

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Esborço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica
dos Valores Envolvidos.**

Paulo Roberto Neves Augusto da Silva

HEITOR COSTA JUNIOR

**RIO DE JANEIRO
2005**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica
dos Valores Envolvidos.**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito, área de
concentração em Direito Penal e
Criminologia, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em
Direito, sob a orientação do Professor
Heitor Costa Junior

**RIO DE JANEIRO
2005**

FICHA CATALOGRÁFICA

Silva, Paulo Roberto Neves Augusto

Inexigibilidade De Conduta Diversa: Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica dos Valores Envolvidos / Paulo Roberto neves Augusto da Silva. – Rio de Janeiro: UCAM / Faculdade de Direito, 2006.

ix, 192f. ; 31 cm.

Orientador: Heitor Costa Junior

Dissertação (mestrado) – UCAM / Faculdade de Direito / Direito Penal e Criminologia, 2006.

Referências bibliográficas: f. 203-209

1. Culpabilidade. 2. Inexigibilidade. 3. Localização Sistemática e Natureza Jurídica 4. Causas Legais de exculpação. 5. Causas Supralegais de exculpação. Dissertação I – COSTA JR, Heitor. II – Universidade Candido Mendes, Faculdade de Direito, Direito penal e Criminologia. III – Título.

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA
Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e a Polêmica
dos Valores Envolvidos.**

PAULO ROBERTO NEVES AUGUSTO DA SILVA

Dissertação apresentada ao Programa
de Mestrado em Direito, submetida à
aprovação da Banca Examinadora
composta pelos seguintes membros

DATA DA APROVAÇÃO

23 de Fevereiro de 2006

BANCA EXAMINADORA

NOME: JUAREZ TAVAREZ

TITULAÇÃO: _____

ASS: _____

NOME: HEITOR COSTA JUNIOR

TITULAÇÃO: _____

ASS: _____

NOME: ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

TITULAÇÃO: _____

ASS: _____

**RIO DE JANEIRO
2005**

Ao professor Heitor Costa Junior, pela orientação segura e presença sempre marcante, o qual, por meio de sua inteligência ímpar, autonomia moral e imparcialidade acadêmica, propiciou-me um caminhar sereno pelos caminhos que levam a uma autêntica investigação científica.

A minha mulher Maria e meus filhos Pedro e Felipe, razões maiores de ser da minha vida, pela compreensão, paciência e apoio, nas infindáveis horas de ausência, dedicadas ao estudo e meditação.

A Deus por permitir-me ser o que hoje sou.

RESUMO

A presente postura temática opera uma análise dogmática da inexigibilidade de conduta diversa, identificando, conceituando e diferenciando as concepções majoritariamente reconhecidas pela Doutrina Penal, onde realiza uma abordagem e abrangência das transformações e insuficiências das teorias desenvolvidas para o tema, em relação à culpabilidade e toda a estrutura do crime. Em um segundo momento a pesquisa se concentra na definição da natureza jurídica e localização sistemática da inexigibilidade de conduta diversa, definindo os critérios de determinação daquilo que deve ser exigível ou mesmo inexigível ao indivíduo, sopesando o dever agir de outra forma, ao poder agir de outra forma, ressaltando suas apórias, o posicionamento da doutrina dominante, bem como as manifestações do princípio da inexigibilidade na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Por meio do método da investigação descritiva, recorrendo-se a vasta pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, esta postura temática, com supedâneo na posição de reconhecidos autores da filosofia e do direito penal, explicita seus conceitos, elegendo para o tema suas inovações e destacando suas deficiências, enfrentando destarte, os principais problemas acerca da inexigibilidade de conduta diversa, sejam de cunho normativo e valorativo, sejam de negação da inexigibilidade em proveito da teoria dos fins das penas, carreados estes, pelas tendências teleológicas do direito penal desde o passado e que se projetam até a presente data. Assim é que, partindo das concepções para a inexigibilidade, suas transformações e suas tendências, identifica este estudo, a origem do conceito, sua influência na estrutura da culpabilidade e no direito penal, bem como as conseqüências da admissão dessas concepções no seio da estrutura do crime em cada um de seus contextos, prolongando-se até os dias atuais, destacando sua nodal influência em todo o ordenamento jurídico penal, não se restringindo tão somente a classificação como elemento componente da culpabilidade.

SUMÁRIO

	PÁG
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – TRANSFORMAÇÕES DOGMÁTICAS DA CULPABILIDADE.....	14
1.1 Breve Contextualização Temporal das Teorias da Culpabilidade	14
1.2 A Culpabilidade nas Escolas Penais	18
1.3 Teoria Psicológica da Culpabilidade	23
1.3.1 Conceituação do Psicologismo	27
1.3.2 A Estrutura da Culpabilidade no Conceito Psicológico	29
1.3.3 As Insuficiências do Conceito Psicológico.....	30
1.4 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade	32
1.4.1 A Estrutura da Culpabilidade no Conceito Psicológico-Normativo ...	38
1.4.2 A Questão da Culpabilidade pela Conduta de Vida em Mezger.....	39
1.4.3 Insuficiências do Conceito Psicológico-Normativo	41
1.5 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade (Finalista)	43
1.5.1 A Culpabilidade Como Reprovabilidade da Resolução de Vontade ..	45
1.5.2 Estrutura da Culpabilidade Normativa Pura	47
1.5.3 Insuficiências do Conceito Normativo Puro de Culpabilidade.....	48
1.6 O Modelo Funcionalista e a Culpabilidade	50
1.6.1 A Questão da Responsabilidade no Conceito Funcionalista da Culpabilidade	55
1.6.2 Insuficiências do Modelo Funcionalista da Culpabilidade	56
CAPÍTULO 2 - SOBRE OS INSTITUTOS HISTÓRICO - DOGMÁTICOS DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	59
2.1 A Concepção Normativa em Frank	68
2.2 A Concepção normativa de Berthold Freudenthal	74
2.3 O Instituto da Inexigibilidade em James Goldschmidt	82

CAPÍTULO 3 – LOCALIZAÇÃO SISTEMÁTICA E NATUREZA JURÍDICA.....	87
3.1 Critérios para a Determinação da Exigibilidade de uma Conduta Conforme a Norma	95
3.2 Localização Sistemática	104
3.2.1 A Inexigibilidade de Conduta Diversa Como Princípio Regulativo	106
3.2.2 A Inexigibilidade de Conduta Diversa Como Princípio Geral	110
3.2.3 Manifestações do princípio da Inexigibilidade de Outra Conduta na Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade	113
3.3 A Teoria Diferenciadora e a Inexigibilidade de Conduta Diversa	116
3.4 A Inexigibilidade Como Fundamento das Causas Legais de Exclusão da Culpabilidade	119
3.5 A Inexigibilidade Como Causa Geral Supralegal de Exclusão da Culpabilidade	120
3.6 A Inexigibilidade de Conduta Diversa no Direito Penal Brasileiro	123
CAPÍTULO 4 - A EXCULPAÇÃO LEGAL FUNDAMENTADA NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	132
4.1 O Estado de Necessidade Exculpante	134
4.1.1 A Exculpação Sob o Estado de Necessidade	140
4.2 A Coação Moral Irresistível	146
4.2.1 O Conceito de Coação Moral	150
4.2.2 Os Valores que Envolvem a Atuação do Coato	153
4.2.3 A Coletividade Como Sujeito Passivo e Como Coatora	155
4.2.4 Admissibilidade do Coator Como Vítima e Como Objeto de Ameaça	157
4.2.5 A Coação Moral Irresistível nos Delitos Culposos	158
4.3 A Obediência Hierárquica	159
4.3.1 A Relevância da Obediência Hierárquica para o Direito Penal	160
4.3.2 Requisitos que Identificam a Obediência Hierárquica	161
4.3.3 A Valoração da Ordem Recebida Pelo Inferior Hierárquico	162
4.3.4 A Obediência Hierárquica no Código Penal	163
4.3.5 As Limitações ao Dever de Obediência	164
4.3.6 A Valoração Realizada Pelo Juiz Quanto a Ordem Cumprida Pelo Inferior Hierárquico	165

4.3.7 A Exculpação Pela Obediência Hierárquica no Seio Militar	166
4.4 A Exculpação no Favorecimento Pessoal do § 2º do Art. 348.....	170
CAPITULO 5 – A EXCULPAÇÃO NÃO PREVISTA NO TEXTO PENAL, FUNDAMENTADA NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	175
5.1 Os Excessos Exculpantes	178
5.1.1 Excessos Exculpantes na Legítima Defesa	180
5.2 Os Motivos	188
5.2.1 Uma Aproximação Psicológica à Questão dos Motivos	190
5.2.2 Os Motivos Sob um Prisma de Uma Valoração no Direito Penal	192
CONCLUSÃO.....	198
BIBLIOGRAFIA.....	203

INTRODUÇÃO

Discorrer sobre a inexigibilidade de conduta diversa, representa uma das tarefas mais árduas daquele que se propõe a investigar cientificamente, o instituto que, conferindo valor à culpabilidade, passou a influenciar toda a Teoria do Delito. Isso por que exige um esforço de pesquisa histórica, capaz de identificar seu surgimento, seus aperfeiçoamentos, suas funções desempenhadas na culpabilidade e ainda seu papel de interferência em todo o direito penal.

Tal pesquisa, depara-se com uma dificuldade adicional, quando os aspectos acima, se acham matizados ainda por uma miríade de posturas que cercam o tema, sem no entanto, demonstrarem-se essas, conclusivas ou mesmo isentas de influências ideológicas e pessoais.

A estreita correspondência, estabelecida pela inexigibilidade de conduta diversa, e a filosofia dos valores, às questões que envolvem o **ser**, **dever ser** e a **liberdade**, ao mesmo tempo em que, recrudescem a complexidade da questão, também apaixonam a todos aqueles que se lançam em busca de um sentido maior, de um significado para além daqueles expostos pragmaticamente pela política criminal, às exigências ou não exigências que se fazem sobre o **ser**. Unem-se a todas as dificuldades acima elencadas, ainda àquelas relacionadas à obtenção de fontes primárias, as quais em quase toda sua maioria encontram-se em língua alemã, supridas em parte por primorosas traduções para o espanhol e ainda algumas poucas iniciativas de traduções para o português.

Destarte a presente postura temática tem por escopo a análise crítica dos desenvolvimentos doutrinários acerca do conceito e natureza da inexigibilidade de conduta diversa, onde, por meio da dogmática jurídica, procuraremos, re-estudando parte, das vastíssimas literaturas, nacional e internacional que tratam do tema, identificar que papel está hoje reservado ao instituto da inexigibilidade, não prescindindo para tal, da reapresentação das posturas defendidas por autores nacionais, internacionais, bem como a prática dos tribunais.

O problema a ser enfrentado pela análise do instituto da inexigibilidade, diz respeito às inúmeras transformações a que, foi e vem sendo submetido este conceito, tornando-o sujeito à diversas concepções, quanto a sua localização sistemática, abrangência e alcance no seio do direito penal.

Portanto como supedâneo a tal análise, faz-se mister lançarmos olhos sobre os contextos temporais nos quais se desenvolveram as teorias da culpabilidade, visto que, reconhecidamente representaram o berço da admissão da inexigibilidade na Teoria do Delito, onde o estudo do crime sob diversos ângulos, seja sob um mote filosófico, científico ou sociológico, necessariamente precisam ser observados, a fim de propiciar uma instrução básica à investigação acerca da inexigibilidade.

Perscrutando acerca do papel a ser desempenhado pela inexigibilidade, urge apresentar as teorias que envolveram o aperfeiçoamento do conceito de culpabilidade, onde a teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa pura, elegem-se como as principais concepções a serem obrigatoriamente abordadas, a fim de identificar o nascedouro da admissão do instituto da inexigibilidade, não deixando no entanto, de discorrer sobre o papel da culpabilidade, ainda sob a abordagem funcionalista, visto que, vem ganhando espaço na atualidade, por meio de ferrenhos defensores não só alemães, como também no Brasil.

Na abordagem proposta por esta postura temática, serão ainda analisados os institutos histórico-dogmáticos da inexigibilidade de conduta diversa, desenvolvidos por Reinhard Frank, Berthold Freudenthal e James Goldschmidt, tendo em vista que nas pesquisas realizadas elegeram-se estes autores dentre outros como legítimos autores que, primariamente e com exclusividade, trataram da questão da inexigibilidade de conduta diversa, a partir da prática dos tribunais.

Na análise do conceito material, natureza jurídica e localização sistemática da inexigibilidade de conduta diversa, foram eleitas como principais hipóteses as de que a inexigibilidade pode ser considerada exclusivamente como um elemento da culpabilidade, um princípio regulativo do direito penal, um princípio geral fundamentando as causas legais e supralegais de

exculpação e ainda como um princípio atuante sobre a tipicidade, antijuridicidade e na culpabilidade.

Muito embora tenhamos em alguns autores, a sustentação de que a polêmica que cerca a inexigibilidade, trata-se de uma discussão acerca do conceito material de culpabilidade, em verdade, o que se perscrutará é se, o reconhecimento e aperfeiçoamento do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, exacerbou, no seio não só da culpabilidade, como de todo o direito penal a polêmica sobre o ser em face ao dever ser, do determinismo em face ao indeterminismo e dos juízos de valor em face aos juízos de fato. Para tal análise será ainda considerado o importante papel desempenhado pelos estudos sobre o estado de necessidade e a legítima defesa, perscrutando-se sobre o seu papel no aperfeiçoamento do conceito da inexigibilidade, quando submetidas estas situações excepcionais do autor de um fato típico, à prática dos tribunais.

Assim é que, mediante um método que adota a pesquisa das concepções que encetaram o tratamento e aperfeiçoamento da inexigibilidade de conduta diversa, sob uma investigação descritiva, procuraremos identificar o papel que hoje está reservado no direito penal à este instituto.

Foram ainda sopesadas no método empregado, as influências da filosofia dos valores e ainda do contexto temporal em que foram produzidas essas concepções, elegendo-se assim, como mais uma hipótese, a da influência da filosofia dos valores sobre as transformações conceituais da inexigibilidade, que consideraram desde sua localização sistemática como elemento da culpabilidade, até seu reconhecimento para além deste elemento do crime, elevando-se a categoria de Princípio.

Assim a axiologia historicamente considerada, será analisada do ponto de vista dos valores que se atribuem, a tudo que corresponda às ações dos homens, perante outros homens, ou ainda, tratando-se de perscrutar o que deve ser valorado e por conta dessa valoração, indagar se há uma hierarquização desses valores e dessarte, se há um claro posicionamento do direito penal quanto ao que será exigível ou não, mediante um confronto dos sistemas de valores.

A relevância conferida ao estudo acerca da inexigibilidade de conduta diversa deve-se, *prima facie*, pela permeabilidade que o seu conceito encontra, na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; pela influência que tem desempenhado nas teorias desenvolvidas ao longo de séculos acerca da culpabilidade e pelas controvérsias a que tem submetido a definição daquilo que deve ser, ou não ser exigido pelo Direito ao autor de um injusto penal.

Na identificação da relevância do tema, inserimos ainda a factível possibilidade de contribuição desse instituto no aperfeiçoamento do conceito da culpabilidade, à medida que trás à tona a análise de questões como a liberdade e valores, que são inseparáveis da abordagem acerca da reprovação que recai sobre o autor de um injusto penal.

Para a análise dessas hipóteses, sob o método adotado, compilaremos as principais escolas penais e suas características, identificando os traços que propiciaram e influenciaram o surgimento do conceito da inexigibilidade, relacionando-os aos seus principais representantes.

Em seguimento a apresentação e análise dos espectros histórico-dogmáticos da inexigibilidade de conduta diversa, conduziremos a investigação no sentido de relacionar, distinguir, decompor, discriminar e identificar que elementos influenciaram a constituição do que hoje compreendemos como conceito e natureza da inexigibilidade, considerando para tal, todas as influências que atuaram em suas transformações, bem como as imperfeições que, aderindo aos seus aperfeiçoamentos, transmitem até os dias atuais as apórias que persistem acerca do tema da inexigibilidade de conduta diversa.

Nos capítulos 4 e 5, a presente postura temática, descreverá a luz da doutrina dominante, que posiciona a exigibilidade de conduta conforme a norma, no interior da culpabilidade, as causas legais e supralegais de exculpação, procedendo então, a análise das questões controvertidas que envolvem, a obediência hierárquica, a coação moral, o favorecimento pessoal o estado de necessidade exculpante, os excessos exculpantes e os motivos que agem sobre a exculpação, relacionando-os quanto a influência operada pela inexigibilidade de conduta diversa, já esta, eleita para esses capítulos sob o ângulo de sua atuação como verdadeiro princípio geral.

Assim é que, debruçando-nos ante as questões que envolvem a inexigibilidade de conduta diversa, procuraremos, senão respostas às diversas insuficiências e necessidades que tal instituto demanda, ao menos a clara identificação destas, visto que, a superação de seus problemas ou o reconhecimento destes, ensejará mais que um aperfeiçoamento da culpabilidade ou transformação do direito penal, propiciando sim, mercê da interoperabilidade que estabelece com a filosofia, sociologia e antropologia, o alcance do equilíbrio do atual sistema penal em crise.

CAPÍTULO 1 – TRANSFORMAÇÕES DOGMÁTICAS DA CULPABILIDADE

1.1 Breve Contextualização Temporal das Teorias da Culpabilidade

A impossibilidade do direito penal de desvincular-se da história é algo patente. As transformações, permanências e inovações de uma época sempre estarão presentes em seus conceitos e idéias. A recepção de concepções na tentativa de, aperfeiçoar a dogmática penal, a forma de atuar do direito, bem como atender às necessidades da política criminal, também representam aspectos indelévels das teorias que se apresentam como uma solução definitiva e abrangente, mas que em verdade, carregam acertos e desacertos de suas épocas para o interior das doutrinas dominantes.

Mas destacamos aqui, um aspecto que deve ser observado como nodal a esta postura temática. Diz respeito ao papel a ser desempenhado pelos valores, no aperfeiçoamento não só da culpabilidade, mas também de um de seus elementos em especial, a exigibilidade de conduta diversa, que em face à permeabilidade de seu juízo negativo, faz surgir deste último, a inexigibilidade de conduta diversa. Sua admissibilidade, portanto, como verdadeiro princípio, constitui uma das problematizações a que remete os valores e portanto, torna-se objeto necessário de análise.

A axiologia aplicada ao Direito, sem podermos aqui contar com o espaço necessário para sua plena demonstração, desempenhou um papel fundamental no aperfeiçoamento da culpabilidade, procurando transpor a querela infundável entre jus naturalismo e positivismo, correntes estas, que decerto, aperfeiçoaram concepções e o ordenamento jurídico, mas, não trouxeram resultados práticos aos problemas enfrentados pelo conceito da culpabilidade.

Desvela-se então, por meio da axiologia, em um primeiro momento, que na culpabilidade não há como prescindir-se do papel valorativo, quando se trata de exigir ou não exigir determinada conduta. Assim o entendimento da

bipolaridade de que a todo valor sempre corresponderá um desvalor é parte integrante do conceito de culpabilidade. Há de se considerar portanto os valores como objetivos, mas vinculados àquilo que de real há, a uma realidade humana.

Neste sentido é que, o Direito enquanto obra humana não prescinde da valoração¹. O Direito é uma manifestação cultural e destarte, vinculado aos valores. Assim é também a culpabilidade e por conseguinte os elementos que venham a se relacionar a esta.

Neste capítulo, procuraremos apresentar as concepções da culpabilidade, que influenciadas pelos valores, ensejaram o surgimento e transformações dogmáticas do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, onde **ser** e **dever ser**, atuando sobre o conceito de reprovação do ato praticado, desaguaram na criação de um conceito integrante da culpabilidade, que trata da exigência de adequação às normas, trazendo consigo o seu reverso, a inexigibilidade de conduta diversa.

Imprescindível portanto se torna a contextualização da culpabilidade como supedâneo ao encetamento desta exposição temática.

Conceitos como de ser, dever ser, juízos de fato, juízos de valor e bem jurídico, são considerados em todos os momentos transformadores da culpabilidade e terão importância fundamental na definição de uma exigibilidade ou inexigibilidade no próprio seio dessas concepções.

Ao longo das transformações do conceito de culpabilidade, conforme verificaremos, há um movimento no sentido de que sejam reconhecidos os valores, em detrimento do ser, onde procurar estabelecer um dever ser a partir de considerações sobre o ser nunca demonstrou-se coerente, mormente por tratarem-se de sistemas independentes, onde tentar explicar o caminho que vai do ser ao dever ser por elementos axiológicos era impraticável e mesmo inexplicável.

Há de considerar-se destarte, a autonomia que deve ser alcançada pelos valores como única forma de tornar palpável a culpabilidade, o exigível e destarte o entendimento daquilo que é inexigível de um ser humano.

¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11.

Inegável portanto o reconhecimento de que “muitas vezes se verão as paixões de um século servir de base à moral dos séculos seguintes, e formar toda a política dos que presidem as leis”.²

Assim é que, no contexto histórico da culpabilidade, as ciências jurídicas tornam-se extremamente permeáveis e no direito penal não poderia ser diferente, por tudo que representa o conteúdo das concepções dominantes de uma época.³

Negar portanto, a subordinação de um conceito a uma época e seus valores, guarda estreita correspondência a ver o Direito, mais não enxergá-lo, tratá-lo com olhos contemporâneos, e dessarte não compreendê-lo. A condução da dogmática jurídica jamais deve prescindir de situar-se em um contexto temporal.

Esta breve reconstrução histórica dos momentos que antecedem a admissão da culpabilidade como conceito, seu encetamento no direito penal, reconhecida esta, como elemento do crime, e ainda as transformações conceituais posteriores a que foi submetida, tem o precípuo objetivo de perscrutar o ambiente no qual se forjou a exigência de um atuar conforme a norma, que propiciará a análise do papel da inexigibilidade de conduta diversa no direito penal.

A partir da análise dessas concepções, caracterizar-se-á o cerne desta postura temática, onde partindo de um núcleo, que considera a exigibilidade de conduta diversa um elemento normativo da culpabilidade, passa a eleger o direito penal, uma inexigibilidade de conduta diversa como um princípio do direito penal, pautado em previsões legais e mesmo na infinidade de possibilidades de exculpação à que o princípio remete, mesmo não estando previstas no ordenamento penal, mas não estranhas ao direito.

Discorrendo acerca do princípio da culpabilidade, Nilo Batista narra o contexto histórico, no qual a responsabilidade penal encontrava-se associada tão somente ao fato objetivo, caracterizando-se assim em uma

² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 3 ed. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Atena 1949, p,130.

³ BETTIOL, Giuseppe, **Direito Penal**, Parte Geral Tomo I. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1970. p.45.

responsabilidade difusa e objetiva, que tinha como corolário a possibilidade de se atribuir como pena ao autor de um fato danoso a terceiros, o correspondente dano provocado, independente de qualquer juízo de valor, como se observava na legislação da Babilônia, materializada no código de Hamurabi⁴

No que concerne portanto à composição da culpabilidade, seu surgimento guarda estreita relação com a superação da fase objetiva em suas origens⁵, onde a exigibilidade de um comportamento conforme o direito sequer estava presente como seu componente, o que somente acontece, a partir da teoria psicológico-normativa.

Porém quando lançados olhos a partir das raízes históricas, encontramos o surgimento do conceito de culpabilidade coincidindo com a época do pensamento penal primitivo, onde a mera responsabilidade pelo resultado já definia o *imputatio criminis*.

No rumo traçado pelas transformações dogmáticas da culpabilidade, a Idade Média testemunhou o surgimento de um direito penal que demonstrava o reconhecimento de um instrumento da imputação, o anímico individual, que doravante não mais seria abandonado. Essas normas foram emanadas do poder pontifício principalmente no século XII, denominando-se direito penal canônico. Sua importância no que concerne à busca das raízes da culpabilidade, deve-se mormente, pelo que decorreu da inserção das normas jurídicas romanas na vida social do Ocidente e da mitigação das brutalidades das práticas penais germânicas, passando a adaptá-las a vida pública⁶, ou seja, o surgimento daquela característica que iria marcar a culpabilidade de forma indelével, o subjetivismo⁷.

Adotando o direito penal da Igreja Católica uma condução contrária ao direito germânico, inaugurou-se a relevância do elemento subjetivo, do *animus*,

⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 102.

⁵ BRUNO, Anibal. **Direito Penal, Parte Geral** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II, p. 23.

⁶ ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I, Buenos Aires: Losada, 1956, p.283

⁷ Neste sentido: ASÚA, Luis Jimenez de, Op. Cit, p.283; BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**, 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.205; BRUNO, Anibal. **Direito Penal, Parte Geral** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo I, p. 72.; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 135; FERNANDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y Teoria del Delito**. Vol I, Buenos Aires: B de F, 1995, p. 138.

opondo-se à responsabilidade objetiva dos bárbaros, onde a vontade é o chamado *dolus*, compreendendo o

Empenho da vontade na realização do fato punível específico (como no direito romano a partir da república: *animus furandi*, etc.), mas também a censurabilidade dessa vontade, de vez em quando recordada pelo atributo acrescentado da maldade (*dolus malus; malum propositum*)⁸.

No direito penal canônico a imputabilidade também fundava-se na vontade, considerando a consciência do homem e sua liberdade.⁹, passando a considerar o crime como uma violação moralmente imputável, necessitando ainda de uma realização externa do fato.¹⁰

1.2 A Culpabilidade nas Escolas Penais.

Há de ser pontuado inicialmente, no que concerne a culpabilidade nas Escolas Penais, que nem sempre este princípio, esteve presente, rechaçando a responsabilidade objetiva, ou mesmo as reponsabilizações pelo resultado, tendo sido estas, práticas por demais utilizadas ao longo das várias transformações rumo ao aperfeiçoamento do conceito de culpabilidade.

O século XVIII, no que tange às escolas é a época, onde o iluminismo inaugura o *século das luzes*, cuja proposta era estender a crítica a toda e qualquer forma de conhecimento, não existindo aí exceções e a realização de um conhecimento que, estando aberto a todas as críticas pudesse de forma recorrente promover sua própria correção¹¹.

O criticismo Kantiano conforme afirmava seu próprio autor procuraria levar a razão ao tribunal da razão¹².

⁸ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**, 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.206-207.

⁹ Ibidem, p.207.

¹⁰ Pontua Asúa: “*Pero ha de excluirse el supuesto de que el Derecho canónico penase la sola intención criminosa, pus se precisaban siempre hechos externos.*” Luis Jimenez de, Op. Cit. p.283.

¹¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.534.

¹² Apud, ABBAGNANO, Nicola. Op.Cit. p.535.

O que temos a partir de então são obras sendo produzidas que retrataram a importância das paixões, dos sentimentos, a vida moral do homem e desse modo o domínio do direito penal passou a ser também racionalmente indagado¹³.

A obra de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, de 1764 criticou abertamente o sistema criminal de seu tempo, já denunciando o uso da lei em favor de minorias autoritárias, bem como analisava o direito de punir colocando que a moral política não poderia proporcionar nenhuma vantagem durável se não estivesse fundada “*sobre sentimentos indeléveis do coração do homem*”¹⁴.

Partiu assim Beccaria de uma “filosofia do Direito Penal a uma fundamentação filosófica da Ciência Penal”¹⁵.

Suas concepções influenciaram sobremaneira os “despotas esclarecidos”¹⁶, promovendo um movimento reformador no campo penal.¹⁷

Nessa fase do direito penal seus estudiosos partiam de uma “rigorosa fundamentação racionalista, jusnaturalista e naturalmente, filosófica”¹⁸.

Torna-se bastante claro, portanto, que o século XVIII passou a postular tudo que dizia respeito ao reconhecimento do problema penal, sob um prisma do espírito humano¹⁹.

A essa época onde o Liberalismo também repercutiu no campo político, historicamente estabeleceu-se uma divisão desse movimento em duas fases: Uma do individualismo caracterizada pelas doutrinas do *jusnaturalismo* e *contratualismo* (século XVIII) com a negação do absolutismo estatal e outra

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.535.

¹⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pg 144.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.32.

¹⁶ Assim ficou conhecida a interação entre o absolutismo e o iluminismo a partir da segunda metade do século XVIII, na península ibérica e países da Europa oriental, onde os governantes sem abrir mão do exercício absolutista do poder, adotaram princípios iluministas.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.201.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.32.

¹⁹ “As novas descobertas científicas sobre o homem, o mundo e a vida, bem como a especulação filosófica, moral e social a respeito da natureza da penal e de seus fins assumiram extraordinário relevo no final do século XVIII, época na qual o espírito humano adquiriu consciência do problema penal. (DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 150)

fase a do fortalecimento do Estado, caracterizada pela proteção de interesses da burguesia.²⁰

Nesse contexto, como já mencionamos, chamada de “*época das luzes*”, as tendências da época concentraram-se em duas grandes escolas: A Clássica e a Positiva (muito embora existam autores que condenem a existência de tal divisão)²¹.

Quando nos referimos a Escola Clássica, estamos também tratando de pioneiros nas teorias sobre o crime, sobre o direito penal e também sobre a pena²².

Na escola Clássica²³, a idéia dominante era a de que a ação como um conceito, não tinha como desempenhar um papel isolado, utilizando-se assim da imputação como fundamento à cobrança de uma responsabilidade do autor pelos crimes que perpetrasse²⁴.

As principais características da Escola Clássica são, a adoção de um método essencialmente racionalista, a imputabilidade baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade moral, o delito tratado como ente jurídico e a pena como um mal e meio de tutela jurídica.²⁵

No que dizia respeito à culpabilidade, tem a escola clássica a orientação Filosófico-jurídica de que a responsabilidade penal era a responsabilidade moral.

Para Carrara o delito representava,

a infração à lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso (programa, I/§ 21.)²⁶

²⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 150.

²¹ Autores neste sentido: ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956, p.32. Também Zaffaroni: “Jamais existiu uma “*escola clássica*”, a não ser na invenção de Ferri, e tão somente ocorreu um enfrentamento entre positivistas e todos aqueles que não compartilhavam de seus pontos de vista”. (PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.286)

²² BARATTA, Alessandro, Op. Cit. p. 32

²³ Dentre vários destacam-se como principias representantes: Marquês de Beccaria (1738 – 1794), Jeremy Bentham (1748 – 1832), Gaetano Filangieri (1752 – 1788), Paul Johann Anselm Von Feuerbach (1775 – 1833), Giandomenico Romagnosi (1761 – 1835), Giovanni Carmignani (1768 – 1847), Pellegrino Rossi (1787 – 1848), Enrico Pessina (1828 – 1917) e Francesco Carrara (1805 – 1888).

²⁴ TAVARES, Juarez, **Teorias do Delito**. Variações e Tendências. São Paulo: RT, 1980, p. 7.

²⁵ : ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956, p.34-35.

²⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p.153.

Por essa escola, à imputação estariam aderidos um conceito de liberdade absoluta de escolha e ainda elementos materiais de fundamentação da pena.

Enquanto isso na Prússia, considerando os sistemas modernos de construção do delito, P.J.A. Feuerbach, já em 1801, surgia sob a designação de um “restaurador da ciência penal”²⁷.

A Escola Clássica mostrou-se de uma maneira abrangente, extremamente reativa aos “excessos de uma justiça medieval e arbitrária”²⁸.

Em face ao escopo desta postura temática não nos ocuparemos destes autores, exceto no que tange as transformações dos conceitos da culpabilidade.

Já na Escola Positiva²⁹, cuja base filosófica apoiou-se em uma reação das ciências penais ao individualismo³⁰, encontramos como idéia central no que concerne a culpabilidade, em contrario senso à Escola Clássica, que “o critério da culpa moral e da conseqüente responsabilidade moral pertenceria aos domínios da filosofia, da moral ou da religião, mas não do direito”³¹, além de defenderem o determinismo como força propulsora da conduta delituosa.

Assim as principais características da Escola Positiva são, o uso do método experimental, a defesa de uma responsabilidade social derivada do determinismo, sendo o delinqüente visto como algo temível, o delito encarado como um fenômeno natural e social produzido pelo homem e a pena vista não como castigo, mas como meio de defesa social.³²

²⁷ “Retemperado na filosofia kantiana, de cujo espírito estava penetrado, sujeitando à crítica as instituições racionalistas de seus predecessores, opondo a sua experiência e a sua educação às exigências impetuosas de reforma, este criminalista foi, de um lado, pelo seu tratado de 1801, o restaurador da ciência penal...” (LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. p.124)

²⁸ PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.153.

²⁹ São representantes dessa escola Cesare Lombroso (1835 – 1909), Enrico Ferri (1856 – 1929), Rafael Garófalo (1851 – 1934), dentre outros. Asúa no entanto cita também os trabalhos marcantes de G. Fioretti, como o quarto componente daqueles que também ficaram conhecidos como “evangelistas”. (: ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956, p.63.)

³⁰ Neste Sentido: ASÚA, Luis Jimenez de. Op. Cit. p.67.

³¹ PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. Cit p.156.

³² ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956 p.65-66.

Dentre outros fins, objetivando conciliar Clássicos e Positivistas surge o Positivismo Crítico e a tendência Político Criminal, com o surgimento da “Terza Escuela” italiana e a terceira escola alemã³³, época também em que Liszt um positivista sociológico, inaugurava a Escola de Política Criminal na Alemanha em 1888, cujo movimento influenciou sobremaneira a elaboração de diversos códigos do século XX.

A Terceira Escola tem como principais características a utilização do método experimental nas ciências penais e lógico-jurídico no direito penal, a manutenção simultaneamente da culpabilidade e do conceito de periculosidade, o tratamento do delito como fenômeno natural e como ente jurídico e conceituação das penas e medidas de segurança como dupla medida de luta contra o crime³⁴.

Da crise gerada na Itália pelos positivistas que defendiam a subordinação do direito penal às investigações criminológicas surge um movimento que pretendia enaltecer o método adotado pela Escola Clássica no estudo do crime. Essa escola denominou-se Técnico-Jurídica³⁵ à qual constituía-se da orientação fundamental de admitir a origem privatística do método jurídico onde o conhecimento do direito penal limitar-se-ia a uma indagação exegética, outra dogmático-sistemática e outra de cunho crítica, rejeitando a filosofia e concentrando-se no estudo do direito penal pela exegese do direito positivo.³⁶

Neste clima de tendências é que, a partir da segunda metade do século XIX, o espectro das mudanças de conceitos penais, nunca marcado por um preciso divisor de águas, encontra uma postura que procura (fruto de todas as influências já brevemente comentadas) romper com o tratamento do delito como uma responsabilidade meramente objetiva.

³³ Podemos destacar como legítimos representantes: Manuel Carnevale (1861 – 1941) e Bernardino Alimena (1861 – 1915) na Terza Escuela, enquanto Adolfo Merkel e Franz Von Liszt (1851 – 1919) na Alemanha.

³⁴ ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956 p.92 – 93.

³⁵ Destacam-se como principais representantes Vincenzo Manzini (1872-1957) e Arturo Rocco (1876-1942).

³⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.160.

Visando restringir a abordagem, deixamos de tratar neste estudo das escolas unitária, penal espanhola, bem como as outras tendências penais de menor expressão no tratamento da culpabilidade.³⁷

Essa síntese histórica denota a diversidade de posturas, que procuraram sob diversas influências, fazer valer suas concepções para o tratamento da culpabilidade conforme as teorias que a seguir serão apresentadas.

Não obstante a diversidade de valores que envolvem essas concepções, defendemos que o princípio da culpabilidade deve orientar inexoravelmente as transformações histórico-dogmáticas no sentido do reconhecimento de uma responsabilidade penal subjetiva³⁸, como uma das formas de se promover a reprovação justa, adequada e proporcional.

1.3 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Precisar o encetamento deste conceito é por demais arriscado, mesmo porque a história do direito penal está marcada de avanços e retrocessos em suas posturas.

O oportuno cuidado faz-se necessário, tendo em vista, dentre outras razões, que o conceito de dolo entre os romanos, não apenas psicológico, mas complexo e enriquecido (*dolus bônus e malus*), nos impede de prematuramente, supor que a teoria psicológica da culpabilidade, venha a ser histórica ou cronologicamente a primeira a ser elaborada no que concerne a culpabilidade³⁹.

O Correto portanto, é afirmar tão somente, que a concepção psicológica da culpabilidade desenvolveu-se lenta e continuamente, com suas raízes

³⁷ Para uma completa exposição acerca das escolas: ASÚA, Luis Jimenez de, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1956, Capítulo II. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. título III, Cap. VI. PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 p. 285.

³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.104.

³⁹ Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.p.220.

alcançando em seu nascedouro até mesmo o Direito Romano⁴⁰, onde, o caráter culpável do fato ocorrido, no entanto, não era objeto de qualquer valoração.

A frustração de não podermos identificar um marco fundador autêntico, daquilo que foi o do surgimento do tratamento da culpabilidade, encontra certo amparo nos ensinamentos do catedrático da universidade de Pádua, onde, segundo Bettiol, para chegarmos ao conceito psicológico, e portanto considerando a culpabilidade, passamos em um primeiro momento, pela tão somente e suficiente presença de um nexos objetivo de causalidade entre a ação e seu autor, independente de qualquer liame subjetivo ou anímico.

Esse conceito de Bettiol, simples de “lesão”, já satisfazia a busca da responsabilidade penal, tida portanto, como responsabilidade penal objetiva. Um dano sofrido, tornava legítima uma reação sem que para tal, qualquer investigação acerca do subjetivo do autor do dano fosse realizada.

Segundo ainda Bettiol, o “aperfeiçoamento do espírito humano” foi o responsável pelas mudanças legislativas que procuraram tirar de um mesmo plano um dano evitável de um dano inevitável. Assim, com essa distinção, o caráter psicológico começou a ser considerado na ação do homem.⁴¹

Sob um aspecto ainda mais pragmático, ensina-nos o incomparável catedrático da Universidade do Recife que:

Esta concepção viu na culpabilidade, isto é, nesse elemento que introduz o agente na estrutura do crime, o que nela era mais fácil de apreender: o momento psicológico pelo qual o agente se faz realmente autor do fato punível.⁴²

Constatamos no entanto, que a segunda metade do século XIX é uma faixa temporal de transição, período esse que marcou a decadência da Teoria

⁴⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II, p. 24

⁴¹ Bettiol assim expõe: “Bem depressa, porém, com o aperfeiçoamento do espírito humano, o legislador se deu conta de quanto era errado pôr no mesmo plano o dano causado pelo raio ou por um animal e o produzido pela ação do homem. Ao passo que os dois primeiros devem considerar-se inevitáveis, o último, pelo contrário, é evitável, na medida em que está no poder do homem representar-se as conseqüências de sua actividade e abster-se de agir, em vista das mesmas.” (BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970.p. 283).

⁴² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II p. 25.

da Liberdade de Vontade, o que tornou a culpabilidade do direito natural insustentável, tendo em vista o valor conferido pelo fático ante o livre arbítrio⁴³.

No século XIX a questão da culpabilidade centrava-se nas contendas infundáveis entre o livre-arbítrio e o determinismo (que na verdade já se arrastavam desde a metade do século XVIII entre os filósofos da ciência e os da consciência). Sem termos neste momento, atenção específica a esse tema, o qual no entanto se espalhará ao longo de toda esta postura temática, resume-se essa contenda, na idéia de que o determinismo procurou no século XIX estender o mecanicismo ao homem, sendo toda ação humana fundada em momento predeterminado. Destinava-se assim a defender uma dimensão considerada universal da causalidade.⁴⁴

Já o livre-arbítrio, aqui concebido no sentido da autodeterminação ou auto-causalidade, encontrava sua primeira expressão ainda em Aristóteles e chega ao século XIX com a idéia de ser uma “faculdade de iniciar por si um evento”⁴⁵.

O que se segue a essa disputa é o aparecimento do positivismo jurídico, renunciando as doutrinas metafísicas, mormente ao direito natural, alijando o quanto possível os questionamentos valorativos⁴⁶.

Assim é que o direito penal e mais especificamente a culpabilidade, passam a sofrer a influência de uma concepção que abordava o Direito como um fato e não como um valor, sustentando esta, que o jurista deve estudar o Direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, passando o termo Direito a tentar em vão, desconsiderar juízos de valor, o que veremos tornou-se um ledó engano.

⁴³ JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal – Parte General**. 5 ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p.450.

⁴⁴ ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.245.

⁴⁵ *Ibidem*, p.605-606.

⁴⁶ “Perseguindo-se os princípios do positivismo filosófico nas suas últimas conseqüências, fica claro que, também a ciência jurídica, como ela se desenvolveu historicamente, não pode ser entendida como ciência, pois ela se encontra além do conceito científico positivo. Apesar disto a teoria jurídica geral, intentou desde o século XIX, adaptar-se de qualquer forma, tanto quanto possível, às exigências da teoria científica positiva, à medida que ela renunciou a todas as doutrinas “metafísicas”, especialmente a teoria do direito natural, e excluiu o quanto possível questões de valor. Nisto tiveram significado, além da influência do positivismo geral, também as concepções da escola histórica do direito e a visão de que todos os conceitos de valor repousaram finalmente sobre sentimentos subjetivos e irracionais. Disto surgiu o positivismo jurídico do século XIX. (COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. 5 ed. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.109

O positivismo concebe ainda, o Direito funcionalmente como um instrumento de coação e a legislação como fonte do direito, a norma como um imperativo ou comando e a unidade do ordenamento, onde não se reconhecia a existência de antinomias entre as normas, nem mesmo insuficiência das mesmas, sendo portanto tidas como completas, bem como sustentava ainda o positivismo a idéia de uma interpretação mecanicista, reduzindo o jurista a mero instrumento de aplicação das normas e ainda a sustentação de uma obediência absoluta às leis.⁴⁷

Neste contexto temporal da dogmática penal, o crime passou a ser estudado cientificamente, em um primeiro momento numa abordagem naturalista e em um segundo momento sob um aspecto sociológico⁴⁸. Conclui-se, portanto que a ideologia política do século XIX, contribuiu parcialmente para o surgimento da culpabilidade psicológica, como uma “exigência cultural”⁴⁹. Este em suma foi o caminho traçado rumo à construção do conceito psicológico de dolo⁵⁰, onde seu sustentáculo era fundado segundo alguns autores em uma base determinista em detrimento de uma concepção antropológica⁵¹.

Corolário da superação da passividade da razão frente à experiência jurídica⁵², sob forte influência do positivismo sociológico, o psicologismo encontra em Liszt (Líder da Escola de Política Criminal) um ferrenho defensor, o qual expressa seu posicionamento ainda em 1881 com a publicação de sua obra *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*.

É seguro afirmarmos portanto, que os parâmetros constituintes da teoria psicológica são encontrados a partir do conceito natural da ação, ou ainda no sistema causal, e mais precisamente no sistema Liszt-Beling, no qual o delito

⁴⁷ BOBBIO, Norberto, **O Positivismo jurídico**, Lições de Filosofia do Direito, Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-133

⁴⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo I, p.98.

⁴⁹ VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.28.

⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.221.

⁵¹ PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.574.

⁵² “O método científico, alicerçado na observação dos fatos, submetendo hipóteses explicativas aos testes dos mesmos fatos, cria nova mentalidade científica, derrubando definitivamente, a concepção medieval caracterizada pelo idealismo e pela religião.” (VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da Inexigibilidade de Conduta Diversa e Algumas Tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.26).

passa a ser estudado em duas partes essenciais; uma da causalidade constituída esta pela tipicidade e antijuridicidade e outra da subjetividade ou mesmo do vínculo psicológico constituindo a base da culpabilidade⁵³, sendo em especial esta última sobre a qual recaem nossos interesses descritivos e analíticos.

1.3.1 Conceituação do psicologismo

Liszt, procura remodelar a responsabilidade objetiva inserindo ao lado da causalidade material o nexu subjetivo dessa ação com o autor.⁵⁴

Conforme expõe Velo

A teoria psicológica da culpabilidade, por exemplo, foi expressão das intenções liberais iluministas de fundamentarem eticamente a punição, condicionando a responsabilidade penal à existência de uma relação psíquica entre o autor e o fato delituoso – eliminando do campo penal a responsabilidade objetiva⁵⁵.

Urge destacar que a concepção psicológica apresenta como culpabilidade os aspectos subjetivos considerados na corrente atual (normativa pura – finalista), tornando essa teoria (psicológica) desprovida de qualquer componente normativo, no que concerne a reprovação do autor.⁵⁶

Isto como será visto, representará um dos pontos mais deficientes da teoria psicológica, parcialmente superados a partir das concepções de Frank.

Na concepção psicológica, a exigibilidade de conduta conforme a norma, objeto desta postura temática, não estava presente, ou seja, a culpabilidade ficava estabelecida tão somente pela “relação psicológica que havia entre a

⁵³ TAVARES, Juarez, **Teorias do Delito. Variações e Tendências**. São Paulo: RT, 1980., p.20.

⁵⁴ Conforme expõe Liszt em relação ao crime como ação culposa: “O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido”(LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel editores, 2003., p. 259)

⁵⁵ VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.25.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. *Op. Cit* p.573.

conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade⁵⁷. Assim o que oferecia a resposta psicológica, era o corolário da introdução de elementos psíquicos, ou anímicos (previsibilidade e voluntariedade)⁵⁸ na idéia de crime, com o surgimento do conceito penalístico de dolo e culpa.⁵⁹

Assim temos que, uma vez examinado o nexu subjetivo que estabelecia a ligação entre o evento e seu autor, constatado que todo evento poderia ser previsto e querido pelo autor, cabível mesmo não ser querido, mas no entanto podendo ser previsto ou previsível, estará aí presente a culpa⁶⁰.

Inegável que, representando uma mudança de concepção importante no caminho da responsabilidade penal subjetiva, a teoria psicológica apresentava o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade, classificando-a ora como uma culpabilidade de dolo ora como culpabilidade de culpa, havendo prévia avaliação quanto a imputabilidade do autor (imputabilidade como pressuposto ou precedente necessário da culpabilidade)⁶¹.

Conforme expõe sinteticamente Asúa

Fúndanse los partidarios de esa teoría em que la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho predominantemente psicológica. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. Según los que así piensan, la culpabilidad reside en ella⁶²

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. *Op. Cit* p.575.

⁵⁸ Como decididamente levado pelo convencimento situava Manzini: “no se deve olvidar, por lo demás, que el concepto de voluntad, de dirigibilidad y de responsabilidad, es fundamento no solo del derecho penal, sino de la mayor parte de las responsabilidades humanas, individuales y sociales.(MANZINI, Vincenzo. Tratado de **Derecho Penal**, Primera Parte. Teorías Generales. Tomo II, Vol 2. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1948, p.131.

⁵⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.219.

⁶⁰ Exemplifica o autor: “Se Tizio previu e quis a morte de Caio como consequência da sua acção ou omissão, firma-se que há dolo, ao passo que se Tizio apenas quis uma conduta da qual derivou a morte de Caio, prevista ou previsível, di-se que há culpa” (BETTIOL, Giuseppe, **Direito Penal**, Parte Geral Tomo II. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1970. p.286-287).

⁶¹ Neste sentido: MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. 2. p.202. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição, Uma Análise Comparativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.61. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II, p. 26.

⁶² ASÚA, Luis Jimenez de. **La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959, p.352.

Segundo ainda essa teoria, a resposta ao conceito de culpabilidade era apresentada pelos penalistas como uma ligação psicológica entre o agente e seu fato e por isso mesmo, só poderia estar no psiquismo do agente.⁶³

Manzini que expôs suas concepções sob a bandeira de uma escola técnico-Jurídica, rechaçava a idéia do livre-arbítrio a qual denominava de “divagações filosóficas” sentenciando que *“La imputabilidad y la responsabilidad correlativa, pueden existir sólo cuando se demuestre que el imputado fué causa eficiente física y psíquica del delito,...”*⁶⁴

1.3.2 A Estrutura da Culpabilidade no Conceito Psicológico

A partir dessa concepção o que passamos a observar na noção do delito é a constituição do mesmo por duas partes. Uma externa, o ato em si, apresentado por Manzini como *causa eficiente física* e outra interna que o mesmo penalista coloca como *psíquica del delito*⁶⁵.

Fica portanto a culpabilidade nesse modelo bipartido, responsável por carrear todos os elementos subjetivos. A imputabilidade é um requisito da culpa, posicionada fora e previamente a culpabilidade, existindo no momento da pratica do ato.⁶⁶

A culpabilidade como anteriormente exposto, como gênero admite duas espécies: o dolo e a culpa⁶⁷, não existindo elementos normativos, onde a questão da exigibilidade ou não de uma conduta conforme o direito não era ainda tratada.

⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Principios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.222

⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo 2, Volume II, Trad. Santiago Sentés Melendo. Buenos Aires: EDIAR, 1948. p.127.

⁶⁵ MANZINI, Vincenzo. Op. Cit. p.127, expondo também nesse sentido: VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.28.

