civil os bloqueios de estradas, as ocupações de prédios públicos, ocupações de terras pelo MST, rebeliões em presídios e penitenciárias reivindicando tratamento de acordo com a lei e com os direitos humanos, greves de trabalhadores, passeatas, entre outros.

Fogem da situação de exculpação, as condutas praticadas com vinculação a ações ou manifestações que empreguem violência, ou que se choquem frontalmente com a ordem pública vigente, tendo a desobediência que se manifestar de forma ordeira e pacífica.

Já vimos pessoas serem apontadas como criminosas por resistirem e se rebelarem contra uma situação vivida pela sociedade, e, após um processo de amadurecimento social, essas mesmas pessoas serem taxadas de heróis pelo seu povo e até pela comunidade mundial,

---

<sup>259</sup> DOTTI, René Ariel. op. cit. p.514.

como exemplos podemos citar: Mahatman Gandhi na Índia, Nelson Mandela na África do Sul e Martin Luther King Jr. nos Estados Unidos.<sup>260</sup>

A exculpação tem seu fundamento na existência de um injusto mínimo e na motivação pública ou coletiva da ação. Os autores de fatos adjetivados como desobediência civil possuem total dirigibilidade normativa, mas em virtude da natureza da motivação e o grau do injusto, eles não são punidos. Quebradeiras sem finalidade alguma não se enquadram no conceito de desobediência civil, e sim no de anarquia.<sup>261</sup>

Não se pode exigir que o cidadão se cale, omita-se ou se conforme diante de uma violação de seus direitos por parte do próprio ordenamento jurídico, sob pena de se mitigar a ideia de Estado Democrático. Sendo vedado à lei exigir do indivíduo, que se conforme com o *status quo* que lhe é prejudicial para garantir a manutenção da ordem social.<sup>262</sup>

Por fim, fica a observação de que a desobediência civil sendo uma reivindicação de direitos fundamentais, não seria descabido debater se a consequência jurídica da sua ocorrência, seria mesmo uma causa de exculpação, ou atipicidade ou licitude, tendo em vista que os direitos da pessoa humana e o ordenamento jurídico não podem entrar em rota de colisão.<sup>263</sup>

#### 5.4 Conflito de deveres

A doutrina, de maneira geral, aponta como exemplos de conflito de deveres, os casos desde há muito tempo referido por Welzel, quais sejam: o caso dos médicos que na Alemanha nazista evitaram a morte de muitos, optando pela morte de poucos, aqueles que tinham enfermidades graves, atestando falsamente que os demais estavam aptos para o trabalho e o caso do funcionário da ferrovia que para evitar a colisão de um trem de carga com um trem de passageiros, desvia o trem de carga para um trilho diferente, causando a morte de alguns trabalhadores. Esses casos evidenciam a escolha do mal menor, diante de um conflito de deveres.

Amorim nos dá um exemplo novo, qual seja

Exemplo mais atual seria o abate de uma aeronave de passageiros sequestrada por terroristas, que estivesse prestes a ser usada como arma para ataques terroristas.

<sup>260</sup> AZUMA, Felipe Cazuo. op. cit. p. 116.

<sup>261</sup> Idem, ibidem, p. 116-117.

<sup>262</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 152.

<sup>263</sup> AZUMA, Felipe Cazuo. op. cit. p. 117.

Derrubar o referido avião, embora implicasse na morte de muitos passageiros inocentes, evitaria uma tragédia ainda maior, que seria o choque daquele avião com locais habitados.<sup>264</sup>

O Judiciário tem aplicado a tese da inexigibilidade de conduta diversa supralegal no caso dos empresários que não recolhem as contribuições previdenciárias, por estarem passando por uma situação financeira difícil, ante a opção entre pagar os salários dos trabalhadores e recolher aos cofres públicos as contribuições devidas, o Judiciário reconhece como legítima a opção pelo pagamento dos salários, numa verdadeira situação de conflito de deveres.

Em virtude do Código Penal brasileiro ter adotado a Teoria Unitária do Estado de Necessidade, ou seja, admitindo apenas o estado de necessidade que exclui a ilicitude da conduta, quando o bem jurídico sacrificado é de valor menor do que o protegido, as situações onde o bem jurídico sacrificado é de valor igual ou maior, precisam ser consideradas causas supraleais. Esses exemplos são apontados pela doutrina como conflito de deveres, na verdade são casos de estado de necessidade exculpante.

No nosso sentir, muita cautela deve ser tomada na explicação e enquadramento das situações referidas pela doutrina como um todo, pois os exemplos do funcionário da ferrovia, dos médicos nazistas e do avião abatido (Amorim), parecem na verdade se enquadrar muito mais como excludentes de ilicitude, do que como excludentes de culpabilidade, senão vejamos: quando os médicos nazistas mataram alguns doentes mentais, livrando um número bem maior, a opção era matar todos ou matar apenas alguns, como foi feito, não parece um sacrifício de bens de maior valor, como ocorre no estado de necessidade exculpante; quando o funcionário da ferroviária opta por matar alguns poucos trabalhadores, para salvar muitos passageiros, também não parece um sacrifício de bens de maior valor; da mesma forma quando o avião é abatido para evitar um desastre de grandes proporções, não parece um sacrifício de bens de maior valor. Assim, não concordamos com os que apontam essas situações como casos de estado de necessidade exculpante, pois nos casos apontados trata-se de sacrifício do bem jurídico vida de poucos, para salvar o bem jurídico vida de muitos.

