

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

VITOR MAGESKI CAVALCANTI

**A CAPACIDADE RESOLUTIVA DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA
DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA
CULPABILIDADE EM TEMAS ATUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2015**

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

VITOR MAGESKI CAVALCANTI

**A CAPACIDADE RESOLUTIVA DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA
DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA
CULPABILIDADE EM TEMAS ATUAIS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Núcleo Direito Penal.
Orientação: Prof. Dr. Guilherme de Souza Nucci.

SÃO PAULO
2015

Dedico esta obra aos meus pais, Edson e Sandra, que com muito carinho e amor me incentivaram a seguir meus sonhos. Serei eternamente grato por todos os sacrifícios dedicados a mim.

Aos meus irmãos, Patrícia e Rafael, que, pela amizade sincera e zelo, tornaram esta caminhada mais prazerosa.

Ao professor Guilherme de Souza Nucci, pela retidão e dedicação no desenvolvimento desta obra.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela confiança e oportunidade de desenvolver esta obra.

RESUMO

A ideia de culpa sempre esteve presente na sociedade. No âmbito do direito penal, a verificação da reprovação de uma conduta está situada na culpabilidade, que tem a inexigibilidade de conduta diversa como um de seus elementos. O objetivo deste trabalho é analisar a capacidade resolutiva do instituto da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em questões jurídicas que emergem no contexto da sociedade contemporânea. Para tanto, vale-se da pesquisa bibliográfica, a partir dos principais autores da temática, como Frank (2002), Goldschmidt (2002), Freudenthal (2006) e Toledo (1994). A revisão dessas obras permite compreender a evolução do direito penal e a necessidade da verificação do juízo de reprovação, indispensável para a sanção penal. A inexigibilidade como elemento normativo permite que essa análise seja feita adequadamente. Além disso, foi realizado um levantamento histórico dos primeiros julgados que adotaram esse instituto, em especial, no ano de 1989, quando se observa mudança a respeito da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Utilizou-se como fonte a revista Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (1989). Em seguida, são apresentados alguns casos vivenciados pela sociedade brasileira atualmente, discutindo-se a aplicação do instituto em questão para resolvê-los. Para isso, a pesquisa recorre a decisões recentes dos tribunais superiores. Os resultados obtidos a partir do exame desses casos mostram que a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa no âmbito do direito penal pode ser considerada medida capaz de garantir direitos individuais fundamentais e de gerar impactos imediatos à ordem social, sobretudo, por se mostrar como medida relevante para equilibrar as relações sociais. Esses resultados levam a considerar a relevância da aplicação do instituto, por vezes, ainda visto como instrumento de impunidade, afastando o direito penal da realidade social.

Palavras-chave: Direito penal. Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa.

RESUMEN

La idea de la culpa siempre estuvo presente en la sociedad. En el marco del derecho penal, la verificación de la reprobación de la conducta esta en la culpabilidad, que contiene la exigibilidad de conducta como uno de sus elementos. El objetivo de este estudio es analizar la capacidad de respuesta del Instituto de "no exigibilidad" como una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad en las cuestiones legales que surgen en el contexto de la sociedad contemporánea. Con este fin, utiliza la literatura, a partir de los principales autores de la tema, como Frank (2002), Goldschmidt (2002), Freudenthal (2006) y Toledo (1994). La revisión de estas obras nos permite entender la evolución del derecho penal y la necesidad de la verificación del juicio de reprobación, indispensable para la sanción penal. La no exigibilidad como elemento normativo permite este análisis que se haga correctamente. Además, se realizó un estudio histórico de la primera decisiones que adoptó este instituto, sobre todo en 1989, cuando se observa el cambio con respecto a la aplicación de la no exigibilidad como causa suprallegal de la exclusión de la culpabilidad. Fue utilizado como una fuente a la revista Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (1989). Además se presentan algunos casos experimentado por la sociedad brasileña de hoy, hablando de la aplicación del instituto en cuestión para resolverlos. Para esta, la investigación se basa en las recientes decisiones de los tribunales superiores. Los resultados del examen de estos casos muestran que la aplicación del principio de no exigibilidad en el derecho penal puede ser considerada como capaz de garantizar los derechos fundamentales de la persona y generar impactos inmediatos para el orden social, especialmente porque muestran como relevantes para equilibrar las relaciones sociales. Estos resultados llevan a considerar la importancia de aplicar el instituto de veces visto como instrumento de la impunidad, situación que aparta de lo derecho penal de la realidad social.

Palabras clave: Derecho penal. Culpabilidad. No exigibilidad de conducta diversa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO	12
1.1.1 Liberalismo na Inglaterra	13
1.1.2 Liberalismo na França	14
1.1.3 Estado Liberal e direito penal	16
1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO	18
1.2.1 Estado Social e direito penal	20
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	22
1.3.1 Estado Democrático de Direito e direito penal	24
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL	28
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	28
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	32
2.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	36
2.3.1 Princípio da subsidiariedade	37
2.3.2 Princípio da fragmentariedade	39
2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	40
3 ANÁLISE DA CULPABILIDADE NOS SISTEMAS PENAIS	43
3.1 CAUSALISMO	43
3.2 NEOKANTISMO	46
3.3 FINALISMO	48
3.4 FUNCIONALISMO	50
3.4.1 Funcionalismo teleológico – Escola de Munique	52
3.4.2 Funcionalismo sistêmico – Escola de Bonn	54
4 CULPABILIDADE	56
4.1 DIMENSÕES DA CULPABILIDADE	58
4.1.1 Culpabilidade como princípio	58
4.1.2 Culpabilidade como categoria dogmática da teoria do delito	60
4.1.3 Culpabilidade como limite da pena	63

4.2 DESENVOLVIMENTO EPISTEMOLÓGICO DA CULPABILIDADE	65
4.2.1 Conceção psicológica.....	65
4.2.2 Teoria psicológico-normativa.....	69
4.2.2.1 <i>Berthold Freudenthal</i>	73
4.2.2.2 <i>Heinrich Henkel</i>	75
4.2.3 Teoria normativa pura	76
4.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE	80
4.3.1 Imputabilidade	81
4.3.2 Potencial consciência da ilicitude	83
5 EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA.....	86
5.1 O DESENVOLVIMENTO DA EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	86
5.1.1 Ordenações filipinas.....	87
5.1.2 Código Criminal do Império.....	88
5.1.3 Código Penal de 1890.....	90
5.1.4 Código Penal de 1940.....	92
5.1.5 Código Penal de 1969.....	93
5.1.6 A reforma da parte geral do Código Penal de 1940	95
5.2 CONCEITO E FUNDAMENTO DA EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA..	97
5.3 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE COM FUNDAMENTO NA INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA.....	99
5.3.1 Coação moral irresistível	99
5.3.2 Obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal.....	101
6 INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE	104
6.1 CASOS EMBLEMÁTICOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL ALEMÃO	104
6.2 ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE E INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA.....	106
6.3. A INEXIGIBILIDADE COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	110
7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE QUESTÕES ATUAIS SOBRE A INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE	116

7.1 AGENTE INFILTRADO	118
7.2 CRIME ECONÔMICO E DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA	121
7.3 PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.....	123
7.4 FALSIFICAÇÃO DE PASSAPORTE COM A FINALIDADE DE BUSCAR MELHORIA DE VIDA EM OUTRO PAÍS	125
7.5 TRÁFICO DE DROGAS	127
7.6 MÉDICO QUE PRATICA CASTRAÇÃO QUÍMICA A PEDIDO DO PEDÓFILO	130
7.7 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTE DO CORPO HUMANO	132
7.8 LAVAGEM DE DINHEIRO.....	135
7.9 ABORTO ECONÔMICO E ADOÇÃO À BRASILEIRA	139
CONCLUSÕES	142
REFERÊNCIAS.....	144

INTRODUÇÃO

A ideia de culpa sempre esteve presente na sociedade. O termo possui carga axiológica negativa e serve para identificar que alguém descumpriu alguma regra reconhecida por um grupo. Constata-se nas relações sociais que, ante a ocorrência de um fato reprovável, desagradável, busca-se identificar o culpado para se aplicar uma punição. Esse procedimento ocorre desde a época primitiva do direito penal. Em seu desenvolvimento inicial, o homem organizava-se em grupos, mas seu convívio nem sempre era harmônico. O descumprimento de uma regra poderia ocasionar o banimento do indivíduo, fato que custaria sua vida, posto sua vulnerabilidade para enfrentá-la no ambiente selvagem. Vigorava, também, a vingança privada, com consequências desmedidas, que se arrastavam por gerações. Posteriormente, surge o Estado, que se assume como único titular do *jus puniendi*, com a finalidade de garantir o convívio pacífico. Um dos instrumentos utilizados para tal fim é o direito penal.

No âmbito da dogmática do direito penal, constatam-se três categorias: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O fundamento dessa última, segundo o sistema finalista da ação, é a reprovação da conduta do agente, que é verificada a partir do caso concreto, em que se analisa a possibilidade, ou não, da adoção de um comportamento adequado ao direito. Representa a exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa diante das circunstâncias do fato concreto.

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a inexigibilidade de conduta diversa, que está situada no âmbito do direito penal, precisamente, na categoria dogmática da culpabilidade. A partir de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas no direito estrangeiro e, principalmente, no direito brasileiro, busca-se analisar a evolução do conceito de inexigibilidade de conduta diversa no âmbito das teorias da culpabilidade, sua fundamentação, aplicabilidade e capacidade resolutiva de questões atuais do direito penal brasileiro.

Em seu nascedouro, a teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade foi rechaçada, por ser considerada uma cláusula aberta, que provocaria a absolvição de culpados e estimularia decisões contraditórias, por não conter critérios materiais confiáveis. A lei penal poderia

tornar-se vulnerável a decisões arbitrárias ou contraditórias. O posicionamento inicial foi pela adoção de um sistema penal fechado. Atualmente, ainda existe certa resistência quanto à sua aplicabilidade no direito penal brasileiro. Assim, esta pesquisa tem o desafio de analisar se, de fato, a adoção da teoria implicaria uma medida de impunidade ou de possibilidade de aproximar o direito da realidade social. Para isso, questiona-se seu conteúdo material, averigua-se a existência de critérios para sua aplicação e verifica-se sua capacidade de resolver questões atuais da sociedade brasileira.

Com a complexidade da sociedade atual, o aumento da criminalização de novas condutas e a presença de diversos tipos penais formais e de perigo abstrato, é importante aprofundar sobre a temática da inexigibilidade de conduta diversa, a fim de compreender se é possível adotá-la como princípio geral do direito, capaz de afastar a culpabilidade, como medida de justiça, mesmo quando presente a autoria e a materialidade de um crime. Em virtude disso, o tema apresenta-se atual, contribui para o debate científico, para o desenvolvimento dogmático da culpabilidade e para a resolução de questões atuais do direito penal brasileiro. Possui pertinência social, pois permite a discussão entre o direito à liberdade, o *jus puniendi* do Estado e a busca da aplicação do direito segundo os princípios democráticos e da justiça.

Quanto à organização, a presente dissertação é composta por outros sete capítulos além dessa introdução. O Capítulo 1 estabelece a evolução do Estado e a influência entre a ideologia adotada e o direito penal até o período atual. A partir disso, é possível estabelecer os fundamentos e os objetivos que o direito penal deve ter em um Estado Democrático de Direito.

O Capítulo 2, por sua vez, disserta sobre os princípios constitucionais que têm relação imediata com a culpabilidade. São princípios que estão necessariamente presentes no Estado Democrático de Direito e que precisam ser respeitados, a fim de legitimar o exercício do direito penal. O entendimento dos princípios e de sua relação com a culpabilidade permite delinear e limitar a categoria dogmática da culpabilidade e projetar a inexigibilidade de conduta diversa dentro dos limites jurídicos.

Nos capítulos 3 e 4, é apresentada a evolução da culpabilidade no direito penal. Primeiramente, é destacada sua função em cada sistema, de forma cronológica, passando pelos sistemas causalista, neokantista, finalista e funcionalista. Em seguida, a culpabilidade é conceituada e apresentada em dimensões para possibilitar o entendimento de suas diversas funções no direito penal, sendo expostas as teorias que dissertam sobre tal matéria.

Os capítulos 5 e 6 apresentam o conceito e o fundamento da exigibilidade de conduta diversa. Sua evolução no direito brasileiro é importante para compreender a temática. A coação moral irresistível e a obediência hierárquica não manifestamente ilegal são as duas hipóteses de exculpação com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa dispostas no Código Penal. Sua análise é importante para a verificação da possibilidade de se aplicar a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal.

Por fim, no Capítulo 7, adentra-se no problema principal, discorrendo-se sobre os primeiros casos envolvendo essa temática, discutidos pelo Superior Tribunal alemão, e sobre problemas atuais nos quais ela pode ser aplicada.

O método de abordagem adotado é o hipotético-dedutivo. Os métodos de procedimentos utilizados são o histórico, o comparativo e o estático. A técnica de pesquisa empregada é a documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental. As obras dos principais autores da temática, como Frank (2002), Goldschmidt (2002), Freudenthal (2006) e Toledo (1994) trouxeram o entendimento da evolução do direito penal e a necessidade da verificação do juízo de reprovação, que é indispensável para a sanção penal e pode ser feita adequadamente a partir da inexigibilidade como elemento normativo. Além disso, utilizando-se como fonte a revista Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (1989), foi realizado um levantamento histórico dos primeiros julgados que adotaram esse instituto, em especial, no ano de 1989, quando se observa mudança a respeito da aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. A combinação de pesquisa bibliográfica e documental permitiu o confronto direto de posicionamentos doutrinários, garantindo, ao final, uma análise ampla do tema e soluções adequadas às indagações.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O desenvolvimento do Estado e da sociedade está relacionado ao direito penal. A concepção de culpa e a consequente atribuição de sanção sempre estiveram presentes na sociedade. Nos tempos mais remotos, as tribos indígenas aplicavam a sanção de banimento pela prática de um ato contrário aos seus costumes. O avanço da vida em sociedade exigiu a criação do Estado Civil, a partir do contrato social, pois o Estado de Natureza deixava de atender aos anseios do ser humano em determinado tempo. O Estado avoca para si a função de solucionar os conflitos sociais, a fim de garantir o bem comum e o convívio social. O Estado torna-se o único detentor do *jus puniendi*, pondo fim à vingança privada, que ocasionava punições desmedidas e que, por vezes, se arrastavam por gerações.

Os interesses e os ideais de cada momento histórico do Estado influenciaram o direito penal. No Absolutismo, a constante utilização do direito penal como mecanismo de manutenção do poder, por meio de sua aplicação arbitrária, influenciou o Estado Liberal a garantir a proteção dos bens jurídicos individuais, por exemplo, a vida, o patrimônio etc. O Estado sempre busca acompanhar os interesses sociais. A cada período histórico surgiram novos interesses a serem protegidos, podendo-se falar em dimensões de direitos. Em um primeiro momento, a função do Estado era garantir os interesses individuais. Exercia uma função negativa, pois não devia intervir diretamente no desenvolvimento da sociedade. Em seguida, surgem os direitos de segunda dimensão, compostos por bens jurídicos sociais, que representam as relações de trabalho, saúde, educação etc. Nesta fase, o Estado é convocado a exercer uma função positiva: deveria intervir na sociedade para garantir direitos às classes inferiores. Por fim, surgem os direitos de terceira dimensão, relacionados aos bens jurídicos difusos e coletivos, por exemplo, o meio ambiente (BOBBIO, 1992).

Os interesses e as influências de cada período alteraram o conteúdo do direito penal, seja quanto à sua finalidade, objeto, dogmática ou sanções penais. A culpabilidade também acompanhou essas mudanças. Inicialmente, a responsabilidade penal era verificada objetivamente; posteriormente, com o avanço do direito penal, fixou-se a responsabilidade subjetiva do agente. A análise entre o

desenvolvimento do Estado e o direito penal em cada período, apresentada a seguir, contribui para o entendimento do atual momento social.

1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

Após a queda do feudalismo, no fim da Idade Média, a única forma de manter o estado unificado e fortalecido foi com a concentração de poder nas mãos do monarca, iniciando-se as monarquias absolutistas, período considerado de transição para os tempos modernos. Essa forma de governo fundamentava-se segundo o direito divino dos reis. Vistos como representantes de Deus na terra, sua natureza era considerada divina.

O Estado, assim como o território em que estava estabelecido, era considerado de “propriedade” do monarca, que poderia conceder à sociedade o direito de uso de determinadas terras. A monarquia absolutista não reconhecia qualquer limite ao poder do soberano, situação que propiciou o excesso de abusos em face da sociedade. Grande parte de seus integrantes era escravizada ou punida por mera deliberação e vontade do monarca. Direitos inerentes ao homem estavam sob constante violação (MALUF, 1995).

Ao longo do período absolutista, o direito penal era utilizado como instrumento repressor para manutenção do poder do soberano. Disseminava-se o terror por meio de sua aplicação arbitrária. A arbitrariedade dificultava o desenvolvimento da ideia de culpabilidade. Adotava-se a pena de morte como principal modalidade e a execução pública da pena era utilizada como meio de prevenção geral negativa. Em regra, a pena apresentava-se desproporcional ao fato e poderia ultrapassar a pessoa do apenado, atingindo membros de sua família. Esse período também é marcado por uma confusão entre direito penal e religião.

A respeito dessa fase do direito penal, Aníbal Bruno (1967, p. 74-75) apresenta com clareza o momento histórico vivido.

Sob o regime desse Direito, nos vários países, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no direito penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta

da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e o seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a força, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arranchamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento.

Em relação à culpabilidade, valia-se da responsabilidade penal objetiva, a qual estava configurada a partir da análise da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado provocado. Importava a ação exterior danosa para a aplicação do direito penal. Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 218) analisa que

[...] a responsabilidade era considerada objetivamente. Só interessava o fato exterior danoso. Desconsiderava-se a existência de alguma ligação, além da simples causalidade física, entre o fato causado e o agente. O direito penal era, então, um puro direito penal do resultado. A responsabilidade era objetiva.

Nesse período da Idade Moderna, vigoravam em Portugal as Ordenações do Reino – Afonsinas, Manoelinas e Filipinas –, que dispunham, em seu Livro V, de um direito penal característico da época, que previa legalmente modalidades de penas cruéis, entre elas, pena de morte, tortura e banimento. As técnicas para descrição dos tipos penais eram confusas, extensas, fato que dificultava seu entendimento. Valiam-se constantemente de tipos penais excessivamente abertos e confundiam religião com direito. Os citados diplomas legais tiveram aplicação no Brasil colonial, principalmente as Ordenações Filipinas (PIERANGELI, 2001).

1.1.1 Liberalismo na Inglaterra

Contrário ao Absolutismo, John Locke, em suas obras, desenvolveu a ideia do liberalismo vinculado à teoria contratualista, fundamentando a necessidade de limitação do poder do Estado, propondo a diferenciação entre poderes Executivo e Legislativo. Com a teoria contratualista, justificou que a existência do Estado somente será legítima quando atuar segundo os anseios da sociedade, não podendo ser utilizado para repressão ou abusos arbitrários. Dispôs, também, sobre a existência de direitos naturais inerentes ao ser humano, sendo eles superiores e antecedentes ao Estado (MALUF, 1995). Com os fundamentos jurídico-filosóficos estabelecidos, a ascensão da burguesia por meio do comércio e os abusos constantemente praticados em face da sociedade, cria-se um ambiente favorável ao estabelecimento do Estado Liberal.

Tendo como marco inicial a Inglaterra, o termo liberalismo advém da carta *Bill of Rights*, que estabelecia direitos individuais e fora imposta à Coroa através do Parlamento, em 1689. O absolutismo monárquico que se difundiu na Europa encontrou resistência na Inglaterra, posto que existia uma solidificação da doutrina liberal. Nesse período, a Inglaterra optou pela monarquia constitucional, limitada pelo parlamento, que expressava a soberania do povo (REALE, 2000). Mesmo diante desse cenário, o Rei Carlos I tentou estabelecer a monarquia absolutista na Inglaterra, perseguiu membros do parlamento, mas encontrou resistência no movimento revolucionário de Cromwell, sendo deposto e executado em seguida.

Ascendendo ao poder e desejando centralizá-lo em suas mãos, Cromwell inicia uma disputa com o parlamento, que culminou na dissolução deste. Depois de um século de disputa entre os ideais liberais e o absolutismo e após as Três Declarações de Direito (1679, 1689 e 1701), consagrou-se a vitória do parlamento. Assim, no fim do século XVIII, é estabelecida na Inglaterra a monarquia de direito legal com base na tripartição de poderes, sistema representativo e reconhecimento dos direitos fundamentais do homem (MALUF, 1995).

1.1.2 Liberalismo na França

De modo diferente e um pouco mais tarde do que ocorreu na Inglaterra, o movimento Liberal ganha força na França, onde líderes como Montesquieu, Voltaire e D'Argenson disseminam e fundamentam sua luta contra a monarquia absolutista. A sociedade estava dividida em três "Estados": nobreza, clero e povo. Cada substrato dispunha de suas próprias regras e leis. O povo tinha o maior ônus em face do Estado, em razão do que era constantemente por ele violado com medidas arbitrárias, por exemplo, o confisco de bens e a criação de leis extraordinárias para o aumento ou criação de tributos. O direito penal tinha ampla aplicabilidade para este substrato social, situação que não ocorria com a nobreza.

A França atravessava um período de instabilidade social, política e econômica. A burguesia, que aumentava seu poder com o enriquecimento nas atividades mercantis, inspirada pelos ideais iluministas e interessada em uma maior participação política, organizou o povo oprimido sob o lema "liberdade, igualdade e fraternidade", iniciando a Revolução Francesa, a fim de afastar o absolutismo

monárquico. O movimento revolucionário buscava limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição que estabeleceria direitos fundamentais individuais invioláveis (BONAVIDES, 2007).

Para combater o absolutismo, foi necessário o desenvolvimento de três teorias políticas, postulados necessários para a mudança de paradigma, quais sejam, a teoria dos direitos naturais, a teoria da separação de poderes e a teoria da soberania popular ou democracia (BOBBIO, 2000a).

A teoria dos direitos naturais, denominada jusnaturalismo, fixava limites /externos ao Estado por meio do reconhecimento de direitos naturais inerentes ao ser humano, antecedentes à criação do Estado. Segundo a teoria contratualista, esses direitos integram o “contrato social” e são cláusulas invioláveis, cabendo ao Estado respeitá-las (BOBBIO, 2000a).

A teoria da separação dos poderes, ao fracionar o poder do Estado entre Executivo, Legislativo e Judiciário, estabeleceu limites internos, pois cada poder passou a ter sua competência e função específicos. Além disso, todos possuem independência – inexistência de hierarquia – e capacidade fiscalizatória recíproca (BOBBIO, 2000a).

A soberania popular ou democracia modificou a titularidade do poder do Estado. Na monarquia, o poder era exclusivo do soberano, fundamentado pela teoria da divindade. No Estado Liberal de Direito, o poder é transferido à sociedade como um todo, pois cada cidadão cedeu parte de sua liberdade para a criação do Estado, que tem o objetivo de permitir o convívio e o desenvolvimento social. O Estado não tem um fim em si mesmo e atua como entidade garantidora de direitos individuais (BONAVIDES, 2007).

As conquistas do Estado Liberal de Direito modificaram a relação entre Estado e cidadão. Primeiramente, o Estado passa a ser entendido como “coisa pública” existente para satisfazer os interesses dos cidadãos. Os fins e limites do Estado, assim como sua regulamentação e organização, são redefinidos segundo o reconhecimento dos “[...] direitos individuais, garantias dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder” (COPETTI, 2000, p. 53-54). Reconhece-se a vinculação do Estado à lei vigente, tida como instrumento

necessário para a concretização do Estado de Direito. A partir disso, é estabelecido o Estado Liberal de Direito (COPETTI, 2000).

1.1.3 Estado Liberal e direito penal

Entre os pilares do Estado Liberal, encontra-se o princípio da legalidade como instrumento de limitar seu poder. Na França, a partir da Revolução Francesa e sob influência dos ideais iluministas, que buscavam o avanço da sociedade a partir da razão, filósofos como Voltaire, Montesquieu e Rousseau criticaram a aplicação de penas arbitrárias, cruéis e desproporcionais. Surge, na sociedade em geral, a necessidade de reformar o sistema punitivo. A esse movimento denomina-se corrente humanista ou reformadora, que delineava e separava questões morais e religiosas, justificava o delito por meio da violação do contrato social, sendo a pena uma retribuição a tal descumprimento.

Entre os expoentes da época, o italiano Cesare Bonasena, o Marquês de Beccaria, inspirado por Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius, desenvolveu sua obra “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, que trouxe um novo paradigma ao direito penal. O autor propôs igualdade dos cidadãos perante a lei, expondo ainda sobre outros aspectos: a necessidade de o dispositivo penal ser redigido de forma clara, a fim de que o cidadão entendesse o mandamento e adequasse sua conduta; o princípio da legalidade como instrumento redigido de forma clara; o princípio da legalidade como instrumento capaz de afastar abusos arbitrários do Estado na aplicação da lei penal; a finalidade da pena com caráter preventivo e útil; a necessidade da proporcionalidade entre a pena e o fato; a abolição de penas cruéis como a tortura e a pena de morte e a infalibilidade da execução da sanção penal (BONASENA, 2001).

O direito penal inicia aí seu caráter científico. Escolas penais surgem para discutir a legitimação do *jus puniendi* e a finalidade da pena. A primeira, denominada Escola Clássica, teve início a partir da obra de Beccaria, em 1764. Essa corrente doutrinária possuía conteúdo heterogêneo, pois não havia uma unidade de conceitos em virtude da incomunicabilidade dos autores. O liame entre os doutrinadores dava-se na concepção jurídico-filosófica liberal, contratualista, jusnaturalista e humanitária.

Outros representantes da Escola Clássica são Pellegrino Rossi, Carmignani, Romagnosi, Francesco Carrara, Anselm Von Feuerbach (FRAGOSO, 1995).

A segunda escola penal a ser criada foi a Escola Positiva, que contrapunha os ideais e fundamentos da Escola Clássica. O fundador foi o médico italiano Cesare Lambroso, que exercia sua profissão em presídios, valendo-se de indivíduos inseridos no cárcere e em manicômios para desenvolver estudos empíricos, visando a entender o delito a partir da figura do sujeito criminoso. Em 1876, publicou seu livro “O homem delinquente”, no qual esboçava as características em comum dos criminosos, por exemplo, anomalias anatômicas. Desenvolveu e conceituou, entre outras categorias, a figura do delinquente nato (MARQUES, 1956).

A Escola Positiva buscava, por meio do conhecimento e dos estudos empíricos de vários ramos da ciência, permitir o avanço da sociedade. O método adotado dificultou o desenvolvimento do direito penal, que não possui objeto de pesquisa estável e, portanto, é incapaz de produzir resultados idênticos a cada experimento. Essa escola rejeitava preposições metafísicas no mundo da ciência e afastava o posicionamento especulativo e contemplativo, tentando modular o direito às ciências naturais. Outros de seus representantes são Henrique Ferri e Raffaele Garofalo.

A ideia de culpabilidade inicia-se neste período, principalmente a partir da Escola Clássica. O iluminismo, que influenciou os movimentos da época, partiu do princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a necessidade da exclusão de penas cruéis, reivindicar a proporcionalidade da pena aplicada e limitá-la à pessoa do infrator.

