

1 INTRODUÇÃO

Nas linhas que seguem encontra-se o resultado dos esforços empregados para avaliar a exigibilidade/inexigibilidade de conduta diversa ou exigibilidade/inexigibilidade de conduta conforme a norma. Essa dupla conceitual sofreu diversas modificações na dogmática penal, já que surgiu como a dimensão material-normativa da categoria da culpabilidade, passou a ser considerada como elemento da culpabilidade, foi concebida como causa supralegal de exculpação e, atualmente, deve ser compreendida como um princípio geral do Direito, que apenas possui uma especial função no âmbito das tradicionais “causas de exculpação”.

Note-se, inicialmente, que, apesar dos termos “exigibilidade” e “inexigibilidade” serem utilizados desde as Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, não há um reconhecimento pacífico na doutrina sequer quanto à sua adequação terminológica, notadamente em face da possibilidade de uma equivocada interpretação no sentido de que condutas inexigíveis não seriam almejadas pelo Direito.

Realmente, não se pode negar que, como a categoria da antijuridicidade assinala o que é almejado pelo Direito Penal, tecnicamente, não poderia ser fundamentada uma isenção de pena por falta de culpabilidade ante a ocorrência de inexigibilidade da conduta. Entretanto, a suposta inapropriação conceitual encontra-se vinculada a uma visão tradicional das “causas de exculpação”, a qual se pretende superar.

No presente trabalho, inclusive com o escopo de evitar confusões desnecessárias, não é efetuada substituição terminológica, mas apenas revisões conceituais. São aqui adotados os termos “exigibilidade” e “inexigibilidade” para a elaboração de um debate sobre a necessidade de desvinculação de tais noções com o instituto da culpabilidade, em decorrência das incompatibilidades existentes entre esses conceitos e da infravalorização do âmbito de alcance da exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico.

Para demonstrar que, apesar de existir um nascimento e desenvolvimento conjunto das noções de exigibilidade/inexigibilidade e de culpabilidade, tais institutos não possuem uma relação simbiótica, parte-se da apresentação do desenvolvimento do conceito de exigibilidade/inexigibilidade como a dimensão material-normativa da culpabilidade, com indicação das incongruências percebidas no âmbito das Teorias Psicológico-normativas e da tradicional Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

Em seguida, é efetuado um exame das principais teorias pós-finalistas da culpabilidade e, principalmente, dos esforços empregados pela doutrina internacional para manutenção da exigibilidade/inexigibilidade na estrutura da culpabilidade, mesmo ante a reconhecida necessidade de revisão do substrato material da culpabilidade – ao qual nasceu vinculada –, pela sua indemonstrabilidade ou, quiçá, inexistência, conforme defendido radicalmente por adeptos deterministas da atual “revolução neurocientífica”.

Verifica-se, mediante o exame das doutrinas pós-finalistas da culpabilidade, o início de uma dissociação conceitual entre as ideias de exigibilidade/inexigibilidade e a dimensão material da culpabilidade, seja por meio da instituição de subdivisões categóricas, do afastamento do caráter generalizador do exame da exigibilidade ou do reconhecimento dos seus efeitos em outras categorias delitivas.

Ao constatar que os esforços empregados pela maioria das doutrinas pós-finalistas da culpabilidade não resolvem a questão das incompatibilidades incorridas na tentativa de conservação da exigibilidade/inexigibilidade na estrutura daquele instituto e não denotam um reconhecimento explícito da infravalorização do âmbito de incidência da exigibilidade/inexigibilidade, resgata-se as antigas contribuições de Heinrich Henkel, sobre o princípio regulativo, para a inauguração de questionamentos acerca da inadequação da função e da localização sistêmica da exigibilidade e da inexigibilidade no Direito Penal.

Apresentando as falhas e insuficiências do modelo henkeliano, bem como indicando algumas contribuições dogmáticas para a consideração da exigibilidade/inexigibilidade como um princípio normativo, defende-se um posicionamento de que tais noções compõem a definição de um princípio geral do ordenamento jurídico, de caráter normativo, desatrelado ao substrato material da culpabilidade finalista.

Como será examinado, o princípio da exigibilidade e inexigibilidade, no âmbito do Direito Penal, além de incidir em todas as categorias delitivas, exerce o seu papel nas tradicionais “causas de exculpação” de forma não vinculada à culpabilidade e ao seu indemonstrável – ou inexistente – fundamento material.

Nota-se que, além das incongruências dogmáticas incorridas, a relação existente entre a exigibilidade/inexigibilidade e a culpabilidade não pode ser uma relação entre “todo” e “parte”. Notadamente, se considerado que, ordinariamente, a “parte” se submete à fundamentação e ao destino conferido ao “todo”, que ainda mostra-se incerto e conflituoso.

Com efeito, pretende-se demonstrar que não se pode negar incidência a um princípio geral de direito em decorrência de questionamentos acerca do pressuposto material da culpabilidade de uma teoria que apenas contribuiu para o seu reconhecimento e desenvolvimento no Direito Penal, mas da qual não possui qualquer dependência.

Objetiva-se, portanto, incentivar o debate e novas reflexões relativas à infravalorização do âmbito de aplicação da exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico. Principalmente, demonstrar a necessidade – e possibilidade – de desvincular a exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa do elemento normativo da culpabilidade, seja pelas incoerências existentes, seja pelas dificuldades dogmáticas estabelecidas no âmbito da definição do substrato material da culpabilidade, considerada, atualmente, como um dos problemas fundamentais do Direito Penal (*grundlegenden Probleme des Strafrechts*).

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA EXIGIBILIDADE COMO DIMENSÃO MATERIAL-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Como o instituto da culpabilidade representa uma relevante base da dogmática jurídico-penal e possibilita a legitimação da imposição das sanções penais, surgiram, ao longo de mais de um século, inúmeras concepções sobre o seu substrato material e o alcance do seu significado.

Este arcabouço dogmático, voltado para as definições acerca da culpabilidade, estabeleceu o surgimento da exigibilidade/inexigibilidade no âmbito da Teoria do Delito. Desta forma, com a finalidade de compreender a origem e desenvolvimento da exigibilidade na seara penal, resta necessário examinar a evolução histórico-dogmática da Teoria da Culpabilidade, com especial enfoque às principais contribuições dogmáticas para o surgimento da exigibilidade como dimensão material-normativa da culpabilidade.

2.1 AUSÊNCIA DA NOÇÃO DE EXIGIBILIDADE NA TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Sem descartar as contribuições de Merkel, Feuerbach, Binding e von Ihering¹, considera-se, como a primeira fase da Teoria da Culpabilidade, a Teoria Psicológica, concebida a partir do sistema causal-naturalista de Franz von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch.

Na doutrina causal-naturalista, o conceito de crime é estruturado a partir da concepção de ação, definida como um movimento corporal voluntário provocador de uma alteração no mundo exterior. Considera-se, assim, que “*el acto criminal es el movimiento proyectado de la voluntad criminal, que es capaz de modificar una parte del mundo exterior protegida por una ley penal. Como todo acto, el delito es una alteración y exteriorización*”².

¹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974; MERKEL, Adolph. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Berlag von Ferdinand Ente, 1889; BINDING, Karl. *La culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

² O ato criminal é um movimento projetado da vontade criminal, que é capaz de modificar uma parte do mundo exterior, protegida pela lei penal. Como todo ato, o delito é uma alteração e exteriorização (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 28).

O crime representa, assim, a expressão de uma conduta objetiva, cujos elementos se configuram na realidade fenomênica e são retratados de modo alheio ao indivíduo provocador³. Por tal razão, adota-se um sistema bipartido e a culpabilidade, ao lado do injusto penal, integra o conceito de delito, configurado em duas etapas distintas, uma de natureza objetiva (externa) e outra de natureza notadamente subjetiva (interna).

Na parte objetiva, o injusto penal, antijuridicidade típica de uma conduta, decorre da simples constatação de um resultado externo, enquanto, na parte interna, a culpabilidade denota a relação psicológica entre o autor e o resultado injusto por ele produzido, possuindo cunho eminentemente subjetivo, em função da análise do dolo e da culpa, considerados não como elementos da culpabilidade, mas como suas únicas espécies⁴.

Observa-se, então, que, para a caracterização do delito, deverão ser examinadas duas etapas. Em um primeiro momento, deverá haver a constatação de um injusto penal, ou seja, da ocorrência de um fato concreto, previsto na legislação incriminadora e dotado de ilicitude, que restará conformado, por meio de um nexo físico de causalidade, quando houver um resultado lesivo no mundo exterior, decorrente de uma conduta humana. Em um segundo momento, deverá ser procedida à vinculação subjetiva entre o agente e o fato, por um juízo psíquico de causalidade, efetuado através da análise do dolo (*Vorsatz*) e da culpa (*Fahrlässigkeit*)⁵.

Nessa acepção, segundo von Liszt, o dolo é a “representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)”⁶, ou seja, “a consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime”⁷. A culpa, por sua vez, “é o não-conhecimento, contrário ao dever, da importância da ação ou da omissão como causa”⁸, de modo que a modalidade delitiva culposa estará demonstrada quando houver “causação ou não impedimento, por ato voluntário, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sê-lo”⁹.

Desta forma, como asseverado por Juarez Cirino dos Santos,

[...] a atribuição dos elementos objetivos do fato punível à antijuridicidade típica [...] e a atribuição dos elementos subjetivos à culpabilidade, [...] indica as duas bases do

³ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russel, 2003, t.I, p. 281.

⁵ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russel, 2003, t.I, p. 275.

⁷ Ibidem, p. 277.

⁸ Ibidem, p. 289.

⁹ Ibidem, p. 289.

conceito psicológico de culpabilidade: primeiro, injusto e culpabilidade se relacionam como dimensões objetiva e subjetiva do fato punível; segundo, a relação psíquica do autor com o fato existe sob as formas psicológicas do dolo e da imprudência¹⁰.

Portanto, “*no basta que el resultado pueda ser objetivamente referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente el nexo en la culpabilidad del autor*”¹¹. Isto porque, na compreensão psicológica da culpabilidade, “*il nucleo centrale della colpevolezza risiede in un nesso psicologico fra il soggetto agente ed il fatto esteriore, cioè in una manifestazione di volontà che si pone contro la norma*”¹², o que, apesar de inviabilizar a realização de uma imputação meramente objetiva de um fato criminoso ao suposto autor, não permite a elaboração de um exame acerca da exigibilidade ou inexigibilidade de realização de uma conduta conforme o direito.

Aliás, a noção de culpabilidade, como o vínculo psicológico entre o autor e sua obra, apresenta diversas falhas, tanto nas bases dogmáticas empregadas, quanto nas conseqüências jurídicas alcançadas.

Observa-se, inicialmente, que, como a construção do conceito de crime é efetuada a partir da concepção de ação, resta inexplicável a relevância penal da omissão, na qual não é plausível a incidência de uma relação mecanicista de causalidade. Na lição de Jorge Figueiredo Dias,

[...] o conceito de ação, ao exigir um movimento corpóreo e, de todo modo, uma modificação no mundo exterior, restringia de forma inadmissível a base de toda a construção. [...] Na omissão, o que relevaria como ação seria a ação precedente (a mãe seria punida não por ter deixado morrer o seu bebê à fome, mas por, em vez de amamentar, ter ido passar um final de semana no campo)¹³.

Nota-se, destarte, que, com o objetivo de imputar uma pena em razão da prática de um delito omissivo, por vezes, a responsabilização pela ação precedente poderia significar uma violação ao princípio da legalidade, além de um desrespeito à essência do ilícito, decorrente da excessiva importância conferida ao desvalor do resultado, verificada tanto nos crimes omissivos, como nos crimes comissivos.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 175.

¹¹ Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido à manifestação de vontade do agente, senão que também deve ocorrer, subjetivamente, o nexo na culpabilidade do autor (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. **Dogmática de la culpabilidad**. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 29).

¹² O núcleo central da culpabilidade reside no nexo psicológico entre o sujeito agente e o fato exterior, isto é, em uma manifestação de vontade contrária à norma (tradução nossa) (SANTANIELLO, Giuseppe. **Manuale di Diritto Penale**. 3.ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 122).

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 193.

Ademais, como dolo e culpa são considerados como espécies – únicas – da culpabilidade, exclui-se todo o conteúdo valorativo da mesma e verifica-se que “toda afirmação que se faça em relação à culpabilidade teria de ser aplicada ao dolo e à culpa, como ocorre na relação entre qualquer gênero e suas espécies”¹⁴. Em consequência da relação estabelecida, não seria possível explicar, satisfatoriamente, a graduação da culpabilidade.

Deste modo, não teria como afastar a culpabilidade em face de causas supralegais de exculpação, casos em que poderá haver a caracterização do dolo ou da culpa no âmbito do direito positivo, embora ausente, por conveniência político-criminal, a própria culpabilidade.

A redução da culpabilidade a elementos puramente psicológico-descritivos, mais do que inviabilizar a graduação da culpabilidade, denota a heterogeneidade da culpabilidade, formada por elementos subjetivos e normativos, e torna incongruente a punição por crimes culposos.

Isso porque, nos delitos culposos, a previsibilidade não encerra uma relação psíquica efetiva e a responsabilidade decorre da violação de um dever objetivo de cuidado, portanto, do desvalor da ação, constatado por um requisito normativo¹⁵. Tratando-se da denominada culpa inconsciente, não há sequer previsibilidade do resultado, de modo que, definitivamente, não é possível sequer cogitar a existência de um nexó psicológico entre autor e fato, mesmo que potencial, para fundamentação do juízo de culpabilidade.

Como acrescenta Hans Welzel, a Teoria Psicológica

[...] desconhece que a parte essencial do fato culposo, para o Direito Penal, não consiste no *resultado* causado por um ato voluntário [...], mas na *ação* defeituosa; conseqüentemente, não no desvalor do *resultado*, mas no desvalor da *ação* (grifos do autor)¹⁶.

Em razão dos problemas apresentados, Santiago Mir Puig entende que o modelo psicológico “fracassou ante a imprudência [culpa] e a existência de causas de exculpação que não excluem o dolo”¹⁷, sobretudo face à culpa inconsciente e ao estado de necessidade exculpante.

Observa-se, ainda, que, na doutrina causal-naturalista, a imputabilidade não seria elemento integrante da culpabilidade, composta tão somente pelo dolo e pela culpa, mas um

¹⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 548.

¹⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 411.

pressuposto, denominado “capacidade de culpabilidade”, que, apenas de necessário para a sua constatação¹⁸, não afeta a relação psíquica entre autor e fato¹⁹.

Ou seja, “*dado que la capacidad de culpabilidad no pertenece al reflejo subjetivo del hecho, no puede ser etiquetada como componente de la culpabilidad, sino sólo como ‘presupuesto de la misma’*”²⁰, de modo que resta afastada a possibilidade de aplicação de medidas de segurança e de medidas socioeducativas aos inimputáveis, tendo em vista a impossibilidade dos mesmos atuarem com dolo ou com culpa.

Saliente-se, porém, que esses são apenas os principais equívocos em que incorre a referida tese, evidentemente não são os únicos, já que, assim como diversas doutrinas que a sucederam, o sistema causal-naturalista ainda incide numa notória dicotomia entre o delito e a pessoa que o praticou²¹, ao se considerar o crime como uma expressão de conduta objetiva com elementos retratados na realidade fenomênica de modo alheio ao indivíduo provocador.

A conceituação de culpabilidade como “vínculo psicológico” indica que a participação da pessoa do agente na ação delituosa é mero objeto de imputação, pois, “uma vez realizado o fato com dolo ou culpa, estão preenchidas as condições de tornar seu autor responsável por essa modalidade de sua produção”²².

Percebe-se, assim, que a Teoria Psicológica, influenciada pelo positivismo científico do século XIX e pelo jusnaturalismo, aplica o método de estudo das ciências naturais às ciências jurídicas, substituindo a noção de natureza humana pela ideia de norma positivada. Buscam-se, nos fenômenos naturais, os elementos de elaboração das leis, que

[...] não seriam criação exclusiva do ser humano e sua tarefa de investigação empírica ou lógica, mas uma forma de descoberta. Os fenômenos estariam todos submetidos a leis naturais e poderiam ser conhecidos e cientificamente equacionados, direcionados ou modificados mediante uma utilização adequada dessas leis²³.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 547.

¹⁹ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 5.

²⁰ Dado que a capacidade de culpabilidade não pertence ao reflexo subjetivo do fato, não pode ser etiquetada como componente da culpabilidade, mas apenas como pressuposto da mesma (tradução nossa) (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p. 163).

²¹ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

²² Idem.

²³ Ibidem, p. 146.

Ao incorporar o método positivista e, conseqüentemente, considerar a pessoa como mero objeto da imputação, denota-se que o ser humano só terá relevância quando submetido ao processo de imposição da pena.

O método positivista, denominado método científico, como bem ressalta Zaffaroni, conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio de coerção, que vem a construir-se na primeira e principal característica do direito²⁴.

Juarez Tavares conclui que, no modelo causal-naturalista,

[...] a característica principal [...] é conceituar o delito a partir de um significado atemporal, sociologicamente neutro e psicologicamente estéril, tendo como conseqüência que a responsabilidade não decorre do agente, mas apenas dos elementos que constituem o fato²⁵.

Desta forma, a responsabilidade é imputada, exclusivamente, com base nos elementos do fato, o que representa uma imputação externa à pessoa do agente e o afasta da sua condição de sujeito de direito. Portanto, embora deva ser reconhecido o mérito de ter permitido uma análise classificatória do delito e de ter afastado a responsabilidade penal objetiva, os fundamentos sobre os quais tal concepção se sustenta são visivelmente contraditórios e não permitem o exame da exigibilidade/inexigibilidade da conduta do agente.

Ademais, como esta concepção seria adequada para um modelo de Estado totalitário, por permitir a coerção da sociedade por meio das próprias normas jurídicas, de modo incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, restou necessária a sua revisão conceitual, principalmente para inclusão de critérios normativos no âmbito da culpabilidade, o que, efetivamente, ensejou numa aproximação entre a dupla conceitual exigibilidade/inexigibilidade e a culpabilidade material.

2.2 TEORIAS NORMATIVAS DA CULPABILIDADE E O SURGIMENTO DA EXIGIBILIDADE COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE

As Teorias Normativas da Culpabilidade, também denominadas de Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, foram concebidas a partir de uma tentativa de correção dos

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem, p. 145.

equivocos causal-naturalistas, sendo fundamentadas em doutrinas neokantianas, causal-valorativas, principalmente nas desenvolvidas por Reinhard Frank (1907), James Goldschmidt (1913), Berthold Freudenthal (1922), Eberhard Schmidt (1927) e Edmund Mezger (1932).

Pela própria diversidade de autores é preciso destacar que, dogmaticamente, não é possível se falar numa única Teoria Psicológico-normativa ou Teoria Normativa da Culpabilidade, mas apenas em posicionamentos normativos que introduzem conceitos de juízo de valor nas discussões acerca do conteúdo da culpabilidade, sem supressão do seu aspecto subjetivo, que são conjuntamente tratados por razões estritamente metodológicas.

Em linhas gerais, as concepções psicológico-normativas partem de uma dicotomia, característica do sistema neokantiano, entre o “ser” e o “dever ser”, de modo que a ciência jurídica, considerada como “ciência do espírito”, é retirada do campo naturalista e transportada para uma realidade de valores²⁶. Assim, a ação perde seu caráter naturalístico e é concebida de forma social, valorativa e genérica, como um comportamento humano provocador de um resultado socialmente relevante.

Neste cenário, o conceito de crime, formado pelo injusto penal e pela culpabilidade, passa a rechaçar a divisão categórica objetivo-subjetiva do modelo causal-naturalista e a introduzir uma perspectiva valorativa, avaliada por meio do método teleológico.

A conduta típica seria aquela que, neutra e objetivamente, ajusta-se ao modelo legal, sendo valorada como ilícita quando verificada uma contrariedade da ação típica à norma jurídico-penal causadora de uma danosidade social. E a culpabilidade, com o estabelecimento de novos contornos, passa a ser psicológico-normativa, deixando de ter o seu conteúdo esgotado com as noções de dolo e culpa, em decorrência das novas contribuições dogmáticas.

No âmbito da culpabilidade, em razão da diversidade de teorias normativas, Hans Achenbach apresentou uma classificação para as diversas facetas desse aporte teórico, separando as Teorias Normativas em teorias etizantes (*ethisierenden Theorien*), teorias do caráter normativo da culpabilidade (*Theorien von normativen Charakter der Schuld*) e teorias do elemento normativo da culpabilidade (*Theorien von normativen Schuld-element*)²⁷.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

²⁷ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974.

Nas teorias etizantes, a culpabilidade é considerada, de forma bastante indefinida, como uma contrariedade ao dever eticamente determinada, o que apenas sugere a existência de elementos normativos. Já nas teorias do caráter normativo da culpabilidade, a culpabilidade é qualificada como normativa, mas não há a inclusão de um elemento propriamente normativo no seu âmbito, o que apenas é efetuado com o surgimento das teorias do elemento normativo da culpabilidade, por meio das quais se acrescenta um elemento exclusivamente normativo, ao lado dos psicológicos, na seara da culpabilidade²⁸.

De qualquer forma, como restará verificado, o reconhecimento da existência de elementos normativos na categoria da culpabilidade tornou plausível a punição por delitos culposos, sobretudo nas hipóteses de culpa inconsciente, nas quais, embora a conduta seja reprovável e haja a violação de uma norma geral de dever, não há uma efetiva relação psicológica entre o sujeito e o resultado por ele produzido.

Ademais, a revisão dos elementos da culpabilidade, além de ter justificado a aplicação de sanções adequadas aos casos de inimputabilidade, ao conceder espaço para o nascimento da ideia de inexigibilidade na dogmática penal, ainda permitiu a justificação das causas legais e a consideração de causas supralegais para o afastamento da culpabilidade – que estão fundadas na existência de interesse subjetivo preponderante e aceitável –, viabilizando, em consequência, a graduabilidade do juízo de censura, que era insustentável no âmbito da Teoria Psicológica.

2.2.1 O surgimento das concepções individualizadoras da exigibilidade através de uma nova dimensão material da culpabilidade

As primeiras definições de exigibilidade surgiram a partir da constatação de insuficiência do conceito psicológico de culpabilidade, dominante na doutrina penal alemã do final do século XIX, já que o caráter exclusivamente subjetivo da culpabilidade não abria espaço para exames normativos, tampouco para a análise de noções como “dever” e “poder”, essenciais ao sistema neokantiano.

²⁸ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 33-35.

Notadamente ante o problema da justaposição sistemática de determinadas hipóteses de estado de necessidade, até então exclusivamente examinadas no âmbito do injusto penal, verificou-se que restava necessária, na culpabilidade, a elaboração de juízos de valor relacionados às circunstâncias concorrentes ao fato individual²⁹.

Com a proposta de correção de falhas da concepção clássica, em 1907, Reinhard Frank publicou a sua obra “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”³⁰, na qual, além de afirmar que a culpabilidade não poderia se esgotar na mera relação psíquica entre autor e fato, apontou para a necessidade de efetuar um exame das “circunstâncias concomitantes” (*begleitende Umstände*), imprescindíveis à graduação da culpabilidade. Por isso, Frank é considerado o grande precursor das Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade e das bases dogmáticas do conceito de exigibilidade no Direito Penal.

Frank afirma que “culpabilidade é reprovabilidade” (*Schuld ist Vorwerfbarkeit*)³¹, razão pela qual integrariam este conceito, além do dolo e da culpa, a imputabilidade e a “normalidade das circunstâncias por meio das quais atuou o autor” (*die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter Handelt*)³², que deve ser considerada a verdadeira raiz da ideia de inexigibilidade de conduta diversa, nada obstante as revisões dogmáticas posteriormente efetuadas.

A partir das contribuições de Frank, culpabilidade é definida como “um juízo de valor, apoiado no mandado da norma, sobre uma situação psíquica”³³. A conduta culpável passa a

²⁹ Nesse sentido, revela Freundenthal que “*la irresponsabilidad del autor sólo queda a salvo, según el Derecho vigente, cuando esté cumplido el concepto de estado de necesidad que éste maneja: no se puede formular un reproche contra la conducta del que versó en una situación de necesidad. Porque lo que hay que negar en el estado de necesidad es, en verdad, la culpabilidad, no la antijuridicidad*” (FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003, p. 73).

³⁰ Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade (tradução nossa).

³¹ Assim afirma Frank: “*en la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad*” (FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo: B de F, 2004, p. 39).

³² Observe-se que, nas edições 8ª a 10ª de seu Comentário ao Código Penal (1911), Frank substitui a expressão “circunstâncias concomitantes” pela “motivação normal”, ideia que é abandonada como elemento positivo da culpabilidade nas edições 11ª a 14ª (1914). Já na 15ª a 17ª edição (1924-1926), a liberdade ou o domínio sobre o fato aparecem como elementos positivos da culpabilidade defendida por Frank, permitindo a graduação da culpabilidade, na qual teria influencia o fim do autor. Na 18ª edição (1929), a culpabilidade é definida como “*reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible*” (GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de culpabilidad**. 2.ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo: B de F, 2002, p. 84-86).

³³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 550.

ser, portanto, uma conduta reprovável, que exige a presença da imputabilidade do agente, da relação psíquica (concreta ou possível) do autor com o resultado por ele produzido (dolo ou culpa) e da atuação em circunstâncias normais³⁴.

Por isso, nesse aporte teórico, a culpabilidade

[...] *no estaba integrada sólo por la relación psíquica del sujeto con el resultado, sino que veía concurrir tres elementos de igual rango: 1) normalidad mental del sujeto; 2) concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo o imprudencia); y 3) normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto.*³⁵

Ocorre que, após a publicação da obra de Frank, foi desencadeado um processo cada vez maior de normatização da culpabilidade. James Goldschmidt (1913) e Berthold Freudenthal (1922), conscientes da necessidade de determinação de um conteúdo material que lastreasse o conceito de culpabilidade inaugurado, desenvolveram a noção de reprovabilidade.

Como contribuições pessoais, Goldschmidt, em “*Der Notstand, ein Schuldproblem*”³⁶, abordou o conceito de “circunstâncias concomitantes” através da distinção entre normas jurídicas e normas de dever. As normas jurídicas ou normas de Direito (*Rechtsnorm*) seriam gerais e objetivas, estando relacionadas ao injusto penal e a obrigatoriedade de um comportamento exterior. Já as normas de dever (*Pflichtsnorm*), seriam correlatas à culpabilidade e à manifestação de uma vontade contrária ao dever geral, possuindo um caráter subjetivo e individual³⁷.

Segundo Goldschmidt, o fundamento normativo da culpabilidade residiria na lesão a uma norma de dever. A culpabilidade seria, portanto, a referência a valores de um fato psíquico, reconhecível em uma infração de norma de dever, que concorda com a norma jurídica determinante no âmbito do injusto³⁸.

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 421-422.

³⁵ Não estava integrada somente pela relação psíquica do sujeito com o resultado, sem que concorressem três elementos de igual importância: 1) normalidade mental do sujeito; 2) concreta relação psíquica do sujeito com o resultado ou, ao menos, a possibilidade da mesma (dolo ou culpa); e 3) normalidade das circunstâncias nas quais atua o sujeito (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 33).

³⁶ O estado de necessidade, um problema de culpabilidade (tradução nossa).

³⁷ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 114; GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem*. Wien: Manz, 1913.

³⁸ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 52.

Nas palavras de Goldschmidt, “*culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable (censurable). Por consiguiente, la exigibilidad es un deber, lo que, sin embargo, presupone siempre un poder*”³⁹.

Isso significa que, por meio da análise das normas de dever, seria averiguada se a conduta foi perpetrada em observância às condições normais de motivação, a fim de justificar um juízo de censura estatal⁴⁰. A exigibilidade é compreendida como fundamento da imputação de culpabilidade, limite imanente da norma de dever, e a inexigibilidade será, assim, a exceção à norma de dever, cuja validade a excluiria, o que torna forçoso o reconhecimento de causas supralegais de exculpação⁴¹.

A questão da “violação do dever” foi, posteriormente, alterada por Freudenthal, responsável pela maior contribuição ao conceito de exigibilidade/inexigibilidade no âmbito das Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, tendo em vista que, a partir das suas considerações pessoais, restou consolidado o entendimento de que a inexistência de *poder* implicaria ausência de *dever* e, conseqüentemente, inexigibilidade, em delitos culposos e dolosos.

Na sua obra “*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*”⁴², único trabalho individual sobre esta temática, Freudenthal estabeleceu que a exigibilidade seria a essência da culpabilidade – elemento central da apreciação valorativa da culpabilidade - e afirmou que a inexigibilidade de conduta diversa seria uma causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade.

Destarte, como aduz Teresa Aguado Correa, Freudenthal erige a exigibilidade em fundamento da reprovabilidade e defende sua operatividade através de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade para os casos não abarcados pelas causas de exculpação previstas na lei⁴³.

³⁹ Culpabilidade como modalidade de um fato antijurídico é a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável (censurável). Por conseguinte, a exigibilidade é um dever, o que, sem embargo, pressupõe sempre um poder (tradução nossa) (GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*. 2.ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo: B de F, 2002, p. 104-105).

⁴⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 140.

⁴¹ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 52.

⁴² Culpabilidade e reprovabilidade no Direito Penal vigente (tradução nossa).

⁴³ “*Erige la exigibilidad en fundamento de la reprochabilidad y defiende su operatividad a través de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, para los casos que no fuesen abarcados por las causas de exculpación previstas en la ley*” (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 15).

Desta forma, verifica-se que, na acepção desenvolvida por Freudenthal, a exigibilidade constitui o elemento ético da culpabilidade, já que se analisa a possibilidade de atuação de forma diversa em conjunto com as circunstâncias concorrentes.

Tais concepções, apesar das suas variantes, indicam o exame valorativo-normativo da culpabilidade – que não pode mais ser considerada um vínculo psicológico entre o autor e a sua obra, senão um juízo de valor fundado na reprovabilidade da conduta contrária ao direito⁴⁴ – e formam a noção individualizadora do estudo da exigibilidade, nas quais esta é determinada conforme um valor individual, sendo reconhecida como um juízo acerca das circunstâncias por meio das quais atuou o autor determinado no caso concreto⁴⁵.

Todavia, da maneira defendida, tais concepções individualizadoras acabam tornando sem efeito imediato a exigibilidade como elemento normativo da culpabilidade, já que, como não é possível reproduzir as circunstâncias concorrentes à atuação do sujeito individual, não seria possível fundamentar a censura estatal neste juízo puramente hipotético.

Destarte, assim como a maioria das definições apresentadas na dogmática jurídico-penal, notadamente no âmbito do instituto da culpabilidade, a referida acepção de exigibilidade concedeu espaço à apresentação de outras posturas, igualmente essenciais para o desenvolvimento do conceito de exigibilidade/inexigibilidade atualmente utilizado.

2.2.2 Um giro generalizante no estudo da culpabilidade e da exigibilidade

Segundo ressaltado por Hans Achenbach, em lugar das concepções individualizadoras, foi observado um giro generalizante, já que a ideia básica de correção do juízo de culpabilidade, através da consideração das circunstâncias especiais do fato, encontrou um solo fértil. Os novos seguidores do estudo da exigibilidade passaram a utilizar uma medida-mista-geral: o comportamento médio na situação individual⁴⁶.

⁴⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37-38.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad normativa y exigibilidad*. In: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003, p. 32.

⁴⁶ “Der Grundgedanke einer auf Besonderheiten der Tatsituation abstellenden Korrektur des Schuldurteils fiel jedoch auf fruchtbaren Boden [...]. An ihre Stelle trat bei den späteren Anhängern der Zumutbarkeitslehre ein gemischt-general-individueller Maßstab: das Durchschnittsverhalten in der individuellen Situation” (ACHENBACH, Hans. **Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 147).

Após as primeiras manifestações do sistema neoclássico, Eberhard Schmidt, ao reelaborar e atualizar a clássica obra de Liszt, “*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*”⁴⁷, passou a rechaçar categoricamente a divisão entre normas jurídicas e normas de dever, afirmando que, na realidade, a norma jurídica teria uma dupla função, de motivação e de determinação⁴⁸.

Nada obstante a concepção clássica defendida por Liszt, Schmidt expressou na obra seu posicionamento pessoal, consubstanciado na consideração da culpabilidade como um juízo valorativo do processo de motivação, e apontou que a exigibilidade de uma motivação conforme a norma seria o elemento normativo da culpabilidade, ao lado dos elementos psicológicos classicamente indicados⁴⁹.

A partir de Schmidt, afirma-se que a exigibilidade, como elemento material-normativo da culpabilidade, confere um fundamento interno comum as distintas formas de aparição das causas de exculpação, cuja ideia básica residiria na inexigibilidade de determinados comportamentos em conformidade com o Direito⁵⁰⁻⁵¹.

Com tal consideração, e sob a influência da decisão de 11 de março de 1927 do *Bundesgericht*⁵², acerca de um aborto terapêutico, a inexigibilidade passou a ser concebida como uma causa geral supralegal de exculpação.

Todavia, diferentemente das concepções anteriores, Schmidt preocupa-se em ressaltar que a inexigibilidade não seria aplicável para fazer concessões a interesses particulares do indivíduo em prejuízo do Estado, mas apenas na precaução de punições desnecessárias e nocivas, contrárias ao interesse da coletividade⁵³.

Ocorre que, apesar das ponderações indicadas, o traço mais identificador da contribuição de Schmidt encontra-se na inauguração de uma medida para o exame da motivação conforme a norma, representada pelo critério do “homem médio” (*Durchschnittsmensch*). Schmidt defende

⁴⁷ Tratado de Direito Penal Alemão (tradução nossa).

⁴⁸ LISZT, Franz von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26.ed. de Eberhard Schmidt. Berlin-Leipzig: Walter Gruyter & Co, 1932, p. 220 e ss.

⁴⁹ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 16.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Insta destacar que, como adverte Heinrich Henkel, posteriormente, Eberhard Schmidt passou a afirmar que a fórmula de inexigibilidade não se ajustaria a todos os casos de exclusão supralegal da culpabilidade (HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 119).

⁵² Tribunal Constitucional [da Alemanha] (tradução nossa).

⁵³ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 56.

que o juiz deverá examinar, segundo a sua experiência, se, na situação questionada, alguém teria agido na forma em que atuou o autor⁵⁴.

Tal posicionamento confere, portanto, um claro componente generalizante à exigibilidade, tendo em vista que se pauta no critério do poder médio de atuação alternativa, visão generalizante também utilizada por Edmund Mezger para a elaboração do seu aporte teórico.

Mezger afirma que, desde o ponto de vista da exigência científica, não se pode estabelecer se alguém poderia ter atuado de maneira distinta, critério que, segundo ele, não poderia ser demonstrado, mas que também não poderia ser rebatido⁵⁵. Aponta, conseqüentemente, que

[...] nos falta, por lo menos, un criterio seguro acerca de cuándo tal posibilidad existe y cuándo no. Pero la vida práctica y también el derecho establecen determinadas exigencias normativas a las personas que pertenecen a la comunidad social; las cuales tienden a establecer qué es lo que se les puede reclamar corrientemente a una persona en esta situación externa e interna. El derecho, como regla general de la convivencia social humana, debe “generalizar”, o sea referirse a conceptos y costumbres generalmente válidos⁵⁶.

Após as mencionadas ponderações, Mezger define a culpabilidade como “*un reproche personal al autor con motivo de su conducta antijurídica*”⁵⁷ e reconhece a inexigibilidade como causa de exculpação de condutas culposas e dolosas. Todavia, também utilizando um elemento generalizante, afirma que as valorações individuais do autor particular seriam irrelevantes, já que apenas deveriam ser ponderadas as valorações objetivas do ordenamento jurídico e da lei, o que culminaria na inexorável consequência da impossibilidade de se falar numa solução “individualística” no ordenamento jurídico⁵⁸.

Ocorre que é imperioso notar que a medida-mista-geral, consubstanciada no comportamento médio na situação individual, não pode lastrear o juízo de culpabilidade, tampouco o exame da exigibilidade/inexigibilidade, tendo em vista que, refletindo flagrante objetivização do sujeito e violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, se verifica que pode haver capacidades, ausentes no sujeito individual, que as pessoas em geral detenham.

⁵⁴ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 17.

⁵⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p.196.

⁵⁶ Ibidem, p.197.

⁵⁷ Ibidem, p.195.

⁵⁸ Ibidem, p.273.

2.2.3 Resistência doutrinária à ideia de exigibilidade inaugurada e à própria culpabilidade normativa

Por diversos fatores, a teoria da exigibilidade inaugurada com a culpabilidade psicológico-normativa encontrou forte resistência, podendo ser indicados, como seus principais críticos, Moritz Liepmann, Hans Grossmann, Oskar Schumaker e Rudolf Hirschberg, no caso das doutrinas individualizadoras, e Friedrich Schaffstein e Reinhart Maurach, no caso das posteriores versões generalizantes⁵⁹.

Após as publicações de teorias individualizadoras e generalizantes, o desenvolvimento dogmático da exigibilidade/inexigibilidade encontrou notórias objeções, notadamente em decorrência do parâmetro utilizado para determinar a exigibilidade de uma conduta e, posteriormente, da configuração da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação⁶⁰.

No que tange ao parâmetro utilizado, Liepmann, em crítica apresentada ao “*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*”⁶¹ de Freudenthal, adotando uma concepção autoritária do Estado e do Direito, denota uma preocupação com as conseqüências político-legais do conceito apresentado⁶². Liepmann adverte que as teorias individualizadoras seriam perigosas para o ordenamento jurídico, ao admitirem a utilização de uma regulação, específica do estado de necessidade, como regra geral de todos os delitos dolosos. Tal permissivo poderia culminar, segundo Liepmann, numa debilidade dos deveres dos cidadãos e, assim, na redução de deveres normativos em favor de interesses individuais⁶³.

A partir das ponderações apresentadas, Grossmann e Hirschberg, discípulos de Liepmann, asseveram que as doutrinas da exigibilidade (*Zumutbarkeitsdoktrin*) introduzem uma cláusula geral de iminente insegurança jurídica (*Generalklausel drohende Rechtsunsicherheit*)⁶⁴. Schumaker, ao seu turno, ainda aponta para a possibilidade de debilitação da missão do

⁵⁹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974.

⁶⁰ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 18.

⁶¹ Culpabilidade e reprovabilidade no Direito Penal vigente (tradução nossa).

⁶² ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 155.

⁶³ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 19.

⁶⁴ “Grossmanns einziges wirklich juristisches Argument ist die bei Einführung der Generalklausel drohende Rechtsunsicherheit” (ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 156).

Direito Penal e redução das exigências do ordenamento jurídico com a admissão da cláusula geral⁶⁵ e adverte que “o fundamento da lei é a auto-preservação do grupo”⁶⁶.

Observa-se, portanto, que a ideia central das diversas críticas apresentadas às concepções individualizadoras são no sentido de que a exigibilidade teria uma tendência destrutiva. Sendo demasiadamente indeterminada, a exigibilidade conduziria a uma intolerável relativização do Direito Penal, que removeria a proteção absoluta dos bens jurídicos e reduziria, de forma insuportável, as exigências de dever indicadas ao cidadão. E renunciar tais exigências, cedendo a uma comprovação frouxa de exigibilidade, fomentaria atitudes individuais contrárias ao Direito⁶⁷.

Aliás, é importante observar que as mesmas críticas foram apresentadas às concepções generalizantes da teoria da inexigibilidade. No entanto, com relação à versão generalizadora da *Zumutbarkeitsdoktrin*, além da questão da insegurança jurídica, as objeções efetuadas, notadamente por Schaffstein e Maurach, também foram centradas na consideração da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, posto que o *Bundesgericht*⁶⁸, em sentença de 11 de novembro de 1932, negou que a jurisprudência alemã tenha reconhecido a exigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade⁶⁹.

Schaffstein, em *"Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaussließungsgrund"*⁷⁰, adverte que não dirige suas críticas ao caráter normativo da culpabilidade ou à questão da existência ou não de causas supraleais de exculpação, mas à impossibilidade de exclusão da medida de exigibilidade ético-individual, sob pena de menosprezo à relação existente entre Direito e Ética⁷¹.

⁶⁵ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 19.

⁶⁶ “*Der Grund des Rechts ist der Selbsterhaltungstrieb der Gruppe*” (ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 157).

⁶⁷ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 58.

⁶⁸ Tribunal Constitucional (tradução nossa).

⁶⁹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974, p. 161.

⁷⁰ A não exigibilidade como causa geral supralegal de exclusão de culpabilidade (tradução nossa).

⁷¹ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 20.

Maurach, por sua vez, na obra “*Kritik der Notstandlehre*”⁷², publicada em 1935, afirma que a exigibilidade não poderia ser uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, seja por razões dogmáticas, seja por razões político-criminais. Segundo Maurach,

*la teoría de la exclusión supralegal de la culpabilidad no pudo imponerse en la forma defendida por Freudenthal, según la cual la inexigibilidad debería determinarse exclusivamente conforme a los criterios individuales del autor concreto; ella hubiera significado un tal ‘ablandamiento de huesos’, un ‘tout comprendre, c’est tout pardonner’ tan peligroso, que el derecho penal se hubiera visto forzado a capitular frente a la incapacidad del sujeto particular*⁷³.

Deste modo, Maurach observa que, dogmaticamente, a Teoria Normativa da Culpabilidade e a doutrina da exigibilidade não têm que seguir necessariamente unidas, já que entre antijuridicidade e culpabilidade existiria uma diferença fundamental que implica na impossibilidade de exclusão por analogia em matéria de culpabilidade.

Político-criminalmente, Maurach alega que deve haver imposição de sanção ao homem médio nos casos excepcionais de não desenvolvimento completo da função motivadora da lei, pois um caso de inefetividade psíquica da norma não pode romper a barreira que a lei estabelece frente aos desejos irreprimíveis de milhares de pessoas⁷⁴. Caso contrário, o homem médio estaria sendo utilizado como substituto da lei⁷⁵. Desta forma, Maurach critica a teoria da exigibilidade ante a impossibilidade de fixação de uma causa geral e supralegal de afastamento da culpabilidade.

É necessário observar que, apesar da adequada ponderação efetuada por Maurach no sentido de que a “*la teoría normativa de la culpabilidad y la doctrina de la exigibilidad no tienen que ir necesariamente unidas*”⁷⁶, as críticas apresentadas às teorias da exigibilidade decorreram, inclusive, do modelo dogmático instaurado pelas Teorias Psicológico-normativas.

⁷² Crítica ao estudo do estado de necessidade (tradução nossa).

⁷³ A teoria da exclusão supralegal da culpabilidade não pode se impor na forma defendida por Freudenthal, segundo a qual a inexigibilidade deveria se determinar exclusivamente conforme os critérios individuais do autor concreto; ela significou um tal ‘abandono de ossos’, um ‘*tout comprendre, c’est tout pardonner*’ tão perigoso, que o direito penal se viu forçado a capitular frente a incapacidade do sujeito particular (tradução nossa) (MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gígon. Buenos Aires: Astrea, 1994, vol.1, p. 556).

⁷⁴ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 21.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

Não se pode desconsiderar que o modelo empregado pelos neokantianos ostenta muitos pontos contraditórios, fundamentalmente por “partir de uma concepção ‘normativa’ de culpabilidade e incluir nela o ‘dolo’ e a ‘culpa’, como ingredientes psicológicos”⁷⁷.