Para esclarecer o problema vejamos a definição de Amorim

O estado de necessidade exculpante ocorre quando o agente sacrifica bem de maior valor para salvar outro de menor valor, mas naquela ocasião não lhe é possível exigir outro comportamento. A sua diferença ao estado de necessidade justificante se baseia, portanto, na ponderação de bens, já que, para caracterizar-se esse último e

---

<sup>264</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 166.

o direito aprovar a conduta do agente, afastando a ilicitude, deve o bem sacrificado ser de valor menor do que o salvo com o comportamento.<sup>265</sup>

Poderíamos acrescentar que configura também estado de necessidade justificante quando o bem sacrificado é de mesmo valor do bem preservado. Um verdadeiro exemplo de estado de necessidade exculpante é o trazido por Brandão

Um guia de alpinismo deixa de salvar a vida de um grupo de dez pessoas, que estava sob a sua responsabilidade, o qual se encontra em perigo atual motivado por uma força da natureza, para salvar a vida de seu filho, que também se encontra em situação de perigo, em um local próximo ao do grupo, não é possível a existência do estado de necessidade previsto no art. 24 do Código Penal como causa de justificação. Com efeito, o bem sacrificado (vida de dez pessoas) é de maior valor que o bem jurídico preservado (vida de uma pessoa). Todavia, no caso concreto, é inexigível de um pai que deixe o seu filho perecer para salvar as vidas das outras pessoas. Por isso, reconhece-se aí uma causa suprallegal de inexigibilidade de outra conduta para excluir-se a culpabilidade do agente.<sup>266</sup>

Aí sim, estamos diante de um verdadeiro estado de necessidade exculpante. Esse é um exemplo de conflito de deveres que podem ensejar a inexigibilidade de conduta diversa, os exemplos adrede colacionados se enquadram no estado de necessidade justificante.

### 5.5 Excesso nas causas de justificação

Para Azuma “o excesso nas causas de justificação pode excluir a culpabilidade em razão do princípio da não-exigibilidade de comportamento conforme o direito”.<sup>267</sup> O Código Penal no seu artigo 23 prevê as causas de justificação, mas, no parágrafo único do mesmo artigo, prevê a responsabilização pelo excesso, quer doloso ou culposo. No entanto, se o excesso não for derivado de uma conduta dolosa ou culposa, não haverá responsabilização.

#### Lapidar é a lição de Bruno

O excesso pode resultar sem dolo nem culpa do agredido, reduzindo-se a um puro fortuito, que não afeta a legitimidade da defesa. Pode enfim, o agredido por erro inescusável quanto à força real da agressão ou à violência da repulsa, penetrar no excesso, e o resultado, então, punir-se-á como crime culposo, se a espécie admitir a forma culposa. Se o erro é escusável, não funciona a causa de exclusão do injusto, mas o agente ficará isento de pena por ausência de culpabilidade.<sup>268</sup>

Das palavras do professor pernambucano, não resta dúvida que pode acontecer excesso sem culpabilidade. Para aclarar vamos trazer o exemplo e explicação de Azuma

Quando uma senhora, sem habilidade com arma se vê sozinha em sua casa em razão da viagem do marido, e sendo na madrugada acordada com barulho de assaltante em seu quintal, e, para se defender, usa da arma de seu marido. Porém, em razão do

<sup>265</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. p. 167.

<sup>266</sup> BRANDÃO, Cláudio. op. cit. p. 232.

<sup>267</sup> AZUMA, Felipe Cazu. op. cit. p. 113.

<sup>268</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit. p. 334.

medo pela situação anormal, vem a efetuar vários disparos contra o meliante, com certeza houve o excesso pela não moderação do meio usado, contudo, este excesso é exculpável, posto ser decorrente de medo em face de uma situação anormal que reduziu a dirigibilidade normativa no ato. Contudo, se o motivo do excesso fosse a ira em ver sua residência invadida, o excesso seria punível. O fundamento da exculpação reside no fato de que o agente em estado de medo, susto ou perturbação tem reduzido seu controle, e as emoções insuscetíveis de controle fundamentam a exculpação do excesso nas excludentes de ilicitude, sejam elas legais ou supralegais.

Também aceita o excesso nas causas de justificação como situações de inexigibilidade de conduta diversa, Dotti,<sup>269</sup> desde que não provenientes de dolo ou culpa. Inclusive o Código Penal de 1969 estabelecia que o excesso não seria punível quando resultasse de escusável medo, surpresa ou perturbação do ânimo em face da situação. O Código vigente não repetiu o texto, no entanto, continua sendo aplicado pela doutrina e pela jurisprudência.

## 5.6 Inexigibilidade pura e simples

Após discorrer sobre as causas supralegais de inexigibilidade, Azuma aponta uma causa por ele intitulada de “inexigibilidade pura e simples”, que se destina aos casos que não se encaixam nas situações adrede descritas, mas que a ação dos agentes se deram em circunstâncias anormais e tiveram, em função de tais circunstâncias, seu poder de agir conforme o ordenamento jurídico excluído ou diminuído, alterando ou eliminando sua dirigibilidade normativa.<sup>270</sup>

Para Azuma, uma tese tão ampla e significativa como é a inexigibilidade não pode ficar limitada às situações classificadas doutrinariamente. Por isso, ele insiste em defender que, toda vez que o sujeito, em razão das circunstâncias anormais agir sem dirigibilidade normativa, mesmo que esta ação não esteja prevista legalmente e nem classificada doutrinariamente, haverá uma situação de inexigibilidade.<sup>271</sup>

### Azuma exemplifica

O caso do agente que deixa de prestar socorro à vítima de um acidente pelo motivo de medo de retaliação dos seus familiares ou amigos. Este é um caso não descrito nas situações anteriores. Ainda, o motorista que não respeita o sinal vermelho por medo de ser assaltado, mesmo que não houvesse naquele momento uma ameaça real (pois se houvesse, seria estado de necessidade), e vem a se chocar com um veículo que atravessa o sinal verde causando lesões ao seu motorista.<sup>272</sup>

<sup>269</sup> Dotti, René Ariel. op. cit. p. 401.