Nesse período, é desenvolvida e fundamentada a máxima *nullum crimen sine culpa*, que propõe o fim da reponsabilidade penal objetiva. A caracterização do crime passa a exigir que o agente tenha realizado a conduta proibida de forma culpável. A mera verificação da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado não seria suficiente para a configuração do ilícito penal. A partir dessa premissa, a culpabilidade obtém um ambiente favorável para seu desenvolvimento (BETTIOL, 2000).

A ideia de culpa desenvolvida fundamentava-se no livre arbítrio do ser humano, na vontade livre e consciente de praticar a conduta criminosa. Essa categoria foi

definida por Francesco Carrara, que conceituou o delito como ente jurídico composto de duas forças, a física e a moral. A primeira refere-se ao movimento corpóreo necessário à realização da conduta, enquanto a segunda, à vontade livre e consciente de praticar o crime. A imputabilidade moral era o pressuposto para a responsabilidade penal (NORONHA, 2004).

1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A proposta trazida pelo Estado Liberal apresentou-se como um grande avanço para a sociedade. Seus pilares eram compostos pelos princípios da soberania nacional, sistema representativo de governo, Constituição positivada atuando como mecanismo de limitação do poder, consagração da separação dos poderes, separação entre direito público e privado, legalidade e igualdade social (STRECK, 2003).

O liberalismo exigia uma postura negativa do Estado em relação aos interesses sociais. Não deveria interferir na economia ou no desenvolvimento da sociedade, cabendo-lhe apenas assegurar os direitos individuais dispostos na Constituição. Os principais direitos a serem resguardados eram a liberdade individual, o direito de propriedade e o respeito ao direito adquirido. Os revolucionários não questionaram a necessidade de igualdade de condições para o exercício da liberdade proposta. Por isso, a classe proletária não a alcançou, pois seu exercício dependia de condições financeiras.

Estabeleceu-se o liberalismo formal, situação que provocou a exploração da classe operária, restringiu o acesso aos direitos políticos e aumentou a desigualdade social. A tão esperada liberdade proposta pelo liberalismo manteve a classe proletária em situação de escravidão.

Alguns fatores foram importantes para o declínio do Estado Liberal. A Revolução Industrial provocou um maciço processo de urbanização, que se deu de forma desorganizada. As cidades não possuíam infraestrutura para receber os trabalhadores. As indústrias, ansiosas por aumentar seus lucros, exigiam uma maior produção, situação que ocasionava o aumento da exploração da classe operária.

Diante das condições desumanas vividas pelos trabalhadores, esse estrato social passa a reivindicar melhores condições de trabalho (DALLARI, 1998).

Em relação ao liberalismo, à Revolução Industrial e à exploração por ela ocasionada, eis o que assevera Bonavides (2007, p. 59):

expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.

O segundo fator a levar o Estado Liberal ao declínio foi a Primeira Guerra Mundial, em que fora necessário romper com o liberalismo clássico e intervir na economia para a produção e financiamento de armamentos. Outros fatores foram a crise econômica de 1929, em que se percebeu a importância de se regulamentar e intervir na economia. Por fim, o declínio do Estado Liberal também foi consequência da Segunda Guerra Mundial (DALLARI, 1998).

No âmbito político internacional, o nazifascismo e o socialismo da União Soviética despontavam como formas organizacionais do Estado Moderno. Apesar de diferentes quanto aos seus fundamentos, a experiência social com o Estado minimalista fez surgir o interesse do povo em um Estado com atuação ativa na sociedade, capaz transformar a realidade social, principalmente da classe proletária.

O Estado Social de Direito, também denominado Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*), tinha a proposta de realizar e assegurar direitos considerados públicos e sociais, entre eles, saúde, educação e regulamentação da jornada de trabalho. Exigia-se a intervenção estatal na economia para possibilitar uma melhor distribuição de renda. Buscava-se a realização do bem-estar social para garantir o desenvolvimento da sociedade. Assim, o Estado expande suas obrigações sociais para atender às expectativas materiais da sociedade (STRECK, 2003).

Apesar da busca do bem-estar social, não existiram grandes mudanças: a desigualdade social persistia e o acesso aos elementos básicos para o desenvolvimento da sociedade em geral continuava difícil. Essa situação possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito.

1.2.1 Estado Social e direito penal

Na Alemanha, o partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (1920-1945), também conhecido como Partido Nazista, tinha como ideologia a conjugação do nacionalismo e do socialismo. A primeira, relacionada ao movimento político de direita e a segunda, ao de esquerda. Sua finalidade era atrair o proletariado e a sociedade em geral para lutar contra as regras impostas pelo Tratado de Versalhes, a desigualdade social e a exploração excessiva imposta pelo capitalismo e comunismo.

Em manifesto político, o Partido Nazista apresentou-se como antissemita, anticapitalista, antidemocrático, antimarxista, antiliberal e racista. A ideia do liberalismo era abandonada em virtude do capitalismo repressor em face das classes média e baixa. Buscavam a intervenção estatal a fim de promover o bem-estar dos cidadãos alemães, indivíduos que se enquadravam no conceito de “raça ariana pura”. O Partido Nazista esteve à frente do Estado Alemão no período entre 1933 a 1945 e, apesar de se apresentar socialista, com o tempo, tornou-se um governo autoritário e intervencionista. Seu principal representante foi Adolf Hitler.

Um dos principais mecanismos utilizados pelo governo nacional-socialista para a manutenção do poder foi o direito penal. As teorias direcionadas ao direito penal máximo eram desenvolvidas e fundamentadas por professores catedráticos de importantes universidades da Alemanha, entre eles, Edmund Mezger. O catedrático propõe a readequação do direito penal ao novo Estado e insere neste a ideologia do nacional-socialismo. O direito penal passou a estar vinculado ao “direito vivo do povo” e às ordens do Führer (CONDE, 2005).

Os direitos fundamentais individuais conquistados no período iluminista são rejeitados pelos penalistas, o princípio da legalidade é relativizado, a analogia passa a ser aceita e tipos penais excessivamente abertos são adotados para atingir o fim do Estado. Por isso, Luis Jiménez de Ásua (1997) destaca que o direito penal passou a ser caracterizado pelo voluntarismo, em um direito de raça e de sangue, cuja liberdade, consagrada pelo princípio *nullum crimen sine lege*, fora desconstruída com a Lei de 28 de junho de 1935. A lei alterou o artigo 2º do Código Penal alemão, que previa o princípio da reserva legal na criação de crimes e penas, para admitir o uso da analogia como fonte criadora do direito.

La *Libertad* consagrada en el principio *nullum crimen sine lege* queda destruida con la ley de 1935, que reforma el § 2º del viejo Código penal alemán. En ella, no sólo se establece la *analogía*, sino que se declara que es fuente del Derecho penal el *sano sentimiento del pueblo*. La *igualdad* encamada en el tipo como carácter del delito, que respalda además la libertad, desaparece con la pretendida *captación de la voluntad criminal*, donde quiera que se encuentre. De aquí que en el citado *Dehkschrip* del Ministro prusiano de 1933, se castiguen los actos preparatorios como la tentativa; se niegue toda diferencia entre autor y cómplice, etc., mientras que los autores alemanes del régimen, como Schaffstein y Dahm, abjuraron de la tipicidad y de la antijuricidad objetiva, para poder perseguir mejor la voluntad delictuosa (ÁSUA, 1997, p. 71).

Conforme Luiz Luisi (2003, p. 20), o artigo 2º do Código Penal alemão passou à seguinte redação:

será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei cujo conceito melhor lhe corresponder.

O direito positivo e os magistrados estavam vinculados aos ideais do nacional-socialismo. Muñoz Conde (2005, p. 81), dispõe que

isto não era senão a consequência da introdução no Código Penal alemão da analogia como fonte de criação do direito penal, conforme o qual não só era delito o que a lei declarava como tal, mas também o que segundo a ideia básica de uma lei penal e o são sentimento do povo merecesse pena [...]. As normas legislativas devem ser interpretadas inclusive em sentido agravante para o delincente, quando assim o requeiram razões políticas ou a vontade do Führer.

O direito penal era um instrumento de “luta”, utilizado para capturar e inocuizar o “inimigo”. O marco inicial para a repressão penal era a vontade criminosa. A separação dogmática entre atos preparatórios e executórios é considerada esforço desnecessário, pois qualquer ato direcionado ao crime era suficiente para a punibilidade. Para a imputação penal, bastava o agente ter previsto e querido o crime, portanto, era possível, inclusive, a punição de ato idôneo. A distinção entre antijuridicidade e culpabilidade é abandonada. A consumação do delito passa a ser considerada no momento da tentativa e o direito penal passa a ter a finalidade de proteger a norma, a lesão ao dever. Afasta-se da teoria da proteção ao bem jurídico (BETTIOL, 1995).

Por fim, Edmund Mezger, por meio da criação da teoria da culpabilidade pela condução da vida, altera a teoria do erro e equipara a pena do crime doloso ao do

crime culposos. A pena de morte e tortura passam a ser amplamente aplicadas. Em relação à pena, adota-se o sistema do duplo binário, que permite a aplicação conjunta de pena privativa de liberdade e medida de segurança. Esse foi um dos instrumentos mais utilizados, pois legitimava os excessos do Estado, situação que não ocorria no sistema de pena, em que esse ente estaria vinculado ao princípio da legalidade, segurança jurídica e proporcionalidade (CONDE, 2005).

Influenciada pelo neokantismo, a dogmática penal, apesar de afastada da criminologia, apresentou inovações. As categorias anteriormente desenvolvidas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) recebem conteúdo valorativo. Os elementos objetivos compõem, exclusivamente, o injusto penal e os subjetivos, a culpabilidade. No final do século XIX, Liszt, Binding e Merkel desenvolveram o conceito psicológico da culpabilidade, que permitiu o afastamento da responsabilidade penal objetiva. Em 1907, Reinhard Frank acrescenta à categoria dogmática a necessidade de reprovabilidade da ação, posto que uma pessoa em estado de necessidade poderia ser absolvida. Essa ideia de juízo de reprovação permitiu, nos anos 1920, que Berthold Freudenthal delineasse o fundamento da culpabilidade, a teoria da não exigibilidade. O período representou um importante avanço para a culpabilidade.

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da crise do liberalismo, o Estado Social surge como meio de garantir a dignidade da população que não tinha acesso aos meios de produção. A intervenção do Estado na sociedade visava a transformar a economia, atuando de forma eficiente para com todos, garantindo o mínimo existencial à classe trabalhadora e proporcionando a igualdade material. Entretanto, no final do século XX, o Estado Social entra em crise, em virtude de fatores externos e internos, entre eles, o fato de a regulamentação da economia exigir alto investimento, as necessidades básicas como saúde e educação serem onerosas, o avanço da tecnologia ter provocado a redução das vagas de trabalho, a globalização e, principalmente, a impossibilidade de o Estado garantir ao cidadão a desejada igualdade material (AGRA, 2012).

O Estado Democrático de Direito é desenvolvido como forma de atender aos anseios da sociedade. Trata-se da combinação dos postulados do Estado de Direito

com o ideal democrático. O Estado de Direito é uma situação jurídica que impõe ao Estado e aos cidadãos a observância da lei, representando o meio de garantir os direitos fundamentais (MIRANDA, 2002). Em contrapartida, o ideal da democracia propõe a defesa dos direitos fundamentais e a participação efetiva do cidadão nas decisões políticas, seja na escolha do seu representante, discussão de propostas governamentais ou fiscalização dos entes públicos. Essa postura permite a legitimação do poder do Estado (SILVA, 2005).

Com o Estado Democrático de Direito, busca-se a promoção da justiça social, ao se ressaltar as conquistas democráticas e os direitos fundamentais individuais ou difusos. Segundo Paulo Bonavides (2000), os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito são: soberania popular, sufrágio universal, constitucionalidade, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão dos poderes, legalidade, segurança e certeza jurídica e garantia de instrumentos às minorias.

Em sua obra “Liberalismo e democracia”, Norberto Bobbio (2000b) assevera que a democracia é o único regime capaz de coexistir com o ideal liberal (liberal-democracia) ou socialista (social-democracia). Reconhece a democracia como evolução e aperfeiçoamento do liberalismo, dispondo que não se trata de regimes antagônicos. Ao contrário, o autor propõe a aproximação de ambos como modelo ideal. Para isso, a democracia deve ser entendida em seu significado jurídico-institucional, que representa uma perspectiva formal, ou seja, um conjunto de regras necessárias para a efetiva distribuição do poder político entre os cidadãos. Esclarece o autor que o conceito de democracia entendido como “igualdade”, democracia substancial, não pode coexistir com o ideal liberal, pois o liberalismo pressupõe uma sociedade não igualitária. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2000b, p. 42-43) dispõe que

[...] não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular.

A busca do equilíbrio entre democracia e liberalismo revela a dificuldade em determinar os limites da atuação do Estado. A posição a ser adotada influenciará o direito como um todo, inclusive o direito penal.

A democracia, no âmbito da realização de políticas sociais que visam a garantir o mínimo existencial do homem, deverá atuar incisivamente para que exista a igualdade de oportunidades entre os cidadãos. A justiça social passa, necessariamente, pela realização de políticas públicas direcionadas a direitos difusos e coletivos. Ao atuar no combate à criminalidade, a democracia exigirá que se respeitem os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal. A flexibilidade desses direitos com o fim de atingir o êxito na persecução penal deslegitima a atuação do Estado e do direito penal.

Ressalta-se que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O artigo 5º consagra os direitos fundamentais, entre eles, a liberdade e a vida. Compete ao Estado o respeito aos direitos fundamentais, principalmente os individuais, que exigem uma postura negativa do Estado e representam um verdadeiro mecanismo de defesa social.

1.3.1 Estado Democrático de Direito e direito penal

A democracia representa a soberania popular, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, dos direitos e garantias fundamentais, do princípio da legalidade, da necessidade de promover a justiça social, entre outros postulados. Os princípios contidos no ideal democrático influenciarão todo o ordenamento jurídico e exigirão dos institutos jurídicos mecanismos para atingir os objetivos estabelecidos na Constituição Federal. A realização material desses objetivos deverá observar e conciliar os interesses do Estado, os interesses individuais e os interesses difusos (GUERRA FILHO, 1999).

Giuseppe Bettiol (1995, p. 79), discorrendo sobre a “democracia penal”, expõe que o pensamento democrático não se esgota na junção dos postulados do liberalismo e socialismo. A mudança paradigmática é o reconhecimento do indivíduo como *persona*. Inexiste democracia em uma sociedade que vislumbra o indivíduo como ser meramente abstrato. O direito penal democrático deve partir da concepção moral da personalidade humana, respeitando sua individualidade. Nesse sentido, expõe o

autor que “un derecho penal que seja de veras democrático tiene que, antes que otra cosa, respetar las exigencias de la naturaleza moral y racional del individuo”.

No Estado Democrático de Direito, o direito penal deverá conter uma sólida política criminal, delineada segundo os interesses dispostos na Constituição Federal e na concretização dos direitos humanos. Isso permitirá um instrumento crítico do direito vigente, do direito a ser construído, dos limites e da legitimação do direito penal naquele modelo de Estado. Dessa maneira, será possível garantir os direitos fundamentais de todo cidadão. Nesse sentido, Figueiredo Dias (1999, p. 43) afirma que

exato é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado. Somente desta maneira poderá de resto a política criminal, como deve, conceder uma importância primária à proteção dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa – de toda e qualquer pessoa, só por o ser.

A Constituição Federal resulta do desenvolvimento da sociedade, representa os interesses de um povo e possui conteúdo normativo substancial que vinculará todo o sistema jurídico, desde a formulação, a interpretação e a aplicação das leis. Estabelece direitos fundamentais de caráter individual e difuso que exigem a implementação de políticas públicas para sua realização. Competirá ao Estado protegê-los e respeitá-los. O direito penal no Estado Democrático de Direito estará vinculado à realização dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, buscando sempre a justiça, a transformação da realidade social e a realização dos direitos humanos, conforme Fábio Roque Sbardelotto (2001). Nesse sentido, esse autor expõe que

[...] a normatividade constitucional é representativa dos valores sociais básicos, inarredáveis, devendo refletir-se em todo o ordenamento jurídico, notadamente no direito penal. [...] Sob esse prisma, afigura-se evidente a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos [...] (SBARDELOTTO, 2001, p. 84-85).

Aparentemente, existirá um conflito na efetivação de direitos individuais e direitos difusos. As novas modalidades de crime, por vezes, exigem a flexibilização de direitos individuais, a fim de garantir a proteção de direitos difusos, por exemplo, o meio ambiente. Entretanto, deverá existir um equilíbrio. A justiça social, *plus* presente no

Estado Democrático de Direito, estará garantida quando direitos individuais e sociais estiverem em harmonia. O direito penal, a pretexto de garantir direitos sociais, não pode infringir direitos individuais. Não existe justiça social quando o Estado pretende violar direitos (direitos individuais) para garantir direitos (direitos sociais). Alerta-se que o direito penal contribui para o desenvolvimento e garantia dos direitos difusos, mas não é o melhor mecanismo para tal fim. Sua utilização desenfreada para proteger interesses coletivos implicaria, necessariamente, na redução e em violações de direitos individuais. Ocasionalmente, também, se mantida a realidade brasileira, na qual o direito penal incide rigorosamente sobre a classe pobre e marginalizada, o aumento da desigualdade social. Sobre o tema, André Copetti (2000, p. 87-88) dispõe que

a realização do Estado Social depende muito mais do aporte de recursos para a implementação de uma série de direitos, do que propriamente de repressão à liberdade individual. A diminuição da liberdade individual, como corolário do aumento da liberdade comunitária, deve dar-se, preferencialmente em relação à propriedade, tributos, acumulação de capital, ou seja, nos pontos fundamentais que irão possibilitar uma redistribuição social e a realização da igualdade material. E para isso o aparato jurídico não-penal disponível já dispõe de uma série de mecanismos capazes de atingir esses objetivos. Evidentemente que, quando o Estado não lograr êxito no campo extrapenal, deve ele utilizar, em última instância, a aplicação da lei penal.

No mesmo sentido, analisando a compatibilidade entre o princípio da intervenção mínima com o Estado Social, Santiago Mir Puig (1994, p. 151-152) esclarece que não existe contrariedade, pois

[...] a admissão de um Estado Social, que intervém para proporcionar bem-estar aos cidadãos, não obriga a postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão além do imprescindível para sua própria proteção. Ao contrário, em um Estado Social a serviço do indivíduo, a intervenção penal só se justifica quando é absolutamente necessária à proteção dos cidadãos.

Para a efetivação das conquistas sociais expostas na Constituição Federal, é imprescindível que o direito penal democrático respeite os princípios constitucionais penais, entre eles, o princípio da legalidade, intervenção mínima, individualização da pena e culpabilidade. O respeito a esses princípios legitimará a intervenção do Estado e permitirá a segurança jurídica, a estabilidade social, a busca da justiça social, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Sua finalidade é a proteção de bens jurídicos essenciais à sociedade, especificados segundo os interesses sociais e a Constituição Federal. A pena estará atrelada à finalidade preventiva geral,

visando a conter a ocorrência de novos crimes e permitindo ao cidadão adequar sua conduta segundo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a culpabilidade, em todas as suas dimensões, apresenta-se como pedra angular do direito penal democrático. É necessária a presença da culpa em sentido amplo para que um fato seja imputado ao autor. Sem a sua comprovação não será possível a aplicação de sanção penal, pois todo cidadão é presumidamente inocente (TEOTÔNIO, 2002). A responsabilidade objetiva é terminantemente afastada. A culpa também servirá como medida para a sanção penal, não admitindo penas exorbitantes e desproporcionais. Por isso,

o Estado Democrático se identifica com o princípio de culpabilidade, porquanto a ideia de por o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito (BUSATO, 2013, p. 23.).

A verificação da possibilidade de exigir do autor, diante do fato concreto, que se motive segundo a norma torna-se o elemento principal para o juízo de reprovação. A culpabilidade vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, colocando o ser humano como foco principal do direito penal.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

A palavra princípio significa a premissa inicial de algo e, no ordenamento jurídico, é considerada a base do sistema. Os princípios possuem a finalidade de garantir a coerência do sistema jurídico ao solucionar conflitos entre interesses contrapostos e suprir eventuais lacunas. É um instrumento importante para a integração, interpretação e aplicação do direito (NUCCI, 2012). Seu conteúdo é formado por ampla carga axiológica, sendo possuidores de normatividade, capazes de impor determinações legais (BONAVIDES, 2005).

A conceituação e funcionalidade dos princípios são um tema complexo, sendo composto por várias teorias. Entretanto, um dos expoentes sobre o tema, Robert Alexy (2008, p. 90) define princípios como mandatos de otimização, o que significa que

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Os princípios estão presentes em todas as áreas do direito. A Constituição Federal consagra os princípios do direito penal de forma expressa e implícita, que irradia por todo o sistema penal. Sua análise é importante, a fim de fixar as premissas do direito penal para desenvolver o tema proposto. É o que será feito a seguir.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana encontram-se no pensamento clássico e na teologia cristã. O antigo e novo testamentos ressaltam a ideia de que o homem é imagem e semelhança de Deus, premissa que lhe conferiu um valor próprio e proíbe sua diminuição ao status de um objeto ou mero instrumento (SARLET, 2006). A partir disso, a dignidade tornou-se inerente e reconhecida a todo ser humano, devendo ser respeitada, independentemente de suas qualidades.

Na Antiguidade, a dignidade, cujo significado do latim *dignus* expunha a ideia de aquilo que tem importância e consideração, representava a posição social e a relevância do indivíduo para a sociedade, que era auferida segundo seu título social (nobreza) ou por seu patrimônio (RABENHORST, 2001). Em Roma, Cícero desenvolve uma dupla conotação sobre dignidade. A primeira, vinculada ao sentido moral, atrela a dignidade às virtudes humanas, por exemplo, honra e lealdade. Em outro aspecto, mantém o sentido de dignidade relacionado à posição social do indivíduo (SARLET, 2006). São Tomás de Aquino (acesso em: 12 fev. 2015), a partir da filosofia cristã, contribui para o desenvolvimento do conceito ao ressaltar a racionalidade como elemento diferenciador dos demais seres, pois permite ao homem ser livre e responsável pelo seu destino. Ao reconhecer a liberdade do homem no desenvolvimento de sua personalidade, destaca-o como um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como um meio para atingir um fim.

O iluminismo propõe um movimento de laicização e racionalidade sobre o conceito de dignidade da pessoa humana. Immanuel Kant e Hegel desenvolvem o atual conceito de dignidade da pessoa humana. Ao dissertar sobre a teoria do conhecimento, Kant (2007) desenvolve a tese do racionalismo crítico. Analisando a racionalidade contida em todo ser humano, sublinha que essa característica permite a autonomia da vontade, que consiste em autodeterminar-se e agir conforme a representação das leis. Esse atributo exclusivo do ser humano torna-se o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Kant (2007, p. 134-135) expõe que

os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio.

A dignidade da pessoa humana é atribuída à racionalidade do ser humano. A autodeterminação, o livre arbítrio, permite o desenvolvimento da personalidade segundo os critérios individuais, tornando o indivíduo único e insubstituível, representando o homem, por isso, um fim em si mesmo. Ao contrário, os objetos não são únicos e podem ser substituídos por outros, não sendo, por isso, dotados de dignidade, sendo meio para um fim (KANT, 2007).

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser definido como um conjunto de direitos inerentes ao ser humano, antecedentes ao próprio Estado, que o protege de toda prática discriminatória e degradante ao garantir-lhe as condições mínimas para o seu desenvolvimento (SARLET, 2006). Isso permite o equilíbrio das relações sociais e a realização da justiça social de ordem material.

Segundo Pérez Luño (1990, p. 288-289), o princípio da dignidade da pessoa humana possui três dimensões. A primeira, de ordem *fundamentadora*, significa que o princípio representa o núcleo central e informador de todo o ordenamento jurídico. A segunda, dimensão *orientadora*, expõe os objetivos almejados pela ordem político-jurídica, de tal modo que qualquer lei ou norma que for contrária ou que obstaculize tal princípio será declarada ilegítima segundo o sistema jurídico. Por fim, a dimensão *crítica* trata-se de instrumento eficaz para a análise da legitimidade de manifestações legislativas (LUÑO, 1990). Dessa forma, o homem torna-se o principal valor do ordenamento jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana permite a consecução de seus fins.

O Brasil adota as três dimensões expostas por Pérez Luño (1990). O artigo primeiro da Constituição Federal estabelece os fundamentos do Estado, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para Mendes e Branco (2012), esse representa um princípio pré-constitucional e de hierarquia supraconstitucional. Significa que todo o ordenamento jurídico deverá estar em consonância com esse princípio. No conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e qualquer outro princípio constitucional, o primeiro sempre deverá prevalecer. Na existência de conflito entre outros dois princípios constitucionais, que não envolva o princípio da dignidade da pessoa humana, o sistema jurídico recorrerá a este vetor abstrato para sua integração e resolução.

O conceito do princípio da dignidade da pessoa humana estará sempre em constante transformação, não se tratando de um conceito fechado. As mudanças e a evolução da sociedade vão incorporando a ele outros valores. Sua abstração não pode ser obstáculo para seu reconhecimento e aplicação. O princípio tem conteúdo e aplicação material. É responsável por garantir os meios necessários para o desenvolvimento do ser humano, pelo reconhecimento de uma esfera de direitos individuais inalienáveis e intangíveis ao Estado. Protege a individualidade e a

essência de cada indivíduo, a fim de que não perca sua natureza humana. A dignidade é garantida a todos, independentemente do status social ou condição momentânea. Em um crime, abrange tanto a vítima como o seu autor. Ambos precisam de um programa de acompanhamento do Estado, para que seja possível efetivar políticas públicas que irão ressaltar o reconhecimento da dignidade de cada homem. O conteúdo material do princípio está na delimitação da intervenção do Estado ou de terceiros na vida do homem, na garantia do livre desenvolvimento da personalidade e na série de direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição Federal.

Importa destacar a diferenciação desenvolvida por Jorge Miranda (2000) a respeito da *dignidade da pessoa humana* e da *dignidade humana*. Esta representa o gênero humano, a humanidade, o conjunto de qualidades comuns a todos os homens (aspecto coletivo). Diferentemente, a dignidade da pessoa humana representa o homem concreto, individual e singular. O Brasil, ao adotar o princípio da dignidade da pessoa humana, compromete-se a respeitar a individualidade e o desenvolvimento de cada homem. A busca do interesse coletivo, dos fins sociais, não poderá sacrificar a individualidade do homem, pois ele sempre será um fim em si mesmo. O ordenamento jurídico deverá ter como elemento central o homem; qualquer outro é ilegítimo.

O direito penal, sendo o instrumento mais severo no controle social, deverá seguir essa mesma orientação. Para conciliar a sociedade, a vítima e o infrator, ao invés de estigmatizar e excluir, o Estado deverá promover políticas públicas para que este possa se desenvolver no contexto social. Do contrário, a mera prática sancionatória, verificação de um ilícito e imposição de pena, desqualificaria a dignidade da pessoa humana e afastaria o ser humano como foco principal do sistema penal. Adotar esta postura representaria importar-se apenas com as estatísticas criminais.