A partir do referido equívoco dogmático, por exemplo, ações involuntárias e imprevisíveis poderiam ser consideradas típicas e ilícitas. E, como o exame do elemento subjetivo é pré-requisito para a incidência típica de crimes tentados e inexistem delitos culposos na modalidade tentada, a adoção dos modelos psicológico-normativos inviabiliza, até mesmo, o reconhecimento da tipicidade de tal modalidade delitiva.

Ademais, a conceituação de culpabilidade como “reprovabilidade”, demonstra que esta é entendida como algo situado fora do agente, ou seja, como um juízo de valoração emitido pela ordem jurídica a respeito do agente, não mais como um vínculo entre este e o fato produzido.

A culpabilidade psicológico-normativa é imputada com base em juízos de valor, o que representa a condição do agente de objeto de imputação, não de sujeito de direito. Denota-se, assim, que, nas Teorias Psicológico-normativas, a aplicação das penas não era legítima. O modelo empregado não permitia a efetivação de um “*Derecho Penal del Estado de derecho, pues fueron incapaces de defenderlo, no pudiendo sostenerse lo contrario sólo porque sin ellos el Derecho Penal hubiese estado aún más sometido al arbitrio de los respectivos Estados policiales*”⁷⁸.

Por tais fatores, apesar dos méritos observados, notadamente da inauguração da ideia de exigibilidade/inexigibilidade da dogmática jurídico-penal, as Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade afastam qualquer perquirição sobre sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, o que regeu a sua substituição no âmbito da Teoria da Culpabilidade e às primeiras revisões da função da exigibilidade/inexigibilidade na Teoria do Delito.

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1, p. 178.

⁷⁸ De modo algum deram lugar a um Direito Penal do Estado de Direito, pois foram incapazes de defendê-lo, não podendo sustentar o contrário apenas porque, sem elas, o Direito Penal havia estado ainda mais submetido ao arbítrio dos representantes dos respectivos Estados policiais (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 36).

2.3 TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE

Como as falhas do sistema clássico não foram corrigidas com a simples inclusão de elementos normativos no âmbito da culpabilidade, Hans Welzel conferiu uma completa modificação na Teoria do Delito, suprimindo os elementos subjetivos da esfera da culpabilidade e desenvolvendo a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, no âmbito da qual a inexigibilidade passou a ser considerada como elemento da culpabilidade.

Em 1930, com o surgimento da Teoria Normativa Pura, cujo fundamento teórico foi o finalismo de Welzel, adotado pelo Código Penal brasileiro, os elementos subjetivos deixaram de ser analisados na esfera da culpabilidade.

O modelo finalista pautou-se em estruturas lógico-objetivas, representadas pela ação finalística e pelo reconhecimento do livre arbítrio, e passou a conceber a ação, ontologicamente, de forma pré-jurídica, como o exercício de uma atividade finalística, como um movimento humano dirigido a uma determinada finalidade. Segundo os finalistas, todas as normas jurídicas só poderiam referir-se a atos, que não se confundiriam com meros processos causais, pois direcionam-se, de maneira consciente e voluntária, a uma finalidade.

Assim, o fato punível passou a ser conceituado como uma ação típica, antijurídica e culpável, além de ter sido reestruturado para se coadunar com o novo conceito de ação⁷⁹. Os elementos volitivos passaram a ser analisados no âmbito da tipicidade, já que, como o dolo e a culpa pertencem à ação humana, não poderia haver a configuração de uma conduta típica sem a sua constatação.

Com a análise do dolo na seara da tipicidade, para a real caracterização de uma ação final, a subsunção passa a não depender apenas da adequação da conduta à descrição típica, senão

⁷⁹ Kai Ambos revela que a Teoria Normativa Pura “*reemplazó las anteriores concepciones de la teoría del delito, desplazando el dolo (natural) de la culpabilidad al tipo y entendiendo la culpabilidad en términos puramente normativos, de modo que se substituyó la dicotomía causal objetiva-subjetiva entre el injusto y la culpabilidad por una estructura normativa-objetiva-subjetiva tripartida de la teoría del delito diferenciado entre tipo y antijuridicidad objetiva, tipo y antijuridicidad subjetiva, y un concepto puramente normativo de la culpabilidad*” (AMBOS, KAI. **100 años de la “teoría del delito” de Beling**. Tradução de Ana Maria Garrocho Salcedo. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 18 fev. 2008, p. 7). Não foram criados novos elementos ou institutos para a definição do delito, “não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação” (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92).

ainda da intenção do seu autor⁸⁰. Corrigindo as falhas das concepções anteriores, permite-se, então, o reconhecimento da existência de dolo ou de culpa na conduta de inimputáveis, o que possibilita a aplicação de uma resposta estatal adequada, considerando a presença de uma causa de inculpação que obsta a imposição da pena.

No modelo finalista, a análise subjetiva é efetuada no âmbito da tipicidade e o juízo de censura é executado, posteriormente, apenas em sede de culpabilidade, de modo que resta perceptível uma dicotomia, já estabelecida anteriormente por Graf zu Dohna, entre o injusto, entendido como objeto de valoração (vontade de ação), e a culpabilidade, definida como um juízo de valor⁸¹, ou seja, como a valoração daquele objeto (juízo de motivação do autor)⁸².

Com efeito, como todo o objeto da censura estará localizado no injusto, Santiago Mir Puig afirma que a culpabilidade normativa limita-se a reunir as circunstâncias que condicionam a censura de um fato antijurídico e permitem atribuí-lo ao autor⁸³. Mas, segundo Welzel, a culpabilidade finalista teria por objeto uma dupla relação, já que nesta deveria haver a constatação de que a ação de vontade do autor não ocorreu conforme o direito e de que o autor poderia ter realizado a sua conduta voluntariamente conforme a norma⁸⁴.

Por isso, a culpabilidade normativa pode ser definida como “*un reproche personal contra el autor como consecuencia de que no omitió la acción antijurídica cuando podía hacerlo. [...] La culpabilidad es ‘reprochabilidad’ por la configuración de la voluntad*”⁸⁵ ou, utilizando a expressão mais usual, “*un ejercicio inadecuado del libre albedrío*”⁸⁶.

⁸⁰ RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 85.

⁸¹ SILVA, Wellington César Lima e. **Atualização crítica da Culpabilidade**. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso: em 15 fev. 2008.

⁸² Hans Welzel defende que “culpabilidade, em seu mais próprio sentido, é somente a censurabilidade como valoração da vontade de ação; objeto dessa valoração é a vontade antijurídica de ação” (grifos do autor) (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 216).

⁸³ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 414.

⁸⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1956, p. 147.

⁸⁵ Uma reprovação pessoal contra o autor, como consequência de que este não omitiu a ação antijurídica quando podia fazê-lo. [...] A culpabilidade é ‘reprovação’ pela configuração da vontade (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. **Dogmática de la culpabilidad**. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 55).

⁸⁶ Um exercício inadequado do livre arbítrio (tradução nossa) (RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 87).

2.3.1 O livre arbítrio como fundamento material da culpabilidade

Na Teoria Normativa Pura, a culpabilidade é conceituada como uma reprovação normativa e relaciona-se com o livre arbítrio, com a capacidade do homem de orientar-se conforme a norma e controlar os seus próprios impulsos. Essa liberdade de vontade é observada, na visão finalista, pelos aspectos antropológico, caractereológico e categorial da evolução humana.

O aspecto antropológico se fundamenta na consideração do homem como um ser responsável, em contraste com as demais espécies animais. O homem será responsável por suas ações por ser portador de um pensamento racional ordenado categoricamente⁸⁷ e por ser dotado de liberdade existencial.

Nesta feição, Welzel revela que

[...] o homem caracteriza-se *negativamente* por uma grande liberdade de formas inatas e instintivas de conduta e *positivamente* pela capacidade e pela incumbência de descobrir e realizar *por si mesmo* a conduta correta por meio de atos inteligentes. À “liberdade existencial e desvinculação do orgânico” (*Scheler*) corresponde, como uma característica *positiva* e decisiva do homem, a vinculação de seu espírito aos critérios da verdade, da finalidade e do valor, segundo os quais tem de dirigir por si mesmo sua conduta por atos responsáveis (grifos do autor)⁸⁸.

O segundo aspecto, denominado caractereológico, indica que o homem é capaz de dirigir a sua vontade, por meio de uma estrutura anímica formada pelo estrato profundo, pelo intermediário (ou estrato da personalidade) e pelo estrato do eu. No estrato profundo, são examinados os impulsos vitais da conservação da espécie e da autoconservação, além das paixões, desejos e interesses, procedentes dos instintos que afetam o “eu” e que podem ser dirigidos. Na camada intermediária, configura-se o caráter humano e é desempenhado um papel de reserva de decisões anteriormente executadas e convertidas em posições internas da personalidade⁸⁹. E, no estrato do eu, são formados atos de pensamento, de decisão de vontade, dirigindo-se os impulsos conforme o sentido e significação valorativa⁹⁰, de modo a encerrar a estrutura anímica consubstanciadora do aspecto caractereológico da liberdade humana.

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 434.

⁸⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 435.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 434-435.

Por fim, no requisito categorial – último aspecto analisado para o reconhecimento do livre arbítrio – denota-se que a liberdade não é concebida como um estado, senão como um ato de liberação da coação causal dos impulsos⁹¹ e demonstra-se que haveria a possibilidade de autodeterminação de acordo com um determinado sentido⁹².

Ressalta Welzel que essa possibilidade de determinação ocorreria em todos os atos de conhecimento, pois “a compreensão da estrutura interna de um objeto não é o resultado de conexões associativas anteriores ou de outros fatores causais”⁹³, ela se determina de acordo com o objeto que visa.

Os elementos do objeto e suas razões objetivas são razões evidentes nas quais o ato de pensamento apóia seus diversos passos. Não são as causas cegas, como nas conexões associativas que determinam os passos do pensamento, mas este se determina a si mesmo, de acordo com o conteúdo lógico-objetivo do estado de coisas que tem em vista⁹⁴.

Essa forma de execução dos atos de pensamento revela, segundo Welzel, a forma de realização dos atos finais, pois “o modo como discorre pensamento não é determinado segundo causas cegas, mas segundo razões videntes”⁹⁵.

A liberdade humana é concebida, assim, como um dado ontológico, pré-jurídico, inerente ao homem, constatado pelos aspectos antropológico, caractereológico e categorial. Essa liberdade de vontade é definida como “a capacidade de poder reger-se conforme os fins”⁹⁶ e, caracterizada como “poder atuar de outro modo” – falta de decisão conforme o sentido por um sujeito responsável que poderia ter atuado de modo diverso –, fundamenta o juízo de culpabilidade, como seu substrato material.

⁹¹ SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 54.

⁹² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 435.

⁹³ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 99-100.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 100.

2.3.2 Conteúdo da culpabilidade normativa e a inexigibilidade como elemento volitivo da culpabilidade

De acordo com a Teoria Normativa Pura, a análise do “poder atuar de outro modo” (*das anders-Handeln-Können*), substrato material da culpabilidade, pressupõe, normativamente, um juízo de valor, a partir das ideias de imputabilidade (*Schuldfähigkeit*), consciência da ilicitude (*Unrechtsbewußsein*) e exigibilidade de conduta conforme a norma (*Zumutbarkeit normgemäßen Handels*), que, nesta fase, é tratada como elemento volitivo da culpabilidade.

A imputabilidade, elemento existencial da categoria em exame, é caracterizada pela capacidade de culpabilidade, por uma liberdade consciente de comportamento conforme a norma. A imputabilidade é composta pela possibilidade de entendimento da norma incriminadora e pela autodeterminação de uma conduta.

Consequentemente, neste exame, cumpre estabelecer se o autor, no momento do fato, seria capaz de atuar responsabilmente⁹⁷. Ou seja, é verificado se, dentro de um sistema biopsicológico – composto pelo fator psicológico (higidez mental) e pelo fator biológico (maturidade) –, o agente teria a capacidade de compreender a ilicitude do seu ato e se o mesmo encontrava-se numa situação pessoal em que poderia determinar a sua conduta conforme a norma violada⁹⁸.

Uma vez constatada a imputabilidade do autor, parte-se para o exame normativo da potencial consciência da ilicitude do fato, elemento intelectual da culpabilidade. Este elemento representa, em suma, a possibilidade de o agente ter ciência da contrariedade do ato ao ordenamento jurídico, ou seja, de ter conhecimento da ilicitude da conduta, o que afasta a perquirição de erro de proibição⁹⁹. Com esse exame, verifica-se que, normativamente, “*no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni*

⁹⁷ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p. 165.

⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 447.

⁹⁹ O erro de proibição é aquele que recai sobre a consciência de ilicitude, configurando uma causa exculpante na sua forma de erro inevitável, ou seja, quando o autor não se encontra em situação de conhecer o injusto. Preceitua o art. 21 do Código Penal que “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”.

pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas”¹⁰⁰, posto que não poderia ser almejada uma conduta diversa e resta afastado o “poder atuar de outro modo”.

É justamente no âmbito do exame normativo dirigido à apuração do poder atuar de outro modo que a inexigibilidade de conduta diversa surge como terceiro elemento da culpabilidade, de natureza volitiva. Este elemento caracteriza, na visão finalista, apenas uma causa exculpante, orientada às ocasiões em que o atuar de outro modo é inexigível, em razão do autor se encontrar, no momento da execução do fato, sob uma forte pressão psicológica, que impossibilitaria a exigência de um comportamento adequado ao direito¹⁰¹.

Com o estabelecimento da inexigibilidade como causa de exculpação, considera-se que “o direito exige do autor capaz de imputação, que pode conhecer a antijuridicidade de sua formação de vontade, que a determine de acordo com esta compreensão”¹⁰², de modo que deve ser afastada a responsabilização do sujeito nos casos em que tal exigência seja juridicamente considerada descabida.

Percebe-se, então, que, na doutrina finalista, a exigibilidade, inaugurada no âmbito da Teoria do Delito pelos neokantianos, passou a ser concebida, na sua vertente negativa, como inexigibilidade de conduta diversa, sendo dirigida ao afastamento da culpabilidade *diminuída*, nos casos em que o ordenamento não exige a direção de uma conduta conforme o direito.

Segundo Welzel, diferentemente dos casos de inimputabilidade e erro de proibição exculpante, a inexigibilidade de conduta diversa não representa uma causa fática de exclusão da culpabilidade, tendo em vista que não tem o condão de afastar o substrato material deste instituto. Em tais casos, o ordenamento jurídico outorga uma espécie de indulgência ao autor, apesar da existência de culpabilidade na sua conduta¹⁰³.

Com efeito, verifica-se que a exigibilidade é compreendida como elemento da culpabilidade, não mais como fundamento da reprovabilidade, função que passou a ser ocupada pelo “poder atuar conforme a norma”. A exigibilidade, na sua forma negativa, indica a ocorrência de uma causa de inculpabilidade de uma conduta realizada com culpabilidade materialmente formada.

¹⁰⁰ Não é possível uma censura de culpabilidade referida a quem, no momento do fato, não sabia e nem poderia saber que sua conduta contrariava normas jurídicas (tradução nossa) (STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal: parte general**. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p. 178).

¹⁰¹ Ibidem, p. 189.

¹⁰² WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 255.

¹⁰³ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito**. Granada: Comares, 2004, p. 22.

Nada obstante a função atribuída à exigibilidade do modelo finalista, insta ressaltar que, a partir da reestruturação dogmática promovida por Welzel, esta passou a ser reconhecida como um elemento fundamental da categoria da culpabilidade, verificável, inclusive, na graduação do referido instituto. Observou-se, desta forma, que

é imprescindível se utilizar a inexigibilidade de conduta diversa para graduar a culpabilidade do autor, de acordo com a maior ou menor exigibilidade pelo ordenamento de um comportamento conforme a norma, para que se chegue, desta forma, a um grau equilibrado de reprovabilidade da conduta e finalmente a uma pena proporcional e justa¹⁰⁴.

Destarte, a exigibilidade passou a ter sua relevância definitivamente reconhecida, porém ficou-se vinculada, umbilicalmente, a um pressuposto material do juízo de culpabilidade, que é considerado pela doutrina dominante como empiricamente indemonstrável.

2.3.3 Considerações críticas acerca da culpabilidade e da inexigibilidade: a necessidade de revisão conceitual

Após esta breve análise do sistema finalista, notadamente da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade e da função empregada à exigibilidade no âmbito da mesma, percebe-se que a dogmática welzeliana possui grandes méritos, principalmente ao ser comparada com o sistema causal-naturalista e à Teoria Psicológica. A culpabilidade passa a ser uma valoração do fato como contrariedade a um dever, não apenas um puro estado de coisas psíquico¹⁰⁵.

Todavia, inúmeras críticas podem ser apontadas à teoria da culpabilidade desenvolvida por Welzel, que certamente recaem sobre a questão da exigibilidade e as conseqüências jurídicas das modificações empreendidas, sendo aqui apresentadas apenas as discussões de maior relevância para a adequada compreensão dessa fase das Teorias da Culpabilidade e da Exigibilidade, até então, visceralmente interligadas.

Verifica-se, em primeiro lugar, que o principal erro cometido na formação da dogmática finalista ocorreu na escolha do seu próprio método, pois inexiste uma ação pré-jurídica, esta

¹⁰⁴ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 858; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 797.

só se torna penalmente relevante quando é valorada. “A discussão a respeito de tais problemas não pode ser bloqueada através da mera alegação de dados ontológicos”¹⁰⁶.

Desde o rompimento dos paradigmas da modernidade, já se verifica uma crise das metanarrativas. Não existem verdades e fundamentos últimos, essencialmente no que tange à definição da ação humana, já que “uma concepção ontológica de ação não pode ter efeitos vinculantes sobre um sistema jurídico-penal fundado em decisões valorativas”¹⁰⁷.

Constata-se, desta forma, que o sistema finalista, embora tenha partido, para a construção da sua dogmática, de realidades “pré-jurídicas” (ação final e capacidade de autodeterminação), não alcançou a almejada aproximação com a realidade concreta¹⁰⁸.

Além disso, é importante verificar que, no âmbito da culpabilidade, a possibilidade de atuação diversa, cuja apreciação é pretendida pelos finalistas, esvazia o conteúdo deste instituto, na medida em que este passa a ser analisado com base em juízos meramente hipotéticos e afasta a função limitadora do princípio da culpabilidade.

Nesse diapasão, Jorge Figueiredo Dias revela, inclusive, a sua preocupação com a necessidade de revisar profundamente o sistema finalista, a fim de coadunar a estrutura do delito com a observância do princípio da culpabilidade, refletindo que,

[...] se o princípio da culpabilidade é um princípio político-criminal e dogmático verdadeiramente essencial do sistema penal; e se as sanções penais para o mesmo tipo de crime são distinguidas primordialmente em função do dolo e da negligência – então o dolo e a negligência têm de ter significado (pelo menos também) como graus, formas ou tipos de culpabilidade, em todo o caso como matéria da culpabilidade¹⁰⁹.

Por isso, apesar da pretendida dicotomia entre injusto objetivo-subjetivo e culpabilidade puramente normativa, não é possível negar que, no âmbito da culpabilidade, o dolo teria um papel fundamental para delimitar a valoração da vontade interna do agente¹¹⁰ e limitar a imposição das sanções penais, o que denota mais uma falha do sistema finalista.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal**. Tradução de Luís Greco. Disponível em: <www.ielf.com.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 204.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2, p. 182.

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 201.

¹¹⁰ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 55.

A Teoria Normativa Pura novamente falha quando considera que o homem poderia prever o resultado de todas as suas condutas, pois se torna insustentável para justificar a imputação de determinadas espécies delituosas culposas e omissivas, bem como a responsabilização de co-autores e partícipes, o que deslegitima a punição de qualquer pessoa nestas hipóteses.

Nesse diapasão, aduz Claus Roxin que

a ação final, se tomada como o fundamento empírico-ontológico do direito penal e oposta aos pontos de partida normativos, compreende apenas um aspecto limitado da realidade, abrangendo de modo bastante incompleto o substrato fático dos acontecimentos jurídico-penalmente relevantes. Hoje não se contesta mais que a existência empírica da omissão, da culpa e da omissão culposa não pode ser explicada através da finalidade¹¹¹.

É importante observar que, ao considerar a ação como “exercício de uma atividade final”, o dolo passa a compor esse conceito. Só que existem diferenças substanciais entre ações dolosas e culposas, que o torna inaplicável às espécies culposas.

Enquanto nos delitos dolosos, o resultado lesivo possui maior relevância para o juízo de reprovação, nos delitos culposos, a censura deveria recair, essencialmente, sob a conduta realizada com o descumprimento de um dever objetivo de cuidado e não apenas no resultado em si. Acrescenta-se ao desvalor da ação o desvalor do resultado¹¹².

Constatando a referida distinção e o excesso de críticas formuladas ao conceito final de ação, o próprio Welzel modificou em diversas oportunidades o conceito formulado, utilizando-se de noções como “finalidade real” e “finalidade potencial”¹¹³, “atividade finalista”¹¹⁴,

¹¹¹ ROXIN, Claus. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal**. Tradução de Luís Greco. Disponível em: <www.ielf.com.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

¹¹² WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83.

¹¹³ Em “*Der Allgemeiner Teil des deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*” (A parte geral do Direito Penal alemão nas suas características fundamentais), Welzel modificou o seu conceito de ação culposa, sem, contudo, modificar as suas premissas. Passou a definir o resultado culposos como uma “causação que era evitável mediante uma atividade final” e a ação dolosa como uma atividade final real (MIR, José Cerezo. **El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 572). Segundo Welzel, a ação culposa constituiria uma forma de ação independente: o que permite integrar ambas as formas de ação sob um supraconceito que é justamente a finalidade: se na ação dolosa – atividade final efetiva – aparece como um elemento configurador (finalidade atual), na ação culposa – atividade final possível – só representa o momento de relação (finalidade potencial) (BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje**. Buenos Aires: Didot, 2013, p.38-39). Desta forma, foi procedida uma diferenciação entre finalidade real ou atual (crimes dolosos) e potencial (crimes culposos). Welzel passou a considerar que o resultado também poderia ser previsto nos crimes culposos, em razão da existência de uma finalidade paralela (potencial) e da possibilidade de direcionamento ou controle dos atos pela vontade. A finalidade representaria, neste entendimento, um conceito superior, comum entre as condutas dolosas e culposas, pois, “[...] enquanto na conduta dolosa a finalidade se apresenta como real, orientando efetivamente a ação para a concreção do tipo, na conduta culposa a finalidade, isto é, o fim querido, não tem existência concreta, já que o resultado efetivo não é o

“consequências acessórias não finais”¹¹⁵ e “antecipação biocibernética do resultado”¹¹⁶⁻¹¹⁷, que, definitivamente, demonstraram que o sistema finalista não é aplicável aos crimes culposos.

representado como fim da conduta. Existiria, pois, uma finalidade potencial, uma vez que o agente podia ter evitado a lesão do bem jurídico, dando à conduta uma outra direção querida, escolhendo com adequação os meios e os usando com acerto, para que outro resultado que não o lesivo fosse efetivamente o concretizado” (LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 76). Ocorre, todavia, que tal definição também foi alvo de críticas, elaboradas, até mesmo, por discípulos de Welzel, tendo em vista que, além das diferenças existentes entre as finalidades dos delitos dolosos e culposos, a existência de uma finalidade potencial apresenta-se como duvidosa. Ao adotar tal modelo, seria impossível distinguir, nos delitos culposos, o momento do injusto e da culpabilidade penal. Para a tipificação do delito culposo, passariam a ser necessários elementos da culpabilidade, como a imputabilidade e a evitabilidade, o que descaracterizaria a divisão ontológica do delito, além de representar um contra-senso (LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 77).

¹¹⁴ Nas primeiras edições de “*Das neue Bild des Strafrechtssystems*” (A nova imagem do sistema jurídico-penal), Welzel tentou corrigir a estrutura estabelecida para a ideia de ação, com o escopo de possibilitar a adoção do conceito final em tipos culposos. Porém, tal intento culminou, mais uma vez, no reconhecimento da inaplicabilidade da sua teoria aos crimes culposos. Welzel abandonou a ideia da separação entre finalidade real e potencial, passando a defender que a ação, nos delitos dolosos e culposos, sempre será uma atividade final, pois ambos os tipos descrevem condutas humanas. Afirma-se, assim, que o homem é livre e será culpável pela direção de sua vontade. Nesta nova versão da teoria welzeliana, “a diferença, portanto, entre o delito doloso e culposo não estaria na conduta que os embasa e que ambos subsumem. Tanto no delito doloso como no culposo a conduta é atividade finalista. As características distintivas estariam nas peculiaridades de cada um dos tipos” (LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 81). Welzel passa a afirmar, portanto, que os tipos dos delitos culposos compreendem aquelas ações que, em razão das suas consequências causais, não apresentam a medida mínima de direção final exigida juridicamente,¹¹⁴ por serem produzidas de modo puramente causal (MIR, José Cerezo. **El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 563). No entanto, como facilmente perceptível, a referida alteração não culminou na efetiva adequação do conceito final de ação aos delitos culposos, já que os elementos juridicamente relevantes para a configuração desta forma delitiva estariam fora do conceito de ação ora defendido. Além disso, o exame da “atividade finalista” ainda restaria incongruente nas hipóteses de criminalidade habitual e culpa inconsciente, nas quais inexiste finalidade real empiricamente demonstrável.

¹¹⁵ Na 3ª edição de “*Das neue Bild des Strafrechtssystems*” (A nova imagem do sistema jurídico-penal), na qual, desta vez, declarou que ações culposas seriam ações finais que possuiriam consequências acessórias não finais – puramente causais – que poderiam ter sido evitadas com uma melhor direção final da ação na eleição e aplicação dos meios. Neste caso, os fins seriam juridicamente irrelevantes, havendo relevância jurídica apenas com relação aos meios e forma de aplicação dos mesmos (MIR, José Cerezo. **El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 564-565). Na linha das investigações de Niese, Welzel passou a sustentar que as razões pelas quais a ação culposa é juridicamente punível não estão sustentadas nos fins perseguidos pelo agente, mas na forma de eleição e aplicação dos meios através dos quais tentou chegar a tais fins (BUSATO, Paulo César. **Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje**. Buenos Aires: Didot, 2013, p.39-40). Destarte, com a adoção deste modelo, a culpa passa a ser caracterizada como um defeito na direção real de vontade e o resultado causado pela ação culposa – de indiscutível relevância jurídica – encontra-se fora da ação final, o que denota, novamente, a inaplicabilidade do conceito final de ação para os delitos culposos.

¹¹⁶ Nas suas últimas obras, Welzel apresentou o conceito de “antecipação biocibernética do resultado”, para substituir a noção de ação final, o que, segundo ele, indicaria a possibilidade de direção da ação e de antecipação das consequências de ações culposas, negando-se qualquer possibilidade de separar o fim da vontade (PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20). Nesta última etapa, Welzel propõe prescindir totalmente do resultado, é dizer, da finalidade, para atender apenas à ideia de “controle”, ao substituir a ideia de ação final (*filaner Handlung*) pela ação cibernética (*Kybernetischer*

Apesar das questões já mencionadas, notadamente das dificuldades empregadas no âmbito dos delitos culposos, certamente, o maior ponto de discussão na Teoria Normativa Pura relaciona-se ao substrato material da culpabilidade, o denominado “poder atuar de outro modo” (*das anders-Handeln-Können*) – “livre arbítrio” (*Willensfreiheit*) –, que é responsável pela “crise” do conceito de culpabilidade e se tornou, inclusive, um dos *grundlegenden Probleme des Strafrechts*¹¹⁸, já que, segundo a doutrina majoritária, é algo empiricamente indemonstrável.

O “poder atuar de outro modo” não poderia ser demonstrado, porque, conforme preceitua Oscar Emilio Sarrulle, ao “[...] *reproducirse las circunstancias previas al acto criminal para demostrar el grado de libertad con que obró el autor, la memoria del acontecimiento anterior siempre modificaría la circunstancia*”¹¹⁹. Desta forma, acrescenta Claus Roxin,

[...] se a possibilidade de culpabilidade humana não pode ser verificada e se [depende] de pressupostos que não podem ser provados, nenhuma consequência científica deve ser deduzida, é impossível trabalhar com o conceito de culpabilidade¹²⁰.

Em outras palavras, se a imposição de uma sanção penal pressupõe culpabilidade e a reprovação de culpabilidade, por sua vez, se baseia em um fundamento indemonstrável, a culpabilidade não poderá ser utilizada como fundamento da pena¹²¹. Tal situação, em consonância com o princípio do *in dubio pro reo*, deveria sempre conduzir à absolvição do acusado¹²²; caso contrário, restaria descaracterizado o Direito Penal de culpabilidade (próprio dos sistemas retributivos), pelo qual a pena exige a demonstração da culpabilidade do autor.

Handlung), na qual o relevante seria o controle pela vontade. Haveria, então, para a caracterização da *Kybernetischer Handlung*, um acontecimento controlado e dirigido pela vontade, o que poderia ocorrer tanto em ações dolosas, quanto em ações culposas (BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 40).

¹¹⁷ Constata-se, portanto, que, através de uma análise da ação humana, Welzel tentou demonstrar que seria possível que o sujeito planejasse uma conduta tendenciosa a um resultado danoso e, novamente, não logrou êxito no seu intento.

¹¹⁸ Problemas fundamentais do Direito Penal (tradução nossa).

¹¹⁹ Ao se reproduzir as circunstâncias prévias ao ato criminal, para demonstrar o grau de liberdade com que atuou o autor, a memória do acontecimento anterior sempre modificaria a circunstância (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 57).

¹²⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Tradução de Fernando Frago. *Revista de Direito Penal*, n.11/12, p.7-20, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 7.

¹²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 178.

¹²² ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 861; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 799-800.

Note-se que, reconhecendo a falha acima aludida e utilizando uma solução similar a dos seguidores das teorias generalizantes da exigibilidade, para retificar o “novo sistema jurídico-penal” construído, os finalistas passaram a examinar o “poder atuar de outro modo” a partir da construção de um homem médio (*Durchschnittsmensch*)¹²³, não mais do sujeito em si.

Contudo, é importante observar que tal intento não se coaduna com os princípios de um Estado de Direito e aos próprios fundamentos adotados pelo sistema empregado pelos finalistas, já que, na linha apontada por Claus Roxin,

[...] *aus kann man einen sittlichen Vorwurf gegen eine individuelle Person unmöglich auf Fähigkeiten stützen, die andere Personen vielleicht haben, die aber dem Täter gerade fehlten! Das ist nicht nur unlogisch, sondern auch eine Preisgabe des Ausgangspunktes, dass dem Täter selbst eine freie Entscheidung möglich sein muss*¹²⁴.

Além disso, observa-se que, nos casos em que a Teoria Normativa Pura seria aplicável, a condição normativa da culpabilidade a transforma “numa questão de Estado, alheia à realidade antropológica”, em razão da carência de contraste fático no seu âmbito¹²⁵. Com a adoção da culpabilidade puramente normativa, a pessoa humana, dentro de um Estado Democrático de Direito, é objetivada. O sujeito, ao praticar um crime, será considerado como o objeto em que recairá a imputação penal.

Ou seja, Hans Welzel alerta que “a culpabilidade é uma qualidade negativa própria da ação humana e não está situada na cabeça das outras pessoas que julgam a ação”¹²⁶; porém, com a adoção da sua teoria, verifica-se que a responsabilidade será fundamentada num “juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana”¹²⁷.

¹²³ Hans Welzel, criador da doutrina finalista, não admitia tal análise. Segundo ele, “a censura de culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor poderia ter formado sua decisão antijurídica de ação em forma mais correta, adequada à norma, e isto **não no sentido abstrato no que teria podido fazer um homem qualquer, em lugar do autor**, mas sim, e muito **de forma definida, de que esse homem, nessa situação**, teria podido formar sua decisão de vontade em forma adequada à norma” (grifos nossos) (WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 220-221).

¹²⁴ É impossível basear uma reprovação moral, contra uma pessoa individual, em capacidades que, talvez, outras pessoas tenham, mas que precisamente falta ao sujeito! Isso não é apenas ilógico, como também um abandono ao ponto de partida de que ao próprio sujeito deve ser possível uma decisão livre (tradução nossa) (ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 861; ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 800).

¹²⁵ SILVA, Wellington César Lima e. **Atualização crítica da Culpabilidade**. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso: em 15 fev. 2008.

¹²⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

¹²⁷ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 148.

Constata-se, destarte, que a Teoria Normativa da Culpabilidade, afasta a condição de sujeito de direito daqueles que praticam infrações penais, é incompatível com diversas espécies delitivas e baseia-se em um pressuposto indemonstrável, atrelado à ideia de exigibilidade, que também não pode ser considerada isenta de críticas.

Segundo a concepção finalista, apesar de não excluïrem, as causas de inexigibilidade de outra conduta reduzem a culpabilidade, ou seja, reduzem a capacidade de atuação de modo diverso, de modo a justificar uma indolência no sentido de afastamento da culpabilidade do autor.

Com efeito, verifica-se que a concepção de inexigibilidade empregada põe em manifesto a própria inidoneidade da ideia do “poder atuar de outro modo” (*das anders-Handeln-Können*) como substrato material da culpabilidade puramente normativa¹²⁸, pela impossibilidade de justificação de existência de uma causa de exculpação, considerada como elemento da própria culpabilidade, que não afasta a configuração do seu fundamento material¹²⁹.

Ademais, a exigibilidade não pode estar atrelada ao “poder atuar de outro modo”, como elemento integrante de um juízo neste lastreado, mesmo que na forma de causa de diminuição dessa liberdade de vontade, já que a utilização de um fundamento indemonstrável para a culpabilidade deslegitima a imposição de uma sanção penal num sistema que pressupõe culpabilidade, assim como, em via de consequência, qualquer instituto derivado do mesmo.

De igual forma, como ressalta Teresa Aguado Correa, a exigibilidade não pode ser indicada como mera causa exculpante, tendo em vista que tal postura despreza a função da exigibilidade no âmbito, por exemplo, da exclusão da antijuridicidade, principalmente nos casos de afastamento de infrações de dever objetivo de cuidado¹³⁰.

Constata-se, portanto, que a função empregada para a inexigibilidade na Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, mais do que não se coadunar com o próprio sistema finalista – representando um contrassenso – e de estabelecer um vínculo umbilical com um pressuposto

¹²⁸ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 23.

¹²⁹ O reconhecimento da dificuldade dessa justificação culminou, inclusive, no estabelecimento de uma diferenciação doutrinária entre “causas de exclusão da culpabilidade” (*Schuldausschiebung*) e “causas de exculpação” (*Entschuldigungsgründe*), para indicação, respectivamente, das hipóteses de exclusão do fundamento/princípio da culpabilidade e das hipóteses de culpabilidade diminuída (*verringert Schuld*), como será examinado mais adiante. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p.877; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 814-815.

¹³⁰ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 23.

indemonstrável, denota a necessidade de revisão da função e real alcance da exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico-penal.

No entanto, na fase pós-finalista da Teoria da Culpabilidade, a preocupação voltou-se, em geral, para a eterna busca por um fundamento material para a culpabilidade. Desta forma, apesar de terem sido reconhecidas as dificuldades teóricas relativas à manutenção do conceito tradicional de inexigibilidade dentro da estrutura da culpabilidade, as mudanças efetuadas foram, na maioria dos casos, insuficientes para a adequada retificação da referida falha.

3 TEORIAS DA CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE NO PÓS-FINALISMO: INÍCIO DA DISSOCIAÇÃO ENTRE UMA DIMENSÃO MATERIAL DA CULPABILIDADE E O PAPEL DA INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

Foi em decorrência dos diversos questionamentos acerca da indemonstrabilidade do livre arbítrio, da crise do conceito de culpabilidade e da conseqüente necessidade de legitimar a imposição das sanções penais, que foram apresentadas teses que, em linhas gerais, buscam uma nova definição da liberdade de agir, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico ou indicam um novo fundamento material para a culpabilidade.

Todavia, tais concepções, integrantes da fase pós-finalista da Teoria da Culpabilidade, além de representarem uma revisão do conceito material da culpabilidade – o que foi o seu principal desiderato –, denotam os esforços empregados pela doutrina para afastar o contrassenso derivado da indicação da exigibilidade/inexigibilidade como elemento da culpabilidade e, ainda, revelam o início da dissociação entre a dimensão material da culpabilidade e a real função da exigibilidade/inexigibilidade na seara penal.

3.1 PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS NO PÓS-FINALISMO: RECONHECIMENTO DE UM CONTRASSENSE CONCEITUAL

Antes da apresentação de um autêntico modelo pós-finalista da Teoria da Culpabilidade, Wessels, Jescheck e Maurach desenvolvem a Teoria Complexa da Culpabilidade, com o principal objetivo de, em resposta às críticas formuladas ao finalismo, retomar a já ultrapassada culpabilidade subjetiva para a construção de um modelo híbrido, conciliador, entre as doutrinas psicológicas e puramente normativas.

Neste sistema atrelado à Teoria Social da Ação, a ação é definida como um movimento humano socialmente relevante e “a possibilidade de direção da conduta baseia-se na capacidade do homem de controlar seus impulsos [...] e de dirigir sua decisão segundo as normas ético-socialmente obrigatórias e suas representações de valor”¹³¹.

¹³¹ WESSELS, Joannes. **Direito Penal**: Aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 83.

Com efeito, é estabelecida uma dupla função (*Doppelfunktion*) do dolo e da culpa, já que, segundo os seus defensores, os elementos subjetivos deveriam ser analisados no injusto penal (*Tatbestand*) e na culpabilidade (*Schuld*). O dolo, como determinante da direção do comportamento, significa um elemento do injusto e, como resultado do processo de motivação do autor, compõe à culpabilidade¹³².

Na sua primeira função, o dolo, “como núcleo do injusto penal da ação, constitui [...] elemento geral do tipo de injusto subjetivo e o fundamento para a imputação subjetiva do resultado típico”¹³³. Segundo Wessels,

[...] *der Tatbestandsvorsatz als Verhaltensform und subjektives Unrechtselement liefert für den ihm entsprechenden Schuldtypus der vorsätzlich-fehlerhaften Einstellung zur Rechtsordnung (Vorsatzschuld) nur ein widerlegbares „Indiz“: Wie die Verwirklichung des Tatbestandes für die endgültige Bewertung der Tat als „Unrecht“ ein Indiz bildet, das beim Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt (s. Rn 122), wird die „Vorsatzschuld“ durch den Tatbestandsvorsatz lediglich „indiziert“*¹³⁴.

No setor da culpabilidade, o dolo torna-se “o portador do desvalor do ânimo atualizado do fato” e, no caso de delitos culposos, da “desatenta ou descuidada posição do autor em face das exigências de cuidado de ordem jurídica”¹³⁵. O dolo passa a ser utilizado, neste âmbito, para revelar uma atitude interna do sujeito face ao bem jurídico ofendido pela sua conduta, que será levada em consideração para a sua reprovação.

Essa dupla função do dolo culmina na substituição do “poder agir de outro modo” por novos critérios para a definição da culpabilidade. O critério a ser utilizado, como substrato material da culpabilidade, segundo Wessels, seria o da “atitude defeituosa” (*fehlerhafte Einstellung*), de acordo com Jescheck, o da “atitude juridicamente reprovada” (*rechtlich missbilligte Gesinnung*) e, para Maurach, o da “atributividade” (*Zurechenbarkeit*).

¹³² Segundo Wessels, “[...] a realização dolosa ou negligente do tipo de injusto constitui, como forma de conduta, o correlato para a forma de culpabilidade estampada pelas ponderações da censurabilidade (= estágios da culpabilidade); às formas de comissão dolosa ou negligente corresponde o tipo de culpabilidade dolosa ou negligente” (Ibidem, p. 89).

¹³³ Ibidem, p. 49.

¹³⁴ O dolo do tipo, como forma de comportamento e elemento subjetivo do ilícito, fornece, para o correspondente tipo de culpabilidade, a configuração de um vício doloso para o ordenamento jurídico (culpabilidade dolosa) com apenas uma indicação refutável: como a realização do tipo na avaliação final do fato como “ilícito” seria um indício da ausência de causa de justificação, seria a culpabilidade dolosa indicada através do dolo do tipo (tradução nossa) (WESSELS, Johannes; BEULKE. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 38.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008, p. 149).

¹³⁵ WESSELS, Johannes. **Direito Penal: Aspectos fundamentais**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 89.

De qualquer forma, com a Teoria Complexa, a culpabilidade passa a ser concebida como um juízo sobre a “livre autodeterminação de uma atitude reprovável ou defeituosa do autor ao realizar o tipo de injusto”¹³⁶ e a ser composta pela “capacidade de culpa, os elementos especiais da culpabilidade [...], a forma de culpabilidade (= dolo ou negligência), a consciência do injusto [...] e a ausência de causas exculpantes”¹³⁷.

Apesar da possibilidade de se afirmar que a Teoria Complexa da Culpabilidade não possui muita relevância no âmbito do estudo da culpabilidade e da mesma poder ser considerada como um mero retrocesso à culpabilidade psicológico-normativa¹³⁸, uma observação importante deve ser reconhecida em sede de estudo da exigibilidade: Maurach já reconhecia a contradição existente entre as noções de exigibilidade e culpabilidade defendidas e já advertia que culpabilidade e exigibilidade não têm que seguir necessariamente unidas¹³⁹.

Maurach, ciente do risco de estabelecer como elemento da culpabilidade algo que não afasta a configuração do seu substrato material e ante a dificuldade de reduzir as diversas causas de afastamento da culpabilidade a um fundamento único¹⁴⁰, valendo-se do critério da “atributividade” (*Zurechenbarkeit*), efetuou a divisão entre “responsabilidade pelo fato” (*Tatverantwortlichkeit*) e culpabilidade (*Schuld*).

Nesta concepção, “responsabilização pelo fato” e culpabilidade estão inseridas em um conceito mais amplo, de “atributividade”, como seus elementos. A “responsabilização pelo fato” indica o exame, prévio à culpabilidade, da possibilidade da ação ser atribuível à responsabilidade ao autor, como uma desaprovação genérica do atuar que enseja a análise da exigibilidade ou não de outra conduta. A culpabilidade, por sua vez, implica na reprovação pessoal do autor, baseada nas suas qualidades e na situação fática, representando um juízo de atribuição pautado na imputabilidade e no conhecimento da ilicitude.

¹³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 3.ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 289.

¹³⁷ WESSELS, Joahannes. **Direito Penal**: Aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 86.

¹³⁸ Em que pese nosso posicionamento, Paulo José da Costa Jr. entende que essa teoria seria menos radical e mais conciliatória do que a dogmática welzeliana. Os seus defensores, na ótica do referido doutrinador, tentaram “salvar” a Teoria Normativa Pura por meio da colocação do dolo também na culpabilidade (COSTA JR., Paulo José da. Finalismo?. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.486).

¹³⁹ CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito**. Granada: Comares, 2004, p. 21.

¹⁴⁰ Problema que ensejou na separação doutrinária entre “causas de exculpação” e “causas de exclusão de culpabilidade”, conforme já mencionado anteriormente.

Com isso, Maurach deixa de inserir a exigibilidade no juízo de culpabilidade e a concebe como causa de exclusão da “responsabilização pelo fato”, que afasta o juízo de desvalorização.