<sup>270</sup> AZUMA, Felipe Cazuo. op. cit. p. 121.

<sup>271</sup> Idem.

<sup>272</sup> Idem.

Os dois casos são para Azuma, situações de inexigibilidade de conduta diversa, a demonstrarem a insuficiência da catalogação de situações pela doutrina. Tenta Azuma criar uma situação genérica de inexigibilidade. Sobre a questão, afirma Amorim

Na realidade, embora a indicação de um novo modelo (a dita “inexigibilidade pura e simples”) venha ressaltar a insuficiência das fórmulas já antes apresentadas, registre-se que tal classificação nada mais é do que uma redução geral na qual se pretende incluir todas as hipóteses não classificadas nas causas supraleais outrora identificadas. Tal modelo, na realidade, não pode subsistir como classificação, ante a completa ausência de elementos ou requisitos que identifiquem as dirimentes nele enquadradas. Até porque, como é óbvio, todas as outras causas supraleais poderiam se enquadrar na “pura e simples” inexigibilidade, para a qual não se firmou nenhum pressuposto, a não ser o fato de, dadas as circunstâncias, não se poder exigir do autor conduta distinta no caso hipotético.<sup>273</sup>

A despeito de Azuma não ter criado efetivamente uma nova fórmula que pudesse ser aplicada quando um caso concreto não se encaixasse nas já pré-estabelecidas, pelas razões tão bem expostas por Amorim, o mérito dele é deixar a descoberto a total insuficiência das fórmulas até então conhecidas, sendo perfeitamente possível a identificação de situações não enquadradas em nenhuma das delimitações conhecidas.

#### De forma solar arremata Amorim

A elaboração de caminhos, modelos, fórmulas ou delimitações de casos supraleais de inexigibilidade de conduta diversa torna-se falível, seja porque nunca vai abranger todas as situações concretas apresentadas – dado o subjetivismo inerente à própria análise do poder de atuar de outro modo em cada situação concreta, seja porque é sempre baseada em hipóteses já julgadas, voltada à análise do passado, e passível de ser superada por novas situações, no futuro.<sup>274</sup>

### 5.7 Inexigibilidade supraleal como reação à violação de direito fundamental

Amorim, com seu brilhantismo, acresce uma situação às já conhecidas causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, qual seja, a reação a uma violação de direito fundamental, apontando ela três requisitos para sua ocorrência: a violação ou tentativa de violação a direito fundamental, anterior ao ato desconforme à norma; a dificuldade ou incapacidade do agente de se manter passivo diante da grave violação; e o ato desconforme a norma ser considerado resposta à violação do direito.

Como exemplo de sua catalogação apresenta Amorim o seguinte caso julgado pelo STF

Ao decidir o caso do cidadão que agride o oficial de justiça por não permitir que o mesmo promova a intimação de sua esposa enferma, em dia de sábado à noite, o

<sup>273</sup> AMORIM, Maria Carolina. op. cit. pp. 185 e 186.

<sup>274</sup> Idem, ibidem, p. 187.

Supremo Tribunal Federal estaria evitando o defloramento do lar como asilo inviolável. A tentativa de cumprir intimação em horário e dia inoportunos, sem a autorização do dono da casa, configuraria a violação ao direito constitucional da inviolabilidade do domicílio (primeiro requisito), não se podendo aceitar que o agente aceitasse tal violação impassível, principalmente considerando a enfermidade de sua esposa, que poderia se agravar (segundo requisito), e o repúdio à atitude do oficial de justiça, caracterizada como o crime de resistência, era consequência da anterior tentativa de violação ao lar (terceiro requisito).<sup>275</sup>

O referido oficial de justiça dispunha de uma ordem judicial que autorizava, expressamente, o cumprimento da ordem judicial até mesmo no domingo, e em horário diverso do estabelecido na lei. No entanto, o STF entendeu que houve uma ofensa a inviolabilidade noturna do domicílio, não podendo esta inviolabilidade ser excepcionada por uma ordem judicial, não se podendo exigir do cidadão outra conduta, senão a de resistência à tentativa de intimação de sua esposa. Acertou o STF, pois uma decisão judicial não pode afrontar um direito consagrado constitucionalmente.

É importante lembrarmos que a defesa de direito fundamental deve ser adequada ou proporcional à anterior agressão. Não sendo cabível no exemplo dado acima, que o dono da casa recebesse o oficial de justiça à bala, pois não era esse o único meio de se evitar a violação do direito fundamental, tampouco era proporcional ou adequado.