⁶⁶ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel editores, 2003., p. 267

⁶⁷ ASÚA, Luis Jimenez de. **La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959, p. 353.

Dentre os aspectos positivos que podemos destacar neste paradigma psicológico da culpabilidade, e que o fez, por conta disso manter-se como conceito dominante por muito tempo, está o de estabelecer a ligação da conduta ao seu autor apontando a personalidade do fato típico e antijurídico, rechaçando a responsabilidade penal objetiva, e ainda na sua simplicidade cujas raízes guardam vínculo direto ao sistema Liszt – Beling, mas que, no entanto, tornava inexplicável algumas posturas apresentadas, o que demandou seu aperfeiçoamento.

1.3.3 As Insuficiências do Conceito Psicológico

Desde sua concepção a teoria psicológica da Culpabilidade recebeu diversas críticas, em face principalmente às dificuldades insuperáveis a que remetia a adoção desse conceito.

Começaremos pela mais basilar das críticas formuladas e que recai sobre o próprio conceito da culpabilidade.

Formulada esta crítica por Asúa, destaca que a culpabilidade enquanto valorativa não lhe basta apenas o psicológico⁶⁸.

A segunda crítica que podemos apresentar é a de que no Juízo de culpa formulado pela teoria psicológica, há um ponto considerado de inflexão da teoria. Não havia fundamentos para a manutenção de uma culpabilidade na ocorrência da culpa inconsciente, ou seja, para a teoria que sustentava um liame, um nexos ou vínculo psicológico entre o autor e o fato praticado, seja por dolo seja por culpa não existia uma explicação para essa ausência de representação do autor, onde não há nem previsão nem mesmo a consciência.⁶⁹

⁶⁸ Assim expõe o autor: “*La imputabilidad sí es psicológico; pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella apesar do que supone Radbruch, lo psicológico puro.*” (ASÚA, Luís Jimenez de, **La Ley e El Delito**, Princípios de derecho penal, 3ª Ed, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959 p. 354-355)

⁶⁹ Neste sentido: VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.29; RODRIGUES, Cristiano.

Os idealizadores da concepção psicológica, conforme expõe Welzel⁷⁰, acreditaram a partir da constatação dessa limitação (como que procurando varrer para debaixo da dogmática penal uma realidade), que a culpa inconsciente não deveria sequer vir a ser considerada uma forma de culpabilidade o que no mínimo incorreria em um erro lógico sugerindo a existência de uma “falácia da negação do antecedente”⁷¹, onde o argumento condicional para esse conceito de “Se há vínculo psíquico entre o autor e o fato, então há culpabilidade”, ao ser confrontado à negação sugerida pelos adeptos dessa concepção “Não há vínculo psíquico entre o autor e o fato” (negação do antecedente), para a conclusão de que “não há culpabilidade” deságuam em uma sentença que não é sequer válida logicamente.

Em um terceiro momento crítico destacam-se a inconsistência da manutenção do dolo (conceito psíquico) e da culpa (conceito normativo) como espécies de uma origem comum ou seja da culpabilidade⁷².

Uma quarta crítica que merece menção diz respeito a construção da culpabilidade psicológica sobre o dolo (natural-causalista) o que trouxe a maioria das dificuldades a esse conceito para abranger e explicar a culpa (*stricto sensu*) que representa um conceito normativo.⁷³

Como último aspecto, destacaríamos a insuperável dificuldade desse conceito em fundamentar causas nas quais o dolo estava presente, mas com diminuição da responsabilidade penal, como por exemplo na coação moral irresistível, obediência hierárquica, no estado de necessidade exculpante, nas motivações ensejadoras de exculpação e algumas formas de excesso onde a presença do dolo é evidente. Neste aspecto, a concepção psicológica não oferecia um conceito satisfatório, suficiente a imposição da pena, que se fundamentava pelo vínculo psicológico existente entre o autor e o fato de um

Teorias da Culpabilidade. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2004. p. 36.; GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45; WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal. Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p.90; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 22.

⁷⁰ WELZEL, Hans. *Op. Cit.* p.91. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit.* p.61

⁷¹ SALMON, Wesley C. **Lógica.** Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 2002. p. 16.

⁷² JESUS, Damasio E. de. **Direito Penal,** Parte Geral, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 402

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit.* p. 62.

lado, enquanto de outro à uma punibilidade que deixava de existir quando da ocorrência dos casos acima mencionados, não obstante a presença do vínculo psicológico.

Conforme então demonstrado, as dificuldades apresentadas pelo conceito psicológico eram insuperáveis, no sentido da manutenção de um sistema operando da forma que se encontrava, cujas deficiências para o conceito da culpabilidade, levavam à decisões conceitualmente conflitantes. Assimurgia para o aperfeiçoamento desta concepção de sistema, uma aproximação maior ao caráter objetivo, levando-o ao seio da culpabilidade, o que se faria, por meio de uma exigência normativa, tornando explicável alguns caminhos adotados, até então sem sustentação pelo conceito psicológico.

Assinalamos novamente que, as soluções à época apresentadas, como saneadoras das dificuldades,⁷⁴ não enfrentaram com a devida importância, a questão dos valores que envolviam a culpabilidade, visto que, constatava-se para esses casos de exculpação, uma mitigação do desvalor da ação, considerando a vontade distorcida do agente, a qual em condições normais motivar-se-ia em conformidade às normas, o que ali não era possível, ou ainda Inexigível.

1.4 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

Surgindo como uma tentativa de dar respostas às exigências que o conceito psicológico foi incapaz de oferecer, o conceito normativo, nota-se, decorreu em parte do caráter recorrente do direito penal, onde o conceito de culpabilidade psicológica, passou a sofrer transformações, quando em confronto com toda uma riqueza do passado aristotélico⁷⁵, permeado este, pelos traços da ética, honra e virtude, não podendo mais, destarte, o

⁷⁴ Liszt por exemplo em socorro a aplicabilidade do conceito psicológico defendia a exclusão da ilicitude (LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russel, 2003, p. 253)

⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 222.

psicologismo simplesmente sustentar-se no patrocínio de um tecnicismo jurídico.⁷⁶

Francesco Carrara, já em meados do século XIX expunha, sobre a improcedência do método psicológico, destacando a importância da presença dos aspectos normativos⁷⁷.

Assim é que, no início do século XX, por mais que as influências positivistas ainda estivessem atuantes, impregnou-se o Direito das idéias originadas da filosofia dos valores, onde o confronto do fato ao valor não poderia mais restringir-se a tão somente uma concepção psicológica, mormente em se tratando de uma ciência de cunho valorativo como a jurídico-penal⁷⁸.

A consideração valorativa sob prismas ontológicos, gnosiológicos, antropológicos e teológicos dos valores, já não podiam deixar de ser consideradas quando na culpabilidade a atribuição de um desvalor a um autor pelo seu ato típico e antijurídico praticado apontavam ser uma solução às insuficiências psicológicas.

Bettioli apresenta este momento da dogmática histórica como o da *“verdadeira revolução no campo da noção da culpabilidade”*, onde a mesma já

“Não é apenas uma vontade referida a um facto que não devia ocasionar, mas também uma vontade que não se devia ter: ela não é apenas voluntariedade do ilícito, mas também vontade ilícita”⁷⁹.

A postura defendida pelo catedrático da Universidade de Pádua para o paradigma psicológico-normativo representa um reflexo direto dos trabalhos desenvolvidos no final do século XIX e início do século XX cujos méritos devem ser depositados a Frank, Freudenthal, Goldschmidt, Higler e Mezger dentre outros, que se destacaram nos estudos do conceito normativo para a culpabilidade.

⁷⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.222.

⁷⁷ *Apud* VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.32.

⁷⁸ BETTIOLI, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970.p.294

⁷⁹ *Idem* p. 291.

O cerne deste conceito foi conceber a “culpabilidade como estrato normativo da teoria do delito”⁸⁰.

Urge salientar que, em apertada síntese, este capítulo apresentará tão somente as idéias centrais que influenciaram o conceito de culpabilidade psicológico-normativa, estando reservado ao capítulo seguinte a análise das obras produzidas, detalhando suas concepções especificamente quanto à exigibilidade de conduta conforme a norma e seu reverso, a inexigibilidade de conduta diversa, como fundamento da exculpação.

A reprovabilidade do injusto foi tratada inicialmente por Frank tomando ao que tudo indica o conceito já trabalhado por Aristóteles para o injusto⁸¹.

Na obra “Ética a Nicômaco” Aristóteles ressalta as qualidades da *polis*, a qual segundo o filósofo precede até mesmo em importância a família, destacando ainda que a virtude moral é adquirida pelo exercício, onde “os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes incutem.”⁸². Segundo ainda Aristóteles a conduta conforme a regra justa é um princípio aceito normalmente e por ele assumido como uma verdade.⁸³ Desse modo Aristóteles faz uma apresentação em detalhes do comportamento daqueles que em sua época foram considerados éticos e virtuosos⁸⁴.

Reinhard Frank em sua monografia como será detalhado no capítulo 2, desvelava os contornos normativos necessários ao conceito de culpabilidade, expondo que o momento psicológico representado pelo dolo ou ainda pela culpa não encerraria a culpabilidade como um todo, necessitando de tratamento dentro da culpabilidade ainda, a imputabilidade e a “normalidade das circunstâncias concomitantes do fato punível”⁸⁵. Tratava Frank assim, em primeira mão, em 1907 acerca da culpabilidade sob um enfoque normativo⁸⁶. Seus trabalhos procuraram transformar de forma a melhor expor esse conceito,

⁸⁰ PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 574.

⁸¹ *Ibidem*, p. 579.

⁸² Aristóteles, **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p..40-41.

⁸³ *Ibidem*, p. 42.

⁸⁴ COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. Trad: Elisete Antoniuk Porto Alegre: Fabris, 2002, p.36.

⁸⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte Geral, 3 ed. Tomo II, 1967, p.28. em nota de rodapé.

⁸⁶ Na prática no entanto já em 1897 o Tribunal Superior Alemão já havia tratado esse conceito quanto a inexigibilidade de conduta diversa, cujo tema será abordado em capítulo próprio.

acarretando nos anos que se seguiram em seus “Comentários ao Código Penal Alemão”, os conceitos de “circunstâncias acompanhantes normais”, transformando-se em “motivação normal” e resultando nas “causas de exclusão da culpabilidade”⁸⁷.

Neste momento é importante destacar que, apesar da idéia de exigibilidade ter sido trabalhada por Frank, ainda não possuíamos à época, o conceito da “exigibilidade de conduta conforme a norma”, da forma hoje entendida, como elemento da culpabilidade. Explicitamente só é apresentada esta a partir dos trabalhos de Freudenthal.

Torna-se mister coroar neste momento da dogmática penal, o surgimento nos trabalhos de Berthold Freudenthal da “*exigibilidade de conduta conforme a norma*” como um “elemento diferencial necessário entre culpabilidade e inculpabilidade”⁸⁸

Berthold Freudenthal está dentre os autores que mais contribuíram para a construção do normativismo, destacando-se em especial para este trabalho, seu papel no desenvolvimento do conceito de “exigibilidade” como elemento da culpabilidade, emergindo, do seio da culpabilidade a questão do poder e dever.

“Assim para Freudenthal, culpabilidade é ‘a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente’.”⁸⁹.

A introdução desse conceito é o que permitiu em um futuro breve a utilização desse elemento como “causa geral de exculpação”, conforme veremos detalhadamente no capítulo 2 por meio do estudo das obras desses autores.

James Goldschmidt também contribuiu na formulação do conceito normativo de culpabilidade, fundando-se para tal, no sentido que há entre “norma jurídica” e “norma de dever”, trabalhando sobre suas diferenças.⁹⁰

⁸⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição, Uma Análise Comparativa**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

⁸⁸ Ibidem, p.64.

⁸⁹ Ibidem, p.64.

⁹⁰ ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri, **La Culpabilidad en la doctrina jurídico-penal española**. (Tese de doutorado). Sevilha. *Apud*, BITTENCOURT, Cezar Roberto, Op. Cit. p. 64.

Seu trabalho procurou distinguir normas jurídicas das normas de dever onde a primeira estabeleceria ligação com o injusto enquanto as normas de dever restariam de caráter subjetivo e individual. Destaca-se em Goldschmidt a importância conferida na construção da culpabilidade da *vontade contrária ao dever*⁹¹. Para Goldschmidt a norma jurídica que exige do autor uma postura exterior, tem a seu lado subentendida uma outra norma, já esta, orientando sua postura interna (vontade), sendo chamada norma de dever⁹² (*Pflichtnorm*)⁹³.

O mesmo autor, ainda em seus estudos introduz o conceito de “culpabilidade sem resultado jurídico”, nos casos de tentativa e culpa inconsciente, segundo o qual seriam delitos *sui generis*.⁹⁴

Para Mezger, que também trabalhou o conceito normativo, a culpabilidade possui o componente psicológico, não bastando que o autor tenha procedido de forma tipicamente antijurídica (aqui o tipo encontra-se sob influência das reformulações neokantianas)⁹⁵, sendo preciso que essa ação lhe seja pessoalmente reprovada, existindo um juízo de valor sobre a situação de fato.⁹⁶

Na exposição de seu conceito permeado de caracteres psicológicos, quanto à personalidade, assim expõe Mezger:

En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad. Este reconocimiento de que la culpabilidad jurídico-penal no es una situación de hecho psicológica, sino una situación fáctica valorizada normativamente, se designa con el nombre de concepción normativa de la culpabilidad.⁹⁷

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição, Uma Análise Comparativa**. 3^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64.

⁹² BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970, p.296.

⁹³ GOLDSCHMIDT, **Der Notstand**, apud BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970, p.296.

⁹⁴ “*En verdad, no quiere Goldschmidt, como hacen los representantes de la teoría de la antijuricidad subjetiva (Hold v. Ferneck, por ejemplo) negar en absoluto la antijuricidad objetiva, pero subrayade modo expreso que, de la misma manera que hay injusto no culpable, existe también ‘culpabilidad sin resultado antijurídico’*. Casos típicos de ello son, según él, la tentativa y la culpa inconsciente, que para GOLDSCHMIDT, tiene el carácter de delito *sui generis*.” (MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1949.p.13)

⁹⁵ Para detalhes vide: TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.134 et. seq.

⁹⁶ MEZGER, Edmundo, Op. Cit p.3.

⁹⁷ Ibidem, p.4-5.

Condena ainda o catedrático da universidade de Munich, o conceito de que a culpabilidade normativa representava uma culpabilidade em sentido ético, assegurando tratar-se de um conceito jurídico, longe portanto das questões que envolviam o livre-arbítrio, não obstante identificarmos em sua concepção os traços do que, na culpabilidade normativa, passou a chamar-se de culpabilidade de autor, ou pela conduta de vida, conforme se depreende das próprias palavras de Mezger ao afirmar que a

Culpabilidad en el sentido del Derecho Penal significa la afirmación de una referencia, jurídicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente. Esta personalidad se concibe aquí como la personalidad empírica; la afirmación de la exigida referencia de la acción a dicha personalidad le basta al Derecho para reconocer la culpabilidad del sujeto.⁹⁸

Assim quanto à culpabilidade normativa, entendia-se como a reprovação da conduta típica e ilícita, onde havia uma ligação psicológica do fato ao seu autor imputável, e ainda um confronto a uma norma jurídica, sendo destarte, valorado o ato nesse momento, quando presentes a consciência do fato e da ilicitude. A culpa e dolo seriam elementos integrantes deste conceito⁹⁹, não mais estando fora dele, como espécies.

Toledo caracteriza a culpabilidade normativa como um “juízo de valor sobre uma situação fática de ordinário psicológica” onde “os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo, está no juiz, não no criminoso”¹⁰⁰.

Ásua, no entanto assumiu postura contrária quanto ao reconhecimento do dolo e da culpa enquanto elementos da culpabilidade, permanecendo com o

⁹⁸ MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1949, p.9.

⁹⁹ Abordaram o dolo e a culpa no conceito normativo neste sentido : “O elemento psicológico-normativo da culpabilidade compõe-se de consciência e vontade; não de uma consciência e vontade em potência, como na imputabilidade, mas do elemento dinâmico de uma consciência e uma vontade ativa, processando-se e dirigindo-se a um fim...Mas a representação tem de abranger o fato nas suas características objetivas, naquilo em que êle realiza o tipo penal, e no seu significado social-jurídico, isto é, na sua contrariedade ao dever em face da ordem de Direito”(BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II. p.57).BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. Cit. p. 63.FRAGOSO,Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.240. José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. 2, p. 155-156. TOLEDO, Francisco de Assis, Op. Cit. p. 223.ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. Op. Cit p.574.

¹⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis, Op. Cit. p. 223

conceito inicial, quanto a considerá-los espécies da culpabilidade, e ainda assumindo a postura da imputabilidade como um “pressuposto prévio da capacidade psicológica”¹⁰¹.

Ainda expondo sobre o tema Nuñez segundo outro ângulo, defendia que se as circunstâncias internas e externas que acompanham a ação delituosa do autor indicam que do mesmo era exigível comportamento distinto do ocorrido, haveria a ocorrência de uma situação de culpabilidade¹⁰².

A partir então, do desenvolvimento desse conceito, teríamos como certo que não mais na doutrina dominante haveria espaço para somente o psicologismo.

A influência da valoração do ato praticado, passa a desempenhar um papel fundamental no interior da estrutura da culpabilidade, tanto na exigibilidade de uma conduta conforme a norma, quanto desvelando as possibilidades de exculpação pela inexigibilidade de uma conduta diversa da praticada, nos casos em que não se observava uma motivação normal do autor para agir conforme o mandamento contido no ordenamento jurídico penal.

1.4.1 A Estrutura da Culpabilidade no Conceito Psicológico-Normativo

A culpabilidade passava a ser considerada complexa no sentido de possuir três elementos que a compunham: a imputabilidade, um componente psicológico (vontade e querer) e um componente normativo (reprovação ao autor por agir contrariamente ao ordenamento jurídico), passando o normativismo a exigir que o agente na prática do ato tivesse a representação

¹⁰¹ “*Es erróneo el primero, porque la imputabilidad, como hemos visto, no es un carácter, sino el presupuesto previo de capacidad psicológica. Es igualmente falso el segundo, porque el dolo y la culpa son especies y no caracteres de la culpabilidad, como luego veremos.*” (ASÚA, Luís Jimenez de, **La Ley e El Delito**, Principios de derecho penal, 3ª Ed, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959. p.356)

¹⁰² Segundo o que expõe o professor da Universidade de Córdoba em seu trabalho de 1946, condenando o psicologismo e defendendo a culpabilidade pela conduta de vida ainda acresce: “Así, el normativismo también incluye em la culpabilidad, la imputabilidad, el carácter y los motivos del autor. (NUÑEZ, Ricardo C. **La Culpabilidad en el Código Penal**, Buenos Aires: DEPALMA, 1946, p. 5.)

do fato desejando realizar a conduta (requisito intelectual-volitivo do dolo) com a consciência de que seu ato foi contrário ao ordenamento jurídico (consciência da antijuridicidade do fato).

Conforme sua concepção original, para que alguém pudesse vir a ser reprovado e portanto considerado culpável, haveria a necessidade de obediência a uma tríplice subordinação, considerando como pressupostos os elementos componentes da culpabilidade normativa: imputabilidade, relação psíquica do autor com o fato (dolo ou culpa) e a normalidade das circunstâncias sob as quais o autor atua.¹⁰³ O surgimento do conceito da exigibilidade de conduta conforme o direito no conceito normativo será abordado no capítulo atinente ao conceito e natureza da inexigibilidade, destacando-se por ora que a partir do estabelecimento de uma necessidade de observação na culpabilidade de uma normalidade das circunstâncias concomitantes, desvela-se a inexigibilidade de conduta diversa como uma verdadeira causa geral de exculpação.

1.4.2 A questão da Culpabilidade pela conduta de vida em Mezger

O conceito que hoje se tem da culpabilidade pela conduta de vida, conforme anteriormente antecipado, possui raízes aristotélicas, porém toma forma e tratamento dentro do direito penal, destacadamente em Mezger.

Com a adoção do dolo normativo, alguns problemas no tocante ao conceito e sua aplicação começaram a surgir, especificamente, no que dizia respeito a crimes cuja imputação, dirigia-se àqueles autores tidos como criminosos “habituais” e “por tendência”.

O cerne da questão, residia na consciência da ilicitude, a qual inexistia ou restava extremamente mitigada, naqueles autores, cujo ambiente de formação e condução de vida, modificado do contexto maior, não lhes permitia identificar o que era o certo e o errado.

¹⁰³ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: ed. Julio César Faira, 2004, p.40-41.

Para a doutrina normativista, nesses casos, sem a consciência da ilicitude não há o dolo e destarte, não há a culpabilidade, não sendo portanto, punível o agente.

Mezger, muito embora afirme em sua obra que toda culpabilidade é uma culpabilidade de “ato isolado”, negando expressamente a existência de uma “culpabilidade de caráter”, introduz no mesmo trabalho o conceito segundo o qual existiriam “escalas” no juízo de culpabilidade, onde, dentre as diferentes escalas de juízo destacava-se “*la referència de la acción a la total personalidad del autor*”¹⁰⁴.

Detalha ainda Mezger considerações acerca daquelas que seriam “*las llamadas partes integrantes caracterológicas da la culpabilidad*”¹⁰⁵, onde, segundo sua concepção, a imputação estaria associada a personalidade do autor, resultando na própria essência da culpabilidade.

Considera então o Professor da Universidade de Munich, que os pólos que delimitam o âmbito e o espaço vital do trabalho jurídico-penal científico, seriam de um lado, a lesão jurídica objetiva e de outro, a personalidade do sujeito que realiza o ato¹⁰⁶.

Em face à exposição de Mezger, torna-se claro que sua *lebnsführungsschuld*, procurou vasculhar o passado do autor, tentando amparar decisões a serem tomadas, na medida em que, provada a existência, na conduta da vida anterior do sujeito, de uma culpabilidade no mesmo sentido do fato perscrutado, esta deve ser considerada como desvalor, ao lado da culpabilidade pelo próprio fato, e portanto em detrimento do autor¹⁰⁷.

Bettioli expõe que, a postura assumida por Mezger procurou ultrapassar a exigibilidade de uma conduta leal ao Direito, procurando abarcar também um pensamento fiel de cada indivíduo em uma espécie de “intervenção na esfera espiritual do indivíduo”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1949, p. 46.

¹⁰⁵ Ibidem, p.51.

¹⁰⁶ MEZGER, Edmundo, **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1949, p.58.

¹⁰⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, Parte geral, Rio de Janeiro: Forense, 1967, Tomo II p.35, em nota de rodapé.

¹⁰⁸ BETTIOLI, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970. p.302.

O que pretendia com essa concepção Mezger e seus defensores, ao que se pode entender, é que adotando-se a culpabilidade pela conduta de vida, passava o Estado a lançar seus olhos sobre a mentalidade e a personalidade do indivíduo, numa verdadeira reação anti-liberal, fruto de uma concepção política que procurou em dado momento da história o “abandono da neutralidade relativamente ao modo de ser e de pensar do indivíduo”¹⁰⁹, onde as tendências e a subjetivação do direito penal, atrelados a seu processo de eticização, foram os elementos necessários ao juízo de culpabilidade pela conduta de vida do autor. Neste flagrante retrocesso, Mezger induzia a possibilidade de que em matéria de perscrutar os fatos, nada mais se precisava saber, a não ser aquilo que o passado do autor oferecia.

Assim, consideramos tal interferência na personalidade, nefasta aos interesses do Direito, ainda que, permanências nesse sentido estejam ainda presentes em diversas correntes doutrinárias.

1.4.3 Insuficiências do Conceito Psicológico-Normativo

Apesar das inúmeras críticas formuladas, não podemos negar que os autores da teoria normativa, dentro de seu contexto temporal demonstraram possuir elevado grau de convencimento e aprovação em suas concepções, em face mormente às modificações que se seguiram ou que concomitantemente a esses conceitos, foram introduzidas aos dispositivos legais, e que, apresentavam-se em perfeita sintonia com o pensamento por eles exposto, podendo-se destacar v.g. o § 20-a do Código Penal Alemão, que previa a punição para os crimes habituais perigosos¹¹⁰, ou ainda conforme disposto no Código Penal Argentino pelo qual

¹⁰⁹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomo II, Coimbra: Coimbra, 1970, p. 303.

¹¹⁰ Sobre o qual comenta Asúa: “El 24 de noviembre de 1933 promulgóse la llamada ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección. Fué objeto de un comentario oficial, como solía ocurrir en las leyes del Tercer Reich, y de estudios y alabanzas acaso no del todo fundadas. Su sentido ‘defensista’, de carácter meramente científico, como el de la ley belga de 1930, se enturbia aquí con criterios autoritarios hijos de la época em que los preceptos alemanes se

Quando para aplicar la pena no se satisface con sola comprobación de que el individuo ha sido el autor material del delito, sino que, además, exige que el delito sea también la obra moral de su autor (arts. 34. incs. 1º y 2º, y 36 del Código Penal)¹¹¹

Urge destacar que os dispositivos mencionados encontravam-se todos em vigor, ainda nos primeiros lustros do século XX.

Faz-se mister no entanto, ressaltar que não podemos na análise dos conceitos de outrora, procurar sob uma visão presente, prescindir das idéias, que foram para determinada época, realmente inovadoras e tidas como solucionadoras (mesmo que temporariamente). Permita-nos portanto neste momento discordar respeitosamente de Velo, quando afirma que Goldshmidt e Freudenthal não foram convincentes em suas teorias¹¹².

Já no que concerne às insuficiências do sistema, a principal crítica a ser inicialmente apresentada quanto a concepção psicológico-normativa, diz respeito ao conceito de culpabilidade pela “conduta de vida”, tendo em vista não ser atribuição do direito penal e especificamente da culpabilidade, perscrutar o modo como as pessoas conduzem suas vidas, e sim seus atos.

Ao tomar os conceitos de Aristóteles, como supedâneo ao desenvolvimento de suas concepções, esqueceram os penalistas, que o filósofo estagirita escrevia sobre a ética e não a respeito de direito penal, onde princípios como o da legalidade não foram tratados¹¹³.

Outra crítica diz respeito a manutenção do dolo e culpa como elementos da culpabilidade e portanto distante de elementos subjetivos do tipo, onde o dolo normativo exigia uma consciência atual da ilicitude, também conhecido

dictan. Por eso, al lado de muy correctas medidas de seguridad, aparece la castración para ciertos delincuentes sexuales inveterados. El Código alemán de 1871 fué modificado en numerosos párrafos por esta ley de 1933.”(ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. Tomo I, Buenos Aires: Losada, 1956, p.349.).

¹¹¹ NUÑEZ, Ricardo C., **La Culpabilidad en el Código Penal**. Buenos Aires: DEPALMA, 1946, p.7.

¹¹² “Goldshmidt, Freudenthal e Mezger, ao contrário, dedicaram-se ao juízo de culpabilidade normativa, procurando seu verdadeiro conteúdo. Entretanto não foram convincentes com suas teorias.” (VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993 p.42)

¹¹³ Exemplificam com maestria esse conceito: “O sujeito de maus hábitos os terá adquirido por freqüentar tabernas e prostíbulos; esta conduta é claramente atípica, mas quando a ele se reprova sua ‘conduta de vida’, que desemboca num homicídio, estaremos condenando sua conduta anterior de freqüentar tabernas e prostíbulos, isto é, a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o juiz considera contrárias à ética (quando na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprio valores subjetivos” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI. Op. Cit p. 579).

como *dolus malus* ou *dolo-jurídico*¹¹⁴. Sem essa consciência atual da ilicitude não se falaria em culpabilidade.

Outro aspecto negativo da conduta normativa, dizia respeito, aos crimes de negligência, nos quais havia a impossibilidade de determinação já na conduta, se a ação era dolosa ou culposa, devendo perscrutar-se até a culpabilidade essa questão, e a partir da determinação de uma conduta culposa, retroceder-se a tipicidade e antijuridicidade para uma reavaliação e assim concluir-se o juízo concernente à uma infração do dever de cuidado.¹¹⁵

1.5 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade (Finalista)

Muito embora sejam os méritos desta concepção com a devida justiça depositados a Hans Welzel (1904 – 1977), urge salientar que vários foram os autores que contribuíram ao aperfeiçoamento do Sistema Finalista¹¹⁶.

Inspirado na Psicologia do pensamento¹¹⁷, especificamente na obra de Richard Hönlswald, unido aos trabalhos dos psicólogos, Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters bem como dos fenomenólogos P. F. Linke e Alexander Pfänder, e mais tarde (1935) reformulado por influência da obra de N. Hartmann, Welzel inaugura profundas mudanças nos conceitos do direito penal que aqui serão analisados exclusivamente no que concerne à culpabilidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

¹¹⁴ Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilicitude Em Direito Penal**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p.155. TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito. Variações e Tendências**. São Paulo: RT, 1980, p.48. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Op. Cit.* p.64.

¹¹⁵ TAVARES, Juarez, **Teorias do Delito. Variações e Tendências**. São Paulo: RT, 1980, p.49.

¹¹⁶ Podemos dentre outros destacar: Armin Kaufmann, Graf Zu Dhona, Günter Stratenwerth, , Hans J. Hirsch, José Cerezo Mir, Reinhart Maurach, Werner Niese, e Von Weber.

¹¹⁷ Segundo Welzel: “A estrutura final da ação humana não poderia ser percebida, nem a conduta final poderia ser considerada como a conduta especificamente humana, se não se partisse de uma determinada concepção do homem: a concepção do homem como ser responsável, aberto ao mundo, capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor.” (WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.15.)

O sistema finalista destaca-se pela sustentação da tese de que tudo no mundo está disposto em busca de um fim e ainda que todo acontecimento ocorrido no mundo deve ser explicado com o mote de dirigir-se a um fim.

A partir das insuficiências do conceito psicológico-normativo, já apontadas, elaborou-se um conceito exclusivamente normativo da culpabilidade, cujo passo decisivo no que concerne ao entendimento da valoração foi dado por Alexander Graf Zu Dohna, o qual tornou clara a necessidade de separação da valoração da culpabilidade (reprovabilidade), do objeto de valoração da culpabilidade (dolo)¹¹⁸.

Conforme expõe com propriedade Toledo acerca da concepção de Alexander Graf Zu Dohna, a culpabilidade não pode misturar-se com o objeto da valoração que lhe é exterior, justamente por ser aquela uma valoração, sendo destarte a culpabilidade tão somente uma censurabilidade, ou seja uma valoração, situando-se por sua vez o dolo no objeto da valoração¹¹⁹.

Problemas como o da culpa inconsciente, e da tentativa, que não encontraram fundamento lógico na doutrina de ação causal, serviram portanto de motivação para o desenvolvimento na década de 30 de trabalhos científicos cujo corolário era de que o dolo não representava propriamente um elemento pertencente a culpabilidade, mas sim um elemento pertencente mais adequadamente ao tipo¹²⁰.

A doutrina dominante partindo então, dos trabalhos de Welzel, passou a considerar no tipo e no injusto os elementos anímicos que antes pertenciam ao conceito da culpabilidade, incluindo nesse reposicionamento tanto os elementos subjetivos como a vontade da ação¹²¹.

Para o catedrático da universidade de Bonn, a culpabilidade contém uma dupla relação: “a ação do autor não é como exige o Direito, apesar de o autor ter podido realizá-la de acordo com a norma.”¹²²

¹¹⁸ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

¹¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, Op. Cit. p. 230.

¹²⁰ WELZEL, Hans. Op. Cit, p.69.

¹²¹ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

¹²² Ibidem, p. 87.

A partir dessa relação, está portanto assinalada uma característica de “reprovabilidade da culpabilidade”, envolvendo uma das questões primordiais ao entendimento do exigível e do inexigível na culpabilidade, ou seja a relação do dever e o poder. O dever enquanto posicionar-se conforme a norma ou ainda “não dever ser antijurídico”¹²³ em face ao “poder realizar a ação conforme a norma”, onde a partir dessa idéia primária filosófica, desdobra-se todo um estudo no que concerne a exigibilidade de conduta conforme a norma e suas conseqüentes excludentes, a serem tratadas já sob um enfoque finalista nos capítulos 4 e 5.

1.5.1 A Culpabilidade como reprovabilidade da resolução de vontade.

No conceito normativo puro, a reprovabilidade é configurada pela possibilidade do autor de um injusto penal de poder agir conforme a norma, ao invés da opção pela ação antijurídica. Essa reprovabilidade da culpabilidade

pressupõe, portanto, que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de um homem qualquer no lugar do autor, mas no sentido concreto de que esse homem, nessa situação, teria podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma¹²⁴.

Para que possa ser estabelecido esse juízo de reprovabilidade surgem dois questionamentos. Um atinente a questão do livre arbítrio e outro relativo a imputabilidade.

Nesta postura temática tão somente a questão do livre arbítrio será desenvolvida por estar imbricada à exigibilidade de conduta diversa, muito embora reconhecidamente a inexigibilidade como princípio atue sobre todos os elementos da culpabilidade.

¹²³ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

¹²⁴ Ibidem p. 94.

Na questão do livre arbítrio, Welzel destaca a necessidade de observação de três aspectos diferentes, os quais representam um conjunto lógico que sustenta a posição do autor quanto a liberdade do ser humano, ou seja, aspectos antropológicos, caracteriológicos e categoriais¹²⁵.

No aspecto antropológico, o autor finalista expõe o contraste do homem ao animal, pela presença de características negativas no primeiro, quanto a quase total liberdade de formas inatas e instintivas de conduta, já não observada esta liberdade nos animais. Por esse entendimento possui também o homem características positivas, enquanto ser capaz, e pela incumbência de descobrir e realizar por si mesmo a conduta correta, por meio de atos inteligentes¹²⁶, ausente esta, por sua vez nos animais.

Assim a questão do livre-arbítrio sob o prisma antropológico sustenta a concepção do homem como

um ser responsável, ou, mais exatamente, um ser com a predisposição de auto-responsabilidade: este é o critério decisivo que o distingue já existencialmente (como homo phaenomenon), e não somente normativamente (como homo noumenon) de todo o mundo animal.¹²⁷

No aspecto caracteriológico Welzel destaca a possibilidade que há no homem de dirigir seus impulsos anímicos, configurando estes impulsos um conceito restrito de vontade, diverso portanto da vontade que se volta para um fim externo, onde a direção da vontade, orientada de forma finalista, tem a função de possibilitar uma configuração da vida humana conforme à verdade, em sua finalidade e seu valor, propiciando destarte que o homem regule seus impulsos, sendo essa regulação isenta dos instintos biológicos¹²⁸.

Já no aspecto categorial, a questão do livre arbítrio em Welzel apresenta nova abordagem para o determinismo, onde tanto o monismo causal, como o indeterminismo, passam a ser rechaçados em face às limitações de seus conceitos absolutos, onde o determinismo tradicional, posicionava-se pela

¹²⁵ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. p. 94.

¹²⁶ Ibidem p. 95.

¹²⁷ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 223.

¹²⁸ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001,p. 99.

existência de uma única forma de determinação, enquanto o indeterminismo apresentava-se com a possibilidade de escolha arbitrária do atuar da “finalidade até o absurdo, do valor ao desvalor”¹²⁹, optando assim Welzel, por uma concepção equilibrada para a liberdade, relativizando-a.

Sustentava Welzel que, além do indeterminismo destruir a concepção do sujeito responsável (o que por si só não seria um motivo para sustentar a autodeterminação de Welzel), remetia a uma idéia de que todos os atos de vontade em um mesmo sujeito restariam compartimentalizados, com cada ato posterior estando dissociado do anterior, levando a inexistência de um ser responsável por seus atos, ou seja, estaria criada uma série desconexa de impulsos isolados pelas frações de tempo que comprometia a possibilidade de existência de um comportamento final ¹³⁰.

Portanto sob o aspecto categorial, o livre-arbítrio segundo Welzel, pressupõe a existência de várias formas de determinação, onde há resultados predeterminados por causas anteriores, que por sua vez dão origem a novas formas de determinação, até que, em seu conteúdo, tenha-se um fim a que se tem em vista, ou seja o que determinará a execução do ato.

A liberdade de vontade portanto “é a capacidade de poder reger-se conforme os fins. É a liberdade da coação causal, cega, indiferente aos fins, para a autodeterminação conforme os fins”.¹³¹

1.5.2 Estrutura da Culpabilidade Normativa Pura

O conceito finalista configurou a culpabilidade sendo composta pelos seguintes elementos: A imputabilidade (capacidade de culpabilidade), a consciência da ilicitude (conhecimento real ou possível do injusto) e a

¹²⁹ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.98-101.

¹³⁰ Ibidem. p.98.

¹³¹ Ibidem.p.99-100.

exigibilidade de conduta conforme o direito¹³², dos quais só nos ocuparemos detidamente nos capítulos seguintes, por questões de abordagem e abrangência do último dos elementos elencados.

No que concerne a sua compreensão no sistema finalista, a culpabilidade nessa estrutura, procurou instituir um juízo de reprovação sobre o autor de forma pura, fruto do descumprimento de deveres contidos no ordenamento jurídico.

Assim a estrutura da culpabilidade no sistema finalista, exige uma configuração, a ser observada no autor do injusto, a fim de possibilitar a reprovação do mesmo. Esse perfil se baseia no pressuposto de que o autor deverá ser capaz de motivar-se de acordo com a norma e ainda que, em face às condições do fato típico e antijurídico ocorrido, concretamente, esse mesmo autor, pudesse estar em condições de motivar-se por essas normas.

Ambos aspectos, podemos constatar, guardam correspondência direta à liberdade de vontade na concepção de Welzel, e mais, diretamente fundamentadas estão, na exigibilidade de conduta conforme a norma, onde, constatada a inexistência de capacidade concreta de motivação conforme a norma, não haverá como falar-se em exigir uma conduta conforme esta norma, em face à vontade viciada do autor, inexistindo liberdade de vontade, e destarte não reprovável ao autor a conduta por ele praticada.

Resta no entanto, a indagação científica de que forma se dá esse dever ser, fruto de infindáveis estudos acerca dos valores atribuídos àquilo que deve ser exigível e da desculpa penal do inexigível, tema que necessariamente deverá ser explorado adiante.

1.5.3 Insuficiências do conceito normativo-puro de Culpabilidade.

Dentre várias críticas recebidas, mormente originárias dos estudiosos causalistas e funcionalistas, destacamos as que, por sua consistência

¹³² WELZEL, Hans, **Direito Penal**. Trad. Dr. Afonso Celso Rezende, 1 ed. Campinas:Romana, 2003, p. 214-268

merecem recepção em nosso estudo, visto que indicam a necessidade de aperfeiçoamento do sistema finalista para a culpabilidade.

Inicialmente uma pergunta formulada não pôde ser respondida por Welzel. A indagação de como poderia o homem, libertar-se da pressão causal, cega, totalmente indiferente aos fins, para a autodeterminação conforme os fins, e mais, assumi-la ainda como uma missão plena de sentido.¹³³

Para isso Welzel justifica-se, explicando que não há possibilidade de resposta nem mesmo a outra questão visceral. A de que não há como explicar como uma causa pode produzir um efeito¹³⁴ e dessarte, mantendo a primeira indagação indemonstrável aos olhos de seus críticos, assim sentenciando Welzel acerca desta insuficiência do sistema finalista:

Com isso chegou-se ao limite máximo da análise do problema da liberdade. A pergunta sobre como pode o homem libertar-se da pressão causal para a autodeterminação conforme os fins e assumi-la como uma missão plena de sentido não pode ser respondida, do mesmo modo como a pergunta acerca de como consegue a causa produzir o efeito. A pergunta aqui carece de razão.¹³⁵

Outro aspecto a ser destacado diz respeito à retirada total do dolo como elemento da culpabilidade, o que na opinião de alguns autores não se justificaria em face não só de uma rigidez de reprovabilidade como também, pelo fato de que sua manutenção apenas como fator de reprovação na culpabilidade, proporcionaria solução a problemas inclusive de ordem sistêmica¹³⁶, o que em nada interferiria em sua presença anterior já no tipo, postura a qual nos unimos em face aos papéis distintos e complementares que propiciaria tal mudança.

Destaca-se ainda como insuficiência da concepção finalista da culpabilidade a fundamentação da reprovação a partir da formação de vontade do autor, que guardadas as devidas proporções adota a culpabilidade pelo caráter, ou pela conduta de vida, anteriormente exposta, que decerto não

¹³³ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.101.

¹³⁴ Ibidem p. 101.

¹³⁵ Ibidem p.101

¹³⁶ TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito. Variações e Tendências**. São Paulo: RT, 1980, p.89.

representa o modelo mais adequado à perscrutar sobre a culpabilidade do autor de um injusto penal.

Há ainda autores que já anunciam até mesmo ante algumas dificuldades do modelo finalista a “teoria complexa da culpabilidade” ressuscitando uma culpabilidade dolosa, como solução sistêmica mesmo ao erro de tipo, o que vemos com extrema reserva quanto a validade, e como bem assinala Rodrigues, devemos manter cautela nessa admissão¹³⁷.

Em face ao objetivo estabelecido por esta postura temática no que concerne a sua abordagem e abrangência, aqui não serão desenvolvidos os conceitos de “co-culpabilidade”, da culpabilidade fundamentada na “teoria do fim da pena” e da “possibilidade de atribuição”

1.6 O Modelo Funcionalista e a Culpabilidade

Uma vez exposto o modelo finalista, adotado pelo ordenamento pátrio, é oportuno que seja exposto um conceito que, fruto em parte das insuficiências do modelo finalista, e por outro da sustentação de um Projeto Alternativo Alemão, vem ganhando força nas últimas décadas, principalmente pelas respostas teleológicas que apresenta, contendo em seu bojo, sem dúvida algumas soluções às deficiências do sistema finalista, porém encetando outros problemas de certa forma mais graves que as dificuldades do modelo finalista, atualmente enfrentadas.

Do inconformismo das afirmações indemonstráveis do livre-arbítrio, defendido em concepções pretéritas, adotando conceituações de Franz Von Litz e com raízes fincadas no organicismo, procurou-se por meio de um Projeto Alternativo, encetar um olhar e postura, diferenciados na Teoria do Delito, não mais procurando conciliar o direito penal e as diretrizes político-criminais, mas sim formular um conceito híbrido, onde conceitos e diretrizes de origem diversa, passam a pertencer a um conjunto conceitual que defende a ciência

¹³⁷ Sobre o tema onde Jescheck, Wessels e Maurach são os grandes defensores vide: RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p.154.

sistemática no campo jurídico penal. Identifica-se então, por meio do enxerto de valores político-criminais ao sistema do direito penal uma nova postura, um novo olhar lançado sobre o injusto e a culpabilidade.

Oportuna é a colocação de Cirino, quando se refere ao modelo funcionalista como um desdobramento decorrente da crise vivida pelo conceito finalista de culpabilidade, o qual,

na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável; desdobramentos dessa crise são, por exemplo, novas propostas, como a teoria da responsabilidade normativa, de ROXIN, que procura integrar o conceito de culpabilidade, compreendendo capacidade de culpabilidade e conhecimento real ou possível do injusto, com o conceito de necessidade preventiva da pena, como categoria capaz de dar conta das situações de exculpação, que supõem a culpabilidade – porque somente autores culpados podem ser ex- ou desculpados – mas que ainda são discutidas dentro do conceito de culpabilidade.¹³⁸

Em busca das origens funcionalistas podemos com aferido grau de acerto, localizá-las nos antecedentes organicistas do modelo funcional, bem como raízes nas teorias dos sistemas, estruturalistas, estruturais-funcionais e na teoria funcional de Luhmann¹³⁹.

No desenvolvimento desta postura, no que concerne ao funcionalismo, a abordagem das teorias de Claus Roxin, merecerá destaque em face a legítima representação nos estudos funcionalistas, ou ainda teleológico-racional.

O Sistema Teleológico-Racional (funcional), é fruto de um trabalho que a partir de suas raízes acima descritas, desenvolve-se desde a década de 70, onde a idéia principal de seus adeptos, era de uma concepção apartada de influências do finalismo, rechaçando destarte, para sua construção sistemática jurídico-penal todos dados prévios ontológicos, que a dogmática histórica lhe apresentava tais como ação, causalidade, etc.¹⁴⁰

¹³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos, **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.205.

¹³⁹ Para detalhamento das teorias: TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 52-67.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002, p.205.

Com esse intento, toma Roxin premissas neokantianas que, segundo opinião própria, foram insuficientemente desenvolvidas nos modelos neoclássicos¹⁴¹.

No que concerne especificamente a culpabilidade no modelo funcional, a mesma passa a ser tratada em uma nova categoria, mais expandida denominada “responsabilidade”, onde a culpabilidade acrescida de uma necessidade preventiva geral e especial apresentar-se-á relativizada. Só alcançará portanto a “responsabilidade” do autor no caso de “concorrerem em conjunto”¹⁴² a culpabilidade e suas necessidades de prevenção.

Para Roxin, a culpabilidade não deve ser considerada como mero juízo de valor, e sim, composta por elementos de conteúdo material de carácter objetivo e subjetivo, destacando que, para a exatidão do conceito de culpabilidade, há de ser considerada a distinção entre o “objeto de valoração”, designado como o tipo de culpabilidade, a “valoração em si” designada como reprovação, e a união do objeto com a predicado de valor, ou seja o “fato culpável”. Em suma defende Roxin que a reprovação do fato deve ser considerada na totalidade do fato e não limitada à culpabilidade.¹⁴³

Por esta razão, e considerando que o finalismo não logrou êxito na comprovação empírica do livre arbítrio, é que Roxin rechaça também o papel desempenhado pela exigibilidade, definindo-a como uma “*cláusula totalmente carente de conteúdo*”, e mais elegendo a “*nocividade social*” sim, permeada de conteúdo válido às questões necessárias a serem enfrentadas pelo conceito de culpabilidade.¹⁴⁴

Assim é que Roxin, negando o papel da inexigibilidade na culpabilidade, por simplesmente entender que as reais razões da imputação ficam encobertas, passa a abordar a reprovação ao autor como envolvente do fato como um todo (não restrita apenas a culpabilidade).

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002. p.206.

¹⁴² ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 207-208.

¹⁴³ ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p.200.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 202.

Negando Roxin a discussão sobre o livre arbítrio e acerca da valoração do fato, destaca que a questão que envolve a culpabilidade, não está no poder do indivíduo para atuar de outro modo no momento do fato, mas sim a questão diz respeito àquilo que o ordenamento jurídico exige do autor, em face às suas condições e das circunstâncias externas ao ocorrido quando comparado com as circunstâncias de outros homens naquela situação.¹⁴⁵

Pondera ainda Roxin que na concepção de Welzel, tal exigibilidade da forma como se apresenta, não deixa claro por quais critérios valorativos se determinam.¹⁴⁶

Segue Roxin em sua exposição colocando que dessa forma, o “não poder atuar de outro modo” ou ainda a inexigibilidade de conduta diversa, não explica nada em relação aos casos de exculpação como no estado de necessidade exculpante, em que a desculpa deve basear-se por outros critérios que não sejam a inexigibilidade de conduta diversa por não poder atuar de outro modo.¹⁴⁷

Assim é que temos como ponto de partida na concepção de Roxin a impossibilidade de comprovação empírica, no modelo finalista, do poder individual de atuar de outro modo, comprometendo destarte, por sua concepção, todo o conceito de **exigível** e **inexigível** fundado no ser, dever ser e “livre-arbítrio”.

Devemos pontuar que os trabalhos desenvolvidos por Roxin, não devem no entanto serem admitidos como uma concepção única, visto que, são fruto de mais de trinta anos de pesquisas, sejam de ordem geral desde 1973 à 1987, bem como permeados das mais diversas influências, trabalhando problemas conceituais específicos, onde, apesar de manter suas linhas mestras, são inegáveis as influências recebidas das críticas recebidas, bem como das políticas mutantes, de várias décadas.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 204.

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 204

¹⁴⁷ ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 204-205.

¹⁴⁸ Assim é que expõe Albuquerque acerca da reconstrução funcionalista do conceito de culpa em Roxin. (ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à Actual Discussão Sobre o Problema da Culpa Em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 1994, p.17)

Günther Jakobs, considerado outro expoente da concepção funcionalista, maximizou o papel destinado à prevenção geral.

Assim enquanto Roxin não procurou integrar por completo a culpabilidade à prevenção, reservando-a o papel a certas causas de exculpação, em face, principalmente a existência de limitações mútuas entre os dois conceitos, já Jakobs operou uma verdadeira fusão da culpabilidade à prevenção, passando o fim da pena a determinar o conteúdo da culpabilidade.