A culpabilidade com fundamento na dignidade da pessoa humana é o elemento capaz de ressaltar o homem como elemento central da teoria do delito e da pena. Após a verificação do injusto penal, a culpabilidade analisará a reprovação do autor. Inexistindo qualquer causa que exclua a culpabilidade, serão analisados o fato concreto, as circunstâncias, a personalidade, entre outros requisitos, para orientar a aplicação de uma pena adequada. Essa análise individual e criteriosa permite que o

réu tenha uma pena própria, exclusiva para ele. O juiz afasta-se do processo “mecânico” de aplicação da pena, para seguir o método disposto em lei, que inibirá uma sanção penal desproporcional, arbitrária ou degradante. A sanção penal deverá estar vinculada à finalidade da pena, valor auferido a partir da Constituição Federal e do Código Penal. Em outra perspectiva, a culpabilidade orientada pela dignidade da pessoa humana assegura a essência de cada indivíduo ao inibir a punição pelo simples fato do que o agente representa no mundo material (direito penal do autor). Preserva o ser humano ao garantir que o direito penal será orientado pelos fatos ocorridos no mundo material, permitindo ao cidadão exercer livre arbítrio na construção de sua personalidade. É com base nessa leitura constitucional da culpabilidade que o presente trabalho foi desenvolvido.

2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade remonta à *Magna Charta Libertatum*, do Rei João, de 1215, Inglaterra, que expunha o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas, proibindo a analogia como fonte criadora do direito penal. O artigo 39 dispunha que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade, a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra” (NUCCI, 2012, p. 93). Esse postulado colaborou com as ideias desenvolvidas por John Locke e Montesquieu, que visavam à limitação do poder do Estado em face das liberdades individuais. A partir da separação dos poderes, Montesquieu atribuiu competência exclusiva ao Poder Legislativo, órgão representativo do povo, para a criação e o estabelecimento de crimes e penas. A lei torna-se a única fonte do direito penal, proibindo o uso da analogia para tal fim. O Poder Executivo, que por vezes valeu-se dessa função para reprimir o povo, estava proibido de utilizá-la. Ao Poder Judiciário, representado por seus juízes, caberia a exata aplicação da lei (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977).

No século XVIII, com o fim da monarquia absolutista e a afirmação do Estado Liberal, o princípio da legalidade consolida-se e torna-se um importante instrumento para garantir a liberdade dos cidadãos e a segurança jurídica. O governo arbitrário dos homens é substituído pelo “governo das leis”, que representa o interesse do povo. A Declaração de Independência dos Estados Americanos, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que emergiu no âmbito da

Revolução Francesa, de 1789, consagraram expressamente o princípio da legalidade. Conforme lembram Busato e Huapaya (2007, p. 123-124), o artigo 8º deste diploma assevera que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Nesse período, Cesare Bonasena (2001, p. 18), o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, dispõe sobre a origem das penas e do direito de punir, ressaltando que somente a lei poderia estabelecê-lo. Nesse sentido, expõe que

a primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

Em 1813, Ludwig Anselm von Feuerbach, ao publicar sua obra sobre os fins da pena, consagra a máxima em latim, que dispõe, como destaca Luisi (2003) sobre o princípio da legalidade: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Assim, somente é possível a formulação do Estado Democrático de Direito por meio da consolidação do princípio da legalidade, principalmente no âmbito do direito penal. A arbitrariedade do Estado é contida pela lei, possibilitando a realização dos ideais democráticos (NUCCI, 2012). No Brasil, o citado princípio encontra-se no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

O princípio da legalidade desdobra-se em três postulados orientadores do direito. O primeiro dispõe sobre as fontes do direito penal; o segundo, sobre a enunciação das normas penais; o último, quanto ao direito penal no tempo (LUIZI, 2003).

O primeiro postulado representa o princípio da reserva legal, que confere à lei a competência exclusiva para estabelecer os crimes e as penas aplicáveis. A lei torna-se a única fonte formal e direta do direito penal. A criação da norma penal é função do Poder Legislativo, órgão representativo do povo, e obedecerá a um procedimento legislativo preestabelecido. Ainda que uma determinada conduta seja substancialmente danosa ao convívio social, inexistindo lei prévia que a tipifique como criminosa, não será possível sua punição. O postulado afasta o direito

consuetudinário e a analogia como fonte do direito penal. A analogia somente será admitida a favor do réu (BUSATO; HUAPAYA, 2007). Nesse sentido, Hungria e Fragoso (1977, p. 21-22) ressaltam que

a fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. [...]. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. [...] Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se este fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, à *parte objecti* e à *parte subjecti*, a uma das *figuras delictosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*.

Em relação à pena, aplica-se a mesma lógica: somente será aplicada a sanção penal estabelecida previamente por lei, fato que afasta o estabelecimento de penas arbitrárias, indeterminadas, e proíbe a alteração, pelo magistrado, do marco mínimo ou máximo da pena em abstrato (PRADO, 2011). A respeito desse tema, Luiz Luisi (2003, p. 21) ressalta que o princípio da reserva legal representa um “[...] patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados”, acrescentando que

o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que, tornando certos o delito e pena, assegura ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos e naquelas penas previamente fixadas [e/le] pode ser processado e condenado (LUIZI, 2003. p. 23).

O segundo postulado do princípio da legalidade é o da taxatividade. O postulado exige do legislador o emprego da melhor técnica para a criação da norma penal, que precisa ser clara, exata e precisa, a fim de que o cidadão entenda o seu comando e adeque sua conduta segundo o ordenamento jurídico. A criação de tipos penais que utilizam expressões vagas, imprecisas ou ambíguas impossibilita que o direito penal atinja seu fim. A incerteza do tipo penal fere o postulado da anterioridade da norma, pois, ao não permitir o conhecimento do comando do legislador, o indivíduo não tem ciência de que sua conduta é proibida, logo, de nada adiantaria a norma ser anterior ao fato. A exatidão da norma penal confere segurança jurídica e afasta a arbitrariedade e a discricionariedade do aplicador da lei (LUIZI, 2003). Nesse sentido, pode-se concluir que o postulado da taxatividade representa uma orientação à sociedade, uma ordem ao legislador para que eleja a melhor técnica para a

elaboração da norma e um comando de vinculação estrita do juiz aos termos da lei (OLIVÉ et al., 2011).

Por fim, o postulado da irretroatividade: a lei penal só alcança os fatos posteriores à sua vigência. Assim, exige-se que ao tempo dos fatos a lei seja atual. A norma penal não poderá retroagir para alcançar fatos anteriores, ainda que gravosos à sociedade. A partir de uma análise lógica e racional, não existem justificativas para que um indivíduo seja punido por aquilo que, ao tempo dos fatos, não era considerado crime (TOLEDO, 1994). Aliás, ao cidadão é possível a realização de qualquer comportamento, desde que não esteja proibido por lei. A finalidade da norma é motivar o indivíduo a atuar segundo os ditames da lei. Entretanto, se ela não existe, não há incompatibilidade de conduta, não há nenhum comando para motivá-lo de forma diversa. A exceção do princípio diz respeito aos casos de superveniência de lei penal benéfica. Nesses casos, retroagirá aos fatos anteriores para beneficiar o réu em qualquer fase. O postulado exposto garante a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais e está positivado no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e no artigo 2º, parágrafo único do Código Penal.

A existência da culpabilidade está intimamente vinculada ao princípio da legalidade. A respeito da importância dessa relação, Mariano Silvestroni (2004, p. 169) sublinha:

en primer lugar, corresponde destacar la importancia del principio de legalidad. Éste tiene su razón de ser en la culpabilidad; ¿por qué debe ser previa la ley penal? porque sólo así los individuos pueden motivarse en ella. Si la ley es posterior: ¿qué reproche jurídico se podría formular sobre el sujeto que no pudo motivarse en la norma que no existía y que no pudo ser conocida? [...] La fórmula citada hace referencia a la norma como motivadora de conductas, ya que no otra cosa puede inferirse de la referencia al "mandato" y a la "prohibición" emergentes de la ley. La ley "manda" o "prohíbe" y esto es algo más que simplemente sancionar. Es una forma de comunicación con los destinatarios de la norma: mediante la ley el orden jurídico se dirige a los ciudadanos para transmitirles el contenido de las prohibiciones y de las normas imperativas que, excepcionalmente, les compelen a realizar ciertas conductas.

O fundamento do juízo de reprovação, presente na culpabilidade, é a vontade do autor dirigida a uma conduta contrária à lei. Diante do fato em concreto, o autor motiva-se contrário à norma quando era possível a ela atender. Somente a lei prévia permite a adequada motivação e a consciência da ilicitude do ato.

2.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima foi desenvolvido no período iluminista, para combater o Estado absolutista. O direito penal era um instrumento de controle social exercido de forma arbitrária pelo soberano. A limitação do *jus puniendi* do Estado era necessária e já se reclamava do excessivo número de tipos penais (BATISTA, 2007). Em sua obra “Dos delitos e das penas”, Cesare Bonasena (2001, p. 99) expõe sua crítica contrária à política penal da época, dispondo que

se se proíbem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque mudam arbitrariamente as ideias ordinárias de vício e virtude, que antes se proclamam eternas e imutáveis.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, positivou o princípio da intervenção mínima em seu artigo 8º, ao exigir que somente fossem punidas as condutas estritamente necessárias. A lesão a um determinado bem jurídico não é suficiente para criminalizar uma conduta; é necessário que esta seja intolerável pela sociedade. O direito penal deve se limitar a poucas condutas, especialmente graves (HASSEMER, 2003), devendo ser utilizado como último instrumento necessário para o controle social. A excepcionalidade do direito penal fortalece o seu conteúdo e sua importância no âmbito social.

A liberdade é um direito fundamental reconhecido no período iluminista. O contrato social foi estabelecido a partir da cessão da mínima parte da liberdade do cidadão, para que ele pudesse desfrutar da liberdade em sociedade. Desse modo, a incriminação excessiva de condutas, muitas desnecessárias, restringe esse direito fundamental. Somente será legítima a criação de tipos penais quando estritamente necessária para o convívio em sociedade, a fim de que ela seja livre e justa. Ao longo da história do direito penal, é possível extrair que a criação excessiva de tipos penais e o endurecimento da pena não são mecanismos eficientes para a prevenção de crimes. A relação entre eficiência e custo social indica a restrição do direito penal ao mínimo necessário, pois outros ramos do direito, por exemplo, o direito civil e o administrativo, são capazes e, por vezes, mais eficientes na função de prevenção e proteção social. Sempre que existir outro meio menos oneroso e com capacidade similar de prevenção, o legislador deverá abdicar do direito penal (SÁNCHEZ, 2010).

O princípio da intervenção mínima não está disposto de maneira expressa na Constituição Federal. Atualmente, ele decorre da análise sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais, principalmente, o direito à liberdade, considerada inviolável, segundo o artigo 5º do referido diploma. Além disso, decorre da própria ideia de Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus pilares o princípio da proporcionalidade, que, além de impedir a proteção deficiente a bens jurídicos relevantes, proíbe o excesso (ROXIN, 1997).

A liberdade individual está exposta na Constituição Federal de várias formas e o princípio da intervenção mínima busca assegurar o seu exercício ao limitar o *jus puniendi* a um núcleo restrito de ameaças e lesões a certos bens jurídicos. Desse princípio, desdobram-se dois postulados orientadores do direito penal: o postulado da subsidiariedade e o da fragmentariedade.

2.3.1 Princípio da subsidiariedade

A ideia de subsidiariedade no direito penal teve início com Binding, em sua obra “Tratado de direito penal alemão: parte especial” (1896). Assinalava o autor que, diferentemente do direito civil, que corresponde a um sistema contínuo, o direito penal representa um sistema descontínuo de ilícitos, pois não busca proteger todos os bens jurídicos existentes. Em virtude de sua sanção ser a mais gravosa à sociedade – perda da liberdade – sua utilização deve ser considerada somente quando outros âmbitos do direito, menos gravosos, não forem suficientes para tutelar um determinado bem jurídico de grande relevância social. Por isso, diz-se que o direito penal é subsidiário, ou seja, sua utilização será legítima apenas quando outro meio não for capaz de realizar a tutela. Nesse sentido, expõe Claus Roxin (1997, p. 65) que

el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema — como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la “*ultima ratio* de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.

O princípio exposto corresponde a um mandamento ao legislador, que deverá, antes de se valer do direito penal, buscar outros mecanismos de composição social. O

direito penal não é o único meio eficaz de proteção a bens jurídicos. Somente com o fracasso das demais áreas do direito é que seria possível a sua utilização. A ameaça e imposição de pena deliberada pelo direito penal inviabiliza a ideia de uma sociedade livre e obstaculiza o seu desenvolvimento (PUIG, 2003). Estudos e dados empíricos são importantes para verificar se outros ramos do direito seriam capazes de desempenhar uma prevenção igual ou melhor que a exercida pelo direito penal para determinadas condutas. A subsidiariedade fortalece o direito penal, estabelece uma relação de confiança entre Estado e sociedade, permite a certeza de punição e garante a prevenção de crimes.

A realidade social demonstra que o direito penal está caminhando em sentido contrário ao exposto e defendido neste trabalho. Diante dos novos conflitos sociais e das novas áreas de interesse, a sociedade e o Estado têm exigido do direito penal uma resposta que por vezes esse ramo do Direito não é capaz de satisfazer. São contextos estranhos ao direito penal, em que o legislador utiliza-o com a finalidade de prevenir condutas, sem verificar sua capacidade para tutelá-los. Isso é perceptível na quantidade de crimes existentes no direito ambiental e econômico. A consequência é o surgimento de um direito penal (moderno) repressivo, caracterizado pelo excessivo número de condutas criminalizadas, pelo aumento e desproporcionalidade das penas em abstrato e pela presença de um direito penal simbólico. O simbolismo no direito penal representa uma fórmula de “resolver” um problema social de forma rápida. Cria-se uma norma penal incriminadora para inibir determinadas condutas. Entretanto, na prática, sua efetividade é nula. Essa tendência inibe a resolução do conflito e o desenvolvimento de políticas públicas (BARATTA, 2004). A respeito do tema, Hassemer (2003, p. 65) destaca que

las experiencias con los "déficit de ejecución" del derecho penal moderno, y con el "derecho penal simbólico" enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (*more of the same*) no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas.

A subsidiariedade do direito penal é um instrumento importante para deslegitimar sua utilização abusiva, fortalecendo seu núcleo central, para que exista uma relação de confiança entre o Estado e o cidadão.

2.3.2 Princípio da fragmentariedade

Assim como os demais ramos do direito, o direito penal está vinculado à proteção de bens jurídicos, competindo a ele a última parte da função estatal de controle social. No âmbito do sistema jurídico, apenas uma pequena porção compete à tutela do direito penal. Trata-se dos bens jurídicos mais importantes, de maior relevância social, cuja violência ou ameaça são intoleráveis pela sociedade. A restrição a esses bens permite que o direito penal mantenha sua força intimidadora, imponência e legitimidade no âmbito social (LUIZI, 2003).

A respeito do tema, Munhoz Conde (2001, p. 124) dispõe:

pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El derecho penal, lo repito una vez más, se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter "fragmentario" pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el derecho penal sólo se ocupa de una parte – fragmentos – si bien la de mayor importancia.

Toda norma penal deve tutelar um bem jurídico, fato que, por si só, limita a atividade punitiva do Estado. Entretanto, a eleição de um bem jurídico não é suficiente para a criação de um tipo penal, pois a este compete apenas a tutela de um fragmento dos bens jurídicos tutelados pelo direito. Para que a criação da norma penal seja legítima, é indispensável que o bem jurídico seja relevante para o desenvolvimento e convívio social. Assim, o princípio da fragmentariedade exerce um juízo crítico capaz de deslegitimar normas penais que não são essenciais à sociedade, aumentando a margem do exercício da liberdade individual. A fim de delimitar o caráter fragmentário do direito penal, Munhoz Conde (2001, p. 124-125) define que

este carácter fragmentario del derecho penal aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad o la mentira.

O bem jurídico, para ser tutelado pelo direito penal, deve conter um valor social considerável e sua efetiva proteção deve depender indispensavelmente dos instrumentos deste, que devem se apresentar como capazes de realizá-la.

2.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Durante a Idade Média, a sanção penal era determinada segundo o arbítrio do juiz. Representava uma política repressora, que permitia a aplicação de penas excessivas, capazes de ultrapassar a figura do apenado e atingir gerações futuras. Adotava-se o sistema aberto de penas. O direito penal moderno reagiu e, visando a limitar o arbítrio do juiz, estabeleceu que as sanções penais deveriam ser fixadas pelo Poder Legislativo. Caberia ao legislador valorar a conduta e estabelecer proporcionalmente a quantificação da pena a ser aplicada. Ao juiz caberia apenas verificar a ocorrência do crime e aplicar a pena fixada no tipo penal.

Entretanto, a experiência cotidiana demonstrou que, assim como o sistema aberto (indeterminado) de pena, o sistema fixo (determinado) apresentava incongruências, pois não permitia o exato ajustamento entre o fato, o agente e a sanção penal a partir do caso concreto. Em 1810, o Código Penal francês apresenta o sistema de pena de indeterminação relativa. O tipo penal secundário estabelecia o mínimo e o máximo de pena, cabendo ao juiz determinar de forma fundamentada a adequada quantificação da pena ao caso concreto, dentro dos limites legais. Posteriormente, outros países adotaram o referido sistema (BITENCOURT, 2013b).

O princípio da dignidade da pessoa humana permitiu o reconhecimento da individualidade de cada ser humano, que passa a ser considerado insubstituível. A partir desse fundamento, foi possível o desenvolvimento do princípio da individualização da pena, que exerce influência em três momentos distintos do direito penal. O primeiro refere-se à individualização legislativa, na qual o legislador, ao criminalizar determinada conduta, estabelece os limites mínimo e máximo de pena para cada tipo penal. Essas balizas são estabelecidas a partir da análise da gravidade da conduta e do resultado, segundo o critério da proporcionalidade. O segundo é a individualização judicial, momento em que o juiz competente, a partir dos critérios estabelecidos em lei, fixa a pena em concreto. A fundamentação é indispensável, pois expõe ao réu os motivos que resultaram na pena imposta e permite o controle da justiça. Por fim, a individualização executória, que se verifica no momento da execução da sanção penal. A respeito dessas fases, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 26) explica que

a individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, coautores de uma infração penal, recebam a mesma pena, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semiaberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória.

No que diz respeito ao princípio da individualização da pena, para a análise aqui realizada, importa a individualização judicial. A palavra individualização significa tornar único, particular, singular, algo ou alguém. O referido princípio tem como finalidade encontrar a justa e adequada sanção penal, considerada aquela que obedece às circunstâncias do fato e, principalmente, ao perfil e aos efeitos da pena sobre o sentenciado. A sanção penal é uma medida estritamente pessoal e a análise criteriosa desses quesitos permite ao réu ter uma pena exclusiva, inibindo a “mecanização” da pena (NUCCI, 2013). A partir disso, é possível que a pena atinja sua finalidade. No âmbito do fundamento da ressocialização do condenado, o entendimento do *porquê* de a pena ter sido fixada lhe confere paz, tornando possível a adesão futura a um programa ressocializador. Em relação à prevenção de delitos, a sociedade também entenderá o motivo da aplicação da pena, permitindo o ajustamento de conduta e o reconhecimento da eficiência do direito penal. Dessa maneira, o juiz exerce um importante papel para a efetivação do princípio, cabendo-lhe seguir as orientações legais, mantendo em foco o fato criminoso e seu agente.

No Brasil, o princípio da individualização da pena está positivado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que expõe que “a lei regulará a individualização da pena” e relaciona-se com diversos princípios, entre eles o da legalidade e da culpabilidade. A ausência da legalidade ou seu desrespeito traria o retorno da prática medieval de pena indeterminada e o arbítrio do magistrado como instrumento de quantificação. O desrespeito ao preceito secundário do tipo penal representa uma ofensa ao princípio da legalidade. Em relação à culpabilidade, a individualização da pena apresenta-se como desdobramento lógico da reprovação.

Essa relação estrita garante a intranscendência da sanção penal da pessoa do agente criminoso. A culpabilidade é o postulado de verificação da existência e fundamentação do crime, além de ser o limite da sanção penal (NUCCI, 2013).

3 ANÁLISE DA CULPABILIDADE NOS SISTEMAS PENAIIS

A fim de entender a funcionalidade e esclarecer a categoria da culpabilidade, é necessário percorrer os estudos da dogmática jurídico-penal, analisando-a em cada sistema penal, do causalismo ao funcionalismo. Etiologicamente, a palavra dogma refere-se a um fundamento ou preceito imutável de uma determinada ciência ou religião. No âmbito penal, o estudo da dogmática permite a correta interpretação e aplicação da lei, conferindo segurança jurídica, e uma visualização detalhada da estrutura do direito penal, individualizando as categorias. Em virtude das constantes transformações da sociedade e pela própria natureza do direito, deve-se ressaltar a possibilidade de alteração de um dogma atual, pois a matéria está em constante desenvolvimento (ZAFFARONI, 1998a).

O conceito analítico de crime tem por base as categorias dogmáticas desenvolvidas por Franz von Liszt (2006), que considera o crime um fato típico, antijurídico e culpável. Cada categoria é preenchida por elementos próprios, que foram descobertos ao longo dos estudos da ciência penal. A respeito da relevância do tema, Gimbernat (1990, p. 85) esclarece que

a dogmática penal averigua o conteúdo do Direito penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que intervenha um tipo penal, que é o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impune e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, distinguir limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do direito penal; torna possível subtrair-lhe a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja a dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais a condenação e a absolvição dependerão do azar e de fatores incontroláveis.

O presente capítulo apresentará os principais sistemas penais desenvolvidos, analisando seus conceitos e elementos, principalmente no que tange à culpabilidade.

3.1 CAUSALISMO

A criação de um sistema no direito penal tem origem nos séculos XIX e XX, fruto do positivismo jurídico. Nesse período, as descobertas científicas impulsionavam as ciências naturais, que se tornaram o destaque do cenário científico-acadêmico. O método experimental apresentava-se como único instrumento capaz de obter o

conhecimento. Sua aplicação às ciências sociais permitiam a verificação e aplicação de testes que culminavam na obtenção de resultados exatos. O direito, tal como as ciências sociais, por não possuir um objeto estável, dificulta a aplicação do método empírico. Os testes apresentavam resultados diferentes, sendo contestado o caráter científico do direito. À luz da Escola Positiva, a dinâmica do direito retirava-lhe parte do seu caráter científico. Por isso, inicia-se um modelo de estudo com base no positivismo jurídico, a fim de extrair dogmas do direito penal. O método adotado negava-se à utilização de elementos valorativos, buscava-se somente a relação lógico-formal entre os conceitos jurídico-positivos (PUIG, 1994).

Bitencourt (2013b) relata que Franz von Liszt, adotando o método desse período, desenvolve em seu Programa da Universidade de Marburgo (1882) um sistema para análise e verificação do crime. Para isso, valeu-se do direito positivo como objeto material de observação científica e do método descritivo-classificatório. Esse método, próprio das ciências naturais ou exatas, visava a conferir cientificidade ao direito. O sistema Liszt-Beling inicia-se a partir do conceito de ação, conceituada como um acontecimento – ação, movimento corpóreo – capaz de provocar mudanças perceptíveis pelos sentidos no mundo externo. Trata-se de movimento mecânico despojado do elemento subjetivo "vontade" (LISZT, 2006).

Conforme Liszt (2006), o conceito causal da ação é valorativamente neutro. A ação é representada por meio de um movimento corpóreo voluntário que provoca a alteração do mundo exterior, podendo ser caracterizada pelos seguintes quesitos: vontade, movimento corpóreo e resultado. A vontade não está relacionada ao elemento psicomental, mas, sim, com o impulso, forma de iniciar um movimento corpóreo capaz de excluir a coação mecânica ou psicofísica.

Contribuição importante, não apenas para a teoria causal, mas para o desenvolvimento do próprio direito penal, Beling desenvolve o conceito de tipo penal, que permitiu a construção do conceito analítico de crime e a distinção entre o conceito de conduta e a conduta prevista na norma penal. O tipo penal representa a descrição objetiva e neutra de um comportamento previsto em lei. Em relação à tipicidade, adota-se um posicionamento descritivo e autônomo, não estando relacionado com a antijuridicidade. Posteriormente, Max Ernst Meyer assevera que a tipicidade representa indícios de antijuridicidade (TAVARES, 2000).

Tavares (1980) relata que o conceito de antijuridicidade objetiva fora desenvolvida por Ihering e descrevia a relação causal entre a conduta adotada e o tipo penal positivado. Assim, a conduta contrária à norma penal era antijurídica. A consequência desse posicionamento é a ausência da análise do elemento subjetivo para verificação de causas justificantes, além de tornar irrelevantes os erros de proibição.

Os elementos subjetivos da teoria do crime ficavam situados na culpabilidade. O liame subjetivo entre o injusto penal e o autor do crime dava-se por meio da verificação do dolo e da culpa, principal estrutura da dessa categoria dogmática (OLIVÉ et al., 2011). A imputabilidade era pressuposto para atribuir a conduta ao indivíduo. Esse elemento, situado na culpabilidade, analisava a capacidade do autor de entender a escolha da conduta realizada. Os doentes e enfermos mentais não possuíam tal capacidade. Como causa de exculpação, era reconhecido o estado de necessidade.

Em virtude da influência da ideia de causalidade, desenvolve-se o princípio da *actio libera in causa*, que justificava a imputação de um crime àquele que realizou um impulso causal da vontade. Assim, por exemplo, o instigador deveria responder pelo crime praticado pelo instigado, uma vez que por meio da instigação iniciou o processo causal que culminou na produção do resultado (TAVARES, 1980). Nesse período do positivismo jurídico, adotava-se a concepção psicológica de culpabilidade, a ser analisada detalhadamente no Capítulo 4.

A estrutura do delito encontrava-se dividida em duas partes. A primeira, objetiva-causal, estava relacionada à tipicidade e à antijuridicidade (elementos objetivos). A segunda representava o vínculo psicológico que deveria existir entre o agente e o resultado, situado na culpabilidade (elemento subjetivo). O injusto penal era auferido pela relação de causa e efeito entre a conduta – movimento corpóreo – e o resultado. Somente na culpabilidade analisava-se o elemento subjetivo. A estrita separação entre elementos objetivos e elementos subjetivos na estrutura do delito deve-se ao cientificismo da época.

3.2 NEOKANTISMO

O sistema causalista naturalista obteve êxito ao tentar adequar os métodos da Escola Positiva ao desenvolvimento das categorias dogmáticas da teoria do crime. O momento científico exigia a utilização desse método para conferir cientificidade ao estudo; buscava-se uma teoria pura, sem conceitos valorativos. Em 1860, surge na Alemanha a corrente filosófica neokantismo, também denominado causalismo valorativo, que altera o método até então utilizado pelos causalistas. Os neokantistas verificam a necessidade de que elementos valorativos integrem a teoria do crime. Tal sistema apresenta como expoentes Max Ernst Mayer, Gustav Radcruch e Edmund Mezger.