Amorim cita mais o seguinte exemplo de aplicação de sua ideia

Imagine que o agente se encontra em sérias condições de adversidade e preocupado com a alimentação dos filhos, que choram de fome e já não comem há alguns dias. Nessas condições, após mais um dia procurando emprego, sem sucesso, e sabendo que seus filhos esperam que ele leve para casa algum alimento, o agente furta uma bicicleta e a repassa adiante, recebendo, pela empreitada, duzentos reais. De posse do dinheiro, compra comida e retorna ao seu lar para alimentar seus filhos e esposa.<sup>276</sup>

Nesse caso, entendemos, concordando com Amorim, que se o Estado falhou na garantia de direitos fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, gerando condições de existência sociais adversas, que não acontecem esporadicamente, mas, diuturnamente, em virtude do Estado não cumprir suas missões constitucionais, o crime pode constituir-se como resposta adequada às tais situações vividas, que estaria assim, renunciando ao direito de punir.

## 5.8 Motivo

Traçaremos de forma concisa o pensamento de Yarochewsky, para quem o motivo pode excluir a culpabilidade, gerando uma situação de inexigibilidade de conduta diversa. O

---

<sup>275</sup> Idem, ibidem, p. 189.

<sup>276</sup> Idem, ibidem, pp. 190 e 191.

motivo se coloca como um importante elemento do crime, pois não existe crime sem motivo, que qualifica o crime quanto à moralidade, gerando uma maior ou menor reprovabilidade social da conduta, a depender do motivo que levou o agente a cometer o ilícito.

Yarochewsky nos dá o exemplo do filho que vendo sua mãe sofrer de uma doença incurável, sofrendo com uma dor aguda, terrível e incomensurável, que implora que seu filho lhe conceda o alívio de ver sua dor acabar, ainda que com sua morte. Será que podemos exigir do filho um comportamento de acordo com a norma?<sup>277</sup>

Creemos que não. Se a conduta do filho não é reprovável, pois agiu diante de um sentimento nobre, qual seja o de amor e compaixão, não é justo atribuir a ele uma sanção penal, principalmente quando envolve muita dor e sofrimento.

Muitas vezes o agente atua impelido por motivos que fazem com que dele não se possa exigir uma conduta diversa. Nestas situações, ao agente não resta outra alternativa, até mesmo porque os motivos e a inexigibilidade de conduta diversa devem ser analisadas caso a caso, não de forma abstrata.<sup>278</sup>

Assim, se o motivo pode agravar, qualificar, atenuar ou diminuir a pena imposta ao agente, devendo sempre ser levado em consideração, poderá o motivo determinante de um fato típico e ilícito dar causa à exclusão da culpabilidade. Nesse caso, o motivo se apresenta como mais uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa.

### 5.9 Dos três níveis de aferição do juízo de exigibilidade

Identificando a impossibilidade do legislador prever todas as situações de inexigibilidade e a vinculação da pena com a possibilidade se exigir do autor um comportamento conforme a norma, que seria a base da culpabilidade como elemento dogmático do delito, cria a professora espanhola De La Cuesta Aguado, três níveis de aferição da exigibilidade de conduta diversa. Níveis estes que podem ser enquadrados nos modelos estudados adrede.<sup>279</sup>

<sup>277</sup> YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 103.

<sup>278</sup> Idem, *ibidem*, p. 106.

<sup>279</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad: Exigibilidad y Razones para la Exculpación**. Madrid: UCA, 2003, pp. 229 - 231.

No primeiro nível de aferição da exigibilidade, elenca De La Cuesta Aguado o respeito a integridade moral. Seriam as situações em que o destinatário não reconhece a racionalidade da norma, capaz de gerar um dever de conduta, ocasionando dissensos normativos, que podem ser ideológicos ou práticos. No dissenso prático o destinatário reconhece o valor defendido pela norma, mas se vê forçado a não cumpri-la. No dissenso ideológico o destinatário não admite a norma como válida por entendê-la irracional, pela discrepância entre os valores da norma e da sua consciência. A autora chama a atenção para a existência de um número enorme de pessoas enquadradas nesta situação, no Brasil seria o caso dos indígenas.<sup>280</sup>

O segundo nível de aferição da exigibilidade estaria fulcrada na proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que garante que todas as pessoas são portadoras de um conjunto de direitos e deveres reconhecidos pelas legislações internacionais, a demarcarem o mínimo de proteção a cada indivíduo. Explicando este princípio De La Cuesta Aguado o define como “a obrigação que tem os poderes públicos e os indivíduos de respeitar o conjunto de direitos e deveres que constituem o mais favorável dos possíveis estatutos jurídicos da pessoa”<sup>281</sup>

O terceiro nível de aferição seria derivado do princípio da igualdade perante a lei, a impor uma análise para constatação da situação em que se encontrava o autor da conduta, pois pode ocorrer situações em que se possa exigir de algumas pessoas um comportamento conforme a norma e, não se possa exigir o mesmo comportamento de um cidadão determinado, sob pena de afronta ao princípio da igualdade, que tem como fundamento o tratamento igual para pessoas em situação semelhante e, tratamento diferenciado para pessoas em situações díspares.

Sendo a culpabilidade o elemento do crime no qual se valora o caso concreto e o agente individualmente considerado, assim como a medida da adequação de seu comportamento ao prescrito na norma, o aprofundamento na diferenciação das circunstâncias relevantes do caso, significará o aprofundamento do princípio da igualdade perante a lei e do sistema democrático fundado no respeito ao indivíduo.<sup>282</sup>

Como afirma De La Cuesta Aguado

al lado de razones biológicas com incidência em las posibilidades de adecuar el propio comportamiento , existen también razones de carácter social que hacen que

---

<sup>280</sup> Idem, ibidem, pp. 231-233.

<sup>281</sup> Idem, ibidem, p. 238.

