



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**RAFAELA ALBAN CERQUEIRA**

**INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NO PÓS-FINALISMO:  
UMA NOVA PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA**

Salvador  
2014

**RAFAELA ALBAN CERQUEIRA**

**INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NO PÓS-FINALISMO:  
UMA NOVA PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Departamento de Ciências Econômicas e Sociais, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

**Área de concentração:** Direito Público – Mestrado

**Linha de pesquisa:** 1.1 (Constituição, Estado e Direitos fundamentais)

**Orientador:** Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Salvador  
2014

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RAFAELA ALBAN CERQUEIRA**

### **INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO PÓS-FINALISMO: UMA NOVA PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA**

Dissertação aprovada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, na Universidade Federal da Bahia - UFBA, pela seguinte banca examinadora:

**Prof. Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello (orientador)**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

**Profa. Doutora Selma Pereira de Santana**

Professora Adjunta do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

**Prof. Doutor Paulo César Busato**

Professor Adjunto do Departamento de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Salvador, 17/10/ 2014.

À

minha filha, Maria Luísa, o maior presente que  
ganhei na vida e a mais perfeita fonte de inspiração.

## AGRADECIMENTOS

Esta é uma oportunidade para agradecer àqueles que foram de grande relevância para a conclusão desta pesquisa e permitiram que o resultado dos meus esforços e perspectivas pudesse ser materializado nestas páginas.

Registro, portanto, o meu carinho e admiração por todos que, de alguma maneira, me ajudaram nesta trajetória, em especial:

Ao meu orientador, Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, que, mais do que ter me emprestado obras jurídicas essenciais para o desenvolvimento desta pesquisa, não se furtou em contribuir, pacientemente, com discussões, correções e revisões ao presente trabalho.

Ao Dr. Wellington César Lima e Silva, grande responsável pela minha trajetória profissional, que inspirou a minha vocação ao Direito Penal e guiou o início dos meus estudos, incentivando-me a confiar na minha capacidade e a nunca ter medo de arriscar.

Aos colegas da AAJE, que apoiaram as minhas escolhas e compreenderam as conseqüências de conciliar uma vida acadêmica à atividade advocatícia, me concedendo, com tranquilidade, espaço e tempo para a elaboração das minhas pesquisas.

Aos colegas brasileiros da *II Escuela de Verano de Göttingen*, que tive a grande honra de conhecer e com os quais desfrutei momentos inesquecíveis, pelo compartilhamento de obras e, em especial, ao Dr. Paulo César Busato, pelas suas imprescindíveis sugestões.

Aos amigos, professores e colegas do Mestrado, companheiros diários, pelas parcerias, palavras de incentivo e discussões acadêmicas.

Por fim, à minha família, que sempre esteve ao meu lado, respeitou as minhas angústias, entendeu as minhas ausências e me fez acreditar que tudo daria certo, mesmo quando eu mesma duvidava disso.

*“A lei da mente é implacável.  
O que você pensa, você cria;  
O que você sente, você atrai;  
O que você acredita, torna-se realidade”.*

**Buda**

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a real função e alcance dogmático da inexigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo. Partindo do fato inquestionável de que as noções de exigibilidade e inexigibilidade nasceram e se desenvolveram conjuntamente com a dimensão material-normativa da culpabilidade, objetiva-se demonstrar que não existe uma relação de dependência entre tais institutos. Verifica-se, então, que a exigibilidade/inexigibilidade encontra-se tradicionalmente atrelada à possibilidade de atuação de modo diverso (livre arbítrio), fundamento material da culpabilidade finalista, dado, no mínimo, empiricamente indemonstrável. Por isso, são examinados os principais aportes teóricos da fase pós-finalista da Teoria da Culpabilidade, as soluções apresentadas ao problema do substrato material da culpabilidade e os esforços empregados pela doutrina para manutenção da exigibilidade/inexigibilidade na tradicional estrutura da culpabilidade. Desta forma, pretende-se demonstrar o reconhecimento dogmático das incompatibilidades existentes entre a exigibilidade/inexigibilidade e o juízo da culpabilidade e o início de uma necessária dissociação conceitual. Resgatando as contribuições de Heinrich Henkel na definição da exigibilidade e inexigibilidade como princípios regulativos, demonstra-se a infravalorização do âmbito de incidência destes conceitos no ordenamento jurídico e adota-se um posicionamento no qual exigibilidade e inexigibilidade são concebidas como princípios gerais de Direito, de caráter normativo, com incidência, na seara do Direito Penal, em todas as categorias do conceito de crime. Observa-se, ademais, que a função exercida pela inexigibilidade no âmbito da culpabilidade é apenas de fundamento comum das tradicionais “causas de exclusão da culpabilidade” subsistentes (imputabilidade e potencial consciência da ilicitude) e que a sua função especial, concernente às conhecidas “causas de exculpação” por inexigibilidade de conduta diversa, não pode ser exercida na seara da culpabilidade, seja por meras questões terminológicas, seja por fundadas questões dogmáticas que denotam a absoluta incongruência entre as referidas definições.