A análise positivista e seus métodos eram insuficientes para explicar e entender o delito, que além de ser um fenômeno da natureza, também representa uma realidade social. Em virtude disso, a teoria do crime propõe o uso de dois métodos diferentes: as técnicas típicas das ciências naturais, juntamente com os métodos da ciência do espírito, a fim de inserir a valoração (OLIVÉ et al., 2011). Enquanto os métodos típicos das ciências naturais, por exemplo, o método da causalidade, são capazes de observar e descrever os elementos do crime, o método dos valores seriam capazes de compreendê-los por meio da atividade valorativa (GALVÃO, 2013). Essa aceitação do subjetivismo propõe o retorno à metafísica e ao método teleológico (GOMES; MOLINA, 2007).

Neste sentido, Jesús María Silva Sánchez (2010, p. 89) expõe que,

en efecto, dicho método ya no es puramente formalista, sino que, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal. Para ello es preciso tomar en cuenta la dimensión valorativa de lo jurídico. Sin embargo, el neokantismo no hace de esa dimensión valorativa un “objeto” de estudio por sí mismo. Los valores son objeto de reflexión en la medida en que constituyen la “lente de pensar” a través de la que el sujeto contempla una realidad en sí caótica, sin sentido.

O neokantismo adotou um normativismo teleológico que buscou vincular a teoria do delito aos fins do direito penal e às perspectivas valorativas. Em relação às categorias dogmáticas do conceito de crime, tal sistema mantém a estrutura desenvolvida por Liszt e Beling, inclusive a separação entre elementos objetivos e subjetivos. O conteúdo de cada categoria, no entanto, foi reformulado. O conceito

ontológico de ação formulado pelo sistema causalista é abandonado, pois ao ser definido como movimento corpóreo capaz de modificar o mundo sensível, não explica satisfatoriamente a conduta omissiva. Essa é, justamente, a negação da ação. Assim, constata-se que o conteúdo da omissão não é de ordem naturalista, mas, sim, de ordem normativista. A ação passa a ser entendida como ação jurídico-penal. Edmund Mezger, conforme relata Galvão (2013), apresenta a teoria da conduta humana, que obteve êxito em fundamentar a ação e a omissão em um único conceito.

Quanto ao tipo, é reconhecido seu conteúdo valorativo (axiológico), afastando-se do clássico conceito de tipo como elemento objetivo. A antijuridicidade deixa de ser a mera transgressão da norma penal e passa a ter conteúdo material, representada pela verificação da danosidade social da conduta criminosa. Com isso, foi possível o desenvolvimento das causas de justificação que excluam a antijuridicidade do delito, em virtude de a conduta não possuir danosidade social. A discussão intensa sobre a antijuridicidade possibilitou o surgimento da teoria dos elementos negativos do tipo. A relação entre tipo e antijuridicidade foi reformulada. Nesse sentido, Fernando Galvão (2013, p. 192) explica que

a relação tipo e antijuridicidade recebeu a reestruturação de maior significância nessa elaboração teórica. O tipo, que na formulação causal era entendido como elemento indiciário da antijuridicidade, agora recebe novo enfoque e passa a ser entendido como a própria razão de ser do ilícito. A concepção da *ratio essendi* ou do injusto típico sustenta que o tipo não somente indica, mas também é o fundamento real e de validade da ilicitude.

A culpabilidade também recebe transformações com o normativismo teleológico. A categoria dogmática é composta pela imputabilidade, dolo e culpa, e pela exigibilidade de conduta diversa. Os elementos subjetivos da teoria do delito (dolo e culpa) permanecem na culpabilidade. A imputabilidade, que representa a capacidade de culpabilidade, deixa de ser mero pressuposto desta para se tornar um de seus elementos. A grande inovação é a descoberta e a inserção do elemento normativo da exigibilidade de conduta na culpabilidade. O responsável por tal descoberta foi Reinhard Frank, em 1907, que percebeu a importância das causas concomitantes ao delito capazes de diminuir ou excluir a culpabilidade (REALE, 2000). Assim, a culpabilidade deixa de adotar a teoria psicológica para adotar a

teoria psicológico-normativa, que será analisada detalhadamente no capítulo seguinte.

3.3 FINALISMO

A teoria finalista da ação tem sua origem nos estudos da psicologia do pensamento de Richard Höningwald e em outros trabalhos da área. O responsável pela sua criação foi Hans Welzel (1904-1977), sendo que sua primeira publicação sobre o tema foi disposta no artigo intitulado “Causalidade e ação”, de 1930. A relevância da teoria surgiu após a Segunda Guerra Mundial, momento em que o direito penal foi utilizado como instrumento de terror. Após a comunidade internacional presenciar um dos maiores atos de desrespeito à dignidade da pessoa humana, eram necessários filtros que limitassem a aplicação do direito penal, entre eles a dogmática. O sistema finalista da ação, baseado em elementos ontológicos e de estrutura rígida, apresentou-se como meio eficaz de limitar o poder do Estado e garantir a justa interpretação e aplicação do direito penal.

Influenciado pelo positivismo, o finalismo segue a separação insuperável descrita por Liszt (2006) entre direito penal e política criminal. As dimensões sociológicas e políticas são afastadas do âmbito do direito. Sendo o direito penal uma porção da ciência do direito, caberia apenas uma análise conceitual das regras jurídico-positivas (ROXIN, 1997).

A teoria vincula o direito penal a estruturas lógico-objetivas próprias do ser, que são aquelas detectáveis no mundo sensível. Seu desenvolvimento parte de dois elementos ontológicos, os conceitos de ação e de culpabilidade fundamentada no livre arbítrio (CONDE, 2001). Welzel (1956) parte do conceito de ação, segundo o qual, toda ação humana está dirigida a um fim. O caráter finalístico da ação decorre da capacidade de o homem prever, dentro de determinados limites, a consequência da conduta adotada. Isso é possível em virtude de seu saber causal. A ação é composta pela vontade consciente de um fim. A primeira fase da ação ocorre de forma interna ao agente – esfera do pensamento – e a segunda, no mundo real, que significa a realização da conduta.

Diferentemente do causalismo naturalístico, a ação deixa de ser um simples movimento mecânico (corpóreo) capaz de alterar o mundo sensível para estar vinculada sempre a uma finalidade, que pressupõe atividade consciente e vontade. Em virtude disso, os tipos penais deverão descrever uma conduta final. As proibições e os mandamentos deverão referir-se a ações. O tipo é uma disposição conceitual que descreve a conduta humana. A norma proíbe a realização da conduta descrita. Desse modo, a realização do tipo corresponde a uma conduta contrária à norma, que não será necessariamente antijurídica, posto a existência de normas permissivas, por exemplo, matar alguém em legítima defesa. A antijuridicidade representa a contradição entre a realização da figura típica e o ordenamento jurídico. A verificação deverá considerar não apenas o tipo penal de forma isolada, mas todo ordenamento, em virtude da existência de causas justificantes. A tipicidade representa um indício de antijuridicidade (WELZEL, 1956).

Welzel (1956) apresenta ainda elementos objetivos e subjetivos integrantes da antijuridicidade. A esse respeito, Juarez Tavares (1980, p. 70) dispõe que

a adoção de elementos subjetivos de justificação significa, simplesmente, que o autor só será acobertado ou só se beneficiará, por exemplo, pela legítima defesa, se também, ao lado dos pressupostos legais objetivos, tiver atuado com a vontade de se defender; no estado de necessidade, se agir com a vontade de salvar o bem jurídico ameaçado etc.

Na teoria finalista da ação, a verificação da culpabilidade possui uma dupla acepção. A primeira demonstra que a conduta realizada não é exigida pelo direito. A segunda representa a possibilidade de o agente ter agido conforme a norma penal. Nesse sentido, Welzel (2004, p. 125) afirma que "en esta doble relación, del no deber ser antijurídica por poder ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad". A culpabilidade representa uma reprovação pessoal que verifica a possibilidade de o agente agir conforme o direito. Esse autor analisa a exigibilidade dessa adequação diante do fato concreto. O juízo de reprovação consiste na opção do agente por atuar contrariamente à norma, quando era possível segui-la. Reprova-se a vontade antijurídica, que objetiva o resultado danoso tutelado pelo direito penal.

A teoria finalista da ação reorganiza a estrutura do delito. A tipicidade passa a conter elementos subjetivos, dolo e culpa. A culpabilidade passa a ser composta apenas por elementos normativos, permitindo um juízo de valor. São eles: imputabilidade,

potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade torna-se exclusivamente normativa. Adota-se a teoria normativa pura da culpabilidade.

Em relação às mudanças realizadas na teoria do crime, Luiz Flávio Gomes e Molina (2007, p. 179) destacam que:

a) o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a compor a tipicidade; b) abandona-se o conceito jurídico (ou normativo), do neokantismo, que compreendia a consciência do fato mais a consciência da ilicitude, e passa-se adotar o conceito de dolo natural (dolo sem a consciência da ilicitude); c) a antijuridicidade é pessoal (contradição do fato com a norma, mas contradição relacionada com um determinado autor), tendo em vista o seu afastamento dos valores éticos tutelados por essa mesma norma; c) a culpabilidade passa a ser puramente normativa.

Atualmente, o Brasil filia-se à teoria finalista da ação, adotada com a reforma do Código Penal realizada em 1984. O finalismo, ao reconhecer a capacidade intelectual do homem e sua liberdade para construir sua personalidade, torna-o responsável pelos atos praticados. Assim, o homem figura como o centro da teoria do delito, ressaltando a dignidade da pessoa humana. O finalismo apresenta-se como uma teoria coerente, capaz de solucionar problemas atuais e de garantir a justa aplicação do direito penal.

3.4 FUNCIONALISMO

A necessidade de um sistema penal que se adeque à realidade social contribuiu para a criação do sistema funcionalista, que surge como meio de superar as estruturas lógico-objetivas da teoria finalista da ação. O ponto de partida não devem ser os elementos ontológicos, mas, sim, a finalidade do direito penal. Busca-se um equilíbrio entre o pensamento problemático direcionado à necessidade e fins sociais e o pensamento sistemático. Esse entendimento justifica-se, pois o direito é um instrumento de solução de conflitos, não podendo preocupar-se exclusivamente com sua sistematização (CONDE, 2001). A solução de um problema social – o fato em si – torna-se mais relevante do que a análise do sistema jurídico. Por isso, a criação de um sistema aberto, direcionado aos fins sociais, aumenta a funcionalidade e eficácia do direito penal.

O funcionalismo não constitui um sistema absolutamente novo. Suas bases encontram-se no pensamento hegeliano e no neokantismo, que integravam considerações teleológico-valorativas na teoria do delito (SÁNCHEZ, 2010). Busca-se nessa corrente o fundamento material do direito penal, que permeará as categorias dogmáticas. Essas deixam de ser autossuficientes para serem funcionalizadas, ou seja, estarão vinculadas ao fundamento. A ideia de utilização de elementos ontológicos para a obtenção de uma verdade absoluta é abandonada; assume-se a existência da plurivocidade da realidade, ou seja, da existência de distintas formas de interpretação. Em virtude disso, a problemática jurídico-penal é deslocada para o campo axiológico (BUSATO, 2013).

Analisando a mudança de perspectiva da teoria finalista para o funcionalismo, Luis Greco (2002, p. 39) argumenta que

o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano) e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.

O funcionalismo é orientado segundo os fins sociais, por isso, propõe uma aproximação entre o direito penal e as ciências sociais. Inicialmente, apoia-se na teoria sociológica sistêmica do sociólogo norte-americano Talcott Parsons. Esse pensador inicia sua pesquisa a partir do conceito de ação e da ideia de que a sociedade consiste em um sistema em equilíbrio. Ao incorporar tais conceitos ao direito penal, considerado um subsistema importante para a manutenção do equilíbrio social, exige-se a mudança do sistema fixado por elementos ontológicos para um sistema formado por critérios normativos, a fim de tornar o sistema aberto a valores sociais. Os critérios normativos permitem essa abertura e a aproximação com a realidade social (OLIVÉ et al., 2011).

No âmbito do direito penal, a teoria funcionalista tem sido desenvolvida por vários doutrinadores. Destacam-se sobre o tema os sistemas propostos por Claus Roxin, denominado funcionalismo teleológico, e Günter Jakobs, que desenvolveu o funcionalismo sistêmico, sobre os quais se discorre a seguir.

3.4.1 Funcionalismo teleológico – Escola de Munique

Em 1970, Claus Roxin publica seu livro “Política criminal e sistema do direito penal”, expondo as bases teóricas do funcionalismo teleológico, sustentando a inserção de critérios normativos e fundamentando a política criminal como elemento integrante da teoria do delito. Consegue conciliar o direito penal e a política criminal, elementos que, nesta teoria, não se contradizem (ROXIN, 2002).

O funcionalismo teleológico fundamenta-se na clareza e valoração conceitual, com referência vinculada à realidade social e às finalidades político-criminais. As categorias dogmáticas são mantidas no seu estado tradicional. Entretanto, seu conteúdo e fundamento são modificados segundo a política criminal. As categorias são sistematizadas, desenvolvidas e contempladas a partir do postulado da política criminal (ROXIN, 2002).

Segundo Claus Roxin (1997), a finalidade do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. O direito penal é visto como instrumento de *ultima ratio*, posto que estará incumbido de proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. A adoção desse conceito permite uma dupla proteção à sociedade: exclui a mera imoralidade do direito penal e inibe a criação indeterminada de bens jurídicos pelo Estado, por exemplo, a criação de tipos penais para instrumentalizar alguma função administrativa. O marco inicial para verificação da legitimidade de um bem jurídico encontra-se nos princípios fundamentais da Constituição Federal.

Em relação à finalidade da pena, a teoria unificadora estabelece que ela seja preventiva. O único objeto legítimo da pena é a pretensão de prevenir crimes. Para isso, a referida teoria adota a finalidade da pena como prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva. A primeira visa a reafirmar a vigência da norma que protege um determinado bem jurídico. Isso permite que a sociedade motive-se segundo a norma penal, bem como mantenha confiança no ordenamento jurídico que está ao seu benefício e desenvolvimento. Em relação à prevenção especial positiva, a teoria unificadora reconhece que um Estado que objetiva a justiça social deve ter sua política criminal voltada para criar oportunidade de o reeducando mudar de vida. Ao Estado competiria criar a possibilidade de mudança do indivíduo, cabendo a este aceitá-la ou não, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (ROXIN, 1997).

No âmbito da estrutura dogmática do direito penal, a tipicidade penal exerce duas funções. Primeiramente, sua função tradicional é a de descrever uma conduta criminosa, cujo preenchimento dos requisitos será analisado com a subsunção do fato real. Ao associar a tipicidade com o princípio da legalidade, Prado (2011) considera que Claus Roxin inova ao estabelecer a função delimitadora negativa da intervenção jurídico-penal.

A antijuridicidade exerce uma função político-criminal de solucionar conflitos sociais entre interesse social e interesse individual. Os princípios reguladores sociais utilizados para essa resolução são os princípios da autodefesa, da prevalência do direito e da proporcionalidade. As causas de justificação são legitimadas a partir desses princípios. Assim, quando um indivíduo atua em legítima defesa, atua realizando o tipo penal. Os requisitos da tipicidade são preenchidos. Entretanto, princípios regentes do direito não permitem sua punição. A ideia de antijuridicidade sempre estará vinculada à proteção material de bem jurídico (ROXIN, 2002).

Em relação à culpabilidade, a teoria de Claus Roxin reorganiza seu conteúdo segundo o princípio da política criminal, vinculando-a aos fins da pena. Propõe a alteração da categoria dogmática, estabelecendo a categoria responsabilidade, que contém como subcategorias a finalidade da pena e a culpabilidade. Ainda que o fato seja típico e antijurídico, o aplicador do direito deverá analisar se a sanção penal cumprirá sua finalidade preventiva. A resposta negativa deslegitimará a aplicação da pena. A culpabilidade e seu conteúdo continuam presentes, ao lado dos fins da pena (ROXIN, 2002). A teoria afasta o livre arbítrio como fundamento da culpabilidade, posto que não é possível sua constatação, substituindo-o pela verificação da capacidade de o agente compreender as proibições e os mandamentos penais. A culpabilidade adota a teoria normativa da culpabilidade.

Dessa maneira, Claus Roxin (2002) orienta a teoria do delito com dois postulados diferentes. O injusto penal estará orientado segundo a finalidade do direito penal (proteção subsidiária de bem jurídico) e a culpabilidade, pelos fins da pena (prevenção geral e especial). Sobre a culpabilidade, o autor explica seu posicionamento:

minha concepção de sistema fundada político-criminalmente baseia-se na consideração de que o injusto é definido a partir do fim do direito penal

(proteção subsidiária de bens jurídicos), mas que a categoria sistemática posterior ao injusto apenas se define a partir do fim da pena a ser aplicada concretamente. Esse fim é a prevenção limitadora pela culpabilidade. Quando esse for o caso, a punição, cuja elaboração sistemática cabe a essa categoria da teoria do delito, pressupõe duas ordens de considerações: a culpabilidade do autor, imprescindível para possibilitar a punição e cuja extensão determina os limites da sanção, e, adicionalmente, a necessidade preventiva de uma punição. Segundo minha teoria, a categoria sistemática que se segue ao injusto não é apenas a culpabilidade, como supõe a doutrina tradicional, mas também a necessidade preventiva de uma punição. Eu englobo esses dois pressupostos da punição num conceito superior: a responsabilidade (ROXIN, 2002, p. 113).

O funcionalismo teleológico é um sistema penal que propõe a superação do finalismo, a fim de aproximar o direito penal à realidade social. Atualmente, é aceito na Alemanha.

3.4.2 Funcionalismo sistêmico – Escola de Bonn

O funcionalismo sistêmico foi desenvolvido pelo alemão Günther Jakobs. Sua origem está vinculada às ciências biológicas, especificamente às pesquisas desenvolvidas pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela no campo da biologia molecular dos anos 1970. O sociólogo alemão Niklas Luhmann importou essa teoria para a área da sociologia. A partir das premissas da teoria da autopoiesis biológica, autorreferência e circularidade, Luhmann desenvolve a ideia de sistemas sociais como sistemas autorreferenciais de comunicação. Autopoiesis significa uma forma de autorreprodução que mantém a unidade e a totalidade do sistema. Isso permite que o sistema crie e desenvolva sua estrutura e seus elementos por meio de uma interação circular e fechada. Assim, a sociedade teria tais características, sendo considerada um sistema comunicativo, no qual o indivíduo participa, mas não é integrado. A sociedade é composta por comunicação (PRADO, 2011).

Adotando esses postulados, Günther Jakobs estabelece que a sociedade é um sistema (a totalidade) e o direito, um subsistema comunicativo normativamente fechado de estabilização social. Dentro dele, encontra-se outro subsistema, o direito penal. Este é construído com elementos normativos e sociológicos, sendo sua finalidade a estabilização da norma. A finalidade da pena cumpre a função de prevenção geral positiva. O posicionamento explica-se na medida em que, sendo sua função a estabilização da norma, o direito penal deveria garantir seu cumprimento, de tal modo que o crime representa a negação da norma e a pena, o

reestabelecimento de sua vigência (BUSATO, 2013). Nesse sentido, Jakobs (1998, p. 33) expõe que

la pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo. Puede suceder que se desee alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena. Este -y eso es lo que se ha intentado mostrar aquí- se agota en que la pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones, es decir, la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones. [...] por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.

A respeito da teoria do delito, o funcionalismo sistêmico mantém as categorias dogmáticas tradicionais – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Entretanto, seu conteúdo está vinculado aos fins da pena. Ao dispor que o delito se configura a partir da lesão à norma penal, acaba pondo fim à separação entre injusto penal e culpabilidade, pois “se para o direito penal apenas importa o fato de o autor desacreditar a norma, a lesão à validade desta, então, apenas um autor culpável pode lesionar a norma” (ROXIN; LEITE, 2014, p. 106).

Importante destacar, também, o desenvolvimento da teoria do direito penal do inimigo, segundo a qual a sociedade é um sistema comunicativo e a pessoa – conceito distinto de homem –, sujeito de direitos e deveres, existindo em função do cumprimento das normas positivadas no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico cria expectativas de comportamentos, que as pessoas assumem e a partir das quais se motivam. Os indivíduos que buscam apartar-se das expectativas, adotando um estilo de vida direcionado à transgressão do ordenamento jurídico por meio da prática de crimes, serão considerados inimigos, pois se considera que o contrato social foi rompido. Em virtude disso, direitos e garantias fundamentais serão relativizados, a fim de combatê-los. A pena, nesse caso, terá a finalidade de neutralizar a ameaça potencial à sociedade (JAKOBS; MELIÁ, 2009).

4 CULPABILIDADE

A origem da culpabilidade remonta à Grécia Antiga. Documentos jurídicos como as leis de Esparta, de Licurgo, e as leis de Atenas, de Dracon, consideravam a análise da *vontade* no cometimento do crime, relevante para a fixação da sanção, dispendo sobre os fundamentos e fins da pena (LUIZI, 2003). A filosofia, ao refletir inicialmente sobre a ideia de crime, inseria o conceito de livre arbítrio para sua análise e fundamentação. Aristóteles defendia esse posicionamento. Esse filósofo entendia que todo ser humano, por meio de sua razão, poderia escolher entre a realização do bem ou do mal, sendo puníveis somente as condutas realizadas livremente (RIGHI, 2003). Apesar de sua evolução no âmbito da filosofia e da política, a Grécia Antiga reconhecia a responsabilidade penal objetiva. Não distinguia quem praticava o crime com ou sem intenção; ambos responderiam da mesma forma, desde que verificada a relação objetiva entre conduta e resultado (MACHADO, 2010).

Na Roma Antiga, o direito era dividido em direito público, que se referia a órgãos nacionais e internacionais, e direito privado, aquele relativo aos indivíduos. O direito penal conceituava o delito a partir do caráter moral da natureza do homem. A lei política representava a moral positivada. O direito penal era fundamentado no princípio do dever moral, sendo o delito o descumprimento da norma penal estabelecida pelo Estado. Diferenciavam o conceito de *dollus bonus*, astúcia utilizada para proteger-se de um inimigo, do *dollus malus*, astúcia dirigida a prejudicar alguém. Para fins de sanção penal, distinguiam o crime praticado com intenção de cometê-lo daquele realizado por descuido ou negligência (culpa) (MOMMSEN, 1999).

A partir dessa ideia, os romanos desenvolveram causas de exclusão da culpabilidade, por exemplo, o desconhecimento da ilicitude do fato praticado. Aquela que agisse por meio da falsa percepção da realidade dos fatos poderia ser exculpado. Atualmente, representaria o erro de proibição. Os romanos não aceitavam a alegação do desconhecimento da lei como causa de exculpação, atribuindo ao indivíduo integrante da sociedade a responsabilidade de conhecê-las. A respeito do tema, Theodor Mommsen (1999, p. 60-61) destaca que

esta voluntad antijurídica presuponía por necesidad el conocimiento de que el hecho que va a realizarse era contrario a la ley, por lo que el error de hecho en este punto excluía la imputabilidad. El que ofendía al magistrado, sin saber que era tal magistrado, no cometía crimen de majestad; [...] El fundamento ético de la voluntad antijurídica, sin lo que no podía darse delito ni pena, podía intervenir, ora bajo la forma de ofensa intencional a la ley moral y a la ley del Estado (*dolus*), ora bajo la forma de descuido o negligencia culpable (*culpa*) en la observancia de las mismas.

O direito canônico, formado pelo *Corpus Juris Canonici*, além de influenciar ordenamentos jurídicos da Europa, também contribuiu para o desenvolvimento da culpabilidade. Segundo a Igreja Católica, os descumprimentos dos pressupostos bíblicos são considerados pecados. Essa falta é realizada em virtude da vontade do homem que se dirige à transgressão dos ditames da igreja. A imputação de uma sanção fundamenta-se no livre arbítrio que o seguidor tem em escolher seguir os ditames de Deus ou não. Esse até hoje é um dos fundamentos discutidos sobre a culpabilidade. Destaca-se que o direito canônico também ressaltou o caráter subjetivo do delito, diferenciando dolo e culpa.

O breve histórico demonstra a importância do tema. A culpabilidade é um dos assuntos mais intrigantes e discutidos no direito penal, sendo considerado por Liszt (2006) o meio de avaliação do progresso de um sistema penal. Sua importância extrapola a área do direito penal e chega a discussões sobre os direitos fundamentais do homem, tendo relevância constitucional. Alcança, inclusive, a temática dos direitos humanos (GOMES; MOLINA, 2007). O termo culpabilidade deriva da palavra culpa, que contém significado axiológico negativo. Quando alguém se refere ao outro como culpado, significa que o indivíduo realizou algo reprovável (MIR, 2007).

A culpabilidade é a reprovação da vontade do agente em realizar uma conduta típica e antijurídica, portanto, contrária ao *dever ser* estabelecido na normal penal, quando podia obedecer-lhe. Ou seja, apesar de ser possível realizar sua conduta conforme o ordenamento jurídico, opta por infringi-lo. Cerezo Mir (2007, p. 883) dispõe que

la culpabilidad é culpabilidad de la voluntad. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción (u omisión) típica e antijurídica, en lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, de acuerdo con la exigências del ordenamento jurídico.

A fundamentação da culpabilidade consiste no agente poder agir de outro modo, conforme o direito. Essa verificação será realizada no caso concreto, analisando-se o autor e o fato.

Enquanto a antijuridicidade exerce um juízo valorativo negativo em relação ao fato externo (fato típico), a culpabilidade representa um juízo de reprovação pessoal dirigido ao autor do fato, pois, podendo este agir em conformidade com o direito, não o fez. É um juízo de censura realizado sobre o autor, imputável, consciente da ilicitude do fato, que, por meio de seu livre arbítrio, optou por uma conduta típica e antijurídica, quando era exigível conduta diversa (NUCCI, 2014b).

4.1 DIMENSÕES DA CULPABILIDADE

A evolução dos estudos científicos sobre a culpabilidade acrescentaram-lhe conceitos e funções diferentes ao longo do tempo. Esse elemento do direito penal está em constante construção. Exerce diversas funções no sistema penal, desde a conceituação de crime até a função de fundamentação e limite da sanção penal. Assim, a expressão culpabilidade contém significados diversos e seu adequado entendimento dependerá de fundamentação e contextualização. O direito penal brasileiro adotou algumas conotações.

A fim de elucidar o tema, a culpabilidade será apresentada em três aspectos distintos, quais sejam, a culpabilidade como princípio, a culpabilidade como categoria dogmática da teoria do delito e, por fim, a culpabilidade como limite da pena.

4.1.1 Culpabilidade como princípio

O princípio da culpabilidade representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito e está contido na máxima *nullum crimen sine culpa*. Encontra-se de forma implícita na Constituição Federal, artigo 1º, inciso III, que dispõe sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; no artigo 4º, inciso II, que assegura a prevalência dos direitos humanos; no artigo 5º, *caput*, que garante o direito à liberdade; no artigo 5º, inciso XLVI, que garante a individualização da pena. No âmbito internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica também o consagram.

O direito penal é o instrumento mais oneroso à sociedade, pois possibilita a perda da liberdade. O Estado, ao aplicá-lo, não pode valer-se de uma responsabilidade penal objetiva, que significa atribuição do fato ao autor pela mera produção do resultado (RODRIGUES, 2009). Não basta a realização de uma conduta típica e antijurídica para sancioná-lo; conforme lembra Nucci (2012, p. 251), é necessário

buscar-se, no seu âmago, o elemento subjetivo, formado por manifestações psíquicas, emocionais, racionais, volitivas e sentimentais, em perfeito conjunto de aspirações exclusivas do ser humano. Cuida-se de expressão espiritual, demonstrativa de particular modo de ser e agir, constitutivo do querer ativo, apto a atingir determinado resultado.