Temos portanto, pela concepção de Jakobs, como exemplifica Lynett, que no caso de um inimputável, a ausência de culpabilidade não mais se funda na impossibilidade de agir de outro modo, mas sim, que, para a sociedade a conduta do inimputável não mais representa um ato relevante a ponto de ensejar uma estabilização do sistema por meio de uma pena.¹⁴⁹

Jakobs cujo preceptor foi Hans Welzel, “vira de ponta-cabeça”¹⁵⁰ os conceitos de seu mestre, descaracterizando a causalidade, poder, ação, etc. tudo em prol de uma construção que privilegiasse as necessidades jurídicas de regulamentação, tendo como um de seus corolários a total absorção da culpabilidade pelo conceito de prevenção geral¹⁵¹, atendendo assim a “teoria dos fins da pena”.¹⁵²

Dessa forma Jakobs entende que, as decisões inerentes a culpabilidade do agente em nada tem a ver com a decisão que se tome em relação a um livre – arbítrio, ou ainda, a culpabilidade, comunica-se tão somente com uma manifestação de falta de fidelidade ao direito.¹⁵³

¹⁴⁹ CALLEGARI, André Luís; Et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

¹⁵⁰ Exatamente assim define Roxin o trabalho desenvolvido por Günther Jakobs. (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002 p. 209).

¹⁵¹ Segundo o próprio Jakobs expõe: “O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas da sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização dos sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim. O conceito funcional de culpabilidade é por necessidade descritivo precisamente na medida em que a sociedade se encontre determinada.”(JAKOBS, Günther, **Sociedade, Norma e Pessoa**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p.44-45)

¹⁵² ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002 p.209.

¹⁵³ JAKOBS, Günther. **Culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales** Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Colômbia: Universidad externado de Colômbia, 2003, p.55

A liberdade de que trata Jakobs. e que se relaciona à culpabilidade não é a do livre-arbítrio, mas sim a liberdade de auto administrar-se, ou seja, liberdade de cabeça e de organização próprios, que entendemos também estar inserida no conceito de liberdade a que se refere o livre-arbitrio.

1.6.1 - A Questão da Responsabilidade no Conceito Funcionalista da culpabilidade

Considerada uma categoria, a “responsabilidade” no funcionalismo encontra-se bipartida na culpabilidade do autor e na necessidade de prevenção.

Essa expansão do conceito de culpabilidade procura mitigar as influências filosóficas da abordagem da culpabilidade e mormente rechaçar a idéia do **dever ser** de cunho filosófico existencial. Conforme exemplificado por Roxin, onde,

No chamado estado de necessidade exculpante (§35), por ex., o autor age não só antijuridicamente, ele também pode agir diversamente, e se comporta também de modo culpável, o que se deduz do fato de que, no §35, I 3 ele tem de suportar o perigo e é punido se não o fizer. Se não ocorrer um tal caso excepcional, também não se pode explicar a isenção de pena com base na exclusão da culpabilidade. A não punição decorre, muito mais, de que o legislador considera que em tais situações extremas não existe qualquer necessidade de prevenção geral ou especial, de modo que nestes casos a responsabilidade jurídico-penal desaparece.¹⁵⁴

Entendemos portanto, pelo exemplo apresentado por Roxin, que o autor desloca o ângulo de foco de abordagem da culpabilidade, da individualidade do autor do injusto no caso concreto, para uma questão de política criminal, passando a ser esta, a razão final e única de uma exculpação ou não do autor.

Em verdade, fruto da visão sistêmica, o que passa a vigorar como nodal ao afastamento ou não da responsabilização, não mais é a valoração, ou melhor a desvaloração conferida àquele fato típico e antijurídico, mas sim, o

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002 p.241.

que decorre para o sistema como um todo, daquela ação. Assim defendemos não obstante, que mesmo no sistema funcionalista, para a culpabilidade não estão desprovidos de valor as abordagens da responsabilidade do autor, e sim a valoração ou desvaloração passa a considerar o equilíbrio ou desequilíbrio sistêmico por conta daquele injusto.

Rigorosamente, o conceito de prevenção geral e especial de Roxin, passa a conduzir toda a abordagem da culpabilidade, submetidas portanto a política criminal vigente. A inexigibilidade no funcionalismo aparece de forma extremamente restrita, sendo admitida somente quando da inexistência de exigência de prevenção, fruto de uma abordagem reducionista - utilitarista.

A concepção de Roxin, procura por meio de uma reconstrução, eleger como liberdade relevante ao juízo de culpa, aquela concebida por meio de uma abstração de cunho normativo e não a verdade ontológica, distinguindo ainda, a culpa que irá fundamentar a pena, da culpa que servirá como medida da pena, onde os limites mútuos são colocados de diferentes formas.

Estabelece Roxin em sua concepção que, “os princípios político-criminais da teoria dos fins da pena sustentam a categoria sistemática que comumente se denomina culpabilidade”¹⁵⁵

Identificamos portanto na concepção funcionalista, uma tentativa de reunião dos diversos tratamentos dogmáticos penais, e mais submetendo a tratamento valorativo a culpabilidade, enquanto responsabilidade, ensejando uma punição, ou não, conforme a necessidade político-criminal.¹⁵⁶

1.6.2 - Insuficiências do Modelo Funcionalista da Culpabilidade

Muito embora em seus estudos Roxin pretenda elaborar um conceito material para a culpabilidade, o que podemos constatar é o deletério

¹⁵⁵ ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p.209

¹⁵⁶ Em comunhão ao exposto por CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 47.

afastamento das questões centrais do livre-arbítrio, do ser, do indeterminismo e por que não dizer da valoração do ato praticado em benefício de uma valoração da política criminal.

Assim, encetamos a crítica ao sistema funcionalista para a culpabilidade, pelo mitigado papel reservado ao ser, com a eleição pura e simples de um dever ser como paradigma de exigibilidade ou não de determinada conduta.

Há de se considerar que, não obstante a contribuição funcionalista na solução parcial de problemas da conceituação de culpa, sua desconsideração da liberdade ôntica e de uma censura ética, em prol da recepção de uma liberdade como simples regra social, faz com que, aproxime-se essa concepção, guardadas as devidas proporções, da falácia naturalista, onde, a partir de uma concepção de valor descritivo e crítico, quanto ao funcionamento de um sistema, procura-se a utilização desses mesmos critérios a fim de regular o funcionamento sistêmico. Ou seja, não há como nem mesmo aceitar uma reconstrução da estrutura funcionalista tendo em vista que esta, como destaca Albuquerque, possui vícios fundamentais, como a “falta de legitimação da funcionalização da culpa penal, o do seu défice de operacionalidade, o da sua insuficiência ideológica e o do seu ilogismo”¹⁵⁷.

Evidente está, que os valores sempre estarão presentes nas concepções de culpabilidade, mas no funcionalismo não é levado em consideração os aspectos do poder agir de outro modo, por entenderem seus adeptos tratar-se de um conceito indemonstrável empiricamente, mas, no entanto, não apresentam um modelo capaz de substituir as considerações do ser quando em cotejo ao dever ser, optando simplesmente pela desconsideração de tal aspecto.

A concepção funcionalista em um segundo momento crítico pode, conforme sua estrutura, tanto limitar o poder punitivo do Estado, como também justificar as arbitrariedades deste, quando entende o sujeito como um ser motivado pelas normas e reserva ao nível da responsabilidade, situado em patamar superior à culpabilidade, um papel ratificador da punição ou não do autor de um injusto penal.

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à Actual Discussão Sobre o Problema da Culpa Em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 82-83.

A partir deste reducionismo que de forma pragmática evita trabalhar conceitos filosóficos, o homem, enquanto autor de um injusto, torna-se um elemento que, pressupõe-se estar motivado pelas normas, onde a prevenção geral não se deixa permear pela legitimidade ou não da norma, mas assume-a como adequada cobrando responsabilidade de condutas contrárias ao ordenamento jurídico penal. Inexplicavelmente, tais normas já são, até que se provêm que não podem ser, abstraindo-se assim do componente valorativo de sua legitimação.

Por fim, constatamos que a substituição na culpabilidade, do foco em relação aos desvalores sociais e filosóficos do ato praticado, já eleitos estes pela realidade cultural, inerentes ao ser humano, por desvalores político-criminais, implica em toda uma insegurança e instabilidade do ser em face às exigências do dever ser.

De todo o exposto acerca das transformações no conceito de culpabilidade, podemos constatar que se trata de uma concepção atual inacabada, em aperfeiçoamento, e que reúne os méritos e desacertos de um longo caminho em busca, por um lado de garantias ao autor de um injusto penal e por outro lado, do atendimento da política criminal de determinada época, seja por meio explícito como pretende a concepção funcionalista, seja veladamente como diversas concepções passadas pretenderam, sempre aproximando-se dos fins do Estado em detrimento por vezes da consideração do valor do ser, pelo que é, em favor do que deve ser, vontade ultima do Estado.

CAPÍTULO 2 - SOBRE OS INSTITUTOS HISTÓRICO - DOGMÁTICOS DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Apresentados os contextos históricos da Culpabilidade, bases para o entendimento do ambiente sob o qual se desenvolveu o conceito de inexigibilidade, elegemos este momento da postura temática para a análise das concepções desenvolvidas por aqueles penalistas que, doutrinariamente, reconheceram, conceberam e aperfeiçoaram o conceito da exigibilidade de conduta conforme a norma e como consequência deste, o princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Nas concepções de Reinhard Frank, Berthold Freudenthal e James Goldschmidt, encontramos o cerne do esforço no sentido da incorporação normativa do conceito de exigibilidade de conduta conforme a norma; longe no entanto de constituírem suas idéias, como será demonstrado, uma teoria unitária. A partir de Frank, ocorre a superação conceitual do conceito psicológico da culpabilidade, por meio da introdução do pensamento normativo no seio da culpabilidade e por conseguinte, propiciando ao conteúdo no ilícito penal, uma abordagem não mais restrita aos elementos subjetivos, sendo esta a razão pela qual, encetaremos este capítulo com a análise do opúsculo produzido por esse penalista.

A história nos narra que a discussão acerca da questão da não exigibilidade, somente passa a ser tratada de forma expressa, a partir da segunda metade dos anos vinte, onde as polêmicas que cercavam o estado de necessidade, obtiveram ecos, por meio da controvertida “no exigibilidad” contida no projeto alemão de 1925¹⁵⁸. Isto tudo evidentemente quando tratamos da disposição em lei do assunto, sendo inegável as concepções que encetaram seu reconhecimento e que ora analisaremos.

Aqui também nos parece bastante propício destacar o papel desempenhado pelas ciências da filosofia, sociologia e antropologia, e mais

¹⁵⁸ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad Como Principio Jurídico Regulativo**. Trad. José Luis Guzman Dalbora, Buenos Aires: Julio César Faira, 2005, p.49.

ainda, o peso da tridimensionalidade do fato, valor e norma, tornando parcialmente compreensível, a assunção de determinadas posturas, onde a importância do fato, do valor ou da norma variaram de época à época influenciando diretamente no aperfeiçoamento do conceito daquilo que deveria ser exigível ou mesmo inexigível do autor de um fato típico e antijurídico.

Não obstante, podemos provisoriamente afirmar que, os aperfeiçoamentos do instituto da inexigibilidade de conduta diversa guardam estreita relação com o caminho percorrido no reconhecimento e operacionalização do direito enquanto fato, valor e norma, conforme já desenvolvido por Reale.¹⁵⁹

A partir desse ponto, faz-se mister uma abordagem crítica da inexigibilidade de conduta diversa, sustentada por vezes, pela doutrina, como um conceito nascido juntamente com o conceito normativo de culpabilidade e a esta permanecendo conectada ao longo de todas as transformações posteriores¹⁶⁰.

Para uma abordagem crítica da inexigibilidade encetaremos uma busca ao seu surgimento e aperfeiçoamento histórico, onde não há como, neste momento da análise crítica, prescindir do pensamento jus filosófico que sempre norteou os trabalhos daqueles que trabalharam as concepções da culpabilidade.

Bem certo é que, a filosofia do direito debateu-se por séculos quanto a polêmica do **dever ser**, do **ser**, do **poder conduzir-se** e da **liberdade**, seja esta positiva ou negativa, sendo que na questão da exigibilidade fica evidente sua fundação em tais princípios, procurando sempre nesta base, arraigar as exigências de uma conduta conforme a norma.

Assim a liberdade do homem, em uma abordagem filosófica, parece ter ocupado um papel nodal como pressuposto de uma exigibilidade ou inexigibilidade, e portanto prescindir de sua análise seria desconsiderar um dos cerne de nosso objeto de investigação.

¹⁵⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, Vol 2, p. 373 et. seq.

¹⁶⁰ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003, p 29.

Procuraremos desvelar portanto, nos estudos desenvolvidos neste capítulo, se reside a questão da exigibilidade e seu reverso, inexigibilidade, em parte, nos contextos temporais estreitamente ligados aos confrontos do direito natural e direito positivo que, na questão em pauta, assumem um ângulo diferenciado de observação das ações, onde o foco centra-se na questão do “dever ser” contrapondo-se ao “poder ser”.

A problematização de tal abordagem, ao que nos transparece os estudos desenvolvidos por jus filósofos das mais diversas correntes, guarda estreita correspondência ao esforço histórico de procurar demonstrar a realidade de um livre-arbítrio por um lado, que de certo fundamentaria a culpa, com base em um indeterminismo, e por outro, uma recorrência cíclica de, pautados em um determinismo, tomar como indemonstrável o livre-arbítrio, tratando então a questão de um “dever ser” como escolha pragmática, como uma adesão conceitual, independente de verificação, por que assim deveria ser, e a partir dessa convenção moral, exigir um comportamento conforme o direito.

Porém o que aqui nos propomos é debruçar-nos ante tais divergências retratadas sob suas manifestações históricas, a procura de respostas que, rechaçando qualquer base “*a priori*” de fundamentação da exigibilidade de conduta conforme o direito, evidencie o espectro das transformações a que foi submetido esse conceito em busca de seu aperfeiçoamento. Não há portanto, como de maneira simples ou reducionista assumir uma só postura, negando ou aceitando determinado tratamento da conduta humana na culpa, sendo tão somente colocado a título de introdução ao pensamento acerca da inexigibilidade que, desde o momento em que a ciência positiva não pode atribuir explicações a questão filosófica da valoração da conduta humana, instaurou-se um problema ético, ou seja o problema do “valor do homem como ser que age, ou melhor, como o único ser que se conduz”¹⁶¹, onde perscrutar o homem em relação aos seus atos, confrontando-o ao ordenamento vigente, seja jurídico ou não, passou a impor-se.

¹⁶¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, Vol I, p.35.

A partir desse ponto, temos necessariamente que considerar que, as questões que envolveram as apórias acerca da liberdade, determinismo, indeterminismo, valores, fatos e mesmo normas, apresentaram-se ao longo da história travestidas das mais diversas formas de abordagem, sempre imbricadas estas, ora a corrente jusnaturalista, ora a corrente do positivismo jurídico.

Assim temos que Frank, Freudenthal e Gosdschmidt, maximizam a abordagem desses temas centrais sob o ângulo do ser, dever ser e do poder agir de outra forma, procurando desta forma, o aperfeiçoamento da culpabilidade, e mais, fazendo surgir a partir desses argumentos, o conceito da exigibilidade de conduta diversa, bem como seu aspecto negativo, a inexigibilidade.

Oportuno se faz portanto, ao encetarmos a análise das concepções que visaram o aperfeiçoamento do conceito de exigibilidade, lançar olhos sobre os pensamentos de Platão, onde já desvela-se uma noção de que o direito natural é o arquétipo meta jurídico de todas as construções do direito positivo, ficando estabelecido assim, uma subserviência dos ordenamentos a um direito mais completo, mais perfeito. Dessarte, Platão buscou uma forma de pensar o justo independente da idéia de justiça praticada pelos sofistas¹⁶², nos indicando que a distância do finito ao infinito é infinita, onde o iluminado argumento, demonstra toda a fragilidade, toda imperfeição das leis, aqui retratadas como o finito. O Direito positivo em sua finitude jamais alcançará a plenitude do direito natural, equivalente por Platão ao infinito¹⁶³.

Quanto ao “dever ser”, pressupõe o filósofo, a existência de normas, indicando estas, ao longo da história “aquilo que é bom que aconteça ou que

¹⁶² Para os Sofistas a Justiça e a injustiça não passam de convenções, enquanto Platão proclamava o justo como “*dar a cada um o que lhe é devido*” sem no entanto prever em seu estado o lugar e a vez da Liberdade. (COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. 5ªEd. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 31-34.)

¹⁶³ FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.26.

se pode prever ou exigir”¹⁶⁴, defendendo Platão que “o Bem e o ‘dever ser’ sustentam e agregam todas as coisas”¹⁶⁵.

Pontuarmos a questão do ser e do dever ser, torna-se necessária, para que possamos então, identificar e compreender, mesmo que em apertada síntese conceitual, suas influências aos trabalhos desenvolvidos no caminho do aperfeiçoamento da exigibilidade de conduta diversa e seu reverso, muito embora o embate filosófico entre a realidade e o ideal, não terão nesta postura temática, o espaço de análise mais propício ao tema.

Essas influências filosóficas com escopo ético, permearam as idéias de pensadores que, a exemplo de Kant (1724 -1804), tiveram atenção especial, ao indagar filosoficamente, que papel era desempenhado pelas leis sobre o homem, sugerindo estas, caminhos e impondo limites, decorrendo de tais colocações o surgimento de um outro problema ligado ao “dever ser”, que também não passou despercebido, o do valor da ação humana.

Defende Kant, que a obrigação do ser humano, não se fulcra nas situações do mundo, nem tampouco na natureza do homem, mas sim em um “*a priori*” dos conceitos da razão pura.¹⁶⁶

Essa separação proposta por Kant, colocava a obrigação representando a força da ética e a legalidade, representando o direito ditando a ação. Esse entendimento, não considerando para tal imposição, os motivos atuantes sobre o ser, originou o conceito de liberdade para Kant, onde segundo o filósofo, este seria um direito originário, que caberia a cada ser humano por conta de sua própria humanidade.¹⁶⁷

Permitamo-nos no entanto, não aprofundarmos a abordagem acerca da liberdade do ser, apresentando-a tão somente, como autentica norteadora dos conceitos que envolveram o amadurecimento do conceito da inexigibilidade da conduta diversa da praticada pelo autor como causa de exculpação.

¹⁶⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4ª Ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.267.

¹⁶⁵ Apud, ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit. p. 267.

¹⁶⁶ COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. 5ª Ed. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.60.

¹⁶⁷ Idem, p.61.

Ainda com Kant, já em sua “Crítica da Razão Prática” (1788), somos conduzidos a idéia do que já pode ser considerado, como uma base de inspiração ao conceito de inexigibilidade de conduta diversa de cunho moral, onde Kant exemplificando um furto, cuja ocorrência foi motivada pela lei natural da causalidade, matiza todas as circunstâncias que envolvem o ocorrido, e conclui que

neste caso era impossível que ele deixasse de realizar-se; como pode então o ajuizamento segundo a lei moral produzir, neste caso, uma alteração e pressupor que tal ato, não obstante, tivesse podido deixar de realizar-se, porque a lei diz que ele deveria ter sido evitado¹⁶⁸.

Fica assim deveras patente, que as concepções formuladas por Frank, Freudenthal, Goldschmidt e mesmo Mezger dentre outros, acerca da inexigibilidade, não surgiram de uma “visão”, senão fruto de vivências interpessoais e influenciadas estas vivências, por pensadores que já desvelavam a necessidade de serem considerados aspectos como a liberdade, a ética, a moral, e mormente as circunstâncias em que a ação foi praticada em face “*de lege lata*”.

Encontramos ainda, em Nicolau Hartmann o **dever ser** como sendo a própria possibilidade real, representando a realização do que “pode e deve necessariamente realizar-se”.¹⁶⁹

Nesse ponto de investigação, nossas buscas ao encetamento da consideração da inexigibilidade de conduta diversa, nos remetem ao contexto temporal da Alemanha recém unificada (1871), onde o segundo Reich inaugurava uma constituição baseada na Carta da Confederação Germânica e ainda promovia a unificação dos códigos civil e criminal, desvelando-se nos tribunais o que viria a ser tratado posteriormente na teoria.

Nesse contexto, na Alemanha, a Quarta Sala Penal em 23 de março de 1897¹⁷⁰ particularmente, nos fornece indícios de que a prática dos tribunais

¹⁶⁸ Kant, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.155.

¹⁶⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4 ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.268.

¹⁷⁰ Assim reconhecem esta data e sentença (Vol 30, pg 25), como um marco inicial no tratamento da inexigibilidade: FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004. p.42. FREUDENTHAL, Berthold.

inspirou a dogmática e desta surgiu o aperfeiçoamento do que hoje reconhecemos como inexigibilidade de conduta diversa.

Frank e Mezger narram o caso em que o acusado, cocheiro, teria que guiar dois cavalos, sendo que um deles, era conhecido seu e de seu patrão como possuidor de habilidades de agarrar as rédeas e destarte, ser rebelde a ponto de provocar um acidente.

Em uma das viagens em que o acusado deveria realizar sob ordens, o cocheiro preveniu o proprietário da cocheira da possibilidade de uma ocorrência.

Foi determinado então, pelo proprietário que o cocheiro seguisse seu caminho sob a ameaça de ser despedido, caso não cumprisse a ordem.

Iniciado o cumprimento da missão, ocorreu o que era previsto pelo cocheiro e proprietário, tendo o cavalo agarrado as rédeas e fazendo com que o cocheiro perdesse totalmente o controle sobre a parelha, atropelando e produzindo lesões em um transeunte¹⁷¹.

No caso em tela o Tribunal Superior do Reich declarou que correspondia a imprudência o “descumprimento de uma medida de cuidado e de atenção para o bem estar geral (...) que podia ser exigida do autor”¹⁷². Ponderou no entanto a colenda Corte em seqüência ao julgamento, se poderia ter sido o acusado considerado

Obrigado a não obedecer a seu patrão e suportar a perda de seu emprego, tendo em vista a possibilidade consciente de lesionar terceiros com a utilização dos animais, ou pelo contrário, deveria o acusado fazer prevalecer esta última consideração sobre o motivo que o impelia ao cumprimento da ordem de seu patrão¹⁷³

Assim a decisão do Tribunal Supremo foi a de considerar que somente a previsibilidade do acidente não era por si só, fundamento da culpa, colocando ainda que

Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, pg . 80. MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal.** Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, Tomo II, p.207

¹⁷¹ FRANK, Reinhard. Op. Cit.. p.43. MEZGER, Edmundo. Op. Cit. p.207.

¹⁷² FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad.** Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004. p.43.

¹⁷³ Ibidem, p.43.

Diariamente e a cada hora [...] se iniciam inúmeras ações que, qualquer um que reflita sobre isso perceberá, no íntimo a possibilidade de ser causa para a lesão da integridade corporal e inclusive da vida de outras pessoas, e nas quais o agente haverá de ter consciência, até com regularidade, de que, nem se quer a aplicação do maior cuidado de sua parte ao executá-las, pode excluir totalmente a verificação dos riscos associados a ação¹⁷⁴.

O Tribunal Supremo considerou então decisiva a “disposição das circunstâncias concretas”¹⁷⁵, sopesando para tal por um lado, o **dever** do acusado, ou ainda se era possível exigir-se do acusado a desobediência a seu patrão em face a, **poder** o acusado comportar-se de maneira diversa daquela. A decisão do Supremo Tribunal, foi a de ratificar a decisão de absolvição de primeira instância, inaugurando com isso, a prática da inexigibilidade de conduta diversa

“Por tanto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia: no hubo culpa, porque, según la constatación de los hechos realizada por la Audiencia, no podía exigirse al acusado que rehusara obedecer su patón y perder colocación y pan, solo para evitar la realización del tipo¹⁷⁶”

A decisão do supremo tribunal frente à realidade dos fatos é considerada um juízo de valor¹⁷⁷ acerca de algo que não se encontrava no autor e tão pouco no ordenamento vigente¹⁷⁸, mas sim em relação às circunstâncias que atuavam sobre o contexto da ação perpetrada.

No rumo de nossas investigações devemos neste momento indagar que motivos teriam levado o tribunal a tão importante e inédita decisão.

Sem procurarmos respostas absolutas à indagação ora formulada, parece-nos bastante sugestiva as atividades desenvolvidas a partir de 1888 na Alemanha pela Escola de Política Criminal, que tinha dentre vários princípios, o

¹⁷⁴ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p 81.

¹⁷⁵ Ibidem, p.81. Já para Frank, o que foi considerado pelo Tribunal reside nas “circunstâncias concomitantes”, conceito que será pelo autor reformulado com o passar dos anos. (FRANK, Reinhard. Op. Cit. p.43)

¹⁷⁶ FREUDENTHAL, Berthold. **Op. Cit.** p. 81.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995, p.135.

¹⁷⁸ Apesar de não previsto, Mezger expõe que não havia qualquer obstáculo legal que impedisse o funcionamento da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade. (MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1949 p.204)

minoritário e já superado de que a imputabilidade teria por base a responsabilidade penal e ainda, de que somente seria declarado culpado o sujeito que tivesse a capacidade de se conduzir socialmente¹⁷⁹. Muito embora Liszt pertencesse a corrente dos defensores do conceito Psicológico de culpabilidade, suas idéias decerto, representaram uma base para o trabalho científico do normativismo de Frank, que a reconhece, critica e aperfeiçoa, “enriquecendo o conteúdo do elemento subjetivo do ilícito”¹⁸⁰.

Porém, muito embora tivesse o Tribunal tomado essas características à Escola de Política Criminal, a fundamentação de sua sentença afrontava a capacidade de se determinar do homem normal defendida por Liszt, onde o “deves, logo podes”¹⁸¹ não mais foi levado em conta, denotando uma época de transição de conceitos.

A partir de então o que se presencia nas decisões dos tribunais alemães¹⁸² em seguimento aos feitos de 1897 retrata o reconhecimento na prática, da inexigibilidade como uma causa geral de exclusão da culpabilidade.

Consideração especial a esse respeito é apresentada por Mezger quanto ao poder e dever analisados pelo tribunal do Reich, onde com propriedade ressalta que o **poder evitar** e o **não poder evitar** de cunho anímicos, internos, do autor, não podem ser separados do problema do dever, pois o ordenamento jurídico tomando posição a respeito das exigências do

¹⁷⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.157.

¹⁸⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004. p.17.

¹⁸¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, Tomo I, p. 162.

¹⁸² São citados como casos emblemáticos: “Otro caso llevó la rúbrica ‘la cigüena ante los jurados’; ocurrió así: la compañía minera St. J. concedía al obrero dispensa del trabajo, con abono de todo el sueldo de la jornada, el día en que le hubiese nacido un hijo. El resultado de esto fue que los mineros ya no quisieron tener niños nacidos en domingo. Sin embargo, si la cigüena llegaba a casa ese día, la comadrona era conminada a indicar como el del nacimiento el siguiente laborable, para que el padre no perdiese la jornada libre. Como aquélla opuso resistencia, se le hizo ver que en adelante se acudiría a otra partera, más complaciente, y que ella quedaría sin trabajo. Un día la empresa se enteró del ‘aplazamiento de la cigüena’ y, en lo sucesivo, se lo impidió. Pero el fiscal había oído de ello también. El jurado impuso a los mineros una pequeña multa. El tribunal territorial se declaró incompetente para conocer de la apelación de uno de los mineros y remitió el asunto al tribunal de jurados. También la comadrona fue enjuiciada. Hubiese debido ser absuelta por falta de dolo. Ya que no se podía esperar de ella, atendida la situación, que no ejecutase el hecho al precio de perder su medio de subsistencia”(FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003. p. 86 e ss). Casos como “la trágica historia de un viajante” bem como o da Siciliana que assassinou seus tios são também emblemáticos casos citados por Freudenthal.

“poder resolver-se a fazer”, determinará conseqüentemente aqueles que serão os deveres do indivíduo a esse respeito.¹⁸³

2.1 A Concepção Normativa em Frank

A concepção de Frank considera, *prima facie*, que o conceito de culpabilidade não pode prescindir do pensamento normativo, tendo em vista que, na medida do grau de culpabilidade, existem fatores para além do dolo e da culpa, ou ainda, o que Frank denominou tratar-se de **circunstâncias concomitantes**, sendo portanto esta, a raiz de todo o desenvolvimento em direção ao reconhecimento da exigibilidade de conduta diversa, cujo papel a ser desempenhado no seio da culpabilidade, será o de mitigação da culpa, podendo estender-se até a exculpação, aí considerada uma inexigibilidade de conduta conforme a norma.

Com o desenvolvimento desse conceito, Frank passa a analisar o estado de necessidade sob o ângulo da exculpação.

Em apertada síntese, as **circunstâncias concomitantes** consideradas por Frank, são aperfeiçoadas em suas revisões posteriores para o conceito de **motivação normal** em 1911, passando a serem consideradas como o meio necessário à determinação do grau de exigibilidade, o que remete, ao desenvolvimento por Frank, do que a doutrina, considera a sua grande inovação, ou seja, o conceito de **reprovabilidade**.

Mercê de várias influências e críticas, em 1914 Frank abandona em sua 11^a – 14^a edições a denominação de motivação normal, como elemento positivo da culpabilidade, sustentando no entanto a exculpação, não obstante a imputabilidade e motivação incorreta (dolo ou culpa) presentes no autor do fato típico, toda vez que concorresse uma das causas de exculpação.¹⁸⁴

¹⁸³ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I. Trad. José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid, 1949. p.206

¹⁸⁴ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2^a Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 84.

Já em sua 15^a – 17^a Edição, entre 1924 e 1925, Frank deposita ao lado do dolo e da culpa, como elemento positivo da culpabilidade a **liberdade** e o **domínio sobre o fato** oriundo este conceito de Hegler, inexistentes no ordenamento jurídico penal em vigor em relação ao dolo.¹⁸⁵ Urge salientar que pela inclusão do elemento liberdade, tornava-se fundamentada a gradação da culpabilidade, considerando para tal a medida de liberdade sob as quais agiu o autor.

Em sua 18^a e última edição, datada de 1929, Frank mantém os conceitos já delineados e passa a definir a culpabilidade como “reprovabilidade de uma conduta antijurídica segundo a liberdade, fim e significado conhecido ou cognoscível”.¹⁸⁶

Por esse conceito pretende Frank abarcar todos os elementos da culpabilidade, mediante uma síntese de representação, onde passará o exigível e o inexigível, a constituir o cerne de toda a questão da culpabilidade, cujas concepções só apresentarão uma postura mais diversa a partir das concepções funcionalistas, mais especificamente, a partir dos anos setenta, onde passam a considerar a reprovabilidade como uma estigmatização individual, defendendo como visto no capítulo precedente, uma consideração sistêmica de responsabilização.

Não excedemos em destacar portanto, que o papel desempenhado por Reinhard Frank na construção do conceito da inexigibilidade de conduta diversa, foi primordialmente o de encetar os estudos do normativismo, insurgindo-se contra a insuficiência psicológica e enriquecendo os elementos subjetivos do crime, sendo responsável assim pela introdução do pensamento normativo.

A influência filosófica de Frank se situou entre a escola clássica e o positivismo jurídico mantendo forte contato com a escola sociológica de Liszt.

¹⁸⁵ Tão somente admitidas nos casos dos §§ 51, 52 e 54 do Código Penal Alemão que trata das excludentes da culpabilidade (GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2^a Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 85)

¹⁸⁶ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2^a Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p.86.

No entanto naquilo que é o cerne de nosso estudo, Frank ao considerar que a culpabilidade possuía também fatores que iam além da culpa e do dolo, na verdade iniciava (possivelmente mesmo sem tal consciência, ou sem ser este seu objetivo final) a abordagem da exigibilidade da conduta conforme a norma, onde, suas chamadas “circunstâncias concomitantes” passaram não só a serem consideradas como elementos da culpabilidade, mas também, como já antecipado, constituídas da capacidade de reduzir o grau de culpabilidade e até mesmo de dirimir a culpabilidade um determinado autor de injusto.

Mas o que devemos indagar criteriosamente é o ponto de partida considerado por Frank, o qual forneceria a base do reconhecimento da exigibilidade de conduta diversa a ser trabalhado por Freudenthal, Goldschmidt e outros autores.

Não só as sentenças anteriormente descritas nos oferecem parciais respostas a indagação do ponto de partida, mas também os próprios trabalhos de Reinhard Frank publicados.

Em seus estudos acerca da estrutura do conceito de culpabilidade, Frank já alertava ser necessário romper com o ciclo vicioso do conceito oferecido por Liszt, utilizado na explicação da responsabilidade penal¹⁸⁷, indagando para isso em que circunstâncias a justiça vincula a responsabilidade.¹⁸⁸

Em primeiro lugar Frank parte do empirismo, traduzido este na prática dos tribunais, que por sua vez procurou a sintonia com a linguagem comum que se pode ter da culpabilidade, ou seja que, determinado ato possa ter maior ou menor desaprovação jurídico-penal, levando esses colegiados em consideração, na gradação da culpabilidade, circunstâncias que, em verdade,

¹⁸⁷ Liszt a quem Frank tomou como verdadeiro preceptor, propunha uma explicação sistêmica quanto a responsabilidade penal, como nos narra criticamente Frank: “*Quando uma pessoa é penalmente punível por seu comportamento? Quando seu comportamento é culpável. (responde a ciência). E quando seu comportamento é culpável? Quando a pessoa é responsável por seu comportamento (responde Von Liszt).*” (FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004. p.26)

¹⁸⁸ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p.26.

localizavam-se inicialmente fora do conceito de culpabilidade, as quais Frank passa a chamar de “circunstâncias concomitantes”.¹⁸⁹

As circunstâncias concomitantes passam então a representar para Frank um meio de determinar o grau de exigibilidade a ser imposto ao indivíduo.¹⁹⁰

A abordagem quanto a localização do estado de necessidade ora como justificação, ora como exculpação, também revelou à Frank que quanto mais se trabalhava sobre a culpabilidade, menos se conseguia demonstrar existir um conceito dominante.

A falta de dispositivos legais, conforme assim identificou Frank, levou os tribunais a formularem soluções de exclusão da culpabilidade com base nos Códigos de Processo Penal e Civil, concluindo com isso Frank que, justamente essa subsunção de questões acerca da culpabilidade, no sentido do ordenamento processual penal e civil, posicionou-o mais distante do que o direito penal material poderia oferecer, abrangendo mais que os limites do dolo e da imprudência.¹⁹¹

Frank reputa como fundamental esse apoio prestado pelo direito processual penal, o que propiciará doravante, um afastamento definitivo do positivismo naturalista e também o reposicionamento da imputabilidade como elemento da culpabilidade, não mais a considerando pressuposto da mesma.¹⁹²

Com o início de sua abordagem normativa, Frank passa a reconsiderar a localização sistemática do estado de necessidade, observando-o sob o prisma de uma causa de exclusão da culpabilidade, o que hoje conhecemos como inexigibilidade de outra conduta pelo estado de necessidade exculpante¹⁹³.

Em nossa investigação da gênese do conceito da inexigibilidade, enquanto este, componente da culpabilidade, e mais adiante como um princípio de inexigibilidade, destacamos que a mudança do conceito de “circunstâncias concomitantes” para “motivação normal” no tratamento deste elemento,

¹⁸⁹ Ibidem, p.29.

¹⁹⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p.48.

¹⁹¹ Ibidem, p.33.

¹⁹² Ibidem, p. 33.

¹⁹³ Assunto acerca do qual nos ocuparemos em capítulo específico.FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004. p.18

realizado por Frank pontuou definitivamente a abordagem da gradação de exigibilidade de conduta conforme a norma, em face ao espectro que permitia uma variação desde a motivação normal até a motivação anormal de um determinado autor de injusto.

A forma velada com que Frank enceta o tratamento da inexigibilidade é apresentada em sua monografia, ao sustentar este que, não caberia uma reprovação ao autor, quando a ação considerada proibida e que foi executada, salvou ou poderia salvar o autor ou terceiros, cujo contexto ou circunstâncias concomitantes, representavam essas sim, um perigo para eles.¹⁹⁴

No que concerne à inexigibilidade apresentada por Frank, esta foi tomada conforme exposto pelo próprio autor, a partir da conjugação dos §52 ao §54 do Código Penal Alemão onde, segundo o citado mestre, somente estavam presentes uma “negação da reprovabilidade da ação”¹⁹⁵, os quais tratavam das circunstâncias que tornavam uma ação não punível¹⁹⁶. Urge salientar que Frank, sempre destacou a importância do que já era regulado também pelo Código Civil Alemão, não devendo ser portanto desconsiderado o aproveitamento do previsto nesse dispositivo “*In Bonam Partem*” com o precípuo objetivo de auto-integração da lei, como foi o caso do § 227 desse Código¹⁹⁷.

Outro aspecto à época ainda não abordado, dizia respeito à impossibilidade de utilização da exculpação pela inexigibilidade de conduta

¹⁹⁴ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p.41

¹⁹⁵ Ibidem., p. 41.

¹⁹⁶ § 52 “No existe acción punible, si el autor ha sido obligado a la acción por medio de fuerza irresistible e por medio de una amenaza, la que estaba ligada con un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o vida de si mismo o de un pariente. Como parientes, en el sentido de esta ley penal, deben considerar-se: consanguíneos y afines de la línea ascendente y descendente, padres e hijos adoptivos o ligados por una relación de crianza, cónyuges, hermanos y sus cónyuges y prometidos.” § 53 “No existe acción punible si la acción ha sido impuesta por legítima defensa. Legítima defensa es aquella defensa que es requerida para alejar de sí o de otro, un ataque actual, antijurídico. El exceso de la legítima defensa no es punible si el autor ha traspasado los límites de la defensa por aturdimiento, miedo o terror.” § 54 “No existe acción punible, si la acción, además del caso de legítima defensa, há sido cometida em um estado de necesidad no culpable, no removible de otra manera, para la salvación de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente.”(GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. 2ª Ed. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002. p.147 e 148.)

¹⁹⁷ FRANK, Reinhard. Op. Cit. p. 42.

diversa nos casos dolosos, tendo em vista promover a “Insegurança Jurídica”¹⁹⁸.

Considerando Frank, o estado de necessidade e a legítima defesa, como alterações das circunstâncias normais, o que podemos a partir de então observar é que, no caminho do acolhimento da inexigibilidade, as regras processuais até então reconhecidas, passaram a se amoldar a uma ordem estritamente lógica¹⁹⁹ fundamentando decisões no sentido de não ser exigido conduta diversa sempre que houvesse ações perpetradas sob determinadas circunstâncias anormais.

Frank no momento que considerava a existência de graus de representação²⁰⁰, mesmo veladamente, representava os graus de exigibilidade de conduta, escalonando-os desde a exigibilidade até a inexigibilidade, o que entendemos, não trata-se de um conceito absoluto, a ser respondido como exigível ou não exigível, e sim, aferido ante aos graus de reprovação daquelas representações.

A concepção de Frank veio assim a se tornar base para as transformações de Berthold Freudenthal em 1922, e James Goldschmidt em 1930, não obstante, reconhecer Reinhard Frank, a insuficiência de sua obra, o que o fez encerrar seu trabalho monográfico lançando um desafio, quanto a necessidade de um desenvolvimento da teoria da vontade e representação, atribuindo aos juristas vindouros a responsabilidade pelo seu aperfeiçoamento²⁰¹.

Abstraindo-nos portanto, das impropriedades do sistema normativo de Frank, quanto à localização do dolo e culpa na culpabilidade, é inegável o aperfeiçoamento proporcionado, quando da consideração das circunstâncias

¹⁹⁸ A questão da insegurança jurídica constitui para nosso trabalho importante viés de abordagem, tendo em vista tratar-se de um dos argumentos contrários ao estabelecimento da garantia de determinados bens jurídicos específicos, ou seja daqueles bens dos autores que deveriam beneficiar-se da inexigibilidade de conduta diversa. Portanto onde a justiça nega tutela a determinado bem jurídico em detrimento de outro, sob o argumento de insegurança jurídica já estará instaurada a famigerada “Insegurança Jurídica”. (sobre o tema vide: PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro** – Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89 e ss).

¹⁹⁹ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 44 e 45.

²⁰⁰ FRANK, Reinhard. **Sobre La estructura del Concepto de Culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 66.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 67.

concomitantes e *a posteriori* da motivação normal, na determinação do exigível e do inexigível.

Podemos assim destacar que a partir de Frank então, encetou-se no direito penal o tratamento da inexigibilidade de conduta diversa, por meio das apórias a que o estado de necessidade submetia as considerações axiológicas, pelas quais dos juízos de fato, se desvelaram os juízos de valores os quais transformariam pela prática dos tribunais a concepção no seio da culpabilidade daquilo que se teria como exigível ou não do autor de um injusto penal.

2.2 A Concepção Normativa de Berthold Freudenthal

Dos trabalhos que aperfeiçoaram as idéias de Frank, complementando-as²⁰², constatamos que, Berthold Freudenthal, em 1922, deu forma a exigibilidade de uma conduta conforme o direito, por meio de um tratamento por assim dizer, científico, e, superando os problemas da concepção de Frank, inseriu-o à culpabilidade, passando a integrá-la, como seu elemento componente.

Assim é que, enquanto em Frank a concepção de que culpabilidade representa uma reprovabilidade, sem um suporte material, em que não se encontrava expressamente uma exigibilidade, em Freudenthal surge a base necessária ao reconhecimento do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, a exigibilidade de outra conduta.

No que concerne aos aspectos históricos, dos quais não podemos prescindir quando do tratamento da axiologia, que carrega o conceito do exigível ou não exigível, de certo que os ecos da Primeira Grande Guerra influenciaram não só os trabalhos de Freudenthal como também constituíram uma nova base do justo social, onde a busca por um sentido de vida e

²⁰² São estas as principais obras após Frank: GOLDSCHMIDT, James „Der Notstand ein Schuldproblem (O Estado de Necessidade, um problema da Culpabilidade), 1913; FREUDENTHAL, Berthold. Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht (Culpabilidade e Reprovação no Direito Penal), 1922 e GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbergriff (A Concepção Normativa da Culpabilidade), 1930.

consciência do justo, pela população dos países vencidos principalmente, retrataram a tônica dos tribunais, após a vivência da mais sangrenta das guerras de nossa história²⁰³.

A partir desse contexto, onde a valorização da liberdade ganhou vulto, Freudenthal passa a condenar o abismo existente entre o povo e o direito penal, onde a opinião pública deve ter um peso na formulação dos julgados, nunca devendo os juristas prescindirem dessa consideração²⁰⁴.

Por essa concepção, surge mais uma problematização a caminho do reconhecimento do exigível e do inexigível. Diz respeito à questão de como deve ser tratado o dolo, quando, inserida está, essa ação, em uma situação geral (um contexto) em que, qualquer um venha a agir exatamente conforme o autor agiu.

Coloca Freudenthal que, muito embora exista o injusto, “não se poderia naquelas circunstâncias cobrar-lhe outra conduta”²⁰⁵. E assim concluí que, os tribunais o sentenciam como culpado, enquanto a opinião do povo o inocenta, exacerbando com sua exposição a idéia do abismo existente entre o povo e o Direito.

Essa antinomia da realidade das obrigações dos ordenamentos jurídicos e as exigências originadas da moral é que irão representar o embate jus filosófico das idéias de Freudenthal, caminho pelo qual o Catedrático de Frankfurt conduziu seus trabalhos, sem distanciar-se da máxima de que “*O Direito, suas características e sua ciência são feitos para o homem, não ao contrário*”²⁰⁶.

Assim é que Freudenthal não demonstra em seu trabalho intitulado “*Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*”, preocupação maior em comprovar experimentalmente a possibilidade ou não de dever agir de outro modo, sustentando que a abordagem do problema da exigibilidade, como

²⁰³ Freudenthal também foi vítima de atos anti-semitas na Faculdade de Frankfurt no ano de 1917 o que de certa forma também puderam influenciar seus trabalhos. (FREUDENTHAL, Berthold. Op. Cit. p.57 – por Friedrich Geerds)

²⁰⁴ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003. p.63-64.

²⁰⁵ Idem. p.64.

²⁰⁶ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003. p.13.

veremos, se subordina a um juízo hipotético, imbricada ao “dever ser” que por sua vez está ligada ao ordenamento jurídico, razão pela qual não há e não haverá respostas apodíticas a essa questão.²⁰⁷

Importante entendimento está contido nessa colocação de Freudenthal no que concerne ao “dever ser”, visto que, deve o valor ser entendido como um ente autônomo, cujo acesso é dado a partir do dever ser, onde a axiologia produz uma estimativa da realidade, ou ainda, apresenta-a como ela deveria ser, enxergando-a sob um mote valorativo.²⁰⁸

Essa abordagem axiológica explica em parte, as grandes apórias a que se submete o conceito de culpabilidade, e mais ainda da exigibilidade de conduta diversa, onde o **poder agir de outro modo** representa um dos aspectos nodais em sua avaliação crítica.

Nessa abordagem do poder agir de outro modo, destaca-se *prima facie*, uma impossibilidade prática de se considerar aquilo que é exigível ou não, a partir do ser em direção ao dever ser, mediante ligações valorativas, exatamente por tratar-se o ser de uma abordagem sob o ângulo da realidade, enquanto os valores, ou ainda o dever ser, contemplam condições próprias de cognoscibilidade, que remete a uma configuração axiológica autônoma.²⁰⁹

Esta questão da relação do **ser** com o **dever ser**, vem a se constituir portanto em uma das mais intrincadas questões enfrentadas por Freudenthal em busca de um aperfeiçoamento normativo para a Culpabilidade.

Entendemos portanto que, com Freudenthal, inauguram-se não só o tratamento da exigibilidade de conduta conforme o Direito, como um elemento da culpabilidade, mas também e principalmente a abordagem de sua dimensão negativa, a inexigibilidade de conduta diversa como verdadeiro princípio geral²¹⁰.

²⁰⁷ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003, p. 17.

²⁰⁸ GARCÍA, Angeles Mateos. **A Teoria dos Valores de Miguel Reale**. Trad. Tália Bugel, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 20

²¹⁰ A análise da inexigibilidade como princípio jurídico regulativo foi aperfeiçoado a partir de Heinrich Henkel em 1954 cujo tema será abordado no capítulo específico do conceito e natureza da inexigibilidade.

Como já visto, Frank considerava a necessidade de um terceiro elemento da culpabilidade que seria inicialmente a disposição normal das circunstâncias sob as quais o autor agiu, ou ainda segundo Freudenthal, “Frank considera como culpabilidade no sentido do Direito penal, somente a culpabilidade adequada”.²¹¹

Nas críticas que Freudenthal formulou a concepção de Reinhard Frank, ressalta que, ao considerar Frank, a possibilidade de dolo e culpa exculpante, sem que, para tal, estivesse presente qualquer caractere normativo, nem mesmo na imputabilidade, não se teria como fundamentar a reprovabilidade nem mesmo a culpabilidade²¹². Segundo ainda as críticas de Kriegsmann endereçadas a Frank, este considerou o reflexo subjetivo das circunstâncias concomitantes, ou seja, o dever de conhecê-las na execução do fato, e em consequência, a existência de uma reprovação quando da supressão desses elementos subjetivos²¹³.

Nem mesmo com a transformação operada por Frank das **circunstâncias concomitantes** em **motivação normal**, ressalta Freudenthal, ficaram esclarecidas as razões de como relações objetivas, fincadas no dolo e na culpa, chegariam a relações reprováveis e por conta disso culpáveis, a partir de seu encontro com a imputabilidade e as circunstâncias concomitantes, aspectos estes, que passaram a constituir o questionamento de Freudenthal no seio da culpabilidade a partir daquilo colocado por Frank.²¹⁴

Assim passará a sustentar Freudenthal que, a reprovação na culpabilidade situa-se especificamente nas representações e juízos do autor que por si só deveriam ser “suficientes para gerar freios anímicos de eficácia contra a execução do fato”²¹⁵.

²¹¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p. 66.

²¹² Ibidem, p. 67.

²¹³ Ibidem, p.68.

²¹⁴ Sustenta Freudenthal que muito embora as circunstâncias concomitantes anormais, possam excluir a culpabilidade nos delitos culposos, essas mesmas circunstâncias não estavam situadas na estrutura da culpabilidade nem junto ao dolo nem junto à culpa.(FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003.p.69)

²¹⁵ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003. p. 71.

Por essa concepção de Freudenthal, podemos não só identificar uma fundamentação da culpa na vontade do autor, como também a inseparável fundamentação da culpa com foco no autor, não considerando para tal o fato praticado.

Na prática, só veremos desprender-se as abordagens subjetivas da culpabilidade, a partir dos conceitos finalistas desenvolvidos, extraindo da culpabilidade a abordagem subjetiva do fato, materializada no dolo e culpa.

Assim sendo, o direito penal pela concepção de Freudenthal, deverá exigir de todos os que subordina, que se ajustem às suas regulações, enquanto isso lhes for possível, considerando ainda que, quando esse ajuste não for possível, por estar ausente essa possibilidade de condução conforme a norma, estará ausente também a reprovabilidade, e com ela a culpabilidade²¹⁶.