<sup>282</sup> Idem, ibidem, p. 241.

todos los destinatarios de la norma jurídico-penal no se encuentren en idéntica situación frente a la norma.<sup>283</sup>

Do exposto, conclui-se que não se pode catalogar as situações de inexigibilidade de conduta diversa, face as mutações da sociedade e a total incerteza do porvir, tornando muito importante a sensibilidade dos estudiosos do Direito, sobretudo os Magistrados a quem é conferida a função de decidir conflitos, que a cada momento se apresentam com uma nova roupagem, para que se possa manter o sentimento de justiça, disseminador da paz social, com a aplicação dos princípios constitucionais, notadamente os da liberdade de consciência e de crença, da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

---

<sup>283</sup> Idem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o termo culpabilidade possa ser tomado em vários sentidos, utilizaremos neste momento como um dos elementos do conceito analítico de crime, ou seja, como um juízo de reprovação pessoal feito a um agente que cometeu uma conduta típica e ilícita, porque podendo se comportar conforme o direito, resolveu se comportar de forma contrária ao direito, em resumo, um juízo de reprovação sobre o agente livre.

Quando nos debruçamos sobre a análise da culpabilidade, é porque previamente já partimos de uma conduta típica e antijurídica, pois como nos ensinou Welzel a culpabilidade como reprovação pessoal pressupõe a antijuridicidade, que por sua vez como relação de antagonismo entre a conduta e o ordenamento jurídico pressupõe a tipicidade, relação de adequação entre a conduta e a norma incriminadora. Assim, só analisamos a culpabilidade de uma conduta antijurídica; só analisamos a antijuridicidade de uma conduta típica. Por isso, a definição de crime como uma conduta típica, antijurídica e culpável precisa ser descrita nesta ordem, para que se entenda a sua lógica.

A tipicidade dá relevância jurídica a uma conduta, dando início a sua reprovação, reprovação esta que é concluída com a antijuridicidade, assim, tanto a tipicidade como a antijuridicidade são juízos de reprovação sobre a conduta do agente, ao passo que a culpabilidade é um juízo de reprovação sobre o agente. Assim, culpável não é a conduta e sim o agente. Como não pode se dizer da conduta que ela é menor ou doente mental, tampouco quem desconhece o caráter ilícito de seu atuar ou se encontra em uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, só pode ser o agente, jamais sua conduta.

Embora parte significativa da doutrina não atribua aos romanos nenhuma parcela do desenvolvimento da culpabilidade, o que nos parece um equívoco, pois até a teoria psicológica da culpabilidade esta era o gênero dos quais eram espécies o dolo e a culpa, tendo os romanos aperfeiçoado a ideia de dolo e implementado a noção de culpa, podemos concluir que os romanos contribuíram muito para o desenvolvimento do instituto da culpabilidade.

Vimos que o instituto de culpabilidade passou por uma enorme evolução, partindo um autor do ponto de partida do anterior. No final do século XIX a culpabilidade ganha seus contornos científicos e abre caminho para a separação da antijuridicidade da culpabilidade, surgindo a teoria psicológica da culpabilidade. Para esta teoria a culpabilidade era uma relação de cunho meramente psicológico entre o autor e seu fato.

No início do século XX, a doutrina, sobretudo Frank, acresce aos elementos subjetivos do injusto o elemento normativo. Na análise da culpabilidade gravitariam outros elementos, além do dolo e da culpa, o que se chamou inicialmente de circunstâncias concomitantes, que poderiam diminuir ou excluir a culpabilidade. Mas, a maior contribuição do citado autor foi atrelar a culpabilidade, a ideia de reprovabilidade.

Em seguida, tentou-se aperfeiçoar o modelo, incorporando ao lado da norma de direito, a norma de dever, a primeira de natureza objetiva e geral, a segunda de natureza subjetiva e individual. Era da contrariedade com a norma de dever que nasceria a reprovabilidade. Esta norma de dever pode restar preservada mesmo quando a norma de direito seja violada, em virtude da existência de uma motivação anormal.

Num momento posterior, utiliza-se a expressão exigibilidade e implanta-se a ideia de poder de atuação alternativo, colocando na base do juízo de reprovação, a exigibilidade e as possibilidades alternativas de atuação. A exigibilidade tem que ser estabelecida de forma individual, segundo o caso concreto e as condições pessoais do autor. Ideia que nunca foi majoritária, mas que na prática seria de difícil aferição, produziria mais justiça.

A quem afirme que o objeto do juízo de culpabilidade é o ato, mas o ato em sua relação com o caráter do autor, como expressão de sua personalidade, colocando-a na base da reprovabilidade.

É com a teoria finalista da ação que a culpabilidade toma seus contornos atuais, embora ela não acresça nenhum novo elemento ao conceito de crime, recoloca-os. O dolo que até ali fazia parte da culpabilidade é transferido para a ação, e por conseguinte, para tipicidade, a culpabilidade passará a contar com apenas elementos normativos.

Após a disseminação da teoria finalista, cria-se a teoria da atributividade, que seria um conceito graduável, separando o descumprimento das exigências dirigidas ao homem médio, que seria o primeiro grau de atributividade, chamada responsabilidade, e o descumprimento das exigências dirigidas ao autor concreto, que seria o segundo grau de atributividade, que seria o juízo de reprovação da culpabilidade, introduzindo-se a responsabilidade pelo fato entre a antijuridicidade e a culpabilidade, como categoria autônoma.