A culpabilidade como princípio representa a necessidade de vinculação subjetiva entre o autor e o resultado. Exige-se a verificação do dolo ou culpa na conduta do autor para fins de responsabilização penal. Consagra-se a responsabilidade penal subjetiva, que afasta a possibilidade de punir alguém por um resultado proveniente de caso fortuito ou imprevisível. O fato deve pertencer ao autor, não podendo ser punido penalmente por uma questão de azar. Segundo Busato (2013, p. 524),

a culpabilidade como princípio vincula-se às primeiras construções teóricas de sua exigência para a configuração do delito, quando se pretendia afirmar a reponsabilidade penal subjetiva através do critério da culpa, ou seja, através da exigência de demonstração de uma contribuição subjetiva individual para o delito como requisito para a atribuição de responsabilidade por resultados desvaliosos.

A sociedade atual é considerada complexa, pois fatores como a globalização, o desenvolvimento dos meios de comunicação, o fluxo instantâneo de informações e os avanços tecnológicos, além de permitir o avanço social, agregam perigos toleráveis (BECK, 2010). Por exemplo, o tráfego intenso de veículos, presenciado no dia a dia das grandes capitais, torna o ambiente propício à ocorrência de acidentes graves. Assim, a condução de veículos automotivos representa uma atividade perigosa tolerada pela sociedade. Trata-se de um risco permitido e importante para seu desenvolvimento. Nessas circunstâncias, a culpabilidade permite um equilíbrio social, pois, sendo a responsabilidade subjetiva, aquele que trafega com cautela não poderá ser responsabilizado criminalmente por um fato imprevisível, ainda que o resultado seja a morte de outro condutor (NUCCI, 2012).

A aplicação de uma sanção penal, nos casos em que a conduta do agente não apresenta vinculação subjetiva com o resultado (dolo ou culpa), não cumpriria

nenhuma finalidade, seja no aspecto da retribuição, da prevenção geral ou da prevenção especial. A sanção penal seria ilegítima. No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 393) sublinha que

as ações culpáveis são as únicas que podem ser não somente objeto de reprovação, de previsão e de prevenção; são, também, as únicas que podem ser lógica e sensatamente proibidas. As proibições penais são normas "regulativas", no sentido de que necessariamente pressupõem a possibilidade de serem observadas ou violadas por parte de seus destinatários, a cujo conhecimento e vontade se dirigem, com a função pragmática de orientá-los e condicioná-los; seriam insensatas, além de inúteis, se tal possibilidade não existisse.

O Código Penal adota a posição exposta acima. Seu artigo 18 estabelece a conduta dolosa ou culposa para a prática do crime, enquanto o artigo 19 conclui que “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente” (BRASIL, 1940). Dessa forma, a culpabilidade como princípio corresponde a uma verdadeira garantia fundamental, estabelecida implicitamente na Constituição Federal, que impõe limites ao *ius puniendi* do Estado e ressalta o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Culpabilidade como categoria dogmática da teoria do delito

Ao longo do desenvolvimento do direito penal, buscou-se definir o conceito de crime. A doutrina apresentou três conceitos que foram desenvolvidos sob perspectivas diferentes, quais sejam, formal, material e analítico. O primeiro a ser desenvolvido foi o conceito formal de crime, que corresponde a toda ação ou omissão que viole a norma legal, ameaçada com pena (SANTOS, 2014). É a relação de contrariedade entre a conduta e a norma penal, “são conceitos que apenas alcançam um dos aspectos do fenômeno, o mais aparente, que é a sua contradição a uma norma do Direito ou a sua punibilidade definida na legislação” (BRUNO, 1967, p. 265). No homicídio, o agente viola a norma disposta no tipo penal, que corresponde ao comando “não debes matar”.

Alterando o centro de análise do conceito de crime, penalistas reagem ao conceito formal. Entre eles, Ihering afirma que o elemento essencial que caracteriza o conceito de crime é a proteção de interesses superiores de um grupo social, ou seja, aqueles interesses considerados relevantes para a sociedade em um determinado período. Representam interesses individuais ou coletivos necessários à manutenção

da sociedade. A proteção desses interesses é realizada por meio da tipificação da conduta combinada com a ameaça de sanção penal. Aníbal Bruno (1967, p. 270) destaca que

foi nesse ponto que Von Ihering trouxe à solução do problema de um conceito material ou substancial do crime contribuição decisiva, quando o definiu como o ato que põe em perigo as condições de vida da sociedade, constatado pela legislação e só evitável mediante uma pena. [...] Essas condições existenciais do grupo social manifestam-se sob a forma de realidades aptas a satisfazer necessidades humanas individuais ou coletivas. São interesses da comunidade ou do indivíduo, de importância social, e, assim, fazem objeto de garantia do Direito, transformam-se em bens ou interesses juridicamente protegidos, e os mais importantes recebem a tutela mais severa da lei penal.

Dessa maneira, o conceito material ou substancial do crime parte da análise do conteúdo do ilícito penal. O delito corresponde à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penal tutelado pela norma. O conceito contribui para estabelecer a finalidade do direito penal. No crime de homicídio, o conceito material representa a destruição da vida (ANDREUCCI, 2014).

O outro caminho de reação ao conceito formal buscou extrair do direito penal seus elementos estruturais e propõe a definição do conceito analítico de crime. Essa corrente definiu crime como uma ação antijurídica e culpável, sendo conduta voluntária, previamente tipificada pela lei penal, realizada no mundo exterior, contrária à norma penal e reprovável pela ordem jurídica (BRUNO, 1967).

Seguindo esse entendimento, a culpabilidade integra o conceito analítico de crime. O fato típico e antijurídico compõe o injusto penal e seu objeto de análise é o fato criminoso concreto. A culpabilidade, cujo objeto de análise é a vontade contrária à norma penal, busca analisar “[...] as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo normativo por sua atitude contrária ao direito” (BUSATO, 2013, p. 527). Dessa maneira, a culpabilidade representa o momento em que serão analisadas as características de cada autor. Isso é importante para individualizar a sanção penal e orientá-la segundo a finalidade da pena adotada pelo sistema.

Jescheck (1978, p. 335) define o conceito analítico de crime conforme o exposto. Considera que integram o conceito de crime a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Dessa maneira, esclarece que

diante do tipo do injusto, como conjunto de todos os elementos que fundamentam o conteúdo do injusto típico de uma classe de delito, encontra-se o tipo de culpabilidade. Compreende os elementos que caracterizam o conteúdo da culpabilidade típico de uma forma de delito. A união do tipo do injusto e o tipo de culpabilidade origina o tipo de delito.

Esse posicionamento implica dizer que, caso algum dos elementos da culpabilidade não esteja presente no fato criminoso, ela não existirá, portanto, não haverá crime, pois a culpabilidade integra o conceito analítico de crime.

No Brasil, Damásio de Jesus (2014) e René Ariel Dotti (2013) sustentam a teoria bipartite do conceito analítico de crime, considerando o crime como fato típico e antijurídico. A culpabilidade representaria mero pressuposto para a aplicação da pena. Dotti (1976) defendeu esse posicionamento em sua monografia “O incesto”. Dispôs que a culpabilidade como elemento integrante do conceito de crime era apenas um resquício da teoria causalista, que nela inseria os elementos subjetivos do delito. Em virtude disso, era indispensável que a culpabilidade integrasse o citado conceito. Com a adoção da teoria normativa pura da culpabilidade, não existiram razões para mantê-la no conceito de crime. Esse autor sustenta que a culpabilidade deveria ser analisada a partir da teoria dos fins da pena. Justifica, ainda, que as causas de isenção de pena presentes no Código Penal – por exemplo, a inimputabilidade, a embriaguez completa por motivo fortuito e o erro de direito – fundamentam-se na incapacidade do agente de entender o *caráter criminoso* de sua conduta (DOTTI, 1976).

Outra fundamentação da teoria bipartida dispõe sobre a técnica utilizada pelo legislador ao se referir às causas que excluem a ilicitude e a culpabilidade. Damásio de Jesus (2010) destaca que o Código Penal (BRASIL, 1940), ao se referir às causas de exclusão da ilicitude, utiliza a expressão “não há crime”. Por exemplo, o artigo 23, *caput*, afirma que não haverá crime em caso de estado de necessidade, de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito. São causas que tipicamente excluem a antijuridicidade e, ao se dizer que não há crime, significa que a antijuridicidade integra o conceito analítico de crime. Diferentemente, quando o Código Penal trata das causas que excluem a culpabilidade, utiliza-se da expressão “é isento de pena”, conforme os artigos 26, *caput*, e 28, parágrafo 1º (BRASIL, 1940). Logo, se a culpabilidade integrasse o conceito de crime, o legislador utilizaria a expressão “não há crime”. Ao se valer da

expressão “isenção de pena” – exclusão da aplicação da sanção penal –, traz o entendimento de que a culpabilidade representa o pressuposto da pena (JESUS, 2014).

A citada fundamentação de Damásio de Jesus perde a consistência quando são analisados os diversos casos de incongruência terminológica existentes no Código Penal (BRASIL, 1940). O artigo 21, parágrafo 1º, trata as discriminantes putativas como causa de exclusão da tipicidade, fato que tecnicamente exclui o crime. Entretanto, o citado dispositivo vale-se da expressão “é isento de pena”. Seguindo o raciocínio jurídico do autor, as discriminantes putativas excluiriam a culpabilidade, enquanto que o correto e reconhecido juridicamente é a exclusão da tipicidade. As imprecisões técnicas do legislador são resolvidas pela doutrina, que possibilita a integração das normas com o sistema penal adotado (RODRIGUES, 2009).

A teoria tripartida é a mais aceita entre os causalistas, finalistas e defensores da teoria social da ação. Retirar a culpabilidade do conceito analítico de crime é tornar o direito penal demasiadamente pragmático, pois desconsidera as características humanas para verificação da ocorrência de um crime. Significa que aquele que atua por meio de coação moral irresistível, ou obedecendo à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, ou por erro escusável de proibição, seria considerado criminoso. Tal situação é inconcebível, pois “se não há reprovação – censura – ao que fizeram, não há crime, mas somente um injusto, que pode ou não dar margem a uma sanção” (NUCCI, 2014b, p. 146-147).

4.1.3 Culpabilidade como limite da pena

O desenvolvimento da culpabilidade subjetiva buscou atribuir, de forma subjetiva, o fato criminoso ao seu autor, sendo necessário que exista uma vinculação subjetiva entre o autor e o resultado. Entretanto, a culpabilidade também se manifesta como limite da pena. Significa que a sanção penal deverá ser proporcional ao grau de reprovabilidade do fato praticado pelo autor. Dessa maneira, segundo Busato (2013, p. 525), “[...] ao limitar a punibilidade dos feitos pela culpabilidade, se está limitando a sanção segundo o grau de reprovação merecido pela conduta”. A culpabilidade torna-se a exata medida e o limite da pena, vinculada ao princípio da proporcionalidade. A pena imposta pelo Estado que exceda a culpabilidade do autor

representa um ato autoritário, abusivo e ilegítimo. Somente a pena adequada aos limites da culpabilidade permite que esta atinja sua função de prevenir delitos.

A culpabilidade estabelece orientações que permitem o estabelecimento adequado da pena. Inicialmente, o legislador valora a conduta incriminada e, orientado pelo princípio da proporcionalidade, dispõe no tipo penal secundário as penas mínima e máxima do tipo penal primário. A pena eleita é estabelecida segundo a gravidade da conduta em abstrato. Em um segundo momento, compete ao juiz valorar a conduta, segundo o caso concreto, utilizando-se dos critérios dispostos em lei e da culpabilidade. Ao fim, estabelece a sanção penal em concreto, dentro das balizas fixadas pelo legislador. Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 144) destaca que,

quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Exige-se do juiz a avaliação da censura ao crime destinada – o que, aliás, demonstra não incidir esse juízo somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida.

A prática de uma conduta típica e antijurídica pode representar diversos graus de reprovabilidade e sua fixação depende da análise do caso concreto e das circunstâncias judiciais, compostas por oito fatores, entre eles, a culpabilidade, disposta em sentido *lato*, referindo-se à reprovação social do crime. Quando os fatores legais forem favoráveis ao réu, menor será o grau de censurabilidade (RODRIGUES, 2009). Agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição de pena são circunstâncias legais valoradas pelo legislador que irão influir na medida da pena, são vetores do grau de reprovabilidade.

Assim, aquele que pratica o roubo mediante o emprego de grave ameaça possui um grau menor de reprovabilidade do que aquele que pratica o mesmo delito por meio de violência com arma de fogo. No homicídio, é possível, por exemplo, diferenciar o grau de culpabilidade de um indivíduo que desferiu um tiro de arma de fogo e ocasionou a morte, daquele que, mesmo após atingir a vítima com todos os seus projéteis, ainda utiliza o carro para passar por cima do corpo, demonstrando por ela total desprezo.

O Código Penal também adota o conceito de culpabilidade como medida da pena. O artigo 29 dispõe que aquele que “concorrer para o crime incide nas penas

cominadas a este, na medida de sua culpabilidade”. Para auferir essa medida, o artigo 59 estabelece os critérios para a fixação da pena, devendo o juiz atender à culpabilidade, personalidade do agente, reprovação e prevenção do crime, entre outros quesitos. Ao respeitá-los, realiza e consagra o princípio constitucional da individualização da pena (BRASIL, 1940).

4.2 DESENVOLVIMENTO EPISTEMOLÓGICO DA CULPABILIDADE

Em um primeiro momento, o direito penal adotou a teoria da responsabilidade objetiva, que, para sancionar penalmente o agente, exigia apenas a comprovação do nexo objetivo entre a ação criminosa e o resultado. A sanção penal era consequência do resultado danoso provocado pelo autor. Era necessária uma teoria que vinculasse subjetivamente o autor ao resultado. A experiência vivenciada pelo direito penal demonstrou ser importante a análise da vontade do agente no cometimento do delito. A primeira proposta para sistematizar essa concepção foi a teoria psicológica da culpabilidade, apresentada a seguir, que permitiu o desenvolvimento da culpabilidade, elemento importante para o direito penal.

4.2.1 Concepção psicológica

A base da teoria psicológica da culpabilidade inicia-se no período iluminista, com Francesco Carrara, representante da Escola Clássica, e tem sua concretização com o positivismo. Carrara (1877) entendia que o crime era um ente jurídico que relacionava o fato e a lei vigente, sendo que o impacto entre o fato e a lei civil construía a criminalidade da ação. O crime caracterizava-se pela constatação de dois aspectos, um de ordem objetiva e outro de ordem subjetiva. Francesco Carrara (1877, p. 14) explica que

sabemos que en el delito perfecto la fuerza moral deriva de la intención, así como la fuerza física procede del acto externo prejudicial. También en el delito imperfecto su fuerza moral nace de la intención, pero en la tentativa falta el efecto dañoso que la convertirla en delito consumado.

A força física correspondia à realização do movimento corpóreo capaz de produzir uma alteração no mundo sensível, enquanto que a força moral representava a culpabilidade do agente, composta por quatro elementos: conhecimento da lei, previsões dos efeitos, liberdade de eleger e vontade de agir (CARRARA, 1877).

Dessa maneira, a culpabilidade inicia uma análise de vinculação subjetiva entre o autor e o resultado.

Anselm von Feuerbach, defensor assíduo do princípio da legalidade, asseverava que a lei deveria ater-se apenas a condutas humanas, afastando a possibilidade de punição pelo “comportamento interno do agente”. Da mesma maneira que Francesco Carrara (1877), dividia o crime em estrutura objetiva e subjetiva. A primeira correspondia à “ação externa antijurídica” e a segunda, ao “desejo antijurídico do agente”, que representava a culpabilidade. O autor inovou ao exigir a consciência da antijuridicidade e da punibilidade da conduta para que fosse possível a punição. Esse postulado contribuiu para o desenvolvimento da teoria normativa da culpabilidade (TAVARES, 1980, p. 13).

No final século XIX e início do século XX, o método positivista passa a exercer grande influência sobre todos os ramos da ciência. Inspirados pelas obras de Spencer, Comte e Darwin, seus seguidores acreditam que por meio do empirismo, da capacidade intelectual do homem e da razão seria possível alcançar o desenvolvimento social. Acreditava-se que a divisão do objeto era necessária para obter o conhecimento do todo. Por isso, conforme relata Nunes (2012), ao definir a teoria do delito, Liszt divide-a em aspectos objetivos e subjetivos. A tipicidade e a antijuridicidade formam os elementos objetivos, enquanto que a culpabilidade compreende os elementos subjetivos.

Conforme exposto no capítulo anterior, a partir do conceito de crime, Liszt (2006) desenvolve sua teoria do delito. Conceitua o crime como ação culposa, contrária ao direito, que realiza a conduta tipificada e ameaçada com sanção pelo direito penal. Extraí desse raciocínio os elementos integrantes da teoria geral do crime, quais sejam: a) ação; b) ação contrária ao direito; c) ação culposa. A ação é composta por dois elementos, vontade e resultado, e a antijuridicidade representa a ação contrária ao direito.

O último elemento definido por Liszt (2006) é a culpabilidade. No âmbito dessa categoria, ele desenvolveu a teoria psicológica da culpabilidade, importante para a coerência de sua teoria do delito. Por meio da teoria psicológica, buscou elementos para afastar a responsabilidade objetiva adotada pelo direito penal. Para o autor, a

responsabilização penal necessitava de uma verificação além do nexos objetivo entre a conduta e o resultado. Era necessário um vínculo subjetivo para que o resultado fosse atribuído ao agente criminoso. Liszt (2006, p. 194) busca essa relação subjetiva no conceito amplo de culpa, afirmando que

o injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido.

A teoria desenvolve-se da ideia de responsabilidade pela conduta ilícita e seu fundamento está na conduta antissocial adotada pelo indivíduo. A culpa *lato sensu*, elemento subjetivo do delito capaz de responsabilizar o agente criminoso, foi inserida por Liszt (2006) na culpabilidade. Por isso, sua teoria da culpabilidade foi denominada psicológica.

Ao estruturar a categoria dogmática da culpabilidade segundo a teoria psicológica, esse autor nela inseriu os seguintes elementos: imputabilidade do agente (imputabilidade) e imputação do resultado. A imputabilidade refere-se ao homem mentalmente desenvolvido e são, não tendo a ver com livre arbítrio; é o elemento que verifica se o agente possuía, no momento da ação, o discernimento necessário para a compreensão do caráter delituoso do fato. A imputabilidade deveria existir no momento do crime, não importando sua condição psíquica após a realização do resultado. O segundo elemento, a imputação do resultado, estaria presente na conduta quando o resultado fosse previsto (dolo) ou quando o resultado, ainda que não previsto, pudesse sê-lo (culpa em sentido estrito) (LISZT, 2006).

O dolo e a culpa eram formas de culpabilidade e faziam parte do mesmo conceito. Eram as duas modalidades possíveis para estabelecer o liame subjetivo entre a vontade e o resultado. O agente que atuava com consciência e vontade na realização do resultado praticava o crime na modalidade dolosa. O elemento intelectual do dolo era a consciência, que significa a representação do resultado. Não tem a ver com a consciência da ilicitude, rejeitada pela teoria por ser um elemento normativo. O elemento volitivo do dolo era a vontade. A culpa *stricto sensu* ocorria quando o agente tinha previsto ou era possível prever a produção do resultado, mas não adotou a cautela adequada (MACHADO, 2010).

Definindo a teoria psicológica da culpabilidade, Jürgen Bauman (1973, p. 206) explica que

según el concepto psicológico de la culpabilidad, que antes predominaba, la culpabilidad era la relación psicológica entre el autor y su hecho. En consecuencia, la culpabilidad era algo que sólo existía en el autor y que, además, se agotaba en una relación interna frente a la acción. En el dolo y en la culpa se veían dos especies de culpabilidad. Ya era culpabilidad el dolo o la culpa. El dolo se caracterizaba por la voluntad de resultado de parte del autor y la culpa por la ausencia de esta voluntad.

A teoria psicológica da culpabilidade não é adequada para definir a culpabilidade. Primeiramente, ao definir o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade, incorre em um equívoco, pois eles representam duas formas antagônicas que integram uma mesma coisa. Dolo e culpa são os opostos e consistem em um *querer* e *não querer*, respectivamente. Isso impossibilitou a criação de um conceito superior de culpabilidade capaz de abrangê-los. Nesse sentido, argumenta Damásio de Jesus (2014, p. 468) que

o erro dessa doutrina consiste em reunir como espécies fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa, pelo não querer, conceitos positivo e negativo, não podem ser espécies de um denominador comum, qual seja, a culpabilidade. Não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado. Ora, como é que um conceito normativo (culpa) e um conceito psíquico (dolo) podem ser espécies de um denominador comum? Diante disso, essa doutrina encontrou total fracasso.

A teoria também apresenta dificuldade de explicar a culpabilidade pela prática de um crime omissivo, pois essa modalidade de conduta não representa, no plano objetivo-externo, um fenômeno causal. Por fim, outro problema são as causas de exculpação, em que o agente quer praticar a conduta, está presente o nexo psicológico entre autor e resultado, mas não há culpabilidade. Aquele que atuasse com dolo em situação de coação moral irresistível poderia ser condenado, posto que não há uma análise valorativa sobre a conduta típica e a antijurídica. A única forma de explicar essa situação satisfatoriamente seria deixar de entender a culpabilidade como vínculo psicológico (BITENCOURT, 2013a).

4.2.2 Teoria psicológico-normativa

O positivismo, que adotava o método empírico, próprio das ciências naturais, torna-se questionado e entra em declínio no início do século XX. O movimento filosófico do neokantismo obtém força no mundo científico e sua filosofia estava direcionada ao *dever ser* e à ciência dos valores, a fim de adequar o direito penal à realidade social. Para isso, admitiu a inserção de elementos axiológicos na teoria do delito. A culpabilidade, anteriormente considerada o vínculo subjetivo do autor com o fato, é acrescida de elementos normativos e torna-se um juízo de censura em face da postura ilícita adotada pelo agente (BUSTOS; MALARÉE, 1999). O responsável pelo desenvolvimento da teoria psicológico-normativa foi Reinhard Frank (1907), sendo posteriormente aperfeiçoada por James Goldschmidt (1913), Berthold Freudenthal (1922) e Edmund Mezger (1932).

Reinhard Frank (2002, p. 27) opõe-se à ideia de reduzir a culpabilidade à concepção psicológica. Nega que o dolo e a culpa sejam os únicos elementos da culpabilidade, pois a teoria psicológica descarta outros fatores que são importantes para a apreciação da ação, denominados de “circunstâncias concomitantes”. Esse autor promove o avanço da culpabilidade ao inserir o conceito de reprovação como um de seus fundamentos. Para ele, culpabilidade é reprovação, que será verificada à medida em que a conduta proibida, transgressora da ordem, é capaz de gerar um juízo de reprovação ao autor. O conceito de reprovação exige uma valoração de ordem negativa em relação à conduta adotada, tratando-se de um conceito normativo.

Ao analisar a linguagem comum da vida cotidiana, Reinhard Frank (2002) busca elementos que podem conter significado jurídico. Assim, dispõe que, na prática de uma apropriação ilícita de dinheiro, o caixeiro viajante que possui pouco dinheiro e uma família grande tem uma culpabilidade reduzida em relação ao grande empresário solteiro. Analisando estritamente o dolo, não existe diferença na conduta, mas a partir de um juízo valorativo, é possível firmar que a culpabilidade do primeiro é menor, ante as circunstâncias apontadas. Esse fator que permite medir o grau de culpabilidade está fora do dolo e são, justamente, as denominadas causas concomitantes. As causas concomitantes são utilizadas tanto no dia a dia, quanto nos tribunais para a análise da culpabilidade. Se o princípio está enraizado nas

relações sociais, deveria, por questão lógica, estar presente na lei. Nesse sentido, e analisando o caso exposto, Reinhard Frank (2002, p. 29) esclarece que,

de igual modo que el lenguaje común, los tribunales miden la culpabilidad de acuerdo con las circunstancias concomitantes. Cualquier practicante, en el primer caso, diría que la culpabilidad del acusado se incrementa por su holgada situación económica o disminuye por una situación económica desfavorable. Sería extraño que la interpretación básica de ese lenguaje común no encontrara eco también en la ley. Es lógico. La ley incrementa o disminuye la punibilidad teniendo en consideración las circunstancias concomitantes, pero esto no significa que les acuerde, sin más, influencia directa sobre la culpabilidad. Entonces es muy posible observar en esto la expresión de un incremento o una disminución del interés en la no realización del hecho.

As causas concomitantes possuem a capacidade de atenuar ou excluir a culpabilidade. Entretanto, esse posicionamento não é compatível com a teoria psicológica, pois a culpabilidade contém apenas dolo e culpa. Analisando o estado de necessidade como causa de exculpação, Reinhard Frank (2002) considera que o dolo que se apresenta nessa situação é idêntico àquele de uma conduta culpável. Por isso, a teoria psicológica da culpabilidade tentar justificar a exculpação com base na exclusão do dolo é considerado algo infundado. Diante dessa problemática, o autor demonstra que a culpabilidade não consiste apenas em dolo e culpa. A imputabilidade deixa de ser mero pressuposto para aplicação da pena e torna-se elemento integrante da culpabilidade. Seu conteúdo atrela-se ao estado espiritual normal do autor. Dessa maneira, ele entende que a culpabilidade é composta por imputabilidade, dolo ou culpa e circunstâncias concomitantes.

James Goldschmidt (2002), em sua obra “A concepção normativa da culpabilidade”, propõe alteração na teoria psicológico-normativa da culpabilidade. O autor fundamenta sua teoria a partir da distinção entre *norma jurídica* e *norma dever*. A primeira refere-se ao injusto penal, descrição da conduta criminosa e seu descumprimento. A *norma dever* é um mandato que exige do agente adequar ou motivar sua conduta segundo o ordenamento jurídico. O juízo de reprovação consiste, justamente, na motivação contrária ao conteúdo da *norma dever*. Goldschmidt (2002, p. 100) diferencia as duas normas da seguinte forma:

pero la norma jurídica de acción y la norma de deber se diferencian no sólo porque aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y ésta, la de deber, a la conducta interior, a la motivación, sino que ellas se diferencian también, en relación a su contenido, bajo otros aspectos. Las normas jurídicas de acción pueden ser prohibiciones o mandatos. Las

normas de deber son, por principio, mandatos. Ellas rezan: ¡hazte detener por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado prohibido, y hazte determinar por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado prohibido, y hazte determinar por la representación de tu actuación de voluntad causaría un resultado exigido – por supuesto, como he observado antes – si no estás decidido a ella sin ésta!

O ordenamento jurídico como instrumento motivador de condutas exige que a sociedade obedeça a seus mandamentos. Inexiste motivo de maior relevância do que o dever de obediência ao direito. Entretanto, esse dever – exigibilidade – pressupõe do autor do crime o poder ou domínio sobre o fato, a

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. Existe este poder en cuanto hay “dominio sobre el hecho” (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 104-105).

A teoria psicológico-normativa permitiu uma explicação congruente da exculpação da conduta praticada em estado de erro de proibição. O descumprimento da *norma deber* exige a consciência da antijuridicidade da conduta. Quando esta inexistente, não há que se falar em culpabilidade.