**Palavras-chaves:** Exigibilidade; Inexigibilidade; Princípio Geral de Direito; Culpabilidade; Direito Penal.

## **ABSTRACT**

*The present essay objectifies to analyze the real function and dogmatic range of the unenforceability for diverse conduct on post-finalist current. From the unquestionable fact that the notions of forceability and unenforceability were born and developed along with the material and normative dimension of culpability, the hereby objective is to demonstrate that there is no relation of dependency between such concepts. Therefore, the forceability/unenforceability finds itself traditionally chained to the possibility of acting in a diverse manner (or free-will), which is the material fundament of finalist culpability, a piece of data that is, at the bare minimum, empirically demonstrable. Because of that, the main contributions of the post-finalist phase of the Culpability Theory, the solutions presented to the problem of material substratum of culpability and the efforts employed by the doctrine in order to maintain the forceability/unenforceability on the traditional structure of culpability will all be analyzed. Thus, the goal is to demonstrate the dogmatic recognition to the incompatibilities that exist between forceability/unenforceability, and the judgment of culpability, as well as the beginning of a new and necessary conceptual dissociation. By invoking the contributions of Heinrich Henkel to the definitions of forceability and unenforceability as regulative principles, it will be demonstrated the underestimation of the scope of incidence of these concepts on the legal system by adopting a position in which forceability and unenforceability are conceived as general principles of Law in a normative manner, with the incidence, on Criminal Law, on every categories of the concept of crime. It will be possible to observe, furthermore, that the role played by unenforceability on the scope of culpability is only a common fundament to the already traditional “causes for culpability exclusion” (criminal liability and potential awareness of illicit conduct), and that its special function, concerning on the already known “causes for exculpation” for unenforceability for diverse conduct, cannot be practiced under culpability, either by terminology issues, or by founded dogmatic issues that unveils the absolute incongruity between those referred definitions.*

**Key-words:** *Forceability; Unenforceability; General Principle of Law; Culpability; Criminal Law.*



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – artigo.

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CTB – Código de Trânsito Brasileiro.

Nº – número.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>2</b>	<b>ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA EXIGIBILIDADE COMO DIMENSÃO MATERIAL-NORMATIVA DA CULPABILIDADE</b>	15
2.1	AUSÊNCIA DA NOÇÃO DE EXIGIBILIDADE NA TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE	15
2.2	TEORIAS NORMATIVAS DA CULPABILIDADE E O SURGIMENTO DA EXIGIBILIDADE COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE	20
<b>2.2.1</b>	<b>O surgimento das concepções individualizadoras da exigibilidade através de uma nova dimensão material da culpabilidade</b>	22
<b>2.2.2</b>	<b>Um giro generalizante no estudo da culpabilidade e da exigibilidade</b>	26
<b>2.2.3</b>	<b>Resistência doutrinária à ideia de exigibilidade inaugurada e à própria culpabilidade normativa</b>	29
2.3	TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE	33
<b>2.3.1</b>	<b>O livre arbítrio como fundamento material da culpabilidade</b>	35
<b>2.3.2</b>	<b>Conteúdo da culpabilidade normativa e a inexigibilidade como elemento volitivo da culpabilidade</b>	37
<b>2.3.3</b>	<b>Considerações críticas acerca da culpabilidade e da inexigibilidade: a necessidade de revisão conceitual</b>	39
<b>3</b>	<b>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</b>	47
3.1	PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS NO PÓS-FINALISMO: RECONHECIMENTO DE UM CONTRASSENSE CONCEITUAL	47
3.2	SUBDIVISÃO CATEGORIAL NAS TEORIAS PÓS-FINALISTAS DA CULPABILIDADE	52
<b>3.2.1</b>	<b>Claus Roxin, culpabilidade como dirigibilidade normativa e inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilidade</b>	52
<b>3.2.2</b>	<b>Günther Jakobs, culpabilidade como dever de fidelidade normativa e</b>	57