Maurach chama a atenção para que nas situações ditas de inexigibilidade o que está em causa é que o comportamento contrário à norma é *perdoável* ou *desculpável* relativamente a toda e qualquer pessoa (isto é, em geral) e nada tem a ver com o agente concreto ou com as suas específicas condições pessoais na situação, pelo que o seu relevo jurídico não pode situar-se em sede de culpa [culpabilidade]. [...] Tais situações devem ser imputadas a uma categoria sistemática, intermediária entre a ilicitude e a culpa [culpabilidade], que Maurach cognominou de “responsabilização pelo facto” (*grifos do autor*)¹⁴¹.

Com efeito, “a partir daqui ficava próxima a tentativa de, sem contestar em definitivo o pensamento fundamentador da inexigibilidade, afastá-la pura e simplesmente do domínio da culpa [culpabilidade] e da sua correspondente localização sistemática”¹⁴².

Portanto, é possível afirmar que a Teoria Complexa da Culpabilidade reconheceu a possibilidade da efetivação de uma dissociação entre culpabilidade e exigibilidade, representando, com as contribuições de Maurach, um avanço para a Teoria da Exigibilidade, tal como pode ser observado na doutrina de Armin Kaufmann.

Também no final da fase finalista, Armin Kaufmann introduziu progressivamente novas abordagens sobre a culpabilidade material e a exigibilidade, a partir de sua aceção sobre a teoria das normas. Segundo Kaufmann, os juízos de valor sobre as ações finalistas dariam lugar às normas, que, por sua vez, teriam como objeto a própria ação ou omissão finalista. A norma se concretizaria por um dever para aquele capaz de realizar a ação ordenada ou de omitir a ação proibida e essa capacidade de seguir o dever (de ser motivado pela norma), juntamente com a vontade livre, seria o que converteria o obrigado em sujeito responsável¹⁴³.

Neste diapasão, a culpabilidade seria representada pela “*acción antijurídica desaprobada de un capaz de seguimiento del deber*”¹⁴⁴ e a inexigibilidade deixa de constituir substancialmente uma causa de exclusão da culpabilidade, para ser, unicamente, um motivo de renúncia da ordem jurídica à punição de uma culpa que existe, mas em grau excepcionalmente diminuto¹⁴⁵.

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1, p. 604-605.

¹⁴² Ibidem, p. 604.

¹⁴³ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 437-439.

¹⁴⁴ Ação antijurídica desaprobada de um capaz de seguimento do dever (tradução nossa) (Ibidem, p. 441).

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 78.

Com isso, Kaufmann introduz, na Teoria da Culpabilidade, a ideia de que a exigibilidade não constitui pressuposto, tampouco elemento da culpabilidade, já que,

não é um menos relativamente à culpa [culpabilidade], mas um mais através do qual se requer, para que sobrevenha a punição, não só capacidade do agente de motivação de acordo com a norma (isto é, culpa [culpabilidade]), mas também, em certos casos, inexistência de uma situação externa que lhe torne aquela motivação particularmente difícil¹⁴⁶.

De forma tautológica, a inexigibilidade seria uma causa de exculpação que apenas exclui a exigibilidade, que está situada, dogmaticamente, no campo das condições da ação, das causas de exclusão e elevação da pena¹⁴⁷. Compreende-se, assim, que a ordem jurídica renuncia à punição devido à “inexigibilidade que, como agora deixa ver, não se liga à fundamentação da censura da [culpabilidade], mas somente à sua quantificação e, em particular, à circunstância de em tais hipóteses a [culpabilidade] se encontrar especial e excepcionalmente diminuída”¹⁴⁸.

Na prática, as implicações da tese de Kaufmann no âmbito da exigibilidade são similares às de Maurach, já que denota a mera exclusão da ideia de exigibilidade da seara da culpabilidade, desacompanhada de um exame acerca da sua vinculação ou não com o pressuposto material da culpabilidade e da sua adequação funcional no ordenamento jurídico-penal. Ademais, insta salientar que as contribuições de Kaufmann também não tiveram repercussão no cenário internacional, ante a grande influência da doutrina finalista.

Em que pese as contribuições teóricas apresentadas nesta fase, que pode ser denominada de “transitória”, o finalismo eterno e atemporal só começou a perder espaço, efetivamente, a partir de 1970, com o surgimento das ideias funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs, que também revelam novos passos no sentido de uma efetiva revisão da função e do alcance da exigibilidade no Direito Penal.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 79.

¹⁴⁷ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 548-549.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 79.

3.2 SUBDIVISÃO CATEGORIAL NAS TEORIAS PÓS-FINALISTAS DA CULPABILIDADE

Nos esforços para indicação de um novo fundamento material para a culpabilidade ou para substituição do próprio instituto jurídico, Claus Roxin e Günther Jakobs, assim como Bernd Schünemann e Santiago Mir Puig, reconheceram a impossibilidade de igualar a exigibilidade/inexigibilidade aos elementos tradicionais da culpabilidade e construíram modelos nos quais, além de ser apresentada uma possível solução para a questão da ilegitimidade do substrato material da culpabilidade, são efetuadas divisões na terceira categoria delitiva, que representam um avanço na efetiva dissociação da exigibilidade e da culpabilidade.

3.2.1 Claus Roxin, culpabilidade como dirigibilidade normativa e inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilidade

A Teoria Funcionalista ou Teleológica, desenvolvida por Claus Roxin, é construída com base nas finalidades do Direito Penal e da aplicação da pena¹⁴⁹, de forma completamente dissociada ao ontologismo finalista e à ideia de livre arbítrio¹⁵⁰, já que pressupõe que o homem sempre será influenciado pelo meio em que estiver inserido.

Deste modo, Roxin remodela a Teoria do Delito por meio de pressupostos político-criminais, reestruturando as tradicionais categorias do delito, e, se aproximando da realidade social, aperfeiçoa a dogmática neokantiana para criar um modelo maleável e susceptível de aplicação em uma diversidade de casos concretos. Substitui-se a “vaga orientação a valores culturais do

¹⁴⁹ Na teoria roxiniana, os fins do Direito penal são considerados os elementos teleológicos da culpabilidade e os fins da pena, os elementos axiológicos.

¹⁵⁰ Claus Roxin considera que “*el Derecho penal puede mantenerse el margen en la disputa filosófica y de las ciencias naturales sobre el libre albedrío [...] La suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos [...]. La libertad y la responsabilidad serían ‘un elemento irrenunciable de la convivencia humana’*” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 808; ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 869-870).

neokantismo por um parâmetro sintetizador especificamente jurídico-penal: os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena”¹⁵¹.

Após a introdução de uma Teoria Personalista da Ação (*personale Handlungslehre*)¹⁵² e a utilização do princípio do risco para substituição da causalidade no injusto penal – no qual é concebida a Teoria da Imputação Objetiva (*objektiven Zurechnungslehre*)¹⁵³ –, no âmbito da culpabilidade, Roxin se desvincula da ideia de retribuição da pena¹⁵⁴ e efetua uma nítida modificação da categoria, que passa a se configurar, político-criminalmente, a partir da doutrina dos fins da pena¹⁵⁵ e a não mais representar um elemento autônomo.

Para correção da contradição existente entre a inclusão da exigibilidade como elemento da culpabilidade e para demonstração de que será necessário analisar a culpabilidade do autor em conjunto com a necessidade da aplicação da pena no caso concreto, é efetuada uma ampliação na terceira categoria delitiva. Roxin considera que,

*die Vorwerfbarkeit ist eine notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung der Verantwortlichkeit; die präventive Sanktionnotwendigkeit muss hinzukommen [...]. Es muss also der normative **Schuldbegriff** zu einem normativen **Verantwortlichkeitsbegriff** weiterentwickelt werden*¹⁵⁶ (grifos do autor).

¹⁵¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

¹⁵² Nesta, a ação é definida como qualquer “exteriorização da personalidade” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59). Ou seja, como tudo que pode ser atribuído a uma pessoa como centro de atos anímicos-espirituais.

¹⁵³ A adoção da Teoria da Imputação Objetiva indica que “a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante (proibido) de lesão típica de um bem jurídico” (ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58). Com isso, Roxin propõe a utilização do princípio do risco para substituição da causalidade pela perquirição da existência de um risco não permitido no âmbito de proteção da norma, pois apenas lesões significativas a bens jurídicos fundamentais representariam uma ofensa à norma jurídica, merecedora de uma resposta estatal.

¹⁵⁴ Claus Roxin revela que o seu pensamento se orienta no desligamento do “conceito de culpabilidade do conceito de retribuição, geralmente considerados unidos indissolúvelmente, e a utilizá-lo somente na medida em que sirva para restringir o poder punitivo do Estado”. Há uma redução do conceito de culpabilidade a uma de suas funções apenas: a preventiva (ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Tradução de Fernando Fragozo. **Revista de Direito Penal**, n.11/12, p.7-20, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 11).

¹⁵⁵ ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). **El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991, p.137.

¹⁵⁶ A culpabilidade é uma condição necessária, mais ainda não suficiente da responsabilidade; deve-se adicionar a necessidade preventiva da sanção. [...] O conceito normativo de culpabilidade deve se aperfeiçoar na direção de um conceito normativo de responsabilidade (tradução nossa) (ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 858; ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 797).

Assim, Roxin cria o instituto da responsabilidade (*Verantwortlichkeit*)¹⁵⁷, um dado misto, que, empiricamente, abrange a capacidade geral de autocontrole e a dirigibilidade normativa por ela produzida (culpabilidade *stricto sensu*) e, normativamente, a possibilidade, derivada daquela constatação, de adoção de conduta conforme o direito (necessidade preventiva)¹⁵⁸.

Nesse diapasão, a culpabilidade se funda numa atuação injusta realizada mesmo ante a existência de dirigibilidade normativa. A culpabilidade deve ser afirmada quando o agente, no momento do fato, estava disponível para a chamada da norma, segundo o seu estado mental e anímico (isto é, quando houver dirigibilidade normativa - *normative Ansprechbarkeit*). De acordo com Roxin, a dirigibilidade normativa seria o substrato material da culpabilidade e não seria uma hipótese indemonstrável, mas um fenômeno científico empírico¹⁵⁹. Se a capacidade psíquica existe e o sujeito atua injustamente, este será considerado culpável¹⁶⁰.

Entretanto, a culpabilidade passa a ser “*el merecimiento de pena*”¹⁶¹, por depender da posterior averiguação da necessidade preventiva. Na teoria funcionalista inaugurada por Roxin, culpabilidade e necessidade preventiva são conceitos conexos, que se limitam reciprocamente e só levam à “responsabilidade” pessoal do autor se concorrerem em conjunto¹⁶²⁻¹⁶³.

¹⁵⁷ Hans Achenbach não aceita a terminologia empregada por Roxin, pois esta “*no expresa con la suficiente claridad qué es lo que aquí realizamos: esto es, que no nos limitamos a determinar una responsabilidad ya preexistente, sino que la imputamos, que hacemos responsable al autor*” (ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 136). Segundo o referido doutrinador alemão, que é discípulo de Armim Kaufmann, “*a este reconocimiento, fundamentado de nuevo en la actualidad, el concepto que se ajusta en mayor medida es el tradicional de imputación*” (ACHENBACH, Hans. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 136).

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 872-873; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 810.

¹⁵⁹ “*Damit ist gemeint, dass die Schuld eines Täters zu bejahen ist, wenn er bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war [...]. Es geht insoweit nicht um eine unbeweisbare Hypothese, sondern um einen erfahrungswissenschaftlichen Befund*” (ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 868; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 807).

¹⁶⁰ SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 59-60.

¹⁶¹ O merecimento de pena (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 48).

¹⁶² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 207-208.

Com efeito, é possível afirmar que o crime estará conformado quando o fato for típico, antijurídico e responsável¹⁶⁴. Essa nova “categoria” da responsabilidade é formada pela culpabilidade *stricto sensu*, ou seja, pela dirigibilidade normativa – composta pela capacidade de culpabilidade ou imputabilidade (*Schuldfähigkeit*) e pela consciência da ilicitude (*Unrechtskenntnis*) –, bem como pela necessidade de reprovação do autor de um delito (necessidade preventiva – *präventive Notwendigkeit*), âmbito no qual estão inseridas as causas de exculpação vinculadas à inexigibilidade de outra conduta.

Verifica-se que, traçada uma distinção entre “causas de exclusão da culpabilidade” (*Schuldausschiebung*) e “causas de exculpação” (*Entschuldigungsgründe*), Roxin inclui, na culpabilidade, a imputabilidade e a consciência da ilicitude, assim como as “causas de exclusão da culpabilidade” destas derivadas. Mas, retira da culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa e as conseqüentes “causas de exculpação”, que passam a relacionar-se com a necessidade preventiva e, portanto, a estar englobadas pela abrangente “categoria” da responsabilidade, a fim de indicar as hipóteses de ocorrência de uma culpabilidade diminuída (*verringert Schuld*) decorrente da adoção de critérios político-criminais.

É importante observar que, com as modificações empreendidas, notadamente com a inauguração do instituto da responsabilidade, Roxin estabelece que todos os requisitos da tradicional culpabilidade devem ser examinados a partir da disponibilidade empírica do sujeito e da política-criminal adotada. É conferido um fundamento geral a todas as causas tradicionais de inculpabilidade, de modo que “a imputabilidade é conceituada como capacidade de motivação; a consciência da ilicitude é requisito da motivação e a exigibilidade de outra conduta se funda na necessidade de motivação”¹⁶⁵.

¹⁶³ A necessidade preventiva também pressupõe a culpabilidade, em razão da forçosa observância da premissa do *nulla poena sine culpa*, mesmo que a prevenção seja necessária, a pena não será imposta se não havia, no momento do fato delituoso, a possibilidade do sujeito motivar-se conforme a norma.

¹⁶⁴ Apesar das definições empregadas, Roxin considera que o sistema político-criminal não “disseca” os elementos do crime. Através das categorias do delito deseja-se apenas expressar que, sob os vários aspectos valorativos, os diferentes momentos do acontecimento adquirem relevância jurídico-penal diversa (“*Durch die Verbrechenskategorien wird lediglich aus gedrückt, dass unter verschiedenen Wertungsaspekten jeweils verschiedene „Momente“ des Geschehens strafrechtlich bedeutsam werden*”) (ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 233; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 229; ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 254).

¹⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1, p. 435.

Nesta ótica, a exigibilidade de conduta diversa será utilizada, no âmbito do exame da responsabilidade, fora da culpabilidade *stricto sensu*, para analisar a necessidade preventiva ante a motivação do autor e os critérios político-criminais. É dizer, com a incidência da inexigibilidade, a culpabilidade subsiste, já que não se trata de uma situação que culmina na exclusão da culpabilidade, “mas de uma questão de ausência de exigências de prevenção e, conseqüentemente, de desnecessidade de punição”¹⁶⁶.

Por isso, a não punição decorre, principalmente, do fato do legislador considerar que, em situações extremas, não existe qualquer necessidade de prevenção geral ou especial, de modo que, em tais casos, a responsabilidade jurídico-penal desaparece¹⁶⁷.

Em linhas gerais, no que tange às modificações inseridas na tradicional definição de culpabilidade, é possível observar que Roxin defende um caráter mais garantista e flexível deste instituto, já que, a exigência da necessidade preventiva, como pressuposto adicional da culpabilidade, fundamenta a aplicação da pena e, simultaneamente, restringe a possibilidade de punição da conduta culpável¹⁶⁸, confirmando a sua efetiva função limitadora. Este modelo, de forma dissociada da ideia de retribuição, limita o poder punitivo do Estado com base na necessidade de prevenção, de modo a efetivar o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal.

Além disso, ao afirmar que a desnecessidade da imposição de uma pena, em face da presença de “causas de exculpação”, justifica-se pela inexistência de efeitos no âmbito da prevenção geral e especial, é efetuada uma modificação sistêmica da exigibilidade para correção do equívoco da dogmática finalista relativo ao contrassenso na indicação de elemento cuja ausência não afasta o substrato material da culpabilidade. A Teoria Normativa Pura era insuficiente para explicar as hipóteses em que o sujeito não seria merecedor da pena, embora tivesse a possibilidade de realizar a conduta conforme a norma, o que é solucionado com a utilização da “responsabilidade”. Nestes casos, não há responsabilidade, mas haveria culpabilidade, pois somente autores culpados podem ser exculpantes ou desculpantes¹⁶⁹.

¹⁶⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 606.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 226; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 222; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 241.

¹⁶⁸ SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 61.

¹⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 174.

No entanto, insta ressaltar que as alterações dogmáticas introduzidas por Roxin não são suficientes para suprir as falhas do sistema finalista na seara da culpabilidade, já que a inauguração da “necessidade preventiva” pode causar insegurança jurídica pela possibilidade indiscriminada de absolvição. Ademais, a sua pretensão garantista choca-se com os critérios político-criminais utilizados – de natureza política, ideológica e transitória –, pois resta perceptível a falta de um substrato real para a caracterização do juízo de culpabilidade e, por conseguinte, a inexistência de um requisito empírico para determinar a punição. Representam, contudo, um avanço, tanto em sede de culpabilidade, quanto em sede de exigibilidade.

A doutrina de Roxin, além de denotar a utilização da exigibilidade para aproximação entre Direito Penal e política criminal, corrige o contrassenso dogmático viabilizando a justificação das causas legais de “exculpação” e demais hipóteses de não punição por ausência de “merecimento” da pena, mediante a dissociação das ideias de culpabilidade e exigibilidade.

3.2.2 Günther Jakobs, culpabilidade como dever de fidelidade normativa e inexigibilidade como tipo negativo de culpabilidade

Como outra representante da linha funcionalista, a acepção de Günther Jakobs, orientada pelos fins da pena e fundamentada nas teses de Luhmann e Hegel, defende a extração da ideia de culpabilidade da noção de prevenção geral, o que culmina em significativas alterações na teoria do delito e na consequente construção de um radical modelo de compreensão do sistema jurídico-penal, que também denota traços da dissociação entre exigibilidade e culpabilidade por meio de uma subdivisão categorial.

Jakobs desenvolve a teoria do crime completamente voltada para os fins do Direito Penal, cuja função seria de reafirmar a vigência da norma, de legitimidade inquestionável, que o comportamento delinqüente violou. Por isso, parte-se da premissa de que a reação penal não deriva da violação ou colocação em perigo de um bem jurídico, senão da quebra do perfeito equilíbrio de uma norma que regula as relações sociais. “*Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma*”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Pune-se para manter a confiança geral na norma, para exercitar no reconhecimento geral da norma (tradução nossa) (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 581).

Constrói-se, assim, um funcionalismo sistêmico, considerando que, “*en una sociedad de contactos anónimos, despersonalizada, los ciudadanos deben cumplir roles, y en función de ello se van generando expectativas que deben ser garantizadas normativamente*”¹⁷¹. Haveria um contrato sinalagmático, entre o Estado e a sociedade, materializado por meio do ordenamento jurídico. O Estado garantiria a liberdade individual e as pessoas, por seu turno, estariam obrigadas a serem leais ao sistema normativo¹⁷².

O Direito Penal teria, portanto, a missão de estabilizar os conflitos sociais, resgatando a confiança normativa atingida pela prática de uma infração penal. Mas, dentro de um sistema autopoiético, Jakobs diferencia duas vertentes do Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*)¹⁷³.

Mesmo no Direito Penal do Cidadão, pautado em “garantias”, todos os conceitos da dogmática de Welzel perdem o conteúdo ontológico e pré-jurídico, já que, como a preocupação do sistema construído por Jakobs é que a norma consiga *evitar* determinadas condutas, os elementos do crime passam a ser determinados pela função geral preventiva do Direito Penal e pela necessidade de regulação do sistema¹⁷⁴.

Substituindo a ideia de finalidade pela de “evitabilidade” e adotando uma teoria denominada de Teoria da Evitabilidade Individual, Jakobs concebe a ação como um causamento evitável de um resultado contrário à norma e a omissão como não evitamento de um resultado que poderia ser evitado¹⁷⁵. Nesta inteligência, a tipicidade será constatada quando um determinado fato frustrar as expectativas normatizadas de uma sociedade¹⁷⁶, de modo a representar o

¹⁷¹ Em uma sociedade de contatos anônimos, despersonalizada, os cidadãos devem cumprir papéis e, em função disto, vão sendo geradas expectativas que devem ser garantidas normativamente (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 67).

¹⁷² PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 83.

¹⁷³ No Direito Penal do Inimigo, o Estado não reconhece nenhum direito dos infratores, bastando, para a responsabilização, a comprovação da sua periculosidade, o que dispensa o exame da culpabilidade do autor, representa um retrocesso ao Direito Penal do autor e revela a inconstitucionalidade do próprio sistema. Por isso, não é objeto do presente trabalho.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209.

¹⁷⁵ M^a Del Mar Díaz Pita revela que, em Jakobs, “*una acción es un comportamiento pleno de significado que expresa, al menos, la indiferencia del sujeto hacia la validez de la norma. Esa indiferencia se plasma en la ausencia de evitación del resultado lesivo. La motivación y la evitabilidad se erigen así en las características básicas de una acción antijurídica [...]*” (PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 80).

¹⁷⁶ Assim como Roxin, Jakobs adota, no âmbito da tipicidade, a Teoria da Imputação Objetiva, mas com as suas peculiaridades, já que a criação de um risco desaprovado confunde-se com a violação do dever de fidelidade a norma. Deste modo, ao passo em que considera todos os conhecimentos especiais do autor como irrelevantes – porque ultrapassam as obrigações decorrentes do papel social –, estabelece que os critérios de não imputação

descumprimento de um papel social, e a antijuridicidade restará conformada quando for admitida a possibilidade de reconhecimento daquela norma infringida.

Neste conjunto teórico, a culpabilidade perde a sua importância e o seu conteúdo praticamente desaparece, já que passa a ser orientada pela expectativa organizacional, caracterizada como o simples dever de fidelidade à norma e limitada ao necessário sob o ponto de vista preventivo.

Como a pena deverá afirmar a vigência da norma jurídico-penal para permitir a estabilização da sociedade e a manutenção do ordenamento jurídico, que foi alterado com a ocorrência do delito¹⁷⁷, o déficit de motivação contrário à fidelidade ao Direito representa a ideia central da culpabilidade¹⁷⁸. O sujeito que atua culpavelmente e poderia ter se motivado através da norma, segundo Jakobs, propõe uma forma de organização distinta à determinada pelo ordenamento jurídico, que seria o único considerado legítimo, devido à ausência de alternativa ao mesmo¹⁷⁹.

A culpabilidade relaciona-se, portanto, à ideia de liberdade de autoadministração do sujeito, não à liberdade de vontade (livre arbítrio), já que está vinculada à obrigação de manter fidelidade ao ordenamento jurídico¹⁸⁰. O juízo de culpabilidade fundamenta-se na “necessidade de manter a confiança comunitária no direito”¹⁸¹ e indica uma deslealdade à norma jurídica. O delito frustra as expectativas da comunidade jurídica e essa frustração se compensa interpretando-se como falha a conduta frustrante, que será culpável e castigada¹⁸².

De acordo com Jakobs,

seriam a realização de um risco permitido (já que a conduta mantida dentro dos limites do risco inerente ao contrato não viola as expectativas sociais), o princípio da confiança (segundo o qual, nem tudo incumbe a todos – “*nicht jedan gehts alle an*”), a proibição de regresso (que indica que não há imputação de um autor que tem seu comportamento utilizado, por um estranho, para finalidades delituosas) e a competência da vítima (que afirma a inexistência de imputação quando o risco não se encontrar no âmbito de competência do autor, mas sim da vítima). Nota-se, portanto, que todos os critérios de não imputação relacionam-se à necessidade de cumprimento de um papel social e de garantir o pacto social e, por conseguinte, a fidelidade normativa.

¹⁷⁷ PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 83.

¹⁷⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 565-567.

¹⁷⁹ PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 80-82.

¹⁸⁰ JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 28 nov. 2012, p. 1082-1083.

¹⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 181.

¹⁸² ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 866; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 805.

*el concepto de culpabilidad, por tanto, ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento)*¹⁸³.

Percebe-se, destarte, que a culpabilidade acaba sendo absorvida – substituída – pela prevenção geral, passando a existir apenas no contexto das regras jurídico-penais¹⁸⁴ e que, ao afastar-se do indemonstrável pressuposto do livre arbítrio, Jakobs parte de um pressuposto ainda mais criticável: da legitimidade absoluta e inquestionável da norma jurídica.

A função da culpabilidade, meramente instrumental, “se justifica na medida em que serve para afirmar a deslealdade do autor para com o direito e, com isso, autorizar a imposição da pena”¹⁸⁵. No entanto, Jakobs indica que o autor somente poderá ser culpável se for livre, ou seja, quando não existirem obstáculos juridicamente relevantes para a prática dos seus atos de organização¹⁸⁶, de modo que, apesar do radicalismo da sua concepção, não são ignoradas as hipóteses de afastamento da culpabilidade.

Reconhecendo a mesma dificuldade já enfrentada por outros doutrinadores, concernente à inclusão dos elementos da inexigibilidade na seara da culpabilidade, Jakobs rechaça a separação entre os conceitos de “responsabilidade” e “culpabilidade”, defende a conexão de todos os elementos na seara da culpabilidade, ao passo em que estabelece uma dicotomia entre “tipo positivo de culpabilidade” e “tipo negativo de culpabilidade”¹⁸⁷. Para Jakobs,

la conjugación de los elementos que han de realizarse para poder determinar la deslealtad al Derecho del autor, es decir, la motivación jurídicamente incorrecta y la responsabilidad del autor por ello, constituye el tipo de culpabilidad. Los

¹⁸³ O conceito de culpabilidade, portanto, deverá ser configurado funcionalmente, é dizer, como conceito que alcança um objetivo de regulação, conforme determinados princípios de regulação (de acordo com os requisitos do fim da pena), para uma sociedade de estrutura determinada. O fim da pena é, segundo a concepção aqui desenvolvida, do tipo preventivo-geral, trata-se de manter o reconhecimento geral da norma (não de intimidação ou de castigo) (tradução nossa) (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 584).

¹⁸⁴ HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.14, n.58, p.64-84, jan/fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

¹⁸⁵ TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 153.

¹⁸⁶ SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 63-64.

¹⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 596.

*elementos de la inexigibilidad pueden denominarse tipo de exculpación. La conexión de ambos da lugar al tipo total de culpabilidad*¹⁸⁸.

O tipo positivo de culpabilidade, que pressupõe a ocorrência de um comportamento antijurídico, é formado pela imputabilidade, pelo conhecimento do injusto e motivação correspondente em inobservância ao fundamento de validade normativa, assim como, em determinadas categorias delitivas, pela concorrência de alguns elementos especiais de culpabilidade, relacionados à competência ou competência intensificada por uma infração de dever. O tipo negativo, por sua vez, é conformado pelos casos de diminuição ou exclusão da culpabilidade, em que o autor atua numa disposição de ânimo ou num contexto exculpante¹⁸⁹.

Noutras palavras, Jakobs distingue o tipo positivo de culpabilidade, no qual deve haver a comprovação da capacidade de imputação do autor (imputabilidade) e da acessibilidade ao fundamento de validade da norma infligida (potencial consciência da ilicitude), e o tipo negativo de culpabilidade, dirigido à exclusão da culpabilidade quando a pessoa atuou em casos nos quais, pelas circunstâncias, não lhe era exigível o cumprimento da norma (exigibilidade de conduta diversa)¹⁹⁰.

Portanto, na acepção de Jakobs, a inexigibilidade representa o próprio tipo negativo de culpabilidade, impondo o exame da disposição de ânimo exculpante¹⁹¹ (motivação não jurídica), que, dentro do seu sistema autopoietico, apenas induzirá à inexigibilidade de um comportamento em conformidade com a norma, e com seu fundamento de validade, se indicar a ocorrência de uma situação que, em geral, possa ser caracterizada como uma “desgraça” que não poderia ser evitada naquele momento ou que possa ser imputada a outra pessoa.

Com efeito, Jakobs afirma que

la relación de las causas de inexigibilidad con el tipo de culpabilidad es análoga a la de las causas de justificación con el tipo de injusto: la ausencia de inexigibilidad

¹⁸⁸ A conjugação dos elementos que devem ser realizados para determinar a deslealdade ao Direito do autor, é dizer, a motivação juridicamente incorreta da responsabilidade do autor por esta, constitui o tipo de culpabilidade, os elementos da inexigibilidade podem denominar-se tipo de exculpação. A conexão de ambos dá lugar ao tipo total de culpabilidade (tradução nossa) (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 596).

¹⁸⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 598-601.

¹⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 423.

¹⁹¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 252-253.

*no es condición de la culpabilidad, ya que no existen condiciones negativas [...]. Por consiguiente, la inexigibilidad existente positivamente impide la culpabilidad*¹⁹².

A questão da exigibilidade relaciona-se com as hipóteses de condicionamento da motivação, não sendo atinente à disposição psíquica do autor individual, de modo que, nos casos de ausência de exigibilidade ou de exigibilidade limitada, não é afastada a capacidade de culpabilidade em sentido estrito (imputabilidade)¹⁹³.

Segundo Jakobs, o reconhecimento da inexigibilidade é uma consequência das condições de validade prática do Direito¹⁹⁴. A ideia de exigibilidade, por conseguinte, encontra-se diretamente vinculada à legitimidade do ordenamento jurídico e à necessidade de validade das normas jurídicas, estando dissociada do livre arbítrio, mas atrelada ao instituto da culpabilidade, o que, neste caso, além de infravalorizar o seu real alcance no ordenamento jurídico, permite a sua utilização como reforço a um sistema autosuficiente e inquestionável.

De um modo geral, a teoria de Jakobs denota, de modo evidente, o desrespeito ao princípio da isonomia e da culpabilidade, demonstrando a desproporção das penas e a violação de direitos e garantias constitucionais, penais e processuais. Apesar da coerência endógena do sistema construído, tal concepção representa um verdadeiro retrocesso no âmbito da Teoria da Culpabilidade, já que, ao invés de caminhar no sentido da personalização da imposição da pena, parte do princípio de que todos são igualmente motiváveis pela norma jurídica, alheia a qualquer questionamento de validade.

Em termos de exigibilidade, apesar de não ser possível afirmar que houve um efetivo avanço, o funcionalismo sistêmico de Jakobs e suas implicações teóricas permitem, mais uma vez, uma constatação: a definição do seu substrato material não é o único problema da culpabilidade jurídico-penal, é necessário justificar – ou melhor, reavaliar – a inclusão da inexigibilidade como um dos seus elementos, já que existem traços distintivos que inviabilizam a justaposição deste requisito ao lado dos demais.

¹⁹² A relação das causas de inexigibilidade com o tipo de culpabilidade é análoga a das causas de justificação com o tipo de injusto: a ausência de inexigibilidade não é condição de culpabilidade, já que não existem condições negativas [...]. por conseguinte, a exigibilidade existente positivamente impede a culpabilidade (tradução nossa) (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 597).

¹⁹³ JAKOBS, Günther. *Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 28 nov. 2012, p. 649.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 651.

3.2.3 Bernd Schünemann e a inexigibilidade externa à culpabilidade

Numa revisão às dogmáticas funcionalistas preexistentes, Bernd Schünemann reafirma que não pode haver qualquer caráter propriamente ontológico na concepção de ação e reconstrói o conceito de culpabilidade, defendido pelo seu mestre Roxin, de modo a acatar as exigências normativas, sem afastar a ideia de liberdade e o exame da realidade social.

Embora o seu escopo fosse a mera formulação de refinações e correções nas dogmáticas funcionalistas anteriores, Schünemann altera a própria estrutura funcional da culpabilidade, a partir de postulados da teoria da linguagem.

Schünemann pondera que

[...] el punto de partida de trabajo dogmático consiste en principios normativos [...]. Mientras que este punto de partida normativo no puede ser reemplazado por expresiones ontológicas, las circunstancias empíricas pasan a desempeñar paso a paso cada vez más el papel fundamental en el desarrollo concretizador de los principios normativos. Este papel fundamental resulta de los denominados “principios-puente”, de los “enredos” que ocurren en el lenguaje coloquial respecto del lenguaje prescriptivo y descriptivo, como así también en general del hecho de que un juicio de valor no puede existir sin un supuesto de hecho sobre el que recae la valoración, y de que el juicio de valor es necesariamente falso, si parte de suposiciones incorrectas acerca del supuesto de hecho¹⁹⁵.

A partir destas considerações, Schünemann adota um modelo híbrido, pautado no “interacionismo simbólico”, no qual normativismo e ontologismo se completam. Pondera-se que os conceitos devem estar em consonância com a realidade (*wirklichkeitskonform*), pois o normativismo define as estruturas da realidade juridicamente relevantes. Ou seja, a estrutura física da realidade e a experiência constroem os fundamentos ontológicos do sistema e a realidade, por sua vez, demonstra a base ontológica do uso da linguagem¹⁹⁶.

Consequentemente, Schünemann entende que seria “*acertado el punto de partida de Welzel de que si no se considera a la realidad se puede llegar a una regulación jurídica*

¹⁹⁵ O ponto de partida do trabalho dogmático consiste em princípios normativos [...]. Enquanto este ponto de partida não pode ser substituído por expressões ontológicas, as circunstâncias empíricas passam a desempenhar, passo a passo, cada vez mais, o papel fundamental no desenvolvimento concretizador dos princípios normativos. Esse papel fundamental resulta dos chamados “princípios-pontes”, dos “emaranhados” que ocorrem na linguagem coloquial em relação à linguagem prescritiva e descritiva; como também, da ideia geral de que um juízo de valor não pode existir sem um suposto fato sobre o qual recaia a avaliação, e de que o juízo de valor é necessariamente falso, se parte de suposições incorretas acerca do suposto fato (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Mariana Sacher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29).

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 31.

incorrecta”¹⁹⁷ e adverte que a existência do livre arbítrio seria um “estado antropológico fundamental”, que teria expressão na estrutura gramatical da linguagem¹⁹⁸. Isso porque, concebe que o livre arbítrio não poderia ser um mero dado biofísico, mas uma parte da reconstrução social da realidade, pertencente a uma capa especialmente elementar, cujo abandono somente seria concebível em caso de liquidação da cultura na sua globalidade¹⁹⁹.

De acordo com Schünemann,

*el hombre, ese sujeto amarrado al lenguaje – que asume [...] que existe en su medio de expresión comunicativa una voz activa y pasiva, con un sujeto actuante y un objeto de la acción -, necesariamente se sujeta a un orden social. [...] Desde antes de nacer el hombre ocupa un lugar claramente institucional, adquiere derechos y es objeto de la protección jurídico-penal*²⁰⁰.

Assim, “*las particularidades lingüísticas de una sociedad [...] revelarían una determinada visión del mundo*”²⁰¹ e a construção dos idiomas “*probaría que debe haber libertad de acción y que, con ello, también existiría libertad de voluntad en realidad social*”²⁰². A liberdade de vontade poderia ser concebida como um êxito da evolução cultural do homem, consistente na aquisição da faculdade de direção do comportamento segundo valores analisados criticamente e comprovados corretamente por meio da consciência²⁰³.

Por isso, Schünemann indica que a ideia do “poder atuar de outro modo”, como “ficção necessária para o Estado”, dificilmente poderá ser aceita em um Estado de direito²⁰⁴ e, em

¹⁹⁷ Acertado o ponto de partida de Welzel de que, se não se considera a realidade, se pode chegar a uma regulação jurídica incorreta (tradução nossa) (Ibidem, p. 30).

¹⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*. Tradução de Patrícia Esquinas Valverde. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 18 fev. 2008, p. 7.

¹⁹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 154-155.

²⁰⁰ O homem, esse sujeito fixado à linguagem – que assume [...] que existe, no seu meio de expressão comunicativa, uma voz ativa e passiva, com um sujeito atuante e um objeto da ação -, necessariamente se sujeita a uma ordem social. [...] Desde que antes de nascer, o homem ocupa um lugar claramente institucional, adquire direitos e é objeto da proteção jurídico-penal (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 43).

²⁰¹ As particularidades lingüísticas de uma sociedade [...] revelaria uma determinada visão de mundo (tradução nossa) (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Tradução de Alicia Gil Gil. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.II, p. 167).

²⁰² Provaria que deve haver liberdade de ação e que, com isso, também existiria liberdade de vontade na realidade social (tradução nossa) (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: obras completas*. Tradução de Alicia Gil Gil. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.II, p. 167).

²⁰³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002, p. 40.

²⁰⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 154.

contrapartida, reconhece que seria completamente impossível, na prática, um Direito Penal que parte da ausência da liberdade de vontade humana²⁰⁵, já que “*el libre albedrío se halla asentado en las estructuras elementales de nuestra comunicación social y, por ello, tiene una presencia real en la sociedad*”²⁰⁶.

A partir de considerações de caráter “neo-ontológico”, da teoria da linguagem – notadamente no modelo de Wittgenstein –, de um “novo” aspecto da liberdade de vontade e de uma ponderação do princípio da proporcionalidade, Schünemann altera a concepção da estrutura do delito e o conceito funcional da culpabilidade.

Schünemann considera equivocada a adoção da teoria tripartida de crime, alegando que apenas seria possível sustentar um conceito de delito formado por injusto (*Unrecht*) e culpabilidade (*Schuld*). Entende que a tipicidade seria uma estrutura exclusivamente técnico-formal e que os valores fundamentais do Direito penal estariam representados pela antijuridicidade (que não constituiria uma categoria autônoma) e pela culpabilidade²⁰⁷.

Nesse sentido, afirma ainda que a culpabilidade não seria isenta de elementos subjetivos. Haveria uma repartição dos elementos do dolo, de forma que o elemento cognoscitivo seria analisado no âmbito da tipicidade, enquanto o componente volitivo deveria ser examinado na culpabilidade (componente emocional)²⁰⁸.

A culpabilidade deve ser entendida como “*el resultado de una valoración de la estructura psíquica del comportamiento*”²⁰⁹, mas existe uma obrigatoriedade da necessidade preventiva para a imposição da pena, de forma distinta das tradicionais teorias funcionalistas. Neste caso, sempre que a sanção criminal apenas restar imprescindível para fins preventivos, a sua imposição não será justificável se não for demonstrada também a culpabilidade do autor.

²⁰⁵ Ibidem, p. 157.

²⁰⁶ O livre arbítrio encontra-se assentado nas estruturas elementares da nossa comunicação social y, por isso, tem uma presença real na sociedade (tradução nossa) (Ibidem, p. 156).

²⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. Tradução de José Milton Peralta. *Revista para el análisis del Derecho*, n.1. Barcelona: INDRET, 2008, p. 14.

²⁰⁸ Schünemann entende que a relação psíquica do autor com o seu fato é relevante tanto para o injusto penal, quanto para a culpabilidade. Deste modo, existiriam “*buenas razones para mantener el aspecto voluntativo, que Frisch excluye del concepto de dolo referido al injusto, en el ámbito de la referencia a la culpabilidad*” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 74).

²⁰⁹ O resultado de uma valoración da estrutura psíquica do comportamento (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. Tradução de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 127).

Destarte, para a justificação da imposição da pena, será imprescindível, além da utilidade preventiva, a presença de um princípio autônomo de legitimação, fundado somente na culpabilidade²¹⁰. Enquanto a finalidade preventiva fundamenta a necessidade da pena, o princípio da culpabilidade limitaria a sua admissibilidade. Segundo Schünemann,

[...] *solo el principio de culpabilidad puede evitar también que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal. De este modo, el principio de legitimación conocido como <<culpabilidad>> opera, a la vez, de modo necesario, como principio de limitación y, más allá de todas las causas de exclusión de la culpabilidad configuradas preventivamente, ha propiciado una extraordinaria depuración del Derecho penal*²¹¹.

Destarte, para a responsabilidade subjetiva seria indispensável que o fato fosse realmente inevitável para o autor individual (reprovabilidade) e que a sua motivação estivesse desvalorada de forma qualificada, ou seja, que gerasse a necessidade da pena²¹². Segundo Schünemann, a ampliação da culpabilidade para a responsabilidade “*debería limitarse a la introducción de casos en los que se produce una disminución muy acentuada de la libertad de decisión que caracteriza el autor individual*”²¹³.

A inexigibilidade, neste diapasão, funciona como algo externo à culpabilidade, mas a mesma atrelada, já que, segundo Schünemann, para a culpabilidade, em sentido de elevada reprovabilidade, é necessário que ao autor fosse exigível, sobre as bases da necessidade preventiva, omitir a ação que lhe era pessoalmente evitável. Com isso, a partir de considerações do princípio da proporcionalidade, “*se va a exigir una reprochabilidad*

²¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 302.

²¹¹ Apenas o princípio da culpabilidade pode evitar também que o Estado, em interesse da proteção, inclusive, aqueles fatos que o autor não poderia evitar e pelos quais não poderia ser dirigida nenhuma censura pessoal. Deste modo, o princípio da legitimação, conhecido como “culpabilidade”, opera, às vezes, de modo necessário, como princípio de limitação e, além de todas as causas de exclusão da culpabilidade configuradas preventivamente, propicia uma extraordinária depuração do Direito penal (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 163-164).

²¹² SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 71.

²¹³ Deveria limitar-se à introdução de casos nos quais é produzida uma diminuição muito acentuada da liberdade de decisão que caracteriza o autor individual (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*. Tradução de Carlos J. Suárez González. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.18, p.367-413. Lima: IDEMSA, 2006, p. 411).

*qualificada, en el sentido de que la evitación de la lesión de la norma no solo sea posible para el individuo, sino, además, exigible*²¹⁴.

Observa-se, portanto, que, em linhas gerais, na concepção de Schünemann, o problema do livre arbítrio não leva à construção de um conceito de culpabilidade no Direito penal sobre uma base ficcionista, ainda que, com o livre arbítrio, “*no se ha dado respuesta a la cuestión de la dogmática jurídico-penal relativa a si la idea de culpabilidad puede cumplir alguna función legítima en un Derecho penal moderno, dominado por la finalidad preventiva*”²¹⁵. É efetuada uma “desontologização” do instituto mediante a atribuição de uma nova acepção de liberdade, desatrelada, contudo, do necessário exame quanto à sua legitimidade.

Em sede de exigibilidade, observa-se que Schünemann, também em reconhecimento ao mencionado contrassenso conceitual, efetuou o mesmo que seu mestre Claus Roxin, uma subdivisão categórica, neste caso ficta, da culpabilidade, sem que tenha sido procedida uma desvinculação da exigibilidade com o pressuposto material da culpabilidade.

3.2.4 Santiago Mir Puig, culpabilidade como imputação pessoal e inexigibilidade como causa de afastamento da responsabilidade penal

Reestruturando a Teoria do Delito, com o escopo de compatibilizá-la com um Estado Social e Democrático, Santiago Mir Puig considera que “a norma que proíbe o fato, como norma de conduta, somente pode ser infringida pessoalmente por um sujeito”²¹⁶, razão pela qual estaria inserida na “culpabilidade” e não mais no injusto penal. Deste modo, conclui que, embora o injusto pressuponha sempre um desvalor, este nem sempre implicará na violação de uma norma.

²¹⁴ Vai-se a exigir uma reprovabilidade qualificada, no sentido de que o evitamento da lesão da norma não apenas seja possível para o indivíduo, senão, ainda, exigível (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *El propio sistema de la teoría del delito*. Tradução de José Milton Peralta. *Revista para el análisis del Derecho*, n.1. Barcelona: INDRET, 2008, p. 11).