Em 1922, Berthold Freudenthal publica um pequeno artigo científico, intitulado “Culpa e reprovação”, no qual constata uma dissonância entre o direito e a realidade social. O autor salienta que existem casos em que a sociedade em geral, em virtude das circunstâncias do fato, confessa que atuaria da mesma maneira que o agente. Entretanto, apesar da consonância entre a conduta do agente e a opinião pública, o Poder Judiciário impõe uma condenação ao primeiro. Questiona-se se o conceito de dolo estabelecido por von Hippel – atua com dolo aquele que realiza os elementos do tipo penal com consciência e vontade – comportaria essa ideia, fornecendo uma resposta satisfatória.

Conforme lembra Tangerino (2014), a conclusão de Freudenthal é que, adotando esse conceito de dolo, inserido como modalidade da culpabilidade (teoria psicológica), não haveria uma resposta satisfatória, pois o direito concluiria pela punição do agente, enquanto o povo declararia sua inocência. Em virtude dessa disparidade de opinião, Freudenthal (2006) destaca a importância da inserção de elementos normativos na culpabilidade. Por isso, reformula a categoria, fundamentando-a na verificação da exigibilidade de conduta diversa. Admite que a

anormalidade das circunstâncias em que o autor atua é capaz de retirar a possibilidade de agir conforme o ordenamento jurídico, situação que caracteriza a inexigibilidade de conduta diversa. A ausência dessa possibilidade exculparia o autor do fato.

Assim, o juízo de reprovação existente na culpabilidade representaria a verificação valorativa da possibilidade ou impossibilidade de exigir do autor, diante do fato concreto, a adequação de sua conduta ao direito. Havendo possibilidade, cabe ao agente motivar-se conforme o direito. Entretanto, caso exista essa possibilidade e o agente opte pela postura contrária ao direito, estará presente o juízo de reprovação. A exigibilidade de conduta diversa torna-se, assim, o fundamento da culpabilidade, da reprovação (FREUDENTHAL, 2006).

A teoria proposta analisa o sujeito concreto e as causas concomitantes no momento da sua conduta, a fim de aproximar o direito à realidade. Ao analisar o caso concreto, visando à verificação da exigibilidade da conduta conforme o direito, a culpabilidade realiza um juízo individual, baseado na reflexão hipotética e valorativa. Para fins dessa verificação, Eberhard Schmidt e Edmund Mezger propõem o critério do *homem médio*, fixando a análise da exigibilidade a partir do sujeito abstrato. Esse posicionamento obteve maior adesão, conforme Fábio Machado (2010, p. 63), que, contextualizando o período e o desenvolvimento lógico da teoria de Freudenthal dispõe que,

acerca de sua concepção dogmática, não se deve isolada do momento histórico e econômico vivido na Alemanha. Após a 1ª Guerra Mundial e imposto um panorama sofrível aos países derrotados, pretendeu este autor [Freudenthal] amenizar os rígidos princípios estabelecidos rumo a sentenças mais próximas da realidade da vida, e isto porque o Direito, suas categorias e institutos estão voltados para o homem, e não o contrário. Assim, nesta estrutura a inexigibilidade assume natureza de princípio geral de Direito, servindo à exculpação da reprovabilidade. Para Freudenthal, a ideia da exigibilidade da não execução tem que ser estabelecida de forma individualizada, segundo as circunstâncias do caso concreto e as possibilidades reativo-afetivas de seu protagonista. Asseverava o autor com base em von Hippel, que “o dever de evitar pressupõe poder evitar”. Quem julga é o Direito, e através dele a concepção cultural do povo. Portanto, os seres humanos devem comportar-se conforme as expectativas sociais.

O princípio da exigibilidade de conduta diversa é desenvolvido com base no livre-arbítrio e na capacidade de autodeterminação do ser humano. Torna-se um postulado autônomo no âmbito da culpabilidade, sendo considerado causa de

exculpação sempre que as circunstâncias não exigirem do agente conduta diversa (DONNA, 1996).

Apesar do avanço obtido pelo desenvolvimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, fixando o conteúdo e as funções da inexigibilidade de conduta diversa, ela não é a melhor forma de integralizar a culpabilidade. O dolo se manteve na culpabilidade e deixa de ser puramente psicológico para tornar-se psicológico-normativo. Passa a ser composto por vontade (elementos volitivo), consciência (elemento intelectual) e consciência atual da ilicitude (elemento normativo).

Diante disso, Mezger detecta um problema, qual seja, um indivíduo que se desenvolve em um ambiente em que se admite a prática habitual de condutas ilícitas não teria consciência da ilicitude de sua conduta. Significa que o criminoso habitual, por não ter consciência da ilicitude, não teria o dolo em sua conduta, logo, a culpabilidade deveria ser afastada. Para solucionar a questão, o autor desenvolveu a *culpabilidade pela condução de vida*, teoria discriminatória que define a personalidade do autor como o objeto principal da censura. Tal teoria afasta-se do fato concreto. Assim, para os indivíduos que conduziam sua vida de modo socialmente desvalioso, não seria necessária a presença da consciência da ilicitude para verificação do dolo. Essa contribuição não prosperou (BITENCOURT, 2013a).

Apesar da existência de críticas, esse período do desenvolvimento da teoria psicológico-normativa (1907-1932) foi importante para o desenvolvimento da culpabilidade. A inexigibilidade de conduta diversa é destacada como elemento necessário para a formação do juízo de reprovação. A fim de resgatar a importância e a fundamentação do princípio, o presente trabalho destacará, nas seções a seguir, dois pensadores importantes para a sua conclusão.

4.2.2.1 Berthold Freudenthal

No âmbito do direito penal é absolutamente inaceitável a condenação de um inocente. A culpabilidade como juízo de reprovação se esvaziaria. Por isso, o problema proposto por Freudenthal (2003, p. 63) está em volta da seguinte discussão: por que condenar alguém que não podia fazer nada diante do caso concreto? Por que condenar aquele que atuou como qualquer outro autuaria? A sociedade, ao se colocar na posição do acusado, admitiria que realizaria a mesma

conduta. Sendo a opinião pública unânime em julgá-lo como inocente, por que condená-lo? É admissível e sustentável juízo de valores diversos, juristas entendendo que o agente é culpado e a sociedade, inocente?¹

A discussão colidirá com o conceito de dolo adotado: conhecimento e vontade dirigida à realização do tipo penal. Na modalidade dolo eventual, a problemática se agrava. Por isso, Freudenthal (2003, p. 64) alerta que

pero, como se comporta este concepto del dolo ante la pregunta de la que partimos, a saber, si, conforme a la situación general del caso, cualquiera habría obrado así como el autor lo hizo? Está puede haber realizado el supuesto de hecho consciente y voluntariamente en todas sus partes – incluida la antijuridicidade –, sin que se hubiese podido esperar de él, según las circunstancias, algo distinto que esse hecho. Entonces, el jurista lo halla culpable; el pueblo, inocente.

Segundo Freudenthal (2003), integram a culpabilidade os elementos imputabilidade, dolo e culpa e inexigibilidade de conduta diversa. Essa última é capaz de atenuar ou excluir a culpabilidade quando existirem circunstâncias anormais estranhas ao dolo e à culpa no momento em que o agente atua. Ao analisar o estado de necessidade, o autor entende ser este causa de exclusão da culpabilidade, pois falta ao agente, ante as circunstâncias anormais do fato, o *poder agir* de outra maneira, que integra o juízo de reprovabilidade necessário à culpabilidade. Assim, Freudenthal (2003, p. 73) expõe que

[...] donde se presente el estado de necesidad, faltará el poder del autor, y con él, la evitabilidad de lo perpetrado, la reprochabilidad del hecho, la exigibilidad del no haber obrado [...]. Falta el poder: el autor no pudo, bajo las circunstancias concomitante que hemos exposto, evitar la perpetración del hecho. El deber quedo en esto intacto.

Em relação aos crimes culposos, que verificam se o autor observou seu dever de cuidado, Freudenthal (2006, p. 77) exige a observância se, diante do fato concreto, o agente podia evitá-lo, pois “el deber de evitar presupone poder evitar”. No caso do cocheiro que perde o controle do cavalo reconhecidamente instável, o Superior Tribunal alemão afastou a observância do dever de cuidado (culpa), em virtude das

¹ Freudenthal (2003, p. 63) questiona que “más de alguna vez declaramos culpable al que, en el lenguaje de los legos, ‘nada podía’ hacer en lo sucedido, al que ‘há obrado como cualquiera habría hecho en su lugar”.

circunstâncias concomitantes (possibilidade de dispensa do emprego), com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

Freudenthal (2006) defende, também, a aplicação do princípio em relação aos crimes dolosos, apesar de Reinhard Frank apresentar dificuldade sobre o tema (HENKEL, 2005). Para justificar sua teoria, Freudenthal vale-se do caso da cegonha que traz os bebês, em que a parteira dolosamente fraudava a data do nascimento para que não perdesse sua fonte de subsistência.

A partir da proposta de Freudenthal, outro pensador que utiliza a ideia de exigibilidade como princípio capaz de excluir a culpabilidade independentemente da existência de causa legal de exclusão é Heinrich Henkel, cujo pensamento é apresentado a seguir.

4.2.2.2 Heinrich Henkel

Em 1953, Henkel (2005) publica o livro “Exigibilidade e inexigibilidade como princípio jurídico regulativo”, analisando o princípio da exigibilidade de conduta diversa à luz da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Destaca a exigibilidade como elemento integrante da culpabilidade e a inexigibilidade como causa de exculpação. Dispõe a exigibilidade como instrumento importante para o legislador e para a aplicação do direito. Segundo o autor, este princípio tem aplicabilidade em vários ramos do direito, sendo um dos integrantes da teoria geral do direito. No direito civil, as obrigações firmadas e exigidas são baseadas no princípio da boa-fé. Os contratos que sofrem variações exorbitantes em virtude de circunstâncias anormais e inesperadas – por exemplo, guerra e crise econômica, que majoram absurdamente o preço dos produtos – podem ter o dever de prestação limitado pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa. Assim, Henkel (2005, p. 46) esclarece que

el concepto de exigibilidad sirve, pues, como indicación de que el juez podría hacer aquello que al legislador resulta imposible, esto es, trazar por sí mismo los límites – que no se puede determinar de un modo general – para el caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias particulares y fundándose en las concepciones particulares y fundándose en las concepciones jurídicas y representaciones de valor que quepa reconocer como dominantes.

Henkel (2005) considera o princípio da exigibilidade um princípio regulativo, que pode atuar na lei positivada ou no espaço legalmente livre existente no direito. Não

estabelece o conteúdo preciso da decisão, mas fornece o caminho exato para alcançá-lo diante do fato concreto. São situações em que uma norma geral não consegue alcançar o fato, que somente serão resolvidas considerando as circunstâncias individuais, a partir das quais se fixa o conteúdo. Seria impossível, ainda que o legislador empregasse esforços de forma exaustiva, estabelecer todas as causas de exclusão da culpabilidade. Como princípio regulativo, a inexigibilidade conferiria ao julgador essa possibilidade, ainda que não positivada pela lei. A função metodológica do princípio fica demonstrada, assim como sua relevância para todo o ordenamento jurídico.

Em virtude de seu caráter regulativo, Henkel (2005) nega que a exigibilidade seja uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois ela ultrapassa o campo desta e alcança tanto a tipicidade quanto a antijuridicidade. O autor admite a existência de causas extralegais de exculpação, mas nega essa função da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação. Nesse sentido, expõe que

ahora se presenta la ulterior cuestión de si hay, además. Posibilidad de extralegales de inculpabilidad y si en ello la “no exigibilidad” cumple el papel de una “causa supralegal de exculpación”. [...] la solución correcta reside en que hay que reconocer ciertamente la posibilidad de una exculpación extralegal y, en cambio, denegar a la inexigibilidad la jerarquía de una “causa supralegal de exculpación” (HENKEL, 2005, p. 115).

No âmbito dos delitos culposos, o autor entende não haver dificuldade na aplicação do princípio, pois ele está relacionado diretamente com a obrigação do dever de cuidado existente nesses tipos penais. Nesses casos, sempre que diante das circunstâncias anormais do fato não for exigível outra conduta do autor (dever de cuidado), “[...] la exigibilidad aparece como una causa ‘supralegal’ de exclusión de la culpabilidad” (HENKEL, 2005, p. 48). Da mesma maneira, reconhece a aplicação aos delitos dolosos.

4.2.3 Teoria normativa pura

Após o término da Segunda Guerra Mundial, Welzel (1956) retoma seus estudos no âmbito da dogmática penal e propõe a teoria finalista da ação. Reconhece que toda ação humana é direcionada a um determinado fim e que o homem é um ser responsável. Altera a estrutura da teoria do delito e integra no injusto penal os elementos subjetivos, dolo e culpa. Essa mudança decorre da conclusão de que, se

toda ação humana é dirigida a um fim, a vontade estaria na conduta, mudando o posicionamento dos elementos subjetivos, antes integrados à culpabilidade. Nesse sentido, Toledo (1994, p. 227) defende que “toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, é o seu elemento direcional, é, em resumo, o dolo”. O dolo representa o dolo natural, que consiste na vontade e no conhecimento da conduta adotada. A ideia de potencial consciência da ilicitude permanece na culpabilidade.

O responsável pela mudança decisiva da culpabilidade foi Graf zu Dohna, que por meio da separação entre a valoração (reprovabilidade) e o objeto de valoração (dolo) reduziu a culpabilidade à valoração do objeto (WELZEL, 2004). Assim, a culpabilidade perde seus elementos psicológicos e torna-se puramente normativa. A vontade dirigida à prática de um ilícito penal é o objeto de análise da reprovação. A culpabilidade é a reprovação dessa vontade contrária ao direito e na qual se encontram os elementos necessários para a aplicação da pena. É a partir da vontade que se fundamenta a culpabilidade, que consiste no fato de que o autor devia e podia ter agido conforme o ordenamento jurídico. Trata-se de uma reprovação pessoal do autor. A culpabilidade representa a valoração, a censurabilidade; o dolo, o objeto dessa valoração (TOLEDO, 1994).

A relação entre vontade e culpabilidade é assim vista por Welzel (1956, p. 126):

culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. El autor habría podido adoptar en lugar de la resolución de voluntad antijurídica – tanto si ésta se dirige a la realización dolosa del tipo, como si no aplica la dirección final mínima exigida – una resolución de voluntad conforme con la norma. Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad. Sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable.

A essência da culpabilidade é a ideia de reprovabilidade. Esse juízo de reprovação está presente no legislador, no momento de valorar a conduta a ser incriminada, e na figura do juiz, que a partir dos elementos da culpabilidade irá averiguar o objeto de sua valoração, a vontade contrária ao direito. A culpabilidade é uma qualidade negativa da ação do autor. É dela que se depreendem os elementos que demonstram a reprovação ou não. Assim, afasta-se a ideia segundo a qual a reprovação estaria na cabeça de quem julga.

A culpabilidade contém uma dupla relação com o fato criminoso. A primeira acepção é a de que a conduta adotada pelo agente é antijurídica, contrária ao *dever ser* estabelecido pelo ordenamento. Na segunda, o autor poderia realizar sua conduta conforme o direito, que representa o *poder ser* jurídico. A análise vai além da contrariedade entre o fato e o direito, pois realiza um juízo de valor negativo pessoal do autor em, podendo fazê-lo, não ter atuado conforme o direito. A culpabilidade representa um conceito valorativo negativo e, por isso, comporta diferentes graus. Sua variação dependerá da importância que tenha a exigência do direito e o nível de dificuldade do autor em satisfazê-la. Quando a conduta exigida pelo direito for mais fácil de ser adotada, a culpabilidade será maior. Existindo circunstâncias que dificultem ou impeçam a conduta exigida, a culpabilidade será menor ou inexistirá (WELZEL, 2004). A culpabilidade analisará o dolo e as circunstâncias externas e internas existentes na adoção da conduta para a formação do juízo de reprovação. O grau de reprovação é diferente do indivíduo que furta o caixa da empresa em que trabalha para pagar um tratamento médico indispensável ao seu filho, daquele que furta para viajar no final do ano.

A teoria normativa pura da culpabilidade dispõe na culpabilidade os elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, sendo definida por Nunes (2012, p. 133) como

reprovação de um sujeito imputável (pode saber e controlar o que faz) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito conhece a ilicitude do que faz) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito tem o poder de não fazer o que faz).

Esses elementos serão abordados de forma individual no tópico seguinte.

Conforme o exposto, a teoria normativa pura da culpabilidade tem seu nascedouro com a teoria finalista da ação. Entretanto, as atuais propostas de reformulação da teoria do delito mantêm o mesmo posicionamento. O funcionalismo teleológico de Claus Roxin (1981)² mantém a culpabilidade com seu caráter normativo, apesar de

² Assim, dispõe Roxin (1981, p. 193) que “por eso, preferiría que en el sistema del Derecho Penal la categoría llamada “culpabilidad” pasara a denominarse “responsabilidad”. De este modo, los presupuestos de la pena serían tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad. El concepto de responsabilidad comprende el de culpabilidad, pero es más amplio que éste, al incluir además los presupuestos preventivos de la necesidad de pena”.

reformular a categoria. Esse autor propõe que a teoria do crime seja composta por tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade. Essa última categoria seria composta pela culpabilidade, com todos os seus elementos, e os fins da pena. Diante do fato concreto, inexistindo a finalidade da aplicação da pena ao agente, a subcategoria *fins da pena* estaria excluída, estando ausente a responsabilidade. Causas de exclusão da culpabilidade, por exemplo, o estado de necessidade exculpante, o erro de proibição, a legítima defesa excessiva, seriam justificadas pela ausência de qualquer finalidade na aplicação da pena. Explica o autor que nesses exemplos mencionados os agentes possuem idoneidade para serem destinatários da norma. Portanto, não há que se falar em ausência da culpabilidade, mas, sim, inexistência de qualquer necessidade preventiva da pena (ROXIN, 1981)³.

Ainda esclarece Claus Roxin (1981, p. 151-152) que

en el marco de la culpabilidad como fundamento de la pena me interesa, en primer lugar y sobre todo, demostrar que las tradicionales “causas de exclusión de la culpabilidad” son, en verdad, casos de exclusión de la responsabilidad basadas en los fines de la pena. [...] mi tesis es la de que son consideraciones de prevención general y especial las que, en los supuestos de dificultad para poder actuar de modo distinto, aconsejan al legislador renunciar o no a la sanción. El que actúa en la situación prevista en el § 35, párr. 1.º, sec. 1.º, o en el § 33, StGB, podría, desde el punto de vista de la “culpabilidad” ser castigado — aun cuando de forma atenuada —; pero, a pesar de ello, queda sin sanción, porque no existen razones de prevención general ni especial que aconsejen su castigo.

Dessa forma, a discussão das causas que excluem a culpabilidade seria resolvida e realocada segundo os fins da pena, ou seja, se diante do fato concreto a aplicação da sanção penal atingiria alguma finalidade. Com isso, por exemplo, a discussão da inexigibilidade de conduta diversa com causa supralegal da culpabilidade seria deslocada para o âmbito dos fins da pena. A análise do fato concreto discutiria se a pena a ser aplicada cumpriria alguma função e não seria exigível outra conduta. Isso poderia até ser um fundamento para concluir pela inexistência de qualquer finalidade da pena.

³ “Si el análisis que acabo de hacer es acertado, es claro que desde el punto de vista terminológico no es correcta la expresión actúa «sin culpabilidad» utilizada por el legislador alemán en el § 35, StGB; ya que en verdad en el estado de necesidad no se actúa sin culpabilidad, sino que, por falta de necesidad preventiva de una pena, no se hace responsable a quien actúe en dicha situación” (ROXIN, 1981, p. 192).

4.3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é uma categoria dogmática que integra o conceito analítico de crime. É composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Esses elementos não se apresentam como pressupostos uns dos outros e são hierarquicamente iguais. Em virtude disso, quando existir a concorrência de causas que excluam alguns deles, deverá ser dada preferência ao mais benéfico. Por exemplo, entre a inimputabilidade e o erro sobre a ilicitude do fato, prevalecerá esse último, pois a inimputabilidade acarretaria a imposição de medida de segurança. A partir da análise dos princípios gerais do direito, não seria possível exigir mais do inimputável que do imputável. Além disso, sabendo que a culpabilidade analisa a individualidade do autor, as causas que excluem a culpabilidade são pessoais, ou seja, na existência de concurso de pessoas, cada indivíduo será analisado para fins de verificação de causas de exculpação.

Não adotamos o dolo e a culpa como elementos da culpabilidade. Nega-se o sistema causalista. O conceito causalista da ação (dolo normativo) considera que esta é a vontade consciente de realizar a conduta típica, acrescida da consciência da ilicitude, localizada na culpabilidade como um de seus elementos. Adota-se o sistema finalista da ação e o conceito de conduta final. Dessa maneira, dolo e culpa integram os elementos subjetivos do tipo. O dolo é definido como a vontade dirigida à realização da conduta típica. Sua verificação depende apenas de que o agente atue com objetivo de realizar o tipo penal. Em relação à consciência da ilicitude da conduta, ela permanece na culpabilidade. Toda questão que envolver a consciência da ilicitude da conduta é resolvida no âmbito da culpabilidade. Exemplificando, aquele que atua com intenção de matar alguém preenche o quesito do dolo natural, não importando se tem consciência ou não da ilicitude do seu ato, pois essa questão é resolvida na culpabilidade. Diante disso, justifica-se a ausência do dolo e da culpa como elemento da culpabilidade.

O presente tópico não tem a finalidade de esgotar o conteúdo dos elementos que integram a culpabilidade, dedicando-se de forma aprofundada apenas ao elemento exigibilidade de conduta diversa, que será analisado em capítulo próprio, a fim de

atingir o objetivo desta pesquisa. Antes disso, porém, é importante discorrer sobre a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude, o que será feito a seguir.

4.3.1 Imputabilidade

As civilizações antigas, entre elas, hebreus, egípcios e gregos, entendiam que a loucura (doença mental) era produto dos maus espíritos. Foi o direito romano que modificou o tratamento sobre a matéria. No âmbito do direito civil, por exemplo, os romanos estabeleceram que a guarda da pessoa alienada deveria ser atribuída à pessoa mais próxima da família, a fim de evitar prejuízos a ela ou a terceiros. Em relação ao direito penal, a prática de um crime pelo alienado mental não era punida, sob a fundamentação de que a doença já representava um fardo (castigo) imposto pelos deuses, sendo digno de piedade. Outra fundamentação, realizada a partir dos princípios do direito, residia na impossibilidade de o doente mental compreender o ato cometido, não sendo possível responsabilizá-lo, portanto. Apenas no final do século XVIII a loucura é visualizada como doença e com o desenvolvimento da psicanálise novas evoluções sobre a matéria ocorreram (PONTE, 2001).

No Brasil, o Código Penal do Império (1830) foi o primeiro diploma a tratar da matéria, ao dispor das condutas praticadas por “louco de todo o gênero”. A prática do delito pelo doente mental culminava no seu recolhimento em estabelecimento adequado ou ser entregue à respectiva família (PIERANGELI, 2001).

Para a teoria normativa pura da culpabilidade, a imputabilidade, também denominada de capacidade de culpabilidade, é a verificação da capacidade do autor para entender a ilicitude do fato e determinar-se conforme esse entendimento, ou seja,

é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade (NUCCI, 2014b, p. 269).

No mesmo sentido, Antônio Carlos da Ponte (2001, p. 26-27) explica que

a imputabilidade pode ser delimitada como o mínimo de capacidade do agente para compreender as conotações antijurídicas de seu comportamento e para determinar-se conforme esse entendimento. Essa capacidade supõe a existência de conceitos biológicos (maioridade penal, possibilidade de ouvir e falar), psiquiátricos (sanidade mental), psicológicos

(maturidade psíquica e voluntariedade) e antropológicos (entendimento dos padrões socioculturais que imperam em um meio estranho). Entendido desse modo, a imputabilidade pode ser definida como aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimento, que tem como equivalente a capacidade penal. Em suma, é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se segundo esse entendimento.

A existência da capacidade de culpabilidade do autor necessita da presença dos elementos da maturidade e da higidez mental. Em relação à primeira condição pessoal, o Brasil adotou o critério cronológico: o agente para ser imputável deve ser maior de 18 anos (PIERANGELI, 2001). Quanto à higidez mental, existem três teorias que visam a averiguar a inimputabilidade. A primeira é a teoria psiquiátrica ou biológica. Ela considera exclusivamente a saúde mental do agente, que deverá ser portador de enfermidade ou transtorno mental, ou seja, uma patologia clínica. Diferentemente, a teoria psicológica considera a capacidade do agente de entender a ilicitude de sua conduta e determinar-se conforme esse entendimento. Por fim, há a teoria biopsicológica ou mista, que representa a junção das duas teorias, ou seja, analisa a existência de alguma doença mental e a capacidade do agente para o entendimento da ilicitude e para comportar-se conforme esse entendimento. Nos termos do artigo 26 do Código Penal⁴, o Brasil adotou esse último posicionamento (BRASIL, 1940).

Importante ressaltar que a definição do conceito de imputabilidade não foi estabelecida pelo Código Penal de 1940. Ela é extraída a partir das causas que excluem a culpabilidade pela inimputabilidade dispostas no citado diploma legal. É realizada uma análise *contrario sensu* desses dispositivos. A matéria está estabelecida nos artigos 26 ao 28 do Código Penal.

Segundo os citados dispositivos, são causas que excluem culpabilidade pela inimputabilidade do agente: ter idade inferior a 18 anos, ser portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que o tornem

⁴ “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior que o deixe inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se conforme tal entendimento.

4.3.2 Potencial consciência da ilicitude

Em relação ao potencial conhecimento da ilicitude, não se trata de elemento subjetivo, mas, sim, normativo. Sua valoração não incide na verificação real da consciência da ilicitude, posto que é inacessível. Representa a possibilidade de o agente, diante do fato concreto, ter a possibilidade de saber o caráter ilícito de sua conduta (BUSATO, 2013). É uma questão potencial – condição de o agente ter acesso à informação de que sua atitude é ilícita –, e não real. A existência de um erro quanto a essa percepção propicia o erro de proibição, que pode ser vencível ou invencível. O primeiro atenua a pena e o último exclui a culpabilidade.

A culpabilidade é fundamentada no poder agir conforme a norma. Para isso, é necessário que o autor tenha possibilidade de conhecer a ilicitude de seu ato. Enquanto a imputabilidade analisa a capacidade de culpabilidade do autor, a potencial consciência da ilicitude verifica a possibilidade de o agente conhecer a antijuridicidade de sua conduta. Trata-se de um critério normativo que não visa a comprovar o entendimento real do autor sobre a ilicitude, mas apenas aquilo que ele podia conhecer. Averigua as possibilidades de ele obter esse conhecimento. Justifica-se esse entendimento na absoluta impossibilidade da comprovação material da consciência da ilicitude do autor, pois está situada em seu intelecto, local inacessível. A essência e o fundamento para a reprovação da consciência da ilicitude é a certeza, a ciência ou a possibilidade do acesso dessa informação, pelo autor, de que está agindo contrário ao direito (BUSATO, 2013).