Pondera também Freudenthal que, é inútil procurar na lei um fundamento para a culpabilidade quando em verdade *“falta la culpabilidad alli donde, al momento del hecho, ha faltado el deber o bien el poder”*²¹⁷.

O que passamos a observar a partir de seus trabalhos então, é que na configuração da culpabilidade normativa, especificamente em seu juízo de reprovação, a idéia central encontra-se na contrariedade ao dever, contrabalanceada em face à possibilidade de o autor poder conduzir-se de outra maneira, ficando dessa forma excluída a culpabilidade quando, de forma individualizada, se observa que não se poderia exigir ao autor uma conduta distinta daquela que foi perpetrada pelo mesmo, ou ainda, inexigível uma conduta adequada ao dever social.

Pondera Freudenthal portanto, que, considerado o direito penal de sua época, só poderia um autor ser reconhecido como irresponsável, quando estivesse o mesmo sob estado de necessidade, não cabendo a este, uma

²¹⁶ “Sin el poder del autor, falta su culpabilidad. Tal poder supone, sin el menor reparo, el indeterminismo, la concepción del mundo que informa al Código Penal vigente.” (FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, Idem. 71).

²¹⁷ Idem, p.73.

reprovação de sua conduta, por encontrar-se sob uma situação de necessidade.²¹⁸

Desta forma argumenta ainda Freudenthal que, o que há de se negar em verdade sob o estado de necessidade seria a culpabilidade, não a antijuridicidade, visto que, falta sob o estado de necessidade ao autor o poder ou melhor ainda, a evitabilidade do fato, “*la exigibilidad del no haber obrado, o como quiera formularse - en breve, la culpabilidad -*”.²¹⁹

Pondera assim Freudenthal, que o dever permanece intacto enquanto o poder encontra-se prejudicado em face às circunstâncias sob as quais age o autor do injusto penal, sem com isso, querer criar qualquer correspondência entre estado de necessidade e a supressão do dever propriamente dito.²²⁰

Observamos ainda, no direito penal que vigia à época dos trabalhos de Freudenthal, que o estado de necessidade era apenas tratado como causa de justificação, muito embora defendesse Frank e Freudenthal, sua ocorrência também como exclusão da culpabilidade. Assim, sustenta Freudenthal, que sendo o estado de necessidade tão somente uma fração das situações de supressão da reprovação, toda norma que não viesse a se estender além do estado de necessidade, levaria, por vezes, ao castigo de pessoas inocentes, e portanto seria esta norma incompleta e defeituosa.²²¹

Assim em relação à concepção de Frank, procura Freudenthal destacar que, muito embora haja mérito em seus trabalhos, difere de sua postura quando entende que na culpabilidade, não há que ser analisada nem as circunstâncias concomitantes objetivas e nem mesmo a força motivadora (motivação normal).

Segundo Freudenthal, devemos ater-nos, sim a uma exigência que tanto no dolo como na culpa (apresenta-os Freudenthal novamente como espécies da culpabilidade), ao autor possa ser formulada, ensejando uma reprovação devido a sua conduta.

²¹⁸ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p.73.

²¹⁹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p.73.

²²⁰ Ibidem, p.73.

²²¹ Ibidem, p.75.

Ponderando no entanto Freudenthal que, se as circunstâncias da execução se derem de uma forma em que qualquer um agiria como o fez o autor, falta ao pressuposto do dolo e da culpa, a possibilidade de formular uma reprovação, estando ausentes, mesmo pela lei vigente, ambas as formas de culpabilidade.²²²

É necessário destacarmos em nossa abordagem, que não só nesta fase de transformações dogmáticas, em que se passa a considerar a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade, como em toda a problemática da inexigibilidade, está presente inevitavelmente junto a idéia do dever conduzir-se conforme a norma, a questão da existência ou não da liberdade para poder conduzir-se conforme essa mesma norma, o que, matizada em uma liberdade positiva ou negativa, e impulsionada pela possibilidade de sua demonstração ou não, constituir-se-á em estrutura para as mais ferrenhas argumentações conceituais em busca da fundamentação da culpabilidade conforme será analisado.

Vejamos assim que, partindo dos estudos que tomaram por base o estado de necessidade, Freudenthal defende a concepção de que, tendo o autor de um fato agido sob condições de estado de necessidade, sobre esse não há como identificar o pressuposto do poder e dever, tidos como fundamentais ao estabelecimento da reprovação da conduta²²³.

Embora tenha Freudenthal desenvolvido sua concepção considerando a inexigibilidade como motivador da exculpação, reconhece que os tribunais já caminhavam em suas sentenças neste sentido, quando da consideração por vezes de que “a culpa descansa em uma dupla comprovação, por um lado objetiva, que diz respeito ao cuidado devido, e, por outro a evitabilidade subjetiva”²²⁴.

No que concerne à relação da culpa com a reprovabilidade, base mesmo dos trabalhos em direção ao reconhecimento do elemento da exigibilidade na culpabilidade, decorre que, próprio de uma abordagem sob influência

²²² Ibidem, p.76-77.

²²³ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003, p.74.

²²⁴ Ibidem, p.78.

causalista, com a localização do dolo e culpa fora do tipo, defendia Freudenthal, em um primeiro momento, a indagação de caráter objetivo para averiguação na conduta culposa se agiu o autor com cuidado concreto, e somente em caso negativo avaliar-se-í-a subjetivamente, se o autor de acordo com sua personalidade estaria em condições de abster-se da realização do tipo. Em caso afirmativo se daria a reprovação ao autor pelo fato praticado, do contrário a conduta do autor não poderia ser considerada culpável.

Referencia-se Freudenthal com esta postura a Von Hippel, onde, segundo este “*El deber de evitar presupone poder evitar.*”²²⁵

Já no que concerne a relação do dolo com a reprovabilidade, entende Freudenthal que todas as abordagens em relação a culpa devem ser consideradas válidas em relação ao dolo, o que constatamos, foi um dos pontos nodais em relação ao tratamento exculpante na conduta dolosa, tanto em Frank como em Freudenthal.

Pondera Freudenthal para tal sustentação que, se a inevitabilidade enseja a exclusão da culpa, deve também ser considerada para o dolo, mas que, no entanto a jurisprudência bem como a doutrina, quando tratam da exigibilidade de uma inexecução de determinada conduta, não a considera um pressuposto de admissão do dolo.

Exemplificando, portanto com o caso do cocheiro, que nos feitos da Quarta Sala Penal em 23 de março de 1897 foi absolvido pela inexigibilidade de conduta diversa, pondera Freudenthal que mesmo tendo o cocheiro representado o possível ocorrido, alertado seu patrão e doravante agido com dolo eventual, restaria a inevitabilidade e a inexigibilidade de conduta diversa, onde agindo o cocheiro com culpa ou mesmo com dolo, haveria faltado a exigibilidade para este caso em concreto.²²⁶

Berthold Freudenthal coroa sua concepção com cristalino posicionamento, quando afirma que a exigibilidade, com base nas sentenças do Tribunal Supremo Alemão, trata-se de uma questão a ser estabelecida

²²⁵ FREUDENTHAL, Berthold, **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2003, p.77

²²⁶ Ibidem, p.84.

concretamente e ainda de maneira individualizada, devendo ainda ser rechaçada a culpabilidade quando se negue a exigibilidade de outra conduta²²⁷.

2.3 O Instituto da Inexigibilidade em James Goldschmidt

As influências recebidas de seu preceptor Franz Von Liszt, marcaram decisivamente a característica de inquietude filosófica em Goldschmidt, presente ao longo de toda sua produção conceitual.

Em James Goldschmidt, identifica-se a busca de fundamentação aos conceitos que restaram insuficientes em Frank e Freudenthal, mormente para o conceito normativo de culpabilidade, onde questões basilares acerca do real significado de “característica normativa da culpabilidade”, bem como o correto conceito para essa característica, seja como reprovabilidade, contrariedade ao dever ou mesmo exigibilidade, representaram questões ante as quais procurou debruçar-se Goldschmidt.²²⁸

Destacamos ainda como objeto das investigações de Goldschmidt a “motivação normal” de Frank, como terceiro elemento da culpabilidade, e ainda o papel desempenhado por esta, como característica positiva ou negativa da culpabilidade, elegendo-se sua preocupação também, em perquirir se a culpabilidade é passível de ser graduada, e mais, se o vício de caráter pode ser aproveitado como determinante na gradação da culpabilidade, mesmo que esta, a culpabilidade não seja considerada um vício de caráter.

Para James Goldschmidt, que influenciou sobremaneira o desenvolvimento do conceito de inexigibilidade, a conduta do autor e sua relação a uma norma de dever, são tratadas com destaque, sendo consideradas o centro da problematização.

²²⁷ Ibidem, p.88

²²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2ª ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 86-87.

Sua obra desenvolvida em 1930, evidencia a necessidade de que o conceito de contrariedade ao dever, seja colocado no centro da construção normativa de culpabilidade, considerando a consciência da antijuridicidade, posicionada sobre a base da norma de dever.²²⁹

Enquanto encontramos em Mezger uma concepção que sustenta a dependência da “norma de dever” a “norma de direito”, em Goldschmidt, a “norma de dever” é elevada a uma norma de motivação, sendo esta intrínseca a todo imperativo jurídico, dotada de independência frente à norma de direito.²³⁰

A “inexigibilidade” ganha destaque na obra de Goldschmidt quando vincula a concepção normativa à aceitação de uma norma posta, ou ainda, a uma norma de dever, independente esta da norma de direito.

Na tentativa de trazer uma solução mais justa às situações que não encontraram amparo no direito positivo, a teoria normativa defendida por Goldschmidt admitia a inexigibilidade de conduta diversa como uma causa de exculpação, sem no entanto estabelecer como se daria essa admissão, considerando, tão somente, a possibilidade de que o autor agisse contra o que valorava a norma objetiva (tendo em vista que esta não retratava uma solução justa). Assim nesses casos, estaria representado o que Goldschmidt admitia ser a independência da norma de dever ante a norma de direito.²³¹

No que concerne a doutrina ética de Kant, sob os olhos de Goldschmidt, esta é rechaçada em seus trabalhos, optando Goldschmidt pelo tratamento da ação em face ao ordenamento jurídico, sob o aspecto da legalidade, representada esta, como a conformidade ou não com a norma de ação, que ora manda e ora proíbe objetivamente.

Esse distanciamento do imperativo categórico de Kant fica evidente na obra de Goldschmidt, quando, ao invés de sustentar que um indivíduo deva se motivar simplesmente pela norma de dever, em todas as ocasiões de seu agir,

²²⁹ Ibidem, p.21.

²³⁰ Ibidem. p. 76. Ressalta-se que tal concepção não foi acolhida por diversos juristas de sua época podendo ser citada oposição contundente de Eberhard Schmidt para quem as “normas de dever” são as “normas de direito em uma função de “norma de determinação” (GOLDSCHMIDT, James. Op. Cit. p.96)

²³¹ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p.80-81.

apresenta ao contrário, esta norma de dever como algo “hipotético”, e mais ainda, sustenta Goldschmidt que esta norma só motiva o indivíduo pela representação de um dever jurídico, se não estiverem presentes já previamente outros motivos de obediência a lei.²³²

Assim, na concepção normativa de Goldschmidt temos que, a realidade do exigível se dá pelo entendimento que, uma norma de “dever” não tem como cerne o que vai pelo interior das pessoas em suas atuações, e sim, a determinação exterior dos indivíduos, independente de sua pureza de sentimentos, colocando a norma a serviço do Direito e não da Ética, muito embora estivesse Goldschmidt cômico de que, da responsabilidade pelo resultado, para a responsabilidade pela culpabilidade estaria presente uma eticização do direito.²³³

Ainda sob o aspecto da exigibilidade, pondera Goldschmidt que uma norma de dever trabalha especificamente na motivação do autor, obrigando-o ou não segundo o dever jurídico, pontuando que *“al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior”*²³⁴

Segundo ainda a concepção normativa de Goldschmidt, uma ação tem dois aspectos em relação ao ordenamento jurídico penal. O primeiro, no que concerne a sua legalidade, ou melhor, a conformidade ou não com a norma que ora permite ou ora proíbe a ação, objetivamente.

O segundo aspecto em relação ao ordenamento jurídico penal segundo Goldschmidt, diz respeito a exigibilidade, ou ainda, se a norma de dever obriga ou não obriga a motivação de todos, pela representação de um dever jurídico.

Muito embora para Goldschmidt, como já anteriormente dito, a norma de dever não tivesse a finalidade de perscrutar uma conduta com foco no caráter do indivíduo, defendendo a sua utilização a serviço do direito e não da ética²³⁵, em verdade o uso da norma de dever a serviço das imposições éticas foi e é uma prática constatada, em face ao papel desempenhado pela filosofia dos

²³² Ibidem, p. 91.

²³³ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p. 96.

²³⁴ Ibidem, p.90-91.

²³⁵ Ibidem, p. 91.

valores no interior das dogmáticas desenvolvidas, onde se procura indevidamente por vezes estabelecer uma ligação do ser ao dever ser.

Esse parâmetro dos valores está presente em todo o desenvolvimento dos conceitos de Frank, Freudenthal e Goldschmidt, onde, não obstante, suas contribuições essenciais para o desenvolvimento do conceito de inexigibilidade, ficava claro em suas concepções, a impossibilidade de tratamento desse conceito independente de uma abordagem também do caráter do autor do fato.

A abordagem que é conduzida quanto ao tratamento da determinação e da valoração perante a norma, é por demais lógica dedutiva em Goldschmidt, onde estas representam duas funções atinentes a um mesmo objeto, ou seja, tomando-se a norma considerada quanto a conduta interior, não só como norma de determinação, mas também norma de valoração, conclui-se que esta norma quando em relação a conduta exterior, não será tão somente norma de valoração, mas também norma de determinação²³⁶.

Sob essa concepção para a inexigibilidade de conduta diversa, tal colocação apresenta uma consideração de grande importância no que concerne ao “injusto objetivo” representado assim sob duplo aspecto; o de um Juízo de reprovação concomitante a um atuar exterior contrário ao ordenamento jurídico.

Todo o esforço desenvolvido por Frank, Freudenthal e Goldschmidt em busca de maior equilíbrio e coerência no tratamento do conceito daquilo que seria exigível ou não de um autor de um injusto penal, bem como toda a prática dos tribunais alemães, somente tornaram-se objeto de reconhecimento normativo na reforma da parte geral do código penal alemão de 4 de julho de 1969, o qual, a partir do estado de necessidade e por meio do acolhimento da “teoria diferenciadora” passou a admitir o estado de necessidade justificante e o exculpante.

Tais modificações encetadas por Frank e fundamentadas pelo elemento da reprovabilidade, propiciam o surgimento do conceito da exigibilidade e

²³⁶ GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2ª Ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002, p.98.

retrataram uma incorporação de valores que, conforme pontua Roxin, procuraram atenuar a rigidez dos preceitos contidos nos dispositivos legais.²³⁷

Considera ainda Roxin este, um ponto de partida para a introdução das orientações político-criminais na dogmática jurídica, ao mesmo tempo em que conferia um enfraquecimento “individual-valorativo” do sistema normativo, por conta principalmente, segundo Roxin, das barreiras que impôs ao amplo reconhecimento da teoria dos fins, como supedâneo ao estado de necessidade supralegal e a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão de culpabilidade.²³⁸

Longe de considerar porém, esclarecida a questão da inexigibilidade de conduta diversa, tomamos o panorama histórico apresentado, tão somente como um arquétipo daquilo que veio a ser configurado como uma apória para a culpabilidade, imbricada que está as questões dos valores, da liberdade do ser e ainda às infundáveis questões que envolvem a necessidade de demonstração ou não do “poder agir de outro modo”, cujas abordagens embora imprescindíveis na busca da sustentação ou não da inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, não tem levado a soluções definitivas ao longo de séculos de discussões filosóficas e cuja abordagem e abrangência proposta por esta postura, nos impede de explorar neste espaço, em profundidade, na busca de maior detalhamento acerca dessas questões, restando tão somente uma apertada síntese a servir de base ao encadeamento de nossa análise.

²³⁷ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 24-25.

²³⁸ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 26.

CAPÍTULO 3 – LOCALIZAÇÃO SISTEMÁTICA E NATUREZA JURÍDICA

A partir da descrição e análise dos espectros histórico-dogmáticos, que constituíram os supedâneos às transformações das concepções da culpabilidade e da inexigibilidade de conduta diversa, pudemos identificar uma intensa transição dogmática desde o conceito de Frank, em direção a um reconhecimento normativo, o que tornou essa concepção um legítimo aperfeiçoamento da teoria psicológica uma vez que passava a conceber influências de circunstâncias diversas, no juízo de culpabilidade.

Observamos ainda que Frank, já tratava o conceito de inexigibilidade, passando tal concepção, a ser abordada de maneira mais detida sob os aperfeiçoamentos de Freudenthal e Goldschmidt, entre os expoentes desse instituto, o que de forma alguma, como já acentuamos, deve ser compreendido como um conceito único para a inexigibilidade nestes autores.

Defendemos portanto, que desde os questionamentos encetados por Frank, o que sempre esteve presente foi uma relativa passividade na aceitação das dogmáticas desenvolvidas, as quais representavam em verdade, um tênue equilíbrio apoiado sobre insuficiências, que nunca foram superadas, mas que, eram sustentadas em grande parte pelas influências das ciências, da política e pensamentos filosóficos, historicamente posicionados.

Nas bases dogmáticas que foram consideradas para a concepção normativa, constata-se no conceito da inexigibilidade, um suporte em pressupostos que sempre envolveram o conceito de valor, inicialmente com foco no subjetivo, lançando olhos sobre o dolo do autor e posteriormente, com o deslocamento do dolo para o tipo, conferindo valor no que concerne a ação praticada pelo autor do fato.

Assim, identificamos uma transição do conceito de inexigibilidade que, distanciando o valor conferido ao ato, da realidade que envolvia o fato, ao invés de pacificar o conceito daquilo que deveria ser exigido ou não dos cidadãos, autores de um injusto penal, exacerbaram as apórias que envolviam seu conceito.

Na busca de um conceito material e identificação da natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa, podemos inicialmente, constatar que a questão central a ser enfrentada, diz respeito, em uma ampla abordagem, às atitudes que devem ou não ser respeitadas, por conta de uma previsão legal, ou ainda com base nessa mesma legislação penal, o que é admitido como limites aos operadores do direito penal, em face às atitudes contrárias a essas normas, perpetradas por indivíduos, intencionalmente ou ainda por culpa.

Assim inseridos nessa situação apresentada, estão, um indivíduo que pratica um injusto penal, uma vítima que sofre a ação contrária ao ordenamento, a estrutura social, que vive aquele momento de contrariedade aos mandamentos penais e ainda, os operadores do direito penal que estão encarregados, ante tais circunstâncias, de adotarem medidas de política criminal, inseridas nesses mandamentos, ou melhor, promover alguma espécie de reação legal às ações contrárias ao ordenamento.

Em verdade, a partir do momento em que os conceitos que envolviam o positivismo jurídico, permearam-se pelas abordagens dogmáticas, constata-se o distanciamento entre conceitos que na prática, não podem ser tratados separadamente, ou seja valor e o do fato em si.

O que constatamos então, é que o positivismo jurídico privilegiou tão somente a validade daquilo que pode ser exigível, traduzido nas normas, desconsiderando a exigibilidade, como qualidade dessa norma, segundo uma possibilidade de seu cumprimento em concreto.

Dessa forma, a concepção puramente positivista, tornou-se instrumento insuficiente para definição da inexigibilidade de conduta diversa, não podendo prescindir-se para o alcance de seu conceito e natureza, de considerações jusnaturalistas, abarcando com estas, todas suas características, sejam de liberdade, de indeterminismo e indagações quanto à efetividade do poder agir de outro modo.

Neste aspecto bem salienta Bobbio, que a indagação do valor de uma norma, influi diretamente sobre o comportamento dos cidadãos tanto fazendo com que se submetam a norma como também que a desobedeçam, conforme

a constatação de um direito justo ou injusto²³⁹, o que na visão de alguns autores nacionais, torna-se uma prática por vezes indesejada, quando defendem que “O direito pode exigir de todos os cidadãos o cumprimento de preceitos normativos para uma harmônica convivência [...]”²⁴⁰

Assim o distanciamento profundo das considerações axiológicas, olvidando do **ser**, em seu sentido ontológico, teve como corolário, inúmeras dificuldades concretas no estabelecimento de um conceito do que seria exigível e não exigível, deslocando-se então, desde a consideração de um livre-arbítrio, de cunho filosófico, indeterminista, passando pela recepção dos estratos da personalidade de cunho psicológico, e por outro ângulo ainda, sustentando-se em questões de políticas criminais, cujo fim da pena é o mote a ser observado, pelo prisma das prevenções geral e especial.

Ao longo do desenvolvimento e aplicação dessas teorias, várias dúvidas quanto ao conceito material da exigibilidade e seu reverso foram colocados, passando a gravitar em torno desse núcleo, denominado “inexigibilidade de conduta diversa” uma miríade de tentativas, principalmente de cunho normativista, finalista e funcionalista de, por meio da dogmática, justificar e aperfeiçoar o entendimento do que se apresentava nos dispositivos legais, daí surgindo várias eleições do papel a ser desempenhado pela inexigibilidade, ora como princípio regulativo, ora como princípio constitucional, por vezes um princípio geral do ordenamento jurídico e mesmo tão somente como um elemento integrante da culpabilidade.

É nesse contexto que surge a inexigibilidade de conduta diversa (ainda que seu conceito e natureza não estejam definidos), como idéia inicial, de um instrumento eficaz na atuação sobre circunstâncias em que, o autor não teria o poder de modificar o que foi praticado (seja por razões de motivação, seja por razões de contexto social ou simplesmente de consciência da ilicitude).

Desta forma o sistema penal não teria como coibir a ação praticada e mesmo toda a estrutura social não poderia modificar a situação de injusto da

²³⁹ BOBBIO, Norberto, **O Positivismo jurídico**, Lições de Filosofia do Direito, Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995, p. 138.

²⁴⁰ TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade. Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais**. Campinas: Minelli, 2002, p. 86.

forma como este se deu, naquelas circunstâncias, por aquele autor. Inicialmente então, chegaríamos à conclusão de que inexigível seria, cobrar do autor daquele injusto penal uma ação diversa daquela praticada, tendo em vista que, por razões que ainda analisaremos, não haveria como agir naquela situação em concreto, em conformidade ao ordenamento jurídico penal.

Mas por si só, essa exposição basilar da idéia do que é exigível e inexigível em direito penal, não restaram suficientes para as concepções desenvolvidas e tão pouco para esta postura temática.

Observamos que o que se procurou, e na atualidade ainda se procura, é estabelecer na abordagem dogmática acerca da inexigibilidade, uma explicação ou mesmo uma superação de duas apórias, sobre as quais repousa o conceito da inexigibilidade de conduta diversa. Na primeira dúvida, esta objetiva, antes mesmo de qualquer outra abordagem, perscruta-se quanto à determinação daquilo que deve ser considerado exigível²⁴¹, ou ainda de outra forma, procura-se determinar que critérios devem ser utilizados para uma efetiva exigibilidade de conduta conforme a norma, valorando destarte a ação do autor, as circunstâncias que envolveram a ação, o bem lesionado, enfim, elegendo os valores que por meio de cautelosa observação, possam ensejar a cobrança ou não ao autor do injusto penal, de uma exigibilidade de conduta, diversa daquela por ele praticada.

Em um segundo momento, surge também como uma dúvida racional, a possibilidade ou não da aplicação daquilo que é exigível e seu reverso na fundamentação de uma exculpação, como causa supralegal nos delitos, sejam estes dolosos ou culposos.

Muito embora tal abordagem não deva restringir-se exclusivamente a uma análise lógica, Paz M. de la Cuesta Aguado, enceta seu estudo sobre a comprovação da exigibilidade, sob esse ponto de vista, onde coloca que, para os tribunais inicialmente, a conduta é exigível, e que, em uma abordagem lógica a afirmação da exigibilidade é igual à negação de seu contrário, restando

²⁴¹ PARDOS, Mariano Melendos. **El Concepto Material de Culpabilidad y el Principio de Inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p.55.

assim que, se há casos em que a exigibilidade pode ser negada, “*logicamente es forzoso concluir que, em los restantes puede afirmar-se*”.²⁴²

Obviamente que o conceito apresentado por Aguado é puramente formal, como mesmo adverte o autor, razão pela qual, devemos tomá-la, tão somente como uma base, em busca de estabelecermos o conceito de inexigibilidade, mas que de forma alguma esgota seu sentido, tendo em vista que, nossa investigação requer uma identificação para além da forma, mas sim, em busca do conteúdo dessa exigibilidade e inexigibilidade.

Assim então, encontramos-nos mergulhados em um emaranhado de questões que envolvem a filosofia do direito, sociologia, psicologia, antropologia e questões de política criminal, todas, matizadas pela axiologia, sejam, quanto aos valores a serem protegidos pelo ordenamento (bens jurídicos), seja, pelos valores que detém o autor do injusto penal, pelos valores que possuem os operadores do direito, ou mesmo os valores que envolvem o justo social. Todos esses aspectos, ainda confrontados a uma indagação de importância fundamental na definição dos limites do exigível ou não, ou seja, a indagação que envolve a liberdade de escolha do indivíduo que age.

Como podemos constatar, no conceito de inexigibilidade de conduta diversa estarão sempre presentes a perquirição do grau de envolvimento do autor de um fato típico, com a lesão a um bem jurídico, cotejados a uma valoração sobre todas as circunstâncias que envolveram o ocorrido, de onde emergirá uma exigibilidade ou inexigibilidade.

No que concerne as intermináveis contendas entre o determinismo e indeterminismo, (não serão as mesmas abordadas em profundidade nesta postura temática), adotaremos a concepção de que, na definição do exigível e inexigível, ambas as posturas exercem relativa influência.

Em face às abordagens diversas que defendem, o determinismo e o indeterminismo, não há como identificar uma confrontação direta de conceitos, e portanto inadmissível é a exclusão de uma teoria com o aproveitamento da outra, como com muita propriedade, expõe Hassamer, quando afirma que

²⁴² AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la Exculpación.** Madrid: Dykinson, 2003, p. 219.

A polêmica entre determinismo e indeterminismo será eternamente impossível de decidir, porque ela absolutamente não existe. Os oponentes não discutem entre si, mas dialogam uns com os outros sem se entenderem e por isso encontram-se nesta posição. Os argumentos a favor e contra o livre arbítrio não são tratados nesta discussão, mas servem de base a ela.²⁴³

Assim em nossas análises, será com esse posicionamento que comharemos, muito embora venhamos a assumir ao longo da exposição, em diversas ocasiões, a postura de que haja, por vezes, modos de liberdade integra, e por vezes uma liberdade deficiente no agir de um indivíduo.

Em apertada síntese dos estudos de Lobão Morais, destacamos no entanto, ainda sobre a questão da liberdade, que a mesma somente restará demonstrada mediante a admissão do papel de uma teoria empírica do Direito, fornecendo essa uma base teórica de ajuste dos limites contidos no ordenamento aos fatos infinitos da realidade.²⁴⁴

Enquanto para Freudenthal, destacava-se como mais importante a possibilidade de “poder agir de outro modo” do autor na situação em concreto, denotando uma postura de cunho subjetivista e individualizante, para quase todas as demais concepções normativas, a figura do “homem médio” era a referência, denotando uma postura objetivista, generalizante²⁴⁵.

Welzel, por meio da teoria finalista, fundamentou-se no pressuposto existencial do livre-arbítrio para a determinação da exigibilidade, adotando a partir da idéia do poder e dever, as bases de uma sustentação conceitual de que, muito embora o autor possa e deva resolver sua vontade conforme o direito, “situações há, todavia, em que não se exige uma conduta conforme o Direito, nem sequer do autor imputável que atua com plena consciência da antijuridicidade.”²⁴⁶

Por outro lado, a concepção funcionalista como já demonstrado no capítulo 1, presente com maior influência a partir do Projeto Alternativo alemão

²⁴³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2ª Ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005, p. 306.

²⁴⁴ Para uma abrangente exposição acerca da liberdade em si e su relação com o Direito vide: MORAIS, Luís Fernando Lobão. **Liberdade e Direito**. Campinas: Copola, 2000, p.448.

²⁴⁵ PARDOS, Mariano Melendos. **El Concepto Material de Culpabilidad y el Principio de Inexigibilidad**. Granada: Editorial Comares, 2002, p.55.

²⁴⁶ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luiz Regis Prado. São paulo: RT, 2001. p.138.

de 1966, enceta transformações conceituais para a exigibilidade, procurando distanciar-se dos conceitos filosóficos de Kant e Hegel, passando essa concepção a defender que os elementos morais não podiam constituir o único fundamento da pena.²⁴⁷ Por esta corrente ainda, alijando-se o livre-arbítrio, bem como o conceito do homem médio, elege-se como nodal a concepção dos fins das penas, onde a exigibilidade e seu reverso, subordinam-se ao que é conduzido pela política criminal, deixando de abordar, destarte, aspectos subjetivos e individuais como fundamento principal para a exculpação.

Obvio que, por essa concepção, conforme já colocado no capítulo 1, diversas críticas surgiram, mormente as direcionadas a ausência do respeito à dignidade da pessoa humana, onde, não mais passando o direito penal a depender dos princípios da culpabilidade e mesmo da inexigibilidade de conduta diversa, estariam abertos caminhos ao cumprimento cego de um Direito de Prevenção subordinado ao autoritarismo estatal.

Em defesa de um direito penal que proclama os fins da pena Ordeig manifesta-se no sentido de que impossível seria o cometimento de tais atrocidades, visto que os diversos ramos do saber não iriam se abster de intervir,²⁴⁸ o que entendemos como uma colocação idílica, em face às atrocidades estatais já cometidas, sobre a abstração de todo tipo de interferência científica que pudesse ocorrer. O não enfrentamento à questão do livre-arbítrio, representa clara demonstração de negação da realidade ante o **dever ser**.

Entretanto nem só com essas apórias depararam-se os estudiosos do conceito e natureza da inexigibilidade, apontando alguns trabalhos, dúvidas racionais, dentro mesmo dos próprios dispositivos legais, quando da observação de que, enquanto legalmente, previa-se a inexigibilidade de uma conduta conforme a norma, fundamentando a exculpação do autor, concomitantemente, no seio do mesmo dispositivo penal o legislador declarava uma conduta como antijurídica, transmitindo implicitamente a todos uma

²⁴⁷ STRATENWERTH, Günther. **El Futuro Del Principio Juridico Penal de Culpabilidad**. Trad. Enrique Bacigapulo. Madrid: Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid. 1980. p.92.

²⁴⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat, **O Futuro do Direito Penal**, Coleção Estudos de Direito Penal. vol. 13. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, p. 9

exigibilidade dessa conduta, o que por si já trazia incertezas quanto ao possível conflito de conceitos.²⁴⁹

A partir dessas concepções, podemos constatar que a natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa, sempre esteve submetida a uma espécie de questionamento contínuo, fruto decerto, em parte, das características que envolvem o próprio papel desempenhado pela dogmática jurídica, ou seja, o de ser um instrumento de busca do estabelecimento e manutenção de uma segurança jurídica, passando a produzir incessantemente, aqui especificamente para a inexigibilidade, uma atividade prescritiva, destinada ao Poder Judiciário, ao autor do fato diretamente e de forma indireta aos cidadãos.²⁵⁰

Portanto faz-se necessário a desmistificação do aparente caos conceitual que por vezes, se pretende qualificar o tratamento dispensado à exigibilidade, tomando como necessárias e adequadas todas as transformações de concepções, às quais tem se submetido este conceito, entendendo-as como necessárias ao seu aperfeiçoamento.

Devemos assim considerar essas transformações, mais apropriadamente, como um caminho obrigatório a ser seguido pela dogmática jurídica, a qual não se limitando a repetir e sistematizar as leis vigentes, procura estabelecer como meta mais elevada a formulação de regras jurídicas não contidas nas leis²⁵¹.

Configura-se dessa forma a necessidade, no que concerne a exigibilidade, de uma clara identificação de seus diversos parâmetros, ou ainda, dos critérios daquilo que deve ser considerado exigível para sua aplicação no direito penal, de sua localização sistemática e de sua admissibilidade ou não supralegal tanto nos delitos culposos como dolosos. É o que ora nos propomos a analisar.

²⁴⁹ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conduta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.2.

²⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica. Escorço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.85.

²⁵¹ PUIG, Santiago Mir, 1982, p-16-7, *apud*, ANDRADE, Vera Regina Pereira de, Op.Cit. p.85.

3.1 Critérios Para a Determinação da Exigibilidade de Uma Conduta Conforme a Norma

Antes de iniciarmos os estudos acerca das concepções que pretendem fundamentar uma localização sistemática à inexigibilidade, importante se faz, analisar uma das questões que não podem ser esquecidas quando se trata de fundamentar a culpabilidade ou a exculpação na exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa. Essa questão diz respeito ao parâmetro a ser utilizado na definição do que deve ser considerado exigível e por conseguinte, também o que deve ser inexigível.

Assim, enquanto não se estabelecem legítimos critérios de exigibilidade, seus limites, suas abordagens, sua abrangência, se encontrarão destituídos de valor, constitui-se em **algo**, vazio de conteúdo, sem utilidade ou ainda extremamente deletério ao direito penal.

Destarte é que, a fundamentação do que é exigível, ou inexigível em uma conduta, só consegue encontrar amparo em critérios que gravitam em torno do valor e do desvalor social, estando estes por sua vez, diretamente ligados a momentos políticos da história, e destes indissociáveis.

Os valores e desvalores ainda estão representados por meio de componentes tanto emocionais como científicos, este último notadamente defendido pelo positivismo jurídico. Trata-se assim, de uma composição de valores a partir de juízos de fato (a realidade a que se conhece pela observação) e de juízos de valor (a partir da realidade, o que se atribui de valor ao constatado de fato).

Importante se faz, pontuar a relatividade com que devem ser tratados, e como foram tratados esses mesmos valores ao longo a história, não havendo como estabelecer uma postura absoluta em relação a estes e que em face à abrangência proposta por esta postura temática nos impedirá de

aprofundarmos, nesta ocasião acerca de uma filosofia dos valores, assunto ao qual o tema encontra-se imbricado²⁵².

Por este viés é que, afirmamos em sintonia com Bobbio²⁵³, que uma procura por fundamentos para o exigível e não exigível, tentou em determinados momentos históricos, estabelecer parâmetros absolutos, seja pela admissão exacerbada de critérios fulcrados no livre-arbítrio, seja pelas afirmações de um fundamento determinístico, condutor este, das ações humanas, que no entanto, apenas desvelaram tratar-se de formas de defesa de posições conservadoras sem uma possibilidade de comprovação empírica, e que nem mesmo na atualidade tem-se como assegurar se há em concreto essa possibilidade de comprovação.

Assim a defesa de determinadas concepções, que procuram negar a existência das demais, a exemplo das contendas que envolvem o determinismo e o indeterminismo, demonstra-se ao longo da história, serem incompletas e frágeis.

Entendemos portanto, que não há como estabelecer critérios binários no conceito de exigibilidade, ou melhor, admitir tão somente, o exigível ou o inexigível, absolutos, em face a interação que opera este instituto, com diversas partes das ciências no estabelecimento desses critérios de exigibilidade. Deve-se admiti-lo como matizado e destarte, graduável desde o exigível até o inexigível, e assim recepcionando aspectos relativizados do determinismo e do indeterminismo.

Temos então em sintonia ao exposto por Jescheck, que, enquanto as causas de justificação podem ser explicadas a partir de uma multiplicidade de pontos de vista, ao contrário, para as causas de exculpação, temos na maioria das vezes seu supedâneo na inexigibilidade de conduta diversa a praticada, ou mesmo inexigível será um comportamento conforme a norma²⁵⁴, motivo pelo qual, entendemos tratar-se a inexigibilidade, em um primeiro momento, da razão ou fundamento da exculpação em sentido positivo, e ainda, a

²⁵² Para um detalhamento maior do tema *vide*: HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Coimbra: Almedina, 2001

²⁵³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 22.

²⁵⁴ JESCHECK, Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª Ed. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 513.

exigibilidade sendo a fundamentação da culpabilidade, também em um juízo positivo da exigibilidade.

Como estabelecer esses critérios, no entanto, tem demonstrado ser um grande desafio, pois se trata, em outras palavras de, estabelecer para o legislador, para o cidadão e mormente para o juiz, um detalhamento que em um primeiro momento represente uma valoração e em um segundo momento, norteie seus atos, do que constitui a princípio, uma conduta exigível ou inexigível.²⁵⁵

Trata-se portanto para a doutrina que se ocupa da inexigibilidade de conduta diversa, de superar a pecha de um conceito “vago” e ainda a idéia de que, a inexigibilidade traz consigo a “insegurança jurídica” em determinados casos.

A doutrina tem estabelecido normalmente, dois critérios para aqueles encarregados da aplicação do direito penal, servindo dessa forma, como medida da exigibilidade de conduta diversa, quando se trata de apurar a reprovação do autor no interior da culpabilidade. São eles os critérios subjetivo e o objetivo.

Pelo critério subjetivo, também trabalhado por Freudenthal, a exigibilidade e a inexigibilidade de conduta conforme as normas, ficam estabelecidas por uma formulação de juízo valorativa, de consideração ético-individualista, baseada esta no autor em concreto. Assim os motivos e condições pessoais, bem como todas as demais condições sob as quais estava submetido o autor do fato, em uma situação concreta, são considerados por este critério.

As insuficiências do critério subjetivo, apontam no caminho de que, na medida em que se procura esmiuçar o valor ou desvalor da ação do autor, considerando a situação e condições concretas deste, ocorre um distanciamento da missão do direito penal, em face a possibilidade, de gerar uma confusão entre um sentimento jurídico, imparcial e o sentimento de culpabilidade sob um viés ético moral, parcial e assim, comprometido.

²⁵⁵ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004. p.63.

Assim é que, apontado o critério subjetivo, como possível instaurador de uma “insegurança jurídica”, passou a ser imensamente criticado, principalmente tendo em vista, a “amplitude da esfera de exculpação a que conduziria”.²⁵⁶

Entendemos, no entanto, que por si só, o critério subjetivo, não representaria, em sua prática, um método fomentador da insegurança jurídica (motivo este que foi base para seu alijamento) pois, o aumento da amplitude jurídica da exculpação, desde que fundamentada, como defende o critério subjetivo, não traz consigo a insegurança jurídica, denotando tão somente que, o critérios estabelecidos pelo legislador para o exigível nesses casos, são insuficientes na previsão das concretizações possíveis, daquilo que representa os limites do exigível ao cidadão.

Constatadas no entanto as reais inconsistências introduzidas pelo critério subjetivo, no que concerne principalmente, em estabelecer o exigível e inexigível a partir de critérios éticos e morais, a medida da exigibilidade de conduta conforme a norma passou a ser estabelecida a partir de padrões de comportamento, não mais eticamente considerados, mas generalizando-se ante a indagação de como deveria atuar um cidadão “médio” quando submetido à mesma situação do autor do fato típico e antijurídico.²⁵⁷

Passou assim, a assumir a exigibilidade, um papel graduador da reprovação do ato, gerando o também insuficiente paradigma do “homem médio”.

Por esse critério, denominado também como objetivo, procurava-se mitigar a individualização, considerada excessiva no critério subjetivo, a partir de um “hipotético comportamento observado em um homem médio, situado nas mesmas circunstâncias nas quais se encontrava o autor do fato típico e antijurídico, no momento de realizá-lo”.²⁵⁸

²⁵⁶ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.64

²⁵⁷ Ibidem, p.65

²⁵⁸ O principal defensor de tal concepção foi Schmidt, E. em sua obra *Lehrbush des deutschen Strafrecht* de 1927, afirmando que “Para determinar se ao autor pode ser-lhe exigida uma conduta conforme o Direito, se deve fazer um exame das circunstâncias e dos motivos existentes, e considerar se, nas mesmas circunstâncias, outro homem haveria atuado como o fez o autor. Para isso não deve esquecer-se que nunca pode ser exigido o heroísmo e tão pouco se há de pressupor a debilidade. O Juiz deve representar o

Desta forma, o critério objetivo, promove por meio do Juiz, a uma representação, de como teria o cidadão médio agido naquele caso concreto. Se da mesma forma que o autor, não será exigível portanto do acusado um comportamento diverso do praticado, estando presente uma causa de exculpação. Do contrário, caso constate o Juiz, que no homem médio, no caso concreto, o comportamento observado é diverso do autor, estaria configurada a exigibilidade de uma conduta diversa, ou ainda, a exigibilidade de conduta conforme a norma.

Acontece que, por esse critério objetivo, o estabelecimento do que seria exigível ou não, também se demonstra insuficiente, na medida em que, vários aspectos aqui considerados, jamais reproduzirão a situação real, do momento do fato, que pertence apenas ao autor.

A primeira impossibilidade vem do tempo do fato, o qual jamais poderá ser reproduzido na mesma condição que o do ocorrido. Esta impossibilidade concreta, de antemão, impede por definitivo a comprovação empírica do que este critério tenta alcançar, ou seja, a reprodução, mediante um artifício de representação, sob as mesmas condições temporais a que esteve submetido o autor.

A segunda impossibilidade vem da própria figura fictícia do “homem médio”, o qual, representa na prática, um juízo lançado sobre a estatística, que no máximo comprova o que em média, ocorre em dadas situações. Assim também impossibilitado está, de comprovação empírica, desaguando em duas falácias. Primeiro a falácia da estatística insuficiente²⁵⁹, quando generaliza indutivamente as ocorrências de um “homem médio”, a ponto de assegurar a aplicabilidade deste conceito a todos os cidadãos. A segunda, da falácia da divisão²⁶⁰, visto que, inclui o homem em uma classe (homem médio) e falaciosamente conclui que todo membro dessa classe possui suas qualidades.

cidadão médio, considerando, todavia, também as peculiaridades psico-físicas conhecidas do autor concreto” *apud*. (CORREA, Teresa Aguado, *Op. Cit.* p.65). Também pela admissão do homem médio: PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 7 ed. Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005, p.592.

²⁵⁹ SALMON, Wesley C. *Lógica*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 2002, p.47.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

Apenas conclui-se que tal critério, procura dar forma a instabilidade vivida pela infinidade de possibilidades que o conceito de inexigibilidade de conduta diversa sugere à exculpação, não podendo, no entanto, ser aceita como paradigma, o que infelizmente não é reconhecido ainda pelos aplicadores do direito, havendo fartos exemplos de sua aplicação atual em sentenças dos tribunais.²⁶¹

Assim é que, também rechaçando a recepção da figura do homem médio manifestou-se Hassamer ao expor que

O “homem médio”, com cujas capacidades se mede o acusado na reprovação da culpabilidade, não é homo, mas um homúnculus, ele é uma figura da imaginação, um ‘fenômeno’ somente no sentido metafísico.²⁶²

Outro critério que merece menção, foi o que procurou, pela conjugação da objetividade e subjetividade, mitigar as insuficiências anteriormente apresentadas.

Por esse critério, denominado misto, se considerava a inexigibilidade como um princípio regulativo, havendo em cada categoria do delito a determinação de uma exigibilidade, onde na tipicidade e na antijuridicidade teríamos critérios objetivos, enquanto no estabelecimento da culpabilidade seriam utilizados critérios subjetivos, tendo em Henkel, um de seus maiores defensores.

Muito embora a prática do critério misto, leve ao cometimento de menores injustiças, pelas limitações que impõe, regulando os operadores do direito, oferecendo-lhes possibilidades de integração e indicando-lhes até onde podem ir, defendemos que, também por esse critério, há uma reprodução das insuficiências anteriormente apontadas, tendo em vista que permanecem sem

²⁶¹ São exemplos de sua aplicação em nossos tribunais: “Ademais a versão apresentada pelo acusado de que teria encontrado a droga e levado para casa para jogar fora é inverossímil [...]. Trata-se de regra de experiência empregada pelo homem médio.” (apelação nº 484.799-3/7-00, TJSP).

“A previsibilidade e um fato cujo possível acontecimento não pode escapar ao homem médio” (apelação nº 1984.01.044070-4 UF – STM)

“Ademais, as alegações do réu, ora apelante, não ostentam credibilidade alguma, não sendo crível tanto o alegado em relação a compra do veículo, como em relação a arma encontrada dentro do mesmo, isto tomando-se por exemplo o homem médio...” (Apelação criminal 2782/2004, quarta Câmara Criminal, TJRJ).

²⁶² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2ª Ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005, p. 309.

comprovação empírica as características adotadas pelos critérios objetivos e subjetivos, exacerbando ainda mais, o hiato entre a realidade e os valores quando do estabelecimento de critérios objetivos na tipicidade e mais as limitações impostas são insuficientes para conter a prática de arbitrariedades pelos juízes, não estando limitados a uma integração que promova a analogia *in bonam partem* somente.

Assim, em relação ao estabelecimento de critérios na determinação do exigível ou não ao cidadão, expõe Welzel que, para a inexigibilidade nos delitos culposos, devemos considerar os “estados inculpáveis de cansaço ou excitação, que dificultam ou fazem impossível a observância da diligência objetiva”, mesmo sendo o autor capaz de compreensão, não o censurando tampouco pela “lesão da diligência objetivamente imposta se atua sem pensar, em estado de aturdimento, de temor, susto, sobre esforço” e mais, desculpando-o também sob o fundamento da inexigibilidade, quando o “perigo de bens jurídicos estava tão afastado que não se lhe pôde exigir a omissão do fazer não-diligente”²⁶³.

Já na exigibilidade aplicada aos delitos dolosos, Welzel expõe que se faz necessário uma exigência ao autor por parte do direito penal, de um comportamento adequado ao direito muito mais firme, apelando para a compreensão do autor quanto às conseqüências do agir contrário ao ordenamento jurídico penal, onde para sua admissão, deve-se restritamente considerar a diminuição (e não sua eliminação) da capacidade geral de imputação, pela influência de estados afetivos, aceitando-se, no máximo nestes casos, atenuar a culpabilidade e nos estados de excesso nas defesas necessárias, defende Welzel a possibilidade de completa exculpação.²⁶⁴

Constatamos assim, que a concepção de Welzel, admitindo uma gradação da culpabilidade, tornando “relativa” a inexigibilidade de uma conduta diversa, parece apontar uma saída às dificuldades que uma postura binária, do totalmente exigível ou totalmente inexigível, confere àqueles encarregados de julgar determinado injusto penal, quando chegado o momento de abordar a reprovabilidade do injusto penal.

²⁶³ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.255.

²⁶⁴ Ibidem, p.256.

Já para Roxin, todos os conceitos como, objetivo e subjetivo, dever e poder, geral e individual, desvalor da ação e desvalor da atitude interna, todos, só fazem abordar parcialmente a questão do exigível, visto que, em verdade a problemática envolve questões político-criminais, devendo partir os estudos de um prisma teleológico.

Dessa forma, a partir de um determinado ponto das abordagens dogmáticas apresentou-se como prático deixar de lado a questão do livre-arbítrio, parecendo assim, surgir uma solução eficaz à questão do exigível e do inexigível, em matéria de culpabilidade, onde tanto ao nível do legislador, quanto ao nível do operador do direito penal, a teoria dos fins da pena explicaria sem dificuldades os porquês de castigar-se por vezes e prescindir-se desse castigo em outras vezes.

Esta concepção guarda estreita correspondência com a teoria defendida por Merton de que no campo da criminologia, o desvio representa um componente da estrutura social²⁶⁵, o que assim já sob o enfoque funcionalista de Roxin, justificaria tanto a existência do delito como a política criminal estabelecida para sua repressão, abstraindo-se dessa, a abordagem subjetiva.

Pondera ainda Roxin que a pretensão de Welzel em sustentar a idéia do livre-arbítrio, não pode empiricamente ser comprovada, restando para a discussão do **poder agir de outro modo** do autor, tão somente a constatação de tratar-se do cumprimento daquilo que o ordenamento jurídico exige do autor.²⁶⁶

Puig muito embora rechace a idéia do livre-arbítrio e por conseguinte do poder atuar de outro modo, ensejando a exculpação, admite ao contrário de Roxin que inexigível será a conduta conforme a norma quando “*falte al autor la capacidad de adoptar su decisión com arreglo a las leyes de una motivación*

²⁶⁵ *Apud*, BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3 ed, Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 62.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976. p.204. Também não admite a possibilidade de agir de outro modo: PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 7 ed. Buenos Aires: Júlío César Faira, 2005, p.593.

normal’ muito embora baseie-se no cotejo, da pessoa do autor à da inimaginável figura de um homem médio.²⁶⁷

Dos critérios atualmente utilizados, podemos constatar ainda variadas tendências. Em um primeiro momento, identifica-se uma inclinação pela adoção do conceito do homem médio contextualizado à posição do autor²⁶⁸, admitindo parte da doutrina, que o direito penal não pode prescindir da admissão do homem médio, visto que, o próprio ordenamento que impõe a punição foi construído, em tese, sobre uma base psíquica e moral que considera os cidadãos como um todo²⁶⁹.