²¹⁵ Não se tenha dado resposta à questão da dogmática jurídico-penal relativa a se a ideia de culpabilidade pode cumprir alguma função legítima em um Direito penal moderno, dominado pela finalidade preventiva (tradução nossa) (SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 157-158).

²¹⁶ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

Por isso, Mir Puig considera que, no injusto penal, são selecionados os comportamentos humanos que o Direito Penal deseja evitar e cujo evitamento é possível de algum modo (antijuridicidade); enquanto, na “culpabilidade”, é estabelecido um juízo acerca da atribuíbilidade do fato ao seu autor, das “*posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal*”²¹⁷. Como, nesta segunda parte do delito, haveria apenas a necessidade de “atribuir (imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico ao seu autor”, Mir Puig propõe a substituição do termo “culpabilidade” por “imputação pessoal”, considerando-o mais apropriado.

Segundo Mir Puig, o juízo de imputação seria formado pela “imputação objetiva” e pela “imputação subjetiva”, relacionadas ao injusto penal, e pela “imputação pessoal”, atinente à tradicional “culpabilidade”²¹⁸. Para uma conduta ser considerada culpável, exige-se-ia que a violação ao bem jurídico possa ser imputada objetiva, subjetiva e pessoalmente ao seu autor.

A imputação pessoal, segundo pilar da imputação, não requer um sentimento ético ou psicológico, não é “culpabilidade de consciência”, mas um juízo acerca das circunstâncias de atribuíbilidade do fato antijurídico exigidas pelo Direito²¹⁹, que é efetuado sob duas condições: infração pessoal de uma norma de determinação e responsabilidade penal do sujeito verificável pela “normalidade motivacional”.

Pondera-se que

a infração pessoal de uma norma primária de determinação permite imputar a antijuridicidade penal ao seu autor, mas isso não basta para considerar adequada a imposição de uma pena. Esta não recai diretamente sobre o fato, mas sobre seu autor, de modo que não basta um fato penalmente antijurídico e concretamente antinormativo para que se torne legítima, sendo preciso que seu autor apareça como sujeito idôneo para responder penalmente²²⁰.

Com a exigência de infração pessoal de uma norma de determinação, é estabelecido que deve existir uma infração pessoal de norma primária que dirige seu imperativo especificamente ao

²¹⁷ Possibilidades psíquicas de motivação normal do autor de um comportamento antijurídico por parte da norma penal (tradução) (MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 416; MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2.ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982, p. 107).

²¹⁸ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Tradução de Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.13, n.56, p.173-201, set/out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201.

²¹⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 417.

²²⁰ *Ibidem*, p. 420.

sujeito, o que requer capacidade pessoal de evitar o injusto e a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato²²¹.

Já para a comprovação da responsabilidade penal, será necessário que o sujeito possa acessar a norma jurídica em condições de “normalidade motivacional”²²², ou seja, deverá ser averiguado se o fato antijurídico poderá ser imputado a um “sujeito capaz de aceder à norma em condições de motivabilidade normal”²²³.

A possibilidade de motivação normativa será a condição da infração de uma norma de determinação por um sujeito penalmente responsável. Portanto, a “culpabilidade”, ou melhor, a “imputação pessoal”, significa a “*posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable*”²²⁴, que atuou em condição normal de motivação.

Desta maneira, como pode haver uma “anormalidade motivacional”, quando, embora a norma jurídica possua exigibilidade, não é possível a aplicação da pena devido à existência de causas de inimputabilidade, ou uma “impossibilidade absoluta de motivação”, quando a norma será inexigível²²⁵, a possibilidade de imputação pessoal do fato pela responsabilidade penal estará “*excluida en los inimputables y en los que obran en situación de inexigibilidad*”²²⁶.

No primeiro caso, não se pode falar em completa impossibilidade de motivação conforme a norma, pois faltaria apenas a condição para que o sujeito tivesse acesso normal à norma no momento do fato²²⁷ (alguns casos de inimputabilidade²²⁸). Nesta hipótese, “*concurrentes condiciones personales o situacionales que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para atender a la llamada normativa*”²²⁹.

²²¹ Ibidem, p. 418.

²²² Ibidem, p. 420.

²²³ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Tradução de Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.13, n.56, p.173-201, set/out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 201.

²²⁴ Possibilidade de imputação pessoal de um fato antijurídico a um sujeito responsável (tradução nossa) (MIR PUIG, Santiago. *La teoría del delito*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.42, p.121-132, jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 124).

²²⁵ DONNA, Edgardo Alberto. *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos*. In: BUTELER, José Antonio (org.). *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 260-261.

²²⁶ Está excluída nos inimputáveis e nos que atuam em situação de inexigibilidade (tradução nossa) (MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 877).

²²⁷ Ibidem, p. 425.

²²⁸ Para que o sujeito possa ser considerado inimputável, as causas de inimputabilidade “não devem privá-lo de toda capacidade de evitar o fato, mas apenas determinar uma anormal capacidade de ser motivado pela norma” (Idem).

²²⁹ Concorrem condições, pessoais ou situacionais, que diminuem, abaixo do limite normal, as possibilidades de que dispõe o sujeito, *a priori*, para atender à chamada da norma (tradução nossa) (MIR PUIG, Santiago).

Ou seja, sem faltar ao sujeito alguma possibilidade de entrar em contato com a norma e de ser influenciado pela mesma, tal possibilidade não é alcançada no grau de normalidade necessário para que seja lícita a imposição de uma pena²³⁰. Isso justifica o tratamento diferenciado entre aqueles que atuam com “anormalidade motivacional” e os que operam normalmente.

No segundo caso, de “impossibilidade absoluta de motivação”, será impedida a própria infração de uma norma pessoalmente dirigida ao sujeito, na medida em que seria ilógico tentar coibir, por meio de uma norma jurídica, aquilo que qualquer ser humano – o homem médio ou aquele sujeito na situação concreta –, de modo algum, poderia evitar²³¹ (inexigibilidade de conduta diversa).

Portanto, a inexigibilidade de conduta diversa é concebida como uma causa de afastamento da responsabilidade penal, segunda condição da imputação pessoal, dirigida aos casos em que o sujeito atuou em situação de “não- exigibilidade”, já que o Direito Penal não pode considerar exigível que alguém possa resistir a uma pressão motivacional excepcional que o homem médio não poderia suportar²³².

Nesta concepção, a falta de “normalidade motivacional” gera irresponsabilidade penal do sujeito, na medida em que, num Estado Social e Democrático de Direito, não pode ser considerado justo “levar o desejo de prevenção até o ponto de punir quem atua sem a capacidade normal de ser motivado pela norma”²³³.

Em sede de culpabilidade, verifica-se que Mir Puig reconhece a insustentabilidade da análise do poder de atuação de modo diverso e expõe que o princípio da culpabilidade não poderia se fundar nesta “metafísica possibilidade”²³⁴. Desta forma, o juízo de imputação pessoal funda-se na capacidade individual do sujeito motivar-se conforme a norma, não mais propriamente na liberdade de autodeterminação do agente ou apenas na necessidade de prevenção²³⁵.

Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2.ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982, p. 99; MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 427).

²³⁰ MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

²³¹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 425.

²³² MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: B de F, 2004, p. 530.

²³³ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 426.

²³⁴ *Ibidem*, p. 422.

²³⁵ Isso não indica que Mir Puig se opõe à ideia de necessidade preventiva da pena, mesmo porque este defende que a prevenção geral e especial seriam os fundamentos para a não punição de inimizáveis. Avalia-se apenas

Todavia, é importante notar que a simples capacidade de motivação não poderia embasar a atribuição do resultado ao autor, se este não pudesse atuar de outro modo²³⁶. A possibilidade de atuação de outro modo e a capacidade de motivação são dados empíricos, igualmente indemonstráveis, que representam juízos de valor hipotéticos, razão pela qual não constituem pressupostos teóricos de fundamentação razoável e submetem o sujeito a um processo de imputação deslegitimado.

De qualquer forma, no que tange à questão da exigibilidade, é reconhecido, mais uma vez, o imperativo de reexame da sua posição na estrutura delitiva, na medida em que, para a inclusão da inexigibilidade na culpabilidade (ou melhor, na imputação pessoal), é utilizada uma diferenciação entre as condições em que o sujeito, em absoluto, não pode ser motivado pela norma e as condições que apenas determinam uma anormalidade motivacional²³⁷.

Tal postura dogmática demonstra o esforço para compatibilização entre exigibilidade e culpabilidade e realça, conseqüentemente, a necessidade de afastamento da relação visceral da exigibilidade com a culpabilidade. Mas, ainda não denota a adoção de uma efetiva medida para desatrelamento da ideia de exigibilidade do indemonstrável substrato material da culpabilidade, tampouco uma revisão acerca da real função da exigibilidade no sistema penal.

que, nestas situações, a coletividade não se escandalizaria com a impunidade devido à falta de motivação dos inimputáveis frente às normas jurídicas, já que “a imposição ou não de uma pena não pode depender unicamente de sua maior ou menor necessidade para efeitos de prevenção especial, senão do limite normativo representado pela responsabilidade penal” (MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429-430; DONNA, Edgardo Alberto. *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos*. In: BUTELER, José Antonio (org.). *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 260).

²³⁶ MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 878. Em resposta a essa crítica, Mir Puig tenta demonstrar que o livre arbítrio não seria pressuposto da capacidade motivacional. Mir Puig afirma que “[...] o sujeito penalmente responsável o é não porque tivesse “capacidade normal de motivação”, ou de “motivar-se”, no sentido de que pudesse haver-se motivado de forma a atuar de outro modo – o que certamente pressuporia o livre arbítrio -, mas porque pôde ser (passivamente) e foi motivado normalmente – ainda que o motivo representado pela norma não tenha conseguido se impor perante outros motivos. Não entendo a motivação como objeto de uma capacidade ativa do sujeito, mas como o efeito que exercem sobre eles os motivos, e não exijo para a imputabilidade a capacidade ativa de se motivar (normalmente), senão a capacidade passiva de ser influído (normalmente) pelas normas, além disso, ser motivado normalmente não significa necessariamente, para mim, ser “motivado” com êxito (no sentido que também possui este verbo de ser efetivamente determinado por um motivo) a atuar de acordo com o Direito, nem em nenhum outro sentido, mas apenas no sentido de que no processo decisório cada motivo concorrente (a norma é um deles) tenha produzido sua eficácia causal normal. Entendido o processo de motivação como um conjunto de forças causais motivadoras percebidas pelo sujeito, não vejo que pressuponha o livre arbítrio” (MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 429).

²³⁷ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e Teoria do Delito**. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424.

3.3 AFASTAMENTO DA RELAÇÃO VISCERAL ENTRE INEXIGIBILIDADE E SUBSTRATO MATERIAL DA CULPABILIDADE NA DOCTRINA DE URS KINDHÄUSER

Com fundamento na Teoria da Ação Comunicativa (*Theorie des kommunikativen Handelns*) de Jürgen Habermas, segundo a qual a linguagem comunicativa legitimaria a validade normativa ao eliminar dados empíricos e conhecimentos prévios, Urs Kindhäuser desenvolve uma tese na qual a exigibilidade é afastada do fundamento material da culpabilidade, na medida em que este instituto é desvinculado da liberdade de vontade, pautado na realidade social e utilizado como fator de redução do déficit de legitimidade na aplicação da pena.

Na teoria defendida por Urs Kindhäuser, considera-se que o Direito Penal procura a integração social mediante a adequada coordenação do “espaço livre comunicativo” (*kommunikative Freiraum*), de “autonomia comunicativa” (*kommunikative Autonomie*) dos indivíduos, e que a infração normativa significa uma violação à “lealdade comunicativa” (*kommunikative Loyalität*), uma ruptura à comunicação e uma negação da integração social realizada, sem violência, por meio do entendimento legal²³⁸.

Para a construção da Teoria do Delito, Kindhäuser parte da ideia de que deveria haver uma neutralidade normativa e que seria necessário, para isso, buscar as circunstâncias que legitimam a norma, por meio da legalidade e da análise dos fundamentos teóricos da ação.

Defende-se, então, que o Direito tem uma função social, de caráter integrador, relacionada com a busca das condições pelas quais se pode derivar a legitimidade normativa²³⁹. Mas, a força social integradora do Direito só pode ser desenvolvida se a obediência fática da norma for associada à sua legitimidade²⁴⁰, que decorre da “autonomia comunicativa” dos participantes no processo de integração social, já que, numa sociedade pluralista e democraticamente constituída, as normas são formadas discursivamente²⁴¹.

²³⁸ KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. XXXIII.

²³⁹ PITA, M^a Del Mar Díaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 91.

²⁴⁰ KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 202.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 191-198.

A “autonomia comunicativa” é entendida como a capacidade reciprocamente atribuída e a legitimação para poder ou dever posicionar-se nas pretensões de validade como participante livre e igual na comunicação orientada para a compreensão²⁴². Denota, portanto, a parcela de participação da pessoa no acordo social sobre as normas que coordenarão o seu comportamento, como criador/ interveniente potencial (autonomia pública – *öffentliche Autonomie*)²⁴³ ou destinatário (autonomia privada – *private Autonomie*) das mesmas²⁴⁴.

Para alcançar esse acordo social, será necessária a “lealdade comunicativa”, a suficiente capacidade de ceder às exigências alheias e a solidariedade de coordenação de interesses, presidida pelo Direito, por meio da limitação de comportamentos pelas normas jurídicas²⁴⁵. Mas, apesar dessa restrição, é reconhecido um “espaço livre comunicativo”, no qual os sujeitos estão autorizados a fazer ou deixar de fazer o que quiserem na sua esfera privada, ou seja, a exercer os seus direitos fundamentais. Apenas quando houver violação da “autonomia comunicativa” dos demais, romper-se-á o espaço jurídico e o esforço de integração social²⁴⁶.

Segundo Kindhäuser, ao assegurar os espaços da autonomia privada e pública dos cidadãos, é possível chegar a um consenso final, por meio do qual é aceita a adoção de uma decisão sem questionamento acerca das razões que a basearam e é criada uma norma legítima²⁴⁷. É com base neste caráter normativo, de legitimidade comunicativa, que a ação humana é valorada.

Nesse sentido, a ação humana, tal como no modelo estruturado por Jürgen Habermas²⁴⁸, é concebida em dois conceitos fundamentais: orientação a um resultado (comportamento instrumental) e orientação à compreensão comunicativa (comportamento discursivo).

A ação instrumental é definida, teleologicamente, como “um fazer através do qual uma pessoa está em situação de produzir um acontecimento externo”²⁴⁹, sendo formada por três momentos

²⁴² Ibidem, p. 204.

²⁴³ Em decorrência da condição de criador da norma, ao cidadão é facultada a adoção de uma posição crítica e a articulação de protestos, permitindo-se, inclusive, a formulação de questionamentos quanto à validade normativa.

²⁴⁴ No conceito discursivo de culpabilidade, Kindhäuser entende que o criminoso não é apenas compreendido como destinatário do Direito, mas também – numa democracia constitucional – como criador da norma que foi violada. No original, “*er versteht den Täter nicht nur als dem Recht unterworfenen Adressaten, sondern auch – in einer rechtsstaatlichen Demokratie – als Autor der Norm, die er bricht*“ (KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 176).

²⁴⁵ PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 95.

²⁴⁶ Ibidem, p. 96.

²⁴⁷ Ibidem, p. 97-98.

²⁴⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. 4.ed. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, t.1; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. 4.ed. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, t.2.

relacionados ao controle subjetivo: fazer (“*das Tun*”), estar em situação de (“*in der Lage sein*”) e a produção do resultado (“*das Eintreten des Resultates*”). No primeiro momento, observa-se a ação-base, a existência de um comportamento que poderá ser considerado adequado como componente da ação. No segundo, verifica-se a competência do sujeito para possibilitar a realização do resultado, ou seja, a capacidade do sujeito (produtiva ou preventiva) e o seu conhecimento (prático ou teórico) sobre a probabilidade de produção do acontecimento típico. No último momento, examina-se a “produção do resultado” e qualquer modificação operada no mundo exterior que possa ser imputada a uma pessoa²⁵⁰.

Na ação discursiva, há uma orientação para compreensão comunicativa referente à obtenção de um consenso, ou seja, a coordenação dos interesses pessoais por meio da linguagem, o que torna imperioso que “*los partícipes se atribuyan recíprocamente capacidad de imputación (Zurechnungsfähigkeit)*”²⁵¹.

Portanto, na concepção de Kindhäuser, a ação é concebida como uma “conduta comunicativamente significativa”²⁵² e apenas será justificável o início do processo de imputação quando restar caracterizada, além das condições que incorporam a definição de ação, a necessidade da intervenção do sujeito para realização do resultado (contrafacticidade).

Sendo assim, como as regras para valoração da ação antijurídica como culpável devem ser construídas em reciprocidade com as regras segundo as quais a ação pode ser imputável como tal, na culpabilidade deve ser examinada a responsabilidade da pessoa pela realização do resultado, que poderia e deveria ser omitido²⁵³, e o potencial desintegrador da sociedade pelo comportamento culpável.

Kindhäuser, ao analisar algumas correntes jurídico-filosóficas e os fundamentos e conclusões das Teorias da Culpabilidade mais difundidas na doutrina internacional, concluiu que

[...] *ni se puede renunciar al reproche de culpabilidad material subjetivamente fundamentada, pues de lo contrario el reproche de culpabilidad no justificaría la pena, ni se puede atentar contra el mandato de neutralidad en la fundamentación de*

²⁴⁹ PITA, M^a Del Mar Díaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 275.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 276-277.

²⁵¹ Os participantes atribuem-se, reciprocamente, capacidade de imputação (tradução nossa) (KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Cavero. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 198-199).

²⁵² KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista Penal*, n.11, p.53-6, jan. Sevilla: La Ley, 2003, p. 59.

²⁵³ PITA, M^a Del Mar Díaz. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 285.

*la culpabilidad material, pues de lo contrario se produce, en el reproche al autor, algo que no es objeto de la imputación de la culpabilidad limitada a la legalidad*²⁵⁴.

Kindhäuser verifica a necessidade de solucionar, satisfatoriamente, a relação paradoxal entre o déficit de motivação relevante para a culpabilidade e a neutralidade do Direito face aos motivos de obediência à norma²⁵⁵⁻²⁵⁶. Com efeito, o ponto de partida da tese de Kindhäuser na seara da culpabilidade situa-se na distinção entre a “culpabilidade no juízo formal” (*Schuld im formellen Sinne*) e a “culpabilidade no juízo material” (*Schuld im materiellen Sinne*).

Enquanto a culpabilidade formal é relacionada ao conteúdo da reprovação formulada como resultado da imputação dogmática de um delito (não sendo objeto de questionamento os motivos desta reprovação), a culpabilidade material deve responder à questão do motivo pelo qual a ausência de motivação suficiente para obedecer à norma se resolve mediante a aplicação de uma sanção penal e da razão pela qual o sujeito deveria ter procurado um motivo para respeitar a norma. Mas, segundo Kindhäuser, a reprovação formal da culpabilidade deve corresponder ao seu conteúdo material²⁵⁷.

Em decorrência da análise das características da ação e do caráter integrador do Direito, Kindhäuser estabelece que o fundamento material da culpabilidade não poderia ser um acontecimento real, senão um ato comunicativo de negação da norma proibitiva que se supõe naquele²⁵⁸ e que possui um potencial desintegrador. Deste modo, como a atuação do sujeito no processo de criação normativa legitima as disposições normativas, impondo aos cidadãos o

²⁵⁴ Nem se pode renunciar à censura da culpabilidade subjetivamente fundamentada, pois, ao contrário, a censura de culpabilidade não justificaria a pena, nem se pode violar o mandato de neutralidade na fundamentação da culpabilidade material, pois, ao contrário, produz-se, na censura ao autor, algo que não é objeto da imputação de culpabilidade limitada à legalidade (tradução nossa) (KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 196).

²⁵⁵ KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 191.

²⁵⁶ Nas palavras de Kindhäuser, “*en una sociedad constituida democráticamente, el reproche de culpabilidad solamente se puede fundamentar jurídicamente. En esa medida, rige el mandato de neutralidad, que, por una parte, deja al buen criterio de cada uno el motivo por el que observa la norma y, por otra, prohíbe reprocharle al autor que debería haber observado la norma por una determinada razón material*” (KINDHÄUSER, Urs. *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho*. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DíEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p. 146).

²⁵⁷ PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 86-87.

²⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. Tradução de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 101.

seu respeito, o déficit de lealdade comunicativa do sujeito indicará a culpabilidade material, que pode ser considerada como um mecanismo de manutenção da integração social.

Portanto, a culpabilidade é conceituada, no seu aspecto material, como uma “reprovação da falta de lealdade com a autonomia comunicativa dos interlocutores da interação”²⁵⁹. A culpabilidade é o déficit de lealdade ao Direito criado democraticamente²⁶⁰. É dizer, déficit de lealdade comunicativa é a razão para considerar o sujeito como culpável nas situações em que não conseguiu motivar-se conforme a norma e, assim, o substrato material da culpabilidade.

Observa-se, destarte, que a reprimenda à culpabilidade encontra fundamento suficiente no texto legal, com o escopo de limitar o âmbito das liberdades individuais para viabilizar o acordo social²⁶¹. Por isso, apenas ante uma possibilidade desintegradora, restará conformado um comportamento materialmente culpável. Para que seja conferida esta qualificação, o comportamento deverá ser capaz de mostrar alternativa à norma, pois *“solamente es desintegrador aquel comportamiento que, como acto comunicativo de un sujeto capaz de comunicación, pretende un sentido y, con ello, quiera ampliar el ámbito de lo comprensiblemente posible más allá de los límites consentidos”*²⁶².

Nesta intelecção, os tradicionais elementos da culpabilidade não compõem o conceito material de culpabilidade, mas o seu aspecto formal. Neste juízo formal, observa-se se as razões pelas quais seria possível aceitar uma desobediência normativa ocorreram ou não no caso concreto. Será analisado se *“el autor hubiese incorporado predominantemente en su*

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Consoante Kindhäuser, “[...] *el concepto de culpabilidad en un Estado democrático de derecho se puede formular como aquel comportamiento que expresa una falta de lealtad al Derecho, en el sentido de un déficit en la lealtad comunicativa que es lo que permite el acuerdo revestido de legalidad. Y esta lealtad al Derecho no se define de forma positiva, sino que se manifiesta a través del reproche de culpabilidad que implica la lesión de la obligación legal de respetar la autonomía comunicativa de los demás*” (PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 99).

²⁶¹ Ressalte-se que, apesar da aparente similitude da concepção de Kindhäuser com o funcionalismo sistêmico de Jakobs, estes modelos são completamente distintos. Enquanto Jakobs, no seu sistema desigualitário, trata a culpabilidade como o dever de fidelidade à norma de legitimidade inquestionável, Kindhäuser distancia-se das teorias da prevenção, propõe uma formação comunicativa da ordem jurídica, admite a existência da co-culpabilidade e de uma causa exculpante supralegal nas hipóteses em que o agente não possuía autonomia comunicativa e não poderia interferir no processo de formação normativa.

²⁶² Somente é desintegrador aquele comportamento que, como ato comunicativo de um sujeito capaz de comunicação, pretende um sentido e, com ele, queira ampliar o âmbito do compreensivelmente possível acima dos limites consentidos (tradução nossa) (KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 198).

esquema mental el motivo de la obediencia a la norma, hubiese podido evitar su comportamiento antijurídico”²⁶³.

Deste modo, a responsabilidade estará formalmente fundada se, ante um déficit de lealdade ao Direito criado democraticamente, era possível esperar a observância da norma, já que o autor possuía capacidade de ser motivado pela norma, poderia intelectual e psiquicamente ter concretizado a intenção de evitar a realização do tipo e lhe era exigível que adotasse a norma como motivo (dominante) do seu atuar²⁶⁴.

Ademais, é importante observar que, na linha defendida por Kindhäuser, as “causas de exculpação” e “exclusão da culpabilidade” também são regras jurídicas estabelecidas através de um processo legislativo democrático. No seu papel de cidadão, os membros da sociedade democraticamente constituída assumem a responsabilidade pelo “como” e “em que medida” estarão vinculados ou exonerados das normas²⁶⁵. O desvio de conduta legalmente motivado não questiona a legitimidade da norma jurídica, ao contrário, representa um atendimento à exceção estipulada, de modo que não representa uma conduta culpável.

Em geral, com o exame do modelo de culpabilidade criado por Kindhäuser, resta patente que, diferentemente das teorias mais difundidas no Brasil, a pessoa deixa de ser considerada como objeto do processo de imputação. O sujeito não pode ser degradado a mero instrumento de consecução de interesses heterônomos (de um terceiro ou da comunidade), pois é autor e responsável pelo conteúdo das normas para alcançar a mencionada integração social²⁶⁶. Segundo Kindhäuser, “*innere Verbindung zwischen Schuld und Legitimität der Norm versucht der sog. diskursive Schuldbegriff herzustellen*”²⁶⁷.

²⁶³ O autor teria incorporado predominantemente, no seu esquema mental, o motivo da obediência à norma, teria podido evitar seu comportamento antijurídico (tradução nossa) (KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. 186).

²⁶⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho*. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p.137; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 174.

²⁶⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*. Tradução de Juan Pablo Mañalich Raffo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.17, n.78, p.75-92, mai/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

²⁶⁶ PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 94.

²⁶⁷ O vínculo intrínseco entre culpabilidade e legitimidade normativa é alcançado na produção do conceito discursivo de culpabilidade (tradução nossa) (KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 176).

Além de todo o arcabouço teórico instaurado para apresentação de um caráter legitimador da culpabilidade material, na concepção de Kindhäuser, é possível verificar que a exigibilidade foi desatrelada de uma relação intrínseca com o fundamento material da culpabilidade, apesar de, formalmente, continuar sendo interpretada como simples elemento da mesma. Verifica-se uma absoluta dissociação entre a exigibilidade e o tradicional substrato material da culpabilidade, que denota a necessidade de uma revisão sistêmica.

3.4 IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA INEXIGIBILIDADE PARA OUTRAS CATEGORIAS DELITIVAS EM TEORIAS PÓS-FINALISTAS DA CULPABILIDADE

A necessidade de revisão sistêmica para definição do conceito e âmbito de incidência da exigibilidade torna-se ainda mais patente nas doutrinas de Francisco Muñoz Conde e Eugenio Raúl Zaffaroni, que, em reconhecimento à infravalorização do âmbito de incidência da exigibilidade, promovem a irradiação dos seus efeitos em outras categorias delitivas.

3.4.1 Francisco Muñoz Conde, culpabilidade como déficit motivacional frustrador de expectativas sociais e inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade e princípio informador

Na concepção funcional de Francisco Muñoz Conde, a culpabilidade é compreendida como elemento do conceito de crime, indispensável para a imposição da pena, mas é definida no marco do processo de socialização, derivada das exigências de intimidação geral e fundamentada na função motivadora da norma penal.

Muñoz Conde afirma que a conduta humana é o ponto de partida da Teoria do Delito e de toda reação jurídico-penal, já que é nesta que se agregam os predicados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que convertem a conduta em crime, definindo ação como “comportamento dependente da vontade humana” e, portanto, da finalidade²⁶⁸.

²⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9-11.

Todavia, apesar da aparente adoção do modelo de Welzel, Muñoz Conde revela que, em sede de culpabilidade, o pressuposto finalista, além de indemonstrável, seria insuficiente, limitado, para a definição material da culpabilidade, tendo em vista que “existem casos em que a pessoa, entre várias tarefas possíveis, elege uma que é prejudicial a outros, sem que isso lhe proporcione um juízo negativo por sua conduta”²⁶⁹.

Por isso, Muñoz Conde considera que “atua culpavelmente quem pratica um ato antijurídico, podendo atuar de modo diverso, quer dizer, conforme o direito”, ao passo em que ressalta que a capacidade de “poder atuar de outro modo” apenas poderia ser compreendida de um ponto de vista “puramente vivencial ou fenomenológico, como resultado de nossa própria experiência e observação”²⁷⁰.

Observa-se, portanto, que é construído, dentro de um sistema jurídico aberto²⁷¹, um “conceito dialético de culpabilidade” ou “empírico-normativo”, que associa a prevenção geral a um novo sentido do “poder atuar de outro modo”, passando a examinar a culpabilidade como um fenômeno social associado à capacidade motivacional, não mais como um fenômeno individual isolado.

Na linha defendida por Muñoz Conde,

[...] o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou a-histórica, à margem, ou, inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em um determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio²⁷².

Por um lado, Muñoz Conde defende que o conceito de culpabilidade deve ser deduzido da capacidade de motivação pela norma jurídica, tendo em vista que o importante não é a capacidade do sujeito de eleger entre as várias formas de conduta, mas a possibilidade deste se abster de realizar a conduta proibida pela norma²⁷³. Isso porque,

[...] a norma penal se dirige a indivíduos capazes de se motivarem, em seu comportamento, pelos mandamentos normativos. O importante não é que o

²⁶⁹ Ibidem, p. 127.

²⁷⁰ Ibidem, p. 125-127.

²⁷¹ Assim como Claus Roxin, Muñoz Conde defende que o Direito Penal, tal como o direito em geral, não é mais do que um instrumento posto a serviço dos fins da comunidade, portanto, para compreensão da sua essência, é necessário levar em consideração tal fato e construir um sistema aberto aos problemas e fins sociais (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001, p. 277).

²⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 129.

²⁷³ MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 871.

indivíduo possa escolher entre várias ações possíveis: o importante é que a norma penal o motive, com seus mandatos e proibições, a abster-se de realizar uma dessas várias ações possíveis, que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça²⁷⁴.

Nesse sentido, o conceito de culpabilidade decorre da vivência humana, já que, em geral, o ser humano possui consciência para escolha, apesar de não haver possibilidade de descobrir as razões pelas quais o mesmo efetivamente agiu. Essa capacidade de escolha constituiria “o pressuposto do atuar humano social e juridicamente relevante”²⁷⁵, capacidade motivacional.

Por outro lado, Muñoz Conde acrescenta que o conteúdo da culpabilidade, apesar de atrelado à capacidade motivacional, não se limita à mesma, na medida em que tal capacidade precisa ser delimitada por um elemento normativo, que adviria das exigências da prevenção geral numa sociedade e momento determinado²⁷⁶.

Por isso, associa a capacidade motivadora à prevenção geral. Em outras palavras, a culpabilidade deixa de atrelar-se à ideia de reprovação e passa a ser concebida no âmbito de um processo socializador. A culpabilidade é definida como um déficit na motivação pessoal para evitar lesões, nos contornos de uma frustração de expectativas sociais, e o seu fundamento material é depreendido das “faculdades que permitem ao ser humano participar com seus semelhantes, em condições de igualdade, de uma vida comum, pacífica e justamente organizada”²⁷⁷. Culmina-se, destarte, no mesmo equívoco da indemonstrabilidade do pressuposto finalista, que aqui apenas recebe um nome distinto, representando uma “fraude de etiquetas”.

Como as mudanças efetuadas foram sutis e o efeito intimidatório geral e a defesa social são fortalecidos pela exculpação de “umas poucas pessoas que, como a experiência ensina, não se pode esperar que cumpram as expectativas de condutas contidas nas normas penais, confirmando assim a necessidade de seu cumprimento para outras pessoas que não se encontram nessa situação”²⁷⁸, afasta-se a culpabilidade ante a ausência dos seus elementos.

Ou seja, Muñoz Conde revela que a conduta não será considerada culpável quando o fato antijurídico for realizado por falta de maturidade ou defeito psíquico (inimputabilidade), por

²⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 130.

²⁷⁵ Ibidem, p. 127.

²⁷⁶ MIR, José Cerezo. **Derecho Penal: Parte General**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 872.

²⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 130.

²⁷⁸ Ibidem, p. 129.

desconhecer o conteúdo da proibição normativa (falta de conhecimento da antijuridicidade do fato) ou “por se encontrar numa situação na qual não lhe era exigível um comportamento diverso, não pode ser motivado pela norma ou se a motivação se altera gravemente” (inexigibilidade de um comportamento distinto)²⁷⁹.

Com efeito, *a priori*, poderia ser questionada a relevância do aporte teórico de Muñoz Conde para a Teoria da Exigibilidade, já que, aparentemente, não são efetuadas alterações no criticado modelo welzeliano. No entanto, uma sutileza precisa ser observada: diferentemente de outras concepções, nas obras de Muñoz Conde, a “não-exigibilidade de outra conduta” também é examinada no âmbito do conhecimento da ilicitude do fato²⁸⁰, o que demonstra a influência da questão da exigibilidade nos outros “elementos” do delito.

Muñoz Conde ressalta, inclusive, que “a ideia da inexigibilidade de outra conduta não é privativa da culpabilidade, mas um princípio regular e informador de todo o ordenamento jurídico”²⁸¹, o que, indubitavelmente, indica o reconhecimento da infravalorização do âmbito de aplicação da exigibilidade na dogmática atual.

3.4.2 As contribuições de Eugenio Raúl Zaffaroni

Numa clara tentativa de modificar algumas premissas das concepções anteriores e coadunar o fundamento de culpabilidade com as suas consequências no âmbito jurídico-penal, Eugenio Raul Zaffaroni publicou um estudo sobre um novo modelo da culpabilidade.

Zaffaroni criou um modelo de culpabilidade pela vulnerabilidade e instituiu a co-culpabilidade, com o propósito de, a partir do princípio da isonomia e da ideia antropológica de autodeterminação, relacionar a censura de culpabilidade com a realidade social e limitar o exercício de um poder estatal deficitário de legitimidade, o que possuiu notáveis influxos na seara da exigibilidade/inexigibilidade, notadamente no que tange aos questionamentos acerca do âmbito de incidência da mesma.

²⁷⁹ Ibidem, p. 131-132.

²⁸⁰ Ibidem, p. 157-168.

²⁸¹ Ibidem, p. 162.

3.4.2.1 Co-culpabilidade

Para lastrear a introdução de uma nova dogmática, Eugenio Raúl Zaffaroni incorporou o princípio da co-culpabilidade (*Mit-Schuld*), como uma notória crítica ao caráter retributivo da pena, devido à desigualdade social e política da coletividade.

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal²⁸².

À luz desse princípio, Zaffaroni considera que,

[...] se a sociedade moderna, arcabouço de desigualdades, age de certa forma sobre os sujeitos, limitando de diferentes formas sua capacidade de autodeterminação e escolha, portanto, esta sociedade deve arcar em parte com as conseqüências deste ônus por ela imposto aos indivíduos, dividindo a responsabilização através de uma espécie de co-culpabilidade, e atenuando a punição daqueles que, por serem menos favorecidos, acabem por cometer infrações penais²⁸³.

Nesta ótica, estabelece que o âmbito de autodeterminação do agente estará vinculado às causas sociais, pois seria utópico considerar algum ordenamento jurídico em que sejam garantidas as mesmas possibilidades de auto-realização para todas as pessoas. Na verdade, a igualdade de oportunidades sociais é apenas uma meta, não uma realidade já existente²⁸⁴, já que o Estado “quebra o contrato social quando deixa de propiciar aos seus cidadãos o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana”²⁸⁵.

Logo, em razão das reais desigualdades, haveria uma contradição entre personalidade e autodeterminação, não sendo possível atribuir ao sujeito as conseqüências integrais da sua conduta no momento da reprovação de culpabilidade²⁸⁶.

A sociedade deveria, então, arcar parcialmente com o resultado do delito, por meio de uma redução – ou, excepcionalmente, isenção – da responsabilidade das pessoas menos favorecidas, que tiveram a sua liberdade limitada pela disparidade social.

²⁸² MOURA, Gregore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006, p. 36-37.

²⁸³ RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 27.

²⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 65-66.

²⁸⁵ MOURA, Gregore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006, p. 44.

²⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 610-611.

Essa graduação representaria uma efetivação do princípio constitucional da igualdade, fundado na máxima de “tratar desigualmente os desiguais”, na medida em que a culpabilidade de pessoas mais vulneráveis ao arbítrio estatal não poderia ser equiparada ao juízo de censura imposto aos mais favorecidos socialmente. Segundo Zaffaroni, essa máxima da igualdade indicaria que a instituição da co-culpabilidade, além de encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico²⁸⁷, seria socialmente justificável e adequada constitucionalmente.

Portanto, a co-culpabilidade representa um avanço no âmbito da dogmática jurídico-penal, que permite minorar o déficit de legitimidade das sanções penais, a partir da efetiva consideração da realidade social, por meio da graduação da censura de culpabilidade.

3.4.2.2 Culpabilidade pela vulnerabilidade e autodeterminação

No modelo de Zaffaroni, crime continua sendo uma conduta típica²⁸⁸, antijurídica e culpável, mas a existência da culpabilidade pressupõe, além da análise de fatores pessoais e sociais, a autodeterminação da vontade humana.

Como o princípio da culpabilidade deve estar assentado numa concepção de homem como pessoa – como sujeito que tem capacidade de decidir a conduta a seguir –, deve ter como pressuposto lógico a livre decisão do homem. “*La aceptación de la autodeterminación de la voluntad humana es, pues, presupuesto necesario del principio de la culpabilidad*”²⁸⁹.

A capacidade de autodeterminação pela vontade é a essência da personalidade humana, de modo que uma concepção de homem sem capacidade de decisão eliminaria a responsabilidade e, com isso, o caráter de pessoa humana.

²⁸⁷ No Brasil, a co-culpabilidade estaria estabelecida, inclusive, pela disposição genérica do art. 66 do Código Penal, que confere ao magistrado a possibilidade de graduar a culpabilidade de acordo com as condições pessoais que levaram o sujeito a praticar o crime em cada situação concreta (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 611). É possível defender, ainda, a sustentação da co-culpabilidade através do art. 14, inciso I, da Lei de Crimes Ambientais, por meio do qual é estabelecida uma atenuante em face da “baixo grau de instrução ou escolaridade do agente” (BRASIL. Lei nº 9.605 (Lei de Crimes Ambientais). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2014).

²⁸⁸ No âmbito do tipo penal, é criada a teoria da tipicidade conglobante, segundo a qual será necessária a análise integral do ordenamento jurídico para a constatação da adequação típica, pois não poderia ser considerada punível qualquer conduta que seja incentivada, determinada ou permitida por outra norma jurídica.

²⁸⁹ A aceitação da autodeterminação da vontade humana é, pois, pressuposto necessário do princípio da culpabilidade (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 34-35).

Com efeito, Zaffaroni conclui que “*responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables*”. Mas, acrescenta que, como as condições psicológicas, sócio-econômicas e culturais tornam as pessoas vulneráveis ao processo de criminalização, a ideia de reprovação deve ser substituída pela de vulnerabilidade, a partir de um modelo de culpabilidade pela qualificação penal (*Strafzumessungsschuld*).

Portanto, Zaffaroni defende que, em respeito à autodeterminação da vontade humana e ao princípio da isonomia, a culpabilidade não pode ser concebida como uma reprovação pessoal do autor que legitima o poder punitivo, senão a partir da vulnerabilidade que a pessoa oferece ao exercício do poder punitivo²⁹⁰.

A culpabilidade será fundada na vulnerabilidade humana em face do sistema penal, criada pelo próprio Estado com o descumprimento de preceitos fundamentais, e não mais na mera responsabilidade pelo injusto perpetrado. Deste modo, Zaffaroni

[...] *va perfilando la culpabilidad como un vínculo personalizado de injusto y autor que se concibe como una valorización y como un capítulo de la empresa reductora o de contención del poder punitivo que debe incorporar el dato de la selectividad estructural y tratar de compensarlo o reducirlo como consecuencia del déficit ético del poder punitivo, para dotarlo de un mínimo de eticidad*²⁹¹.

Concebe-se que o modelo de culpabilidade proposto impediria que o poder punitivo fosse exercido em uma dimensão superior à reprovação que poderia ser formulada ao agente²⁹², sendo, para tanto, observado o limite máximo da pena, fornecido pela culpabilidade de ato tradicional, em conjunto com a “posição de vulnerabilidade” e o “esforço pessoal do agente” para alcançá-la na situação concreta.

Na posição de vulnerabilidade, verifica-se a condição social do infrator e a probabilidade deste ser criminalizado por um estigma. Não se trata de um puro estado de vulnerabilidade, mas de uma situação concreta de vulnerabilidade. Em seguida, com o exame do esforço pessoal para a vulnerabilidade, observa-se a efetiva atuação do agente, permitindo-se a graduação da pena. Tal esforço “*es la contribución personal del sujeto a las pretensiones*

²⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La culpabilidad en el siglo XXI*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.7, n.28, p.56-71, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

²⁹¹ Vai delineando a culpabilidade como um vínculo personalizado de injusto e autor, que é concebido como uma valorização ou como um capítulo de “empresa redutora” ou de contenção do poder punitivo, que deve incorporar o dado da seletividade estrutural e tratar de compensá-lo ou reduzi-lo como consequência do déficit ético do poder punitivo, para dotar-lo de um mínimo de eticidade (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 73).

²⁹² SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 73.

*legitimantes del poder punitivo, lo que se contrapone al esfuerzo reductor y pacificante del Derecho Penal*²⁹³. Algo deve ser feito pela pessoa para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade e isto será chamado de esforço pessoal para a vulnerabilidade²⁹⁴.

Destarte, de modo a propiciar a adequada aplicação do princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, é estabelecida uma relação diametralmente inversa entre “posição de vulnerabilidade” e culpabilidade, ao passo em que é conferida uma relação direta entre o “esforço pessoal para a vulnerabilidade” e a culpabilidade. Assim, quanto maior for a posição de vulnerável do sujeito, menor será a sua culpabilidade e, quanto menor for o esforço para alcançar a vulnerabilidade, menor será a culpabilidade.

Segundo Zaffaroni, a administração do poder jurídico de contenção do poder punitivo, conforme o grau de esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, dentro do marco da culpabilidade de ato, seria racional e possível²⁹⁵. Por isso, “*la vulnerabilidad alcanzada con poco esfuerzo concede a la agencia judicial un espacio de poder muy considerable para imponer penas mínimas o muy leves*”²⁹⁶.

Com efeito, Zaffaroni propõe o acréscimo de “corretivos” à culpabilidade tradicional, fundada na disposição interna contrária à norma revelada pelo indivíduo, de modo que tal instituto permanece relacionado à possibilidade de autodeterminação. Entretanto, o âmbito de autodeterminação não deve ser entendido como a possibilidade física de realizar uma conduta jurídica ou antijurídica, mas como a possibilidade de realizar uma conduta jurídica motivando-se pela norma²⁹⁷.

Neste aporte teórico,

[...] *para ponderar el ámbito de autodeterminación, será menester tener en cuenta la personalidad del autor. Esto obedece a que cada personalidad corresponde un*

²⁹³ É a contribuição pessoal do sujeito às pretensões legitimantes do poder punitivo, o que se contrapõe ao esforço reductor e pacificante do Direito Penal (tradução nossa) (SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?], p. 75; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 246).

²⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 244.

²⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 246.

²⁹⁶ A vulnerabilidade alcançada com pouco esforço concede à agência judicial um espaço muito considerável para impor penas mínimas ou muito leves (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La culpabilidad en el siglo XXI*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.7, n.28, p.56-71, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67).

²⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.IV, p. 73-74.

*cierto catálogo de conductas en una situación dada, pero ello en modo alguno implica un reproche a la personalidad*²⁹⁸.