Vieram em seguida, os funcionalistas, que viam na função da pena o fundamento da culpabilidade, entendendo que só existiria culpabilidade quando a pena fosse necessária. Não se utiliza a expressão culpabilidade, mas responsabilidade, culpável é quem podia agir conforme a lei e não o fez, enquanto responsável é o culpável a quem a imposição da pena é

funcional. A culpabilidade não é abandonada, mas deixa de ser o fundamento da pena e passa a ser apenas pressuposto dela. Outra forma, dentro da mesma teoria enxerga o delito como a quebra de uma expectativa normativa, que traria a necessidade de sua reafirmação, através da pena.

Em seguida estudamos os elementos da culpabilidade um a um. Vimos, inicialmente, a imputabilidade como capacidade de culpabilidade, o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal. A inimputabilidade se daria pela menoridade, idade inferior a 18 anos, ou pelo desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que retiram do agente a capacidade de entender o que faz e de agir conforme o entendimento.

O segundo elemento da culpabilidade seria a potencial consciência da ilicitude, tomada em função da valoração paralela na esfera do profano, ou seja, de acordo com a realidade do autor, quer seja social, cultural ou religiosa, no sentido da valoração jurídico-penal. Aqui não falamos em consciência da ilicitude, ou seja, a capacidade de entendimento do caráter ilícito de seu atuar, mas em potencial, ou seja, na possibilidade de tal entendimento.

Já, a exigibilidade de conduta diversa, terceiro e último elemento da culpabilidade, que seria a capacidade concreta do agente direcionar seu agir conforme a norma, ou seja, a possibilidade concreta de autodeterminação no sentido da norma jurídica. Esse elemento se liga a ideia de liberdade, pois se reprova aquele que podendo agir conforme a lei, livremente resolveu agir de forma contrária.

Separamos um capítulo para falar sobre a inexigibilidade de conduta diversa, por ser a questão central do nosso trabalho, mostramos que o desenvolvimento da ideia de inexigibilidade nasceu nos Tribunais e só depois foi incorporado pela doutrina.

A exigibilidade de conduta diversa seria uma face da moeda e a inexigibilidade a outra. A primeira positiva, a segunda negativa, sendo a liberdade de agir o fiel que fará com que a moeda caia para um dos dois lados.

Nunca foi fácil identificar se alguém podia ou não agir de outro modo, cerne da inexigibilidade, apresentando-se o “homem médio” como elemento facilitador. Embora seja o critério de predileção da doutrina, não nos parece o melhor, pois parte de uma abstração que pode está a quilômetros de distância da realidade, traduzindo-se numa injustiça. O primeiro defensor do critério objetivo foi Goldschmidt.

De maneira diametralmente oposta defende Freudenthal que a culpabilidade se determina de forma individual. Seria a aspiração por uma justiça mais perfeita, mais próxima

do homem e de sua realidade. O problema apontado pelos críticos é o caminho para se chegar lá.

O terceiro critério para aferição da exigibilidade foi o de Henkel, apresentando um critério misto. Num primeiro momento se faria uma análise objetiva e só aos a aferição positiva, se passará a uma análise subjetiva, seria a análise pessoal segundo a ótica do ordenamento jurídico.

Adotamos o terceiro critério, entendendo que num país de dimensão continental, como se chegar ao homem médio, entre o rico instruído e o pobre analfabeto, quais seriam seus atributos essenciais?

Passamos a enfrentar o problema da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Num esforço de não apenas fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema, mas também dar às leituras em apreço uma perspectiva crítica e contributiva.

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade já defendia a aplicação supralegal da inexigibilidade de conduta diversa para excluir a culpabilidade, pregando a via analógica para ampliação do alcance da inexigibilidade para situações não previstas em lei, que para alguns autores contemporâneos só podia se dá em casos de omissões legislativas.

Um dos argumentos contra a aplicação supralegal da inexigibilidade, defendendo que a culpabilidade é um conceito especial e cerrado, a não admitir interpretações extensivas, muito menos causa supralegalis de sua exclusão.

Welzel aceita a existência de causas supralegalis, no entanto, em casos extremamente especiais, elencando como pressupostos: ser a ação do autor o único meio de impedir um mal maior, sendo eleito o mal menor e ter o autor subjetivamente a finalidade de salvaguardar direitos de suma importância para a sociedade.

Henkel traz uma nova ideia sobre a não exigibilidade, colocando-a não mais como causa de exclusão da culpabilidade, mas como princípio regulativo, que não traria um conteúdo valorativo, mas orientador do magistrado, possibilitando sua aplicação no campo da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Na tipicidade e na antijuridicidade de forma objetiva e na culpabilidade de forma subjetiva.

Alguns autores, bem verdade que são uma minoria, só para exemplificar, Antolisei, são contra a aplicação da inexigibilidade como causa supralegal, afirmando que a esta ideia

falta clareza e concretude, por não conseguir determinar e identificar quais as circunstâncias tornariam inexigível a atuação segundo o direito.

No Brasil, o primeiro a admitir a aplicação supralegal da inexigibilidade de conduta diversa foi o autor da reforma do Código penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, par quem a inexigibilidade é um verdadeiro princípio do Direito Penal, a não depender de previsão legal.

Uma posição efetivamente contra é de Hungria, para quem a adoção de causas supraleais gerariam uma insegurança jurídica e impunidade pelo abandono de critérios objetivos na apreciação.