Outros doutrinadores, no entanto, defendem a admissão do critério da exigibilidade segundo a apreciação exclusiva do autor, na situação concreta da realização do ato²⁷⁰.

Urge portanto destacar as insuficiências a que o direito penal é submetido, quando sob um enfoque funcional, sendo a principal crítica que se pode dirigir à essa concepção a de que poderia se estar, por meio de um prisma teleológico, justificando decisões de domínio do estado sobre os cidadãos.

No Brasil, a pratica tem recomendado ao critério de exigibilidade, uma observação do homem em concreto, na situação de fato, abdicando a maioria das sentenças de considerar a abstração do homem médio.

Entendemos que, a responsabilidade penal, principalmente da forma como é exposta em nosso Código Penal, tem como supedâneo a admissão da relativa liberdade de vontade, pressupondo o livre-arbítrio como base ao estabelecimento do exigível e inexigível, assim como, defendemos que o grau

²⁶⁷ PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 7ª Ed. Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005, p. 596.

²⁶⁸ Neste sentido: CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.66, MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral Vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.184.

²⁶⁹ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.66.

²⁷⁰ Neste sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio, **Lições de Direito Penal**, Parte Geral 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.241. WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.256, dentre outros.

de exigibilidade deverá guardar estreita correspondência e direta proporcionalidade ao nível da vontade livre de agir do indivíduo.²⁷¹

3.2 Localização Sistemática

Outro ponto nodal que devemos definir, quando se trata de perscrutar o papel destinado a exigibilidade e seu reverso no direito penal, diz respeito a sua localização sistemática.

Considerando a necessidade da segurança jurídica, há de se ponderar quanto ao papel não só da exigibilidade, mas também o da norma jurídica em atender a determinadas finalidades pelas quais se orienta, ou ainda, à quais interesses devem subordinar-se as normas e a exigibilidade que se aplicam aos cidadãos..

Definir destarte, a localização sistemática da inexigibilidade, implica na análise de seu papel, seja considerando-a em um primeiro momento como no âmbito da culpabilidade, quando o injusto penal se esgota na lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico, seja considerando-a também no âmbito do injusto, quando se considera que a exigibilidade geral ou abstrata (a do homem médio) pertence ao injusto, pelo fato de entender-se que a infração de dever está presente primeiramente no injusto penal.

Trata a questão de estabelecer sua localização sistemática, também uma necessidade de definir seu alcance e abrangência, relacionando a inexigibilidade de conduta diversa em relação a todas as fundamentações possíveis, tanto para uma justificação de conduta bem como para a exculpação.

A miríade de abordagens acerca da localização sistemática da inexigibilidade, deve no entanto, a fim de permitir sua melhor identificação, ser

²⁷¹ Assim manifesta-se Linhares ao expor que “*só a vontade livre, como condição de responsabilidade, constitui ponto de ligação das normas jurídicas; excluindo-se o indeterminismo psíquico da estrutura do direito, como acertadamente se expressou Jauerlandt, ‘estaria este esvaziado de seu conteúdo ético e nada mais seria que corpo sem alma’*” (LINHARES, Marcello Jardim. **Coação Irresistível**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 33)

resumida em duas grandes categorias ou concepções. Aquelas que procuram localizá-la tão somente como elemento da culpabilidade, com um papel restrito, e aquelas que a consideram como verdadeiro princípio, considerando não situar-se esta, exclusivamente como um elemento, porém atuando e influenciando todas as categorias do delito.²⁷²

Há ainda no interior das concepções que atribuem à inexigibilidade um papel de princípio, três linhas classificatórias admitidas pela doutrina. A primeira, considera o princípio da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, alcançando destarte todos os elementos da culpabilidade, ou seja atuando na exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa, considerando a inimputabilidade do autor ou ainda a ausência de consciência da ilicitude, pairando portanto sobre esses elementos, permitindo inclusive a analogia *In bonam partem* na exculpação.

A segunda linha admite o princípio da inexigibilidade, como uma causa de exculpação legal, não admitindo a analogia *In bonam partem*, estando a exclusão da culpabilidade, restrita às causas elencadas no ordenamento jurídico penal.

A terceira linha considera a inexigibilidade de conduta diversa como um princípio regulativo, concepção conferida à Henkel, o qual atribuía à inexigibilidade o papel de se permear por toda a teoria do delito, atuando na fixação dos limites do injusto penal, alcançando também as causas de justificação, atuando destarte, além da exculpação, pela adoção do já abordado, critério misto de exigibilidade.

Destarte, entendemos, a partir dessas constatações, que no direito penal a inexigibilidade de conduta diversa, tem atuação sobre a tipicidade, a antijuridicidade e na culpabilidade, restando diferenciá-las e caracterizá-las.

A partir das insuficiências da concepção de Henkel, que, muito embora tenha contribuído em destacar o papel da inexigibilidade em todos os âmbitos

²⁷² Muito embora alguns autores destaquem posições acerca da inexigibilidade classificadas quanto a subjetividade, objetividade e intermediárias, comungamos com NAHUM, Marco Antonio R., *Op. Cit.* p. 75., o qual após introduzir o tema, esclarece tratarem-se de critérios de orientação à abordagem da inexigibilidade, seja considerando o homem médio (objetiva), o homem individualmente no caso concreto (subjetiva) ou ainda a intermediária (que considera ambos os critérios conforme a abordagem esteja no injusto penal ou na culpabilidade). Em verdade esses critérios estão inseridos às concepções da inexigibilidade como elemento ou como princípio.

do Direito penal, não conseguiu desprender-se da limitada concepção que reservava um papel tão somente regulativo ao princípio da inexigibilidade, observamos o surgimento de concepções que procuraram exatamente avançar, cumprindo o papel dogmático já anteriormente exposto, objetivando situar a exigibilidade e seu reverso na posição de um princípio geral regulador de deveres, com foco normativo, referindo-se à atividade dos legisladores, sendo para alguns autores, esse foco, normativo até mesmo de cunho constitucional.²⁷³

3.2.1 A Inexigibilidade de Conduta Diversa Como Princípio Regulativo

O relativo equilíbrio do conceito da inexigibilidade como um elemento da culpabilidade, em vigor no contexto do século XX, fruto do excessivo formalismo e do conservadorismo político da dogmática jurídica da época, foi submetido a uma crítica profunda em 1953, quando Heinrich Henkel, passa a defender, que a exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa, constituíam em tese, um princípio geral regulativo, passando a tratar de forma inovadora a questão da inexigibilidade.

Em sentido diverso a concepção normativa pura da culpabilidade, de mote finalista, pelo qual a inexigibilidade sistematicamente localizava-se como elemento da culpabilidade, essa forma inédita de abordar a exigibilidade e a inexigibilidade realizada por Henkel, procurou abandonar a forma tradicional de considerar a localização da inexigibilidade como mero elemento da culpabilidade.

²⁷³ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta em Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p. 35. No Brasil Teotônio inclui com bastante propriedade, a culpabilidade que decerto guarda correspondência ao nosso tema, com a abordagem constitucional, em face a sua interferência nos “direitos fundamentais do homem, como parte integrante da organização jurídica-política de uma nação”. (TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Culpabilidade. **Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais**. Campinas: Minelli, 2002, p.117), pensamento com o qual comunhamos e estendemos ao princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Ao fundamentar seu pensamento, Henkel expôs que a aceitação dominante a partir de Frank de uma localização da inexigibilidade como pertencente tão somente a culpabilidade normativa, fez com que ficasse não só obstruído o correto entendimento do conceito de exigibilidade (e por conseguinte de seu reverso a inexigibilidade), mas também que se subestimasse seu campo de aplicabilidade, ao mesmo tempo em que se estimava exageradamente sua função²⁷⁴.

Na opinião de Henkel a inexigibilidade apresenta-se vinculada a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, sobre os quais atua de mesma forma, ensejando tanto a justificação como também a exculpação²⁷⁵. Notemos que mesmo entre nossos doutrinadores a concepção de Henkel obtém diversos adeptos.²⁷⁶

O vasto papel desempenhado pela exigibilidade e inexigibilidade, é destacado por Henkel, ao salientar a influência desses conceitos em todos os ramos do ordenamento jurídico, como o Direito Civil, Administrativo e Internacional dentre outros²⁷⁷, atuando assim a exigibilidade e seu reverso, delimitando os alcances jurídicos e auxiliando na interpretação das leis.

O princípio regulativo da exigibilidade e inexigibilidade, foram bem demonstrados por Henkel, a partir de seu papel desempenhado na interpretação das leis, quando as cláusulas gerais, necessitassem de limites concretos, bem como nos casos em que se torna impossível ao legislador delimitar materialmente o alcance dos deveres jurídicos, ficando a cargo do Juiz, essa tarefa de consideração das circunstâncias pertencentes a cada caso concreto, fazendo com que o conceito de exigibilidade estivesse presente em todo o âmbito do direito penal e não somente limitado à teoria da culpabilidade.

²⁷⁴ HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo**, Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faire, 2005, p. 46.

²⁷⁵ “*La 'inexigibilidad' no es una 'causa suprallegal de exculpación', sino menos y más que eso: cumple un papel, 'aquí y allá, en consideraciones particulares', y, no obstante, dicha función es mucho mas amplia, puesto que se extiende or igual sobre los ámbitos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.*” HENKEL, Heinrich, Op. Cit. p.130.

²⁷⁶ Neste sentido encontram-se Aníbal Bruno (Op. Cit, p.102), José Frederico Marques (Op. Cit, Vol II, p.225) e Juarez Cirino dos Santos (Op. Cit, p. 254) dentre outros, que sustentam estar a inexigibilidade relacionada não só a culpabilidade, mas também a tipicidade e a antijuridicidade.

³⁹ HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo**, Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faire, 2005 p.71-72.

Assim, sustenta Henkel, uma distinção entre os princípios normativos e regulativos, onde no primeiro, estariam presentes uma medida de valor e uma norma de julgamento, restando ao princípio regulativo, uma posição neutra, formal e ainda que não anteciparia normas para resolver os casos concretos, mas sim, desprovida de conteúdo, indicando ao juiz um caminho, orientando-o na elaboração por si mesmo da regra adequada a cada caso concreto²⁷⁸.

Decerto que, Henkel ao assumir essa postura conceitual, concomitantemente à inovação que introduzia no seio da teoria da culpabilidade, também carregava as insuficiências de sua concepção, por um lado, ao despojar-se totalmente do conteúdo valorativo, fruto em parte de uma influência neokantiana, e por outro ao afrontar a tão pretendida “neutralidade axiológica das ciências sociais”²⁷⁹, assunto do qual não nos ocuparemos na presente postura temática.

Em verdade na análise dos estudos acerca da concepção de Henkel, não podemos prescindir da consideração de sua condição de Juiz do Tribunal Regional Superior da Alemanha, bem como das diversas funções desempenhadas na administração da justiça alemã, que decerto influenciaram sua posição defendida no princípio regulativo da inexigibilidade.

A condição funcional de Henkel no entanto, não deve mitigar seus créditos acumulados, pelos trabalhos desenvolvidos, que de certa forma, abriram caminho aos estudos da admissão da inexigibilidade como um princípio regulativo do direito.

Outro elemento a ser considerado nos estudos de Henkel foi o papel desempenhado pela evolução da jurisprudência na solução de questões nos tribunais, cada vez mais presentes principalmente (como nos apresenta o próprio Henkel) para adaptar o direito de legítima defesa, às concepções jurídico sociais de sua época, contando para isso, com a exigibilidade e seu reverso, denominada por Henkel como um princípio regulativo²⁸⁰.

²⁷⁸ HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo**, Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005, p.82.

²⁷⁹ Ibidem, p.36.

²⁸⁰ Ibidem, p.81.

Fica claro ainda, que, a novidade da concepção de Henkel, não se encontrava restrita à função delimitadora, tendo em vista que nas discussões acerca do conceito de exigibilidade ao longo a história, a idéia da abordagem do caso concreto como limitador de deveres já havia sido abordada. O que se configurava como inovador era sim, a forma de como se levaria a termo essa delimitação dos deveres nos casos concretos, ou ainda, a inexistência de conteúdos valorativos, impedindo qualquer previsão normativa quanto a decisão judicial, sendo considerados relevantes para o juiz, tão somente as características do fato real²⁸¹.

A análise da concepção de Henkel, que atribui uma função regulativa ao princípio da inexigibilidade, apresenta-se em verdade bipartida em dois momentos imbricados. No primeiro momento há uma delegação regulada, por meio da qual, o legislador confere ao juiz uma competência, para que este, em segundo momento use dessa competência e proceda uma individualização sobre o autor do fato típico, por meio da aplicação da exigibilidade, as circunstâncias diferentes de cada caso concreto.²⁸²

Justamente nessa função individualizadora, identificamos o cerne das críticas que receberam a concepção de Henkel, do princípio regulativo da inexigibilidade, visto que, sustentam seus críticos, que em uma decisão jurídica, nem todas as circunstâncias do caso concreto são relevantes.

Assim considerando os críticos que, somente algumas circunstâncias devem ser tidas como relevantes, e ainda, que nesta concepção de Henkel todas as circunstâncias são tidas como relevantes, conclui-se que não há como assegurar que o objeto da individualização foi alcançado, ou mesmo que a decisão tenha sido justa, visto que, “não existem critérios pré-estabelecidos, sobre que circunstâncias e em que medida devem ter-se presente.”²⁸³

Ao conferir poderes desse grau aos juízes, comprometia Henkel, exigências inalienáveis de um estado de Direito, o que traria prejuízos diretos, a generalização e fundamentação das decisões jurídicas, e mesmo a

²⁸¹ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta em Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p. 28.

²⁸² HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo**, Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faura, 2005, p.73.

²⁸³ CORREA, Teresa Aguado. Op. Cit. p.29.

previsibilidade das decisões judiciais, o que de tudo, poderia se resumir, em decisões arbitrárias, considerando que estaríamos diante de avaliações intuitivas do juiz, quando diante das circunstâncias do caso concreto, o que Henkel não admite quando expõe que:

“[...] el empleo de lo regulativo por el juez [...] no pone a disposición del juez contenido de decisión alguno, mas solo le indica que determine autónomamente, com la ayuda del elemento regulativo, los limites de las esferas dudosas de derecho y deber.”²⁸⁴

Assim a insegurança jurídica seria o corolário das insuficiências apontadas na concepção regulativa da inexigibilidade, estando Henkel cômico de tais limitações, colocando sob responsabilidade da ciência vindoura a incumbência de esclarecer as diversas lacunas presentes em sua teoria individualizadora.²⁸⁵

Muito embora entendamos como insuficiente a concepção defendida por Henkel, autores como Jescheck, também atribuem à inexigibilidade de comportamento adequado a norma, um papel de princípio regulativo, afirmando que *“Exigibilidad e inexigibilidad son sólo ‘principios regulativos’ que orientam al juez para tener em cuenta en el caso concreto todas las circunstancias relevantes para poder adoptar uma decisión correcta.”*²⁸⁶

3.2.2 A Inexigibilidade de Conduta Diversa Como Princípio Geral

Considerando os ensinamentos de De Plácido e Silva acerca do conceito de **princípios**, tem-se que estes.

Revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica.

²⁸⁴ HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo**, Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005. p.127.

²⁸⁵ Ibidem, p.134.

²⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, 5ª Ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 513.

Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas²⁸⁷

Assim, muito embora De Plácido forneça a percepção inicial de que a inexigibilidade tem alcance maior do que aquele papel destinado no interior da estrutura da culpabilidade, não é por si só, suficiente para, a partir dessa constatação, sustentar-mos uma conclusão, que afirme ser a inexigibilidade um princípio geral. Urge portanto, uma aproximação maior a esse conceito.

Conforme os ensinamentos de Miguel Reale, a identificação de um princípio é obtida a partir da consideração, na ciência do direito, do papel desempenhado pelo juízo, logicamente concebido. O juízo sobre algo, é considerado como uma apreciação a respeito desse algo, seja por meio de uma afirmação, ou negação de uma qualidade desse algo. Dessa forma quando passamos a combinar juízos a juízos, estamos por meio de um nexos lógico obtendo um raciocínio, que em resumo devem guardar coerência entre si e serem válidos logicamente, sendo este o cerne para que possa ser essa operação de raciocínio considerada uma atividade científica. Acontece todavia, que um juízo implica em uma pergunta acerca da validade ou fulcro, restando nos casos em que o juízo enunciado não é evidente, a necessidade de que se reduza esse juízo a outro juízo, procurando por meio da redução simplificadora um juízo que proporcione a certeza do que se está enunciando. Assim afirma Miguel Reale que:

Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.²⁸⁸

A partir dos ensinamentos de Miguel Reale e De Plácido e Silva iniciaremos a abordagem da natureza jurídica da inexigibilidade sob esse viés, considerando em uma primeira aproximação as concepções que consideram a inexigibilidade de conduta diversa como um princípio univalente, com sua

²⁸⁷ SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 639.

²⁸⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. Vol I, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p.60

aplicação restrita a ciência do direito, sendo de interesse desta postura temática, tão somente seu papel no direito penal.

A jurisprudência conforme os julgados narrados a partir de Frank e a dogmática, conforme a própria postura de autores, a partir de 1907, registraram um deslocamento em direção a consideração da inexigibilidade como um Princípio Geral atuando em todas as categorias do delito, seja este regulativo ou normativo.

A concepção da inexigibilidade como princípio confere limites ao injusto penal e a culpabilidade, onde para o primeiro, procede a delimitação das causas de justificação e ao segundo das causas de exculpação.

Há em verdade, vários autores que não aceitam essa atuação múltipla da inexigibilidade, acatando tão somente a concepção que a localiza como elemento da culpabilidade, tendo em vista que, em suas opiniões a inexigibilidade atuando no campo da tipicidade e nas causas de justificação representam um perigoso instrumento de interpretações e de política criminal, indesejáveis ao papel a ser desempenhado pelo julgador.

A favor da admissão da inexigibilidade como um princípio geral, Juarez Tavares pondera que, muito embora seu papel dentro da teoria do delito esteja voltado a uma fundamentação que propicie a “concretização de um juízo de capacitação diante dos apelos normativos”, e ainda que, a doutrina tenha negado aos delitos dolosos seu uso como uma cláusula genérica de exculpação, sendo tal emprego mais presente nos delitos culposos, nada disso impede, ainda segundo o autor, que venha a ser usado como norma geral de exculpação, concluindo com maestria que “Dentro de um direito penal de garantia, a concepção de uma culpabilidade limitadora conduz a admitir todas as formas de sua exclusão, na medida em que digam respeito às impossibilidades reais de motivação.”²⁸⁹

Cobo del Rosal com propriedade, destaca que o papel a ser desempenhado pela inexigibilidade de conduta diversa demanda uma distinção desta, como princípio informador do direito penal e do ordenamento jurídico em geral, e a exigibilidade como característica do elemento culpabilidade do delito.

²⁸⁹ TAVARES, Juarez, **Direito Penal da Negligência**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.407.

Como princípio informador, atuaria no âmbito da tipicidade, onde a inexigibilidade de conduta diversa indicaria a atipicidade de determinadas condutas, para as quais a sua realização estaria além das capacidades do homem médio²⁹⁰.

Assim, considerando a inexigibilidade como um princípio, todas as categorias do delito serão por este princípio norteadas, afastando-se esta da limitação imposta pelo majoritário modelo finalista de culpabilidade, passando essa a atuar na tipicidade na antijuridicidade e na culpabilidade.²⁹¹

3.2.3 Manifestações do princípio da Inexigibilidade de Outra Conduta na Tipicidade, Antijuridicidade e Culpabilidade

Uma vez identificado o papel desempenhado pela inexigibilidade também como um princípio geral, resta analisar ainda as funções que esta mesma inexigibilidade desempenha, quando, pairando sobre as normas jurídicas, passa a assumir uma postura de orientação não só das ações jurídicas, mas permeia-se por todo o direito penal.

Dessa forma tem-se observado na dogmática penal, o desenvolvimento de posturas que pretendem atribuir ao princípio da inexigibilidade um papel também decisivo quando influenciando o direito penal.

Na tipicidade o que fica designado como o papel da inexigibilidade, é que condutas identificadas como manifestamente inexigíveis não devem ser por meio do direito penal impostas aos cidadãos, mesmo que, identificadas estas condutas como contrárias ao Direito.

Conforme expõe Paz Aguado (assumindo um posicionamento contrário a quase toda a doutrina), para a imposição de uma pena, é necessário que seja constatado que a conduta imposta pela norma era exigível ao autor, exigência

²⁹⁰ ROSAL, Cobo Del, ANTÓN, Vives. *Apud*, CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p. 61.

²⁹¹ Ainda neste sentido Joe Tennyson Velo expõe que “Em termos científicos, portanto, o ‘sentimento de inexigibilidade’ assume a qualidade e natureza de um princípio de Direito Penal.” (**O Juízo de Censura Penal**. Porto alegre: Fabris, 1993, p.69)

esta que não deve estar restrita a uma imposição coercitiva estatal, mas sim, vinculada a razões lógicas, de validade racional da norma imposta.²⁹²

Assim, o que se admite é que, diante de uma ordem determinante de uma conduta, onde seja essa norma manifestamente infratora, teremos uma exigente de responsabilidade pela atipicidade penal, toda vez que tal ordem for violada por quem a deveria cumprir. Cabe a colocação que tais ordens são anuláveis e não nulas, razão pela qual a responsabilidade disciplinar existe, muito embora não se exija penalmente seu cumprimento²⁹³.

Fica assim designada, muito embora não prevista no ordenamento penal brasileiro, a possibilidade do uso da inexigibilidade como instrumento na interpretação dos tipos penais, mormente pela ponderação de valores, para a definição quanto a exigibilidade ou não de conduta diversa.

Em nosso código penal, expressões como “...ou foge para evitar prisão em flagrante”, que ensejam um aumento de pena do Art. 121, em nosso entendimento exemplifica com perfeita clareza a existência de uma inexigibilidade de conduta diversa da praticada quando da fuga do local, atuando sobre a análise do tipo, onde embora expressamente previsto tal exigibilidade, admitirmos que o autor de um injusto penal, no caso em questão, de um homicídio, possa e deva permanecer no local do ocorrido, no aguardo de sua prisão em flagrante, representa a inobservância pelo legislador dos valores mais básicos do instinto humano de sobrevivência, presentes estes na maioria dos seres normais. Não há como falar em permanecer no local para que seja preso, o autor de um homicídio culposo, sustentando-se tal exigibilidade, tão somente pelo prisma da política criminal e mais pelos aspectos de respeito ao ser humano, mas que não conferem legitimidade a esta expressão quando analisada sob o princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Outro exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro, é o do Art. 305 que diz respeito a “Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à

²⁹² AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación.** Madrid: Dykinson, 2004, P.230.

²⁹³ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal.** Granada: Comares, 2004, p.72

responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”, pode ser também enfrentada sob o prisma do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, atuando esta na perscrutação de ser ou não ser exigível do autor incurso nesse artigo uma conduta dessa natureza.

E neste caso há a ponderação quanto a exigibilidade do tipo, idêntico ao dever de espera do parágrafo 142 StGB, onde na Alemanha, degladiam-se os doutrinadores quanto a ponderação de, até que ponto de um cidadão causador de um acidente, é exigível que permaneça no local desse acidente, até que seja identificado como causador e torne-se objeto da persecução penal²⁹⁴.

No âmbito da antijuridicidade o papel desempenhado pela inexigibilidade como princípio, destaca-se na fundamentação das causas de justificação, estando passível de aplicação na legítima defesa, excesso na legítima defesa e estado de necessidade²⁹⁵, onde muito embora tal posicionamento mereça uma apreciação quanto a sua possibilidade concreta, não é o mesmo admitido na doutrina nacional.

Urge salientar que o que mais precisamente pretende Teresa Aguado, não é modificar a doutrina, senão expor que, além dos princípios norteadores das causas de justificação, desempenha também a inexigibilidade de outra conduta um papel importante quando atua como mais um critério na ponderação de interesses e valores envolvidos na determinação seja de um injusto penal seja da culpabilidade do autor, onde, no caso de um injusto penal, irá variar segundo as causas de justificação²⁹⁶.

Assim sendo, para a legítima defesa, toma-se como adequado o que alhures foi apontado por Henkel, na utilização do princípio da inexigibilidade como um princípio orientador que fornecesse ao juiz os limites da defesa necessária e ainda a proporcionalidade do meio utilizado nessa legítima defesa, considerando todas as circunstâncias concorrentes.²⁹⁷

²⁹⁴ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.73.

²⁹⁵ Ibidem, p.75.

²⁹⁶ Ibidem, p.76.

²⁹⁷ Ibidem, p.76.

Mesmo assim, autores como Iglesias Rio e Teresa Aguado, defendem o uso da inexigibilidade de conduta diversa como causa de justificação na legítima defesa, afirmando a autora que

El principio de inexigibilidad permite justificar, excepcionalmente, en atención las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia (angustia, tensión, miedo,...) los supuestos en los que se pueda apreciar una mínima carencia en los requisitos cuya presencia permiten apreciar la eximente completa de legítima defensa.²⁹⁸

Devemos ressaltar ainda que, os excessos da legítima defesa, sejam estes intensivos ou extensivos só serão abordados como causas de exculpação e não como causa justificante.

Muito embora, como será abordado, na exculpação pelo excesso na legítima defesa, o medo, temor e outras situações influenciem o atuar do agredido, entendemos como ainda carentes de fundamentos as teorias que admitem a inexigibilidade como causa de justificação, apenas devendo até o presente, admiti-la como causa supralegal de exculpação quando do excesso em sua ação.

Urge salientar ainda, que a doutrina não ampara, nem mesmo tem reconhecido papel ao princípio da inexigibilidade como causa de justificação da legítima defesa, aqui exposto a título de apresentar concepções de alguns autores, ainda carentes de aperfeiçoamento dogmático, sendo que o excesso na legítima defesa, conforme será abordado no capítulo V, tem sido objeto de aproximações sucessivas na abordagem desse tema, na qualidade tão somente de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade e não como justificante.

3.3 - A Teoria Diferenciadora e a Inexigibilidade de Conduta Diversa

Muito embora na opinião de alguns doutrinadores a abordagem da inexigibilidade possa prescindir do estudo da teoria diferenciadora, pelo fato da

²⁹⁸ CORREA, Teresa Aguado, Op. Cit., p. 78.

mesma não pertencer ao nosso código penal²⁹⁹, entendemos que sua análise reveste-se de papel nodal no delineamento das funções da inexigibilidade nas diversas partes do direito penal.

O papel da teoria diferenciadora no desenvolvimento do conceito e localização sistemática da inexigibilidade de conduta diversa foi o de influenciar diretamente a admissão pela doutrina de que, trata-se a inexigibilidade de um verdadeiro princípio, atuando desde a exclusão da ilicitude (justificação) até a exclusão da reprovação do ato praticado (exculpação), assim diferenciados a partir da ponderação dos valores dos bens jurídicos tutelados que se encontram em conflito no atuar ou não, do autor do injusto. Assim, teremos por essa ponderação de valores fatos justificados e destarte, aprovados, enquanto na exculpação teremos fatos dirimidos, ou melhor, persistem a tipicidade e a antijuridicidade, porém desculpável será aquele injusto, sendo possível a demonstração em ambos da inexigibilidade de conduta diversa como princípio.

Por essa teoria, uma ação típica poderá não ser considerada antijurídica quando, confrontados em estado de necessidade bens jurídicos, o mal causado pela ação do autor é de valor inferior ao que decorreria da evitação da ação, em face a estarem sendo comparados bens jurídicos de valores diferentes, restando assim uma justificação da ação praticada, estando excluída destarte a inexigibilidade, sendo denominado **estado de necessidade justificante**.

Enquanto isso, em relação a exculpação do estado de necessidade, há neste estado um conflito entre bens jurídicos de valores iguais ou ainda, sacrifício por parte do autor de um bem jurídico de valor superior ao que pretende este proteger (seja seu ou de terceiros), onde se pondera que, a lesão praticada pelo autor, dada a situação motivacional, deve ser desculpada, não se devendo dele ser exigido conduta diversa daquela praticada.

É deveras interessante pontuar que, para tal teoria, ficam estabelecidos, conforme o valor do bem lesionado, quando comparado ao valor do bem que o

²⁹⁹ Conforme nos expõe Velo: “É perfeitamente possível um estudo do alcance do conteúdo do postulado a ‘inexigibilidade de conduta diversa’ sem a contemplação, absoluta pelo menos, das questões teóricas que participaram das discussões doutrinárias sobre os estados de necessidade. Ademais, o Direito penal Brasileiro nem adota a teoria diferenciadora.” (VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p.60) .

autor visava proteger, uma espécie de maior ou menor exigibilidade que terá como corolário uma justificação da ação, ou uma desculpa.

Reveste-se de grande importância tal teoria, em face principalmente, à necessária consideração, no estudo da inexigibilidade, dos valores dos bens jurídicos lesionados pela ação, onde, por meio dessa valoração, pode-se identificar o grau de desaprovação do ato que o ordenamento prevê, neste caso subordinado a um juízo de valor por parte do Juiz.

Welzel ao expor o assunto, elege o denominado “estado de necessidade penal”, como o “caso mais importante de aplicação da inexigibilidade de um comportamento adequado ao direito”³⁰⁰, utilizando em seus argumentos, o pensamento kantiano de que terceiros nunca devem ser tratados como coisas e sim, considerados sempre como um fim em si mesmos, o que, explicaria o motivo pelo qual não há como justificar a lesão de uma vida como meio de salvar outra vida (bens de idêntico valor), cabendo nestes casos somente a desculpa, em face a “debilidade humana” ante um estado de necessidade, não lhe sendo destarte, exigível uma conduta conforme o direito.³⁰¹

Urge salientar que Welzel sempre se mostrou resistente, até estas reflexões ético materiais (conforme o próprio professor da universidade de Bonn às denomina) à admissão de um estado de necessidade exculpante, aderindo a partir de então, a teoria que estabelecia os casos de necessidade justificante em que nos exemplos do autor “*a ação de salvamento é o meio adequado para o objeto adequado*” e os casos de estado de necessidade desculpante, onde a relação de adequação entre meio e objeto não está presente.³⁰²

A teoria diferenciadora já esteve no passado, expressa em nosso Código Penal (Arts. 25 e 28 do Código Penal de 1969 que não chegou a vigorar)³⁰³, restando atualmente, a possibilidade de sua admissão, salvo melhor juízo, por

³⁰⁰ WELZEL, Hans, **Direito Penal**. Trad. Dr. Afonso Celso Rezende, 1ª Ed. Campinas:Romana, 2003, p. 257.

³⁰¹ Ibidem, p. 258.

³⁰² Ibidem, p. 258.

³⁰³ Na exposição de motivos de Luis Antonio da Gama e Silva, apresentava seu autor a necessidade de uniformizar o texto do Código Penal ao do Código Penal Militar, afirmando o mesmo ainda quanto a exposição acerca do crime, que “a teoria diferenciadora (que se opõe a unitária) é hoje amplamente dominante e sua correção nos parece indubitável.” (PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 513-515)

meio da interpretação do Art. 24 do Código Penal, quando o autor atua com culpa, podendo ser configurado o estado de necessidade exculpante.

Por oportuno, cumpre destacar que a teoria diferenciadora não está expurgada de nosso ordenamento jurídico penal, quando estabelece o Código Penal Militar em seu Art. 39 que:

Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

A origem, admissão, abrangência, aplicação no direito pátrio e jurisprudência da inexigibilidade de conduta diversa, na admissão do estado de necessidade exculpante, serão detidamente tratadas no capítulo IV, sendo aqui tão somente apresentada, a título de caracterizar sua contribuição à definição da localização sistemática da inexigibilidade.

3.4 - A Inexigibilidade Como Fundamento das Causas Legais de Exclusão da Culpabilidade

Uma segunda corrente, dentre aquelas que admitem a inexigibilidade de conduta diversa, como elemento da culpabilidade, define a partir da exigibilidade, o seu reverso como fundamento das causas legais de exclusão da culpabilidade, considerando ainda, que não afetem os demais elementos, ou seja, a imputabilidade e a consciência da ilicitude. Assim segue tal concepção, defendendo que certas causas de exclusão da culpabilidade foram levadas em conta pelo legislador, constantes no seio do ordenamento jurídico-penal, ao expressamente declarar a isenção de responsabilidade a determinadas ações executadas sob o manto da inexigibilidade.

Partindo então, desta concepção, e cômicos, como alhures apontado, da insuficiência do ordenamento penal, no que tange a positivar todas as situações de fato, é que surgem as correntes que procuraram apreciar as

eximenes desta concepção por meio da analogia *In bonam partem*, no atendimento das insuficiências da tentativa falha do direito de tudo prever, sendo objeto de inúmeras críticas daqueles que defendiam a rigorosa aplicação da lei³⁰⁴.

Na atualidade temos que a maioria da doutrina, não obstante as críticas de que foi objeto a matéria, admitem a analogia *In bonam partem*, em face principalmente, a consideração de que se trata exatamente de uma rigorosa aplicação da lei, ou ainda como uma interpretação teleológica do princípio da legalidade, considerando que, a proibição da analogia visa resguardar prejuízos que possam decorrer ao réu de uma errônea interpretação, e não, em relação a um benefício que lhe possa provocar tal analogia.³⁰⁵

No ordenamento jurídico, atualmente encontram-se consagradas como causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, tão somente o estado de necessidade exculpante, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e a exculpação no favorecimento pessoal do § 2º do Art. 348 do Código Penal, as quais serão analisadas no capítulo 4.

3.5 - A Inexigibilidade Como Causa Geral Supralegal de Exclusão da Culpabilidade

Por este viés conceitual, há o entendimento de que nem todas as causas de exculpação estão previstas em lei, cabendo a esta, o papel de ser aplicada a todos os casos de exculpação não previstos no dispositivo legal penal, assim sendo denominada de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Parte esse conceito, do estabelecimento da idéia de que a exigibilidade de uma conduta conforme o direito é um elemento positivo do juízo de

³⁰⁴ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004.p. 54.

³⁰⁵ No Brasil a aplicação do Art. 4º da LICC constitui uma prova da necessária admissão da analogia *In bonam partem* quando trabalha a integração por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito.

culpabilidade, onde ao inexistir a exigibilidade, o juízo de culpabilidade seria negativo e por conseguinte haveria a inexigibilidade de conduta diversa. Nos casos em que a lei não expressasse as causas de exculpação, estariam presentes, quando faltasse a exigibilidade, as causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Podemos desde já, comparativamente, identificar na configuração da inexigibilidade como causa supralegal geral de exclusão da culpabilidade, os traços que compuseram a concepção de Freudenthal, já aqui exposto, o qual, foi objeto de inúmeras críticas e que, com exceção de alguns doutrinadores concordantes (notadamente Goldschmidt), foi rechaçada por quase a totalidade da doutrina.

A teoria de Henkel na admissão da exigibilidade e seu reverso como um princípio regulativo, também estaria inserida nas causas supralegais aqui exposta.

A inadequação deste conceito visualizada por parte dos doutrinadores, e rechaçada pela maioria dos operadores do direito, deve-se, nem tanto pela consideração de que a culpabilidade por essa concepção, tem por dever uma exigibilidade de uma conduta conforme a norma, (ponto de partida de Freudenthal), mas principalmente, pela alegada insegurança jurídica que tal postura proporciona, sustentado esse argumento, pela razão de que, se estaria por meio de uma competência do legislador (de dispor quais as causas de exculpação), admitindo novas causas não previstas em lei, e destarte escalando a insegurança jurídica³⁰⁶. Serve no entanto, tal argumento também, para que, inadequadamente, em nossa opinião, se sustente uma obrigatoriedade à normas injustas, onde estariam estas, fundadas ainda em uma pretensa generalidade das normas, sabidamente insuficientes, na tentativa de abarcar todas as situações de fato.

Atualmente a idéia dominante, porém de longe pacífica, é de que para a consideração da inexigibilidade não há como aproveitá-la como uma causa

³⁰⁶ AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad. Exigibilidad y Razones para la Exculpación**. Madrid: Dykinson, 2003. p.216.

supralegal de exclusão da culpabilidade, seja por motivos de insegurança jurídica, como também por razões de prevenção geral e de igualdade.³⁰⁷

Expõe assim Jescheck, que a admissão de tal causa supra legal implicaria em um comprometimento do efeito preventivo geral do direito penal, mantendo ainda situações de desigualdade quando da aplicação do direito, uma vez que a inexigibilidade não se apresenta como uma medida útil³⁰⁸. Unem-se a estas críticas, a constatação de que, dentro do suposto aqui para a inexigibilidade, não há como assegurar a exclusão de todas as possibilidades de comportamentos adequados à norma, o que, se confirmado, ensejaria a exculpação plena do autor³⁰⁹.

Somos no entanto favoráveis a manutenção de um papel para a inexigibilidade de conduta diversa cujo aproveitamento da mesma se permeie por todas os elementos do crime, visto tratar-se, como já exposto de um princípio, e que, como tal, deve atuar como norteador do direito penal, muito embora deva ser reforçado a posição da doutrina brasileira que em sua maioria admite, tão somente as causas legais de exclusão da culpabilidade.

Um aspecto importante, é que, conforme abordado por Henkel, faz-se necessário distinguir entre a admissão de causas supralegais de exclusão de culpabilidade e a admissão da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Expõe Henkel, que há de ser reconhecida a possibilidade das exculpações extralegais, negando no entanto o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como uma causa supralegal desculpante.³¹⁰

Expõe Henkel para tal sustentação que, em abordagens sobre o tema, uma vez positivada a inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, estará aí já presente, causas supralegais de exculpação, enquanto a inversão

³⁰⁷ Autores como Jescheck e Roxin não admitem a inexigibilidade como causa supralegal, embora constata-se que autores como Weber “consideram que a inexigibilidade é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade geral, independente de encontrar-nos ante delitos comissivos ou omissivos, delitos dolosos ou imprudentes, sendo fundamental, que o autor se encontre em situação de previsão de intensidade.” (Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, *apud*, CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004. p.51).

³⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, **Tratado de Derecho Penal**. 5 ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 542.

³⁰⁹ HIRSCH, *Apud* CORREA, Op. Cit., p. 51.

³¹⁰ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad Como Principio Jurídico Regulativo**. Trad. José Luis Guzman Dalbora, Buenos Aires: Julio César Faira, 2005. p. 115.

desses juízos, além de sequer ser abordado, não pode jamais a partir da existência de causas supralegais de exculpação admitir a inexigibilidade como uma delas.³¹¹

Em nosso entendimento, os argumentos utilizados por Henkel demonstram-se frágeis por serem tautológicos.

Assim, resumidamente, por esta concepção, que considera a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, teremos um alcance desta à todos os elementos da culpabilidade, permitindo ainda, em tese, a analogia das eximentes baseadas na inexigibilidade.

Na doutrina brasileira atual, encontramos como causas supralegais de exclusão da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa tratadas com predominância, tão somente os excessos exculpantes, e a consideração dos motivos, como elemento do estudo do crime, as quais serão analisadas no capítulo 5.

3.6 A Inexigibilidade de Conduta Diversa no Direito Penal Brasileiro

Inicialmente devemos considerar que a admissão da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal estará, a exemplo do que acontece nos demais países, subordinada a linha de orientação doutrinária e jurisprudencial.

Em nosso código penal a inexigibilidade é reconhecida como fundamento para a exclusão da culpabilidade de acordo com o estabelecido no art. 22 no que concerne a coação irresistível e obediência hierárquica.

Porém quando da consideração do papel desempenhado pela exculpação, pela ausência de qualquer de um dos elementos da culpabilidade, o estatuto penal brasileiro torna-se mais abrangente, consignando a inimputabilidade no Art. 26, Art. 27 (menoridade) e Art. 28, parágrafo 1º (embriaguez) e os erros de proibição no Art. 21, todos assim como formas legais de exclusão da culpabilidade.

³¹¹ Ibidem, p. 115.

Da análise de nosso ordenamento jurídico penal, constatamos ainda que, as excludentes da culpabilidade, fulcradas na inexigibilidade de conduta diversa poderão ser objeto de análise em diversos artigos da parte especial como um elemento negativo do tipo de injusto, atuando em tese, como um limitador do injusto penal, as quais para a presente postura, por uma questão de abordagem e abrangência não serão objeto de análise.

Assim no que concerne ao objeto de nossa postura temática, quando considerada, a inexigibilidade como uma causa de exculpação, que atua em todos os elementos da culpabilidade, identificamos que sempre que incidir uma excludente legal, seja por inimputabilidade ou ausência da consciência de ilicitude, o que estará atuando é exatamente a exculpação por não se poder exigir do autor uma conduta diversa da praticada, ou ainda, estará atuando sobre as causas de exclusão o princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

De tudo que até o presente foi analisado acerca do conceito e natureza da inexigibilidade de conduta diversa, resta pontuar a postura adotada no Brasil seja na aplicação do direito quanto nas concepções defendidas por nossos autores.

Dentre aqueles autores que rechaçam a inexigibilidade, está Nelson Hungria, adepto da escola psicológica, o qual sem negar a antijuridicidade, não a admite no entanto como fundamento supralegal da exclusão da culpabilidade³¹².

Em seus “Comentários ao Código Penal” escrito em 1949, Hungria alertava que as excludentes ou atenuantes da culpabilidade, não admitem qualquer extensão além do que esteja estabelecido de forma taxativa no ordenamento penal, ponderando ainda que, as teorias versando acerca das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, em verdade representavam uma concepção alemã, cujo precípuo objetivo era mitigar as insuficiências de um código penal ultrapassado.³¹³

³¹² O autor expõe que: “*O nosso código assimilou explicitamente o critério da ‘não exigibilidade’, mas para reconhecer, segundo a maior ou menor premência das circunstâncias, ora uma discriminante, isto é, identificando-a como a própria essência do estado de necessidade (art.20, caput), ora simples minorante (art. 20, § 2º)*”. (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 202)

³¹³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 77.

Expõe ainda Hungria sua preocupação no que diz respeito aos perigos a que se exporia a lei penal, quando da atribuição aos juízes, do arbítrio de, sem o apoio daquilo expresso nos dispositivos legais, “criarem causas de excepcional licitude ou não culpabilidade penal”.³¹⁴, ressaltando ainda o referido autor a inadmissão da analogia *In bonam partem* em face ao nosso código de 1940³¹⁵.

Fragoso também rechaça a possibilidade de admissão da inexigibilidade de conduta diversa para além do expressamente contido no ordenamento penal, advertindo que tal recepção implicaria no “*abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal*”.³¹⁶

Mirabete também condena a aplicação da inexigibilidade como causa supralegal, assumindo este uma postura de negação dessa função, assim expondo que o “Nosso Código não contempla a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade”, complementando o autor sua posição, por meio das decisões dos tribunais afirmando que

No tribunal de Justiça de São Paulo já se tem decidido que o sistema penal vigente no país somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade quando expressamente prevista (como na coação moral irresistível).³¹⁷

Aníbal Bruno, outro autor de suma importância à nossa exposição, defende em sua obra de 1967 que a exigibilidade de conduta conforme a norma é elemento da culpabilidade, consistindo a culpabilidade em um juízo de reprovação, sendo que para a reprovação ao autor de uma determinada conduta é necessário que lhe seja exigível tal conduta, utilizando para tal a idéia do homem normal em condições normais, adepto destarte do livre arbítrio ao lançar mão do conceito de dever e poder agir conforme a norma.

Autor normativista, Aníbal Bruno expõe que, em relação a exclusão da culpabilidade, em face a inexigibilidade de conduta diversa, não há como

³¹⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p.77.

³¹⁵ *Ibidem*, p.78.

³¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.260.

³¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 15ª Ed. Vol I, São Paulo: Atlas, 1999, pp.198/199

considerar um ato juridicamente reprovável, quando for este praticado sob condições que não tornem exigível a prática de uma ação conforme o direito.³¹⁸

Reconhece ainda o renomado autor a possibilidade da aplicação da inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade tanto na ação dolosa como na culposa, assegurando ainda a sua utilização perante as lacunas da lei, sem no entanto reconhecê-lo como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, mas sim, por meio da analogia *In bonam partem*, expondo tratar-se esta analogia de uma “aplicação de um princípio latente no sistema legal”.³¹⁹ Assim conclui Aníbal Bruno tratar-se a inexigibilidade de

Um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além da hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme o Direito³²⁰.

Não somente perante os autores estrangeiros, mas principalmente entre as obras nacionais, há o entendimento de que o papel desempenhado pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa, nos delitos culposos, deve ser o de ensejar a exculpação do autor sempre que em concreto não existam condições de motivar-se esse mesmo autor de acordo com as normas.

Ainda entre os autores nacionais, Marques, seguindo as bases normativas, que adotam o caráter retributivo da pena, e da culpabilidade como uma reprovação ao ato típico e antijurídico praticado, defende em sua obra de 1966 que se deve admitir a exclusão da culpabilidade sempre que a conduta típica tenha ocorrido “sob a pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta”.³²¹

Assim, José Frederico Marques defende em seu tratado, a inexigibilidade como uma forma genérica de exclusão da culpabilidade, que alcança tanto os casos culposos como dolosos, alertando ainda que, não admitir esse alcance, seria identificar o legislador penal como possuidor de uma onisciência inexistente em qualquer outro setor do direito, ou mesmo,

³¹⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral.** Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

³²⁰ *Ibidem*, p. 106

³²¹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** 2ª Ed. Vol II, São Paulo: Saraiva, 1965, p.227.

considerar o direito penal imune a lacunas e omissões, o que decerto não retrata a realidade.³²²

Para Toledo, a inexigibilidade de conduta diversa constitui um verdadeiro princípio do direito penal, sendo esta, segundo o autor “a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade”³²³, admitindo ainda o Ex-ministro do STJ, ser a inexigibilidade uma causa legal e supralegal de exclusão da culpabilidade, fundamentando quanto as causa supralegais, tratar-se de um problema intimamente relacionado à responsabilização individual e destarte, prescindir para a afirmação da exculpação da existência de expreso dispositivo legal.³²⁴

Para Rogério Greco, a exigibilidade abrange a imputabilidade e a consciência da ilicitude, ressaltando ainda que a possibilidade ou não de agir conforme o direito não deve obedecer a padrões, variando de pessoa a pessoa, observando-se para a exigibilidade de outra conduta, suas particulares condições, o que influirá diretamente na aferição da culpabilidade, pontuando para tal que

As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar seu próprio nome³²⁵

O que no entanto, permanece como duvidoso também entre os autores brasileiros é o papel operado pela inexigibilidade nos crimes dolosos e também, a sua aceitação e funcionamento como uma causa geral de exculpação.

Dessa forma assume Heitor Costa Junior postura que admite a localização sistemática do cuidado individual em um momento anterior à culpabilidade, ou seja, no tipo. Assim, prossegue por esse viés cognitivo o

³²² MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2ª Ed. Vol II, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 227.

³²³ TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.328.

³²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis, Op. Cit.,p. 328.

³²⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói: Impetus, 2005, p.465.

autor afirmando, que “Em conseqüência, a ação daquele que não tem condições de atender ao cuidado necessário será atípica.”³²⁶

Notemos que, ao admitir Heitor Costa Junior, que as condições do autor podem ensejar a atipicidade do fato, o que se procura em concreto fundamentar é a exclusão da tipicidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, em face às condições e a capacidade pessoais do agente.

Concordamos com a postura adotada pelo professor Heitor Costa Junior e humildemente, ousamos apontar ainda que, este posicionamento desperta a atenção de discussões comodamente adormecidas pela dogmática penal brasileira, das quais não podemos olvidar, como até mesmo, a dos conflitos entre dever jurídico e dever moral ensejando a inexigibilidade de conduta diversa, os quais não serão nesta postura detidamente tratados.

Juarez Tavares sobre a matéria, expõe que o princípio da inexigibilidade de conduta diversa funciona como um “critério regulador da capacidade de motivação em face da lesão aos deveres de cuidado”³²⁷ alertando no entanto que, em relação aos fatos dolosos, há negação pela doutrina da aplicação deste princípio, além de inexistirem determinações doutrinárias quanto ao equacionamento dos parâmetros legais e limitações, para uma avaliação material dos elementos que o constituem.³²⁸

Pondera ainda, Juarez Tavares que, o princípio genérico da inexigibilidade não deve ser considerado como o único a ensejar a responsabilidade pessoal pelo fato, mas sim, basear essa responsabilização em fundamentos que tenham a ver com a “concretização de um juízo de capacitação diante dos apelos normativos”, estando assim a inexigibilidade, associada a vários outros critérios, não impedindo até mesmo, afirma o autor, que o princípio da inexigibilidade venha a ser admitido como causa geral de exculpação.³²⁹

Comunhamos com o pensamento do professor Juarez Tavares, portanto, de que o papel a ser desempenhado por uma concepção que

³²⁶ COSTA JR, Heitor. **Teoria dos Delitos Culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1988. p. 101.