Ao associar a culpabilidade à vulnerabilidade e à possibilidade de autodeterminação, Zaffaroni vincula a censura estatal à personalidade do agente, aqui concebida como objeto da ordem social. Isso não denota uma mescla entre culpabilidade de ato e culpabilidade de autor, mas apenas uma “correção” da culpabilidade por um dado fático²⁹⁹⁻³⁰⁰. Na culpabilidade de ato, a personalidade do autor não poderá ter utilizada como objeto de reprovação, mas como uma das circunstâncias que indicam a magnitude do âmbito da autodeterminação do autor na situação concreta em que foi praticado o injusto³⁰¹. Por conseguinte, a vulnerabilidade não significa uma retomada ao direito penal do autor, pois a reprovação não deriva da personalidade, sendo apenas graduada pela mesma na aplicação da pena.

A culpabilidade como vulnerabilidade expressa a busca pela limitação da violência punitiva, a partir de critérios de isonomia, do reconhecimento da falta de legitimidade do sistema penal e da utilização da pessoa humana como meio de balizá-la. Mas, como em nada altera o fundamento da responsabilização do sujeito, não representa um efetivo avanço no âmbito da Teoria da Culpabilidade.

3.4.2.3 Inexigibilidade como denominador comum das causas de inculpabilidade

Ocorre que, neste arcabouço teórico, pautado no princípio da isonomia e na necessidade de reconhecimento e exame dos âmbitos de autodeterminação para graduação da reprovabilidade, a exigibilidade assume um importante papel, claramente distinto das dogmáticas já examinadas.

²⁹⁸ Para ponderar o âmbito de autodeterminação, será insuficiente considerar a personalidade do autor. Isso decorre do fato de que cada personalidade corresponde a certo “catálogo de condutas” em uma determinada situação, mas ele, de modo algum, implica uma censura à personalidade (tradução nossa) (Ibidem, p. 62).

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La culpabilidad en el siglo XXI*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.7, n.28, p.56-71, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

³⁰⁰ Apesar da utilização do termo “correção” insta salientar que Zaffaroni afirma que a culpabilidade pela vulnerabilidade não é um “corretivo” da culpabilidade penal pelo ato, mas a sua “contra-cara dialética”, da qual a culpabilidade penal surge como síntese. Revela que “*la culpabilidad penal resultante de esta síntesis traduciría el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico-penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formal, pero no materialmente ética*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 247-248).

³⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.IV, p. 63.

Zaffaroni afirma que existiria uma relação direta entre o âmbito de autodeterminação do sujeito e a exigibilidade da conduta. Segundo o professor argentino, os âmbitos de autodeterminação do sujeito podem ser amplos, o que justifica uma exigibilidade e reprovabilidade maior, ou podem existir limites mínimos de liberdade de decisão, o que conduz ao desaparecimento da exigibilidade e da reprovabilidade.

Em outras palavras, a existência de limites mínimos torna a possibilidade de utilização da liberdade de decisão inexigível; ou seja, apesar de não ser possível negar que qualquer pessoa, numa determinada circunstância, tem a possibilidade de converter-se em herói, não lhe pode ser juridicamente exigível que o faça, tampouco reprovar juridicamente o ato de não fazer³⁰².

Desta forma, como todos os limites mínimos de autodeterminação supõem que não se pode exigir do autor uma conduta diversa da efetivamente realizada, Zaffaroni revela que todas as causas de inculpabilidade são hipóteses de inexigibilidade de outra conduta adequada ao direito e ressalta: “*la no exigibilidad no es ‘una’ causa de inculpabilidad, sino el común denominador de todas*”³⁰³.

Nesse sentido, Zaffaroni afirma que

*la exigibilidad es, para nosotros, la naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad y no constituye ninguna en particular, en el sentido de una inculpabilidad ‘supralegal’. [...] En nuestro concepto la exigibilidad la determina el orden jurídico y de él proviene cualquier causa de inculpabilidad*³⁰⁴.

Considerada não como uma causa de inculpabilidade, mas como fundamento único de todas as causas de inculpabilidade, a exigibilidade passa a ser limitada pelos dados e critérios estabelecidos para cada caso concreto, a associar-se a um viés “principiológico” e a representar, no âmbito da culpabilidade, a necessidade de afastamento da conduta motivada pela norma, mas adequada e não violatória da mesma³⁰⁵.

Com efeito, ante a impossibilidade de incluir a inexigibilidade como simples causa de inculpabilidade, Zaffaroni constrói o seu *Tratado de Derecho Penal* e o seu Manual de Direito Penal Brasileiro retirando a inexigibilidade como uma eximente autônoma e irradiando a sua

³⁰² Ibidem, p. 45.

³⁰³ A não exigibilidade não é “uma” causa de inculpabilidade, mas o denominador comum de todas (tradução nossa) (Ibidem, p. 46).

³⁰⁴ A exigibilidade é, para nós, a natureza última de todas as causas de inculpabilidade e não constitui nenhuma em particular, no sentido de uma inculpabilidade “supralegal”. [...] No nosso conceito a exigibilidade é determinada pelo ordenamento jurídico e dele provém qualquer causa de inculpabilidade (tradução nossa) (Ibidem, p. 71).

³⁰⁵ Ibidem, p. 72.

ideia nos pressupostos ou condições de reprovabilidade, que passam a ser denominadas de “possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade” e de “atuação em marco situacional que permita um certo âmbito de autodeterminação”³⁰⁶.

A ausência de possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade ocorre nos casos de incapacidade psíquica para a compreensão da antijuridicidade (inimputabilidade) e de erro de proibição invencível. A inexigibilidade pela situação redutora de autodeterminação, por sua vez, incide nos casos de estado de necessidade exculpante e incapacidade para dirigir a conduta conforme a compreensão da antijuridicidade (segunda hipótese de inimputabilidade), além dos outros de inexigibilidade de conduta diferentemente motivada da parte especial do Código Penal.

Segundo Zaffaroni, a exigibilidade possui influxos nos pressupostos da reprovação, cuja ausência opera como um redutor da autodeterminação do agente³⁰⁷. Por isso, a exigibilidade está diretamente relacionada à questão da co-culpabilidade, na medida em que, “se culpabilidade é exigibilidade (maior ou menor), a ser aferida tomando em conta as múltiplas variáveis do caso concreto, tal há de ser menor quanto àquele que comete delito premido por condições sócio-econômica especialmente adversas”³⁰⁸.

É importante ressaltar que, numa postura ainda mais inovadora no âmbito da Teoria da Culpabilidade, Zaffaroni afirma que, como a exigibilidade está atrelada à essência do Direito, tem papel em toda a culpabilidade e, até mesmo, no injusto penal³⁰⁹. Tal consideração, além de demonstrar a desvinculação da ideia de exigibilidade do indemonstrável livre arbítrio e de evitar a contradição decorrente da inclusão de um elemento cuja ausência não afasta o substrato material da culpabilidade, denota a dissociação entre culpabilidade e exigibilidade e, ainda mais, uma tomada de postura ante a infravalorização do seu âmbito de incidência.

³⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 75.

³⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. *Co-culpabilidade?*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

³⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 72.

3.5 DESVINCULAÇÃO ENTRE INEXIGIBILIDADE E CULPABILIDADE NAS TEORIAS DA NEGAÇÃO

Insta salientar que a dissociação entre exigibilidade e culpabilidade resta ainda mais patente no âmbito das Teorias da Negação, já que os aportes teóricos que estabeleceram uma verdadeira renúncia da culpabilidade – em prol da necessidade preventiva ou do princípio da proporcionalidade –, mantêm a exigibilidade/inexigibilidade de forma intocável.

3.5.1 Enrique Gimbernat Ordeig e a substituição da culpabilidade pela necessidade preventiva com manutenção da ideia de inexigibilidade

Diferentemente de Günther Jakobs – que acaba tratando a culpabilidade como “derivado” da necessidade preventiva –, Enrique Gimbernat Ordeig defende a renúncia ao conceito de culpabilidade, considerando que, ante a indemonstrabilidade do pressuposto finalista e a falta de utilidade da culpabilidade como limite e fundamento da pena, esta deveria ser totalmente substituída pela necessidade preventiva.

Na teoria defendida por Gimbernat Ordeig, todos os elementos do crime são reestruturados com base na necessidade preventiva e no efeito inibidor da pena. Recorre-se à pena para reforçar as proibições, cuja existência é absolutamente necessária, visando evitar, na maior medida possível, a execução de ações que ataquem as bases da convivência social, com o escopo de conferir um especial vigor a tais proibições³¹⁰.

Gimbernat Ordeig traça uma dicotomia entre antijuridicidade (necessidade geral da pena) e culpabilidade (possibilidade concreta da pena), por meio dos critérios do querer e poder. Deste modo, observa que a possibilidade concreta de evitamento de uma conduta pela pena não é um elemento daquilo que se é necessário evitar (a conduta antijurídica), mas um limite do que faz necessária a pena. Assim, a culpabilidade deixa de ser fundamento da pena

³¹⁰ PARDOS, Mariano Melendo. *Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat*. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito Penal Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

preventivo geralmente necessária e passa a constituir um limite da pena já preventivo geralmente necessária³¹¹.

Constata-se, então, que, nesta compreensão, a culpabilidade seria prescindível à configuração do delito – representado meramente pelo fato típico e ilícito – e a pena somente encontraria sua justificação e medida no âmbito das exigências da prevenção geral e da prevenção especial, já que a necessidade da pena advém do imperativo de reafirmar o efeito inibidor de determinadas proibições.

Nas palavras do professor espanhol,

[...] *la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir – creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo – que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana*³¹².

Neste diapasão, Gimbernat Ordeig indica que a doutrina, apesar de reconhecer que seria irracional e empiricamente não comprovável a existência do livre arbítrio, decide em seu favor, ao equivocadamente considerar que apenas seria possível e imaginável um Direito penal da culpabilidade³¹³. Mas, adverte que não se pode “*profesar el principio de culpabilidad oponiéndose, así, a los resultados de ciencias como la psicología y el psicanálisis, dedicados precisamente a estudiar las motivaciones del comportamiento humano*”³¹⁴.

Insta observar, entretanto, que, nada obstante a afirmação de absoluta imprestabilidade da culpabilidade, Gimbernat Ordeig não afastou a análise dos seus tradicionais elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa), apesar de ter modificado os seus fundamentos para buscar argumentos preventivos de justificação, o que indica, na realidade, uma renúncia meramente nominal a categoria da culpabilidade e efetiva apenas quanto ao seu substrato material.

³¹¹ Ibidem, p. 65.

³¹² A sociedade tem que recorrer à ameaça com uma pena para conseguir – criando medos reais que logo são introduzidos de geração em geração pelo processo educativo – que sejam respeitadas, no possível, as normas elementares e imprescindíveis de convivência humana (tradução nossa) (PARDOS, Mariano Melendo. *Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat*. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito Penal Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 68).

³¹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*. In: **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho**. Buenos Aires: Pannedilla, 1970, p. 496-497.

³¹⁴ Professar o princípio da culpabilidade opondo-se, assim, aos resultados de ciências como a psicologia e a psicanálise, dedicadas precisamente a estudar as motivações do comportamento humano (tradução nossa) (Ibidem, p. 497).

Ao derivar a necessidade da pena do seu caráter intimidador, Gimbernat Ordeig defende que, como é apenas a impunidade dos normais e dos que agiram em situação normal que viola o princípio punitivo³¹⁵, deve ser reconhecida a existência de situações nas quais não será necessária a imposição da pena, consubstanciadas nos casos em que a pena não poderá alcançar o fim de dissuadir condutas criminosas, poderá causar sofrimento excessivo não legitimado pelo fim que se pretende obter ou, ainda, quando puder ser vislumbrado um caráter abusivo e intolerável da punição aos inimputáveis³¹⁶.

Nestas situações, o efeito inibidor da proibição penal não é afetado, pois é perceptível, pela generalidade das pessoas, que se tratam de casos de caráter excepcional. Substitui-se, portanto, o critério de perturbados/normais e dos que conhecem/os que não conhecem a ilicitude do fato pelo critério das situações normais/excepcionais.

No que tange à questão da exigibilidade, como a culpabilidade não é compreendida como categoria delitiva e é reconhecida a existência de hipóteses excepcionais de ausência de necessidade concreta da pena, a inexigibilidade de conduta diversa é concebida, formalmente, como uma causa de justificação. Nesse sentido,

os comportamentos em situação de inexigibilidade seriam lícitos não porque a culpa [culpabilidade] estivesse afastada, sequer porque não revelariam necessidades de punição, mas, pura e simplesmente, porque o direito não quer lutar contra (opor-se a) esta espécie de comportamentos [...]³¹⁷.

Portanto, a inexigibilidade inviabiliza a própria caracterização do ato como injusto, estando vinculada à ausência de necessidade preventiva e alheia ao exame da culpabilidade, categoria considerada desnecessária para a configuração do crime.

Ademais, Gimbernat Ordeig afirma que, apesar da renúncia à culpabilidade, o Direito não deve deixar de reconhecer o erro de proibição invencível, a exclusão da responsabilidade objetiva e a necessidade de aplicação apenas de medidas de segurança aos inimputáveis³¹⁸, conceitos reconstruídos mediante utilização dos fundamentos da prevenção geral e especial.

³¹⁵ PARDOS, Mariano Melendo. *Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat*. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64.

³¹⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 279-280.

³¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1, p. 605.

³¹⁸ MIR, José Cerezo. **Culpabilidad y pena**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 349.

Apesar da questionável possibilidade de substituição da culpabilidade pela prevenção geral e especial, forçoso observar que tal intento possui grande relevância na seara da exigibilidade, na medida em que realiza uma efetiva dissociação entre culpabilidade e inexigibilidade, que continua tendo a sua incidência reconhecida, nada obstante a absoluta negação da própria existência do instituto da culpabilidade (e do indemonstrável pressuposto material).

3.5.2 Winfried Hassemer e a substituição da culpabilidade pela proporcionalidade com manutenção da ideia de inexigibilidade

Na concepção do alemão Winfried Hassemer, a culpabilidade deve ser desassociada da ideia de reprovação e substituída pelo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) para a adequada aproximação entre o Direito Penal e uma política criminal não desprovida de base empírica.

Ao partir da premissa de que o sistema penal encontra-se em crise, Hassemer aponta para a inadequação do Direito Penal funcional e para a conseqüente necessidade de reestruturação da dogmática jurídico-penal ante a nova realidade social³¹⁹, inclusive para um reexame do princípio da culpabilidade, que vem sendo utilizado “*como signo de un Derecho Penal autoritario que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general*”³²⁰.

Segundo Hassemer, existiriam quatro planos de verificação do fato criminoso, sendo a ação e antijuridicidade planos negativos (excludentes) e a tipicidade e “culpabilidade” planos positivos (justificadores). Nos primeiros, apenas deveriam ser examinados elementos que afastam a caracterização do fato como criminoso (elementos indicadores da irrelevância penal do fato ou da ausência de contrariedade à ordem de valoração do direito), e, nos demais,

³¹⁹ Entendimento detalhadamente exposto no artigo “História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra” (HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista de Informação Legislativa**, v.30, n.118, p.237-282, abr/jun. Brasília: Senado, 1993, p. 237-279).

³²⁰ Como registro de um Direito Penal autoritário que desvia a corresponsabilidade da sociedade no delito para o indivíduo que manifesta a maldade geral (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 1).

deveriam ser analisados dados que justifiquem a imputação nos aspectos objetivo e subjetivo³²¹.

Concordando com a dogmática tradicional, o professor alemão considera que, na “culpabilidade”, estaria reunido o saber sistemático sobre o autor e que, por isso, deveria ser discutida e decidida, neste plano, a “imputação subjetiva do injusto a um determinado autor” pelo “grau de participação interna no acontecimento exterior”, já que a responsabilidade pelo simples resultado danoso seria incontestavelmente inadmissível³²².

Observa, então, que tal exame teria uma tripla função, de possibilitar a imputação subjetiva de um acontecimento injusto a uma pessoa atuante, de excluir a responsabilidade pelo mero resultado e de diferenciar os graus de participação interna, pois, ao se considerar que uma “política criminal racional deve contar com as irracionalidades sociais”, resta imprescindível um exame graduado da participação interna, em escala normativa, desde a culpa inconsciente até o dolo³²³.

Todavia, analisando o fundamento material da culpabilidade puramente normativa, Hassemer revela que a “normatização do critério de reprovação” seria a forma apropriada para a realidade inalterável do Processo Penal³²⁴, de modo que o juízo da “culpabilidade” deve ser desatrelado da ideia de reprovação. Isso porque, como o “poder agir de outro modo” não pode ser afirmado numa situação concreta³²⁵, as consequências jurídico-penais não poderão ser limitadas por um princípio que não serve para a sua fundamentação.

Hassemer afirma que

*[...] el tipo de “culpabilidad” al que se puede llegar con la sonda del “poder general para actuar de otro modo” es una débil construcción, desvinculada de las posibilidades del delincuente para permanecer fiel al derecho, aunque también liberada de la carga de tener que demostrar la libertad de voluntad como fundamento de la culpabilidad*³²⁶.

³²¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 286-288.

³²² Ibidem, p. 288.

³²³ Ibidem, p. 297-298.

³²⁴ Ibidem, p. 310.

³²⁵ Hassemer afirma que “o poder individual de agir de outro modo é uma letra de câmbio (*Wechsel*) que jamais se poderá sacar em um Processo Penal (Ibidem, p. 310).

³²⁶ O tipo de “culpabilidade” a que se pode chegar com a verificação do “poder geral para atuar de outro modo” é uma frágil construção, desvinculada das possibilidades do autor de permanecer fiel ao direito, mesmo se liberada da carga de ter que demonstrar a liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztavares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 2).

Ao examinar as concepções funcionalistas, que associam o fundamento material da culpabilidade à prevenção geral e especial, Hassemer ainda revela que, “*con los intereses preventivos, el concepto de culpabilidad mete en casa el enemigo del que tendría que distanciarse enérgicamente*”³²⁷ e que “*un ordenamiento jurídico penal que procure evitar en lo posible molestias a las personas y fundamentar honestamente sus intervenciones debe renunciar a ese reproche*”³²⁸.

Por isso, pondera que as tradicionais teorias do Direito Penal apenas não efetuaram a eliminação da culpabilidade porque partiram da falsa premissa de que tal ato representaria a privação da legitimação ética do Direito Penal e a supressão da função limitadora do princípio da culpabilidade, sem perceber que, na realidade, a legitimação advém da capacidade do Direito Penal de elaborar e desenvolver os mais graves conflitos e que os limites da pena são deduzidos dos critérios da proporcionalidade³²⁹.

Com efeito, por uma questão de política criminal, desvinculando-se das ideias finalistas e funcionalistas, Hassemer exalta a necessidade de exame da proporcionalidade das consequências jurídicas³³⁰ em substituição da reprovabilidade do juízo de culpabilidade. Esclarece que,

[...] conforme el mandato constitucional de igualdad, esta consecuencia jurídico-penal sólo será justa cuando trate desigualmente lo que es desigual. Quien decida diferenciar diferentes grados de participación interna tiene que adecuar proporcionalmente las consecuencias jurídico-penales a estas diferenciaciones³³¹.

Ao eliminar a “reprovação de culpabilidade” e substituí-la pelo princípio da proporcionalidade, Hassemer afirma que, na caracterização de uma ação como crime, este

³²⁷ Com os interesses preventivos, a culpabilidade coloca em casa o inimigo do qual teria que se distanciar veementemente (tradução nossa) (Ibidem, p. 3).

³²⁸ Um ordenamento jurídico-penal que procura evitar, dentro do possível, danos as pessoais e fundamentar honestamente as suas intervenções deve renunciar essa reprovação (tradução nossa) (Ibidem, p. 10).

³²⁹ HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztavares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 9-10; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 321.

³³⁰ Hassemer defende que, num Estado de Direito, “qualquer política criminal é obrigada a observar o princípio da proporcionalidade; mas especialmente uma concepção orientada pela liberdade deve ter o direito de afirmar com ênfase essa obviedade e, então, trabalhar o que hoje, concretamente, pode ser associado a esse princípio” (HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odím Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 307).

³³¹ Conforme o mandamento constitucional da igualdade, essa consequência jurídico-penal apenas será justa quando tratar desigualmente o que é desigual. Quem decide distinguir diferentes graus de participação interna tem que adequar proporcionalmente as consequências jurídico-penais a estas diferenciações (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztavares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 6).

plano somente é necessário para a justiça penal “como limite da imputação subjetiva, não como fundamentação de sua atuação”³³². Deste modo, deve ser examinado pelos critérios da proporcionalidade e elementos justificadores da pena historicamente adquiridos (capacidade de culpabilidade, conhecimento da proibição e exigibilidade de conduta conforme a norma).

Os critérios da proporcionalidade, para uma adequada fundamentação da pena, deveriam ser assegurados e aperfeiçoados, o que “*supone, sin embargo, un trabajo teórico y empírico de gran amplitud: investigar la gravedad del hecho y la intensidad de la sanción, la sensibilidad y la receptividad a la pena del condenado*”³³³.

Este trabalho deve ser efetuado de forma conjunta com os elementos justificadores, vinculados à própria ideia de proporcionalidade, já que correspondem aos critérios da responsabilização justa por um fato ilícito num ordenamento jurídico-penal cuidadoso e prudente, não a um indício negativo de liberdade de ação examinado na “culpabilidade”³³⁴.

Considerando a estipulação de planos de verificação do fato criminoso, Hassemer estabelece que “a capacidade de culpabilidade, o conhecimento da proibição e a exigibilidade de conduta em conformidade com a norma são pressupostos positivos” do último plano justificador de verificação do fato criminoso, embora sejam formulados pela legislação de forma negativa³³⁵. Este plano justificador, tradicionalmente denominado de “culpabilidade”, é assumido pelo princípio da proporcionalidade.

Em geral, na linha defendida por Hassemer, a “culpabilidade” “consiste num conjunto de direitos negativos de imputação adquiridos historicamente, cujo fundamento está na ideia de proporcionalidade”³³⁶, o que representa um esvaziamento do seu conteúdo material, não

³³² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 321.

³³³ Supõe, sem embargo, um trabalho teórico e empírico de grande amplitude: investigar a gravidade do fato e a intensidade da sanção, a sensibilidade e receptividade da pena ao condenado (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztaavares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012, p. 9).

³³⁴ Idem.

³³⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 288-289.

³³⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 228.

justifica a imputação pessoal do autor do injusto³³⁷ e denota a carência de legitimidade da pena, tendo em vista que a proporcionalidade não é apta a fundamentar a punibilidade.

Especificamente no que concerne à inexigibilidade, percebe-se, mais uma vez, notadamente se efetuada uma análise conjunta com a teoria de Gimbernat Ordeig, que, mesmo os aportes teóricos que negam a existência e utilidade da culpabilidade para a Teoria do Delito, continuam reconhecendo a incidência da exigibilidade, o que, ignorando discussões acerca da coerência ou não dessas teorias, gera, ao menos, uma dúvida acerca da real necessidade de vinculação de tais “institutos” e da real função da exigibilidade no Direito Penal.

3.6 INEXIGIBILIDADE, FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE E NEUROCIÊNCIAS

Como percebido, no bojo da Teoria da Culpabilidade, em geral, a evolução da exigibilidade processou-se no sentido de manter-se acriticamente o seu conceito, já que, apesar de alguns aportes teóricos terem conferido novo sentido à mesma, a exigibilidade permaneceu à sombra do problema da sua compatibilização com o substrato material da culpabilidade.

A necessidade de estipulação de um fundamento material para a culpabilidade condizente com os princípios e fundamentos de um Estado Democrático de Direito estabeleceu uma verdadeira crise no âmbito da Teoria da Culpabilidade, alastrada pelos debates entre deterministas e indeterministas, dos quais a exigibilidade teve apenas um papel coadjuvante.

A publicação, na fase pós-finalista, de uma diversidade de teses sobre o conceito material da culpabilidade tem um motivo que é incontestável: a “impossibilidade ou dificuldade de comprovar que o agente, no caso concreto, poderia ter atuado de outro modo, ou seja, poderia ter obedecido o ordenamento jurídico”³³⁸. Tal questão é o cerne dos questionamentos sobre a necessidade ou não de um determinismo empírico na definição da conduta delituosa e, até

³³⁷ Conforme observa Paulo César Busato, “a conversão da culpabilidade em um mero juízo objetivo de presença ou ausência de determinados fatores condicionantes da vontade suprime a atitude sistemática participativa, ou seja, a inclusão da pessoa na discussão jurídica. A racionalidade interacional é substituída por uma racionalidade objetiva. A pessoa não é observada como pessoa, como participante do jogo de sentido que configura a responsabilidade, mas se vê reduzida a mero objeto de observação” (BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 15 jun. 2014).

³³⁸ Idem.

mesmo, sobre a demonstrabilidade ou indemonstrabilidade da liberdade humana de vontade (livre arbítrio), utilizada, em linhas gerais, como fundamento supostamente comprovável do juízo de culpabilidade ou como dado antropológico ou discursivo pressuposto ao mesmo.

Como, apesar das dúvidas levantadas, segundo a dogmática atualmente dominante, a ideia de exigibilidade pertence à culpabilidade – não mais como sua dimensão material normativa, mas como seu elemento constitutivo – e, por razões lógicas, as críticas sobre o fundamento do “todo” atingem a “parte”, é necessário analisar, brevemente, se a neurociência teria interferência na seara da culpabilidade e se e em que medida as supostas interferências poderiam repercutir no âmbito da exigibilidade.

Isso porque, atualmente, os debates entre deterministas e indeterministas vêm sendo reforçados pelas novas pesquisas neurocientíficas, que, a partir de técnicas de ressonância magnética funcional, desenvolvidas no cérebro humano, apontaram que, na realidade, os seres humanos são determinados pelo inconsciente e que a ideia de livre arbítrio não é apenas indemonstrável, mas uma verdadeira ilusão.

De acordo com experimentos realizados por Benjamin Libet, Patrik Haggard, Martin Eimer e John-Dylan Haynes, “*durante un acto ‘voluntario’ el cerebro se activa antes que el sujeto tenga la impresión subjetiva de ‘voluntad’*”. É dizer, a ativação cerebral começa seis ou dez segundos antes do sujeito se conscientizar do seu movimento, de modo que o experimentador pode prever a decisão que será adotada pelo sujeito, segundos antes que o próprio sujeito se conscientize da sua decisão³³⁹.

Com essa constatação, alguns neurocientistas – como Wolfgang Prinz, Wolf Singer e Gerhard Roth – concluíram que a consciência da ação não poderia ser a causa da mesma, já que, dentro do complexo processo de tomada de decisão e execução do movimento corporal voluntário, seria evidenciada a existência de uma atividade cerebral não consciente precedente à atuação consciente. Segundo Gerhard Roth, “*el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del [...] movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neurales*”³⁴⁰.

³³⁹ Durante um ato “voluntário” o cérebro ativa antes que o sujeito tenha a impressão subjetiva da vontade (tradução nossa) (RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y libertad*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 185).

³⁴⁰ O ato consciente de vontade de nenhum modo [pode] ser o causador do [...] movimento, porque o movimento está fixado previamente por processos neurais (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y*

Esse limite temporal entre atividades conscientes e inconscientes foi considerado como uma prova empírica da inexistência de liberdade de vontade³⁴¹, ou seja, do livre arbítrio. Deste modo, passou a ser fundamentada empiricamente a ideia já afirmada pelo psicólogo alemão Wolfgang Prinz de que „*wir nicht tun, was wir wollen, sondern wollen, was wir tun*”³⁴², já que, como afirma Gerhard Roth em célebre frase, „*wir als bewusste Wesen haben nur wenig Einsicht und Einfluss auf unser Handeln*”³⁴³.

Neste diapasão, ressalta Fernanda Palma que

a constatação empírica de que os fenômenos de consciência que exprimem desejos e intenções são antecedidos de alterações físicas no cérebro quando se desenvolve o processo que conduz a um acto voluntário deixa no ar a interrogação sobre o verdadeiro papel da consciência na acção voluntária³⁴⁴.

Sem enfrentar a questão da validade ou invalidade dos experimentos, insta pontuar que o resultado dessas pesquisas representa uma verdadeira revolução na imagem que o homem tem de si mesmo, na medida em que afronta a própria crença de que o homem decide a sua livre vontade dirigido pelo consciente, pois, segundo os experimentos, seriam os impulsos e os desejos inconscientes do sistema cerebral os responsáveis pela decisão de ação ou omissão, antes mesmo da percepção humana consciente.

Com efeito, no âmbito do direito penal, a comprovação de que a liberdade de vontade é uma ilusão criada pela arquitetura cognitiva humana tem o aparente condão de revolucionar toda a Teoria do Delito, desde a concepção de ação – ante a aparente incoerência na distinção entre atos voluntários e involuntários, culposos e dolosos – até a culpabilidade – em face da impossibilidade de se falar no livre arbítrio como seu fundamento material – e a exigibilidade – ante o esvaziamento do seu conteúdo pela impossibilidade de exame da autodeterminação.

culpabilidad en Derecho Penal. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 maio 2014, p. 06).

³⁴¹ Em razão das conseqüências dos resultados dessas pesquisas, Libet sugere que a neurociência não propõe o fim da liberdade e que o sujeito teria a possibilidade de vetar o movimento durante o tempo que transcorria entre a sensação objetiva de vontade e o próprio movimento, mas outros investigadores neurocientistas afirmaram que esse “livre não querer” teria que utilizar o mesmo tempo do “querer” e que para isso não haveria tempo suficiente (RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y libertad*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 185).

³⁴² Nós não fazemos o que queremos, mas sim queremos o que fazemos (tradução nossa).

³⁴³ Nós, como seres conscientes, temos apenas um pouco de visão e influência sobre nossas ações (tradução nossa).

³⁴⁴ PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 48.

A partir dos resultados neurocientíficos, poderia ser afirmado não apenas que o fundamento material da culpabilidade seria inexistente – como difundido pelos neurodeterministas –, mas que a própria ideia de exigibilidade/inexigibilidade seria inútil, na medida em que não seria necessária uma discussão acerca da exigibilidade ou não da autodeterminação de uma conduta. É dizer, se toda ação é dirigida pelo inconsciente seria um absurdo discutir acerca da exigibilidade ou não de uma conduta conforme o direito, colocando em cheque a ideia de inexigibilidade e, ainda, todo o arcabouço jurídico-penal.

Como o ponto de partida das pesquisas neurocientíficas é a imagem do homem como ser livre e o sistema jurídico é pautado na ideia de liberdade, o Direito Penal realmente não pode fechar os olhos para tais experimentos, mas, em contrapartida, deve estabelecer uma essencial reflexão, à luz de disciplinas científicas igualmente relevantes, a fim de verificar os métodos científicos empregados e os possíveis influxos no âmbito da sua dogmática.

Em sede de culpabilidade, o fato do “poder atuar de maneira diversa” não ser capaz de constituir o conteúdo material da culpabilidade não é novidade e não deriva do resultado das pesquisas neurocientíficas, sendo apenas ratificado pelas mesmas. Como aduz Paulo César Busato,

[...] qualquer crítica proveniente das neurociências a respeito dos fundamentos do Direito penal é, *ab initio* inútil, não passando de uma invalidação de critérios juridicamente superados. O livre arbítrio, como constatação empírica é uma óbvia impossibilidade, especialmente na sociedade moderna que contempla um sem número de condicionantes para a vida de relação³⁴⁵.

Nessa perspectiva, observa-se que “o direito penal não se funda em dados (puramente) biológicos, mas em sistemas construídos de responsabilidade” e determinar se o homem é ou não livre, para a realização de uma prática criminosa, depende do conceito de liberdade a ser adotado³⁴⁶ – que não pode ser aferível desde uma perspectiva individual, como já observado nos diversos aportes teóricos apresentados.

Apesar do recorte metodológico empregado inviabilizar o exame dos influxos das pesquisas neurocientíficas nas diversas teorias pós-finalistas da culpabilidade, é necessário afirmar que a denominada “revolução neurocientífica” não surte os efeitos almejados pelos neurodeterministas na seara da culpabilidade, já que, em geral, “*la polémica sobre la libertad*

³⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 15 jun. 2014.

³⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. **Revolução neurocientífica e direito penal**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/revolucao-neurocientifica-e-direito-penal/>>. Acesso em: 20 maio 2014.

*de la voluntad es [...] totalmente irrelevante para el principio de culpabilidad, porque incluso una posición indeterminista es incapaz de ayudarle a suministrar un fundamento al reproche de culpabilidad*³⁴⁷.

Como advierte Bernardo José Feijoo Sánchez, “*dogmáticamente denominamos culpabilidad al conjunto de criterios normativos que permiten justificar la imposición de una pena concreta por parte de un órgano de justicia a una persona a la que se le ha imputado previamente un injusto de relevancia jurídico-penal*”³⁴⁸. Como tal conceito não guarda uma relação necessária com a ideia de “poder atuar de outro modo”, a negativa da liberdade de vontade não implica na renúncia à categoria da culpabilidade.

Ademais, como afirma Tomás Salvador Vives Antón,

*[...] es evidente que en el cerebro se monta un ‘potencial de disposición’ específico para cada clase de acción, antes que la propia persona se ‘decida’ a realizar este acto. Esta constatación de la secuencia temporal entre el proceso neuronal y la vivencia subjetiva parece probar que los procesos cerebrales determinan las acciones conscientes, sin que desempeñe un papel causal el acto de la voluntad que el propio actor se atribuye. Estudios psicológicos confirman además la experiencia de que los actores, bajo determinadas circunstancias, ejecutan acciones a las que solo posteriormente adjudican sus propias intenciones*³⁴⁹.

Com efeito, se a questão da liberdade subsiste, permanece também a ideia de exigibilidade/inexigibilidade, seja na seara da culpabilidade, seja na seara das demais categorias delitivas, posto que esta transcende à já superada discussão acerca da existência ou inexistência do “poder atuar de outro modo” (livre arbítrio).

Ressalte-se, ainda, que, na linha concebida por Jürgen Habermas, Vives Antón nega que os experimentos neurocientíficos “*puedan tener todo el peso probatorio de la tesis determinista que algunos les atribuyen*”, pois não é possível conferir o valor de algo experimentalmente

³⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 847.

³⁴⁸ Dogmáticamente denominados de culpabilidade ao conjunto de critérios normativos que permitem justificar a imposição de uma pena concreta por parte de um órgão de justiça a uma pessoa a qual se foi imputado previamente um injusto de relevância jurídico-penal (tradução nossa) (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho Penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p. 97-98).

³⁴⁹ É evidente que no cérebro se monta um “potencial de disposição” específico para cada classe de ação, antes que a própria pessoa se “decida” a realizar o ato. Essa constatação da seqüência temporal entre o processo neuronal e a vivência subjetiva parece provar que os processos cerebrais determinam as ações conscientes, sem que desempenhe um papel causal o ato de vontade que o próprio autor se atribui. Estudos psicológicos confirmam, ademais, a experiência dos atores, por determinadas circunstâncias, executam ações as quais somente posteriormente realizam suas próprias intenções (tradução nossa) (ANTÓN, Tomás Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 223).

comprovado a uma sequencia temporal estabelecida entre um fato material, certificado pela experiência externa, e um fato mental, inacessível a tal experiência³⁵⁰. Afirma que

[...] *la determinación acerca de cuando tomé una decisión ocurre en una secuencia temporal reflexiva, no en la secuencia empírica en la que tienen lugar los hechos neurofisiológicos observables. Por eso no resulta legítimo colocarlos en una especie de línea temporal absoluta ordenándolos en ella según un antes y un después*³⁵¹.

Em sentido similar, aponta Winfried Hassemer que “*las ciencias empíricas del ser humano no son las únicas llamadas a hablar sobre la libertad, y mucho menos, a decir la última palabra*”³⁵² e, acrescenta Eduardo Demetrio Crespo, que “*es muy dudoso que estas investigaciones puedan provocar un cambio de paradigma que ponga en cuestión radical la actual cultura jurídica*”³⁵³⁻³⁵⁴.

Apesar das interpretações e soluções apresentadas pela doutrina, em defesa dos seus respectivos modelos teóricos e do próprio sistema penal, é incontestável que a neurociência produz influxos no âmbito da dogmática penal, já que excita os debates entre deterministas e indeterministas, fomenta a considerada “crise” da culpabilidade e acarreta na apresentação de novas propostas de mudança no arcabouço essencial da culpabilidade, que podem ou não ser válidas e que podem representar novas interpretações acerca da exigibilidade.

³⁵⁰ Possam ter todo o peso probatório das teses deterministas que alguns lhes atribuem (tradução nossa) (Ibidem, p. 224-225). Em sentido similar: FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad*. Tradução de Bernardo Feijoo Sánchz. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p. 19-70.

³⁵¹ A determinação acerca de quando uma decisão foi tomada ocorre numa seqüência temporal reflexiva, não na sequencia empírica na qual têm lugar os fatos neurofísicos observáveis. Por isso, não resta legítimo colocar-los numa espécie de linha temporal absoluta, ordenando-os nela segundo um antes e um depois (tradução nossa) (ANTÓN, Tomás Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 225).

³⁵² As ciências empíricas do ser humano não são as únicas chamadas a falar sobre a liberdade, e muito menos, a dizer a última palavra (tradução nossa) (HASSEMER, Winfried. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: < <http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 maio 2014, p. 06).

³⁵³ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal*. Disponível em: <<http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2011/12/eduardodemetricrespolibertaddevoluntadinvestigaci%C3%B3nsobreelcerebro.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014, p. 3.

³⁵⁴ Veja-se ainda: MANZANO, Mercedes Pérez. *Fundamento y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*. Disponível em: < <http://www.indret.com/pdf/818.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho Penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p. 71-168; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p. 215-259.

No entanto, “a investigação que procede da neurociência, embora necessária e importante, não é suficiente para a implosão do edifício jurídico-penal”³⁵⁵, nem mesmo da ideia de culpabilidade³⁵⁶ e de exigibilidade/inexigibilidade. Como o livre arbítrio como fundamento material da culpabilidade é um dado já superado, a divulgação das pesquisas neurocientíficas não pode representar o desaparecimento da culpabilidade³⁵⁷, do Direito Penal, da exigibilidade e, tampouco, do sistema jurídico como um todo, mas, tão somente, a crise do determinismo como baliza do ordenamento jurídico.

Nada obstante, ante a existência de diversos entendimentos contrários e a atualidade dos debates, algo precisa ser percebido: a exigibilidade não pode ser considerada, novamente, como mera coadjuvante desta disputa dogmática entre deterministas e indeterministas para estipulação de um fundamento válido para o juízo de culpabilidade, dependente do destino a lhe ser conferido, notadamente porque não representa um simples elemento da culpabilidade, mas um “instituto” autônomo que transcende à discussão acerca da existência ou inexistência de livre arbítrio e não pode sofrer qualquer influência da “revolução neurocientífica”.

3.7 NECESSIDADE DE DISSOCIAÇÃO ENTRE UMA DIMENSÃO MATERIAL DE CULPABILIDADE E O PAPEL DA INEXIGIBILIDADE

Com a leitura dos tópicos precedentes, já resta perceptível que a relação entre inexigibilidade e culpabilidade não pode ser uma relação entre “todo” e “parte”, principalmente se

³⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Revolução neurocientífica e direito penal**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/revolucao-neurocientifica-e-direito-penal/>>. Acesso em: 20 maio 2014.

³⁵⁶ No mesmo sentido, acrescenta Hassemmer que “*la ciencia del Derecho penal está muy lejos de hacer el ridículo en su disputa con otras ciencias acerca de su estructura; su estructura es rica, bien ordenada y de probada valía*” (HASSEMER, Winfried. **Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 20 maio 2014, p. 08). E afirma Wolfgang Frisch que “*estas descalificaciones, que no afectan en absoluto a los auténticos fundamentos, mantienen el Derecho Penal de la culpabilidad sano y salvo*” (FRISCH, Wolfgang. **Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad**. Tradução de Bernardo Feijoo Sánchz. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 69).

³⁵⁷ O próprio Gerhard Roth afirma que, “*desde la perspectiva de las psico y neurociencias, parece inevitable una renuncia radical al principio da culpabilidad en sentido clásico*” (ROTH, Gerhard. **Delinquentes violentos: ¿Seres malvados o enfermos mentales?**. Tradução de Manoel Cancio Meliá. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 684). Ou seja, o inevitável é a renúncia à definição de culpabilidade defendida por Hans Welzel, a qual já se encontra completamente superada pela doutrina internacional.

considerado que, ordinariamente, a “parte” se submete à fundamentação e ao destino conferido ao “todo”, o que, neste caso, até então é incerto e conflituoso.

Contudo, é ainda necessário observar que, mesmo ante uma eventual definição acerca do fundamento material da culpabilidade, a dissociação visceral entre exigibilidade e culpabilidade resta igualmente cogente, tendo em vista, em primeiro lugar, a incompatibilidade da noção implícita na ideia de exigibilidade, na forma posta, com o juízo da culpabilidade.

Desde 1935, Maurach já advertia que culpabilidade e exigibilidade não têm que seguir unidas³⁵⁸, exatamente porque começou a ser percebido que o conceito de culpabilidade não poderia abarcar a própria ideia de renúncia à punição como seu substrato ou seu elemento.

A categoria da culpabilidade representa uma imputação pessoal, ou seja, um juízo, pautado em critérios normativos, que permite justificar a reprovação decorrente da conduta praticada a uma pessoa; um juízo que recai, portanto, sobre o autor, não sobre o fato em si. A ideia de exigibilidade, por sua vez, possui influxos em ambos os âmbitos, tanto do autor, quanto do fato. Por tal razão, significativa doutrina reconhece a incompatibilidade entre a inexigibilidade de conduta diversa e os demais elementos tradicionais do juízo de culpabilidade e busca soluções alternativas, seja por meio da instituição da subdivisão categorial, seja por meio do afastamento do caráter generalizador do exame da exigibilidade³⁵⁹.

³⁵⁸ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 21.

³⁵⁹ Para afastar a incompatibilidade entre as causas de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa e os demais elementos da categoria da culpabilidade e evitar a inclusão destas hipóteses na seara da ilicitude, Diego-Manuel Luzón Peñá efetuou uma releitura da ideia de exigibilidade para estabelecer a necessidade de um exame mais individualizador. Neste diapasão, afirma que “*es equivocado decir, como tantas veces se afirma, ya desde los creadores de la idea de inexigibilidad, que en circunstancias o situaciones difíciles o extremas el Derecho no puede exigir a nadie otra conducta, la lícita en vez de la realización del hecho típico; si eso fuera así, la inexigibilidad sería una causa de exclusión de la antijuridicidad si el Derecho no exigiera con carácter general abstenerse de esa conducta a nadie, o al menos una causa de exclusión de la tipicidad penal o el injusto penal si jurídicamente sí se exigiera a todos la conducta lícita aunque sea difícil pero, dada la poca entidad del ilícito, el Derecho renunciara a exigir penalmente, bajo amenaza de pena a nadie abstenerse de la conducta, y en ambos casos ello beneficiaría a todos, no sólo a los autores, sino también a los partícipes. En el campo de la culpabilidad ha de tratarse de inexigibilidad individual, frente sólo al sujeto en quien concurra una situación personal especial, pero no frente a los demás partícipes, a quienes se les sigue exigiendo penalmente abstenerse incluso de cooperar o inducir; y además inexigibilidad no jurídica general, no desde todos los campos del derecho, sino sólo inexigibilidad penal, es decir, que ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto el Derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y por ello de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general”* (PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*. Disponível em: <<http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/08/Diego-Manuel-Luzon-Peña.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2014, p. 43). Ocorre que, mesmo

Destarte, é imperioso verificar que, assim como não se pode prescindir da culpabilidade como juízo de censura, a inclusão da exigibilidade – na sua vertente negativa de inexigibilidade de conduta diversa – como seu elemento mostra-se, sem dúvida, deficitária e contraditória.