A constante expansão do direito penal e o surgimento de novos tipos penais dificultam o conhecimento e a integralização das normas penais na sociedade. Isso impossibilita a conscientização da ilicitude de determinadas condutas, fato que por vezes nem o próprio operador do direito tem ciência. A situação se agrava para o cidadão leigo, indivíduo que não convive no ambiente jurídico (BRANDÃO, 2010). Por isso, é importante definir o objeto da potencial consciência da ilicitude que

delimitará o “[...] substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto necessário para configurar a consciência da antijuridicidade do fato”, de acordo com Santos (2014, p. 302), segundo o qual três teorias se dispõem a definir o objeto.

A teoria tradicional, cujos adeptos são Jescheck e Weigend, define a antijuridicidade material como objeto da consciência do injusto; basta que o autor saiba que sua conduta contradiz a moral ou ordenamento jurídico, seja na área cível, pública, penal etc. Esse entendimento é suficiente para motivar o autor a não praticá-la. Nesses termos, Jescheck (1978, p. 624) defende que

o objeto da consciência do injusto não é o conhecimento do preceito jurídico vulnerado nem punibilidade do fato. Basta, pelo contrário, que o autor saiba que o seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária e que, por conseguinte, encontra-se proibido juridicamente. Em outras palavras, é suficiente o conhecimento da antijuridicidade material, como conhecimento ao modo do profano.

Diferentemente, a teoria moderna, representada por Otto, dispõe que a consciência da ilicitude exige do autor o conhecimento de que sua conduta é punida com uma sanção penal. Ou seja, o autor deve ter ciência de que está infringindo uma norma penal positivada, não sendo necessário conhecê-la minuciosamente (SANTOS, 2014).

Por fim, Claus Roxin apresenta uma teoria intermediária entre as duas apresentadas, vinculando-a à ideia de bem jurídico. Em relação a isso, Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 303) esclarece que o

[...] objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto.

A teoria intermediária aproxima-se da teoria moderna, ao exigir o conhecimento da lesão do bem jurídico disposto no tipo penal legal.

A ausência da consciência da ilicitude acarreta o erro de proibição. Ou seja, o autor realiza determinada conduta sem consciência da antijuridicidade, acredita que não está praticando nenhum delito. O erro de proibição inevitável exclui a culpabilidade, enquanto que o erro evitável atenua a sanção penal. Nesse caso, a adoção de uma maior observância e cautela permitiria ao autor conhecer a ilicitude de sua conduta.

A matéria é tratada no artigo 21⁵ do Código Penal e não pode ser confundida com o erro de tipo disposto no artigo 20⁶ do referido diploma legal, que se refere ao erro

[...] que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposo (NUCCI, 2014b, p. 321).

Importante destacar o tratamento diferenciado do erro sobre as causas de justificação, denominadas discriminantes putativas. Quando o erro sobre as causas de exclusão da ilicitude versar sobre sua existência ou seu limite, é pacífico o entendimento da doutrina de tratar-se de erro de proibição, que possibilita a isenção ou diminuição da pena, conforme a possibilidade de evitá-lo. Entretanto, quando o erro incidir sobre os pressupostos fáticos da causa de justificação, a doutrina diverge no entendimento. Os adeptos da teoria extremada da culpabilidade entendem ser hipótese de erro de proibição (exclui ou atenua a culpabilidade), pois o agente atua com dolo, o mesmo que existe quando o agente atua em legítima defesa. Portanto, persistindo o dolo, trata-se de erro de proibição, e não erro de tipo. Diferentemente, os adeptos da teoria limitada da culpabilidade entendem ser hipótese de erro de tipo e, nesse caso, o erro sobre os pressupostos da excludente de ilicitude afastaria o dolo. Conforme lembra Nucci (2014b), este foi o entendimento adotado pelo Código Penal, conforme a exposição de motivos⁷ e o artigo 20, parágrafo 1º.

⁵ “Artigo 21 - 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. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (BRASIL, 1940)

⁶ “Artigo 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei” (BRASIL, 1940).

⁷ Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elemento do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada teoria limitada da culpabilidade.

5 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

5.1 O DESENVOLVIMENTO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

No período do descobrimento do Brasil, os indígenas organizavam-se por meio do direito consuetudinário. O direito penal estava vinculado aos costumes e à ideia de vingança privada, coletiva e de talião. Punia-se o homicídio, a deserção, o roubo, entre outras condutas. Os indígenas adotavam em seus costumes a pena de tortura, de morte e de banimento. Em virtude da cultura primitiva, suas práticas não influenciaram no direito dos colonizadores (PIERANGELI, 2001).

O Brasil, ao tornar-se colônia de Portugal, era considerado uma extensão do Reino. A lei vigente em Portugal também vigia na colônia. No início do descobrimento, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, de Dom Afonso V, desenvolvidas na dinastia de Avis e promulgadas em 1446. Sua inspiração advinha do direito romano, do direito canônico e do direito costumeiro. Após a Idade Média, foi considerado o primeiro código completo na Europa. Em seguida, vigoraram, de 1514 a 1603, as Ordenações Manoelinas, de Dom Manoel, o Venturoso. Ambos os diplomas eram compostos por cinco livros, sendo o último reservado ao direito penal e ao processo penal.

As Ordenações Afonsinas e Manoelinas tiveram pouca aplicabilidade no Brasil, pois o processo de colonização iniciou-se apenas em 1530. A dificuldade com a impressão e divulgação também obstaculizava sua adoção. Apenas nas capitanias mais desenvolvidas, São Vicente e Pernambuco, as Ordenações Manoelinas tiveram maior utilidade (DOTTI, 2013). Durante o regime de capitanias hereditárias, adotava-se um direito informal e arbitrário, determinado pelo donatário. As cartas de doações conferiam a ele todo o exercício da justiça e a distância do Reino de Portugal dificultava a fiscalização da aplicação do direito (PIERANGELI, 2001). Por causa do processo de colonização, as Ordenações Filipinas tiveram maior aplicabilidade no Brasil.

5.1.1 Ordenações filipinas

O Rei Felipe II da Espanha, ao ser empossado como rei em Portugal sob o nome de Felipe I, ordenou a reorganização dos códigos, tarefa confiada aos desembargadores Paço Paulo Afonso e Pedro Barbosa. Em 1603, os novos códigos entraram em vigência, sendo ratificados em 1643 por Dom João IV e em 1823 por Dom Pedro I. Sendo sua aplicação extensiva à colônia, esse foi o Código Penal que teve período de vigência mais extenso no Brasil até o momento (1603-1830) (PRADO, 2011).

As Ordenações Filipinas seguiram a mesma sistemática das outras ordenações, inclusive recebendo críticas por serem “cópia mal feita”. O direito penal e o processo penal estavam dispostos no temível Livro V. Sua finalidade era disseminar o terror por meio do direito penal. A matéria era disposta de forma assimétrica, não possuía uma ordem lógica. Os tipos penais incriminadores eram excessivos e sua disposição, sempre vaga, confusa e obscura. Confundia-se o direito penal com a moral e a religião. As penas cominadas aos tipos penais eram desproporcionais e a pena de morte era a mais utilizada. Eram estabelecidas diversas penas cruéis, por exemplo, a tortura, a pena de morte por afogamento ou pelo fogo. Admitia-se a tortura como meio legítimo de prova (BRUNO, 1967).

A confusão entre o direito e a religião é disposta de forma clara. Os cinco primeiros títulos tratam de questões religiosas, por exemplo, a incriminação dos hereges, dos apóstatas, dos que blasfemam de Deus, dos feiticeiros e dos que benzem cães. Em seguida, prevê o crime de lesa-majestade, que, considerado o mais grave da época, era equiparado à lepra, doença abominável e estigmatizante do período. O crime de lesa-majestade considerava criminoso qualquer ato de traição praticado contra a pessoa do rei ou seu reino. A pena cominada era a de “morte natural cruelmente” e o confisco de todos os bens. A sanção penal estendia-se aos herdeiros, que eram excluídos da herança e infamados para sempre, em virtude da maldade cometida pelo pai. A pena era capaz de atingir até a terceira geração da família⁸

⁸ Pierangeli (2001, p. 21) destaca o Título VI, nº 13: “E em qualquer destes casos acima declarados, onde os filhos são excluídos da herança do pai, se forem varões, ficarão infamados para sempre [...]. E esta pena haverão pela maldade que seu pai cometeu. E o mesmo será nos netos, somente cujo avô cometeu o dito crime”.

(PIERANGELI, 2001). Dotti (2013) destaca que um dos líderes da Inconfidência Mineira, Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, foi processado e condenado por esse crime.

As ordenações não apresentavam uma parte geral que estruturasse a aplicação dos crimes dispostos. Não existia um delineamento do princípio da culpabilidade. A responsabilidade penal era objetiva e, por vezes, demonstrava-se a culpa por meio da tortura. As penas eram desproporcionais, cruéis e seletivas, pois a nobreza, em regra, recebia a pena de multa. A execução da pena era disposta em capítulo próprio e descrevia o procedimento a ser adotado.

5.1.2 Código Criminal do Império

Proclamada a independência e promulgada a Constituição de 1824, era imperiosa a elaboração de um novo Código Penal, condizente com a nova realidade social e com os avanços na área penal. O artigo 179, parágrafo 18 da Constituição de 1824 determinava a criação de um Código Penal fundado no princípios da justiça e da equidade. A lei de 20 de outubro de 1823 determinou que fossem observadas as Ordenações Filipinas até o advento do novo Código Penal, em 1830. A elaboração do projeto do código foi confiada a José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos, sendo que esse último teve preferência. O projeto foi aprovado na Câmara em 20 de outubro de 1830, sendo remetido ao Senado. No dia 16 de dezembro, Dom Pedro I sancionava-o (NORONHA, 2004).

A Constituição Federal de 1824 adotou o ideal do liberalismo e influenciou o Código Criminal do Império, que teve influência nos postulados utilitaristas de Bentham, do Código Francês de 1810 e do Código Napolitano de 1819. Trata-se de um diploma cujas marcas são a originalidade e o avanço científico, sendo objeto de estudos e de influência para as legislações espanholas e latino-americanas. Uma de suas virtudes foi seguir e adequar-se aos movimentos da época, além de buscar o avanço científico por meio de inovações jurídicas.

Roberto Lyra (1946) destaca a originalidade desse código citando as inovações trazidas ao direito penal, entre elas, a fixação de critérios para individualização da pena, o estabelecimento da cumplicidade e seus efeitos, a previsão de circunstância atenuante da menoridade, o arbítrio do juiz no julgamento dos menores de 14 anos,

a reponsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, a indenização do dano *ex delicto* e a imprescritibilidade da condenação.

O Código Criminal do Império apresenta uma sistematização própria. A primeira parte trata “dos crimes e das penas”, seguido pelos “crimes públicos”, “crimes particulares” e “crimes policiais”. A primeira categoria está relacionada à parte geral do código, pois apresenta o princípio da legalidade, os conceitos de crime e de coautoria, as causas justificantes, as circunstâncias que agravam e atenuam a pena e a forma de aplicação da própria pena. Quanto a esta, importante destacar que estava subdividida em graus máximo, médio e mínimo, não admitindo aplicação de pena diversa, nem em quantidade diversa⁹.

O Código Criminal do Império inicia-se com o princípio da legalidade, ao dispor que “não haverá crime ou delicto (palavras sinônimas neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique” (PIERANGELI, 2001). Na análise de Tobias Barreto (2004a), o princípio da *nullum crimen sine lege* é indispensável para conceituar crime, pois se trata de uma entidade jurídica. Somente é crime aquilo que a lei estabelece, cujo valor jurídico é conferido pelo legislador.

O artigo segundo dispõe ser crime ou delito a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais. O artigo 3º assevera que “não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar” (PIERANGELI, 2001). Dessa forma, são pressupostos do crime a vontade, a má-fé, o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo (BARRETO, 2004b). O artigo 10º complementa esse conceito, ao estabelecer que não se consideram criminosos

§1º os menores de quatorze anos; § 2º os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime; § 3º os que cometerem crimes violentados, por força ou por medo irresistíveis; § 4º os que cometerem crimes casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária (PIERANGELI, 2001, p. 168).

Destaca-se o artigo 10º, parágrafo 3º, que não considera criminoso aquele que realiza o crime em virtude da coação física ou por medo irresistível. A ideia de medo

⁹ “Artigo 33. Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio ou mínimo, salvo o caso em que aos juízes se permitir arbítrio”, conforme compilação apresentada em Pierangeli (2001).

irresistível como forma de exclusão do crime remete à ideia de coação irresistível, disposta no artigo 22 do atual Código Penal. Apesar do conceito e da teoria da inexigibilidade estarem longe de serem desenvolvidos, o Código Criminal do Império, por meio da experiência e da fundamentação jurídica, expuseram a coação moral irresistível como causa de exclusão do crime.

Assim, a ideia de culpabilidade começa a ter traços iniciais no direito penal brasileiro no Império. Não se trata da atual concepção, mas apresenta elementos importantes para a construção da categoria dogmática. Em relação à culpa, o artigo 3º do Código Criminal do Império exigia, para configuração do crime, a presença da má-fé, que significava o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo. A imputabilidade era reconhecida como pressuposto necessário para atribuir a alguém o fato criminoso. Assim, o Código Criminal do Império traz os primeiros elementos para a formação da culpabilidade.

5.1.3 Código Penal de 1890

No fim do regime imperial, o ministro da justiça incumbiu o conselheiro João Batista Pereira da elaboração de um projeto de reforma do Código Criminal do Império, posto que a escravidão havia sido abolida (1888) e era necessário reorganizá-lo, em virtude de uma série de leis especiais que foram criadas para complementá-lo. Entretanto, no dia 15 de novembro de 1889, era proclamada a República, fato que interrompeu os trabalhos. Estabelecido o governo provisório, o ministro da justiça, Campos Sales, manteve a incumbência de execução da tarefa sob a responsabilidade do referido jurista. No dia 11 de outubro de 1890, o Decreto nº 847 convertia o projeto de lei no novo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (NORONHA, 2004).

Diferentemente do sucesso do código anterior, o código de 1890 foi extremamente criticado, sendo considerado por João Monteiro, doutrinador da época, o pior de todos os códigos. Segundo Aníbal Bruno (1967), a pressa para sua elaboração e publicação pode ter sido o principal fator para a existência de *graves defeitos* (grifos do autor). Em pouco tempo de vigência, já se falava em outra reforma. O Código tinha influência classista e resistiu às ideias reformistas de seu tempo, não utilizando como inspiração o reconhecido código italiano de Zanardelli.

O Código de 1890 era dividido em livros. O primeiro dispunha a parte geral, denominado “Dos crimes e das penas”. O segundo livro tratava “Dos crimes em espécie”; o terceiro, “Das contravenções em espécie”; por fim, o livro quarto, tratando das disposições gerais. O código iniciava-se com o princípio da legalidade e asseverava a impossibilidade do uso da analogia. Seu artigo 3º estabelecia o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu, e o artigo 4º determinava sua aplicação igualitária a todos, sem distinção. Extinguiu a pena de morte, açoites e tortura, mas manteve a pena de banimento.

O artigo 7º do Código de 1890 definia crime como “violação imputável e culposa da lei penal” (PIERANGELI, 2001, p. 328). Exigia a presença da culpa e a capacidade do autor (imputabilidade) para conferir-lhe um fato criminoso. O título III do Livro I sistematizava a responsabilidade criminal e as causas que justificam o crime. Dentro desse título, expunha a responsabilidade exclusivamente pessoal (artigo 25), a impossibilidade de eximir-se do crime pela ignorância da lei penal e pelo erro sobre a pessoa ou pelo consentimento da vítima (artigo 26).

O artigo 27 dispunha sobre as causas que eximiam o autor da responsabilização penal e enumerava as seguintes situações: os menores de nove anos eram considerados absolutamente incapazes; os menores de 19 e maiores de 14 possuíam capacidade relativa, sendo necessário demonstrar o discernimento para fins de imputação; os absolutamente incapazes, por imbecilidade ou enfraquecimento senil; os que se achassem em completa privação de sentido e de inteligência no momento do crime; os que fossem impelidos por violência física irresistível ou ameaças acompanhadas de perigo atual; os que cometessem crimes exercendo atividade lícita com as cautelas necessárias; os surdos-mudos que não tivessem recebido educação.

A ideia de reforma que surgiu logo após a publicação do Código Penal não foi concretizada imediatamente, fato que levou à elaboração de diversas leis esparsas, que visavam a complementá-lo ou suprir lacunas. Foram editadas tantas leis, que foi necessário sua compilação, realizada pelo desembargador Vicente Piragibe, em 1932, a fim de sistematizar o diploma legal, para facilitar sua aplicação e pesquisa (PIERANGELI, 2001).

5.1.4 Código Penal de 1940

Após diversas tentativas de substituir o Código Penal de 1890, entre elas, o projeto de Código Penal de Sá Pereira, que foi criticado na Conferência de Criminologia de 1936, realizada no Rio de Janeiro, somente com a instauração do Estado Novo, em 10 de novembro de 1937, foi possível sua alteração. Nesse período, o poder encontrava-se nas mãos do presidente Getúlio Vargas.

O ministro Francisco Campos encarregou a Alcântara Machado a tarefa de elaborar o projeto do novo Código Penal, concluído em 1938. A comissão revisora desse projeto era composta por Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Nélon Hungria. A pedido desse último, a quem coube a função de revisor do novo diploma legal, Costa e Silva participou do trabalho por meio de pareceres críticos, em virtude do seu estado de saúde (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977).

Após diversas divergências entre Alcântara Machado e a comissão revisora, o Código Penal foi sancionado em 7 de setembro de 1940, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942. Adotou uma posição eclética quanto aos seus fundamentos, pois conciliava posicionamentos da Escola Clássica com a da Escola Positiva. O novo diploma penal recebeu influências do código italiano de 1930, denominado Código Rocco, e do Código Penal suíço de 1937. Apesar de ter sido formulado no período ditatorial, o Código Penal de 1940 resgatou os ideais liberais iniciados no Código Criminal do Império, e a seu respeito Toledo (1994, p. 63-64) destaca que

uma das maiores virtudes do novo código – senão a maior – é uma boa técnica e a simplicidade com que está redigido, tornando-o uma lei de fácil manejo, fato que lhe tem acarretado merecidos elogios. Por outro lado, na época em que veio à luz, incorporava o que se tinha de melhor em outros códigos, circunstância que levou o 2º Congresso Latino-americano de Criminologia, realizado em Santiago, no ano de 1941, a dedicar-lhe moção de aplauso pela sua estrutura, técnica e adiantadas instituições.

Em relação à teoria do crime, o código adotou a teoria causalista. A exposição de motivos dispunha que

no tocante à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime), o projeto não conhece outra forma além do dolo e da culpa *stricto sensu*. Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa (BRASIL, 1940).

A culpabilidade representa o elemento subjetivo da teoria do delito, responsável por estabelecer o liame subjetivo entre o autor e o fato criminoso. O código de 1940 adota a teoria psicológica da culpabilidade, apesar de os postulados da teoria psicológico-normativa da culpabilidade estarem consolidados na Europa.

Conforme exposto em capítulo anterior, ao adotar a teoria psicológica da culpabilidade, o Código Penal de 1940 afasta a exigibilidade de conduta diversa como fundamento do juízo de reprovação da culpabilidade, capaz de excluí-la quando a conduta for inexigível. Isso ocorre, pois a teoria psicológica não admite a análise de elementos “anormais” no momento da ação para fins de exclusão da culpabilidade, pois esta consiste apenas no vínculo subjetivo do autor ao fato. Logo, existindo dolo e culpa, a culpabilidade estará preenchida, determinando a responsabilização penal.

Apesar disso e com dificuldade de explicar satisfatoriamente a coação irresistível e a ordem de superior hierárquico, o Código Penal de 1940 os estabelece como causas de isenção de pena. A exposição de motivos esclarece que “na coação irresistível e na ordem de superior hierárquico, é abstraído o autor imediato do crime: por este só responde o autor da coação ou da ordem” (BRASIL, 1940). Sendo a coação resistível, configuraria atenuante.

Quanto ao sistema de penas, acompanhando o entendimento do período, o Código Penal de 1940 adota o sistema do duplo binário, que possibilita a aplicação concomitante da pena e da medida de segurança e foi utilizada como meio de contenção social, pois eram utilizadas como penas privativas de liberdade por prazo indeterminado, não exigia prazo pré-fixado para o seu fim.

5.1.5 Código Penal de 1969

Entre 1940 e 1960, é perceptível uma mudança política e econômica na sociedade. Em 1960, período que compreende o governo de Jânio Quadros, o ministro da justiça Oscar Pedrosa Horta propõe uma revisão dos diplomas legais vigentes no Brasil. O responsável pela revisão do Código Penal foi Nélon Hungria. Em 1961, Jânio Quadros renuncia à Presidência, assumindo João Goulart, que mantém o projeto de revisão e a tarefa a Nélon Hungria. A comissão revisora era composta por Helio Bastos Tornaghi e Roberto Lyra Filho.

Em 1963, é publicado o anteprojeto do novo Código Penal. Apresentado à comunidade de juristas, permitiu que todos os setores enviassem propostas ou questões para debate. A instabilidade política pela qual o Brasil passava não permitiu sua imediata vigência. Em 1969, por meio do Decreto-lei 1.004, converte-se o projeto em novo Código Penal. Sua vigência foi adiada por mais de uma vez, sendo o maior período de *vacatio legis*, quase dez anos. Finalmente, no governo do presidente Geisel, a Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, revoga o Código Penal de 1969 (TOLEDO, 1994).

Desenvolvido segundo o princípio da codificação, o código visava a estabelecer toda a matéria penal, evitando o excesso de leis penais esparsas. Posteriormente, as comissões mitigaram o princípio da codificação, ao estabelecer que alguns temas deveriam ser tratados em leis penais extravagantes, por exemplo, o crime de genocídio. Além disso, vinculava-se à ideia de “código tipo”, movimento criado por Jimenez de Ásua, com a finalidade de criar um Código Penal único para a América Latina.

Apesar de nunca ter entrado em vigência, o Código Penal de 1969 apresenta novidades no âmbito da culpabilidade. No âmbito do estado de necessidade, adota a teoria diferenciadora, que já era discutida e adotada na Alemanha¹⁰. Essa discussão surge a partir da teoria normativa da culpabilidade, que dispõe o fundamento da culpabilidade na verificação da exigibilidade de conduta diversa diante do fato concreto. Esclarecem Hungria e Fragoso (1978, p. 588) que

o Código Penal de 1969 adotou, em relação ao estado de necessidade, a chamada teoria diferenciadora, que distinguia a situação em que a necessidade torna a ação lícita (art. 28) do caso em que exclui a culpa, por inexigibilidade de outra conduta (art. 25). Segundo essa teoria, o estado de necessidade justifica em situação de conflito o sacrifício de um bem de menor valor. Exclui, no entanto, a culpa o sacrifício de um bem de igual ou de maior valor, se for inexigível do agente conduta diversa. O direito, nesse último caso, não declara lícita a ação, mas admite, dadas as circunstâncias, a exclusão da reprovabilidade do comportamento.

¹⁰ Conforme Pierangeli (2001, p. 53), exposição de motivos esclarecia que “ao lado do estado de necessidade que exclui a culpa (que o anteprojeto denominava impropriamente de inexigibilidade de outra conduta) aparece o estado de necessidade que exclui a ilicitude. [...] O estado de necessidade que exclui a ilicitude somente se configura quando o mal causado, pela natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado. Fora daí, a necessidade pode conduzir à exclusão da culpa, quando o bem a salvar for do próprio agente ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”.

O código disciplinava a matéria sobre coação, que se divide em coação física irresistível e coação moral irresistível. A primeira exclui a ação, respondendo pelo fato o autor mediato. A coação moral irresistível exclui a culpabilidade, nos termos do artigo 24, alínea “a”. Do mesmo modo, a obediência hierárquica não manifestamente ilegal excluía a culpabilidade.

Dessa maneira, o Código Penal de 1969 adotava a teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Aceitava que a culpabilidade também contém elementos normativos, pois somente assim é possível fundamentar o estado de necessidade e a coação moral irresistível como causa excludente da culpabilidade. A ideia do princípio da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade era rechaçada. A doutrina europeia também não a admitia, sob o fundamento da instabilidade do sistema. Neste sentido, a exposição de motivos desse diploma legal salientava que

[...] são muito grandes as restrições que surgiram na doutrina à admissão da inexigibilidade de outra conduta, como causa geral e supra-legal de exclusão da culpa, estando hoje esse entendimento em franco descrédito, pelo menos no que concerne aos crimes dolosos (PIERANGELI, 2001, p. 583).

5.1.6 A reforma da parte geral do Código Penal de 1940

O Código Penal de 1969 não entrou em vigência e foi revogado, mas era necessário que ele passasse por alterações, sendo que a primeira ocorreu por meio da Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que propôs a alteração do Código Penal, do código de processo penal e das contravenções penais. No âmbito do Código Penal, a mudança ocorreu na parte geral, Título V, que trata sobre as penas. A execução penal foi amplamente alterada. Entre as mudanças, estava a inserção de critérios para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a compatibilidade do trabalho externo em todos os regimes de pena, entre outras questões. Isso ocorreu, pois fazia-se necessário desafogar o sistema carcerário. Assim, na exposição de motivos publicada em Pierangeli (2001, p. 586), Ibrahim Abi-Ackel reconhece que,

apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem

o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século.

A próxima mudança no Código Penal ocorreria com a reforma penal de 1984. Após ser empossado no cargo de ministro da justiça, Ibrahim Abi-Ackel propõe um estudo para a reforma penal, estabelecendo uma comissão, integrada por Manoel Pedro Pimentel, Hélio Fonseca e Francisco de Assis Toledo. Os estudos culminaram na criação de um projeto de código de processo penal. Apesar de ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados, fora retirado pelo Senado Federal.

Nova comissão foi estabelecida para compatibilizar o código de processo penal com a lei de execuções penais desenvolvida pelo Conselho Nacional de Política Penitenciária. A comissão era formada por Francisco de Assis Toledo, Hélio Fonseca e Rogério Lauria Tucci. Com o avançar dos estudos, percebeu-se a necessidade de alteração do Código Penal. A comissão de elaboração do projeto de Código Penal foi composta por Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. A segunda fase era destinada à incorporação dos resultados dos debates e revisão dos textos. A comissão responsável por essa tarefa era composta Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior.

A reforma do Código Penal adota a teoria finalista da ação para fins do direito penal, abandonando a teoria causalista. As teorias sobre a culpabilidade estavam estabelecidas e desenvolvidas cientificamente no direito estrangeiro, principalmente na Alemanha. Condizente com o sistema finalista, adota-se a teoria normativa pura da culpabilidade. A teoria diferenciadora do estado de necessidade é abandonada e o novo Código Penal opta pela teoria unitária. Significa que bens de igual ou menor valor sacrificados em circunstâncias de estado de necessidade excluem a antijuridicidade. O injusto penal deixa de existir.

A manutenção da proposta do Código Penal de 1969, que adotava a teoria diferenciadora, apresentava-se mais adequada. Tal teoria permitiria compreender e utilizar da melhor forma a exigibilidade de conduta diversa como elemento normativo da culpabilidade. No âmbito das causas de exclusão da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, a reforma do Código Penal

mantém a coação moral irresistível e a obediência à ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal, já dispostos anteriormente.