³²⁷ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.406.

³²⁸ Idem, p. 407.

³²⁹ TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 407.

recepção a culpabilidade como limitadora, deve considerar todas as formas de exclusão da própria culpabilidade, não podendo em um direito penal de garantia, restringir-se apenas a atuar no seio dos delitos culposos, mas sim, ter como mote, a interferência em todos os momentos em que haja impossibilidades concretas de motivação conforme as normas.

Apesar do viés doutrinário que admite a inexigibilidade como causa supralegal, os tribunais têm negado esse papel na prática, existindo farto material nesse sentido como *v.g.* o acórdão da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo relator o desembargador Giuseppe Vitagliano que assim apresenta:

As causas de exclusão de culpabilidade são restritas e expressamente previstas não havendo lugar para a admissão de outras, de ordem supralegal a título de analogia *in bonam partem*³³⁰.

Com João Mendes Campos, temos na admissão da exculpação, o uso do princípio da inexigibilidade de conduta diversa para os casos previstos em lei, enquanto na falta de previsão legal, defende o autor tratar-se de uma “causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade”.³³¹

Djalma Martins da Costa defende a admissão da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ou mesmo da antijuridicidade, pontuando que, as causas excludentes expressas, são espécies taxativas da inexigibilidade, enquanto que a inexigibilidade de conduta diversa atuaria como causa geral, com localização sistemática acima do sistema, mas não fora deste.³³²

Alerta contudo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que, há necessidade de cautela quando em situações de “verdadeira encruzilhada” nos tribunais, tem-se práticas que, mesmo não se

³³⁰ Ap. Crim. nº 2096/2003. Nesse sentido também: “*Verifica-se por outro lado, que a tese sustentada pela ilustríssima defesa – a inexigibilidade de conduta diversa, como causa de exclusão da culpabilidade – não pode ser acolhida por se tratar de causa supralegal, que não é assimilada por nossa legislação penal*” (Ap. Crim. nº 5490/2000 TJRJ), ainda no mesmo sentido Ap. Crim. nº 1917/2003 (TJRJ).

³³¹ CAMPOS, João Mendes. **A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 20-21.

³³² COSTA, Djalma Martins da. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Rio de Janeiro:FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2004, p.19.

encaixando nas excludentes expressas, não merecem reprimenda por conta do justo social.³³³

Admitimos destarte, em face à diversidade de posicionamentos, e em reforço as idéias de alguns dos autores anteriormente citados que, o princípio da inexigibilidade deve ser admitido em toda a extensão do direito penal, atuando e permeando-se por todos os elementos que constituem o crime, muito embora a dogmática brasileira tenha tratado até então, tenuamente o papel desempenhado pela inexigibilidade fora da culpabilidade.

Consideramos de extrema relevância portanto, mercê da abordagem realizada, o entendimento de que, independente da concepção sustentada, temos a inexigibilidade como um juízo negativo para o estabelecimento da culpabilidade do autor de um injusto, onde sendo negativo o juízo de valor, quanto a inexigibilidade de uma conduta diversa àquela praticada, constatado estará, que havia necessidade de que o indivíduo agisse ou deixasse de agir conforme o ordenamento jurídico prescreve e destarte presente estará a culpabilidade do autor.

Em seguimento a este viés cognitivo, defendemos a necessidade do estabelecimento de pressupostos na emissão de um juízo daquilo que se pode exigir, o que para Aguado, representam níveis do juízo de exigibilidade³³⁴

Portanto juízos de fatos e de valores comprometidos com o respeito a integridade moral, estabelecendo como exigíveis tão somente condutas cuja competência normativa guardem correspondência ao *jus puniendi*, bem como juízos que considerem o respeito a dignidade da pessoa, onde tornam inexigíveis todas as condutas previstas pelo ordenamento seja pela obrigatoriedade de realização ou mesmo pelo mandamento de sua abstenção, quando estas se voltam a uma reprovação da pessoa e não de seu ato e ainda um juízo da igualdade perante a lei, pela qual o caso concreto deve receber igualdade de tratamento jurídico, rechaçando a idéia do estigma, desviante primário e secundário, o que torna a exigibilidade um instrumento

³³³ COSTA, Djalma Martins da. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Rio de Janeiro:FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2004, p.69.

³³⁴ AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 231 et seq.

despropositado, não ligado ao fato, devem sempre serem considerados como pressupostos ao alcance daquilo que deve ser exigível ou não do ser humano ante o ordenamento jurídico penal.

Embora como anteriormente exposto, Aguado apresente-as como níveis do juízo de exigibilidade, entendemos adequado o tratamento desses juízos enquanto pressupostos da exigibilidade, sem as quais não há como se falar em exigibilidade de uma conduta conforme as normas.

Por todo o exposto comunhamos com os autores e concepções que recepcionam a inexigibilidade de conduta diversa como um princípio, podendo atuar na exculpação legal e supralegal, restando para as concepções futuras o amadurecimento da dogmática para a admissão de seu papel na tipicidade e antijuridicidade, visto tratar-se a inexigibilidade pelas razões aduzidas, de um verdadeiro princípio do direito penal.

Assim nos capítulos seguintes, guardando sintonia ao estabelecido pela doutrina majoritária brasileira, serão tratadas com maior detalhamento, exclusivamente as causas legais e as causas doutrinariamente reconhecidas como supralegais de exclusão da culpabilidade, com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

CAPÍTULO 4 - A EXCULPAÇÃO LEGAL FUNDAMENTADA NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Conforme analisado nos capítulos antecedentes, tem-se que, da adequação de uma ação praticada ao prescrito no dispositivo penal material, estará aí fundamentada uma antijuridicidade material, sem que no entanto, se possa nesse momento já, assegurar a culpabilidade do autor. Tem-se aqui, então que há além da exclusão da antijuridicidade, outras formas de exclusão da responsabilização pela ação típica praticada. Superada a configuração da ação típica e antijurídica, restará ainda a exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa.

Jescheck defende que as causas de exculpação não são explicadas tão somente pela ausência de culpabilidade do autor, mas, sim se apresentam caracterizadas por uma “dupla posição”, seja pela diminuição do injusto, seja também pela diminuição do grau de culpabilidade pelo fato. Assim sustenta Jescheck, que dessa dupla redução, tanto do injusto quanto da culpabilidade, o legislador conclui que em tais casos deixa o autor de ser merecedor de pena.³³⁵

Resumidamente na exigibilidade de conduta diversa, enquanto perscruta-se a normalidade das condições em que foi praticado o fato típico e antijurídico, com foco na individualidade do autor do injusto, deve-se rechaçar qualquer abordagem de homem médio, dessa ponderação surgindo então a possibilidade de exculpação do autor, quando inexigível lhe era uma conduta diversa da praticada naquela condição, naquele momento, ponderando-se assim, tudo o que diz respeito ao ambiente externo ao autor do fato, enquanto inserido este mesmo autor, com sua construção de personalidade moral neste contexto. Este é um dos ângulos por onde se aborda a exculpação, que reforçam a idéia de Jescheck de que nem a “formação nem a materialização da vontade antijurídica da ação, podem ser objeto de reprovação pela

³³⁵ JESCHECK, Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª Ed. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 512.

culpabilidade”³³⁶. Que condições e em que momentos legais se fundamentam essa exculpação, é o que passaremos a abordar.

Podemos afirmar resumidamente que, nos casos em que se encontrar regulado em lei as hipóteses de desculpa penal, estaremos tratando de causas legais de exclusão da culpabilidade, fundadas estas, conforme postura adotada neste trabalho, no princípio da inexigibilidade de conduta diversa, enquanto que, às lacunas da lei, restará o tratamento como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, esta última posição, adotada pela doutrina dominante, mas que, como será defendido no capítulo a seguir, merece detida análise quanto à sua admissão como inserida no ordenamento jurídico, e destarte, legal.

Não se poderá olvidar portanto, na presente abordagem, e mesmo em todo o conteúdo desta postura temática, o entendimento de que, um valor representará sempre um valor para alguém, sendo mesmo impossível à primeira vista, desvincular-mos o juízo e o valor dos elementos anímicos de quem valora, e dessarte, a aproximação no direito penal do exigível, do real, será sempre relativo às realidades de quem valora, seja este o legislador, o operador do direito, ou mesmo o autor de um fato típico³³⁷.

No que concerne então, aos casos previstos em lei, temos em nosso ordenamento jurídico penal, como dirimentes, o estado de necessidade exculpante, a obediência hierárquica, a coação moral irresistível e ainda a exculpação no favorecimento pessoal do § 2º do Art. 348 do Código Penal, muito embora defendam importantes autores tratar-se esta última de uma escusa absolutória.³³⁸

Assim, analisaremos cada uma dessas causas legais de exclusão da culpabilidade, em todos os aspectos que a revestem, seja no que diz respeito ao seu surgimento no ordenamento, seu alcance, abrangência, os valores pelos quais se reveste, e mormente o que procura a lei ao estabelecer expressamente essas possibilidades de desculpa penal.

³³⁶ JESCHECK, Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5ª Ed. Parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 512

³³⁷ HESSEN, Johannes, **Filosofia dos Valores**. Porto: Almedina, 2001, p. 50

³³⁸ Autores como Juarez Cirino dos Santos, admitem ainda como inclusas em situações de exculpação legais o excesso na legítima defesa e a legítima defesa putativa, as quais não serão na presente postura analisadas em profundidade. (**A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.256).

O Código Penal Militar, conforme brevemente antecipado no capítulo 3, expressa em seu Art. 39 o estado de necessidade exculpante³³⁹, enquanto o Código Penal, em seu Art. 22 estabelece para a “coação irresistível e obediência hierárquica” *in verbis* que:

Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

O texto que coincide com o contido no Art. 18 do Código Penal de 1940, condensa dois institutos que, embora guardem correlação, devem ser tratados separadamente para um completo entendimento.

Por oportuno, mesmo antes de adentrar-mos as excludentes legais em espécie, faz-se necessário expor que a permeabilidade do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, deve ser reconhecido nas causas legais de exculpação, mesmo quando cometido o injusto penal na modalidade putativa quanto a exigibilidade de comportamento diverso.

Assim se dará quando, por conta de uma falsa representação de não exigibilidade de uma conduta conforme o direito, age o autor em uma putativa coação moral irresistível, ou mesmo em todas as outras causas legais de exculpação, defendendo Munhoz Netto, não tratar-se de erro de tipo nem mesmo erro de proibição, cabendo sim, a aplicação no caso, da inexigibilidade de conduta diversa para a exculpação do autor, tendo em vista que, real ou putativa, terá a ação supedâneo nesse princípio.³⁴⁰

4.1 O Estado de Necessidade Exculpante

Uma primeira aproximação da questão que envolve a admissão do estado de necessidade exculpante, fundamentado pela inexigibilidade de conduta diversa, passa necessariamente pela abordagem do que venha a

³³⁹ Vide 3.3.

³⁴⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. **A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13.

constituir um estado de necessidade, e mais, que tipo de tratamentos recebe, no seio do direito penal.

O que depreendem quase como uma unanimidade os doutrinadores, é que falar em estado de necessidade significa abordar uma situação inevitável de perigo atual que envolve bens jurídicos³⁴¹. Acontece que tal conceito, longe de se esgotar em uma singela expressão, envolve sim, o cotejo de valores de bens, juridicamente tutelados que se enfrentam nessa situação de perigo. Perigo este para todos os bens envolvidos na situação, o que irá requerer uma decisão de sacrifício por parte de um ente envolvido, e mais, terá como corolário a imolação de um desses bens jurídicos envolvidos para que, dessa ação, a integridade de determinado bem seja salvaguardada. Assim temos que, entender o estado de necessidade é também um exercício de alcançar os juízos valorados que envolvem uma decisão a ser tomada.

Aqui mais ainda que em outros institutos, exacerbados estarão os Juízos de valores, onde, partindo estes de um juízo de fato, confrontam-se a valoração de bens, que encerra a questão de decisão do autor de um fato típico, agindo sob situação anormal, ante os bens jurídicos eleitos, e assim, valorados pelo ordenamento jurídico, onde deste confronto inevitável, decorrerá o sacrifício de um dos bens. Partindo então, exatamente dessa ponderação de valores ante a exigibilidade ou não de uma conduta diversa, procuraremos aqui analisar, dentro de um estudo do estado de necessidade a identificação e a possibilidade de uma exculpação..

Decorre da questão a importante indagação quanto as diferenças que envolvem as escolhas de ente para ente, em relação ao valor a ser conferido a determinado bem, sob um prisma individual daquilo que o ente elege como bens que lhe são preciosos e sob um prisma social, pelo que a coletividade elege como bens valorados.

Assim temos que, perante uma situação de perigo, observar-se-á uma determinada decisão tomada pelo autor, em direção a um fato penalmente relevante, o qual será pelo Juiz cotejado aos bens eleitos pelo ordenamento, possuidores estes, de maior ou menor valor, e sopesado ainda às razões da

³⁴¹ Ao longo da exposição, os termos, bem jurídico e bem, serão utilizados com o mesmo significado, ou seja, de valores eleitos para serem tutelados; protegidos pelo ordenamento, por conta de seu valor social.

hierarquização desses bens jurídicos, desaguando em uma decisão pelo reconhecimento, ora de um estado de necessidade justificante, ora como um estado de necessidade exculpante.

Surge então a interessante questão, talvez central do tema, que trata exatamente da tridimensionalidade jurídica, cuja teoria é conferida a Miguel Reale, e que aqui, na inexigibilidade de conduta diversa ante o estado de necessidade parece florescer com maior vigor. Em apertada síntese o renomado autor defende a existência de três subsistemas que constituem o sistema jurídico. O sistema das normas, dos valores e dos fatos, todos isomórficos e interdependentes. Repousa a questão do estado de necessidade, na quebra da isomorfia, que remeterá a busca do equilíbrio, seja considerando as necessidades de modificações normativas, a consideração das mudanças axiológicas, fruto das transformações históricas ou mesmo, em face às infinitudes de fatos que tão somente empiricamente se há de constatar.

O estado de necessidade se insere nesse contexto à medida que, trabalha os conceitos axiológicos, de bem jurídico e realidade, tornando-se estes, requisitos imprescindíveis para que ao operador do direito, seja conferida a capacidade de, perscrutando a ação conduzida pelo autor de um injusto, alcançar o entendimento de ter sido aquele injusto cometido sob uma situação de estado de necessidade ou não. E mais, como assegurar que aquele bem sacrificado, naquelas circunstâncias, por aquele autor, configurou-se em uma ação justificada, ou exculpante, ou mesmo culpável.

A difícil questão que envolve o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa remete a reflexões do tipo *v.g.*, da hierarquia de valores envolvidos para uma mãe que sacrifica várias vidas para salvar a vida de seu filho, onde inegável é o conflito de valores que envolvem a valoração dessa mãe, em cotejo aos valores envolvidos para o ordenamento jurídico.

O que aqui se pondera, não passa somente pelo **ser** imprimido pela realidade dos fatos, nem pelo **dever ser** imprimido pelo ordenamento jurídico, mas pelo que vale aquela ação inserida no sistema jurídico³⁴².

³⁴² Para Miguel Reale “O valor Não se reduz ao ser empírico, ou ao ideal, porque ele não é, mas vale: não é categoria do ‘ser’, mas sim do ‘dever ser’. ‘ser’ e ‘valor’ são em suma, duas categorias gnoseológicas fundamentais, não se podendo reduzir o que vale ao que é” (GARCÍA, Angeles Mateos. **A Teoria dos**

Isso explica em parte as razões da possibilidade de admissão de um estado de necessidade que justifique, tornando legal a conduta ou ainda um estado de necessidade dirimente, excludente da culpabilidade fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa.

Em uma primeira análise, apresenta-se aos olhos de quem analisa o instituto do estado de necessidade que, o liame à razões de uma política criminal, fruto da própria funcionalidade do sistema, podem explicar as decisões a que chegam quanto a este instituto, quando se consideram as eleições de bens jurídicos escalonados em valores.

Entendemos dessarte que, em uma primeira abordagem do estado de necessidade exculpante, ressaltam-se como relevantes a axiologia em um vértice, os bens jurídicos em outro vértice e a realidade, os fatos concretos em um terceiro vértice, constituindo tudo, um só conceito, que envolve o estado de necessidade. A filosofia dos valores está aqui presente da forma mais explícita que se possa conceber, visto as concepções da ontologia e gnoseologia dos valores envolvidos.

De fácil identificação será na ponderação de valores, que se sacrifique um bem material para se salvar uma vida, quando submetidos a uma situação de perigo, visto que ao ser humano normal, é claro o valor conferido a vida, infinitamente maior que o de um bem material. Porém é certo afirmar que, valores são valores para quem valora, e destarte, a composição dos bens jurídicos assegurados no ordenamento jurídico, nem sempre asseguram um eco nos sistemas individuais de valores, e nesse momento, começa toda a problemática que envolve o estado de necessidade, ante o exigível e o que não pode ser exigível.

Abstraindo-nos das variações, que decerto existem em relação a juízos de valor, de toda essa aproximação ao instituto, nos parece claro, e ainda reforçado por consagrados doutrinadores³⁴³, que bens como a vida, a liberdade e o corpo, foram eleitos não só pelo ordenamento, mas pela sociedade como

Valores de Miguel Reale. Trad. Tália Bugel, São Paulo: Saraiva, 1999, p XII da “explicação necessária de Miguel Reale”)

³⁴³ Aqui elegemos **O Bem Jurídico-Penal e Constituição** de Luiz Regis como contendo adequada definição de Bem Jurídico.

caros e destarte pouco sujeitos a negociação quando, o que se está ponderado é o seu sacrifício.

Compreendemos portanto, que na aproximação do conceito de estado de necessidade, não podemos prescindir de um perfeito entendimento de que tratamos aqui de possibilidades de sacrifício a vidas, integridade física, liberdades, propriedades, para assegurar a permanência de outros e portanto lida-mos especificamente com o conceito de bem jurídico.

É inegável que a eleição dos bens jurídicos e sua hierarquização retratam as regras axiológicas de determinado período temporal, onde sua legitimidade também terá como supedâneo uma valoração originada do contexto social e transplantada ao ordenamento jurídico, não estando o legislador livre para afirmar a existência de um bem jurídico sem que haja vinculação ao já eleito pela sociedade, como valores constitucionalmente previstos. O caminho contrário torna ilegítimos os bens jurídicos eleitos³⁴⁴. Ressaltamos a importância dessa delimitação conceitual sucinta de bem jurídico tendo em vista o seu papel principal desempenhado no conceito de Estado de Necessidade. Assim destaca Luiz Regis Prado que:

O legislador Ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal.³⁴⁵

Assim, começamos a entender que o estado de necessidade encontra seus maiores óbices de identificação quando, decorrente de forças diversas, e de fatos dos mais infinitos, colidem esses bens, juridicamente tutelados submetidos a uma dessas situações de perigo, onde caberá ao direito, admitir uma situação de lesão a um desses bens para que o outro seja salvo.

Toledo destaca requisitos para a configuração do estado de necessidade justificante que, entendemos serem os mesmos requisitos na configuração do estado de necessidade, visto que, abstraindo-nos dos valores dos bens

³⁴⁴ PRADO, Luis Regis, **O Bem Jurídico-Penal e Constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 46- 53.

³⁴⁵ PRADO, Luis Regis, **O Bem Jurídico-Penal e Constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.67.

envolvidos na questão do estado de necessidade, subsistem as características ou ainda os requisitos que dão ensejo a ambos os estados.

Assim o perigo de lesão a um bem jurídico, destaca-se como o primeiro requisito que dará ensejo ao estado de necessidade. Destaca Toledo que deve este ser um perigo atual³⁴⁶ e ainda que este perigo não possa ter sido provocado de forma voluntária pelo “agente do fato necessário. Há que resultar de caso fortuito ou força maior .”³⁴⁷.

Não há portanto como se aproveitar em tese, uma situação *v.g.* de inundação provocada, onde o mesmo autor da inundação invoca o estado de necessidade para, lesando a integridade física de terceiros salvar sua família, muito embora mesmo esta situação admita variáveis das mais diversas.

Ressaltamos também que, para aquele que tem o dever de enfrentar o perigo, não há como aproveitar a alegação de legítima defesa, para esquivar-se de cumprir sua missão.

Um segundo requisito a ser destacado é o da inevitabilidade da lesão ao bem de outrem, onde estando os bens em conflito em face a uma real possibilidade de sacrifício, não há como salvaguardar um desses bens sem que pra tal o outro venha a ser imolado.³⁴⁸

O terceiro requisito para o reconhecimento do estado de necessidade destaca Toledo, diz respeito a existência de um conflito entre “bens reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica”³⁴⁹. Não há como aproveitar o instituto do estado de necessidade se, conflitam entre si bens ou interesses que sejam ilegítimos. Na ocorrência de deslegitimidade de um dos bens, não há como se falar em defesa deste e também em estado de necessidade.³⁵⁰

O quarto requisito destacado por Toledo diz respeito ao balanceamento dos bens e direitos em conflito, o que propiciará a identificação do valor do bem

³⁴⁶ Também neste sentido, PIRES, André de Oliveira. **Estado de Necessidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.35.

³⁴⁷ Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.183. PIRES, André de Oliveira. **Estado de Necessidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 37

³⁴⁸ Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.184, PIRES, André de Oliveira. **Estado de Necessidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.49

³⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 184.

sacrificado.³⁵¹ Neste aspecto Toledo admite o sacrifício de bens de igual valor como um estado de necessidade justificante, defendendo que somente nos casos em que bens de maior valor sejam sacrificados, caberá ao juízo de culpabilidade uma solução ao caso.³⁵²

Como último requisito destaca Toledo a situação de ânimo do agente, seu subjetivo no que concerne a salvaguarda do bem sob ameaça, entendendo o autor a necessidade de que ao menos se observe no autor do fato um “desejo de salvação do direito em perigo”, diferenciando-a de uma conduta criminosa.³⁵³ Tal tema coincide com guardadas as devidas proporções com os motivos que serão tratados no capítulo 5.

4.1.1 A Exculpação Sob o Estado de Necessidade

Para o Código Penal o estado de necessidade recebe tão somente tratamento pela causa de justificação, afastando a antijuridicidade do ato. Trata-se do estado de necessidade justificante.

Acontece que doutrinariamente há de se admitir a hipótese do estado de necessidade que venha a atuar na culpabilidade. Este é o denominado estado de necessidade exculpante, previsto atualmente no Art 39 do Código Penal Militar, e doutrinariamente admitido. As concepções acerca do estado de necessidade, tratam normalmente de uma teoria diferenciadora e de uma teoria unitária.

Lançando olhos portanto, ao passado das práticas dos Tribunais Alemães, tem-se que o código penal alemão tratava de forma limitada o estado de necessidade, levando, a exemplo de quase todos aperfeiçoamentos narrados pela história, com que a doutrina e a jurisprudência, em face a concretude dos casos e a insuficiência da lei, tomasse uma postura que lhe era

³⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184

³⁵² Ibidem. p. 184.

³⁵³ Ibidem. p. 184

de direito, elaborando concepções que, sob a influência jusnaturalista, passaram a considerar a existência na prática, de estados de necessidade justificante supralegais, com supedâneo no “princípio da ponderação de bens e deveres”³⁵⁴, que já estava incorporado ao Código Civil Alemão, que destacava em seu conteúdo:

Para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas, institui um “direito de necessidade” (Notrecht), pelo qual, diante de perigo iminente, inevitável, não provocado, o indivíduo, para salvar um bem de valor superior, pode sacrificar o de valor inferior, se essa for a única forma de salvação do primeiro.³⁵⁵

Notemos portanto, que a partir dessa ponderação de bens e deveres em conflito, o bem de menor valor passou a figurar como uma possibilidade lícita de sacrifício, quando tratava-se de proteger um bem de maior valor. E assim procedeu a jurisprudência alemã passando a considerar pela lei ou mesmo sem a lei a exclusão da antijuridicidade em situações de estado de necessidade, as quais foram incorporadas a partir de 1969 ao código penal alemão, passando a ser conhecida como a “teoria diferenciadora”.³⁵⁶

Assim o estado de necessidade exculpante, se configura por essa teoria, quando o agente realiza uma ação que é típica e antijurídica (portanto diferente do estado de necessidade justificante que exclui a antijuridicidade), visando com isto rechaçar um perigo para o corpo, para a vida ou para a liberdade, que não possa ser evitado por conduta diversa desta, desde que não esteja obrigado este autor a suportar o estado e ainda desde que não tenha sido esta situação por ele provocada.³⁵⁷

Acontece que no estado de necessidade exculpante a ponderação de bens e deveres que se observa é aquela que nasce do confronto de bens de valores idênticos tendo como corolário o sacrifício de um destes, ou ainda de bens de valores diferentes com o sacrifício do bem de maior valor.

³⁵⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 176.

³⁵⁵ Ibidem, p. 177.

³⁵⁶ Ibidem, p.177.

³⁵⁷ Assim previa o Código alemão em seu § 35. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991 p. 178.

Ressalta ainda Jescheck que tão somente a vida, o corpo e a liberdade são bens jurídicos passíveis de serem amparados pelo estado de necessidade.³⁵⁸

Assim temos que o estado de necessidade exculpante, resulta ou surge de uma solução jurídica para os casos em que, ao contrário da justificação do estado de necessidade, não havia como se esgotar pelo princípio da ponderação de bens e deveres, por um critério puramente objetivo, a fundamentação para o sacrifício de bens de valor igual ou maior que aquele que o autor visava preservar.

Sob o abrigo do “estado de necessidade” que ensejasse uma impunibilidade, tão somente a inexigibilidade de conduta diversa teria condições de admitir e explicar, como exculpante e não justificante tal injusto penal. Esta é portanto hoje a teoria dominante a qual, com será visto, no Brasil recebe tratamento parcial quanto ao seu reconhecimento.

No que tange a nossa postura temática, e ao que é adotado pelo Brasil atualmente, não há previsão no código penal para a dirimente do estado de necessidade, cabendo tão somente pelos Art. 23, I, e 24 as causas de justificação, portanto pela exclusão, o estado de necessidade exculpante é doutrinariamente admitido no direito penal brasileiro e não previsto no Código Penal, tão somente presente no Código Penal Militar.³⁵⁹

Da análise de nosso CP, no que tange ao estado de necessidade, não há como identificar literalmente a ponderação de bens, razão pela qual a teoria unitária é a admitida pela legislação para o Brasil.

Nelson Hungria e Aníbal Bruno são alguns dos doutrinadores expoentes que admitem tão somente o estado de necessidade justificante para o Brasil, enquanto Heleno Fragoso sustenta que deve, no Brasil ser aplicada a teoria diferenciadora, aproveitando-se a contribuição da doutrina alemã.

Sobre tais posicionamentos, manifestamo-nos que, pelo código penal vigente, ante ao estabelecido pelo Art. 23, I, que o classifica como excludente

³⁵⁸ JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal – Parte General**. 5 ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002 p. 517.

³⁵⁹ Conforme antecipado no capítulo 3, o Art. 39 do CPM trata da teoria diferenciadora quando admite o sacrifício, em específicas situações de direitos de terceiros, mesmo que superiores ao do autor do injusto.

da ilicitude, *prima facie*, tem-se como inadmissível a adoção da teoria diferenciadora, cabendo tão somente aquela eleita pelo nosso ordenamento jurídico penal, qual seja a teoria unitária.

Acontece ainda que, pela definição expressa pelo Art. 24, que não estabelece qualquer ponderação de bens, temos para a caracterização do estado de necessidade, tão somente, conforme expresso, tratar-se de

[...] quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Por essa razão entendemos que, pela inteligência do limitado texto legal, inexistente *de lege lata*, uma clareza necessária que permita-nos assegurar a admissão tão somente de um estado de necessidade justificante. Claro está, o que propõe a teoria diferenciadora; da mesma forma que está clara a regra estabelecida na excludente de ilicitude do Art. 23, I; porém não há como esgotar o que pretende estabelecer o Art. 24 em termos de sua abordagem e abrangência, razão pela qual há uma postura majoritária acerca do tema, porém não integral e conclusiva.

A possibilidade de exculpação pelo estado de necessidade foi inserida em nosso Código penal de 1969 que, nem mesmo chegando a entrar em vigor, em seu Art 25 previa:

Para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa

O que se apresenta a partir de então pelo atual Art 24 do Código Penal pátrio, não deixa claro o alcance pretendido pelo legislador.

Nesse sentido Toledo expõe não parecer razoável, o que a aplicação do Art. 24, estabelece para o estado de necessidade, quando a questão envolver o sacrifício de bens de maior valor para a salvaguarda de bens de menor valor, defendendo em sua exposição uma admissão com ressalvas da exculpante para o estado de necessidade como causa supralegal.³⁶⁰

³⁶⁰ **Princípios Básicos de Direito Penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 181.

Por conta de tudo o que foi exposto acerca do tema, concluímos que, a teoria unitária foi a adotada pelo ordenamento jurídico penal brasileiro, visto que, não existe tratamento quanto a ponderação de valores dos bens envolvidos na situação de perigo.

Por outro lado, no que diz respeito ao alcance do conteúdo do Art. 24, torna-se infundado o entendimento de que há tão somente aceitação de uma possibilidade justificante para o estado de necessidade. O que se constata é o uso na doutrina de inferências que na lógica, apresentam como conclusão uma opinião, uma crença, mas não uma conclusão de argumentos, estes sim, entidades lingüísticas que deságuam em uma conclusão denominada sentença. Como explica Wesley C. Salmon “Uma crença ou opinião sustentada seria, portanto, a conclusão de uma inferência”³⁶¹

Destarte comungamos com a sentença apresentada pelo saudoso professor Fragoso que extrai o cerne da questão ao apontar as insuficiências do dispositivo quando assim expõe que:

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que ‘nas circunstâncias, não era razoável exigir-se’, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente de culpa (inexigibilidade de outra conduta)[...]³⁶²

Nesta mesma postura, entendendo existir uma inadequação do Art. 24 que leva a admissão de sacrifício de bens de valores diversos, está João Mestieri expondo o autor que

O texto legal não é explícito quanto ao fato de o bem jurídico preservado dever ser de valor superior ao bem sacrificado. Há autores adeptos do critério da preponderância, exigindo para o reconhecimento do estado de necessidade excludente da ilicitude que o bem sacrificado seja de menor valor. Se de valor igual, caberia reconhecer-se o estado de necessidade excludente da culpabilidade entendemos, no entanto, frente ao texto legal em vigor, seja perfeitamente possível reconhecer-se o estado de necessidade

³⁶¹ SALMON, Wesley C. **Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 2002 p.5.

³⁶² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª Ed. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.232. Entende também a admissão do Estado de necessidade exculpante: PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**, Vol I, Parte Geral, São Paulo: RT, 2005, p. 127.

excludente da ilicitude em situações em que os bens sejam de valor igual (como duas vidas humanas em conflito).³⁶³

Desta forma, encontramos portanto, abordando um dos elementos que representam uma das questões centrais na identificação da inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, a valoração daquilo que deve ser ou não exigível. A valoração dos bens envolvidos em perigo real. Nelson Hungria para o instituto, discorre que a lei, quando do tratamento de conflito entre valores iguais, assume uma postura de neutralidade “declarando sem crime o vencedor (seja este o mais forte ou o mais feliz)”³⁶⁴

Ainda quanto a natureza do estado de necessidade no direito penal brasileiro, expõe Paulo José da Costa Junior, que a teoria unitária é a que se adota no Brasil, sendo para a mesma cabível tanto o tratamento dos sacrifícios decorrentes do conflito para os bens jurídicos de menor valor que o preservado como também para os bens jurídicos de igual valor.³⁶⁵

Concluimos portanto quanto ao reconhecimento do estado de necessidade, onde ao mesmo, é cabível tanto o tratamento como justificante, como também desculpante, para este último, fundamentado no princípio da inexigibilidade de conduta diversa, ou ainda, para os casos em que esteja presente o tipo e inafastável a antijuridicidade, visto tratar-se de sacrifício de maior valor do que aquele preservado, caberá na culpabilidade afastar-se a reprovação do autor do injusto por lhe ser inexigível, naquelas circunstâncias, conduta diversa da praticada.

No entanto entendemos que, quando do conflito de valores iguais caberá o afastamento da ilegalidade, declarando-se lícita a conduta, também pela inexigibilidade de conduta diversa, pois, onde os valores se equivalem não há como ser exigível de um ente uma conduta diversa daquela praticada quando, o valor que lhe é caro equivale àquele que se pretende sacrificar,

³⁶³ **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol I, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 187.

³⁶⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, Vol I, T II, p. 271 – 272.

³⁶⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da, **Comentários ao Código Penal**., Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1997, p.103-104.

humanamente impossível se torna uma conduta que abdique daquele sacrifício e que submeta seu próprio bem de igual valor à imolação.

Entendemos ainda, arriscando-nos a ir além que, no mundo dos valores, dos juízos dos valores e não dos juízos de fato, não há como se falar em condutas desculpantes e sim em justificantes, para ações que envolvam conflitos de valores de bens, em que tais bens sejam a vida a liberdade e o corpo. Se de iguais valores os bens em conflito, sempre será justificável a ação de quem sacrifica uma vida por outra vida onde esta lhe é mais cara. Vejamos então que neste caso o que deverá ser perscrutado, são os motivos que ensejaram aquele sacrifício e não qual dos valores iguais era exigível que se sacrificasse. Por conta dessa relevância dos motivos é que o mesmo também será objeto de análise na inexigibilidade.

Constata-se, não obstante todas as possibilidades acima expostas de sua admissão, que expressamente, o estado de necessidade exculpante encontra-se claramente previsto tão somente no Art. 39 do Código Penal Militar.

4.2 A Coação Moral Irresistível

Ao analisarmos os escritos de Aristóteles, parece bastante evidente que os doutrinadores, por séculos tiveram nos ensinamentos desse filósofo o supedâneo ao desenvolvimento de suas concepções, e, tratando-se da coação moral irresistível, não foi diferente.

Aristóteles em sua ética, já abordava o papel da *vis compulsiva e da vis absoluta* sobre a voluntariedade das ações de determinada pessoa, quando expunha que:

Por voluntário quero significar tudo aquilo que um homem tem o poder de fazer e faz com conhecimento de causa [...]; além disso, nenhum desses atos deve ser acidental nem forçado (por exemplo se A pega a mão de B e com ela bate em C, B não agiu voluntariamente pois a execução do ato não dependia dele). [...] Conseqüentemente, aquilo que se faz na ignorância, ou que, embora feito com conhecimento de causa, não depende do agente, ou que é praticado sob coação, é involuntário [...] aquele que sob coação e contra a sua

vontade deixa de restituir um valor de que era depositário, agiu injustamente e cometeu um ato de injustiça, mas acidentalmente. [...] Entre os atos voluntários, alguns são desculpáveis e outros não.³⁶⁶

Notemos portanto, que Aristóteles já antecipava por meio do ato concreto, aquilo que viria a ser configurado em Beling como a tipicidade, e ainda a possibilidade de, constatada a antijuridicidade de um ato, ser a conduta considerada no entanto, desculpável, quando submetido o autor desse injusto penal à condições de coação. Urge salientar no entanto que em Aristóteles a concepção de valores, moral e ética encontravam-se impregnados de características concernentes ao conceito de felicidade para o ser, longe portanto, da postura dogmática perseguida neste trabalho.

Inicialmente, ainda, faz-se mister clarificar que, quando se trata de conceituar a palavra “coação”, devemos ter como certo que a mesma remete, na técnica jurídica, a significados totalmente distintos, que De Plácido e Silva expõe como sendo a coação física e coação moral.³⁶⁷

A coação física, ou ainda *vis absoluta*, *vis atrox*, *vis corpori illata*, caracteriza-se pela violência que atuando sobre a matéria do coato, faz com que o mesmo deixe de ser considerado agente e destarte, tão somente paciente, não podendo o evento ser-lhe imputado fisicamente, onde a relação de causalidade sequer poderá ser argüida e, assim, socorrendo-se da regra estabelecida pelo Art. 13 do código penal, não há que se falar em relação de causalidade na coação física³⁶⁸, exceto para a figura do coator.

Embora provenientes de um mesmo tronco sob o aspecto histórico, não se pode afirmar a mesma proveniência sob o ponto de vista dogmático, havendo evidente diferenciação da coação absoluta, com ausência de ação e a coação moral irresistível, ou ainda relativa, nas palavras de Andreucci, o qual conclui pela atribuição para o coator de uma autoria na *vis absoluta*, e reservando para a coação relativa a coautoria ao coato, por conta da

³⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.119

³⁶⁷ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 p.175.

³⁶⁸ “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

acessoriedade limitada onde a exculpação mantém ainda presente o injusto penal.³⁶⁹

Andreucci encerra a questão apontando para a solução científica na qual a coação relativa, deve ser classificada como caso de não exigibilidade de conduta diversa daquela praticada, o que não dará ensejo a um juízo de culpabilidade completo, por conta das circunstâncias anormais pelas quais a vontade do coato se motivou, impossibilitando destarte a formação de um juízo de reprovação.³⁷⁰

No que concerne porém à nossa postura temática, a coação moral é a que deve ser dissecada.

Há de ser perscrutado portanto, na busca da definição dogmática para esse instituto, as razões que impelem a sustentação de uma inexigibilidade de conduta diversa como supedâneo para a exculpação, quando age o autor sob coação moral irresistível.

Na coação Moral, ou ainda, *vis compulsiva*, *vis conditionalis*, *vis animo illata*, o que se observa conceitualmente é que, com o intuito de constranger alguém a fazer ou mesmo deixar de fazer algo, a figura do coator produz uma ameaça à figura do coato, seja ela dirigida ao coato ou ainda à pessoa que tenha estabelecida ligação afetiva a este, de forma a estabelecer-se uma situação de real possibilidade de perda, revestida esta de inegociável valor para o coato.

A espécie de coação destarte, a que se refere a regra do Art. 22, pelo que podemos constatar, refere-se à coação moral irresistível, tendo em vista que, na coação física irresistível não há a concorrência de liberdade, seja esta física ou psíquica, não havendo assim, qualquer vontade que integre a conduta ou seja não existe se quer o comportamento.

No que concerne aos efeitos produzidos pela coação moral irresistível, uma vez configurada a inexigibilidade de conduta diversa sob os efeitos da

³⁶⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Coação Irresistível por Violência**. São Paulo: Bushatsky, 1974, p.102-104.

³⁷⁰ Ibidem p.104-105.

coação, não haverá por que falar-se em culpabilidade, estando essa excluída.³⁷¹

Mezger analisa o instituto da coação moral irresistível sob dois aspectos; no primeiro trata especificamente da situação da coação, no qual distingue a força irresistível sob a qual age o coato, diferenciado-a da *vis absoluta*, identificando-a com sendo “*una fuerza que actúa sobre la voluntad del coaccionado, como cuando, por ejemplo, se apalea al que se resiste hasta que acaba por ceder em su resistênci*”.³⁷² Assim prossegue o professor da universidade de Munich afirmando que se trata a *vis compulsiva*, de uma ameaça, ameaça essa que em especial, vai além de uma perspectiva de um mal, constitui o próprio mal.³⁷³

Pondera ainda Mezger que de nada importa os meios empregados na aplicação da força, seja o disparo para assustar, o atijamento de um cachorro, detenção da pessoa e mesmo o emprego de substâncias narcóticas e aplicação sugestiva de força por meio da hipnose. O que importa é a característica irresistível da coação, pela qual o coato torna-se incapaz de resistir à coação.³⁷⁴ Expõe ainda Mezger que, se o ameaçado estiver em uma situação de obrigação de suportar a ameaça, não há como se alegar a coação moral irresistível como dirimente.

Em um segundo aspecto Mezger apresenta o que seria a conduta determinada pela coação que em verdade, representa o desdobramento da ameaça, ou ainda, superada pelo coator a resistênci do coato, apresenta seu corolário, qual seja, fazer ou deixar de fazer o coato aquilo que determina aquele que lhe ameaça.³⁷⁵

Concordamos com Mezger, quando este apresenta o coator como autor mediato do injusto penal, presentes portanto a tipicidade, antijuridicidade e

³⁷¹ Este era já o entendimento de José Salgado Martins em 1974 assegurando que “Sempre deve-se ter em conta o requisito da ‘não-exigibilidade de outra conduta’, nas circunstâncias em que o sujeito sofreu a coação”. (MARTINS, José Salgado, **Direito Penal, introdução e Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, p.246)

³⁷² MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**, tomo II, Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p.195

³⁷³ Ibidem, p.195.

³⁷⁴ Ibidem, p.196.

³⁷⁵ Ibidem, p.196.

afastada tão somente a culpabilidade do autor imediato (coato), por conta da inexigibilidade de conduta diversa, em face da coação moral irresistível.³⁷⁶

4.2.1 O Conceito de Coação Moral

Para Welzel, a coação é representada por uma situação de força de característica irresistível, ou ainda, sem considerar a *vis absoluta* (cujo entendimento do autor é para esta, de exclusão da vontade do coagido), Welzel sustenta que a *vis compulsiva* trata-se de uma força que irá influir decisivamente nas ações do agente como exemplifica destacando para o coator ações como “apelar, torturar, e outras, para forçar a uma ação determinada.”³⁷⁷

Há de ser esclarecido ainda que não se pode confundir o entendimento contido na ameaça, com àquele que encerra a *vis compulsiva*. Enquanto a ameaça anuncia um mal, a coação moral irresistível constitui em si mesma o próprio mal³⁷⁸

No aspecto que diz respeito à qualidade da coação expressa no CP, caracteriza-se como irresistível toda aquela ação sobre a qual não há liberdade de conduta do autor, estando diminuída ou inexistente toda e qualquer possibilidade de resistência. Notemos que a valoração das circunstâncias que recobrem tal ação deverá ser perscrutada por quem julga, aonde, concluindo-se pela possibilidade concreta de o autor poder oferecer resistência à coação à qual foi submetido, a regra a ser aplicada é a do Art. 65, III, c, que estabelece a situação “*sob coação a que podia resistir*”. O que nesse momento ocorre é a valoração do ato praticado no que tange a capacidade concreta do indivíduo, na posição de coato em resistir à coação.³⁷⁹

Como anteriormente exposto, o sujeito passivo do mal anunciado, não necessariamente deverá ser o coato, podendo essa ameaça dirigir-se a

³⁷⁶ Ibidem. p.197.

³⁷⁷ WELZEL, Hans, **Direito Penal**. 1ª Ed. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p.261.

³⁷⁸ Ibidem, p. 261.

³⁷⁹ Também neste sentido: SILVEIRA, José Francisco Oliosí. **Da Inexigibilidade de Outra Conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1975, p. 69.

terceiros, desde que possa vir a interferir em concreto na liberdade de vontade do coato. Pondera-se portanto que a ameaça deve se iminente, e que a possibilidade de concretização de um mal se dirija a uma vítima ou àquela pessoa que seja cara ao coato, como lembra Aníbal Bruno³⁸⁰.

A responsabilidade recairá sobre o coator, o qual responderá portanto, configurada a coação moral irresistível, fundada na inexigibilidade de conduta diversa, pelo fato típico e antijurídico praticado pelo coato, considerando-se ainda o agravamento da pena prevista pelo Art. 62, II do Código Penal³⁸¹, e ainda pelo constrangimento ilegal previsto pelo Art. 146 pela “*coação ao executor do delito*”, neste caso incidindo a regra do concurso formal de crimes. Nas palavras de Welzel, o coator “é autor mediato por meio de um instrumento que atua sem liberdade”.³⁸²

Muito embora isoladas decisões admitam essa dirimente, exemplar reconhecimento da coação moral irresistível é apresentado pelo voto do Desembargador Eduardo Mayr, não só pela identificação deste instituto, como também por desvelar a disparidade de valores presentes em sede dos órgãos integrantes do sistema penal, que desconsiderando farta quantidade de provas a favor do reconhecimento da coação moral irresistível não a admitiram, sendo tão somente reformada a decisão em 2ª instância.

Trata-se da apelação 4.312/04 da Sétima Câmara Criminal tendo como relator o Desembargador Eduardo Mayr, em que a apelante foi presa em flagrante ao tentar introduzir drogas em um presídio, destinada a seu companheiro preso. Relata Eduardo Mayr, que no mérito é razoável a motivação que levou a apelante a transportar a droga para seu companheiro, fundamentando sua relatoria com farto exemplo de como não houve por parte da delegacia, ministério público e até mesmo do julgador monocrático, o devido cuidado em perscrutar as condições do autor do fato, concluindo pela inexigibilidade de conduta diversa, pela ameaça de morte a que estava

³⁸⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomos II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 172.

³⁸¹ A qual estabelece o agravamento da pena em relação ao agente que “*coage ou induz outrem à execução material do crime*”.

³⁸² WELZEL, Hans, **Direito Penal**. 1ª Ed. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 261.

submetida a coata pelo próprio companheiro caso não introduzisse a droga e por conseguinte, configurada a coação moral irresistível.

Assim ainda em outro voto o mesmo desembargador já havia se manifestado a respeito:

Acórdão: 1620 / 1999 Tráfico coação moral irresistível, causa legal de exclusão da culpabilidade. Absolvição."Se a prova confirma que a infeliz mãe analfabeta e sem perspectivas e esperanças, não obrou com vontade livre e consciente no transporte do entorpecente, não sendo possível exigir-se-lhe conduta diversa eis que coitada por seu companheiro e integrantes de sua quadrilha, é de justiça reconhecer a sua submissão à coação moral irresistível imposta com ameaça de morte absolvição que se impõe, com fulcro nos Art. 22 do CP e 386, V do CPP. (MLN) vencido o Dês. Luiz Leite Araújo."

Um outro aspecto que não se pode prescindir de abordar, é aquele que concerne a definição de quais protagonistas estão presentes no tratamento da causa de exclusão da culpabilidade pela coação moral irresistível. Identifica-se assim, em regra, a figura do coator, do coato e da vítima objeto da conduta do constrangido, em torno dos quais podem gravitar diversas situações ou variações de papéis e desdobramentos nas ações de cada uma das figuras conforme os atos praticados. Há de ser observado ainda que apesar de doutrinadores afirmarem a necessidade da existência não acumulável de papéis e ainda que, apenas o ser humano possa figurar na condição de coator, não se valendo para tal da sociedade na condição de coator devem tais afirmativas serem ponderadas, pois como será visto é cabível tais situações e ainda mais sob um prisma do fenômeno da "pressão social difusa" ter-se a coletividade como coatora, que, cristalina quanto a sua existência nos dias atuais, é de difícil configuração na coação moral irresistível, mas que não deve por isso ser desprezada³⁸³.

Assim observa-se ainda a possibilidade ou não de aproveitar-se a condição da vítima como coatora que, dentre os doutrinadores como será abordado não é pacífica, havendo posições tanto contra como a favor deste entendimento.

³⁸³ Como bem nos apresenta João Mendes Campos, tanto o grupo social poderá ser vítima como poderá figurar como coator, apresentando em reforço a tal idéia o voto do Ministro Vicente Ceernicchiano, do STJ em recurso especial de NR 5.329-0 em setembro de 1992.

Quanto à coação de co-autor, há posições tanto favoráveis como contrárias e quanto a condição do sofrimento moral atuar como agente coator há vários entendimentos no sentimento de não se aproveitar esta como desculpante aqui mencionadas estas últimas possibilidades tão somente a título de elencar a previsão de sua ocorrência, muito embora de raras constatações quanto a possibilidade concreta.³⁸⁴

O que no entanto tem-se como dominante é o entendimento de que a coação moral irresistível é uma hipótese de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.³⁸⁵

Assim, entendemos que a coação moral irresistível também é compatível com os delitos culposos como será visto, onde, ameaças veladas em ordens dadas, por vezes traduzem a coação a ponto de submeter o coato a situações de negligência, imperícia e imprudência, sem que deste se possa exigir uma conduta diversa da praticada.

4.2.2 Os Valores que Envolvem a Atuação do Coato

Importante faz-se delimitar o sentido que envolve os valores experimentados pelo coato, para a atuação, quando submetido a condição de coagido moralmente desaguando na prática de um injusto penal. Decerto que as condições pessoais do coato, como a personalidade moral construída, condição social, econômica, ou seja, todo o contexto sob o qual se insere o autor irá influenciar na configuração de uma coação moral irresistível ou não. Teremos assim presente, situações que, idênticas, serão exculpantes para A e apenas atenuantes para B, dadas as condições pessoais de quem pratica o injusto penal.

³⁸⁴ Damásio elenca em seu **Código Penal Anotado** estas situações em que julgados aproveitam e não aproveitam tais entendimentos. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83.