Na culpabilidade, a inexigibilidade não é um mero elemento, mas uma baliza que impõe a renúncia da punição e constitui fundamento comum das causas de inculpabilidade, refletindo, o quanto propagado por Roxin, de que não se pode trabalhar com “definições conceituais, sob as quais se possa subsumir o que quer que seja, mas com princípios de orientação, com parâmetros valorativos, que precisam ser desdobrados com base na matéria jurídica”³⁶⁰.

Com efeito, resta forçosa a estipulação de uma nova perspectiva acerca da exigibilidade, não apenas pela impossibilidade de negar a sua incidência em razão da indemonstrabilidade – ou, quiçá, inexistência – do pressuposto material da culpabilidade de uma teoria que apenas contribuiu para o seu reconhecimento e desenvolvimento no Direito Penal, mas da qual não possui qualquer dependência, como também pela imprecisão dogmática incorrida pelos adeptos das teorias normativas e mantida na maioria das doutrinas pós-finalistas.

com a interpretação empregada, não se pode negar que, para aferição da inexigibilidade da conduta, deverão ser examinadas situações relacionadas não apenas ao autor, mas também ao fato em si, o que é incompatível com as características gerais da categoria da culpabilidade.

³⁶⁰ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 254; ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p. 233; ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p. 229.

4 NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INEXIGIBILIDADE: PROPOSIÇÕES EXISTENTES E POSSIBILIDADES

Como analisado, são verificadas teorias voltadas para o estudo da culpabilidade, que reconhecem a incompatibilidade entre a inexigibilidade de conduta diversa e os demais elementos do juízo de culpabilidade e buscam soluções alternativas na própria culpabilidade, que desatrelam o exame da exigibilidade do substrato material da culpabilidade e que percebem a influência da exigibilidade nas demais categorias do conceito de crime³⁶¹.

Todavia, de igual forma, é possível encontrar alguns aportes que simplesmente estabelecem uma nova perspectiva concernente ao estudo da exigibilidade/inexigibilidade, dissociada da culpabilidade e dos seus diversos questionamentos.

As referidas concepções não contribuem diretamente para a solução da questão da contradição existente entre a ideia de exigibilidade inserida no âmbito do juízo de culpabilidade, mas denotam a infravalorização do âmbito de alcance da exigibilidade/inexigibilidade e, desta forma, viabilizam a elaboração de uma releitura do sistema tradicionalmente defendido.

4.1 HEINRICH HENKEL E A EXIGIBILIDADE E INEXIGIBILIDADE COMO PRINCÍPIO REGULATIVO

Antes da formulação de qualquer das teses pós-finalistas abordadas no capítulo precedente, num contexto dogmático de transição entre as Teorias Normativas da Culpabilidade e a Teoria Normativa Pura, Heinrich Henkel, influenciado por Mezger e com o intuito de frear a expansão finalista e a utilização da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, apresentou uma concepção na qual a exigibilidade/inexigibilidade aparece como princípio regulativo do Direito alheio às discussões acerca do fundamento material da culpabilidade.

³⁶¹ Esses aportes teóricos já foram adequadamente examinados no capítulo 2.

4.1.1 Bases dogmáticas e a construção do pensamento de Henkel

Com inegável contribuição para o estudo da exigibilidade, Henkel publicou, em 1954, no *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*³⁶², um artigo intitulado “*Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als Regulatives Rechtsprinzip*”³⁶³, e afirmou que, nos intentos de superação da teoria psicológica e clarificação da teoria normativa da culpabilidade, aparece o princípio da exigibilidade ou inexigibilidade³⁶⁴.

De acordo com Henkel, apesar da Teoria Normativa Pura da culpabilidade ter outorgado um lugar fixo para a exigibilidade e inexigibilidade, a localização empregada impossibilitaria a adoção de uma correta compreensão dos seus conceitos, refletindo, simultaneamente, uma infravalorização do seu âmbito de aplicação e uma supervalorização da sua função³⁶⁵.

Afirma Henkel que a infravalorização do âmbito de aplicação advém do fato da fórmula da exigibilidade/inexigibilidade ser, em realidade, um conceito jurídico geral, que possui função nos diversos setores de domínio do Direito, em quase todos os âmbitos do ordenamento jurídico, o que poderia ser demonstrado através da apresentação de exemplos.

No Direito Civil, devem ser observadas as circunstâncias particulares e é possível concluir pela dispensa do dever de prestação, nos casos em que, por mudança imprevisível no vínculo, a obrigação se torne inexigível³⁶⁶. Com efeito, a fórmula da exigibilidade não apenas funcionaria como meio de interpretação jurisprudencial, como também seria empregada pelo legislador, ante a real impossibilidade de delimitação, com meios conceituais, do regime de deveres em âmbitos duvidosos, de modo que a determinação conforme as circunstâncias do caso concreto deveria ser deixada a cargo do judiciário³⁶⁷.

No mesmo sentido, poderiam ser verificadas aplicações da fórmula da exigibilidade/inexigibilidade nos Direitos Administrativo e Internacional, notadamente na questão da intromissão do poder público na esfera privada não sujeita a indenização e na

³⁶² Escritos em homenagem ao 70º aniversário de Mezger (tradução nossa).

³⁶³ Exigibilidade e inexigibilidade como princípio jurídico regulativo (tradução nossa).

³⁶⁴ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 499.

³⁶⁵ Idem.

³⁶⁶ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 63-65.

³⁶⁷ Ibidem, p. 67.

concretização da cláusula “*rebus sic standibus*”, que dirige os tratados internacionais em face de eventuais situações de impossibilidade absoluta de cumprimento dos mesmos.

Com isso, Henkel ressalta que a exigibilidade/inexigibilidade trata-se de um conceito geral do qual deriva uma multiplicidade de campos em que é implementada a sua função, não podendo ser confundida, deste modo, com um conceito jurídico fundamental, posto que não representa um conceito *a priori*³⁶⁸.

Considera Henkel que haveria uma significação metodológica do princípio da exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico, tendo em vista que o mesmo,

*[...] con impelente fuerza reclama ser aplicado en todos los ámbitos fronterizos en que la determinación de los deberes de hacer, prestar o tolerar y, por otro lado, los derechos correlativos, no se puede alcanzar mediante una norma (general), sino donde sólo es factible fijar concretamente los contenidos teniendo en cuenta todas las circunstancias individuales*³⁶⁹.

Ante o significado metodológico indicado, Henkel verifica que a exigibilidade/inexigibilidade não poderia assumir, no Direito Penal, função diferente do restante do ordenamento jurídico. A exigibilidade não poderia ser fundamento normativo da culpabilidade, tampouco um dos elementos do referido instituto ou causa suprallegal de exculpação, já que não poderia haver uma supervalorização da função da inexigibilidade na seara penal.

Assevera Henkel que a inexigibilidade

*[...] no es una ‘causa suprallegal de exculpación’, sino menos y más que eso: cumple un papel, ‘aquí e allá, en consideraciones particulares’, y, no obstante, dicha función es mucho más amplia, puesto que se extiende por igual sobre los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*³⁷⁰.

Nesse sentido, afirma que, no Direito Penal, somente os critérios de determinação do exigível, dependendo da categoria do delito que se trate, poderão variar³⁷¹. Portanto, seria apenas o desejo dos criminalistas de satisfazer, mediante uma fórmula geral, todos os casos de

³⁶⁸ Ibidem, p. 16-17.

³⁶⁹ Com propulsora força reclama ser aplicado em todos os âmbitos fronteiriços em que a determinação dos deveres de fazer, prestar ou tolerar e, portanto, os direitos correlatos, não podem ser alcançados mediante uma norma (geral), mas onde somente é factível fixar concretamente os conteúdos tendo em consideração todas as circunstâncias individuais (tradução nossa) (Ibidem, p. 73).

³⁷⁰ Não é uma “causa suprallegal de exculpação”, mas menos e mais que isso: cumpre um papel, “aqui e ali, em considerações particulares”, e, entretanto, dita função é muito mais ampla, posto que se estende igualmente sobre todos os âmbitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (tradução nossa) (Ibidem, p. 130).

³⁷¹ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 26.

inculpabilidade não previstos na lei, que os teria inclinado a considerar a inexigibilidade de outra conduta como causa de exculpação³⁷².

Para Henkel, desvinculada da qualificação como elemento normativo da culpabilidade – base de seu nascimento na dogmática penal –, a exigibilidade assume, dentro desta categoria, um “papel secundário e coadjuvante”, de princípio regulativo para a concreta determinação dos limites duvidosos da exigência de dever contida no seu elemento normativo³⁷³. Assim, como princípio regulativo, a fórmula da exigibilidade poderia ser empregada para a demarcação do substrato normativo da culpabilidade – como elaborado pelos neokantianos –, principalmente para a delimitação concreta da exigência de dever, que possui um alcance duvidoso³⁷⁴.

De igual forma, a exigibilidade/inexigibilidade, não considerada como causa autônoma de afastamento da culpabilidade, poderia ser interpretada como um componente geral da culpabilidade na forma de um superior princípio de unificação de todas as causas de inculpabilidade.

Com efeito, a exigibilidade teria uma função “inferior” do que a pretendida pelos finalistas, mas um âmbito de aplicação muito mais amplo, de princípio regulativo incidente em todas as searas do ordenamento jurídico.

Henkel estabelece uma distinção entre princípios “normativos” (que importam um valor e uma medida para o julgamento) e princípios “regulativos” (que são neutros, vazios e conferem apenas um critério). Afirma, então, que, não sendo uma cláusula normativa, a exigibilidade/inexigibilidade “*no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento*”³⁷⁵.

Como princípio regulativo, a exigibilidade teria uma dupla função, de delegação e de individualização. A função de delegação indica a concessão pelo legislador da possibilidade de valoração da conduta ao juiz. A função de individualização, por sua vez, indica que a decisão sobre a exigibilidade deverá considerar a individualidade do caso para satisfazer as

³⁷² HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 19.

³⁷³ Ibidem, p. 34/120.

³⁷⁴ Ibidem, p. 124-127.

³⁷⁵ Não está em condições de antecipar o processamento do caso individual, mas contém uma instrução de recorrer, isto é, de superar um fenômeno concreto vital do que deve ser desenvolvido da própria norma de julgamento (tradução nossa) (Ibidem, p. 126).

exigências de justiça, que o aplicador do Direito não está vinculado a nenhuma norma geral e que a individualização será obtida através de um conceito neutro e vazio de exigibilidade³⁷⁶.

Por tal razão, conforme defendido por Henkel, em todos os âmbitos do Direito, a exigibilidade/inexigibilidade assumiria a função de princípio regulativo e, conseqüentemente, não poderia apresentar o conteúdo preciso da decisão, mas o caminho que conduz à mesma, instruindo que a definição sobre os limites incertos de faculdades e deveres jurídicos seja examinada a partir do conjunto de todas as circunstâncias perceptíveis no caso individual e através de uma concreta ponderação dos critérios valorativos que se apresentam³⁷⁷.

4.1.2 Problemas fundamentais da concepção de Henkel

Apesar de Henkel ampliar o âmbito de aplicação da exigibilidade/inexigibilidade e de, no Direito Penal, afastar a relação umbilical entre tais conceitos e o elemento normativo da culpabilidade – justificando a manutenção da inexigibilidade mesmo ante qualquer questionamento relacionado ao substrato material da culpabilidade –, críticas contundentes podem ser apontadas a esta concepção.

Em primeiro lugar, é importante observar que Henkel parte de uma falsa premissa, que culmina em diversas falhas no seu posicionamento, de que a função da dupla conceitual exigibilidade/inexigibilidade deve ser a mesma nos diversos setores do ordenamento jurídico, já que é relativamente freqüente que conceitos de outras searas experimentem modificações ao serem aplicadas ao Direito Penal³⁷⁸.

Ocorre que, apesar da natureza jurídica da exigibilidade/inexigibilidade dever ser a mesma nos diversos ramos do Direito (natureza principiológica), a função exercida pelo princípio deve respeitar as particularidades de cada seara, notadamente do Direito Penal, no qual, por exemplo, a ideia de responsabilidade – que fundamenta a exigibilidade/inexigibilidade –, não pode estar atrelada a uma responsabilização objetiva, como permitido na maior parte dos outros setores jurídicos.

³⁷⁶ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 28.

³⁷⁷ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 73.

³⁷⁸ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 524.

Ainda no que tange à natureza jurídica empregada à exigibilidade/inexigibilidade, forçoso observar que, além da flagrante obscuridade na distinção entre princípios regulativos e normativos, não se pode qualificar como regulativo um princípio que adquire conteúdo por meio de elementos materiais extrajurídicos³⁷⁹ – como afirma o próprio Henkel –, que também representa componente de elementos normativos (como, por exemplo, a culpabilidade) e que possui uma função (normativa) de regulação de comportamentos.

Ademais, considerada como princípio meramente regulativo e completamente “vazio”, a exigibilidade/inexigibilidade deixa de ter qualquer conteúdo material ou critério orientador e passa a poder ser preenchida de qualquer forma, podendo ser caracterizada como uma fórmula puramente tautológica, carente de conteúdo definido, que pode gerar inegável insegurança jurídica³⁸⁰. Além disso, poderia culminar em decisões arbitrárias e violatórias do princípio da isonomia, na medida em que a função de individualização estabelecida implica numa valoração intuitiva por parte do juiz de todas as circunstâncias do caso concreto, desvinculada de qualquer norma geral, o que não pode ser desejável em qualquer ramo do Direito.

Ao analisar o pensamento de Henkel no âmbito da teoria da culpabilidade, verifica-se que outros problemas ainda podem ser observados, seja porque a exigibilidade é retirada do núcleo central da culpabilidade sem que seja apresentado, em seu lugar, qualquer ponto de apoio para o referido instituto – que, segundo deduzido, retornaria às ultrapassadas abordagens psicológicas³⁸¹⁻³⁸² –, seja porque tampouco é esclarecida a justaposição das tradicionais causas de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa.

Aliás, em sede de culpabilidade, a utilização de uma fórmula vazia para a definição do princípio da exigibilidade/inexigibilidade inviabiliza, até mesmo, a sua adequada consideração como fundamento das causas de inculpação, o que, por sua vez, ainda restringe a possibilidade da exculpação supralegal³⁸³. Resta obstada, inclusive, a justificação supralegal, que poderia ser devidamente fundamentada com a extensão da incidência da

³⁷⁹ Ibidem, p. 519.

³⁸⁰ Deste modo, devolve-se ao próprio Henkel a crítica efetuada pelo mesmo às teorias individualizadoras. Cf. HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 58.

³⁸¹ PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002, p. 526-527.

³⁸² Nesse sentido, Gonzalo Fernández e José Luis Guzmán Dalbora ainda afirmam que “*extender la validez de la exigibilidad más allá de su terreno originario se cumple al precio de hacerle perder importancia en éste*” (HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 22).

³⁸³ Ressalte-se que este foi o objetivo almejado por Henkel, apesar de não desejável.

exigibilidade/inexigibilidade para todas as categorias do delito. Isso porque, a utilização de um princípio vazio para lastrear a exculpação ou justificação supralegal seria, sem sombra de dúvida, um espaço aberto para a insegurança jurídica.

No entanto, apesar da insuficiência do entendimento de Henkel para o objetivo almejado – frear a expansão da Teoria Normativa Pura –, não é possível negar que a noção da exigibilidade/inexigibilidade como princípio regulativo, particularmente as bases metodológicas de construção desta definição, possui influxos para uma adequada identificação da natureza jurídica exercida por esta dupla conceitual.

A partir da publicação da obra de Henkel, foi inaugurada uma discussão acerca da função da exigibilidade/inexigibilidade, permitindo-se a conclusão de que, apesar desse conceito ter nascido como uma forma de correção do instituto da culpabilidade, a fórmula exigibilidade/inexigibilidade não pode ser restringida ao juízo da culpabilidade, seja como seu substrato ou como seu elemento.

A natureza principiológica da exigibilidade/inexigibilidade deve ser efetivamente reconhecida, assim como o seu âmbito de incidência. Mas, ainda ficam pendentes dois questionamentos, que serão verticalizados para a seara penal: a) se não resultaria mais vantajoso converter a exigibilidade em um conceito valorativo – em princípio normativo, se utilizada a dicotomia de Henkel –, abonando a ideia de que a exigibilidade é, na realidade, a verdadeira medida de toda a responsabilidade, notadamente porque a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco da relação social e, por sua vez, a exigibilidade está subordinada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio superior da fundação do Direito Penal³⁸⁴; b) e se, assim como a culpabilidade, a exigibilidade não exerceria uma outra função no Direito Penal, atrelada às tradicionais “causas de exculpação”, que precisam ser ajustadas às características inerentes às categoriais delitivas, como o escopo de evitar as incompatibilidades metodológicas já reconhecidas doutrinariamente.

³⁸⁴ HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 36.

4.2 CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A INEXIGIBILIDADE COMO PRINCÍPIO NORMATIVO

Após os escritos de Henkel, a questão da exigibilidade/inexigibilidade como princípio regulativo efetivamente não foi desenvolvida. Como visto, após a estipulação da inexigibilidade como elemento da culpabilidade, efetuada pela doutrina finalista, a maioria das contribuições doutrinárias foi associada ao problema do substrato material da culpabilidade. Deste modo, apesar de ter sido reconhecida a incongruência da relação estabelecida entre exigibilidade e culpabilidade, optou-se, em geral, pela indicação de uma dissociação conceitual voltada para a definição do fundamento material da culpabilidade e para a necessária compatibilização do sistema penal com as inovações a serem apresentadas.

Neste diapasão, não se pode negar que existiram, mesmo no âmbito da Teoria da Culpabilidade, reconhecimentos do caráter principiológico da exigibilidade/inexigibilidade³⁸⁵, mas não houve, nesta seara, uma real preocupação voltada para a definição da natureza jurídica da exigibilidade/inexigibilidade, das suas funções e do seu âmbito de incidência.

Ademais, alguns autores, apesar de conceberem a amplitude da incidência da noção de exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico, ainda negaram incisivamente o seu caráter principiológico e, por tal razão, dispensaram qualquer desenvolvimento à tese de Henkel. Nesse sentido, afirma Zaffaroni que

Henkel tenía amplia razón en cuanto a que la exigibilidad es un principio que juega un papel en el injusto y en la culpabilidad. Lo que sucede es que lo que juega ese papel monstruoso e hipertrofiado es la exigibilidad a secas. Esta exigibilidad, privada de contenido, esto es, la mera exigibilidad sin preguntarse de qué, juega ese papel en todo delito, porque puede llegar a identificarse con la ‘obligatoriedad’. Desde que se sanciona una ley penal, se supone que es porque se ‘le exige’ a los individuos que no violen las normas que anteponen lógicamente a los tipos. [...] La inexigibilidad ‘a secas’ es una ‘no obligatoriedad’ conforme a la cual no sabemos qué es lo que hace que falte la ‘obligación’. Entendida la exigibilidad ‘a secas’, sin preguntarse por el contenido, sin averiguar exigibilidad de qué y a quien, esto es mucho más amplio que un ‘principio regulativo’, mucho más amplio que un criterio para el juez, esto es nada más ni nada menos que esencia misma del derecho³⁸⁶.

³⁸⁵ Francisco Muñoz Conde afirma, por exemplo, que “a ideia da inexigibilidade de outra conduta não é privativa da culpabilidade, mas um princípio regular e informador de todo o ordenamento jurídico” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 162).

³⁸⁶ Henkel tinha ampla razão quanto a que a exigibilidade é um princípio que desempenha um papel no injusto e na culpabilidade. O que sucede é que o que desempenha esse papel monstruoso e hipertrofiado é a exigibilidade a secas. Essa exigibilidade privada de conteúdo, isto é, da mera exigibilidade sem se perguntar de que, desempenha esse papel em todo delito, porque pode chegar a identificar-se com a ‘obligatoriedade’. Desde que

Em outras palavras, Zaffaroni não reconhece o caráter principiológico da exigibilidade, discorda da sua identificação como “princípio regulativo”, afasta a perquirição de um dado normativo para sua fundamentação, mas revela que a exigibilidade “a secas”, caracterizada como a própria essência do Direito, exerceria um amplo papel no sistema jurídico.

No entanto, insta pontuar que, fora da denominada Teoria da Culpabilidade, foram apresentados alguns estudos centrados no imperativo de aceitação do caráter principiológico da exigibilidade/inexigibilidade e, mais, na identificação de um âmbito normativo que pudesse servir de referência para a atividade do legislador e para a valoração judicial do caso concreto, evitando, com isso, a insegurança jurídica.

Como afirma Teresa Aguado Correa, para a definição do âmbito normativo do princípio da exigibilidade/inexigibilidade, são encontradas posturas doutrinárias que se limitam a qualificar o princípio como normativo, que indicam que o seu elemento normativo seria oferecido pela Parte Especial do Código Penal e que conferem um viés constitucional ao conteúdo da exigibilidade/inexigibilidade³⁸⁷.

Como representante da primeira postura teórica, Manfred Maiwald revela que a consideração da inexigibilidade como princípio regulativo está mais relacionada à diversidade de intervenções que o conceito de exigibilidade tem na totalidade do sistema jurídico e ao diverso conteúdo que o mesmo possui segundo o contexto utilizado, do que a uma questão de diferenciação entre princípios regulativos e normativos³⁸⁸. Por isso, Maiwald defende, genericamente, o caráter normativo do princípio da exigibilidade, atrelado à aceitação de uma modificação de conteúdo nas suas diversas facetas no sistema jurídico, mas não apresenta um elemento normativo específico para tal concretização.

As principais contribuições no sentido da utilização de conceitos da Parte Especial do Código Penal para estipulação do conteúdo normativo do princípio da exigibilidade são de autoria de

se sanciona uma lei penal, se supõe que é porque se “o exige” aos indivíduos que não violem as normas que antecedem logicamente aos tipos. [...] A inexigibilidade ‘a secas’ é uma ‘não obrigatoriedade’ conforme a qual não sabemos o que é o que faz que falte a ‘obrigação’. Entendida a exigibilidade ‘a secas’, sem se perguntar pelo conteúdo, sem averiguar a exigibilidade de que e a quem, isso é muito mais amplo que um ‘princípio regulativo’, muito mais amplo que um critério para o juiz, isso é nada mais nem nada menos que a essência mesma do direito (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.IV, p. 72).

³⁸⁷ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 33-34.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

Peter Frellesen. Frellesen afirma que a identificação de um parâmetro para a exigibilidade não seria um problema da Parte Geral do Código Penal, posto que

*[...] la concretización sólo es posible en forma de sistematización de los aspectos relevantes en cada tipo delictivo. El deber de comportamiento descrito en el tipo delictivo y el problema de la culpabilidad están tan unidos el uno al otro, que cualquier concreción de la exigibilidad implica al mismo tiempo una concreción del comportamiento del deber, y al contrario. El uno no puede ser concretado sin el otro*³⁸⁹.

Entretanto, resta forçoso constatar que a afirmação de Frellesen parece mais adequada ao reconhecimento de uma causa geral supralegal de culpabilidade do que à identificação de um princípio normativo, sendo, portando, insuficiente para o objetivo pretendido.

Por tal razão, outro setor doutrinário passou a indicar que a concretização do princípio da exigibilidade deve ser apreendida de normas constitucionais, afirmando que o reconhecimento constitucional de determinado direito individual a uma autoproteção liberária, *a priori*, o autor do cumprimento de outras exigências jurídicas que se oponham ou desvirtuem o seu exercício³⁹⁰. Nesse sentido, Joan Baucells i Lladós defende que o conceito de exigibilidade poderia ser preenchido normativamente através do recurso a conceitos como dignidade humana, direitos que lhe são inerentes, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade³⁹¹.

Em verdade, a preocupação de Lladós é com a utilização de uma determinada concepção normativa de exigibilidade que permita o reconhecimento da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, dissociada dos questionamentos acerca da insegurança jurídica. Por isso, Lladós defende que

*[...] el reciente recurso a un referente normativo como la Constitución donde fundamentar el juicio de inexigibilidad (en concreto a conceptos como la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad) así como el reconocimiento de la igualdad como el principio que le dota de contenido material, permite también dotar al concepto de una clara determinación*³⁹².

³⁸⁹ A concretização somente é possível em forma de sistematização dos aspectos relevantes em cada tipo delitivo. O dever de comportamento descrito no tipo delitivo e o problema da culpabilidade estão unidos um ao outro, que qualquer concreção da exigibilidade implica ao mesmo tempo uma concreção do comportamento do dever, e ao contrário. Um não pode ser concretizado sem o outro (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. ***Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito***. Granada: Comares, 2004, p. 36).

³⁹⁰ Ibidem, p. 37.

³⁹¹ Ibidem, p. 38.

³⁹² O recente recurso a um referente normativo, como a Constituição, onde fundamentar o juízo de exigibilidade (em concreto a conceitos como a dignidade da pessoa, os direitos que lhe são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade) assim como o reconhecimento da igualdade como o princípio que lhe dota de conteúdo

Ocorre que não é possível afirmar que as exigências constitucionais, como um todo, poderiam estabelecer os limites de concretização do princípio da exigibilidade/inexigibilidade, na medida em que tal princípio acabaria sendo concebido como um conceito em branco, analisado à luz de deveres de comportamento indeterminados.

Provavelmente em decorrência dos moldes estabelecidos pelos modelos teóricos apresentados, exorta Fernanda Palma que

a via de erigir a mesma dupla conceitual [exigibilidade/inexigibilidade] em princípio normativo, provocando uma autêntica causa geral de desculpa por inexigibilidade, não passou de uma tentativa de criar uma fórmula baseada numa consciência jurídica unânime sobre a censurabilidade e condutas ou na mera repetição redundante, em sede de culpa, das exigências derivadas do próprio juízo de ilicitude³⁹³.

No entanto, defende-se que o equívoco doutrinário incorrido não está na qualificação do princípio da exigibilidade como princípio normativo, mas no conteúdo indicado ao mesmo e, principalmente, na função exercida pela exigibilidade/inexigibilidade nas tradicionais “causas de exculpação” e na justificativa da sua justaposição, que vem estabelecendo uma efetiva confusão entre os juízos de ilicitude e de culpabilidade.

4.3 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO: POSICIONAMENTO PESSOAL

Nos capítulos precedentes, foi possível verificar que, na visão tradicionalmente defendida na dogmática penal, a concepção de exigibilidade/inexigibilidade empregada é insustentável, posto que põe em manifesto a inidoneidade da ideia do “poder atuar de outro modo” como substrato material da culpabilidade – representa uma “causa de exculpação” que não afasta o pressuposto material da culpabilidade – e demonstra a dificuldade de aceitação de qualquer estrutura de culpabilidade composta pela exigibilidade/inexigibilidade na forma apresentada.

A partir da análise da teoria de Henkel, observou-se, ainda, o reconhecimento de um nítido desprezo da função principiológica da exigibilidade/inexigibilidade em todas as categorias

material, permite também dotar o conceito de uma clara determinação (tradução nossa) (LLADÓS, Joan Baucells i. *La delincuencia por convicción*. Valecia: Tirant lo Blanchh, 2000, p. 311).

³⁹³ PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 219.

delitivas e ramos do Direito, além de uma efetiva tomada de postura no sentido da infravalorização do âmbito de incidência do princípio da inexigibilidade.

Traçadas tais considerações, neste momento, resta observar que, na realidade: a) ao contrário do quanto afirmado por doutrinas flagrantemente finalistas, a exigibilidade/inexigibilidade e a culpabilidade nascem conjuntamente, desenvolvem-se juntas, mas não podem permanecer assim atreladas; b) a exigibilidade/inexigibilidade efetivamente assume uma função principiológica no ordenamento jurídico em geral, que possui natureza normativa e constitui o marco para repensar a relação existente entre inexigibilidade e culpabilidade.

4.3.1 A real função da exigibilidade e da inexigibilidade no ordenamento jurídico

É basilar que, como o ordenamento jurídico não pode ser composto apenas por normas estanques e necessita de parâmetros de adequação para a incorporação de valores derivados do contexto histórico, ético e político da sociedade, devem ser utilizados princípios, que permitem uma contínua integração e, ainda, uma contínua evolução do Direito vigente³⁹⁴.

De acordo com Humberto Ávila, a identificação de um princípio é obtida através da qualificação de uma norma como imediatamente finalística, primariamente prospectiva “e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”³⁹⁵.

Em outras palavras, o princípio se identifica por refletir a razão das opções e determinações jurídicas, identificando-se como um verdadeiro axioma, que permite a compreensão da Constituição como um sistema jurídico aberto. Por isso, como aduz Miguel Reale,

quando o nosso pensamento opera uma 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 realidade³⁹⁶.

³⁹⁴ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 70; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995, p. 156.

³⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

³⁹⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60.

O fundamento último a ser alcançado com o auxílio dos princípios pode ser relativo a algum ramo do Direito ou à ordem jurídica como um todo, de modo que podem refletir o significado unitário de determinada disciplina normativa (princípios específicos) ou a essência, orientação e finalidade do ordenamento jurídico em geral (princípios gerais do Direito).

Nessa ótica, os princípios gerais do Direito são caracterizados como normas fundamentais e universais que buscam identificar – e maximizar – o espírito de todo o sistema jurídico. Tais princípios estão atrelados à essência do Direito, são fruto de uma consciência jurídica, respaldam-se num ideal de justiça e buscam incorporar os valores sociais na interpretação normativa de todo o ordenamento jurídico. Por isso, como concretizam valores, os princípios jurídicos devem ser analisados em face do “momento histórico, político e socioeconômico de uma determinada sociedade”³⁹⁷.

A legalidade, a isonomia e a proporcionalidade são exemplos claros de princípios gerais de Direito, relacionados ao espírito de justiça, que servem para integrar o ordenamento jurídico e para incorporar os valores em constante evolução nas opções legislativas e judiciárias, impondo, em suma, tratamentos igualitários, proporcionais e razoáveis.

Todavia, é imperioso observar que, como num Estado Democrático de Direito, a responsabilidade – de qualquer natureza – apenas poderá recair sobre o sujeito se for demonstrada a possibilidade de se exigir o cumprimento dos deveres estabelecidos juridicamente numa determinada situação, a noção de exigibilidade/inexigibilidade encontra-se igualmente atrelada à essência do Direito e estabelece uma orientação no sentido da necessidade de averiguar a existência ou não dessa possibilidade.

Num Estado Democrático de Direito, a exigibilidade é a medida de toda responsabilidade jurídica, já que impõe uma exigência de realização de condutas jurídica e socialmente adequadas e a inexigibilidade é um mandado de otimização que estabelece a inexigência de atos heróicos e a consequente impossibilidade de responsabilizar a sua não efetivação.

A exigibilidade/inexigibilidade confere um imperativo de perquirir, na análise casuística, a adequabilidade do comportamento e a possibilidade de justa responsabilização do autor, o que, assim como os conhecidos princípios gerais do Direito, representa uma ideia que se encontra arraigada à essência do ordenamento, que integra o Direito e consolida a noção de

³⁹⁷ MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006, p. 9.

justiça e de dignidade humana, na medida em que reconhece – e estabelece – que a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco das relações sociais.

Portanto, é preciso conferir à “inexigibilidade de conduta diversa” o lugar preponderante e verdadeiro que deve ocupar dentro do Direito³⁹⁸. Deve-se reconhecer que a exigibilidade/inexigibilidade possui uma inquestionável natureza principiológica, que alcança todo o ordenamento jurídico, pois serve de alicerce para a promoção do fim último do Direito (justiça), indica um fundamento a ser utilizado pelo seu aplicador, pode servir de baliza a um conflito normativo e remete o intérprete do Direito a valores e a diferentes modos de promover resultados³⁹⁹.

Como a exigibilidade refere-se à existência de uma expectativa de comportamentos jurídica e socialmente adequados – e, portanto, à possibilidade de se exigir, de forma justa, a adoção de um determinado comportamento –; o reconhecimento de situações de inexigibilidade denota um princípio consequente das condições de legitimidade do ordenamento jurídico em geral.

A exigibilidade ou inexigibilidade de um comportamento, atrelada à noção de justiça e à adequação jurídica e social do comportamento, é a medida da responsabilidade jurídica que pode ser traduzida numa ideia de “obrigatoriedade” e “não obligatoriedade”. Essa ideia estabelece um critério geral apto a identificar as diversas situações de exclusão da exigibilidade e culmina, como será oportunamente examinado, na necessidade de rever a posição das tradicionais “causas de exculpação” e, inclusive, a aceitabilidade ou não das suas hipóteses supralegais.

Na realidade, o atributo de princípio geral do Direito conferido à exigibilidade envolve diversas constatações, além de importantes consequências no ordenamento jurídico, principalmente na seara do Direito Penal – que aqui nos interessa –, no qual reflete influxos como parâmetro norteador da atividade punitiva do Estado e importante instrumento de política criminal, que permeia todas as categorias delitivas e impõe o reconhecimento de princípios basilares desde a caracterização do fato como penalmente típico.

Portanto, uma vez delimitados o âmbito de abrangência e a função da exigibilidade/inexigibilidade no ordenamento jurídico, resta necessária a identificação do

³⁹⁸ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 87.

³⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*.

parâmetro normativo de sua concretização, com vistas a traduzir o valor de “justiça” e consolidar a dignidade da pessoa humana, sem transformá-lo em uma “cláusula geral de iminente insegurança jurídica”.

4.3.2 O caráter normativo do princípio da inexigibilidade

Com já ressaltado, não é verificada qualquer diferença convincente entre princípios normativos (aqueles que importariam um valor) e regulativos (aqueles que confeririam um critério). Por isso, considera-se inapropriada a distinção efetuada por Henkel, assim como a consequente concessão à inexigibilidade de qualidade inferior a dos demais princípios.

Na realidade, todos os princípios – positivados ou não – são normativos, simplesmente porque compõe uma estrutura jurídica na qual os princípios, juntamente com as regras, são espécies de normas e têm uma função normativa inquestionável: reger comportamentos. A remissão a um âmbito normativo que sirva de referência à atividade do legislador e à valoração judicial do caso concreto é uma característica inerente a todos os princípios.

A distinção entre os diferentes tipos de princípios encontra-se apenas na existência de um elemento material que possa preencher a fórmula normativa ou na necessidade de, pautando-se em parâmetros pré-determinados, recorrer ao caso concreto para efetivação do referido preenchimento. Se a proporcionalidade é um princípio geral do ordenamento jurídico que, dada sua formulação como conceito jurídico indeterminado (*topoi*), permite um grau de apreciação⁴⁰⁰, o princípio da inexigibilidade pode possuir a mesma qualidade.

Afirma-se, assim, que o princípio da inexigibilidade possui um caráter paradoxal, já que representa um conceito jurídico indeterminado, na medida em que a identificação de seu conteúdo e alcance não são dados positivamente, mas aferidos a partir da leitura dos valores estampados no texto constitucional, considerados como critérios de aferição. Como a noção de exigibilidade/inexigibilidade parte da consciência jurídica inerente ao ordenamento jurídico, o reconhecimento de causas de inexigibilidade de conduta diversa pode ser desatrelado da pré-determinação de um conteúdo material ao princípio da inexigibilidade.

⁴⁰⁰ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 35-39.

Todavia, é importante observar que a ausência de indicação de um conteúdo material pré-determinado do parâmetro a ser utilizado não indica a renúncia ao caráter normativo do princípio da inexigibilidade, tampouco a ausência da individualização de um parâmetro de referência. Todos os princípios são normativos e a necessidade de realização de um controle jurisdicional acerca do princípio da inexigibilidade não é ignorada, tendo em vista que alcançar a concreção de um critério objetivo, constitucionalmente legítimo, é importante e constitui, *a priori*, o único expediente que pode salvar o princípio da inexigibilidade das objeções de vaguidade e insegurança jurídica⁴⁰¹ -⁴⁰².

O princípio geral da inexigibilidade, orientado à proteção do indivíduo frente às ingerências estatais, é uma tradução do valor justiça – próprio do Estado Democrático de Direito –, da dignidade da pessoa humana e, ainda, dos direitos fundamentais⁴⁰³, valores, total ou parcialmente, ignorados pela concepção normativa de culpabilidade, que, ironicamente, foi responsável pela introdução da exigibilidade da dogmática jurídico-penal.

Destarte, o princípio da inexigibilidade deve ser concebido como um parâmetro de interpretação e os critérios objetivos que devem orientar a sua incidência devem ser, justamente, os valores sociais e constitucionalmente concebidos reforçadas pela sua formulação, principalmente a ideia de justiça, adequação social e dignidade humana.

A observância da dignidade da pessoa humana impõe que os demais critérios devam ser examinados em conjunto com as particularidades do fato particular e do autor concreto, já que a adoção do critério do “homem médio” reflete, à margem de dúvidas, uma flagrante objetivização do sujeito, em razão da possibilidade de existirem capacidades, ausentes no sujeito individual, que as pessoas em geral detenham.

Em síntese, o princípio da inexigibilidade constitui um *topoi*, orientado pelos critérios da justiça, adequação social e dignidade humana, que estabelece um limite aos deveres jurídicos de comportamento e um parâmetro interpretativo que deve implicar no afastamento de responsabilidade nos casos em que a atuação conforme com o Direito não poderia ser

⁴⁰¹ Ibidem, p. 63.

⁴⁰² Na realidade, o afastamento das críticas referentes à insegurança jurídica causada por um princípio “vago” pode ser efetuado pela apresentação dos critérios objetivos para orientação da sua aplicação ou pela indicação de um fundamento material ao princípio da inexigibilidade.

⁴⁰³ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 39.

almejada, “segundo critérios objetivos e ditados por uma situação histórica que pressupõe uma compreensão especial por parte do julgador”⁴⁰⁴.

Observa-se, assim, que as tentativas doutrinárias de indicação de um fundamento material para o princípio da inexigibilidade, anteriormente analisadas, denotam apenas uma verdadeira “fraude de etiquetas”, já que buscam a definição de um elemento material – seja com a utilização de normas constitucionais ou de normas penais da Parte Especial – que culmina na efetiva consideração deste princípio como uma fórmula vazia e indeterminada.

É dizer, se o conceito de inexigibilidade poderia ser preenchido, material e abstratamente, através do recurso a normas penais especiais e/ou às normas constitucionais, trata-se de um conceito jurídico indeterminado, denominado de “princípio material”, que, na realidade, demanda a situação casuística para o seu preenchimento. Com isso, promove-se uma pseudo-materialização e deixa de ser estabelecido qualquer critério de orientação do julgador para aplicação do princípio da inexigibilidade, tornando-o, novamente, uma cláusula aberta de iminente insegurança jurídica.

Com maior cabimento, poderia ser defendido que, como o exame da violação jurídica depende da inserção do sujeito no marco das relações sociais, o elemento material substanciador do princípio da inexigibilidade – incidente em todas as categorias do delito – seria uma adequação social valorada, caracterizadora de uma efetiva contrariedade social e normativa. Essa seria uma solução à materialização do princípio da inexigibilidade, aparentemente plausível e coerente com os fundamentos do ordenamento jurídico em geral, que igualmente refuta as críticas referentes à sua vaguidade, mas que deixa de ser pormenorizada em razão do recorde metodológico aqui empregado.

Nada obstante, como é possível constatar que os critérios objetivos apresentados, de algum modo, derivam do referido elemento material, é possível afirmar que as implicações da utilização dessas soluções guardam certa similaridade.

⁴⁰⁴ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 74.

4.3.3 A impossibilidade de substituição do princípio da inexigibilidade pelo princípio da proporcionalidade

É importante esclarecer que a dupla conceitual exigibilidade/inexigibilidade representa um princípio normativo, que, dado o seu alcance e característica de incidência, não pode ser substituído pelo princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).

Não se pode negar que exigibilidade/inexigibilidade e proporcionalidade possuem uma estreita relação, já que, além de derivarem da ideia de justiça e de possuírem relevância no momento de formação e de aplicação das normas jurídicas, se complementam na medida em que, por exemplo, “*el legislador ha de tener en cuenta la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento*”⁴⁰⁵.

Todavia, apesar da aparente similitude, tratam-se de princípios distintos e independentes, inclusive no que tange à proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade, nesta acepção, impõe que o Poder Executivo e o Poder Legislativo “escolham, para a realização dos seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”⁴⁰⁶, fazendo referência, mediante uma indeterminação conceitual, a uma relação de causalidade entre meio e fim.

O princípio da exigibilidade/inexigibilidade, por sua vez, atua inicialmente como limite aos deveres jurídicos de comportamento e, em seguida, como parâmetro interpretativo que objetiva a harmonização entre as situações gerais e individuais. A inexigibilidade denota um instrumento de aferição das circunstâncias objetivas e subjetivas da situação que devem ser consideradas no exame da exigência ou não da obediência da norma.

Observa-se, com efeito, que proporcionalidade e exigibilidade são diferentes medidas de julgamento, pois enquanto a proporcionalidade

[...] se utiliza para enjuiciar la no concurrencia de un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma, consistiendo fundamentalmente en un enjuiciamiento del tratamiento de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la relación medio-fin; la exigibilidad enjuicia un deber de comportarse

⁴⁰⁵ O legislador tem que levar em consideração a razoável exigibilidade de uma conduta e a proporcionalidade da pena em caso de não cumprimento (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 42).

⁴⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.

*teniendo en cuenta la situación personal del afectado, es un límite de los deberes jurídicos de comportamiento de los ciudadanos*⁴⁰⁷.

Desta forma, estreitando o debate para o âmbito do Direito Penal – que aqui nos interessa –, enquanto a proporcionalidade fornece um sentido para a interpretação acerca da idoneidade da medida para alcançar o fim proposto – mediante os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito –, a exigibilidade determina um imperativo de examinar, normativamente, a existência de uma “obrigatoriedade” jurídica de comportamento – de uma contrariedade social e normativa – e, com isso, a incidência de cada um dos elementos do crime da situação concreta.

Tal entendimento justifica-se pela consideração da proporcionalidade como uma máxima conectada aos princípios. Como ressalta Robert Alexy, “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”⁴⁰⁸. A exigência de relativização – inerente à proporcionalidade – é uma característica dos princípios como mandados de otimização, inclusive da inexigibilidade. Deste modo,

a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandados de otimização em face de possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas⁴⁰⁹.

Constata-se, assim, que é possível afirmar que a exigibilidade/inexigibilidade constitui um dos fatores que devem ser levados em consideração no exame da proporcionalidade, mas que não pode ser substituído pelo referido princípio, em decorrência da clara distinção conceitual.

Ademais, se admitido que a inexigibilidade constitui um princípio materialmente fundado – como ensaiado –, como o princípio da proporcionalidade, em decorrência da sua condição de “postulado” de aplicação dos outros princípios e da sua função de indicador da prevalência de valores expressos constitucionalmente, não possui um conteúdo substancial vinculante, não poderia ser admitida a substituição de um princípio material por um princípio formal.