Nossa opinião é a de que a inexigibilidade de conduta diversa deve ser tomada como princípio geral do direito a não precisar de norma expressa, presente em todo ordenamento jurídico, para que se possa fazer justiça, trazendo o Judiciário para mais perto do cidadão. No entanto, a aplicação desta causa supralegal não pode ser ao alvedrio do julgador, mas, com base em princípios que lhe são superiores, por estarem consagrados na Lei Mãe, quer expressamente, quer implicitamente, como por exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, o da liberdade de consciência e de crença e o da igualdade.

No penúltimo capítulo abordamos as causas legais de inexigibilidade de conduta diversa, quais sejam: a coação irresistível e a obediência hierárquica. A coação a que se refere a lei é a coação moral, pois a coação física, retira a própria conduta do agente, fazendo com que só responda o coator. Na coação moral irresistível o agente atua com vontade, mas sua vontade é viciada, não sendo livremente formada. A questão de ser a coação resistível ou não, deve ser analisada em um caso concreto.

A obediência hierárquica que para maioria da doutrina se limita as relações de direito público, no nosso sentir não apresenta tal limitação, notadamente porque os particulares não estão protegidos pelas normas que impedem a demissão imotivada, sofrendo eles uma pressão muito maior do que os servidores públicos dotados de estabilidade e um verdadeiro arsenal de normas protetoras.

No derradeiro capítulo, abordamos os casos de inexigibilidade catalogados pelos mais diversos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema. A primeira situação é a do fato de consciência, traduzido pela experiência existencial de um sentimento interior e particular, que impede a valoração conforme os ditames legais, fazendo com que o indivíduo visualize a

norma jurídica numa relação de inferioridade em relação às normas dos outros sistemas de controle de expectativas.

A provocação de situação de legítima defesa ocorre quando o agente faz com que o agressor atue contra si, para possibilitar sua legítima defesa, que na verdade é apenas uma aparência, não excluindo a ilicitude, mas podendo excluir a culpabilidade quando não for possível ao agente agir de outro modo, após a criação daquela situação.

A desobediência civil, outra causa de inexigibilidade apontada pela doutrina é uma forma particular de rebeldia, como tentativa de mostrar um inconformismo com a situação vigente, não tem como objetivo desestruturar o estado, mas mudar o estado das coisas.

O conflito de deveres, para alguns, estado de necessidade exculpante, ocorre quando para salvar um bem de menor valor, sacrificamos um bem de maior valor. Se a situação fosse inversa, estaríamos diante de uma causa legal de exclusão da antijuridicidade. Questão importante é saber se quando os bens forem de mesmo valor, estamos diante de um estado de necessidade exculpante ou justificante, no nosso entendimento, seria um caso de estado de necessidade justificante, reservando a exculpação, quando o bem sacrificado for de valor maior que o bem protegido.

O excesso nas causas de justificação, ocorre quando o excesso não for doloso ou culposo, produzido por um fortuito ou por um erro escusável na força aplicada para se defender, por exemplo. A inexigibilidade pura e simples que seriam as situações não enquadradas nas situações adrede descritas, mas que em virtude de um estado anormal das coisas, o agente perde o poder de agir conforme o direito.

Outra situação, chamada de inexigibilidade supralegal como reação à violação de direito fundamental, que ocorreria quando houvesse uma violação ou uma tentativa de violação a um direito fundamental e em seguida em função dessa violação o agente não pudesse se manter passivo ante tal situação.

A motivação poderia também excluir a culpabilidade, gerando uma inexigibilidade de conduta diversa, como nos exemplos de sentimentos nobres, como no caso da eutanásia.

Assim, vimos que admitir a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade já é ponto quase pacífico na doutrina, o que defendemos nesse trabalho é a insuficiência de qualquer tentativa de elencar os possíveis casos, como também sua aceitação como verdadeiro princípio do direito, a nortear os julgamentos e sendo elemento

a produzir a justiça do caso concreto, com fundamento nos princípios constitucionais adrede elencados.

A evolução da sociedade e as mutações das relações jurídicas impedem que se possa traçar aprioristicamente em que situações não se pode emitir um juízo de reprovação sobre o agente, pois sem este juízo, não existe culpabilidade.

Ao encontrarmos casos que não se encaixam nos modelos traçados pela doutrina, criou-se um modelo genérico (Azuma), a inexigibilidade pura e simples, que por não conter contornos bem definidos, não contribuíram em nada para uma delimitação das causas supraleais.

Numa tentativa de equacionar o problema da catalogação dos casos de inexigibilidade de conduta diversa, Amorim, nos forneceu a inexigibilidade supraleal como reação à violação de direito fundamental, que a despeito de funcionar para alguns casos, não esgota o arsenal de situações possíveis visualizadas agora, e, as futuramente encontradas. Assim o é, que a própria autora admite que seu novo modelo de exculpação não esgota as situações passíveis de enquadramento da inexigibilidade.

Cabe ao Magistrado, com sua experiência, imparcialidade e sensibilidade, procurar dentro ou fora da lei, sem nenhum prejuízo para segurança jurídica, a fundamentação jurídica que mais promova no caso concreto a justiça, tão almejada por todos, independente também de catalogação doutrinária dos casos de inexigibilidade supraleal. Esta fundamentação legal será extraída dos Princípios Constitucionais.

Se o legislador não pode prever as situações que irão ocorrer, também os doutrinadores não o podem, notadamente quando percebemos que os modelos criados pela doutrina são extraídos de decisões judiciais, que por sua natureza, decidem casos que ocorrerão no passado. Na verdade, desde Frank, que criou a ideia de circunstâncias concomitantes do julgamento do caso do cavalo que não obedece às rédeas, que se verifica um atraso da doutrina em relação à realidade vigente.