³⁸⁵ Neste sentido, Heleno Claudio Fragoso, José Frederico Marques, Alcides Munhoz Netto, Damásio E. de Jesus, Salgado Martins, Luiz Regis Prado dentre outros.

Assim devemos ter em mente, que, conforme exposição de Carrara, cujo pensamento comunhamos, “no ato coagido tomam parte o homem interno e o externo: há intenção e ação, mas há limitação de arbítrio na determinação e na ação”³⁸⁶

Observa-se portanto, à luz do exposto por Carrara, que, no momento valorativo do coato, apesar deste experimentar o valor socialmente relevante, não existe a possibilidade de conduzir-se em sintonia ao sentido moral que reconhece e entende como qualidade positiva de um ato, ou melhor, a coação moral irresistível subjuga os valores e conduz a vontade do coato.

Em verdade, os estudos acerca da coação moral irresistível procuram destacar não os valores que envolvem o que se fez e o que deveria ser feito pelo autor (dever e poder), mas sim, procuram ponderar tudo aquilo que aconteceu para além de nosso querer e que produz um “fazer” sem possibilidade de moralmente conduzir-se de forma diversa.

Assim é que entendemos que a ameaça deve ser percebida pelo coato em sua manifestação psicológica, ou ainda, a ameaça possuindo uma estrutura que é subjetiva, deve produzir no coato uma projeção de um mal futuro, decorrente da intimidação que sofre, de forma concreta e real, de forma que, tão somente pelo cometimento do crime, entende o coato poder evitá-lo.³⁸⁷

A valoração realizada pelo coato remete também, a uma possibilidade de reconhecimento da forma putativa da coação moral irresistível, onde um autor de injusto, representando estar realmente submetido a uma coação, vem a praticar ato típico e antijurídico. Assim também neste caso, deve o coato ser amparado pela dirimente da coação moral irresistível, fundada na inexigibilidade de conduta diversa mesmo que ainda, sob modalidade putativa.³⁸⁸

Exemplificamos essa afirmação por meio da prática dos tribunais, onde a apelação 4027/02 da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado

³⁸⁶ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, Vol. I, São Paulo, 1956, p.206.

³⁸⁷ Neste sentido: LINHARES, Marcello Jardim. **Coação Irresistível**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p.53.

³⁸⁸ Neste sentido: NETTO, Alcides Munhoz, **A Ignorância da Antijuridicidade em matéria Penal**. FORENSE, p.12., MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** Parte geral, Vol I, São Paulo: ATLAS, p.207.

do Rio de Janeiro, muito embora não tenha reconhecido a coação moral irresistível, e sim a coação resistível, representa em tese, o cabimento da coação moral irresistível putativa.

Trata-se do caso de uma mãe presa ao levar drogas para o filho preso em Delegacia Policial, a qual alegava temor quanto a integridade de seu filho, visto que, o sistema para introduzir as drogas se processava por rodízio entre os visitantes e seu filho lhe havia avisado que havia chegado sua hora de introduzir a droga. Em voto, o desembargador Motta Moraes expõe que a atitude da mãe “indica que seu procedimento veio a ocorrer por pensar que assim o fazendo estaria ajudando o filho por presumir estar o mesmo sendo ameaçado.” Por esta mesma razão é que entendemos tratar-se de uma coação moral irresistível putativa, muito embora tenha o tribunal optado pela coação resistível. Expõe ainda o relator que, necessário seria a identificação do coator, que conforme o caso “se existisse seriam indeterminados pois nas explicações da acusada figurariam como coatores os demais presos da delegacia...”, o que entendemos ser perfeitamente cabível conforme abaixo exporemos quando a coletividade atua como coatora.

Procede assim o tribunal utilizando a atenuante do Art. 65, III, alínea c do Código Penal, optando pela coação Moral Resistível, não reconhecendo a Coação Moral irresistível putativa.

Destarte a valoração experimentada pelo coato é motivo para defendermos em reforço ao já abordado, quanto a natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa, que, não há como recepcionar uma concepção que procure o tratamento do homem por um conceito médio, devendo sempre ser observado a individualização na responsabilização. Na culpabilidade não deve ser admitido o defeituoso conceito de homem médio.

4.2.3 A Coletividade Como Sujeito Passivo e Como Coatora

É inegável que, no mundo das valorações, o papel desempenhado pela sociedade, aqui traduzido pela coletividade, tanto a coloque por vezes na coação moral irresistível em uma posição de coatora, como por vezes a posicione como agente passivo dessa dirimente.

A regra em geral apresenta três figuras conforme já exposto na coação moral irresistível. O agente (coato), a vítima (quem sofre a ação do coato) e o coator (aquele que ameaçando o coato, vencida sua resistência o obriga a uma ação ou omissão)³⁸⁹. Porém, no exercício de identificação desses personagens, surge o questionamento quanto a possibilidade de admissão ou não da sociedade como sujeito passivo ou ainda como coator.

Muito embora encontremos em julgados e na doutrina forte resistência no sentido dessa admissão, o problema, por concretamente representar uma possibilidade deve ser enfrentado.

Quando perscrutamos os valores que envolvem a coação moral, temos na lição de Hessen³⁹⁰ acerca de valores, que estes são gnoseologicamente abordados perante um componente emocional e empírico, não separados e ainda em nada constituídos “*a priori*”. Muito embora assim o seja, o que se constata na prática, é uma tendência que “estranha a estrutura do espírito humano” procura separar na busca do conhecer e também valorar, tudo aquilo que diga respeito a “razão” daquilo que diga respeito ao “sensível”³⁹¹, mas que em verdade não deve nem pode ser separado.

Este dualismo que segundo Scheler deve ser combatido, fica desde já eleito como um dos principais motivos para, atribuindo ao domínio da razão uma maior importância que o domínio da sensibilidade, provocar uma mitigação da possibilidade da autonomia gnoseológica para os valores. Conhecer os valores, pode assim, em determinados momentos defeituosos do conhecer, tornar-se refém do que socialmente já se estabelece, o que nos leva a concluir que, considerar-se separadamente o conhecimento dos valores em um domínio sensível e um domínio racional é negar a possibilidade de que

³⁸⁹ A favor da necessidade de existência dessas três figuras: MIRABETE, Julio Fabrini, **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.207.

³⁹⁰ *Apud*, HESSEN, Johannes. **Teoria dos Valores**, Trad. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001 p. 120.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 120.

cada indivíduo exercite sua individualidade do conhecer. Trata-se aqui, novamente de reavivar a questão do livre-arbítrio ou não, destacando-se a liberdade de valorar ou não do indivíduo.

Assim, negar a influência que a sociedade opera sobre cada indivíduo mediante o fenômeno da “pressão social difusa” seria negar a própria existência desse processo de valoração que tanto irá atuar na eleição daqueles valores socialmente relevantes como, em determinadas circunstâncias irá fazer com que determinado indivíduo tenha, sob uma explícita ou velada ameaça coletiva, seja real ou putativa, uma conduta sob coação moral irresistível.

De forma semelhante, no mundo da determinação dos valores, a sociedade poderá figurar como sujeito passivo em várias circunstâncias e especificamente na coação moral irresistível também, quando independente de uma determinação de um específico sujeito passivo, toda uma coletividade se vê como objeto de uma ação do coator. Neste sentido expõe com maestria Damásio Evangelista de Jesus ao afirmar que:

Em regra o fato apresenta três figuras: coator, coato e vítima, que sofre a conduta do constrangido. Entretanto, excepcionalmente, pode apresentar apenas duas pessoas: coator e coato. Ex: aquele constrange esta a praticar ato obsceno em lugar exposto ao público. **Não há no caso três pessoas determinadas, aparecendo a coletividade como sujeito passivo** (grifo nosso).³⁹²

Assim tem-se que o grupo social, e não raro se constata, pode tanto figurar como sujeito passivo como também como coator.³⁹³

4.2.4 Admissibilidade do Coator Como Vítima e Como Objeto de Ameaça

³⁹² JESUS, Damásio, Evangelista. **Comentários ao Código Penal** – Vol. I, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 407.

³⁹³ Delmanto, citado por João Mendes Campos, destaca que no caso da coletividade posicionar-se como sujeito passivo, por tratar-se o ato obsceno aqui citado como exemplo de um delito formal, de mero perigo, consuma-se este independente de sentir-se qualquer pessoa ofendida, bastando para tal que seja o ato praticado. (**A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 27).

Muito embora parte da doutrina rechace a hipótese da vítima figurar como coatora, faz-se necessário destacar que doutrinadores já trataram dessa admissibilidade, bem como julgados do STF apontam também para essa possibilidade. Conforme ementa do julgado sendo relator o ministro Francisco Rezek, assim expôs seu voto:

Hábeas Corpus. Quesito. Coação Moral Irresistível exercida pela vítima. O quesito que propõe a vítima como agente da coação moral irresistível não delira da lógica jurídica nem representa equação absurda em tese dessarte, não impugnado em tempo oportuno pela acusação, não o pode ser ulteriormente, ante o tribunal de Justiça nulidade da decisão do Júri I Ordem de Hábeas Corpus concedida. (HC 62982 / RJ (03/12/85))

Assim temos que por raras vezes, mas concretas, observar-se-á um acúmulo de papéis que fazem com que o próprio coator, venha a ser vítima da ação do coato, ou ainda, *v.g.*, **A** ameaça **B** de morte caso **B** não dê cabo de sua vida. Assim tem-se que **B** sob coação de **A** atuará sobre o próprio **A**, estando aí acumuladas em **A** duas figuras, a do coator e a da vítima.

Faz-se mister ainda por meio de exemplificações, demonstrar que casos concretos, vem reforçando as inúmeras possibilidades de variações dos papéis envolvidos na coação moral irresistível como excludente legal da culpabilidade.

No caso exemplificado por Mestieri, o TJSP em julgamento de apelação, admitiu a dirimente de coação moral irresistível no caso “da ré que fora presa por manter sob a língua pequena porção de maconha, pretendendo entregá-la ao filho no presídio em que se encontrava encarcerado”. Neste caso, conforme exposto na apelação, havia ameaça de suicídio do próprio filho, detento, caso sua mãe não lhe levasse a droga.³⁹⁴ Presentes a este caso concreto estão o coator na pessoa do preso, o qual exercita a coação moral irresistível sobre sua mãe (coata) tendo como objeto a si próprio, valorado como um bem inegociável a sua mãe, que ante a situação cede as exigências do filho (coator e bem valorado pela coata ao mesmo tempo).

4.2.5 A Coação Moral Irresistível nos Delitos Culposos

³⁹⁴ RT 584/329

Há de ser considerado também a possibilidade da coação moral irresistível nos crimes culposos, sendo que, sua identificação da doutrina para a prática merece cuidados que, quase sempre são de difícil configuração, principalmente, pelo cabimento em diversas dessas situações, de uma identificação da mesma como sendo de ocorrência de dolo eventual, sendo o coator seu autor mediato.

Maurach, citado por Juarez Tavares, apresenta como exemplo a situação em que “A obriga B, com uma pistola, a dirigir em alta velocidade, B sabe que é possível um atropelamento, mas superestimando sua capacidade, dirige como lhe é determinado, na esperança de que o evento não se realize. O atropelamento de um pedestre, porém, vem a acontecer”.³⁹⁵

Outro exemplo clássico de inexigibilidade de conduta diversa pela coação moral irresistível, em crimes culposos, que urge aqui ser destacada, diz respeito ao caso do “cavalo rebelde” cuja decisão do Tribunal alemão ensejou o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, onde a ameaça de perda do emprego fez com que o cocheiro expusesse a risco a integridade de terceiros, o que de fato acarretou em acidente.³⁹⁶

4.3 A Obediência Hierárquica

Uma das formas de exculpação que remete ao maior número de situações polêmicas é a que consagra o instituto da obediência hierárquica, isto porque envolve diretamente os aspectos de valores, subordinação, posicionamento funcional e mormente, por perscrutar e pôr a prova o princípio da autoridade em face a autonomia moral, enquanto relativiza a heteronomia do subordinado em relação aos poderes do superior.

³⁹⁵ Direito Penal da Negligência. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.408.

³⁹⁶ Vide Capítulo 3.

A obediência hierárquica ganha ainda contornos especiais no ambiente militar ou castrense, o qual será aqui detalhadamente tratado, em virtude especialmente da importância que envolve os institutos da hierárquica e disciplina, pilares constitucionalmente assegurados ao desenvolvimento da atividade militar.

Assim delineada sua importância, faz-se mister a identificação e caracterização de seus pontos mais polêmicos, que dizem exatamente respeito ao seu funcionamento como uma causa de exculpação sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa, quais objetivos procura alcançar, tanto nas limitações do dever, como na preservação da autoridade, seus requisitos, seu liame com o Direito administrativo, a posição dos doutrinadores e da jurisprudência atual, e principalmente dois pontos nodais no tratamento deste instituto, quais sejam, em um primeiro momento a perfeita identificação de como se apresenta aquela ordem, seja manifestamente ilegal, aparentemente ilegal ou ainda ilegal porém não evidente ao inferior hierárquico; e em um segundo momento este decorrente do primeiro, qual seja a clara identificação das responsabilidades envolvidas pelo autor de uma ordem (o superior hierárquico) e pelo destinatário dessa ordem (inferior hierárquico) conjugadas ante as possibilidades de ordens elencadas no primeiro momento. Notemos ainda que a partir dessas variações decorrerá a relevância penal e o grau de reprovação a ser dirigido ao executor da ordem. É o que procuraremos agora analisar.

4.3.1 – A Relevância da Obediência Hierárquica Para o Direito Penal

A hierarquia decerto nos remete ao Direito Administrativo, que a conceitua como sendo uma relação de subordinação que só pode ser encontrada no Poder Executivo, razão pela qual, o fenômeno da obediência hierárquica, deve receber tratamento quanto a sua abrangência, restrito aos

órgãos que o compõem, não alcançando o legislativo nem mesmo o judiciário.³⁹⁷

Legalmente, no que concerne especificamente ao direito penal, portanto, a vinculação *v.g.* parental, trabalhista em geral, eclesiástica, etc. não são alcançadas e tratadas pelo instituto da obediência hierárquica, muito embora, o que na prática seja observado, é que, uma relação funcional, ainda que regulada por dispositivos legais que não considerem a existência da hierarquia, são conduzidas no dia a dia, sob a pauta de uma estrita observância, muitas vezes velada de hierarquia entre as funções desempenhadas, o que, no caso da exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa passam a ter como supedâneo a coação moral irresistível, ou ainda o instituto do assédio moral, que vem ganhando espaço no tratamento dogmático penal.

Assim desde já se estabelecem na doutrina, ante a hierarquia, duas figuras com papéis bastante distintos, não só no Direito Administrativo como para o direito penal; são elas o superior hierárquico e o inferior hierárquico.

Torna-se então a hierarquia relevante ao direito penal, quando decorrente dessa posição de subordinação decorem ações ilegais por parte do inferior hierárquico quando em cumprimento às ordens recebidas.

4.3.2 – Requisitos que Identificam a Obediência Hierárquica

Pela observação do que estabelece o Art. 22 *in fine*, destacam-se *prima facie* requisitos a que se submete ou mesmo se reveste a obediência hierárquica para seu reconhecimento, como ato relevante ao tratamento pelo direito penal como causa de exculpação.

Como expõe com propriedade Rolf Koerner Junior, ao longo de inúmeras transformações sugeridas e implantadas por meio de anteprojetos,

³⁹⁷ Essa é exatamente a postura do consagrado professor Hely Lopes Meirelles, quando afirma que “Não se pode compreender as atividades do executivo sem a existência de hierarquia entre os órgãos e agentes que as exercem” assegurando ainda o doutrinador que “não há hierarquia no judiciário e no legislativo, nas suas funções próprias, pois ela é privativa da função executiva”. (MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.105)

projetos e leis, desde o passado até o presente, há de se admitir e tomar como referência que, a obediência hierárquica, em face a todo esse conteúdo normativo de lei que a constitui, está restrita as interações entre agentes que estejam a serviço do Estado³⁹⁸.

O primeiro requisito que assim se apresenta é que, no presente, a obediência hierárquica é tratada no âmbito do Direito Público, entre entidades civis e também militares, fora portanto de domínios do Direito Privado.

O segundo requisito é de que haja “estrita” obediência à ordem recebida do superior hierárquico, para que se dê motivos a exculpação do executor e que se responsabilize o autor da ordem tão somente. Óbvio será que a exacerbação no cumprimento da ordem recebida não poderá alcançar o autor da ordem, visto que por parte do executor há uma desconformidade entre a ordem recebida e o ato criminoso praticado.

4.3.3 - A Valoração da Ordem Recebida Pelo Inferior Hierárquico

A questão da valoração da ordem recebida pelo inferior hierárquico apresenta-se aqui como uma questão crucial da repercussão que sua ação irá ter ante a sociedade e o julgador, e o que vemos ressuscitar como cerne da inexigibilidade de conduta diversa é novamente o dever e o poder, enquanto ponderados ao livre arbítrio daquele que recebe as ordens, aqui decerto mitigado pela posição de subordinação a que está submetido.

Dessa forma lembra Koerner Junior que no passado, quando o dever de obediência não se encontrava submetido ao Direito Público, onde o sistema patriarcal representou uma etapa fundamental da organização da vida em comum, havia uma obrigação à autoridade, ali representada pelo *pater* para os filhos.³⁹⁹

A questão que se apresenta desde então, abstraídas as particularidades de cada época diz respeito a valoração por parte do inferior hierárquico das

³⁹⁸ KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p.29.

³⁹⁹ KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 37.

ordens recebidas de seu superior, ou ainda se lhe era cabível estabelecer limites a essas ordens recebidas de seu superior, ou se lhe caberia tão somente acatar cegamente essas ordens.

Os limites ao poder de sindacar seu superior hierárquico, por parte do subordinado, desvelam-se como uma questão tão antiga quanto o próprio estabelecimento da hierarquia, ou ainda a obrigatoriedade de reconhecimento pelo julgador dessa limitação ao poder de sindacar e mesmo de compreender a ilegalidade da ordem recebida, exculpando o executor de uma ordem recebida.

Dessa forma, nos ensina Nelson Hungria, que já era este o critério aplicado no Direito Romano para o *servus* que viesse a praticar uma ação ilícita em obediência ao *dominus*, onde não se puniam os escravos cujas ações fossem praticadas em obediência ao Senhor.⁴⁰⁰

Definidos portanto a abrangência atual na Administração Pública da Obediência Hierárquica, bem como as figuras do Superior e do Inferior Hierárquico, lançaremos olhos sobre as questões que envolvem a obediência hierárquica capazes de exculpar ou de responsabilizar o subordinado pelo cumprimento de uma ordem ilegal recebida.

4.3.4 - A Obediência Hierárquica no Código Penal

O instituto da Obediência Hierárquica pela análise de seu papel no Código Penal, surgiu com um duplo objetivo por demais evidente a partir de breve análise do dispositivo. Em um primeiro momento para limitar a abrangência e abordagem do dever de obediência do subordinado ao superior hierárquico, estabelecendo a exculpação quando da obediência à ordens não manifestamente ilegais, mas deixando claro, serem as ordens ilegais. Por outro lado também se depreende da análise do dispositivo que procurou o legislador fortificar o princípio da autoridade, uma vez que limita a exculpação, o que assim também limita indiretamente o “poder de sindacar” do subordinado,

⁴⁰⁰ Comentários ao Código Penal, Vol. I p. 497.

evitando que o ato de Administrar se transforme em um caos de mandos e desmandos, o que tornaria inviável a prática de ordens na Administração Pública.

O Art.22 do Código penal confere relevância tão somente as ordens ilegais dadas pelo superior hierárquico, ou ainda, estabelece como cerne a ocorrência de um comportamento omissivo ou comissivo, decorrente do cumprimento de uma ordem, por subordinado ligado a uma estrutura hierarquizada, adequada a um ilícito penal. Para que haja no entanto a exculpação do subordinado, decorrente do cumprimento de uma ordem dada por superior hierárquico, lembra Hungria da necessidade da configuração de:

a) Uma relação oficial (de direito público) de subordinação; b) ordem emanada de autoridade superior, nos limites de sua competência, em face do subordinado, e c) forma legal da ordem (isto é, preenchimento dos requisitos mediante os quais a ordem se impõe à obediência).⁴⁰¹

Certo no entanto é que a inexigibilidade de conduta diversa será o sustentáculo da exculpação do executor da ordem que age sob essa configuração.⁴⁰²

4.3.5 – As Limitações ao Dever de Obediência

Urge pontuar neste momento que a doutrina aborda três modelos de tratamento do dever de obediência como forma de vincular ou não o inferior hierárquico ao seu superior quanto às ordens recebidas.

Assim, pela teoria conservadora ou ainda da obediência passiva, o dever de obediência é ilimitado, tendo como fundamento a absoluta autoridade do superior hierárquico em mandar e a obediência cega do subordinado, inclusive para as ordens ilegais, sendo o inferior mero instrumento das vontades de seu

⁴⁰¹ HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 427.

⁴⁰² Entende também essa configuração PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**, Vol. I, Parte Geral, São Paulo: RT, 2005, p.116

superior.⁴⁰³ Este modelo já ultrapassado teve origem no absolutismo e não mais goza de espaço na doutrina atual.

Já no que concerne ao sistema ultra liberal⁴⁰⁴ a possibilidade de resistência às ordens recebidas é plena para o subordinado, ainda que pouco possa esse, evidenciar traços de ilegalidade.

Com o fito de limitar a pacificidade funcional, esse sistema passou a por em risco uma instauração do caos e a paralisação do serviço público, o que poderia mesmo acarretar em subversão por parte do subordinado⁴⁰⁵. Este sistema também não foi adotado pelo Brasil.

Por meio do sistema conhecido como intermediário, procurou-se por um lado limitar o poder do superior de tratar como autômato o subordinado e por outro mitigar a possibilidade de instaurar-se a insubordinação pelo poder absoluto do subordinado em sindicat as ordens recebidas.

Estabeleceu-se portanto que havia para o subordinado o dever de obedecer às ordens recebidas, desde que estas não fossem manifestamente ilegais.

Atualmente o que temos como adotado pelo Código Penal é uma “relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem” conforme consta da exposição de motivos do Código penal de 1940.

4.3.6 - A Valoração Realizada Pelo Juiz Quanto a Ordem Cumprida Pelo Inferior Hierárquico

Na difícil tarefa de identificar a exculpante da Obediência Hierárquica pela inexigibilidade de outra conduta Koerner Junior expõe ainda que, além dos sistemas já referenciados, há de ser indagado até aonde vão os limites da resistência às ordens ilegais por parte do subordinado; limites esses a serem

⁴⁰³ KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 69

⁴⁰⁴ SIQUEIRA, Galdino, **Tratado De Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Vol. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1950, p. 351.

⁴⁰⁵ SIQUEIRA, Galdino, **Tratado De Direito Penal**, Parte Geral, 2 ed. Vol. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. p. 352

observados por aquele encarregado de interpretar as regras jurídico-penais. Assim sendo a teoria da reiteração alemã de 1876, a teoria da legalidade formal de Laband, a teoria de Mayer e a de Duguit formariam esse universo a ser observado pelo intérprete.⁴⁰⁶

Ao que interessa o escopo de nossa postura, destaca-se a teoria adotada pelo Brasil, qual seja a da ilegalidade manifesta, corolário do princípio constitucional da legalidade. Assim, tanto para o Direito Administrativo como para o Direito penal, temos que não há como se falar em dever de obediência para ordens manifestamente ilegais.

Valemo-nos como bem expõe Koerner Junior, do art. 5º , II da CF/88, onde “O princípio da legalidade constitui-se na pedra de toque,informando o dever de obediência e impondo restrição à sua amplitude.”⁴⁰⁷

Porém uma questão das mais difíceis para o intérprete da Lei bem como para o próprio subordinado diz respeito a desobediência da ordem recebida quando da ilegalidade. Decerto que não se reveste essa desobediência hierárquica, de uma simplicidade que não deixe em dúvida o subordinado quanto ao seu alcance, e ao intérprete quanto a apropriação da ação do subordinado. Na prática tal decisão partilha a angústia de valores que são colocados em cheque pelo subordinado na hora de decidir pela desobediência, mormente quanto à duvida de estar ou não se mantendo nos limites do legal em seu ato.

Assim é que, posiciona-se Basileu Garcia, pela impossibilidade do agente público inferior hierárquico, sindicá-lo ou mesmo perquirir a ordem recebida do superior quanto a sua oportunidade conveniência e mesmo sua justiça. Deve tal exame segundo ainda o autor restringir-se a identificar e deixar de cumprir as ordens manifestamente ilegais.⁴⁰⁸

4.3.7 - A Exculpação Pela Obediência Hierárquica no Seio Militar

⁴⁰⁶ Para um maior aprofundamento acerca dessas teorias *vide*: KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.. p.73-76.

⁴⁰⁷ KOERNER JUNIOR, Rolf. Op. Cit. p. 77.

⁴⁰⁸ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal** Vol. I, Tomo I, 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad. 1966, p. 319-320.

Quando a questão da exculpação pela obediência hierárquica é abordada no ambiente militar, várias são as razões para que não só o juízo de fato, como o juízo de valor elaborados nesse contexto considerem as peculiaridades que envolvem o ambiente castrense.

Inicialmente cabe a observação da vinculação constitucional a hierarquia e disciplina a que estão submetidos os militares, o que nos permite em uma primeira aproximação a problemática, afirmar que há a pressuposição garantida pela constituição de aos superiores hierárquicos ser conferido o poder de dar ordens e aos inferiores hierárquicos o dever de obediência às ordens recebidas.

A primeira conclusão a que se pode chegar em relação a obediência hierárquica é de que, o poder conferido ao subordinado de sindicat as ordens recebidas de seus superiores encontra-se extremamente limitado, a medida que aumenta a responsabilidade dos superiores quanto às ordens emanadas, o que desvela que inicialmente está o subordinado obrigado ao cumprimento das ordens recebidas mesmo as manifestamente ilegais, com absoluta responsabilização do superior pela ordem emanada.

O julgamento da ordem recebida não gravita no domínio do subordinado, que recebe desde sua admissão no seio militar treinamento que, lhe impõe a cega obediência, tendo como legítimas as ordens recebidas de seu superior hierárquico.

A preocupação com a manutenção da figura da autoridade pode ser exemplificada pela previsão no Código Penal Militar do crime de insubordinação⁴⁰⁹, o que faz com que a recusa da obediência seja motivo de tratamento como ilícito penal, reforçando o limitado poder de sindicat as ordens recebidas.

Considerando o reverso dessa limitação, o próprio Código Penal Militar em seu Art. 38, b, § 1º, prevê que o inferior hierárquico não será culpado, qualquer que seja a sua convicção acerca da ilegalidade da ordem recebida,

⁴⁰⁹ Art. 163 do CPM.

sendo no entanto esclarecido ainda no mesmo Artigo em seu § 2^a que só haverá responsabilização do militar com patente inferior “se a ordem tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso ou se há excesso na execução”.

Notemos então que se configura no seio militar a diferenciação entre ordens manifestamente ilegais e ordens manifestamente criminosas, visto que possuidoras são de significados distintos.⁴¹⁰

Certo se tem portanto que, recebida a determinação de em área sob jurisdição militar, recortada por via pública, seja procedida “barreira policial”, com revista de carros, embora manifestamente ilegal, *prima facie*, não pertence ao domínio do inferior hierárquico o poder de contestar tal ordem e mesmo descumpri-la, ficando no entanto o mesmo inferior obrigado a, assim proceder se tal ordem contivesse ainda o aditivo de “atirar em qualquer veículo que não obedecesse a ordem de parar”, visto tratar-se de ordem manifestamente criminosa aos olhos de qualquer subordinado, qualquer que seja seu nível hierárquico. Não há como alegar obediência hierárquica o subordinado que sabedor do potencial destrutivo nas armas que porta, procede criminosamente atirando sobre automóvel em posição que não lhe oferece qualquer resistência nem ameaça, simploriamente alegando estar sob o manto exculpante da obediência hierárquica.

A limitação ao poder de obediência no campo militar, muito embora tenha recebido pouca atenção por parte dos doutrinadores⁴¹¹, tem como quase consenso que tal limitação refere-se à prática de atos criminosos.

Com Bobbio⁴¹², constatamos na obediência Hierárquica, quando tratada no seio militar, ensejando uma exculpação, um juízo de fato e um juízo de valor, (voltados respectivamente para proposição da validade ou não de um

⁴¹⁰ Neste sentido também se manifesta José Salgado Martins ao afirmar que “É mais rígida a obediência hierárquica, em se tratando de ordem emanada do superior ao inferior, na esfera militar. Este deve indeclinavelmente obedecer, em matéria de serviço, salvo se a conduta ordenada for manifestamente criminosa ou importar em violação do dever militar.” (MARTINS, José Salgado, **Direito Penal, introdução e Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 247)

⁴¹¹ Trataram da obediência hierárquica no seio militar dentre outros Aníbal Bruno, Álvaro Mayrink da Costa, Alcidez Munhoz Netto, Basileu Garcia, Bento de Faria, Damásio Evangelista de Jesus, Galdino Siqueira, heleno Cláudio Fragoso e Nelson Hungria Hoffbauer.

⁴¹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1999.p.138.

direito ou ato e da justiça ou não de um direito ou ato) extremamente reduzidos no cognitivo do subordinado, sendo até mesmo incabível ao inferior desobedecer seu superior e descumprir o dever imposto pela lei, muito embora seja patente o desvalor de algumas ordens recebidas.

Defendemos portanto, que no seio da administração militar, a exculpante pela obediência hierárquica tão somente terá como fundamento a inexigibilidade de conduta diversa, quando, recebidas ordens manifestamente ilegais, obedecidos também os mesmos requisitos anteriormente estabelecidos no ambiente da administração pública no que tange ao superior e ao inferior hierárquico, para ensejar seu reconhecimento, quais sejam, para o superior, que deve ser competente para ordenar, que a ordem esteja de acordo com a natureza da atividade que exercite, e para o inferior hierárquico, que deve ser competente para cumprir a ordem e ainda que a ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade que exercite, ou seja deve o inferior estar habilitado a cumpri-la.

O que se constata no seio militar é que a possibilidade de emissão de um juízo de valor por parte do subordinado praticamente inexistente, devendo este assumir uma atitude diante da ordem de relativa neutralidade, atendo-se a execução, restando como exculpante a este tão somente o juízo de fato, em que pela constatação da ordem criminosa e tão somente por essa deve ele insurgir-se ante a ordem, fazendo conhecer o chefe imediatamente superior ao emissor da ordem o crime passível de ser cometido, caso seja cumprida a ordem.

Por oportuno, faz-se mister mencionar as limitações de sindicarem as ordens criminosas a que está submetido o inferior, quando estabelece o Regulamento Disciplinar Para a Marinha⁴¹³ em seu Art. 7º, por exemplo que “censurar atos de superior, aconselhar ou concorrer para o não cumprimento de qualquer ordem de autoridade competente ou para o retardamento de sua execução e representar contra superior sem prévia autorização deste” por si só são atos do inferior hierárquico que ensejarão sua punição, onde em

⁴¹³ Decreto 88545 de 26 de julho de 1983

determinados casos exacerbando o poder da autoridade, desampara o inferior quanto a possibilidade de deixar de cumprir a ordem criminosa.

Pode-mos de tudo o que foi exposto então, acerca da obediência hierárquica concluir que se trata de uma causa de exculpação legalmente prevista a partir do princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

As dificuldades que envolvem sua identificação residem na perfeita delimitação por parte não só do executor da ordem, mas também do operador do direito, de quais os valores estão envolvidos naquela determinação, que ensejem limites ao poder de sindicar a ordem por parte do inferior hierárquico, qual a natureza da ordem recebida e qual o grau de reprovação, a partir dessas ponderações de valores que estará sujeito o inferior hierárquico, que cumpre essa ordem.

Decerto que na atualidade, tem-se pela dogmática penal que as ordens emitidas, não revestidas de ilegalidade manifesta devem ser cumpridas pelo subordinado, estando sujeito a culpabilidade apenas o autor da ordem ilegal, não sendo punido o inferior hierárquico pela execução dessa ordem que, mesmo desaguando em um ilícito penal, não lhe era manifestamente ilegal, e destarte, não lhe era exigível uma conduta diversa daquela praticada.

A gradação da exigibilidade de conduta diversa pelo inferior hierárquico deverá então ser entendida como diretamente proporcional ao grau de manifestação da ilegalidade da ordem recebida, ou ainda, quanto maior for a manifestação da ilegalidade da ordem recebida, maior será a exigibilidade de conduta diversa por parte do autor, incidindo essa gradação desde o afastamento da culpabilidade do executor da ordem, passando pela atenuação quantitativa da pena aplicada a este, podendo chegar até mesmo a sua responsabilização na qualidade de co-autor da ação em face a manifesta ilegalidade da ordem recebida, sendo-lhe plenamente exigível uma conduta diversa àquela praticada.

4.4 – A Exculpação no Favorecimento Pessoal do § 2º do Art. 348

Muito embora não haja na doutrina uma pacificidade em relação a admissão de uma natureza jurídica de exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa no favorecimento pessoal não só entre parentes elencados no § 2º, mas também entre afins, há de ser considerado para este artigo também a possibilidade deste enquadramento pelas razões a que iremos aduzir.

A questão que trata o Art. 348⁴¹⁴, quanto ao favorecimento pessoal, visa mormente a proteção da administração da justiça penal, quando impõe uma exigibilidade a todos de que não ofereçam qualquer espécie de impedimento à ação desta mesma justiça, na apuração daqueles fatos cuja valoração se reveste de maior importância, tanto que, reserva esse tipo, uma pena maior aos encobrimentos de crimes, para os quais é cominada pena de reclusão.⁴¹⁵

Enquanto a doutrina majoritária, considera o favorecimento pessoal entre parentes uma escusa absolutória, o que deve ser reconhecido, vertente pela qual somos solidários, é de que o princípio da inexigibilidade de conduta diversa aqui está presente, atuando como base da exculpação, o que de forma alguma vai ao encontro da escusa absolutória, senão a reforça, com base na inexigibilidade de conduta diversa⁴¹⁶. Assim é que ressaltamos novamente, tratar-se a inexigibilidade de conduta diversa de um princípio normativo que se espraia por todo o direito, atuando mesmo em todas as categorias delitivas, aqui incluída também a punibilidade.⁴¹⁷

Assim, o entendimento de que a inexigibilidade de conduta diversa atua no parágrafo em questão, tornando inculpável o autor, significa exatamente que, preenchidas as condições constantes de tratar-se de auxílio prestado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, teremos antes mesmo que se possa estabelecer a função individualizadora da

⁴¹⁴ Art. 348: “Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa”.

§ 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

§ 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

⁴¹⁵ Neste sentido JESUS, Damásio. JESUS, Damásio, **Código Penal Anotado**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.962

⁴¹⁶ Neste sentido: JESUS, Damásio, **Código Penal Anotado**, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 964.

⁴¹⁷ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004. p. 146.

responsabilidade, uma mecânica isenção da pena, não incidindo em sua plenitude um juízo de culpabilidade. Não há aqui que se falar em pena, não há que se falar em um reconhecimento de uma punibilidade. Tem-se portanto um fato típico, antijurídico e isento de pena, por razões que entendemos aqui aplicáveis de Política Criminal.⁴¹⁸

O dolo enquanto elemento subjetivo deste tipo deve ser configurado, para a caracterização de que livre e conscientemente o autor do favorecimento entre parentes fará o beneficiado livrar-se da ação da autoridade pública. Caso contrário não se estará tratando de um favorecimento pessoal, enquanto ausente o *animus* do autor.

No tocante a posição dos doutrinadores não há pacificidade quanto a natureza jurídica do favorecimento pessoal entre parentes.

Asúa com maestria, expunha que “nas excludentes de ilicitude não há crime, nas causas de inculpabilidade não há delinqüente; nas escusas absolutórias não há pena”.⁴¹⁹

Para Damásio as escusas absolutórias referem-se a fatos típicos antijurídicos e culpáveis, que por questões de “utilidade Pública” tornam o autor isento de pena.

José Frederico Marques refere-se ao § 2º do Art. 348 como uma não incidência do *jus puniendi* de ordem subjetiva, ligada a culpabilidade, e arremata:

Trata-se de autêntica figura de exclusão de pena e culpabilidade por ser inexigível outra conduta [...] Há o crime, mas a punibilidade que promana do fato penalmente ilícito fica excluída e extinta, porque o estado renuncia ao poder de punir.⁴²⁰

Com Heleno Cláudio Fragoso a questão que envolve o favorecimento pessoal envolvendo parentes, ganha contornos de condição negativa de

⁴¹⁸ Neste sentido da admissão de uma isenção por questões de Política Criminal, João Mestieri, Heleno Cláudio Fragoso, Leonardo Isaac Yarochevsky.

⁴¹⁹ ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**, 2ed, Buenos Aires: ed. Losada, 1956, Tomo VII, p. 138, *apud*, Jesus, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral V .1.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 591.

⁴²⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. V.4, Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1961, p.38-39

punibilidade do crime, ou ainda, conforme o autor, há a ilicitude, “*ocorrendo apenas causas pessoais de exclusão da pena*”.⁴²¹

Francisco Muñoz Conde, entende tratar-se a relação de parentesco em alguns delitos contra a propriedade, conforme consta no Art. 564 do Código Penal Espanhol, uma escusa absolutória, onde acena o autor para a possibilidade de extinção da pena, apesar de presentes um injusto penal culpável, expondo ainda, que em face de ser uma causa vinculada ao autor, somente a ele afeta, não alcançando eventuais partícipes.⁴²²

Assim podemos enumerar diversos autores que entendem tratar-se de inexigibilidade de conduta diversa e não escusa absolutória a questão que encerra o § 2º do Art. 348.

O que devemos no entanto entender, conforme inicialmente já mencionado e também reforçado por João Mendes campos⁴²³ é que a escusa absolutória não nega o princípio da inexigibilidade de conduta diversa, nem tampouco este último exclui a natureza que reveste o favorecimento pessoal entre parentes.

Entendemos sim, tratar-se o favorecimento pessoal envolvendo parentes. de uma escusa absolutória, amplamente fundamentada no princípio da inexigibilidade de conduta diversa, não simplesmente invocado este princípio para sustentar a escusa, mas sim, a partir do texto estabelecido que prevê em seu parágrafo 2º, a “isenção da pena”, fundamentado sim esta, em uma inexigibilidade de outra conduta, em face mormente a razões ligadas a política criminal como já anteriormente citado.

Destarte observar-se-á uma causa legal de exclusão da pena quando da ocorrência do favorecimento pessoal nas condições de ascendente, descendente, cônjuge e irmão e entendemos como necessário o reconhecimento de uma causa extra legal de exclusão da pena quando o favorecimento tiver sido conduzido por afins não elencados pelo Código Penal,

⁴²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 269.

⁴²² CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 171.

⁴²³ CAMPOS, João Mendes. **A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri**. Belo horizonte: De Rey, 1998, p. 43

v.g. filhos, pais, irmãos adotivos, companheiras (os), onde a questão envolvida é a de real existência de laços afetivos, que não deverão ser desconsiderados, mormente em face a atuação do princípio da inexigibilidade que não distingue para a conduta interna do indivíduo qual sua formal relação de proximidade com o beneficiado pela conduta típica do favorecimento, e sim, procura alcançar o liame afetivo existente, que analisado individualmente a situação em concreto das relações afetivas envolvidas, desaguará na exigibilidade ou não de uma conduta diversa da praticada.

Por oportuno devemos salientar o liame que estabelece essa escusa aos motivos determinantes, a ser tratado no próximo capítulo, onde a relação parental apresenta valor relevante para que os motivos da ação dirigida a um fim (subtrair um parente à ação de uma autoridade pública) seja considerado nodal ao afastamento da pena.

CAPITULO 5 – A EXCULPAÇÃO NÃO PREVISTA NO TEXTO PENAL, FUNDAMENTADA NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Em sintonia ao aprofundamento da postura temática requerida no capítulo 3, defendemos ser consentâneo o tratamento no juízo da culpabilidade de situações que, muito embora reconhecidamente, ensejem uma exculpação, por motivos das insuficiências já conhecidas do Direito, não se encontrem inseridas no ordenamento jurídico penal.

Nesse momento, quando de uma resposta afirmativa à exculpação, por tratar-se de uma inexigibilidade de conduta diversa, ainda assim não é assegurado de antemão, tratar-se a mesma de uma exculpação extralegal ou mesmo supralegal, pelo único fato de não encontrar-se prevista no código penal.

Portanto uma designação de extralegal ou mesmo supralegal, não merece sustentar-se quando, pela análise do ordenamento, encontram-se princípios, cuja latência não significa sua inexistência, mas sim em sentido contrário, sua presença atuante no Direito, norteando os caminhos a serem adotados não para além das limitadas hipóteses que o código penal tipifica, mas de acordo com o que prevê o próprio ordenamento jurídico, até mesmo quanto as suas insuficiências e portanto não estranhas ao Direito.

Assim é que, a atuação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa deve ser observada nos casos de exculpação, aqui, especificamente analisados nos excessos e ainda na abordagem dos motivos determinantes da ação, sendo que, a consideração desse princípio, relaciona-se diretamente aos valores que envolvem os temas mencionados, e mais, por meio do mecanismo de integração de normas, cujo alcance do Art. 4º. da LICC torna segura a conclusão de que aqui tratamos de causas não supralegais mais sim previstas em lei. Há de ser considerada a importante missão conferida ao Art. 4º. da LICC, qual seja, de integrar lacunas e assim, dentro dos limites do ordenamento, promover a integração normativa, onde o alcance cognitivo

daquilo que deve ser exigível e do inexigível verificar-se-á no interior do sistema jurídico, não como decisão contrária, supra ou estranha ao ordenamento jurídico.

Ponderados serão então, esses excessos e motivos, quanto aos valores que os constituem, sejam envolvidos na condução da ação típica, valores estes de seu autor e também na condição de valores eleitos como merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico, confrontando-se ambos em busca de um equilíbrio valorativo.

Não há assim, para a consideração de determinadas causas como exculpantes, que sejam estas, consideradas como à margem do direito, mas sim, representando o corolário de uma insuficiência do Direito, por sua finitude, em face à infinidade de possibilidades da realidade e mais ainda, pela diversidade de sistemas de valores que permeiam toda a sociedade e por conseguinte também o sistema penal.

Há de ser esclarecido no entanto, conforme expõe Engisch, que a resolução das lacunas do Direito deve referir-se a *lege lata*, tendo em vista que a integração por analogia a que nos referimos deve estabelecer ligação ao direito vigente, funcionando as críticas da *lege ferenda* como motivadoras ao legislativo para uma reforma do Direito e não ao Juiz para o preenchimento de lacunas.⁴²⁴

O papel reservado aos tribunais, ante as insuficiências da lei em vigor, é destacado por Engisch, ao apresentar a decisão do Tribunal do Reich de 11/03/1927 (Vol 61, p. 242 e ss) pela qual foi absolvida uma médica que interrompeu a gravidez de uma paciente, fundamentada em parecer psiquiátrico, que concluíra pela tendência de auto-aniquilamento da gestante no caso do prosseguimento da gravidez.⁴²⁵

Nenhum dispositivo legal moldava-se ao caso concreto acima descrito, fossem relativas ao estado de necessidade, ou mesmo acerca da interrupção de uma gravidez de risco, restando tão somente o § 218 do Código Penal da

⁴²⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução Ao Pensamento Jurídico**. Trad: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 281-282.

⁴²⁵ Ibidem, p. 284.

época que cominava pena para a provocação de morte em feto de uma grávida.⁴²⁶

Não obstante a insuficiência legal apresentada, o Tribunal do Reich decidiu pela existência de lacunas em seus dispositivos e proferiu a sentença onde confirmava que nada impede que “seja excluída a ilicitude de certos actos praticados em estado de necessidade [...] com base noutro princípio jurídico, escrito ou não escrito”⁴²⁷, o qual neste caso, identificamos como o princípio da inexigibilidade de conduta diversa fundamentando a exculpação, ou mesmo conforme o caso, a justificação de fatos típicos,

Essa mesma infinidade de possibilidades, às quais não há como o Direito penal esgotar em sua abordagem, são ao mesmo tempo, reconhecidas e postas a disposição para tratamento, quando do estabelecimento de princípios, razão pela qual, entendemos que não se esgotam as causas de exculpação apenas nas causas acima elencadas, sejam os excessos ou mesmo na consideração dos motivos, mas sim, constituem um conjunto infinito de possibilidades de exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa, das quais elegem-se para objeto de estudo pela doutrina no tempo presente, tão somente estas.

Destarte, estamos cômicos de que o tempo por vir nos apresentará a necessidade de admissão, de diversas outras causas de exculpação, que embora não elencadas no Código Penal, deverão receber tratamento pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa, como já o vem fazendo, com maestria o professor Juarez Cirino dos Santos, quando inclui nas situações de exculpação não previstas em lei o “fato de consciência, a provocação da situação de legítima defesa a desobediência civil e o conflito de deveres”⁴²⁸.

No entanto considerando a proposta da doutrina majoritária nacional, e as limitações impostas a esta postura temática, não serão neste estudo

⁴²⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução Ao Pensamento Jurídico**. Trad: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 284.

⁴²⁷ Ibidem, p. 285.

⁴²⁸ Em sua obra expõe o autor o posicionamento em sintonia com posições defendidas por doutrinadores alemães como Roxin, Böckenförde, Ebert, Kürl, Peters e Rudolphi, dentre outros (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 264). No sentido da admissão também destas causas de exculpação supraleais, dentre doutrinadores brasileiros está DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2002, P. 427.

analisadas essas formas de exculpação por entendermos também, não ser este o momento e tempo para tal.

O que nos leva a admitir como legal a questão enfrentada neste capítulo, passa também pela oportuna e necessária aplicação da inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade, reeditando a sua admissibilidade tanto na ação dolosa, como na culposa, assegurando ainda a sua utilização perante as lacunas da lei como acima mencionado, sem no entanto, reconhecê-lo como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, mas sim, por meio da analogia “*in bonam partem*”, expondo tratar-se esta analogia de uma “aplicação de um princípio latente no sistema legal”.⁴²⁹

Não devemos portanto, tornar-nos reféns da previsão legal, quando existem princípios que possam suprir as lacunas da lei no reconhecimento de uma exculpação.

No entanto, por ora, tão somente as causas admitidas pela doutrina majoritária como sup legais é que passaremos a analisar.

5.1 Os Excessos Exculpantes

Reconhecidos e tratados por grande parte da doutrina, entendemos necessário também enfrentar a questão dos excessos dentre as causas de exculpação, não inseridas em lei, mas fundadas na inexigibilidade de conduta diversa.

O Art. 23 do Código Penal Pátrio estabelece em que casos será excluída a ilicitude, regulando ainda em seu parágrafo único a possibilidade de responsabilização do autor quando de excessos cometidos.⁴³⁰

Dessa forma, no estado de necessidade, na legítima defesa, no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito, poderão ocorrer ocasiões em que o ente praticante da conduta típica, venha a exceder-se na condução da ação, seja de forma intensiva, extensiva, dolosa ou ainda culposa.

⁴²⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967..Tomo II p. 102.

⁴³⁰ Assim estabelece o parágrafo único do art. 23: “O agente em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”.

Outro aspecto que deve ser ressaltado, diz respeito à necessidade de que o autor de um excesso, para que venha a ser reconhecido como incidente nesse excesso, encontre-se em uma situação prévia sob uma das eximentes do Art 23, o que significa, portanto, que o excesso caracteriza-se pela extrapolação dos limites de uma dessas causas de justificação, partindo de uma das causas para além de sua previsão admitida como justificante.

Em um primeiro momento então, alcançamos que, pelo disposto no Art. 23 do CP, tratamos especificamente de casos de excesso presentes nas causas excludentes do injusto, e que portanto admissível seria seu tratamento tão somente dentro da teoria do injusto penal. Em seguimento a este raciocínio, temos excessos na legítima defesa que em um lapso temporal de T até T1 de reação a uma agressão, faz com que o agredido revide além do tempo aceitável para repelir o injusto sofrido, onde de T até T1 age o agredido em legítima defesa e dentro deste mesmo lapso, cessadas as circunstâncias que o abrigavam sob a legítima defesa se estende até T1, já atuando a partir desse momento em excesso ao que a lei lhe assegurava como uma ação em legítima defesa.

O mesmo raciocínio aproveita as demais exclusões do ilícito, quando cessadas as circunstâncias que mantêm o autor sob uma justificante, prossegue este, em ação, excedendo os limites admitidos em lei.

Importante destacar novamente que exceder, pressupõe a existência em um momento pretérito de uma ação sob o manto de uma justificante. Não há como se aproveitar uma ação como excesso, caso essa ação não diga respeito a uma exclusão de injusto.