⁴⁰⁷ É utilizada para examinar a não concorrência de um desequilíbrio patente e excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, consistindo fundamentalmente num julgamento do tratamento dos direitos fundamentais desde o ponto de vista da relação meio-fim; a exigibilidade examina um dever de comportar-se que leva em consideração a situação pessoal do afetado, é um limite dos deveres jurídicos de comportamento dos cidadãos (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 44).

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 116.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 118.

De qualquer modo, até mesmo pelos motivos já explanados, assevera-se que o princípio da exigibilidade/inexigibilidade pode materializar, em alguns casos, a própria ideia de proporcionalidade, tendo em vista que “*si la conducta no es exigible en abstracto, la pena no es proporcionada en abstracto y si la conducta no es exigible al sujeto concreto la pena es proporcionada en concreto*”⁴¹⁰.

Portanto, exigibilidade/inexigibilidade e proporcionalidade são princípios distintos, que não podem ser substituídos um pelo outro, na medida em que não possuem uma relação de consequência, mas de complementaridade, na qual o princípio da exigibilidade, em certas situações, pode vir, inclusive, a concretizar a ideia geral de proporcionalidade, que, como uma “máxima”, permeia todos os princípios gerais de direito.

4.3.4 O papel da inexigibilidade nas tradicionais “causas de exculpação”

Como ressalta Humberto Ávila, “não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência”⁴¹¹, ou seja, não é correto afirmar que os princípios não podem assumir, em situações específicas, características de regras, já que uma mesma noção – mesmo que, *a priori*, principiológica – pode assumir diferentes funções no ordenamento jurídico.

Aliás, afirmar que, no âmbito do ordenamento jurídico-penal, o termo “culpabilidade” possui diferentes acepções e funções, não é qualquer novidade. O estudo de Hans Achenbach, no sentido de que a culpabilidade pode representar um princípio, a medida ou o fundamento da pena⁴¹², encontrou ampla aceitação doutrinária e praticamente não é objeto de dissenso.

Todavia, é importante ressaltar que, assim como a culpabilidade, a exigibilidade também possui outras funções no âmbito do Direito Penal, posto que, além de exercer o papel de princípio incidente em todas as categorias delitivas, atua, se utilizada a linguagem tradicional e adotada a dicotomia apresentada por Claus Roxin, na função de “causa de exculpação”.

⁴¹⁰ Se a conduta não é exigível em abstrato, a pena não é proporcional em abstrato e se a conduta não é exigível ao sujeito concreto, a pena não é proporcional em concreto (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 47).

⁴¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43.

⁴¹² ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974.

Desta forma, o sentimento da inexigibilidade encontra-se materializado no ordenamento jurídico-penal⁴¹³, já que a inexigibilidade é um princípio geral do Direito, ao qual o Direito Penal positivo deu vida através das normas relativas às tradicionais “causas de exculpação”.

Apesar da função exercida pela inexigibilidade no âmbito das tradicionais “causas de exculpação” não ser propriamente o objeto do presente trabalho, passa-se a tecer algumas considerações a esse respeito, a fim de evitar dúvidas e questionamentos acerca da posição adotada, notadamente porque já foi ressaltado que existe uma reconhecida diferenciação entre as “causas de exclusão da culpabilidade” (inimputabilidade e falta de potencial consciência da ilicitude) e as “causas de exculpação” (inexigibilidade de conduta diversa) que torna imperioso reexaminar a possibilidade de incluir as causas de inexigibilidade na culpabilidade.

4.3.4.1 As contribuições de Tomás Salvador Vives Antón

Na Espanha, Tomás Salvador Vives Antón, a partir de um conceito significativo de ação e de norma, propôs um novo modelo de compreensão do significado dos conceitos jurídico-penais e apresentou um novo sistema penal no qual a culpabilidade como um juízo de atribuição pessoal ao sujeito e a inexigibilidade foi inserida no âmbito das causas justificantes.

De acordo com Vives Antón, a falência do conceito de ação no âmbito da Teoria do Delito estaria associada à sua concepção como algo ontológico. Por isso, com a análise da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas⁴¹⁴, é estabelecido um novo panorama metodológico na Teoria do Delito e chega-se a um conceito significativo de ação, que passa a ser compreendida como algo que transmite um significado decorrente da inter-relação entre sujeito (interno) e objeto (externo).

Isso porque,

[...] el lenguaje surge como un desarrollo (un refinamiento, decía Wittgenstein) de las funciones simbólicas primitivas que aparecen con la vida y se incrementan progresivamente en la conducta animal, desde los invertebrados hasta los animales superiores y el hombre. En el principio era la acción, que, como todo lo que es capaz de transmitir sentido, comporta la atribución de significado a un substrato

⁴¹³ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 69.

⁴¹⁴ Observa-se, assim, que, no que tange à interpretação conceitual da ação, Vives Antón, utiliza o mesmo marco teórico eleito, por Bernd Schünemann e por Urs Kindhäuser para a construção das dogmáticas examinadas anteriormente.

*material. Con el hombre, adquiere un mayor protagonismo la conducta intencional (que, como señalara Von Wright, es un comportamiento significativo) y, con ella, aparecen los lenguajes naturales, que son lo que Mead denominaba símbolo significante, con el que se hace posible el pensamiento racional y reflexivo y la idea de persona como algo distinto del mero organismo fisiológico, es decir, como individualidad actuante, autoconsciente y socialmente estructurada*⁴¹⁵.

Com efeito, Vives Antón afirma que a ação não pode ser concebida como um fato específico e nem como um substrato material da imputação jurídico-penal, já que a grande maioria das ações é definida à margem desta circunstância. A ação deve ser definida como “*un proceso simbólico regido por normas, con el significado social de la conducta, expresado lingüísticamente [...]; como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos*”; como o sentido de um substrato⁴¹⁶.

Nesse contexto significativo, a norma reflete uma dupla essência para instauração de uma via dialética, representando uma obediência a uma decisão de poder, limitada por uma determinação da razão, que lhe confere uma pretensão de validade.

A relação estabelecida entre a norma e a ação permite o reconhecimento da "liberdade de ação". A noção de liberdade é eixo central da organização do sistema penal, pois constitui

*[...] el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma: pues sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, sólo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales, puede pretenderse, a su vez, que estas se rijan por normas. El análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza sólo tiene sentido desde la presuposición de la libertad de acción, que se convierte, así, en el presupuesto sobre el que – necesariamente –, ha de girar la sistemática*⁴¹⁷.

⁴¹⁵ A linguagem surge como um desenvolvimento (um refinamento, dizia Wittgenstein) das funções simbólicas primitivas que aparecem com a vida e se incrementam progressivamente na conduta animal, desde os invertebrados, hasta os animais superiores e o homem. No princípio era a ação que, como tudo que é capaz de transmitir sentido, comporta a atribuição de significado a um substrato material. Como o homem, adquire um maior protagonismo a conduta intencional (que, como assinalou Von Wright, é um comportamento significativo) e, como ela, aparecem as linguagens naturais, que são o que Mead denominava símbolo significante, com o qual se torna possível o pensamento racional e reflexivo e a ideia de pessoa como algo distinto do mero organismo fisiológico, é dizer, como individualidade atuante, autoconsciente e socialmente estruturada (tradução nossa) (ANTÓN, Tomás Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 329-330).

⁴¹⁶ Um processo simbólico regido por normas, com o significado social da conduta, expressado linguisticamente [...]; como sentido que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos (tradução nossa) (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 221).

⁴¹⁷ O ponto de união entre a doutrina da ação e a da norma: pois apenas se os movimentos corporais não sejam inteiramente regidos pelas leis naturais, somente se houver uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, podem pretender, a sua vez, que estas sejam regidas por normas. A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza somente tem sentido a partir da pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, em pressuposto sobre o qual – necessariamente –

Essa ideia de liberdade seria, portanto, distinta da concepção acerca do livre arbítrio e vinculada a uma comprovação jurídica (não empírica) em sede de processo penal. A liberdade em Vives Antón é concebida como um pressuposto da própria ação, que não precisa ser afirmado, mas, tão somente, percebido. Ademais, como ressalta Paulo César Busato, “embora seja a liberdade condição da existência da própria ação como expressão de sentido, isso não significa que a liberdade seja o fundamento concreto material da culpabilidade”⁴¹⁸.

São essas acepções de ação, norma e liberdade que são utilizadas para formação de um novo modelo de sistema de imputação. É a partir da ideia de que a ação pertence a alguém como sua obra, que a liberdade de agir é característica da própria ação e que a norma possui pretensão de validade que são verificadas as condições de validade da norma penal, ou seja, os próprios elementos do crime aqui concebidos como condicionantes de validade normativa.

A primeira condição de validade normativa é representada pela pretensão de relevância, é dizer, pelo tipo de ação, pela indicação da ocorrência de uma conduta que interessa ao Direito Penal, uma conduta com possibilidade de subsunção típica (pretensão de verdade ou tipicidade formal) e com caráter perigoso ou danoso que induz à cominação de uma pena (pretensão de ofensividade ou de antijuridicidade material). A segunda é a pretensão de ilicitude (ou de antijuridicidade formal), que indica a necessidade de contradição a uma norma entendida como diretiva de conduta de forma não suportada pelo ordenamento jurídico, ante a correspondência ao tipo subjetivo e inexistência de causa permissiva. A terceira é a pretensão de reprovabilidade, representada pelo juízo de culpabilidade, que recai sobre o autor e induz ao exame da exigibilidade jurídica da atuação de modo diverso, a partir de duas condições: imputabilidade e consciência da ilicitude da ação. A última é a pretensão de necessidade da pena, na qual se examinam todos os institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena ao caso concreto, a partir de uma concreção do princípio da proporcionalidade.

Observa-se, assim, que, na proposição adotada, enquanto na ilicitude é efetuado um exame acerca da reprovação da ação, na culpabilidade a reprovação decorrente da conduta praticada recai sobre o seu autor. A culpabilidade “visa identificar, dentro de uma situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito”⁴¹⁹.

deve girar a sistemática (tradução nossa) (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 346).

⁴¹⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 556.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 555.

Com efeito, Vives Antón, para obedecer ao caráter pessoal do princípio da culpabilidade, faz remanescer como elementos da culpabilidade tão somente a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. “Os elementos comumente tratados sob a égide da inexigibilidade de conduta diversa são agrupados na pretensão objetiva de ilicitude, no âmbito das chamadas permissões fracas” ou causas de exclusão da responsabilidade pelo fato⁴²⁰.

Concebe-se que “o juízo de valor que se realiza a respeito da exigibilidade de conduta diversa diz respeito a situação de fato em cotejo com a atitude do agente e não às suas condições pessoais gerais ou específicas de compreensão”⁴²¹. Desta forma, enquanto a culpabilidade se restringiria ao exame dos elementos tradicionais vinculados à pessoa do autor, a ilicitude comportaria a análise das causas relacionadas à situação fática.

Como o mesmo fundamento conduziria o legislador a afastar a ilicitude da conduta, neste âmbito, ao lado das justificadoras tradicionais (causas permissivas fortes ou justificantes), estariam abarcadas situações em que a emergência estaria presente por interferência de terceiros (causas legais de exculpação) ou em que a lei conflita com aspectos de ordem sociológica “determinantes de uma necessidade de alteração jurídica ainda no plano do injusto” (causas supralegais de justificação ou exculpação)⁴²².

Tais situações são denominadas de “permissões fracas”, porque, analisadas caso a caso, podem permitir o afastamento da responsabilidade penal, tendo em vista que a norma – ou, analogicamente, a situação emergencial similar – não cobra pretensões de ilicitude em face dos agentes⁴²³. Assim, o fato é considerado lícito sob o fundamento da impossibilidade de ser exigido, juridicamente, a realização de atos heróicos.

Entretanto, insta ressaltar que, devido à vigência do princípio da legalidade e à existência de uma cláusula de equiparação no Código Penal espanhol (art. 20º, 7), Vives Antón concebe que não haveria um recurso a justificadoras propriamente “supralegais”, senão uma considerável abrangência na interpretação das cláusulas “legais” de justificação fortes e fracas. Nesse sentido, concebe que as hipóteses denominadas tradicionalmente de “causas

⁴²⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 492-493.

⁴²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 504.

⁴²² Ibidem, p. 503.

⁴²³ Ibidem, p. 506.

supralegais de justificação e exculpação” seriam “permissões fracas” juridicamente aceitáveis, já que compreendidas, nos seus justos termos, nas regulamentações abertas das causas legais.

A acepção de Vives Antón, além de afastar “*del centro de atención la perspectiva del impenetrable aspecto subjetivo, residente en la mente del hombre para poner de relieve la dimensión social de la actuación humana*”⁴²⁴, permite retirar do âmbito da culpabilidade o elemento que era incompatível com o juízo subjetivo proposto, a inexigibilidade de conduta diversa, além de demonstrar a sua relevância no âmbito da antijuridicidade penal.

4.3.4.2 Inexigibilidade como causa justificante ou permissiva legal e supralegal

Não se pode negar que o reconhecimento do papel da inexigibilidade como causa justificante é alvo de críticas doutrinárias. Nesse sentido, poderia ser afirmado que não haveria incompatibilidade na inserção das causas de inexigibilidade na culpabilidade, ante a existência de uma culpabilidade *diminuída*, que seria capaz de afastar a perquirição de uma culpabilidade merecedora de responsabilidade penal. Ou ainda, poderia ser aduzido que a inclusão das clássicas “causas de exculpação” na ilicitude poderia afastar a responsabilização em outras searas, como a responsabilidade civil, o que não seria juridicamente desejável.

No entanto, defende-se que nenhuma das mencionadas objeções é suficiente para afastar a aplicabilidade do entendimento apresentado, tampouco representa argumento convincente e juridicamente válido para a superação desta concepção.

Em primeiro lugar, é necessário analisar que, além de não ser possível definir como elemento da culpabilidade algo que não afasta – apenas diminui – o seu fundamento material, é absolutamente ilógico definir como elemento algo mais abrangente que o próprio juízo que este compõe. É dizer, se a categoria da culpabilidade representa um juízo normativo de reprovação decorrente da conduta que recai exclusivamente sobre o seu autor e a inexigibilidade possui influxos em todo o fato, afirmar que o “todo” possui menor alcance dogmático que a “parte” é, indiscutivelmente, incoerente e descabido.

⁴²⁴ Do centro da atenção a perspectiva do impenetrável aspecto subjetivo, residente na mente do homem, para colocar em relevo a dimensão social da ação humana (tradução nossa) (BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Didot, 2013, p. 177).

Aliás, insta observar que as tradicionais “causas de exculpação” por inexigibilidade constituem uma delimitação às exigências de dever e, portanto, relacionam-se diretamente com a ideia de infração de dever, que, diferentemente do quanto propagado por Goldschmidt, se encontra situada na antijuridicidade e não na culpabilidade. Não se pode afirmar que o injusto se esgota na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico – o que implicaria na inclusão das tradicionais “causas de exculpação” no setor da culpabilidade –, pois a antijuridicidade é o espaço apto a verificação da contraposição normativa no caso concreto, concedendo à culpabilidade o exame relacionado à possibilidade de imputação pessoal do mesmo.

Ademais, no que tange à segunda objeção, constata-se que não há consequência indesejada na adoção do modelo proposto por Vives Antón, posto que a distinção entre “permissões fortes” e “permissões fracas” estabelece uma diferenciação de força normativa que impede a extensão do afastamento da ilicitude decorrente da incidência de “permissões fracas” para outros setores dogmáticos, que são alcançados exclusivamente pelas “permissões fortes”.

Em outras palavras, se as hipóteses tradicionais de justificação – “permissões fortes” – excluem a ilicitude penal da conduta e fazem coisa julgada na seara cível, as “causas de exculpação” – “permissões fracas” – apenas afetam a responsabilização penal, posto que possuem uma justificação mais branda e, portanto, uma força normativa menos abrangente.

Com efeito, a nosso ver, a solução apresentada por Vives Antón – incorporada na doutrina nacional por Paulo César Busato – mostra-se plenamente compatível com um sistema jurídico-penal voltado para a responsabilização legítima, no qual a inexigibilidade é concebida, primordialmente, como um princípio que traduz o valor de “justiça” e consolida a dignidade da pessoa humana em todas as categorias delitivas e atua, nas clássicas “causas de exculpação”, como hipótese permissiva, justificadora ou excludora da ilicitude penal do fato.

Note-se que, tratando-se primeiramente de princípio geral de Direito, a inexigibilidade deve servir como elemento de inclusão dos valores sociais em constante evolução nas normas jurídicas estanques e, conseqüentemente, deve ser observada “independente de norma positiva que verse a situação concreta que reclame a sua aplicação”⁴²⁵.

Isso não significa a aceitação de uma cláusula geral de exclusão de responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, tampouco a aceitação incondicional de causas supraleais

⁴²⁵ VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 72.

permissivas fracas (ou, na linguagem tradicional, causas supralegais de justificação ou exculpação). Na realidade, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como princípio geral de Direito implica, primeiramente, na desnecessidade de previsão legal para a sua incidência como fator orientador (medida interpretativa) da responsabilização jurídica e, em segundo lugar, no estabelecimento de critérios, que, nesta hipótese, devem ser pautados nas situações legalmente estabelecidas, para a verificação da efetiva infração de dever, ou seja, da real contraposição social e normativa.

Portanto, como, logicamente, o legislador não pode prever todas as hipóteses de exclusão da responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em respeito à legalidade e à inexigibilidade – que, ante ao comum carácter principiológico, se comunicam em prol da interação normativa e da interação dos valores sociais em evolução – devem ser admitidas as hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, se, dentro dos parâmetros gerais estabelecidos nas normas específicas, restar comprovado que a conduta conforme o Direito era inexigível ao autor na situação concreta.

4.4 INFLUXOS DO PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE NAS CATEGORIAS DO DELITO

Como adiantado alhures, na condição de princípio geral do Direito, a inexigibilidade assume, na seara do Direito Penal, importante papel em toda a Teoria do Delito, possuindo claros influxos político-criminais na interpretação das diversas categorias do delito e das suas consequentes hipóteses de incidência e afastamento.

Essa proposta, como ressalta Teresa Aguado Correa, outorga utilidade funcional à inexigibilidade para estabelecer os limites do tipo penal, para delimitar o alcance de causas de justificação e para o estudo do fundamento e das “causas de exclusão da culpabilidade”⁴²⁶.

O reconhecimento do princípio da inexigibilidade enseja, destarte, numa redefinição da relação entre o sujeito de direito e o *ius puniendi* e na inserção, em todas as categorias do delito, de critérios teleológicos derivados da finalidade normativa e de critérios político-

⁴²⁶ CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 59-60.

criminais derivados do modelo democrático social, além de denotar a adequação do conceito de crime aos valores insculpidos pelas ideias de justiça, adequação social e dignidade humana.

4.4.1 Inexigibilidade e tipicidade

O papel desempenhado pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa, na seara da tipicidade, no momento da seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes e da tipificação de condutas é inquestionável. O legislador necessita considerar a exigibilidade de uma conduta antes da sua capitulação como crime, sob pena de incriminar comportamentos almejados socialmente ou que ultrapassem as capacidades humanas, deslegitimando, conseqüentemente, o ordenamento jurídico. Isso significa que condutas manifestadamente inexigíveis – mesmo que contrárias ao Direito – não devem ser penalmente impostas.

Todavia, insta notar que, ainda em sede de tipicidade, o princípio da inexigibilidade possui relevante função para a atividade julgadora, já que exorta a necessidade de realizar uma análise mais abrangente dos tipos incriminadores, constituindo importante instrumento de interpretação dos tipos penais e um fator de atendimento dos princípios da intervenção mínima e insignificância.

Isso porque, em decorrência da incidência do princípio da inexigibilidade,

para imponer una pena será necesario constatar en el supuesto concreto que la conducta impuesta por la norma le era exigible al individuo también por razones lógicas derivadas de la validez racional de la norma primaria y no meramente por razones de imposición coercitiva del estado (donde se ocultan pretensiones expansivas del Derecho penal junto a tentativas autoritarias ocultas bajo la justificación de la prevención general o del mantenimiento del orden social)⁴²⁷.

Tal afirmação indica que, desde o campo da tipicidade, o princípio da inexigibilidade deve ser considerado pelo julgador, impondo uma interpretação da norma penal em conformidade com o conjunto normativo, com os ditames constitucionais e valores sociais em constante

⁴²⁷ Para impor uma pena será necessário constatar, no fato concreto, que a conduta imposta pela norma era exigível ao sujeito também por razões lógicas derivadas na validade racional da norma primária e não meramente por razões de imposição coercitiva do estado (onde se ocultam pretensões expansivas do Direito penal junto a tentativas autoritárias ocultas sob a justificação da prevenção geral ou da manutenção da ordem social) (tradução nossa) (AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 229-230). É importante destacar que Paz Aguado utiliza a ideia citada em contexto distinto, relacionado à relevância da inexigibilidade na categoria da culpabilidade, ao qual, na linha ora defendida, devem ser redefinições.

evolução. Como instrumento de interpretação, o princípio da inexigibilidade deverá ser utilizado, primeiramente, na verificação da efetiva subsunção do fato à norma penal incriminadora e, num segundo momento, no exame da real contrariedade normativa típica.

Para facilitar a compreensão da efetiva incidência do princípio da inexigibilidade na seara da culpabilidade, é possível analisar, por exemplo, o tipo penal do art. 304 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que prevê que constitui crime: “deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”⁴²⁸.

Nesta hipótese, no momento legislativo, o princípio da inexigibilidade teve incidência ao ser reconhecida a possibilidade de existência de situações em que não poderia ser exigível ao autor a prestação de socorro – ocasiões que comportem risco de vida ao autor ou que caracterizem uma incapacidade física do mesmo – e ser incorporada a ausência de solicitação de auxílio à autoridade competente como segunda espécie de omissão de socorro.

Ademais, no aludido dispositivo do CTB, igualmente se observa a incidência do princípio da inexigibilidade, na fase de interpretação do julgador, na medida em que impõe a verificação de que, até que ponto, pode ser exigido, à pessoa que causou o acidente, a prestação de socorro em casos de morte instantânea ou a espera no local do acidente, com exposição a perigo, até que seja possível prestar socorro à vítima ou solicitar auxílio à autoridade.

No mesmo sentido, é possível examinar o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro – que dispõe que constitui crime “afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”⁴²⁹ – e o art. 121, §4º, do Código Penal – que estabelece uma causa de aumento para o homicídio culposo quando o agente “foge para evitar prisão em flagrante”⁴³⁰. Nestes casos, impõe-se a incidência do princípio da inexigibilidade para análise de, até que ponto, pode ser exigido, à pessoa que causou o acidente ou o homicídio, a permanência no local, no aguardo da sua prisão em flagrante, em oposição ao básico instinto humano de sobrevivência.

Note-se que, na última circunstância, a incidência do princípio da inexigibilidade pode conduzir, inclusive, a uma argüição de inconstitucionalidade, especialmente porque se pauta

⁴²⁸ BRASIL. Lei nº 9.503 (Código de Trânsito Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2014.

⁴²⁹ Idem.

⁴³⁰ BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

nas próprias ideias de justiça e dignidade humana, que devem ser preservadas infraconstitucionalmente.

De qualquer forma, em todas as situações indicadas, compreende-se que o princípio da inexigibilidade enseja na impossibilidade de subsumir o fato à norma penal incriminadora – na atipicidade do fato –, já que o Direito Penal não pode almejar a realização de atos heróicos e/ou a violação de valores permitidos, não podendo, por conseguinte, incriminar a sua não realização ou transgressão.

Note-se que o relevante papel do princípio da inexigibilidade associado a sua função interpretativa e integradora, implica, no âmbito da tipicidade, no reconhecimento da inexigibilidade de condutas aparentemente típicas que são amparadas ou fomentadas por valores constitucionais, sociais ou, até mesmo, por outros ramos do Direito e na consequente consideração da atipicidade destes fatos.

Deste modo, permeada pelo princípio da inexigibilidade, a tipicidade deve ser concebida não apenas como a mera possibilidade abstrata de subsunção de um fato a uma norma penal incriminadora, mas como a antinormatividade, como a instância que incorpora a pretensão subjetiva de ilicitude⁴³¹ ao exprimir a relação de contrariedade de um fato com o ordenamento jurídico em geral e atender aos princípios da intervenção mínima e insignificância⁴³².

Insta destacar que solução similar à alcançada pela admissão do princípio da inexigibilidade poderia ser obtida, na seara da tipicidade, pela utilização da Teoria da Tipicidade Conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni, que, todavia, não possui a mesma abrangência principiológica da inexigibilidade. Ocorre que, a nosso ver, apesar de Zaffaroni não ter efetuado qualquer referência ao princípio da inexigibilidade na construção da Teoria da Tipicidade Conglobante⁴³³, a referida dogmática, essencial no exame da tipicidade penal, reflete claro exemplo da incidência dos critérios da exigibilidade/inexigibilidade na referida seara.

⁴³¹ A pretensão objetiva de ilicitude – reservada para o exame das causas permissivas – deve ser analisada no âmbito da antijuridicidade, como tradicionalmente defendido.

⁴³² Nesse sentido, parece adequada a terminologia empregada por Jorge de Figueiredo Dias, que denomina a tipicidade de “tipo de ilícito”. Todavia, não se coaduna com a afirmação efetuada pelo referido autor no sentido de que, “num sistema teleológico-funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autônomas, a tipicidade e a ilicitude” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.I, p. 270). Essa consideração é completamente falha, pelas razões indicadas ao longo desse capítulo, notadamente pelo sistema adotado.

⁴³³ Nada obstante, conforme já ilustrado, Zaffaroni concebe a inexigibilidade como a própria essência do Direito e irradia os seus efeitos para as diversas categorias delitivas. Assim, mesmo ante a negativa do caráter

Na construção da Teoria da Tipicidade Conglobante, Zaffaroni observa que “tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma)” e que uma ordem normativa deve ser concebida como um “conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem”, razão pela qual não seria possível admitir que uma “norma ordene o que outra proíbe”⁴³⁴.

Zaffaroni revela que

[...] uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se ‘desordem’ arbitrária. As normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não pode ignorar-se mutuamente⁴³⁵.

Com efeito, a tipicidade penal só seria alcançada com a estipulação de um corretivo à tipicidade legal, que é denominado de “tipicidade conglobante” e consiste “na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”⁴³⁶.

Nas palavras de Zaffaroni,

*el análisis de la tipicidad penal no se agotará, pues, con el de la tipicidad legal, sino que habrá menester de la consideración de una segunda forma de tipicidad penal, que será la **tipicidad conglobante**, establecida a la luz del tipo legal, conglobado ahora en la legislación a la que pertenece y, por ende, también conglobada la norma que se le antepone dentro del resto del orden normativo*⁴³⁷
(grifos do autor).

Destarte, a “tipicidade conglobante” agrega-se à “tipicidade legal” para incorporação do critério da antinormatividade, delineando a “tipicidade penal” ao impedir, como uma espécie de parâmetro interpretativo, que uma norma proíba o que outra norma ordene ou fomente, que incrimine uma conduta que esteja fora do poder repressivo do Estado por disposição constitucional ou, até mesmo, uma lesão insignificante ao bem jurídico⁴³⁸.

Deste modo, percebe-se que, talvez por se relacionar à própria essência do Direito – como expressamente reconhecido por Zaffaroni –, a exigibilidade/inexigibilidade é um critério

principiológico da inexigibilidade efetuada por Zaffaroni, não há imprecisão dogmática na afirmativa de que a Teoria da Tipicidade Conglobante denota o grande influxo do princípio da inexigibilidade na seara da tipicidade.

⁴³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 395-396.

⁴³⁵ Ibidem, p. 395.

⁴³⁶ Ibidem, p. 396.

⁴³⁷ A análise da tipicidade penal não se esgotará, pois, com a da tipicidade legal, já que será necessária a consideração de uma segunda forma de tipicidade penal, que será a **tipicidade conglobante**, estabelecida a luz do tipo legal, conglobado agora na legislação a que pertence, e, por fim, também conglobada a norma a que se contrapõe dentro do resto da ordem normativa (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p. 235).

⁴³⁸ Ibidem, p. 230.

corretivo da tipicidade legal que pode ser facilmente relacionado à “tipicidade conglobante”. A “tipicidade conglobante” encontra-se conectada ao princípio da inexigibilidade e materializa a sua incidência no setor da tipicidade, onde possui papel de relevo.

Observa-se, portanto, que o princípio da inexigibilidade traça os limites do tipo penal, na medida em que, além de servir de critério para a atividade legislativa de delineamento dos tipos penais, funciona como parâmetro interpretativo da atividade julgadora, impondo a atipicidade de condutas que não denotam uma efetiva antinormatividade, seja em decorrência de valores sociais, de previsões constitucionais ou de outras estipulações normativas.

4.4.2 Inexigibilidade e antijuridicidade

Na linha defendida, como a caracterização de um fato como penalmente típico já pressupõe o exame da existência de uma possível incompatibilidade entre tipos legais e ente tipos legais e constitucionais, o setor da antijuridicidade reserva-se apenas ao juízo negativo acerca da incidência de causas justificantes, sejam estas “permissões fortes” (causas legais de justificação) ou “permissões fracas” (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação).

A antijuridicidade reserva-se à pretensão subjetiva de ilicitude e distingue-se da tipicidade precisamente porque esta traduz uma ação avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstrata da pena (independente da pessoa do agente e da situação concreta da ação)⁴³⁹. A antijuridicidade trata da ação típica concreta, com a inclusão de todos os elementos reais caracterizadores da mesma, que detenham uma natureza objetiva, já que o exame de circunstâncias estritamente pessoais é reservado à culpabilidade.

Com efeito, como ressalta Zaffaroni, a “antijuridicidade surge da antinormatividade (tipicidade penal) e da falta de adequação a um tipo permissivo, ou seja, da circunstância de que a conduta antinormativa não esteja amparada por uma causa de justificação”⁴⁴⁰. Deste

⁴³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.I, p. 266.

⁴⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 397.

modo, a tipicidade deve atuar como um indício do juízo de antijuridicidade e, uma vez constatada a antijuridicidade subjetiva da conduta, restará configurado um injusto penal⁴⁴¹.

A verificação da antijuridicidade é operada mediante a comprovação de que a conduta não se adequa a nenhum tipo permissivo (causa de justificação), o que logicamente pressupõe a existência de um tipo proibitivo, já que não faz sentido “permitir” o que não está proibido, de modo que uma tipicidade de justificação depende de uma tipicidade de proibição⁴⁴².

Por isso, nota-se que as causas de justificação denotam o exercício de um direito (“permissões fortes”) ou a tolerância de atuação em face do reconhecimento de direitos (“permissões fracas”), pois, ao conferirem permissões, estão efetivando ou criando faculdades.

A referida consideração não indica que a antijuridicidade não permanece sendo uma categoria única ou que estaria sujeita a alguma graduabilidade. A antijuridicidade se pauta em tipos permissivos – fortes e fracos – não ponderáveis, o que significa dizer que representa a instância de verificação da incidência ou não de hipóteses permissivas que podem implicar apenas na consideração da conduta típica como lícita ou ilícita.

Isso implica na sua estipulação como uma categoria normativa e objetiva, no sentido de que a antijuridicidade de uma conduta será determinada conforme um juízo fático e não valorativo. O juízo subjetivo (valorativo) é realizado pela lei, mediante previsão de hipóteses permissivas, e o juiz limita-se a comprovar a ausência de justificação no caso concreto⁴⁴³.

No entanto, neste setor, será verificada uma dupla função da inexigibilidade, na medida em que esta noção atua como critério interpretativo das “permissões fortes” (função de princípio) – servindo como instrumento de delimitação das hipóteses normativas – e atua como o fundamento das “permissões fracas” (função de regra).

4.4.2.1 Inexigibilidade e “permissões fortes”

No âmbito das “permissões fortes”, o princípio da inexigibilidade possui relevo no momento legislativo de formação dos tipos permissivos e como critério orientador do aplicador do

⁴⁴¹ Na concepção adotada, “*una conducta típica y antijurídica es un injusto penal: antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada*”(ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires:EDISR,1988,v.III, p. 561).

⁴⁴² Ibidem, p. 573-574.

⁴⁴³ Ibidem, p. 573.

Direito. Que a inexigibilidade pode ser considerada como o princípio fundador das “permissões fortes”, já que a estipulação de tipos permissivos “fortes” – reguladores do exercício de direito – deriva do reconhecimento da inexigibilidade de atendimento aos tipos incriminadores, é claro e perceptível. Todavia, deve ainda ser reconhecido o seu papel como critério interpretativo dos tipos permissivos “fortes”, a fim de verificar o real alcance do princípio da inexigibilidade neste setor da Teoria do Delito.

Como critério orientador, o princípio da inexigibilidade, possui importante função na interpretação e delimitação das “permissões fortes” (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito), apesar de possuir maiores e mais perceptíveis interferências no estado de necessidade e na legítima defesa, por razões que serão a seguir explicitadas.

O estado de necessidade é regulado pelo artigo 24 do Código Penal brasileiro, segundo o qual aquele que “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”⁴⁴⁴. Em outras palavras, com a regulamentação do estado de necessidade, a lei afasta a ilicitude da conduta daquele que, ante perigo atual e involuntário, ofende, de modo inevitável e da forma menos gravosa, um ou mais bens jurídicos para salvar direito próprio ou alheio. E a doutrina dominante, seguindo uma Teoria Diferenciadora, acrescenta o critério da ponderação dos bens jurídicos conflitantes, ao estabelecer uma dicotomia entre “estado de necessidade justificante” e “estado de necessidade exculpante”.

Deste modo, haveria “estado de necessidade justificante” nos casos de ponderação de bens jurídicos com afetação do bem de menor valor – situação analisada no âmbito das “permissões fortes” – e haveria “estado de necessidade exculpante” (aqui denominado de “estado de necessidade débil”), nos casos de bens ponderados equivalentes ou de sacrifício do bem de maior valor – situação examinada no âmbito das “permissões fracas”. Na hipótese de inexigibilidade ora abordada como “permissão forte”, o estado de necessidade caracteriza-se, portanto, quando se opera a produção de um mal menor para evitar um mal maior.

Nesta situação, a inexigibilidade serve como fundamento da previsão legislativa – justificada expressamente pela “não razoável exigibilidade” – e, inclusive, de alguns requisitos da situação de necessidade, já que a involuntariedade do perigo está lastreada, exatamente, na

⁴⁴⁴ BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

exigibilidade especial reclamada a quem provocou intencionalmente a situação de necessidade. Até mesmo a ressalva do §1º do art. 24 do Código Penal – que exclui a possibilidade de alegação de estado de necessidade por quem possui o dever legal de enfrentar o perigo – deriva do reconhecimento do princípio da inexigibilidade. A circunstância de que ao policial e bombeiro é exigido o que não é exigido ao homem comum não pode ser derivada do fato de que o homem comum não é merecedor de pena⁴⁴⁵, mas do fato de que a conduta de enfrentar o perigo é *exigível* àquele que tem o dever legal – e funcional – de enfrentá-lo.

Nesse caso de estado de necessidade, a inexigibilidade, além de limitar os deveres jurídicos de comportamento, atua como critério interpretativo delimitador e “*la razón fundamental que se esgrime en favor de la teoría de la inexigibilidad, se encuentra en la insuficiencia que se le reconoce al principio del interés dominante para explicar todos los conflictos de bienes jurídicos*”⁴⁴⁶.

O estado de necessidade, como justificante “forte”, identifica-se como uma norma permissiva de reconhecimento do instinto de sobrevivência e preservação, ao estabelecer que, ante uma colisão de interesses juridicamente protegidos, ambos não podem ser simultaneamente preservados. Fundamenta-se, portanto, num exercício de direito pautado na necessidade de salvar o interesse maior em desfavor do menor, que é sacrificado.

Nesse sentido, não poderá ser conferida ao princípio do interesse dominante ou da ponderação de interesses uma importância exclusiva, pois será necessário atender à relação de adequação entre o mal causado e o que se pretende evitar. Será indispensável “*enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria*”⁴⁴⁷, o que justifica a incidência do princípio da inexigibilidade como critério balizador da forma “mais adequada” e “menos gravosa”.

Assim, o princípio da inexigibilidade deve possuir necessária incidência, porque a utilização deste critério é essencial para “*contextualizar la posibilidad de acudir a medios legítimos*

⁴⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 49.

⁴⁴⁶ A razão fundamental que é apresentada em favor da teoria da inexigibilidade encontra-se na insuficiência que é reconhecida ao princípio do interesse dominante para explicar todos os conflitos de bens jurídicos (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 93).

⁴⁴⁷ Julgar se o sacrifício de um deles para salvar o outro era a única via adequada dentro dos limites de exigibilidade normas na vida ordinária (tradução nossa) (Ibidem, p. 99-100).

(*acciones lícitas*) o, en su caso, a medios ilegítimos y, entre ellos, a los menos lesivos”⁴⁴⁸. Deste modo, “confere-se ao princípio da inexigibilidade a função de suavizar o caráter absoluto dessa “subsidiariedade da ação salvadora”⁴⁴⁹.

Portanto, é possível afirmar que o princípio da inexigibilidade atua como princípio fundamentador do estado de necessidade e de alguns de seus requisitos, além de funcionar como critério de interpretação da própria situação de necessidade; o que se aproxima da função exercida pelo mesmo nos casos de legítima defesa.

No que tange à legítima defesa, estabelece o art. 25 do Código Penal brasileiro que será excluída a ilicitude daquele que, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”⁴⁵⁰. Noutras palavras, como causa justificadora, a legítima defesa “representa a transposição para a norma da ideia natural do direito de autopreservação contra ataques injustificados”⁴⁵¹ e determina que não será ilícita a conduta daquele que reage, dentro dos limites pré-estabelecidos, a uma situação de agressão injusta sofrida por si ou por terceiro.

Na referida hipótese, o princípio da inexigibilidade atua como critério legislativo – já que não é *exigível* ao sujeito que, contrariando os seus instintos de autopreservação, não repulse os ataques sofridos – e, principalmente, como critério interpretativo, pois poderá fornecer ao juiz um parâmetro para examinar os limites da defesa necessária e a proporcionalidade do meio utilizado, considerando as circunstâncias concorrentes no caso concreto.

Isso porque, a situação que justifica a legítima defesa é identificada apenas ante ao uso moderado de meios para repulsar a agressão, tendo em vista que “*el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica*”⁴⁵².

⁴⁴⁸ Contextualizar a possibilidade de utilizar meios legítimos (ações lícitas) ou, no seu caso, a meios ilegítimos e, entre eles, aos menos lesivos (Ibidem, p. 105).

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 103.

⁴⁵⁰ BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

⁴⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 487.

⁴⁵² A ordem jurídica não pode tolerar que a legítima defesa seja levada até um grau em que a conduta defensiva resulte contrária à seguridade jurídica (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDIS, 1988, v.III, p. 590).

Com efeito, “*se acude a la exigibilidad para delimitar el contenido y el alcance de los deberes del agredido*”⁴⁵³. Como a exigibilidade implica numa restrição ao agredido/defensor, a inexigibilidade justifica uma margem de excesso na conduta deste⁴⁵⁴. Nesse sentido, a exigibilidade/inexigibilidade pode ajudar a elucidar a questão dos limites do direito de defender-se que o ordenamento jurídico concede ao agredido/defensor e os casos em que for possível observar uma mínima carência dos requisitos, cuja presença permitiria apreciar a justificadora completa da legítima defesa⁴⁵⁵.

Observa-se, assim, que, ante o critério da exigibilidade/inexigibilidade, haverá a incidência da legítima defesa nos casos em que o agredido houver incorrido em excesso nos limites da defesa necessária, mas não lhe era *exigível* uma atuação defensiva diferente. Em contrapartida, será considerado que é *exigível* a requisição de auxílio a terceiro ou à autoridade sempre que, com isso, seja evitada uma defesa extremamente desproporcional⁴⁵⁶ e, nos casos de sua não utilização, a norma permissiva da legítima defesa não terá incidência.

Portanto, na legítima defesa, a inexigibilidade atua como um princípio orientador complementar à ideia de proporcionalidade, a qual pode funcionar como critério de ponderação dos meios utilizados ante o mal causado, mas precisa do auxílio do princípio da inexigibilidade para exame da possibilidade de se *exigir* do sujeito a utilização de meios mais moderados na situação específica.

Explicação diversa, e um pouco mais cuidadosa, deve ser efetuada no que tange às causas justificadoras previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro, que estabelece, entre as hipóteses de “exclusão da ilicitude”, que não há crime quando o sujeito praticar o fato “em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”⁴⁵⁷.

Note-se que o entendimento defendido em sede de tipicidade – seja pelas implicações dogmáticas da incidência do princípio da inexigibilidade na tipicidade, seja pela adoção da Teoria da Tipicidade Conglobante –, implica na possibilidade de afastamento da própria tipicidade nos casos de “estrito cumprimento de dever legal” ou “exercício regular de direito”.

⁴⁵³ Recorre-se à exigibilidade para delimitar o conteúdo e o alcance dos deveres do agredido (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 77).

⁴⁵⁴ Idem.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 77; 80.

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 77-78.

⁴⁵⁷ BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

Ora, se alguém atua em estrito cumprimento do dever legal só pode realizar um comportamento atípico, já que a lei não impõe a ninguém a realização de uma conduta proibida. Isso porque, não lhe pode ser *exigido* o descumprimento da lei, tampouco imposta qualquer responsabilidade pela sua não efetivação. De igual forma, se alguém estiver exercendo um direito (uma faculdade) não pode, simultaneamente, estar realizando uma conduta proibida, posto que “o exercício de um direito não pode ser fonte geradora de responsabilidade penal”⁴⁵⁸ e não pode ser *exigida* a renúncia a um direito reconhecido, nem imposta pena pela opção pelo exercício do mesmo.

Observa-se, assim, que, nos dois casos, o princípio da inexigibilidade possui atuação similar ao quanto examinado em sede de tipicidade, já que o reconhecimento destas hipóteses conjugadamente ao princípio da inexigibilidade, implica na inexistência de contrariedade normativa, ou seja, de tipicidade.

Ocorre que, diferentemente do Código Penal argentino (fonte normativa na qual foi delineada a questão da Tipicidade Conglobante), o Código Penal brasileiro afirma, expressamente, que o “estrito cumprimento do dever legal” e o “exercício regular de direito” são causas de “exclusão da ilicitude”, de modo que deve ser defendido, sem qualquer imprecisão dogmática, que, neste caso, fica reservado à categoria da antijuridicidade o exame de situações limítrofes, nas quais possui especial incidência o princípio da inexigibilidade.

As hipóteses permissivas de “estrito cumprimento do dever legal” e de “exercício regular de direito” devem ser delineadas pelo princípio da inexigibilidade, que possui atuação decisiva nas situações de incerteza sobre o amparo legal – que, *a priori*, obrigam o cumprimento do dever – e nos casos de excesso no cumprimento do direito, notadamente no exame da *exigibilidade* de uma atuação mais moderada ou diferente.

Destarte, na seara da antijuridicidade, além dos princípios norteadores das causas de justificação, o princípio da inexigibilidade atua como um parâmetro legislativo e, principalmente, como mais um critério de ponderação de interesses e valores, tendo significativo relevo na delimitação de todas as “causas permissivas fortes”, apesar da incidência mais decisiva nos casos de estado de necessidade e legítima defesa.