Adotamos aqui uma posição semelhante à da professora da Universidade de Cádiz, De La Cuesta Aguado, para quem partindo da premissa de que o legislador não poderia antever todos os possíveis casos de inexigibilidade, que quando presentes, tornam arbitrária a imposição de uma pena ao autor da conduta, cria três níveis de identificação da exigibilidade (juízo de exigibilidade) do agente se comportar conforme a norma.

No primeiro nível do juízo de exigibilidade se daria no não reconhecimento pelo autor da racionalidade da norma, gerador de um dever de conduta, chamado dissenso normativo. Tem como base o respeito à diversidade humana, que ganha relevo quando temos um país onde vive pessoas de consciência e crenças tão díspares como o nosso, inclusive liberdades garantidas constitucionalmente.

O segundo nível do juízo de exigibilidade encontra lastro no respeito a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, previsto como Fundamento da República Federativa do Brasil. Princípio este que garante ao cidadão um conjunto de direitos e deveres internacionalmente reconhecidos, a serem respeitados quer pelos demais cidadãos, quer pelos poderes públicos. Não sendo possível a imposição de uma pena para quem agiu após uma violação de tal princípio, impondo um sacrifício intolerável, posição semelhante a adotada por Amorim, para quem não apenas as ofensas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana permitem a exculpação, mas, todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados merecem a tutela do direito penal no sentido de não permitir a punição daquele que, reagindo à violação de direito constitucional seu ou de outrem, acabe por cometer uma conduta típica e antijurídica.

O terceiro nível do juízo de exigibilidade está fulcrado no princípio constitucional da igualdade, a reivindicar tratamento desigual para pessoas que se encontrem em situações desiguais. Na culpabilidade a valoração deve incidir sobre um agente determinado, em um dado caso concreto, a implicar num aprofundamento do princípio da igualdade perante a lei e do sistema democrático que respeita o indivíduo como ele é, com todas as suas particularidades, inclusive de índole social.

A nortear a aplicação dos três níveis do juízo de exigibilidade, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, garantidores de uma decisão minimamente coerente.

Para concluirmos nosso trabalho lembramos que o método de aplicação do direito penal encontra na lei seu limite negativo, não permitindo a punição fora dos parâmetros legais, mas, no caso concreto, seu limite positivo, possibilitando uma argumentação racional para o afastamento da lei através da fundamentação constitucional, sempre em favor do réu, jamais ampliando a incidência de normas incriminadoras, sendo a inexigibilidade de conduta diversa verdadeiro princípio do direito.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para a teoria de uma dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGOSTINHO, Santo. **As Confissões**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A inexigibilidade de conduta diversa: os fundamentos para a aplicação das causas supralegais no Direito Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manual di Diritto Penale**: Parte Generale. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1957.
- AQUINO, Tomas. **Suma Teológica**. v. 2. São Paulo: Loyola, 2006.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. T. V. Buenos Aires: Losada, 1956.
- AZUMA, Felipe Cazu. **Inexigibilidade de conduta conforme a norma**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Crime e exclusão de criminalidade**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, v. I.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. T. II. São Paulo: Record, 1991
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BINDING, KARL. **La culpabilidad em derecho penal**. Buenos Aires: B de F, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade no moderno direito penal. **Revista de informação legislativa**. Brasília. Ano 34. N. 136. Out/dez. 1997.
- \_\_\_\_\_. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Edições Almedina. 2012.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. **Direito internacional penal: a (re)definição do conceito de culpabilidade: análise da obediência hierárquica no direito internacional e no ordenamento jurídico-penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2012.

CHAVES DE CAMARGO, Antônio Luís. **Culpabilidade e reprovação penal.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral.** 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad: exigibilidad y razones para la Exculpación.** Madrid: Uca, 2003.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal: Parte Geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

FERNENDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad** ( a propósito de la obra de Freudenthal). In: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal.** Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral.** Rio de Janeiro, 1992.

FRANK, Reinhart. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad.** 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche em el derecho penal.** Buenos Aires: Editora B de F, 2003.

GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à filosofia de São Tomas de Aquino.** V. 1. São Paulo: Paulus, 2013.

GOLDISCHMIIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad.** 2ª Edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

GONZÁLEZ, Justo L. **História ilustrada do cristianismo: a era dos gigantes.** São Paulo: Vida Nova, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** 15 ed. Rio de Janeiro: 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1958, V. I, T. II.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESUS, Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**: La culpabilidad y su exclusión. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. T. II. 2ª edição. Madri: Editora Réus S.A., 1927.

LUNA. Everardo da Cunha. **Capítulos de direito penal**: parte geral: com observações à nova parte geral do código penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Penal**. V. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. T. II. Barcelona: Edições Ariel. 1962.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**: T. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte General. 7ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **A coação irresistível no direito penal brasileiro**. Belo Horizonte: Lemi, 1973.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, T. I. Madrid: Editotial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Política criminal y erestructura del delito**. Barcelona: PPU, 1992

SAINZ CANTERO, José Antônio. **La Exigibilidad de Conduta Adequada a la Norma em Derecho Penal**. Granada: Universidad de Granada, 1965.

SCARANO, Luigi. **La non Esegibilità nel Diritto Penale**. Napoli: Casa Editrice Libreria Humus, 1948.

SILVEIRA, José Francisco Oliosí. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: ELsevier. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Buenos Aires: Editar, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 11ª edição. Santiago: Editorial jurídica del Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: B de F. 2002.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARON, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.