Acontece que, perscrutando-se as ações nas quais são cometidos excessos, quando está o autor sob o amparo de uma justificante, não há cabimento de antemão, por conta do excesso, ter como antijurídica e culpável uma conduta. Certo está que os excessos identificados configuram-se como dirimentes em determinadas ocasiões, afastando a culpabilidade e em outras tão somente funcionando como atenuantes, sempre sob o fundamento de tratar-se a questão de uma inexigibilidade de conduta diversa da praticada.

Os excessos também nos cobram como não poderia deixar de ser, uma postura observadora da axiologia, em função das ponderações cabíveis acerca de três aspectos, seja quanto aos valores envolvidos do autor do fato ante a situação concreta, ou ainda os valores do operador do direito quando da emissão deste intrincado juízo quanto à existência ou não de uma exigibilidade no caso concreto, para aquele autor, naquelas circunstâncias e também do conjunto social como um todo, quando estabelece seus valores máximos retratados em seus bens jurídicos, sujeitos a estreita negociação, dispostos constitucionalmente e que serão o supedâneo do ordenamento penal.

Na visão funcionalista, Roxin expõe que o estado de necessidade exculpante é o melhor exemplo a ser dado contra a consideração do livre-arbítrio e o indeterminismo, e a favor de que as razões político-criminais da teoria dos fins da pena, são legítimas para explicar o castigo em determinados casos e a exculpação em outros, pois o autor no caso da exculpação pelo estado de necessidade, está socialmente integrado e tão somente por essa especial situação foi levado a realizar a ação típica e antijurídica.⁴³¹

Defendemos que, mesmo na concepção funcionalista a inexigibilidade de conduta diversa é supedâneo à exculpação, cujo injusto penal, por conta de ser inexigível do autor uma conduta diversa, não traz a quebra do equilíbrio do sistema, e por conta disso, torna inoportuno se falar em prevenção especial, quando o autor se encontra motivado pelas normas, onde, apenas lhe é inexigível, naquela situação em concreto uma ação conforme a norma, não sendo culpável o autor e nem mesmo chegando-se a abordar um juízo de responsabilização da concepção funcionalista.

5.1.1 Excessos exculpantes na Legítima Defesa

Muito embora não haja neste momento da postura temática a intenção de reavivar os ensinamentos que apresentam o conceito e a natureza da

⁴³¹ ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p.212.

legítima defesa, não há como prescindir, para que possamos nos ater tão somente ao tratamento dos excessos cometidos sob essa justificante (que recebem pela doutrina e jurisprudência tratamento como causa dirimente ou ainda excessos exculpantes), da exposição de conceitos essenciais acerca da doutrina da legítima defesa.

Guerrero expõe que os excessos constituem “um instituto sem vida autônoma” tendo em vista sua vinculação a situações de identificação de justificantes⁴³². Nos cabe aqui no entanto, analisar a possibilidade de estabelecer seu liame à exculpação, com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

O CP em seu Art. 25, caracteriza a legítima defesa justificante, sendo que uma das expressões contidas em seu texto é nodal para a representação do que encerra o conceito do excesso na legítima defesa e seu tratamento como exculpante fundamentado pela inexigibilidade de conduta diversa; é aquela que trata do uso moderado dos meios⁴³³, pois como veremos será essa indagação, quanto a moderação dos meios que, invariavelmente configurará a legítima defesa e ainda no caso da negativa dessa moderação de meios, remeterá ao excesso culposos ou doloso, aí estando presente a atuação da inexigibilidade de conduta diversa, como princípio, a possibilitar a exculpação do autor do excesso.

Ainda no que concerne ao ordenamento jurídico penal no Art. 23, parágrafo único constatamos a regulação da previsão de responsabilização da culpa strictu sensu e do dolo, nos excessos cometidos.

O que porém não se acha contido no dispositivo legal penal é a previsão no que cabe ao excesso exculpante. Devemos nesse caso, sob a consideração do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, atuando sobre todo o direito, bem como o princípio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, ponderar pelo aproveitamento sem prejuízos da exculpante no excesso, independente de sua ausência no ordenamento jurídico penal como assim analisaremos.

⁴³² GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do Excesso em Legítima Defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.53.

⁴³³ Assim estabelece o Art. 25: “*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*”

Conforme inicialmente destacada a expressão, quando estabelece o Art. 25 que haja uso moderado dos meios necessários, está aí definido o limite cabível entre a justificante e o excesso cometido na atuação.

Na eventualidade de um excesso de legítima defesa, temos presente, que falhou o autor da ação quanto à escolha dos meios ou ainda no uso que fez desses meios, falha essa para além do máximo aceitável pela lei.

Quando analisamos então os meios de que necessita o ente, para que atue tão somente na legítima defesa, sem cometimento de excessos em sua execução, encontramos não só na doutrina como na jurisprudência, que se trata tão somente de fazer uso de meios suficientes para fazer frente a uma agressão atual ou que esteja em imediata possibilidade de acontecer. Assim sendo, estando a disposição do ente que age, uma variedade de meios para a execução, deverá este escolher aquele que seja capaz de produzir o menor dano, o que convenhamos, é exigível tão somente em tese, considerado pelo cognitivo de quem, alheio a realidade de uma situação de legítima defesa, formula tal expressão limitadora, mas que encontra-se longe de coincidir com o cognitivo de quem se vê em situação de grave ameaça, e que, lançará na prática, por lhe ser de instinto, tudo o que de mais apropriado estiver a seu alcance para no menor espaço de tempo possível repelir o injusto, deixando para uma fase posterior da ação praticada o balanço das possibilidades que lhe estavam disponíveis para a escolha dos meios.

Ao que tudo indica, manter uma concepção que obriga a uma escolha dessa natureza, é considerar satisfatório o lapso temporal disponível ao autor do fato típico que repele um injusto, muito embora a realidade demonstre por diversos exemplos que é surrealista a espera de uma decisão adequada onde não há tempo para que se adote tal decisão. Exemplo maior disso é a própria admissão da legítima defesa putativa onde mesmo a representação dos fatos, desde o início é irreal, por vezes decorrente da falta de tempo de forma-se a representação adequada da situação real, quiçá falar-mos em adequação dos meios necessários.

Mais precisamente o que devemos aqui destacar, abstraindo-nos das imperfeições do dispositivo legal, é a necessidade de se ponderar o caso

concreto, naquele tempo e lugar da ação praticada, por aquele determinado indivíduo, quando submetido a situação de legítima defesa. Como com propriedade expõe João Mendes Campos, afirmando que “tudo dependerá do caso concreto, não podendo ser exigida uma exata equivalência entre a defesa e a agressão, por ser aquela sempre exercida de improviso”⁴³⁴

Quando abordamos a moderação no emprego desses meios mais ainda tem-se a certeza de que a surpresa, o medo e mesmo o improviso da reação em legítima defesa, são por si, valorações que incidem sobre o fato real influenciando diretamente na concretização das ações, impedindo o controle por parte do autor do fato típico em reação a um injusto, a ponto de assegurar a moderação no seu atuar, sem que por isso possa ser afirmado tratar-se de uma ação perpetrada com dolo.

A doutrina tem tratado os excessos na legítima defesa normalmente segundo quatro categorias. Os excessos intensivos, extensivos, dolosos e culposos estes dois últimos expressos em lei.

No excesso intensivo, tem-se um excesso nos meios, na ação ou na reação, onde ocorre uma intensidade de defesa desnecessária em face a uma situação justificada. Em verdade o excesso intensivo segundo alguns autores nem mesmo deve ser recepcionado como excesso, visto que representa uma condição de não preenchimento de requisitos de uma das eximentes, e portanto, tratar-se de uma eximente incompleta.⁴³⁵ Entendemos no entanto que, movidos esses excessos por interferências emocionais, devem ser considerados como excessos exculpantes, por fugir ao controle do autor a adoção de uma conduta diversa da praticada, tornando insuperável portanto, naquelas condições uma motivação conforme a moderação exigível por lei. Portanto temos que nesses casos, não há nem mesmo uma situação justificante configurada, atuando o ente, em um fato típico e antijurídico.⁴³⁶

⁴³⁴ CAMPOS, João Mendes. **A inexigibilidade de outra conduta no Júri**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 55.

⁴³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 566.

⁴³⁶ Neste sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 566.

Com propriedade expõe Juarez Cirino, que as modalidades intensiva e extensiva retratam o ponto de vista objetivo do excesso na legítima defesa, onde intensivo, caracteriza-se pela utilização de um meio de defesa desnecessário, enquanto extensivo caracteriza-se por uma incompatibilidade temporal da defesa ante a agressão, ou ainda uma defesa não imediata que ocorra após a agressão, ou mais, uma defesa anterior a agressão, estando portanto, como ressalta Cirino, envolto de grande controvérsia a questão do excesso extensivo ⁴³⁷.

Para Zaffaroni e Pierangeli, o excesso extensivo trata-se da única possibilidade admitida como excesso, onde em face ao preenchimento dos requisitos de uma eximente, o excesso extensivo retrata uma atuação do sujeito para além da situação que lhe conferia uma justificação ou atipicidade do fato constatado⁴³⁸. O excesso extensivo remete ainda a classificação em excesso doloso ou culposo.⁴³⁹ Já no caso dos excessos intensivos, concordamos com Zaffaroni e Pierangeli, quando expõem, sequer serem admitidos estes, como excessos, e sim imperfeições no preenchimento de requisitos das eximentes, ou ainda retratarem “eximentes incompletas”⁴⁴⁰.

O parágrafo único do Art. 23 do Código Penal é claro quanto a admissão dos excessos tanto dolosos como culposos, sendo portanto nodal a necessidade de identificação de sob qual forma agiu o autor de um fato típico, tendo em vista envolver diretamente a possibilidade de uma justificação ou exculpação do autor.

O excesso doloso é entendido como intencional, ou seja, o ente durante a condução da legítima defesa, de forma voluntária e consciente, ultrapassa os limites contidos na legislação, atuando fora do máximo permitido para afastamento da agressão injusta, atual ou iminente, fazendo uso de um meio desproporcional, cabível para tal momento outro meio menos danoso ao agressor a sua disposição.

⁴³⁷ O autor trata dos excessos como causas legais de exclusão da culpabilidade. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. P. 261

⁴³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 566.

⁴³⁹ JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.. P. 104.

⁴⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 566.

Há de se considerar portanto a existência no excesso doloso tanto do fim defensivo, quanto da vontade de repulsa em concreto da agressão, razão pela qual o pensamento dominante entre os penalistas é o de que, há uma conduta intencional do autor, agindo destarte com dolo. Urge salientar como lembra Guerrero⁴⁴¹, que quase todas as legislações que adotam o tratamento do excesso doloso de forma indireta, por não discorrerem sobre a modalidade culposa e portanto só admitirem o excesso por dolo, consideram o possível abrandamento da pena, o qual entendemos, pode mesmo alcançar uma exculpação, quando presentes elementos que ensejem uma inexigibilidade de conduta diversa.

Para o excesso culposo, há em sentido por assim dizer contrário ao doloso, uma crença para o autor do ato, de que ainda se encontra sob circunstâncias justificantes, as quais em verdade já não mais existem, resultando de uma “apreciação imprudente ou negligente dos requisitos da justificação”⁴⁴². Segundo Assis Toledo resulta este de uma

Imprudente falta de contensão por parte do agente, quando isso era possível nas circunstâncias, para evitar um resultado mais grave do que o necessário à defesa do bem agredido.⁴⁴³

Por oportuno há que ser destacado que não cabe correspondência, entre o excesso culposo na legítima defesa e a legítima defesa putativa, pois enquanto no excesso culposo o agente procura alcançar o resultado da legítima defesa e não deseja o excesso também produzido, na legítima defesa putativa toda a representação fática que faz o agente em relação à situação de legítima defesa não encontra correspondência ao real, e destarte, não encontra-se isento este de pena à título de culpa, nem mesmo devendo considerar-se o excesso culposo nessa situação putativa, visto não encontrar-se em legítima defesa⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do Excesso em Legítima Defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.138.

⁴⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 567.

⁴⁴³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 208.

⁴⁴⁴ Em sentido contrário no entanto narra Altair Venzon a admissibilidade pelos tribunais do excesso culposo na legítima defesa putativa.(VENZON, Altair, **Excessos na Legítima Defesa**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 42)

Mas no que diz respeito à exculpação com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, a questão a ser enfrentada reside na análise de quais as situações em que o excesso pode ensejar uma exculpação sob o fundamento de que, naquelas condições, daquele sujeito, não se deveria exigir conduta diversa daquela praticada.

Dos excessos, observa-se inicialmente que, para o autor falta uma necessidade concreta de defesa, onde esta necessidade concreta é valorada tanto pelo autor da reação sob legítima defesa, quanto pela sociedade que enxerga a possibilidade de que um mal seja repelido, admitida essa reação apenas até certos limites, a partir dos quais todo ato aditivado em seguimento a conduta inicial será considerado um excesso.

A admissão ou reconhecimento de que em tais situações de excesso, o autor sob legítima defesa será inevitavelmente, na condição de ser humano, influenciado pelo terror, excitação, surpresa, que em gradações diversas, variáveis decerto de pessoa para pessoa, irão perturbar consideravelmente seu cognitivo e seu poder de valorar suas próprias ações, é o encetamento da admissão da exculpação por uma inexigibilidade de conduta diversa.

Entendamos que o domínio da situação é necessário para que se possa falar em um excesso doloso, e ainda que no excesso culposos, não há como se admitir que teve o autor culpa sob condições anormais de ação.

Excluídas portanto as possibilidades do código, de punição pelo excesso culposos e doloso, restará ainda a possibilidade do afastamento da pena, quando inexigível era do autor uma conduta diversa daquela praticada, e assim se manifesta Welzel sobre o que ora expomos:

O excesso na legítima defesa, por aturdimiento (tonteira, desorientação), medo ou temor, é antijurídico, mas atenua a culpa, já que a possibilidade de atuar de outro modo é dificultada pela excitação. Este fundamento de atenuação se transformou, em forma demasiado rígida, numa completa exclusão da pena no § 53, inciso 3.⁴⁴⁵

Para Juarez Cirino, os excessos na legítima defesa devem ser admitidos segundo várias doutrinas (da redução do controle da vontade, da situação

⁴⁴⁵ WELZEL, Hans, **Direito Penal**. Trad. Dr. Afonso Celso Rezende, 1ª Ed. Campinas:Romana, 2003.. P. 145.

psicológica excepcional, da teoria da dupla redução do injusto e da culpabilidade) sendo porém todos tratados como causa de exculpação legal.⁴⁴⁶

O tratamento que Cirino confere aos excessos na legítima defesa do ponto de vista subjetivo, como inconsciente e consciente, bem como os conceitos de afetos estênicos e astênicos, embora representem o viés de tratamento abordado por Roxin de incontestável importância, não serão objeto de análise nesta postura temática.⁴⁴⁷

Muito embora previstos no ordenamento penal alemão por meio do § 33 StGB⁴⁴⁸ a regulamentação do excesso na legítima defesa, onde as situações de pânico e medo são consideradas, desvelam questões problemáticas como a natureza dessa previsão, onde pela neutralidade do legislador como que fugindo a um embate teórico remete o texto a inúmeras possibilidades de interpretações⁴⁴⁹.

Pela doutrina germânica a possibilidade da aplicação de seu § 33 em todos os casos de extra limitação inconsciente é admitida, ficando a polêmica por conta da extra limitação consciente, que coincidindo com os excessos dolosos aqui apresentados encontra eco minoritário de sua admissão na Alemanha.⁴⁵⁰

Na jurisprudência alemã também há entendimento de tratar-se de uma causa de exculpação⁴⁵¹, não se admitindo culpável àquele que sob a condição de legítima defesa sob transtorno, pânico ou mesmo medo, excede os limites estabelecidos à legítima defesa⁴⁵². há quem afirme minoritariamente naquele país, ser cabível tal aplicação tão somente para os casos de atos inconscientes.

⁴⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. 259.

⁴⁴⁷ Para maior detalhamento dessas concepções *vide*: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. 259-262.

⁴⁴⁸ *Exceso en la legítima. Si el autor excede los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o pánico, no será castigado*”. (CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.87 em nota de rodapé)

⁴⁴⁹ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.87

⁴⁵⁰ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Apud* CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.89

⁴⁵¹ RUDOLPHI, *apud* CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.87.

⁴⁵² CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004, p.88.

No que concerne ao tratamento dispensado pela jurisprudência, o excesso exculpante sob a legítima defesa tem sido acolhido como uma causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando a inexigibilidade de outra conduta sob influência do medo, pavor e surpresa dentre vários⁴⁵³.

Por questões de abordagem e abrangência tão somente o excesso na legítima defesa será abordado nesta postura temática, sendo que os requisitos para a existência de excessos no estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito, conforme anteriormente exposto, seguem o mesmo raciocínio de aproveitamento, onde cessadas as circunstâncias que mantêm o autor sob uma justificante, prossegue este em ação excedendo os limites admitidos em lei.

5.2 Os Motivos

Elegemos para análise no encerramento das questões que envolvem as causas de exculpação não dispostas em lei, mas fundamentadas pela inexigibilidade de conduta diversa, um dos elementos mais envolventes da personalidade do autor, posicionada previamente a seus fins em agir, e que, uma vez presente em todas as ações de um ser humano, influem e direcionam também as decisões do autor de um injusto penal.

Submetido esse autor a um juízo de culpabilidade, chegamos então ao sítio de turbulentos confrontos doutrinários, a que pretendemos nos lançar e perscrutar a possibilidade real dos motivos influenciarem ou não as formas de atuar do ser humano, a ponto de ensejar sua exculpação, em face ao grau de

⁴⁵³ É entendimento de alguns julgados como o da Apelação criminal : “Júri. Legítima defesa própria.

Excesso doloso, culposo e **exculpante**. Quesitação. Nulidade. Apesar de não expressamente reconhecido na legislação penal pátria, a doutrina admite o chamado **excesso exculpante**, aquele decorrente de medo, surpresa ou perturbação no animo do agente como causa de exclusão de culpabilidade. Assim, tendo os jurados respondido negativamente ao quesito relativo ao **excesso** doloso, devem ser questionados sobre o **excesso** culposo, eis que, também negando tal quesitação, estarão isentando o agente de pena por falta de censurabilidade ou reprovabilidade. No caso presente, o douto Magistrado Presidente considerou prejudicado o quesito do **excesso** culposo após os jurados terem respondido de forma negativa aquele referente ao **excesso** doloso, decisão que causou flagrante prejuízo à defesa do acusado, pouco importando que nada tenha sido consignado na ata”

(2000.050.05167 - APELACAO CRIMINAL - DES. MARCUS BASILIO - Julgamento: 09/10/2001 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL - TJRJ)

alteração que esses motivos possam causar a um autor, a ponto de não lhe poder ser exigível conduta diversa da praticada.

Pela análise do ordenamento, os motivos agravam, qualificam e mesmo atenuam a pena de um autor de um injusto penal culpável.

Fruto de uma ponderação do pensamento valorador, quem opera o ordenamento jurídico penal, procura alcançar um juízo de realidade, qual seja, alcançar o ser como é, por sua existência, e considerar ainda parte integrante deste, os motivos de sua ação.

Assim um motivo determinante deve ainda considerar a possibilidade de exculpação do autor do injusto, independente de previsão legal para tal, fundamentado em uma inexigibilidade de conduta diversa da praticada, em face a esta motivação para o ato.

Mas alcançar esse entendimento de que os motivos determinantes de um ato podem e devem influenciar as decisões quanto a uma exculpação não se apresenta na doutrina como uma questão das mais pacíficas.

Embora envolva o estudo dos motivos, questões filosóficas, sociais e políticas, inafastável está o cerne dos motivos determinantes, das raízes psicológicas que envolvem o indivíduo e, destarte, por este ângulo devem ser *prima facie*, abordados, para em um segundo momento abordarmos a postura psicológica ante os sistemas morais que constituem as valorações, para enfim perscrutar quanto a sua admissão ou não como causa de exculpação não prevista em lei.

Analisaremos assim, os motivos como propulsores de todas as ações, e mais, estabelecido este em um momento concomitante ao juízo de valor expedido pelo autor do fato como que justificando a si mesmo as razões, as forças que o impeliram a decidir por determinada conduta.

Elemento fundamental no estudo do crime, encerra os motivos, as razões de cometimento de uma ação típica, motivo pelo qual é esta questão enfrentada por grande parte dos penalistas, e nesta postura, adquire relevante papel por estar imbricada ao papel desempenhado pela inexigibilidade de conduta diversa como fundamento à exculpação do autor de um injusto penal.

Dos ensinamentos de De Plácido e Silva, identificamos inicialmente a palavra motivo do latim “*motivus, de movere (mover)*”, ainda em um outro sentido, tudo que determine um movimento, ou mesmo nas palavras do autor:

“Motivo, pois, quer significar a causa, a origem, o princípio das próprias coisas e a sua razão de ser. Assim é que o motivo influi no ânimo ou na intenção, para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa.”⁴⁵⁴

5.2.1 Uma Aproximação Psicológica à Questão dos Motivos

Tanto os estudiosos das teorias da personalidade, quanto os psicólogos em geral, admitem por meio de diferentes abordagens a importância desempenhada pelos motivos na condução das ações humanas. George Kelly, psicólogo, abordou a motivação de uma forma diferente, pois a entendia como um constructo desnecessário e redundante, visto que, os modelos motivacionais, visam explicar por que uma pessoa é ativa ao invés de inerte, ou ainda, não precisamos explicar por que as pessoas estão ativas, pois estão vivas. Assim defendia Kelly que as pessoas agem da forma como agem, “não devido as forças que venham a atuar sobre elas ou dentro delas, mas devido às alternativas que percebem em função de sua interpretação do mundo.”⁴⁵⁵ Assim é que, entende Kelly que devemos ter nossas atenções quanto a motivação, voltadas para o entendimento de como a interpretação individual da realidade canaliza o comportamento, ao contrário de dirigirmos a atenção as forças motivadoras que dirigem esse comportamento.

Recusando Kelly os motivos, que de certa forma rotulavam as pessoas, defendia ao mesmo tempo que, esses rótulos só eram úteis ao entendimento

⁴⁵⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 542.

⁴⁵⁵ HALL, Calvin S. *et al.* **Teorias da Personalidade**. 4ª Ed. Trad: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed. 2000. p. 333

da visão de mundo do indivíduo que rotula, e não da compreensão dos motivos da pessoa que está sendo rotulada.⁴⁵⁶

Não podemos prescindir do resumo da concepção de Kelly, tendo em vista a estreita ligação que tem suas idéias, da explicação dos motivos que levaram um indivíduo a agir com os valores de quem emite esse juízo, portanto, incompleto e imperfeito, mas que, conforme veremos, é a abordagem atual dos motivos determinantes. Assim ainda, a psicologia, vem em reforço a questão filosófica do livre-arbítrio, em que por meio das idéias de Kelly recrudescer a consciência da relativa liberdade do ser, inclusive em suas motivações, que por essa concepção, são representadas e não realmente descritas.⁴⁵⁷

Embora relevantes, as concepções de Kelly que aqui não serão detidamente dissecadas, representaram estas, apenas uma corrente, dentre várias concepções acerca dos estudos sobre os motivos no campo da psicologia.

Psicologicamente os motivos representam algo que dará início a um comportamento, dividido em duas classes, os impulsos que são internos, denominados incitações à ação e os incentivos, que são objetos ou condições no ambiente que estimulam o comportamento, instigando assim uma ação.⁴⁵⁸

Importante à nossa investigação é a definição oferecida pela psicologia aos motivos, em face a necessidade de que só venha a ser considerado culpável aquele autor de injusto, cuja motivação tenha como elementos dominantes a liberdade de escolha do indivíduo, ou ainda, nos casos em que a motivação tenha sido fator fundamental a ação típica e antijurídica, observados que tanto impulsos como incentivos não contribuíram de forma a direcionar as ações do autor, mantida a sua liberdade de escolha em motivar-se pelas normas.

⁴⁵⁶ HALL, Calvin S. et al. **Teorias da Personalidade**. 4ª Ed. Trad: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed. 2000. p.334.

⁴⁵⁷ Neste sentido é que com propriedade expõe Jorge Figueiredo Dias quando da abordagem da liberdade e personalidade que “Um ente é livre, não na medida em que é independente de outros entes ou de leis, mas na medida em que é dependente de si próprio, em que se possui a si mesmo, e nesta relação consigo mesmo encontra o fundamento bastante do seu ser e do seu comportamento” (**Liberdade Culpa Direito Penal**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 1983, p. 144.

⁴⁵⁸ LINDZEY, Gardner. et al. **Psicologia**. Trad. Eliezer Schneider et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan 1977. p.328.

Assim ainda ensina-nos a psicologia que as principais características do comportamento motivado podem ser resumidas na excitação, direção e um sentimento de vontade ou desejo.⁴⁵⁹

Relevante será portanto para o direito penal, perscrutar se há vício nessas características contidas em um injusto, não havendo portanto como se julgar culpável um agente cujos motivos encontrarem-se viciados, distorcidos, irrealis ou ainda refém de determinada energia alheia a sua vontade, ou liberdade de motivação.

Vejam portanto que, na abordagem psicológica, tanto pela concepção de Kelly, na qual os motivos rotulam e distorcem a realidade, como pela observação dos elementos e características que compõem a motivação humana, é factível uma ação viciada pela motivação e destarte passível de exculpação.

Decerto que a questão dos motivos determinantes merece amadurecimento e maior espaço de exposição sob o prisma psicológico, dado o valor que esta ciência confere à abordagem deste elemento prévio a ação final, mas que restringir-se-á tão somente, nesta postura temática a estes resumidos prolegômenos.

5.2.2 Os Motivos Sob um Prisma de Uma Valoração no Direito Penal

No que concerne em um segundo momento a filosofia dos valores, contida nos motivos determinantes, inicialmente entendamos que, o papel desempenhado pelos motivos na análise do crime reflete, guardadas as devidas proporções, o inarredável conflito secular entre o juspositivismo e o jusnaturalismo. Isto porque o positivismo jurídico procurou por décadas alijar o juízo de valor do juízo de fato, procurando com a manutenção exclusiva do segundo em seus objetivos, aproximar-se de uma avaloração e por

⁴⁵⁹ LINDZEY, Gardner. Et al. **Psicologia**. Trad. Eliezer Schneider et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan 1977. p.329.

consequente, achar-se como ciência a exemplo das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Acontece que ao nosso ver, tal querela não mais tem espaço nos estudos atuais visto sua irrelevância na obtenção de resultados práticos ao estudo do direito penal, e mais, impossível ter-se um direito penal avalorado, como defendem os positivistas.

Nem mesmo Kelsen, que procurou por meio da Teoria Pura do Direito, abster-se de toda influência ideológica política e ainda de todos os elementos de ciência natural, procurando posicionar o Direito como “genuína ciência”, deixou de enfrentar a questão que envolvia a influência dos motivos determinantes nas ações. Assim, expôs Kelsen, em busca de uma aproximação e distinção entre o Direito e a Moral que, “Uma conduta apenas pode ter valor moral quando não só o seu motivo determinante como também a própria conduta correspondam a uma norma moral”⁴⁶⁰. Vejamos então que a questão da valoração apresenta-se inseparável na motivação das ações, do que deve ou não deve ser exigível moralmente em termos de conduta. Ou ainda em sintonia ao que expôs Kelsen, o Direito é sim, não apenas parte integrante de uma moral social, como também é constituído por um componente moral, o que faz com que, deva ser reconhecido como justa, toda aquela conduta, cujas motivações tenham um valor moral.

Importante destacar que Kelsen, relativiza os valores envolvidos em uma ação e por conseguinte defende a relatividade do justo e do injusto contido em uma ordem jurídica de acordo com o sistema moral a que se refere⁴⁶¹, o que guardadas as devidas proporções, pode ser aproveitado no entendimento de que os motivos determinantes também se relativizam conforme o sistema moral a que se referem remetendo conforme já exposto a toda uma série de variações no grau de reprovação da ação típica e antijurídica, podendo inclusive ensejar a exculpação pela inexigibilidade de conduta diversa.

Entendemos ainda que, o reconhecimento de um motivo determinante como relevante ou justo, independe de que o mesmo esteja previsto no Ordenamento Jurídico.

⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Machado, 1984, p.97

⁴⁶¹ KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 105

O Direito somente será então, reconhecido como direito e como justo se alcançar essa sintonia com a moral social.

Dessa forma, cômico de tudo que impregnasse de valores o direito e em busca de uma abordagem estritamente científica para o direito positivo em geral, não pode Kelsen deixar de abordar os motivos determinantes, enquanto inseridos em condutas morais individuais e sociais, regulando-as.

A questão dos motivos, elege-se como imprescindível a análise do crime, estando ao mesmo tempo imbricado à concepção finalista do crime, antecedendo-a. Destarte, alcançar os motivos é estabelecer um liame entre o juízo de fato, e o juízo de valor, visto que, a partir do conhecimento dos motivos de uma ação típica, estabelecer-se-á uma valoração que desaguará em um juízo de valor, ou ainda, ao findar em um juízo de valor, considerados os motivos, teremos então os fundamentos a uma justificação, uma exculpação ou mesmo uma reprovação ao autor de um fato típico.

Por meio dos ensinamentos de Romagnosi, temos como bastante claro o papel desempenhado pelos motivos, o qual entende como um axioma universal, tanto no campo da moral como no campo das legislações a

indefectível e constante conexão entre os motivos que se desvelam ao entendimento e as determinantes da vontade humana e ainda que essas determinações guardam uma relação e proporção com a espécie e energia dos mesmos motivos.⁴⁶²

Abstraindo-nos das deletérias concepções que a escola positivista e as influências Lombrosianas tiveram sobre Ferri, devemos destacar sua postura quanto ao entendimento dos “motivos determinantes”, o qual destaca o papel decisivo dos motivos sobre o ato criminoso, podendo contrastar e mesmo eliminar as manifestações exteriores do ente.⁴⁶³

Exemplifica portanto Ferri que os motivos tanto podem condenar um parricídio cometido para anteciper uma herança, como pode ser adequado

⁴⁶² ROMAGNOSI, Giandomenico. **Génesis del Derecho Penal**. Trad. Carmelo González Cortina. Bogotá: Editorial Temis LTDA. 1956, p.199.

⁴⁶³ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 292.

socialmente cometido para salvar uma mãe vítima de maus tratos de seu marido.⁴⁶⁴

Notemos então, que não há como confundir-se a finalidade do ato que no exemplo de Ferri era obter a morte, com os motivos, que prévios à finalidade “dão o significado moral e jurídico a todo o ato humano”.⁴⁶⁵

Em Vergara encontramos para os motivos determinantes da ação, a definição de tratar-se de uma resultante composta de fatores da personalidade do indivíduo, que por meio de um determinada representação,⁴⁶⁶ deste mesmo indivíduo, fará atuar as suas forças psíquicas em uma só direção.

Da análise de nosso código podemos identificar nos motivos o fundamento de acréscimo, como também por vezes de diminuição da pena, tendo em vista que o crime é constituído também pelos motivos e dele é inseparável.

O Art 59 do Código Penal⁴⁶⁷ representa uma obrigatoriedade de que sejam observados os motivos envolvidos no injusto penal culpável, para a fixação de uma pena base pelo juiz, atuando tanto no aumento como na diminuição da pena.

Ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe do Art 61 sempre agravam a pena ao mesmo tempo em que no Art 65, os motivos de relevante valor social ou moral atenuam a pena. Matar alguém impelido por motivo de relevante valor social ou moral é caso de diminuição da pena do Art 121, enquanto no art 242, “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil “ dá ensejo a que o juiz deixe de aplicar a pena, quando praticado este ato por motivo de reconhecida nobreza.

O que podemos constatar dos artigos mencionados e de vários outros casos infundáveis, não expressamente previstos é que, componentes de

⁴⁶⁴ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 293.

⁴⁶⁵ Ibidem, p.293.

⁴⁶⁶ VERGARA, Pedro. **Dos Motivos Determinantes no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Direito Aplicado, 1937, p. 563.

⁴⁶⁷ “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:[...]”

valores estarão sempre presentes e atuantes, mesmo acima dos limites prescritos, a indicar aos operadores do direito aquilo que deve ser tido como adequado socialmente, independente de previsão legal.

O que se pretende neste ponto de nossa postura temática é perscrutar da relevância dos motivos determinantes no direito penal. Que papel regulador pretende alcançar os motivos, quando demonstra ser inculpável *v.g.* um pai que, ante o sofrimento de um filho, doente e em irreversível condição, porém consciente, recebe um pedido deste, lhe rogando pela interrupção de seu sofrimento.

Estes como inúmeros outros exemplos, novamente reacende a questão da finitude do direito penal ante a infinitude da realidade. Os motivos existem no Direito penal e devem ser considerados como reguladores da exculpação não como supralegal, mas com fundamento no princípio da inexigibilidade de uma conduta diversa a praticada. Não há assim que considerarmos a partir de uma norma justa a conclusão falaciosa de que será sempre adequada socialmente. A adequação virá justamente da observação dos princípios, dos elementos psicológicos atuantes sobre a personalidade e destarte sobre a motivação do agente, assim norteando e regulando o papel do operador do direito, preenchendo lacunas e corrigindo os rumos do direito penal, aqui especificamente observado o princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Exemplo de que os motivos determinantes da ação podem, pela inexigibilidade de conduta diversa atuar na gradação de reprovação do autor de um injusto, e mesmo excluir a culpa, vem da Terceira Câmara Criminal do TJRJ, cujo relator, desembargador Manoel Alberto Rebelo dos Santos assim manifestou seu voto:

No caso concreto porém a confissão do apelante deve preponderar sobre a sua reincidência, nos exatos termos do Art. 67, do Código Penal, antes transcrito. Com efeito o motivo que levou o apelante a voltar a delinquir foi a dificuldade para não se falar na impossibilidade, de conseguir ocupação lícita, como por ele afirmado na oportunidade de seu interrogatório [...]. Por assim dou provimento ao recurso para reduzir as penas do apelante[...].⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Apelação Nr:2003.050.05847

Entendemos portanto que a consideração dos motivos determinantes deverá atuar na agravação da pena, na qualificadora, mas também na atenuação como no caso supracitado e mais, com supedâneo no princípio da inexigibilidade de conduta diversa, deverá afastar a culpabilidade do agente quando presentes elementos suficientes para o entendimento de que não houve por parte do autor a liberdade de escolha necessária à motivar-se pelos valores eleitos pelo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

De tudo que foi analisado pela presente postura temática, podemos afinal concluir que as considerações axiológicas influenciaram sobremaneira as transformações dogmáticas do conceito de culpabilidade, contribuindo diretamente para o surgimento do conceito da exigibilidade de conduta conforme a norma.

Assim a recepção de concepções na tentativa de, aperfeiçoar a dogmática penal, a forma de atuar do direito, bem como atender às necessidades da política criminal, apesar de, representarem aspectos indelévels das teorias que se apresentaram como soluções definitivas e abrangentes, carregaram em suas diversas mudanças conceituais, os acertos e desacertos de suas épocas para o interior das doutrinas dominantes.

Constatamos ainda que, Inicialmente concebida por Frank, a exigibilidade surgiu como uma necessidade de superação normativa às insuficiências da teoria psicológica da culpabilidade, não mais deixando a partir de então de ser considerada pelo direito penal, que passou assim, a abordar as exigências normativas, ou ainda o “dever ser” como integrantes da culpabilidade.

Mesmo anteriormente à Frank, a prática dos tribunais já em 1897, recomendava que, ante as considerações do “dever ser”, confrontadas às questões do “poder ser”, sopesadas estas, à realidade dos fatos, não se deveria considerar culpável aquele que, sob determinadas circunstâncias concretas, agisse sem que dele pudesse ser exigida conduta diversa da praticada, estando ou não previstas essas exculpantes no ordenamento jurídico.

Assim, principalmente com Frank, Freudenthal e Goldschmidt, a questão da exigibilidade e inexigibilidade de conduta diversa, não mais foi abandonada passando a ser considerada como elemento normativo da culpabilidade.

Frank promoveu desde sua monografia de 1907, uma busca incessante ao aperfeiçoamento da inexigibilidade de conduta diversa variando sua denominação desde “circunstâncias concomitantes”, passando pela “motivação

normal”, ainda como elemento positivo da culpabilidade a “liberdade” e o “domínio sobre o fato” e finalmente em sua 18ª e última edição, datada de 1929, mantendo os conceitos já delineados, passa a definir a culpabilidade como a reprovabilidade de uma conduta antijurídica segundo a liberdade, fim e significado conhecido ou cognoscível.

Entendemos ainda que, o positivismo, promoveu um distanciamento profundo das considerações axiológicas, olvidando do **ser**, em seu sentido ontológico, tendo como corolário, inúmeras dificuldades concretas no estabelecimento de um conceito do que seria exigível e não exigível. Dificuldades essas que não conseguiram sustentar-se pelos critérios, subjetivo, objetivo e nem mesmo pelo misto que teve em Henkel um de seus maiores defensores sob o mote de um princípio regulador para a inexigibilidade.

No Brasil, a prática tem recomendado ao critério de exigibilidade, uma observação do homem em concreto, na situação de fato, abdicando a maioria das sentenças de considerar a abstração do homem médio.

Portanto os deslocamentos das construções conceituais da exigibilidade, desde a consideração de um livre-arbítrio, de cunho filosófico, indeterminista, passando pela recepção dos estratos da personalidade de cunho psicológico, e por outro ângulo ainda, sustentando-se em questões de políticas criminais, ao longo da busca de seu conceito material, desaguaram em apórias, em parte até hoje não superadas.

No caminho da identificação do papel a ser desempenhado no Direito penal pela Inexigibilidade de Conduta Diversa, entendemos também que esta representa um princípio, que alcança muito mais que um papel no interior da culpabilidade.

Considerá-la no entanto, como um princípio atuante desde o injusto penal na justificação, até a culpabilidade com a exculpação do autor, não encontra opiniões de amparo pacíficas no seio da doutrina brasileira e estrangeira.

Portanto, ainda que sua admissão no direito penal brasileiro esteja hoje adstrita a sua atuação sobre a culpabilidade, defendemos que, no direito penal o papel que hoje deve ser reservado ao instituto da inexigibilidade de conduta

diversa, é o de sua admissão como atuante sobre a tipicidade, a antijuridicidade e na culpabilidade, restando no entanto diferenciá-las e caracterizá-las. Caberá assim, a doutrina vindoura e a *lege ferenda* promover seu aperfeiçoamento e sua previsão normativa.

.A interdisciplinaridade como uma possível solução às apórias comandadas pelo livre-arbítrio, determinismo, indeterminismo e estratos da personalidade, que sempre ensejaram as mais ferrenhas dúvidas concretas acerca da possibilidade do homem conduzir-se e posicionar-se em relação aos fatos, desvela-se como a mais adequada equação à manutenção da necessária segurança jurídica, pelas fundamentações que trás, com supedâneo na psicologia, antropologia e filosofia.

Urge no entanto salientar que permanecem em aberto até hoje as possibilidades de uma perfeita comprovação empírica, da possibilidade de agir de outro modo, muito embora constatemos a imperfeição do conceito ao abstrairmos a admissão de uma relativa liberdade na consideração do exigível e inexigível.

Assim é que mesmo em um conceito funcionalista, inafastável deverá ser, a concepção da inexigibilidade de conduta diversa, mantendo considerações acerca dos valores e da liberdade do **ser**, para que se confira validade ao **dever ser**.

Conjugando portanto, esta concepção mais adequada, à função teleológica da norma, alcançamos a idéia da exigibilidade de conduta conforme o direito de cunho eminentemente funcional, onde a política criminal não se curva a exigências filosóficas de comprovação da possibilidade de conduzir-se do homem e ainda de como agir de modo diverso.

Das conclusões a que podemos chegar, destacamos a insuficiência das concepções que recepcionam a inexigibilidade de conduta diversa, tão somente no tratamento das exculpações previstas em lei, tendo em vista que, as razões expostas por seus defensores, para sua admissão restrita, se amparam sem fundamento em uma possível produção de insegurança jurídica.

Entendemos tratar-se a inexigibilidade, em um primeiro momento, da razão ou fundamento da exculpação em sentido positivo, e ainda, a

exigibilidade sendo a fundamentação da culpabilidade, também em um juízo positivo da exigibilidade.

Entendemos que, a responsabilidade penal, principalmente da forma como é exposta em nosso Código Penal, tem como supedâneo a admissão da relativa liberdade de vontade, pressupondo o livre-arbítrio como base ao estabelecimento do exigível e inexigível, assim como, defendemos que o grau de exigibilidade deverá guardar estreita correspondência e direta proporcionalidade ao nível da vontade livre de agir do indivíduo.

Há de se considerar ainda, que a inexigibilidade de conduta diversa representa nos casos não expressos em lei, não um caminho contrário ao Direito, senão, um reconhecimento de que não se pode exigir do autor de um injusto penal, naquelas circunstâncias, em concreto uma atitude diversa daquela praticada. Não se trata assim, de assumir uma postura contrária ao que o ordenamento jurídico determina. Partimos assim da constatação de que sempre haverá insuficiências no ordenamento em prever todas as causas de exculpação, desaguando em uma insuficiência legal para tais previsões, o que de forma alguma pode tornar reféns dessa insuficiência, o autor de um injusto e mesmo os juízes, estes últimos, dotados de uma completude que vai além dos dispositivos legais, aptos portanto a utilização da analogia "*in bonam partem*".

Concluimos ainda que, essa própria incompletude legal, traz consigo a admissibilidade do uso da inexigibilidade de conduta diversa, como princípio geral de exculpação legal e extra-legal, no sentido tão somente do caso concreto não estar previsto e lei, mas passível como já visto de integração e análise pelo ordenamento jurídico.

É também corolário dessa abordagem do conceito material da inexigibilidade de conduta diversa, que, a valoração das condutas, conferindo-lhe o status de exigível, faz com que, no juízo de culpabilidade, caminhemos cada vez mais em direção à admissão de uma exculpação, ou não do autor de um injusto, fundamentada no princípio da inexigibilidade de conduta diversa, e esta sob direção de argumentos cada vez mais próximos de uma postura político-criminal.

Decerto que, mercê de tudo que foi exposto, não há como olvidar que a assunção de uma postura político-criminal de mote funcionalista, a fim de explicar a exigibilidade da conduta conforme a norma, tanto mitiga as influências do ser, este considerado como o centro de poder social, em franco aproveitamento da justificação de um ordenamento imposto, como também, cada vez mais confere valor ao princípio da inexigibilidade de conduta diversa, elegendo-se este, como baluarte de que, nem tudo está perdido na busca da adequação social, nas considerações das limitações do **ser** ante o **dever ser**, na consolidação de um direito justo.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4 ed. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUADO, Paz M. de La Cuesta. **Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la Exculpación**. Madrid: Dykinson, 2003.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à Actual Discussão Sobre o Problema da Culpa Em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de, **Dogmática Jurídica. Escorço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Coação Irresistível por Violência**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASÚA, Luís Jimenez de, **La Ley e El Delito**, Princípios de derecho penal, 3 ed. Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959.

ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo VII 2 ed, Buenos Aires: ed. Losada, 1956.

ASÚA, Luís Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I. 2 ed. Buenos Aires: Ed. Losada, 1956.

ASÚA, Luís Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo II. 2 ed. Buenos Aires: Ed. Losada, 1956.

BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**, Introdução a Sociologia do Direito Penal, 3 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo, **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**, 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3 ed. Trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: ATENA, 1949.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, Parte Geral**, Tomos I e II, Coimbra: Coimbra, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de Tipo e Erro de Proibição, Uma Análise Comparativa**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto, **O Positivismo jurídico**, Lições de Filosofia do Direito, Trad. Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomos I e II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALLEGARI, André Luís; Et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMPOS, João Mendes. **A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, Vol I, São Paulo, 1956.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do Giro Finalista ao Funcionalismo Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

COING, Helmut. **Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito**. 5 ed. Trad. Eliset Antoniuk. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz, **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de Otra Conducta en Derecho Penal**. Granada: Comares, 2004.

COSTA JR., Heitor. **Teoria dos Delitos Culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA JUNIOR, Paulo José da, **Comentários ao Código Penal**., Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1997

COSTA, Djalma Martins da. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Rio de Janeiro: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude Em Direito Penal**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª reimpressão. Rio de

Janeiro: Forense, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução Ao Pensamento Jurídico**. Trad: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FABRE, Simone Goyard. **Os Fundamentos da ordem Jurídica**. Trad. Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDEZ, Gonzalo D. **Culpabilidad y Teoria del Delito**. Buenos Aires: Julio César Faira, 1995.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: BOOKSELLER, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Ed. Julio César Faira, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad Y Reproche En Derecho Penal**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

GARCÍA, Angeles Mateos. **A Teoria dos Valores de Miguel Reale**. Trad. Tália Bugel, São Paulo: Saraiva, 1999

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, 4 ed. Vol. 1, tomos I e II, São Paulo: Max Limonad, 1966.

GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de La Culpabilidad**. 2 ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Julio César Faira, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do Excesso em Legítima Defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

HALL, Calvin S. et al. **Teorias da Personalidade**. 4 ed. Trad: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed. 2000

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2 ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad Como Principio Jurídico Regulativo**. Trad. José Luis Guzman Dalbora, Buenos Aires: Julio César Faira,

2005.

HESSEN, Johannes. **Teoria dos Valores**, Trad. L. Cabral Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, Vol I,. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

JAKOBS, Günther, **Sociedade, Norma e Pessoa**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Culpabilidad en Derecho Penal. Dos cuestiones fundamentales** Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Colômbia: Universidad externado de Colômbia, 2003.

JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho penal – Parte General**. 5 ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal Anotado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. Vol. I, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio, Evangelista. **Comentários ao Código Penal – Vol I, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1985.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência Hierárquica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LINDZEY, Gardner. Et al. **Psicologia**. Trad. Eliezer Schneider et al. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan 1977.

LINHARES, Marcello Jardim. **Coação Irresistível**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Tomos 1 e 2. Campinas: Russel, 2003.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo 2, Volume II, Trad. Santiago Sentes Melendo. Buenos Aires: EDIAR, 1948.

MARQUES, José Frederico Marques. **Tratado de Direito Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v I e II.

MARTINS, José Salgado, **Direito Penal, introdução e Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MESTIERI, **Manual de Direito Penal, vol I, Parte Geral**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, Tomos I e II. Trad. José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid, 1949.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**, Vol I, 15 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAIS, Luís Fernando Lobão. **Liberdade e Direito**. Campinas: Copola, 2000.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NAHUM, Marco Antônio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa. Causa Supralegal excludente de Culpabilidade**. São Paulo: RT, 2001.

NUÑEZ, Ricardo C., **La Culpabilidad en el Código Penal**. Buenos Aires: DEPALMA, 1946.

ORDEIG, Enrique Gimbernat, **O Futuro do Direito Penal**, Coleção Estudos de Direito Penal. vol. 13. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

PARDOS, Mariano Melendos. **El Concepto Material de Culpabilidad y el Principio de Inexigibilidad**. Granada: Comares, 2002

PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIRES, André de Oliveira. **Estado de Necessidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PRADO, Luis Regis, **Bem Jurídico- Penal e Constituição**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**, Vol I, Parte Geral, São Paulo: RT, 2005.

PUIG, Josep Maria. **A Construção da Personalidade Moral**. Trad. Luizete Guimarães Barros e Rafael Gamorlinga Alcarraz. São Paulo: Ática, 1998.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 7 Ed. Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 8 ed.1^o vol. São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2004.

ROMAGNOSI, Glandomenico. **Génesis del Derecho Penal**. Trad. Carmelo González Cortina. Bogotá: TEMIS, 1956.

ROXIN, Claus, **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SILVA, De Plácido e, **Vocabulário Jurídico**, 15^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

SILVEIRA, José Francisco Oliosí. **Da Inexigibilidade de Outra Conduta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1975.

SIQUEIRA, Galdino, **Tratado de Direito Penal**, parte Geral, 2 ed. Vol I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

STRATENWERTH, Günther. **El Futuro Del Principio Jurídico Penal De Culpabilidad**. Trad. Enrique Bacigapulo, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

TAVARES, Juarez, **Teorias do Delito**. Variações e Tendências. São Paulo: RT, 1980.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, 2 ed. Belo Horizonte: Del rey, 2002.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. Culpabilidade. **Concepções e Modernas**

Tendências Internacionais e Nacionais. Campinas: Minelli, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VECCHIO, Giorgio Del. **Direito A Justiça.** Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

VECCHIO, Giorgio Del. **Direito Estado e Filosofia.** Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal.** O Princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Fabris, 1993.

VENZON, Altayr, **Excessos na Legítima Defesa,** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

VERGARA, Pedro. **Dos Motivos Determinantes no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Direito Aplicado, 1937

WELZEL, Hans, **Direito Penal.** Trad. Dr. Afonso Celso Rezende, 1 ed. Campinas:Romana, 2003.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal,** Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)