⁴⁵⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 501.

4.4.2.2 Inexigibilidade e “permissões fracas”

Se utilizada a linguagem tradicional, os casos de “permissões fracas” podem ser identificados como “causas legais de exculpação” (coação moral irresistível e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico), “causa supralegal de exculpação” (estado de necessidade “exculpante”) e “causa supralegal de justificação” (consentimento do ofendido).

Neste diapasão, insta salientar, inicialmente, que, com exceção de situações supraleais, a função exercida pela inexigibilidade nas “permissões fracas” já foi examinada no tópico referente à “inexigibilidade como causa justificante ou permissiva legal e supralegal”, no qual já é possível verificar que essas causas permissivas dão vida ao princípio da inexigibilidade, o materializam e lhe conferem valor de regra, exatamente porque constituem hipóteses específicas, expressamente estabelecidas, de “inexigibilidade de conduta diversa”.

A regra do reconhecimento da ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa é legalmente prevista no art. 22 do Código Penal brasileiro, no qual se dispõe 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”⁴⁵⁹.

Nessas situações, o sujeito atua, consciente e deliberadamente, de modo antagônico ao direito e não se encontra amparado por uma regra geral de exclusão da ilicitude, mas tem a pretensão de ilicitude de sua conduta, excepcional, específica e restritamente, excluída, em decorrência da inexigibilidade de uma conduta conforme a norma.

Na coação moral irresistível, é verificada uma circunstância na qual não é pertinente *exigir* que o autor enfrente uma ameaça, tendo em vista que há uma coação moral que torna irrazoável uma pretensão de obediência estrita da ordem jurídica⁴⁶⁰. A obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, por sua vez, caracteriza-se pela estrita observância de ordem superior com aparência de legalidade, na qual não é *exigível* uma decisão entre “sofrer um mal e causar um mal”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

⁴⁶⁰ Insta salientar que o reconhecimento da coação moral irresistível no âmbito da antijuridicidade penal não afasta e nem torna incongruente o exame dos casos de legítima defesa ante uma coação moral irresistível, já que a “agressão injusta” pressupõe apenas uma conduta ilícita, não um ilícito penal. Deste modo, as duas hipóteses podem ser conjuntamente previstas no setor da antijuridicidade, sem qualquer problema dogmático.

⁴⁶¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 508.

Observa-se, destarte, que, nas referidas normas, há uma tolerância geral de atuação e a excepcionalidade do afastamento da ilicitude da conduta deriva do próprio fundamento do princípio da inexigibilidade: a “não obrigatoriedade” da conduta conforme a norma ante a impossibilidade de *exigência* pelo Direito de atos heróicos. Nesse sentido, o princípio da inexigibilidade não exerce simples influência de delimitação de regras permissivas, já que se confunde com as próprias previsões normativas.

As duas hipóteses do art. 22 do Código Penal brasileiro denotam a materialização do princípio da inexigibilidade na estipulação de uma norma-regra, que, contudo, possui força normativa inferior a dos tipos permissivos “fortes” e, portanto, somente interfere na responsabilidade, de natureza penal, do próprio autor do fato⁴⁶².

Ocorre que, em razão do reconhecimento da inexigibilidade como princípio geral de direito, as hipóteses de “permissões fracas” convertem-se em dados meramente exemplificativos e situações de emergência similares podem, por analogia, gerar o afastamento da ilicitude penal⁴⁶³, desde que observados os parâmetros legislativos. Nesse contexto, podem ser averiguadas duas hipóteses supralegais de “permissões fracas” acrescentadas pela doutrina e jurisprudência: o denominado “estado de necessidade exculpante” – inserido no âmbito das tradicionais “causas supralegais de exculpação” por inexigibilidade de conduta diversa – e o “consentimento do ofendido” – tratado comumente como “causa supralegal de justificação”.

No “estado de necessidade exculpante” – que, ante a desvinculação com a categoria da culpabilidade, é preferível ser denominado de “estado de necessidade débil” –, é verificada uma situação em que o bem jurídico sacrificado na situação de perigo é de valor equivalente ou superior ao protegido. Deste modo, para a exclusão da ilicitude, impõe-se a comprovação da gravidade do mal que se pretende evitar e da inexigibilidade do seu sacrifício, porque a ordem jurídica não pode afastar a responsabilidade de quem incide em conduta típica contra inocentes para evitar males pequenos ou insignificantes⁴⁶⁴.

⁴⁶² Os tipos “permissivos fracos”, além de excepcionarem “regra” de que o reconhecimento da ilicitude penal faz coisa julgada na seara cível, implicam numa exceção ao art. 30 do Código Penal brasileiro, que estabelece, a *contrario sensu*, a comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter objetivo. Apesar de constituírem hipóteses objetivas, que denotam uma delimitação às exigências de dever, as circunstâncias inculpidas nas hipóteses “permissivas fracas” não se comunicam aos co-autores e partícipes, exatamente em face da menor força normativa empregada. Conforme leciona Paulo Busato, são situações de tal emergência, que se pode admitir o afastamento de responsabilidade, ainda que restrita ao âmbito penal e ao próprio autor (Ibidem, p. 503).

⁴⁶³ Ibidem, p. 506.

⁴⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 249.

Isso significa, em primeiro lugar, a inexistência de razão lógica para a separação das duas hipóteses de estado de necessidade em categorias do conceito de crime diversas. Como a única distinção entre essas situações é a força normativa, o princípio da inexigibilidade terá incidência similar. Esse princípio deverá ser concebido como fundamento do “estado de necessidade débil”, na medida em que, para a atuação da referida norma permissiva, se impõe a análise da *exigibilidade* de sacrifício do bem jurídico protegido. Ademais, deverá funcionar como uma baliza no exame da existência ou inexistência de um meio menos prejudicial para a defesa do bem jurídico de equivalente ou maior valor.

No “estado de necessidade débil”, a ideia de inexigibilidade de outra conduta aconselhará a deixar sem sanção aquele que atua para salvar um bem de igual ou inferior valor, porque “*el acto realizado no es desaprobado por el ordenamiento jurídico*”⁴⁶⁵, que reconhece os instintos de sobrevivência e preservação.

Com efeito, se no estado de necessidade examinado no âmbito das “permissões fortes” regula-se o próprio reconhecimento do instinto de sobrevivência e de preservação, um exercício de direito; no “estado de necessidade débil”, tolera-se uma atuação em decorrência, exatamente, do reconhecimento daquele direito efetivado. Esse dado, em conjunto com a aceitação do princípio da inexigibilidade, permite a caracterização do “estado de necessidade débil” como causa permissiva – assim como o “estado de necessidade justificante” –, mesmo em face da ausência de expressa previsão legislativa.

Aliás, situação similar é verificada no caso do consentimento do ofendido, apesar de não se tratar de hipótese específica de afastamento de ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa e de denotar, portanto, norma permissiva em que a inexigibilidade atua, assim como nas “permissões fortes”, como princípio fundador e delimitador.

Nas situações em que o consentimento não faz parte da estrutura típica em si⁴⁶⁶, em face dos limites à autonomia da vontade e da necessidade de elaboração de um exame casuístico, o consentimento do ofendido constitui norma permissiva supralegal e funda-se na tolerância de uma atuação decorrente do reconhecimento do direito de consentir. Em outras palavras, assim

⁴⁶⁵ O ato realizado não é desaprovado pelo ordenamento jurídico (tradução nossa) (CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 100).

⁴⁶⁶ Se a ausência do consentimento compuser a estrutura do tipo, como ocorre, por exemplo, no aborto consentido e na violação de domicílio, o consentimento do ofendido, obviamente, excluirá a própria tipicidade da conduta.

como as demais normas permissivas “fracas”, o consentimento do ofendido expressa, portanto, uma tolerância de atuação relativa ao exercício de um direito.

Neste âmbito, como nem todos os consentimentos podem excluir a ilicitude penal da conduta e existem requisitos para incidência desta causa de justificação, o princípio da inexigibilidade terá relevante papel nos casos em que não é *exigível* o consentimento real (pode ser tranquilamente suprido por um consentimento presumido) e em que não é *exigível* ao autor a percepção da existência de vício no consentimento dado.

Constata-se, destarte, que, nas “permissões fracas”, o princípio da inexigibilidade possui incidência como critério interpretativo e delimitador, além de denotar verdadeira norma-regra de exclusão da ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa, como analisado nas situações tradicionalmente denominadas de “causas legais e supralegais de exculpação”.

4.4.3 Inexigibilidade e culpabilidade

Diferentemente do quanto propalado pelos adeptos das Teorias Psicológico-normativas e da Teoria Normativa Pura, a ideia de exigibilidade/inexigibilidade aposta na culpabilidade não pode se confundir com as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa – analisadas à luz ou à margem do pressuposto material daquela categoria –, mas devem coincidir com o próprio fundamento deste juízo de reprovação pessoal alheio à questão da liberdade de vontade.

Ultrapassada a questão da indemonstrabilidade do pressuposto material da culpabilidade finalista, insta pontuar que, como a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal e as tradicionais “causas de exculpação” por inexigibilidade de conduta diversa não se encontram adstritas à figura do autor concreto, a justaposição das referidas hipóteses na categoria da antijuridicidade permite a consideração da culpabilidade apenas como o juízo capaz de imputar pessoalmente uma conduta típica e ilícita ao seu autor.

Isso não significa um esvaziamento da categoria da culpabilidade, mas uma revisão do seu fundamento e dos seus elementos à luz do quanto esta categoria se propõe: encontrar um autor capaz de ser reprovável e justificar a reprovação pessoal da conduta antijurídica. Deste modo, se a tipicidade demonstra a antinormatividade do fato e a antijuridicidade a ausência de normas permissivas para aquela atuação geral, a culpabilidade evidenciará, a partir de

critérios normativos, a possibilidade de imposição de uma pena a uma pessoa concreta à qual foi previamente imputado um injusto de relevância jurídico-penal.

Aproximando-se do quanto defendido por Maurach, concebe-se que, nas tradicionais “causas de exculpação”, o que está em jogo é se o comportamento contrário à norma é perdoável relativamente a qualquer pessoa (isto é, se há uma tolerância geral de atuação concernente ao reconhecimento de um direito). Não há relação com o agente concreto ou com as suas específicas condições pessoais na situação determinada. Com efeito, tais hipóteses são recolocadas no juízo no qual possuem relevo e, como “permissões fracas”, passam a ser examinadas, não numa categoria sistemática intermediária entre a ilicitude e a culpabilidade – como proposto por Maurach –, mas previamente ao juízo pessoal de culpabilidade.

Nesse sentido, “a concepção de culpabilidade é nada mais do que a concepção de exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito”⁴⁶⁷ concreto. Nas palavras de Paulo César Busato, a culpabilidade é um juízo de valor meramente normativo, que expressa

[...] a reprovação ao sujeito conforme possa ser considerado justo **exigir** o comportamento devido de quem atuou concretamente, a partir da verificação de seus condicionamentos pessoais e sociológicos, bem como de sua capacidade motivacional e de compreensão da norma⁴⁶⁸ (grifo nosso).

A culpabilidade somente irá pressupor a inexistência das normas permissivas, “fortes” e “fracas”, que são analisadas anteriormente, no âmbito da antijuridicidade (reprovação da ação). Portanto, se já foi concluído pela inexistência de um exercício de direito ou de uma tolerância geral de atuação relacionada ao reconhecimento daquele, resta necessário, na culpabilidade, apenas verificar se, ante as condições pessoais do sujeito, há capacidade motivacional e de compreensão normativa justificadora da imposição de uma reprovação pessoal (reprovação do autor).

Noutras palavras, a culpabilidade traduz a ideia de exigibilidade dirigida ao autor concreto. Nesta categoria, visa-se “identificar, dentro da situação concreta, a possibilidade ou não de *exigir-se* do autor que se comportasse conforme o direito”⁴⁶⁹, o que compõe o fundamento material deste juízo de censura.

⁴⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557-558.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 557.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 555.

Note-se que, se a culpabilidade é exigibilidade, o referido elemento em nada se aproximada do ultrapassado pressuposto finalista (“poder atuar de outro modo”). Isso porque, não se objetiva a comprovação da possibilidade de atuação diversa do autor no caso concreto – o que é empiricamente indemonstrável ou, para os neurodeterministas, inexistente –, mas o exame de exigibilidade jurídica de uma atuação distinta, que se pauta na inocorrência de pressupostos normativos pré-determinados.

Deste modo, como a exigibilidade não pode ser, *a priori*, comprovada positivamente, as circunstâncias eximentes, legalmente previstas e identificadas como “causas de exclusão da culpabilidade”, fundam-se na própria ideia de inexigibilidade (no aspecto negativo) e delimitam os elementos constitutivos da culpabilidade, dispensando, por conseguinte, a identificação de um conteúdo positivo expreso para aquele juízo de censura.

Na culpabilidade, a exigibilidade apenas lastreia o juízo pessoal de reprovação, já que será a inexigibilidade que constituirá fundamento comum das causas de inculpação, ou seja, da inimputabilidade e da ausência de potencial consciência da ilicitude, atuando como princípio fundador – como limite a deveres jurídicos de comportamento do autor concreto – e delimitador dessas hipóteses, que constituem elementos negativos cuja ausência importa na presença de culpabilidade na conduta.

Como a culpabilidade indica a “*disposición interna contraria a la norma que revela el individuo*”⁴⁷⁰, a imputabilidade reunirá “o conjunto de características pessoais que tornam um sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido”⁴⁷¹ e a inimputabilidade representará uma negativa à possibilidade de compreensão do comando normativo, pautada na ideia de inexigibilidade.

A demonstração de que o agente é inimputável é estabelecida legalmente, a partir de requisitos de exclusão concernentes a um sistema misto bio-psicológico de aferição. Tais requisitos representam verdadeiras presunções normativas, reguladas por critérios científicos empiricamente demonstráveis, que afastam a arguição de eventual deslegitimação do sistema.

Nesse sentido, em regra, serão considerados inimputáveis os menores de idade (critério biológico) e os portadores de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, que eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de entender o

⁴⁷⁰ Disposição interna contrária à norma que revela o indivíduo (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 73).

⁴⁷¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁴⁷² (critério psicológico). Portanto, nessas hipóteses, estabelece a norma que não é *exigível* a compreensão do comando normativo, restando normativamente assegurada a impossibilidade de entendimento para autodeterminação e sendo afastado o juízo pessoal de censura.

Até mesmo no exame de eventual provocação de situação de inimputabilidade – como no caso de embriaguez não acidental –, observa-se a incidência do princípio da inexigibilidade como critério delimitador da hipótese normativa. Nesse sentido, a não exigibilidade “abrange a ausência de censurabilidade dos motivos, como dos pressupostos de uma livre determinação, traduzida na perturbação provocada por um acto que exclui a apreciação ou o controle dos instintos ou afirmações normais da personalidade”⁴⁷³.

A ausência de potencial consciência da ilicitude, ao seu turno, também está fundada na ideia de inexigibilidade e é por esta delineada. Essa situação caracteriza-se pela possibilidade, normativa e potencial, de compreensão do injusto pelo sujeito, que, uma vez ausente, conduz ao reconhecimento do erro de proibição, em decorrência do fato de que “somente é *exigível* que o sujeito se abstenha do que ele sabe ser punível”⁴⁷⁴.

Por isso, no caso de erro de proibição, exclui-se a culpabilidade quando a situação concreta não permite a consideração de que “o sujeito atuou com capacidade de compreensão a respeito da ilicitude do fato praticado, uma vez que as circunstâncias transmitem o sentido da ausência de tal compreensão”⁴⁷⁵. Essa é uma “causa de exclusão da culpabilidade” que pressupõe a realização de uma conduta considerada ilícita e que pode ser traduzida como uma “justificação putativa” empiricamente demonstrável.

Todavia, como adverte Zaffaroni,

*las situaciones de justificación putativa no son un supuesto de justificación, porque no existe el tipo objetivo permisivo (sino en la representación errónea del sujeto) y, por ende, afectan la valoración de la conducta con su error sobre ‘el valor’ de ésta, con un ‘error de valoración’ (Wertungsirrtum), o sea, un error de prohibición*⁴⁷⁶.

⁴⁷² BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < www.planalto.gov.br >. Acesso em: 31 maio 2014, artigos 26 e 27.

⁴⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 81.

⁴⁷⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 571.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 573.

⁴⁷⁶ As situações de justificação putativa não são uma hipótese de justificação, porque não existe o tipo objetivo permissivo (senão na representação errônea do sujeito) e, por fim, afetam a valoração da conduta com seu erro sobre “o valor” desta, com um “erro de valoração” (*Wertungsirrtum*), ou seja, um erro de proibição (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p. 580).

O erro de proibição, assim como a inimputabilidade, além de estar relacionado à reprovação do autor (não do fato em si), não se pauta no exercício de um direito ou na tolerância de atuação geral relacionada ao exercício daquele, de modo que, diferentemente das tradicionais “causas de exculpação”, não denota uma causa de justificação, mas uma “causa de exclusão da culpabilidade” do autor determinado ante uma representação errônea de um direito.

Nada obstante, assim como as causas permissivas, as “causas de exclusão da culpabilidade” reforçam o reconhecimento e a incidência do princípio da inexigibilidade, na medida em que se fundamentam neste, seja para afastar a culpabilidade de condutas nas quais não é *exigível* a compreensão do comando normativo, seja para renunciar a censura por não ser *exigível* a abstenção de algo que não sabe ser punível.

Verifica-se, destarte, que Jesus-Maria Silva Sanchez tem total razão ao afirmar que “o conceito de culpabilidade pode e deve contemplar-se desde a perspectiva da exigibilidade. Pode, pois, seguir dizendo que a culpabilidade é exigibilidade”⁴⁷⁷, acrescente-se, notadamente porque, além de ser reconhecida a incidência de um princípio geral de direito, que constitui fundamento comum de todas as causas de inculpabilidade, afasta-se as discussões relativas à definição de um elemento material consubstanciador daquele juízo de censura.

Como observado por Zaffaroni, “*la exigibilidad la determina el orden jurídico y de él proviene cualquier causa de inculpabilidad*”⁴⁷⁸. A exigibilidade, como fundamento da culpabilidade, dispensa uma prévia comprovação empírica, posto que advém na essência do Direito e do estabelecimento de uma ordem jurídica para a regulação das relações sociais, que apenas pressupõe a existência de um dado antropológico fundamental: a liberdade humana.

Ante a utilização do caso concreto como parâmetro de incidência, as situações de inexigibilidade exculpantes demandam comprovação empírica, mas esta é plenamente demonstrável, na medida em que se pauta em critérios científicos não questionáveis (redução de capacidade de compreensão pela menoridade ou doença mental e possibilidade de erro de compreensão normativa), estabelecidos mediante pressupostos normativos pré-determinados e desvinculados na ideia de “livre arbítrio”.

⁴⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 557.

⁴⁷⁸ A exigibilidade é determinada pelo ordenamento jurídico e dele provém qualquer causa de inculpabilidade (tradução nossa) (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 71).

Por isso, a adoção da acepção ora defendida viabiliza não apenas a correção da incoerência existente no juízo de culpabilidade finalista – mantida pela maioria das concepções pós-finalistas – e o reconhecimento de incidência do princípio da inexigibilidade em todas as categorias delitivas, como também permite o afastamento das implicações pretendidas pelos adeptos do neurodeterminismo no setor da culpabilidade penal, que se encontra completamente dissociado da questão do “livre arbítrio”.

5 CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho e a partir das considerações já suscitadas, chega-se às seguintes conclusões:

1. A ideia de exigibilidade surge no Direito Penal de forma atrelada à evolução histórico-dogmática da Teoria da Culpabilidade, como dimensão material-normativa daquele instituto. Por tal razão, a Teoria Psicológica da Culpabilidade, que concebe a culpabilidade como um juízo meramente normativo e o dolo e a culpa como suas únicas espécies, não permite a realização do exame da exigibilidade ou não da conduta do agente.
2. A inclusão de critérios normativos no âmbito da culpabilidade, iniciada com as Teorias Psicológico-normativas, ensejou na aproximação entre a dupla conceitual exigibilidade/inexigibilidade e a culpabilidade material. A partir da estipulação de uma dimensão material da culpabilidade são verificadas concepções individualizadoras e generalizantes do estudo da exigibilidade, que utilizam o autor individual ou a medida-mista-geral do comportamento médio na situação individual como parâmetro interpretativo.
3. A fórmula individualizadora da “normalidade das circunstâncias por meio das quais atuou o autor” (*die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter Handelt*), utilizada por Reinhard Frank, é considerada a verdadeira raiz da ideia de inexigibilidade de conduta diversa, nada obstante as revisões dogmáticas posteriormente efetuadas, notadamente a ideia de “circunstâncias concomitantes” (*begleitende Umstände*) desenvolvida por James Goldschmidt e as contribuições de Berthold Freudenthal para a consolidação do entendimento de que a inexistência de *poder* implica ausência de *dever* e, conseqüentemente, inexigibilidade.
4. Com as teorias generalizantes, a exigibilidade é concebida efetivamente como fundamento da culpabilidade e a inexigibilidade como uma causa supralegal de exculpação, examinada mediante a utilização do critério do “homem médio” (*Durchschnittsmensch*).
5. A teoria da exigibilidade inaugurada com a culpabilidade psicológico-normativa encontrou forte resistência doutrinária ante a configuração de insegurança jurídica, relativização do Direito Penal e/ou violação da dignidade humana. Nesse sentido, foram apresentadas críticas relativas à possibilidade de redução de deveres normativos em favor de interesses individuais com a adoção das versões individualizadoras, à estipulação de uma diminuição de exigência

do ordenamento jurídico que afasta o fundamento da lei da auto-preservação do grupo, à impossibilidade de estipulação de uma causa geral e supralegal de afastamento da culpabilidade e ao menosprezo da relação entre Direito e Ética decorrente da exclusão de uma medida ético-individual de exigibilidade nas versões generalizantes.

6. Na tradicional Teoria Normativa Pura da Culpabilidade de Hans Welzel, foi estabelecida uma verdadeira reestruturação da dogmática jurídico-penal. Os elementos subjetivos foram suprimidos da esfera da culpabilidade e este juízo passou a ser composto pela imputabilidade (*Schuldfähigkeit*), consciência da ilicitude (*Unrechtsbewußsein*) e pela exigibilidade de conduta conforme a norma (*Zumutbarkeit normgemäßen Handels*). Portanto, a exigibilidade foi considerada como elemento da culpabilidade – indicadora de uma causa de inculpação de conduta realizada com culpabilidade materialmente formada –, não mais como o seu fundamento, posição que passou a ser ocupada pelo “poder atuar de outro modo” (*das anders-Handeln-Können*), ou seja, pelo “livre arbítrio” (*Willensfreiheit*).

7. Apesar da exigibilidade ter a sua relevância definitivamente reconhecida com a Teoria Normativa Pura, esta passou a denotar um contrassenso dogmático, na medida em que põe em manifesto a inidoneidade do *fundamento* da culpabilidade pela sua incompatibilidade com a noção implícita no *elemento* da exigibilidade/inexigibilidade, incapaz de excluí-lo. Ademais, a exigibilidade se quedou vinculada, umbilicalmente, a um pressuposto material do juízo de culpabilidade que é considerado pela doutrina dominante como empiricamente indemonstrável e, como “parte” do “topo”, ficou submetida à fundamentação e destino conferido ao mesmo, que até então é incerto e conflituoso.

8. Em decorrência dos diversos questionamentos acerca da indemonstrabilidade do livre arbítrio e da conseqüente crise do conceito de culpabilidade, foram apresentadas teses que, em linhas gerais, buscam uma nova definição da liberdade de agir, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico ou indicam um novo fundamento material para a culpabilidade, nas quais são observados influxos na Teoria da Exigibilidade.

9. Com a análise de diversas teorias pós-finalistas da culpabilidade, defendidas por doutrinadores estrangeiros, observa-se, além de vastos estudos para indicação de um fundamento material legítimo para a culpabilidade, os esforços empregados para afastar o contrassenso derivado da indicação da exigibilidade/inexigibilidade como elemento da culpabilidade (por meio da instituição de uma subdivisão categorial ou do afastamento da

vinculação entre exigibilidade e fundamento da culpabilidade) e para examinar a relação efetivamente existente entre exigibilidade e Teoria do Delito.

10. Resta perceptível, no bojo da Teoria da Culpabilidade, em geral, que a evolução da exigibilidade processou-se no sentido de manter-se acriticamente o seu conceito, já que, em que pese alguns aportes teóricos terem conferido novo sentido à mesma e de poder ser observado o início da dissociação entre a dimensão material da culpabilidade e a função da exigibilidade/inexigibilidade na seara penal, essa dupla conceitual permaneceu à sombra do problema da sua compatibilização com o substrato material da culpabilidade.

11. A relação entre a exigibilidade/culpabilidade e a culpabilidade, conservada na fase pós-finalista, além de representar um contrassenso dogmático e uma infravalorização do âmbito de incidência da exigibilidade, implica num “risco” à própria ideia de exigibilidade, posto que, por razões lógicas, as críticas sobre o fundamento do “todo” (culpabilidade) atingem a “parte” (exigibilidade) e as recentes pesquisas neurocientíficas afirmam que o “livre arbítrio” não é apenas indemonstrável, mas inexistente.

12. Na linha defendida, nota-se que, apesar do aparente condão das pesquisas de causarem uma “revolução neurocientífica” na Teoria do Delito, esta não surte os efeitos almejados pelos neurodeterministas na seara da culpabilidade, tampouco da exigibilidade, tendo em vista que tais “institutos” transcendem à ideia de “livre arbítrio”, algo, aliás, absolutamente superado.

13. É imprescindível a estipulação de uma nova perspectiva acerca da exigibilidade/inexigibilidade, não apenas pela impossibilidade de negar a sua incidência em razão da indemonstrabilidade – ou, quiçá, inexistência – do pressuposto material da culpabilidade de uma teoria que apenas contribuiu para o seu nascimento e desenvolvimento no Direito Penal, como também pela imprecisão dogmática incorrida pelos adeptos das teorias normativas e mantida na maioria das doutrinas pós-finalistas.

14. Com o resgate de contribuições de Heinrich Henkel, percebe-se que a localização empregada à exigibilidade/inexigibilidade impossibilita a adoção de uma correta compreensão do seu conceito, refletindo, simultaneamente, a infravalorização do seu âmbito de aplicação e a supervalorização da sua função. Isso porque, para Henkel, a exigibilidade/inexigibilidade constitui um “princípio regulativo” (*Regulatives Rechtprinzip*), que incide em todos os setores do ordenamento e reclama aplicação nos âmbitos fronteiros em que a determinação dos deveres jurídicos não pode ser alcançada mediante aplicação de norma geral.

15. Em razão de algumas falhas existentes na doutrina de Henkel, defende-se que, na realidade, a exigibilidade/inexigibilidade constitui um princípio geral de direito, de caráter normativo, que constitui o marco para repensar a relação existente entre exigibilidade e culpabilidade. A exigibilidade/inexigibilidade confere um imperativo de perquirir, na análise casuística, a adequabilidade do comportamento e a possibilidade de justa responsabilização do autor, o que, assim como os conhecidos princípios gerais do Direito, representa uma ideia que se encontra arraigada à essência do ordenamento, que integra o Direito e consolida a noção de justiça e de dignidade humana, na medida em que reconhece – e estabelece – que a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco das relações sociais.

16. Como os estudos voltados para a identificação de um âmbito normativo da exigibilidade, que possa servir de referência para a atividade do legislador e para a valoração judicial do caso concreto, são considerados como verdadeira “fraude de etiquetas”, indica-se que todos os princípios são normativos, simplesmente porque compõe uma estrutura jurídica na qual os princípios, juntamente com as regras, são espécies de normas e têm uma função normativa inquestionável – reger comportamentos – e que a distinção entre os diferentes tipos de princípios encontra-se apenas na existência de um elemento material que possa preencher a fórmula normativa ou na necessidade de, pautando-se em parâmetros pré-determinados, recorrer ao caso concreto para efetivação do referido preenchimento.

17. Como um conceito jurídico indeterminado, o princípio da inexigibilidade deve ser concebido como um parâmetro de interpretação e os critérios objetivos que devem orientar a sua incidência devem ser, justamente, os valores sociais e constitucionalmente concebidos reforçadas pela sua formulação, principalmente a ideia de justiça, adequação social e dignidade humana.

18. O princípio da inexigibilidade não se confunde com o princípio da proporcionalidade e nem pode ser pelo mesmo substituído. Inexigibilidade e proporcionalidade são princípios distintos, não possuem uma relação de consequência, mas de complementaridade, na qual o princípio da exigibilidade, em certas situações, pode vir, inclusive, a concretizar a ideia geral de proporcionalidade, que permeia todos os princípios gerais de direito.

19. Na condição de princípio geral do Direito, a inexigibilidade assume, na seara do Direito Penal, importante papel em toda a Teoria do Delito, possuindo claros influxos político-

criminais na interpretação das diversas categorias do delito e das suas conseqüentes hipóteses de incidência e afastamento.

20. No setor da tipicidade, o princípio da inexigibilidade possui relevante atuação para traçar os limites do tipo penal, na medida em que, além de servir de critério para a atividade legislativa de delineamento dos tipos penais, impõe uma interpretação mais abrangente da norma penal. A exigibilidade/inexigibilidade funciona como parâmetro interpretativo da atividade julgadora, fixando a atipicidade de condutas que não denotam uma efetiva antinormatividade – conceito formulado por meio da incorporação da pretensão subjetiva de ilicitude na tradicional culpabilidade –, seja em decorrência de valores sociais, de previsões constitucionais ou de outras estipulações normativas.

21. A antijuridicidade reserva-se apenas à pretensão objetiva de ilicitude, ou seja, ao juízo negativo acerca da incidência de causas justificantes, sejam estas “permissões fortes” (causas legais de justificação) ou “permissões fracas” (causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação ou exculpação). Nesse setor, é verificada uma dupla função da inexigibilidade, na medida em que esta noção atua como critério interpretativo das “permissões fortes” (função de princípio) – servindo como instrumento de delimitação das hipóteses normativas – e atua como o fundamento das “permissões fracas” (função de regra).

22. No âmbito das “permissões fortes”, o princípio da inexigibilidade possui relevo no momento legislativo de formação dos tipos permissivos e como critério orientador do aplicador do Direito, que possui importante função na interpretação e delimitação das hipóteses permissivas, especialmente do estado de necessidade e da legítima defesa.

23. As “permissões fracas” podem ser identificadas como “causas legais de exculpação” (coação moral irresistível e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico), “causa supralegal de exculpação” (estado de necessidade “exculpante”, ou melhor, débil) e “causa supralegal de justificação” (consentimento do ofendido). No primeiro caso, as causas permissivas dão vida ao princípio da inexigibilidade, o materializam e lhe conferem valor de regra, exatamente porque constituem hipóteses legais específicas de “inexigibilidade de conduta diversa”. Nos demais, funciona como parâmetro interpretativo da situação concreta para verificação da incidência da norma permissiva supralegal.

24. Afirma-se que a inexigibilidade é um princípio geral do Direito, ao qual o Direito Penal positivo deu vida através das normas relativas às tradicionais “causas de exculpação”. Isso

porque, além da função de princípio geral de direito, a inexigibilidade exerce uma outra função no Direito Penal, atrelada às regras das tradicionais “causas de exculpação”, que precisam ser ajustadas às características inerentes às categoriais delitivas para evitar as incompatibilidades metodológicas reconhecidas doutrinariamente.

25. Além de não ser possível definir como elemento da culpabilidade algo que não afasta – apenas diminui – o seu fundamento material, é absolutamente ilógico definir como elemento algo mais abrangente que o próprio juízo que este compõe. É dizer, se a categoria da culpabilidade representa um juízo normativo de reprovação decorrente da conduta que recai exclusivamente sobre o seu autor e a inexigibilidade possui influxos em todo o fato, afirmar que o “todo” possui menor alcance dogmático que a “parte” é incoerente.

26. As tradicionais “causas de exculpação” por inexigibilidade constituem uma delimitação às exigências de dever e, portanto, relacionam-se diretamente com a ideia de infração de dever, que, diferentemente do quanto propagado por Goldschmidt, se encontra situada na antijuridicidade e não na culpabilidade.

27. Como o legislador não pode prever todas as hipóteses de exclusão da responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em respeito à legalidade e à inexigibilidade – que, ante ao comum caráter principiológico, se comunicam em prol da interação normativa e da interação dos valores sociais em evolução –, devem ser admitidas as hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, se, dentro dos parâmetros gerais estabelecidos nas normas específicas, restar comprovado que a conduta conforme o Direito era inexigível ao autor na situação concreta.

28. Na linha pretendida, a ideia de exigibilidade/inexigibilidade aposta na culpabilidade não pode se confundir com as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa – analisadas à luz ou à margem do pressuposto material daquela categoria –, mas devem coincidir com o próprio fundamento deste juízo de reprovação pessoal alheio à questão da liberdade de vontade.

29. A culpabilidade constitui o juízo capaz de imputar pessoalmente uma conduta típica e ilícita ao seu autor. É dizer, a culpabilidade evidencia, a partir de critérios normativos, a possibilidade de imposição de uma pena a uma pessoa concreta à qual foi previamente imputado um injusto de relevância jurídico-penal. Verifica, assim, se, ante as condições pessoais do sujeito, há capacidade motivacional e de compreensão normativa justificadora da imposição de uma reprovação pessoal (reprovação do autor).

30. A culpabilidade é exigibilidade e o referido elemento em nada se aproximada do ultrapassado pressuposto finalista (“poder atuar de outro modo”). Isso porque, não se objetiva a comprovação da possibilidade de atuação diversa do autor no caso concreto – o que é empiricamente indemonstrável ou, para os neurodeterministas, inexistente –, mas o exame de exigibilidade jurídica de uma atuação distinta, que se pauta na inocorrência de pressupostos normativos pré-determinados.

31. Na culpabilidade, a exigibilidade lastreia o juízo pessoal de reprovação e a inexigibilidade constitui fundamento comum das causas de inculpabilidade (inimputabilidade e ausência de potencial consciência da ilicitude), atuando como princípio fundador – como limite a deveres jurídicos de comportamento do autor concreto – e delimitador dessas hipóteses.

32. A culpabilidade deve ser contemplada desde a perspectiva da exigibilidade, porque, além de ser reconhecida a incidência de um princípio geral de direito, que constitui fundamento comum de todas as causas de inculpabilidade, afasta-se as discussões relativas à definição de um elemento material consubstanciador daquele juízo de censura.

33. No âmbito do Direito Penal, o princípio da inexigibilidade é uma das ferramentas utilizadas na incessante busca pela legitimação da imposição de sanções penais, objetivo almejado pelas novas acepções acerca da culpabilidade, que reiteradamente afastam o indemonstrável pressuposto finalista, mas mantêm esse princípio à margem da definição do substrato material da culpabilidade.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974.

_____. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.134-146.

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/GG/103.html>>. Acesso em: 31 maio 2014.

ALEMANHA. *Strafgesetzbuch (StGB)*. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>. Acesso em: 29 maio 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARGENTINA. *Código Penal de la Nación Argentina*. Disponível em: <<http://www.codigopenalonline.com.ar/>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003.

AMBOS, KAI. *100 años de la “teoría del delito” de Beling*. Tradução de Ana Maria Garrocho Salcedo. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 18 fev. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. ren. e ampl. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. *Manual de Derecho Penal*. 3.ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Sobre las ideas de culpabilidad en un Derecho Penal moderno*. Tradução de Carlos A. Tozzini. In: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 639-651.

BINDING, Karl. *La culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 maio 2014.

BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 9.503 (Código de Trânsito Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.605 (Lei de Crimes Ambientais). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS>. Acesso em 15 jun. 2014.

_____. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Didot, 2013.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, A.L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004.

COSTA JR., Paulo José da. Finalismo?. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.483-487.

CRESPO, Eduardo Demetrio. “*Compatibilismo humanista*”: *una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 17-42.

_____. *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal*. Disponível em: <http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2011/12/eduardodemetrio_crespolibertaddevoluntadinvestigaci%C3%B3nsobreelcerebro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1.

_____. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIÉZ, Carlos Gómez-Jara. *Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista de Derecho penal*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal: posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005, p.385-433.

DONNA, Edgardo Alberto. *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos*. In: BUTELER, José Antonio (org.). **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 251-273.

ESPAÑA. **Código Penal de España**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 215-259.

_____. *Derecho Penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 71-168.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad normativa y exigibilidad*. In: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2.ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Tradução de Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal**. Montevideo: B de F, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad*. Tradução de Bernardo Feijoo Sánchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 19-70.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La causalidad en el Derecho Penal**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*. In: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Pannedilla, 1970, p.495-523.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem*. Wien: Manz, 1913.

_____. *La concepción normativa de culpabilidad*. 2.ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo: B de F, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2.

GOMES, Luiz Flávio; BAINCHINI, Alice. Jakobs e o “Direito Penal” do Inimigo. In: BITTENCOURT, Cezar Roberto (org). **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Lumun Juris, 2008, p.535-553.

HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztavares.com>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*. Tradução de Miguel Ontiveros Alonso. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 05 dez. 2011.

_____. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. **Revista de Informação Legislativa**, v.30, n.118, p.237-282, abr/jun. Brasília: Senado, 1993.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/821.pdf>. Acesso em 20 maio 2014.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo: B de F, 2008.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.15, n.65, p.77-104, mar/abr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad*. Tradução de Guillermo Orce. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, n.10, p.1877-1889, out. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

_____. **Derecho penal: obras completas**. Tradução de Alicia Gil Gil. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.II.

_____. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. Tradução de Mariano Bacigalupo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.43, p.11-30, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.14, n.58, p.64-84, jan/fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JAKOBS, Günther. *Culpabilidad jurídico-penal y “libre albedrío”*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 197-213.

_____. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.

_____. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.21-50.

_____. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *El principio de culpabilidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Individuo y persona: sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. Tradução de Bernardo Feijoó Sanchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**. Navarra: Civitas, 2012, p. 169-196.

_____. *Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs: preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo*. Tradução de María Laura Böhm. **Boletín semestral GLIPGö**, n.5, enero/junio. Göttingen: Georg-August-Universität Göttingen, 2013.

_____. *La imputación objetiva en derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *Norm, Person, Gesellschaft: vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

_____. *Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther; MELIA, Cancio Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria*. Tradução de Patrícia Esquinas Valverde. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 18 fev. 2008.

KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista Penal*, n.11, p.53-6, jan. Sevilla: La Ley, 2003.

_____. *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*. Tradução de Juan Pablo Mañalich Raffo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.17, n.78, p.75-92, mai/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____. *El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Tradução de Juan Pablo Mañalich Raffo. *Revista para el análisis del Derecho*, n.4, p.1-35. Barcelona: INDRET, 2008.

_____. *La estafa como autoría mediata tipificada*. Tradução de Jorge Fernando Perdomo Torres. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

_____. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.185-217.

_____. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad: los delitos de corrupción en el Código penal alemán*. Tradução de Percy García Caveró. Disponível em: <www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 12 ago. 2008.

_____. *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho*. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p.137-164.

_____. *Strafgesetzbuch*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2006.

_____. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008.

LLADÓS, Joan Baucells i. *La delincuencia por convicción*. Valencia: Tirant lo Blanchh, 2000.

LISZT, Franz Von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26.ed. de Eberhard Schmidt. Berlin-Leipzig: Walter Gruyter & Co, 1932.

_____. **Tratado de Direito Penal**. 1.ed. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t.I.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANZANO, Mercedes Pérez. *Fundamento y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/818.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.

MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gigson. Buenos Aires: Astrea, 1994, vol. 1.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, vol. 1.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MERKEL, Adolph. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Berlag von Ferdinand Ente, 1889.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Ricardo Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR, José Cerezo. *Culpabilidad y pena*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *El finalismo, hoy*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: B de F, 2004.

_____. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2.ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. *Límites del normativismo en Derecho Penal*. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. *Revisión de la teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*. In: RENGIFO, Carlos Simón Bello; RASALES, Elsie. **Libro Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998, p.195-218.

_____. *La teoría del delito*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.42, p.121-132, jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Tradução de Ricardo Breier. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.13, n.56, p.173-201, set/out. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOURA, Gregore. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

_____. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

PARDOS, Mariano Melendo. *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad: sobre el nacimiento e evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares, 2002.

_____. *Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat*. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.62-70.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*. Disponível em: <<http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/08/Diego-Manuel-Luzon-Peña.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón; MIR PUIG, Santiago. *Introducción*. In: UREBA, Alberto Alonso. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.26-29.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PITA, M^a Del Mar Díaz. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1.

QUEIROZ, Paulo. **Co-culpabilidade?**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Neurociência e direito**: primeiras impressões. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-direito-primeiras-impressoes/>>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____. **Neurociência e livre arbítrio**: citações de Francisco Rubia. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-livre-arbitrio-citacoes-de-francisco-rubia/print/>>. Acesso em: 20 maio 2014.

_____. **Revolução neurocientífica e direito penal**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/revolucao-neurocientifica-e-direito-penal/>>. Acesso em: 20 maio 2014.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROTH, Gerhard. *Delincuentes violentos: ¿Seres malvados o enfermos mentales?*. Tradução de Manoel Cancio Meliá. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 669-690.

ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. Tradução de Fernando Fragoso. **Revista de Direito Penal**, n.11/12, p.7-20, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

_____. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal**. Tradução de Luís Greco. Disponível em: <www.ielf.com.br>. Acesso em: 10 out. 2006.

_____. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006.

RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y libertad*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 185-190.

SANTANIELLO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Penale*. 3.ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 3.ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANZ, Jesús Barquín. *Conversaciones*: Dr. José Cerezo Mir. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 18 fev. 2008.

SARRULLE, Oscar Emilio J. *Dogmática de la culpabilidad*. 1.ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, [2001?].

SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland*. In: HIRSCH, Hans Joachim; WEIGEND, Thomas (org.). *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p.147-176.

_____. *El propio sistema de la teoría del delito*. Tradução de José Milton Peralta. **Revista para el análisis del Derecho**, n.1. Barcelona: INDRET, 2008.

_____. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.31-80.

_____. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. Tradução de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p.91-128.

_____. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.147-178.

_____. *La función de la delimitación de injusto y culpabilidad*. Tradução de Carlos J. Suárez González. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.18, p.367-413. Lima: IDEMSA, 2006.

_____. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Mariana Sacher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.11, n.45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, Wellington César Lima e. **Atualização crítica da Culpabilidade**. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso: em 15 fev. 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **Culpa & Castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir**. Disponível em: <www.criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 04 jul. 2012.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade: a incongruência dos métodos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a.6, n.24, p.145-156, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria do Crime Culposos**. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Dew Rey, 2003.

VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*. Disponível em: <dspace.usc.es/handle/10347/4285>. Acesso em: 19 maio 2014.

_____. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p. 219-232.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.III.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.IV.

_____. *La culpabilidad en el siglo XXI*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.7, n.28, p.56-71, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1956.

_____. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Teoría de la acción finalista*. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Astrea: Depalma, 1951.

WESSELS, Joahannes. **Direito Penal**: Aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

WESSELS, Joahannes; BEULKE. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 38.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2008.