	<b>inexigibilidade como tipo negativo de culpabilidade</b>	
<b>3.2.3</b>	<b>Bernd Schünemann e a inexigibilidade externa à culpabilidade</b>	<b>63</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Santiago Mir Puig, culpabilidade como imputação pessoal e inexigibilidade como causa de afastamento da responsabilidade penal</b>	<b>67</b>
3.3	AFASTAMENTO DA RELAÇÃO VISCERAL ENTRE INEXIGIBILIDADE E SUBSTRATO MATERIAL DA CULPABILIDADE NA DOCTRINA DE URS KINDHÄUSER	72
3.4	IRRADIAÇÃO DOS EFEITOS DA INEXIGIBILIDADE PARA OUTRAS CATEGORIAS DELITIVAS EM TEORIAS PÓS-FINALISTAS DA CULPABILIDADE	78
<b>3.4.1</b>	<b>Francisco Muñoz Conde, culpabilidade como déficit motivacional frustrador de expectativas sociais e inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade e princípio informador</b>	<b>78</b>
<b>3.4.2</b>	<b>As contribuições de Eugenio Raul Zaffaroni</b>	<b>81</b>
3.4.2.1	Co-culpabilidade	82
3.4.2.2	Culpabilidade pela vulnerabilidade e autodeterminação	83
3.4.2.3	Inexigibilidade como denominador comum das causas de inculpabilidade	86
3.5	DESVINCULAÇÃO ENTRE INEXIGIBILIDADE E CULPABILIDADE NAS TEORIAS DA NEGAÇÃO	89
<b>3.5.1</b>	<b>Enrique Gimbernat Ordeig e a substituição da culpabilidade pela necessidade preventiva com manutenção da ideia de inexigibilidade</b>	<b>89</b>
<b>3.5.2</b>	<b>Winfried Hassemer e a substituição da culpabilidade pela proporcionalidade com manutenção da ideia de inexigibilidade</b>	<b>92</b>
3.6	INEXIGIBILIDADE, FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE E NEUROCIÊNCIAS	96
3.7	NECESSIDADE DE DISSOCIAÇÃO ENTRE UMA DIMENSÃO MATERIAL DE CULPABILIDADE E O PAPEL DA INEXIGIBILIDADE	102
<b>4</b>	<b>NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA INEXIGIBILIDADE: PROPOSIÇÕES EXISTENTES E POSSIBILIDADES</b>	<b>105</b>
4.1	HEINRICH HENKEL E A EXIGIBILIDADE E INEXIGIBILIDADE COMO PRINCÍPIO REGULATIVO	105
<b>4.1.1</b>	<b>Bases dogmáticas e a construção do pensamento de Henkel</b>	<b>106</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Problemas fundamentais da concepção de Henkel</b>	<b>109</b>

4.2	CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A INEXIGIBILIDADE COMO PRINCÍPIO NORMATIVO	112
4.3	INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO: POSICIONAMENTO PESSOAL	115
4.3.1	<b>A real função da exigibilidade e da inexigibilidade no ordenamento jurídico</b>	116
4.3.2	<b>O caráter normativo do princípio da inexigibilidade</b>	119
4.3.3	<b>A impossibilidade de substituição do princípio da inexigibilidade pelo princípio da proporcionalidade</b>	122
4.3.4	<b>O papel da inexigibilidade nas tradicionais “causas de exculpação”</b>	124
4.3.4.1	As contribuições de Tomás Salvador Vives Antón	125
4.3.4.2	Inexigibilidade como causa justificante ou permissiva legal e supralegal	129
4.4	INFLUXOS DO PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE NAS CATEGORIAS DO DELITO	131
4.4.1	<b>Inexigibilidade e tipicidade</b>	132
4.4.2	<b>Inexigibilidade e antijuridicidade</b>	136
4.4.2.1	Inexigibilidade e “permissões fortes”	137
4.4.2.2	Inexigibilidade e “permissões fracas”	143
4.4.3	<b>Inexigibilidade e culpabilidade</b>	146
5	<b>CONCLUSÃO</b>	152
	<b>REFERÊNCIAS</b>	159