5.2 CONCEITO E FUNDAMENTO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A origem da exigibilidade de conduta diversa como elemento integrante da culpabilidade é atribuída a Reinhard Frank, em sua obra “Sobre as estruturas do conceito de culpabilidade”, publicada em 1907. O autor, responsável pelo desenvolvimento da teoria psicológico-normativo da culpabilidade, entende que a culpabilidade é formada por três elementos: a imputabilidade, a relação psíquica do autor com o fato (dolo e culpa) e a normalidade das circunstâncias em que o agente atua (circunstâncias concomitantes). Esse último elemento representa a verificação de circunstâncias, presentes no fato criminoso, que seriam capazes de diminuir ou excluir a culpabilidade. As circunstâncias concomitantes são determinantes para a adoção da conduta criminosa pelo autor do fato (FRANK, 2002).

A fim de justificar seu entendimento e provar que ele é compatível com a jurisprudência, Reinhard Frank (2002) apresenta o caso *Leinenfänger*, julgado pelo Superior Tribunal alemão no dia 23 de março de 1897. O acusado laborava como cocheiro em uma empresa de coches. Em determinado dia, o dono da empresa pediu para que guiasse dois cavalos, sendo que um era reconhecido como “enroscados de rédeas”. Em uma das viagens exigidas pelo patrão, o cavalo arrancou as rédeas da mão do funcionário, que perdeu a direção, ocasionando o atropelamento e fratura na perna de um ferreiro que caminhava ao lado da via. Nesse caso, o Superior Tribunal alemão decidiu pela absolvição do cocheiro, com o fundamento de que não era razoável dele exigir outra conduta, pois do contrário perderia seu emprego. O cerne da questão é se era exigível do cocheiro que desobedecesse às ordens do patrão e suportasse a perda do emprego.

No mesmo sentido, James Goldschmidt (2002), ao sustentar sua teoria psicológico-normativa da culpabilidade, em que diferenciou norma jurídica e norma dever, considerava imprescindível que a construção da motivação da conduta adotada ocorresse em circunstâncias de normalidade, sob pena de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Posteriormente, Berthold Freudenthal, expondo sua teoria (1922), estabelece que a diferença entre culpabilidade e

inculpabilidade residiria na possibilidade de o agente agir ou não conforme o ordenamento jurídico. A exigibilidade de conduta diversa torna-se o juízo de reprovação. Por meio dessa valoração normativa seria possível a aproximação entre o direito e a realidade social.

Em seguida, Welzel (1956) apresenta sua teoria normativa pura da culpabilidade com base no sistema finalista. A exigibilidade de conduta diversa é o fundamento do juízo de reprovação da culpabilidade. Ela tem a função de analisar, no caso em concreto, se o autor possui autodeterminação para atuar conforme o direito. Significa que para o autor de um fato criminoso ser responsabilizado criminalmente é necessário que exista a possibilidade e o dever de se motivar conforme o direito. É o “poder agir de *secum legem*, ou seja, o poder de optar diversamente da escolha feita, constitui o ‘porquê’ se reprova” (REALE JÚNIOR, 2000, p. 152). A normalidade das circunstâncias em que ocorre o fato é fundamental para o juízo de reprovação. Sustentando tal posicionamento, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 327), defende que aquilo que é

o impossível de ser evitado só pode ser reconduzido ao mundo físico, puramente causal, não à pessoa humana, entendida esta como sujeito responsável, isto é, dotado, no mundo das relações inter-humanas, da faculdade de dizer ‘sim’, ou ‘não’, dentro de determinadas circunstâncias e, é claro, de certos limites.

Em determinadas situações não é possível exigir de um autor imputável e consciente da ilicitude de seu ato que motive sua vontade conforme o ordenamento jurídico, pois a obediência poderia significar sua própria vida ou a de um familiar. Nessas circunstâncias em que o homem está diante de sua debilidade humana, exigir-lhe um ato heróico ou que suportasse o sacrifício de um bem jurídico relevante para sua vida seria contrário à moral e ao direito. A admissão do sacrifício pela exigibilidade de adotar a conduta conforme o direito faria recair, em seguida, sobre o autor, uma culpabilidade moral atordoante.

Imagine se o direito exigisse que o autor devesse salvar um grupo de dez pessoas, ao invés de sua única filha. Ainda que o direito penal ameaçasse a conduta com uma pena exorbitante, a opção pela manutenção da vida de sua filha seria a menos dolorosa. Significa que, nesses casos, a norma penal não tem capacidade de influir na conduta do autor. Portanto, se a norma não é capaz de realizar sua principal

finalidade, não existem motivos para incriminar e reprovar a conduta. Por esses motivos, também, a sanção penal não teria qualquer finalidade. A própria sociedade, ao colocar-se nesse estado de anormalidade e perturbação, iria admitir que adotaria a mesma conduta do autor. Logo, não existiria reprovação jurídica nem social. Ao direito não caberia justificar a agressão do autor em face de terceiros inocentes, mas apenas desculpá-lo. Isso se explica satisfatoriamente pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

5.3 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE COM FUNDAMENTO NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A inexigibilidade de conduta diversa é um juízo de valor que incide sobre a vontade do agente. O Código Penal em vigor positiva duas causas que excluem a culpabilidade em virtude da inexigibilidade. São situações normativas, ou seja, o legislador valora determinada situação e a positiva no direito. Sua aplicação dependerá da presença dos requisitos legais da causa de exculpação. Sendo constatada, o juiz isentará o autor de pena. Quanto à aplicabilidade, Miguel Reale Júnior (2000, p. 152) esclarece que

o juiz analisa, primeiramente, através das circunstâncias objetivas, se era exigível do agente [*que*] optasse sem lesão a qualquer direito. Para o fim, dois critérios existem, conforme afirmamos: o normativo e o judicial. O normativo corresponde à fixação pelo próprio direito daquelas situações e que ele se revaloriza, podendo assumir relevância a subjetividade do agente. [...] Verifica-se, pois, uma análise prévia da situação concreta objetivamente considerada. Inexistindo os requisitos legalmente fixados, não há que se falar em inexigibilidade. Uma vez presente, passa-se a um segundo momento, que é o da determinação da validade da opção contra o direito no interior de uma situação tipicamente adequada à descrita pela norma.

No critério judicial, o juiz coloca-se diante da situação concreta vivenciada pelo autor, a fim de julgar a validade de sua opção. O Código Penal brasileiro estabelece duas causas de exclusão da culpabilidade fundamentadas pela inexigibilidade conduta diversa, quais sejam, a coação moral irresistível e a obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal, apresentadas a seguir.

5.3.1 Coação moral irresistível

A palavra coação significa a imposição de uma vontade alheia, por meio da violência ou força física e/ou psicológica, para que o coagido faça ou deixe de fazer algo. O

direito penal romano já diferenciava violência psíquica (*vis compulsiva*) e violência física (*vis absoluta*). Dispunha que,

vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por médio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal o, lo que es lo mismo, por miedo (*metus*), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción (MOMMSEN, 1999, p. 410).

O Código Criminal do Império, de 1830, previa, em seu artigo 10, que não seria considerado criminoso aquele que tivesse atuado por força ou medo irresistível. Complementarmente, o artigo 4º estabelecia como autor do crime aquele que constrangesse alguém a praticá-lo. O atual Código Penal brasileiro diferencia as consequências da coação física para a coação moral. A ocorrência da primeira hipótese exclui a conduta. No sistema finalista da ação, a conduta está presente na tipicidade, sendo composta por dolo e culpa. Nestes casos, não há vontade do coagido em praticar o crime, que representa apenas um instrumento do coator. Dessa maneira, exclui-se a tipicidade. Diferentemente, a coação moral irresistível exclui a culpabilidade, pois existe vontade e consciência na conduta, entretanto, sua motivação está viciada. A situação de anormalidade determinou a conduta do autor, que não conseguiu motivar-se livremente. A conduta é típica, antijurídica, mas não é culpável (TERRAGNI, 1981).

A matéria da coação moral irresistível é tratada no artigo 22 do atual Código Penal e dispõe que “se o fato é cometido sob coação moral irresistível, [...] só é punível o autor da coação [...]” (BRASIL, 1940). A exclusão da culpabilidade somente ocorrerá quando a coação for irresistível. Isso significa que não existe outro meio para salvaguardar o bem jurídico, a não ser a prática do crime. A irresistibilidade deve ser medida pela gravidade do mal ameaçado. A prática do crime não pode ser algo que independa da vontade do coator. A ameaça deve ser concreta, não se admitindo ameaça vaga e imprecisa. O temor à ocorrência do mal anunciado é o fator que impede sua autodeterminação. É indiferente se a vítima ameaçada é o próprio coagido ou pessoa de seu vínculo afetivo. O responsável exclusivo pelo crime será o coator, na modalidade autoria mediata, não sendo possível falar em concurso de pessoas. Entretanto, sendo a coação resistível, haverá concurso de pessoas, sendo que o coagido responderá com diminuição do grau de culpabilidade, em virtude da

atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “c”, que lhe favorece (BITENCOURT, 2013b).

A respeito dos elementos que integram a coação moral irresistível, Guilherme de Souza Nucci (2014b, p. 279) assim discorre:

trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último que cometa uma agressão contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável. São seus elementos: a) existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; b) inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato; c) ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas. Se não se tratar de pessoas intimamente ligadas ao coato, mas estranhos que sofram a grave ameaça, caso a pessoa atue para proteger quem não conhece, pode-se falar em inexigibilidade de conduta diversa, conforme os valores que estiverem em disputa; d) existência de, pelo menos, três partes envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima.

A análise da irresistibilidade da ameaça realizada pelo coator será realizada pelo juiz, a partir do caso concreto, averiguando o grau da ameaça e a perspectiva do coagido.

5.3.2 Obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal

No passado, o dever de obediência não estava atrelado exclusivamente ao direito público. Em Roma, adotava-se o sistema patriarcal, importante para a estruturação e o desenvolvimento da sociedade. As famílias se estruturavam a partir do *pater familias*. O chefe da família detinha o direito de vida e de morte sobre os seus, em razão do que todos lhe deviam obediência. Essa sujeição denominava-se *patria potesta*. A mesma relação de poder ilimitado que o Estado tinha sobre os membros da sociedade, o *pater* tinha sobre sua família. Dessa maneira, o dever de obediência circundava as relações privadas. Aquele que cumpria a ordem do chefe da família exercia um direito, de tal maneira que se fosse conduzido à prática de um crime era possível não ser responsabilizado criminalmente. A responsabilidade poderia recair exclusivamente na pessoa de quem podia e determinou a ordem ao subordinado (KOERNER JÚNIOR, 2003).

O direito canônico adotou o mesmo entendimento. A ordem oficial determinada por cardeal hierarquicamente superior isentava o subordinado de sanções. A lógica do

sistema adotado exigia do superior que não determinasse ordens contrárias à igreja (PRADO, 2011).

No Brasil, a obediência hierárquica se restringe ao exercício de função pública, relação jurídica que está imposta pela lei. A execução de ordens de superior hierárquico não é irrestrita. Nos termos dos artigos 194, inciso VII, e 116, inciso IV, da Lei 8.212/1990 (BRASIL, 1990), a obediência somente será exigida e passível de advertência pela inobservância do dever funcional previsto em lei, nos casos em que não seja manifestamente ilegal. Portanto, adota-se o sistema inglês.

A obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal está disciplinada na segunda parte do artigo 22 do atual Código Penal, que assim dispõe: “se o fato é cometido sob [...] estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem” (BRASIL, 1940). Não se trata de qualquer ordem, sendo necessário que ela tenha conteúdo contrário à norma penal (ilícito). Não sendo o caso, pode-se falar, eventualmente, em punição administrativa. Além disso, a ordem deve dotar a qualidade de não ser manifestamente ilegal. A ausência dessa qualidade impede a aplicação do instituto, tornando o executor da ordem o coautor (KOERNER JÚNIOR, 2003).

O fundamento jurídico-penal da exclusão da culpabilidade pelo cumprimento de ordem emitida por superior hierárquico não manifestamente ilegal é a inexigibilidade de conduta diversa, pois o subordinado cumpre uma ordem de superior que não aparenta ser ilegal, que está dentro de sua competência e apresenta as devidas formalidades. Ressalta-se, novamente, que a causa de exculpação somente tutela as relações fundadas no direito público, que são aquelas estabelecidas pelo direito e que possuem graves consequências, inclusive na esfera penal. Isso implica que qualquer outra espécie de subordinação, por exemplo, doméstica, religiosa ou de emprego privado, não abarcam a isenção de pena (ZAFFARONI, 1998b).

Existem três tipos de ordem que podem ser cumpridas pelo subordinado e que culminam na ocorrência de um delito: ordem ilegítima, ordem legítima e ordem com aparência de legítima. Na primeira hipótese, não há fundamento para a justificação ou exculpação da conduta; o subordinado responderá pelo crime como autor. A ocorrência de um delito ao se obedecer a ordem legítima estará justificada pelo

estrito cumprimento do dever legal; a antijuridicidade é afastada, não sendo o fato considerado crime. Por fim, a ordem com aparência de legítima é o âmbito da causa de exclusão da culpabilidade. Formalmente, a ordem apresenta-se legal, o superior tem competência para exigir seu cumprimento e a ordem está dentro da atribuição do subordinado. O desconhecimento da ilegalidade está no âmbito do conteúdo material da ordem (OLIVÉ et al., 2011).

Guilherme de Souza Nucci (2014b, p. 280) define os elementos que compõem a obediência à ordem hierárquica não manifestamente ilegal, a saber:

a) existência de uma ordem não manifestamente ilegal, ou seja, de duvidosa legalidade (essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição); b) ordem emanada de autoridade competente (excepcionalmente, quando o agente cumpre ordem de autoridade incompetente, porém equivocado, pode configurar uma forma de erro de proibição escusável); c) existência, como regra, de três partes envolvidas: superior, subordinado e vítima; d) relação de subordinação hierárquica entre o mandante e o executor, em direito público. Não há possibilidade de se sustentar a excludente na esfera do direito privado, tendo em vista que somente a hierarquia no setor público pode trazer graves consequências para o subordinado que desrespeita seu superior [...].

Interessante destacar que em algumas hipóteses, ainda que fique demonstrada a ilegalidade da ordem obedecida, é possível utilizar esta circunstância como atenuante, nos termos do artigo 65, inciso III, alínea “c”, do Código Penal (BRASIL, 1940). Assim, por exemplo, a ordem determinada por autoridade incompetente, a incompetência do subordinado para o cumprimento da ordem e a ausência de formalidade habitual do ato podem configurar a atenuante citada (PRADO, 2011).

6 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A discussão sobre a possibilidade de considerar a não exigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade remonta ao período após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Freudenthal (2006) defendeu essa possibilidade. A discussão apresentou-se de forma acalorada na academia. Entretanto, com a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e as atrocidades vivenciadas, a comunidade jurídica optou por um sistema penal fechado. O tema poderia ocasionar o desvirtuamento do sistema jurídico, sendo rechaçado naquele período (ROXIN, 1997), mas apresenta-se atual e importante para resolver questões vivenciadas pela sociedade contemporânea.

A culpabilidade consiste em um juízo de reprovação que incide sobre o fato e a figura do autor. Seu fundamento está na possibilidade de o agente atuar conforme o direito, e optar pela prática antijurídica. O agente podia e devia atuar conforme o ordenamento jurídico, mas não o fez. Preferiu motivar-se conscientemente contrário à norma penal. O atual Código Penal positivou duas causas que excluem a culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência à ordem superior hierárquica não manifestamente ilegal, apresentadas no capítulo anterior. Entretanto, como princípio fundamentador da culpabilidade, é indispensável adotar a inexigibilidade de conduta diversa como elemento supralegal de exclusão da culpabilidade. O princípio permitirá a adequação e aproximação do direito com a realidade social.

6.1 CASOS EMBLEMÁTICOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL ALEMÃO

O desenvolvimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade partiu da análise de vários casos em concreto realizados pelo Superior Tribunal alemão. O primeiro caso paradigma foi o do cocheiro que cela um cavalo arisco, exemplo utilizado por Reinhard Frank (2002) e já mencionado em capítulo anterior, para justificar a teoria da exigibilidade de conduta diversa como elemento integrante da culpabilidade.

Em seu livro, Freudenthal (2006) apresenta alguns casos importantes para a construção de sua teoria. Descreve o caso de um indivíduo que deixa de socorrer sua filha, portadora de enfermidade grave, atendendo ao seu pedido no leito de morte e ao de sua esposa, para evitar um sofrimento maior e prolongado com o tratamento. Nesse caso, o Tribunal entendeu que o réu, no pequeno espaço de tempo existente para uma decisão adequada ao direito, passou por conflitos éticos e morais que não permitiram a adoção da conduta estipulada pela norma (prestar socorro à sua filha). A decisão reconhece que o pai tinha a intenção de tomar a melhor decisão em prol da filha, seja ela qual fosse. O pouco tempo e a indecisão não lhe permitiram socorrê-la. Por essas circunstâncias, o Tribunal Superior afastou a culpabilidade do pai (FREUDENTHAL, 2006).

O outro caso relatado por Freudenthal (2006) envolve o capitão de um navio cargueiro e um fabricante de pólvora. O capitão responsável pela condução do navio cargueiro trabalhava para uma fábrica de pólvora transportando esse tipo de mercadoria. Em um determinado dia, após desembarcar uma carga, o capitão pretendia limpar o navio para garantir a segurança da tripulação contra eventual explosão. Nesse momento, um dos responsáveis pela fábrica determinou que, ao invés de limpar o navio, o capitão deveria se dirigir novamente ao rio para transportar outra carga. O capitão alertou ao fabricante sobre os riscos de retornar antes da limpeza, mas a decisão foi mantida, sob pena de o capitão ser dispensado. Por não terem sido adotadas as devidas cautelas de segurança, o navio veio a explodir.

Diante de todas as circunstâncias apresentadas, o Superior Tribunal alemão decidiu por excluir a culpabilidade do capitão, isentando-o de pena, com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. A decisão dispôs que o capitão havia alertado o dono da empresa sobre a necessidade de se observar o dever de cuidado, qual seja, limpar o navio. Entretanto, sua opinião foi desprezada e sua conduta, que insistia em argumentar sobre o perigo, foi ameaçada por uma carta de demissão. A ameaça real de ser dispensado de seu ofício, meio que garantia a subsistência de sua família, condicionou a conduta do capitão (FREUDENTHAL, 2006).

Em seu livro, Goldschmidt (2002) comenta o caso do indivíduo que escondeu um parente próximo em sua residência, a fim de evitar uma punição. Trata-se do crime

de favorecimento pessoal. Na ocasião, discutia-se a possibilidade da punição do parente que pretendia eximir o agente criminoso. O Superior Tribunal alemão entendeu pela exclusão da punibilidade, com fundamento na não exigibilidade de conduta diversa. O mesmo ocorreria com a mãe que escondesse seu filho que acabara de praticar um crime. Ao analisar a reprovação da conduta, percebe-se que não é possível dela exigir outra atitude. Ainda que tenha cometido um crime, a mãe jamais desejará o mal para sua prole. Por isso, exclui-se a culpabilidade. No Brasil, o referido crime está disposto no artigo 348 do atual Código Penal, que prevê, no parágrafo 2º, a isenção de pena quando o auxílio é realizado a ascendente, descendente, cônjuge ou irmão (BRASIL, 1940).

Por fim, o caso da cegonha que traz os bebês. Uma empresa exploradora de mina concedeu aos funcionários o direito de não trabalhar no dia do nascimento de seu filho quando esse ocorresse em dia útil, sem prejuízos em seus salários. Dessa maneira, quando os filhos dos mineiros nasciam no fim de semana, pediam à parteira que declarasse o nascimento no dia útil seguinte, a fim de receber o descanso remunerado. Caso a parteira não compactuasse com o proposto, os mineiros ameaçavam não utilizar seus serviços. Temerosa de perder novos clientes, a parteira atendia aos pedidos e emitia falsos registros de nascimento. Analisando o caso concreto, o Superior Tribunal alemão absolveu a parteira com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

6.2 ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

No direito penal alemão, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade está diretamente relacionada ao instituto do *estado de necessidade*. O Código Penal alemão de 1871 previa o estado de necessidade nos artigos 52 e 54¹¹. São dispositivos que regulam situações específicas, cuja

¹¹ O Código Penal alemão de 1871 previa: “§ 52: No existe acción punible, si el autor ha sido obligado a la acción por medio de una amenaza, la que estaba ligada con un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o vida de sí mismo o de un pariente; [...] § 54: no existe acción punible, si la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no removible de otra manera, para la salvación de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente” (CÓDIGO, acesso em: 15 maio 2015).

aplicabilidade é limitada. Sua aplicação exigia que bem protegido fosse necessariamente a vida ou o corpo, devendo o titular ser o próprio agente ou um parente. O Código Civil do país também previa hipóteses de estado de necessidade nos artigos 228 e 904¹², que se referiam às ações que incidiam sobre objetos materiais de terceiros. O fundamento das hipóteses extrapenais consistia no princípio da ponderação objetiva dos bens jurídicos em choque e do interesse preponderante. As ações que protegiam o interesse de maior importância, atingindo ou sacrificando o de menor importância, eram consideradas objetivamente lícitas (SOUSA, 1979).

O limite da aplicação desses dispositivos penais à proteção da vida e do corpo impedia a solução de alguns casos. Destaca Sousa (1979, p. 35) que

permaneciam à margem da regulação aquelas hipóteses em que resultassem sacrificados bens de outra ordem, como, entre diversos possíveis exemplos, nos casos em que alguém, para proteger-se da perseguição de um criminoso, invadisse casa alheia (invasão de domicílio) ou em que a lesão à integridade física de terceiro inocente constituísse meio indispensável para salvar uma vida em perigo (lesão corporal).

Para tentar resolver essas questões, os juristas valiam-se de uma interpretação ampla dos artigos 52 e 54 do Código Penal alemão de 1871, fato que não era permitido. O desenvolvimento da teoria psicológico-normativa da culpabilidade contribuiu para a discussão sobre o estado de necessidade. Primeiro, era necessário esclarecer se ele representaria uma hipótese de justificação ou exculpação. Além disso, era preciso verificar a viabilidade da aplicação do estado de necessidade exculpante supralegal, fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa, para solucionar alguns casos não previstos por lei. Conforme visto anteriormente, Frank considerava a culpabilidade como reprovabilidade. Para o autor, aquele que atuava em estado de necessidade não possuía o elemento *liberdade do autor*, necessário para a formação do juízo de reprovação. Isso porque as circunstâncias

¹² “Artigo 228: Aquele que danifica ou destrói coisa alheia para afastar de si ou de outrem um perigo que esta ameaça, não atua ilegalmente se o dano ou a destruição é necessário para evitar o perigo se o dano guarda proporção com aquele. Se o que atua deu causa ao perigo, está obrigado a reparar o dano”; “Artigo 904: O proprietário de uma coisa não está autorizado a proibir atuação de outro sobre a coisa, se esta é necessária para evitar um perigo atual e se o dano que ameaça é desproporcionalmente grande frente ao dano que advém ao proprietários como consequência dessa atuação. O proprietário pode exigir a reparação do dano decorrente” (CÓDIGO, acesso em: 15 maio 2015).

concomitantes eram os fatores que determinavam a conduta do agente, de quem o direito não podia exigir conduta diversa.

Em seguida, Goldschmidt (2002) e Freudenthal (2006) sustentaram que as hipóteses de estado de necessidade previstas no Código Penal da Alemanha representavam causas de exclusão da culpabilidade; as hipóteses no Código Civil do país foram consideradas causas de justificação, conforme relata Sousa (1979). Esse posicionamento é justificado na seguinte premissa: se o fundamento do estado de necessidade no âmbito penal consiste na inexigibilidade de conduta diversa e, sabendo que ela está situada na culpabilidade, logo, o estado de necessidade representaria uma excludente de culpabilidade¹³. Isso foi importante para a criação da teoria diferenciadora. Lembra Sousa (1979) que Freudenthal dispôs, ainda, que as situações de estado de necessidade dispostas no Código Penal alemão eram causas exemplificativas, admitindo a hipótese de estado de necessidade exculpante supralegal.

Contrário ao posicionamento supracitado, conforme explica Sousa (1979), Max Ernst Mayer sustentava que todas as hipóteses de estado de necessidade contempladas pelo ordenamento jurídico alemão excluía a culpabilidade. Adeptos da teoria unitária objetiva, Gerald e Hippel sustentaram que os artigos 52 e 54 do Código Penal alemão representavam hipóteses de exclusão da ilicitude.

Sousa (1979) destaca que Hans Welzel inicialmente adotava a teoria unificadora, considerando as hipóteses do Código Civil e Código Penal alemães como causa de justificação. Entretanto, partindo de uma reflexão ético-material, altera seu posicionamento e adota a teoria diferenciadora. Entende que quando o corpo ou a vida de um indivíduo ou de seu parente estiver em perigo e for necessário lesionar bem jurídico de terceiro protegido penalmente para salvaguardá-lo, principalmente quando referir-se à vida de um inocente, deverá ser considerada hipótese de exclusão da culpabilidade. Isso ocorre, pois o bem sacrificado não poderá ser

¹³ Nesse sentido Maurach (1994, p. 553), esclarece que “[...] la continuación del desarrollo de la teoría de la culpabilidad de Frank, com sua ‘situación normal’, por parte de Goldschmidt y Freudenthal, había logrado destacar la exigibilidad como elemento de la culpabilidad, de manera que desde la perspectiva de la teoría normativa de la culpabilidad resultaba lógico tratar al estado de necesidad del §54 anterior la reforma, como el ejemplo típico de una inexigibilidad reconocida legalmente y, por ello, como una causal de exclusión de la culpabilidad”.

tratado como meio, pois, lembrando-se de Kant, Welzel (1956, p. 183) considerava que

los terceros nunca deben ser tratados como cosas, sino siempre como fin en sí mismos (KANT). Por eso el derecho no puede justificar tampoco graves intervenciones en el cuerpo o vida de terceros, como mero medio para la salvación de la vida; y puede disculparlas solamente porque, considerando la debilidad humana, no es exigible al autor que se encuentra en necesidad, que se determine conforme a un comportamiento adecuado al derecho.

Welzel (1956) admite a possibilidade do estado de necessidade supralegal desculpante e busca estruturá-la, fundamentando-a segundo as situações anormais de motivação. Ressalta-se que essa possibilidade também foi convalidada pelo Superior Tribunal alemão, que, em 11 de março de 1927, analisou o caso de um aborto praticado por um médico com finalidade de salvaguardar a saúde e vida da gestante. As hipóteses de estado de necessidade extrapenais não solucionavam o caso, pois eram hipóteses em que a conduta lesava bens materiais. Inaplicável, também, o artigo 54, que exigia um vínculo familiar (a vítima teria que ser esposa ou parente próximo). Diante dessa situação complexa, a corte decidiu que em situações de risco de vida, nas quais, para resguardá-la, necessita-se lesionar outra, o bem jurídico inferior deverá ceder frente ao superior, concluindo que a lesão ao bem jurídico inferior não é antijurídica (SOUSA, 1979).

Dessa maneira, firma-se a teoria diferenciadora. A respeito desse marco, Alberto Rodrigues de Sousa (1979, p. 45) assim expõe:

implementava-se, assim, definitivamente, com adesões e profundas ressonâncias também no pensamento penalístico de outros países, a “teoria diferenciadora” do estado de necessidade. Segundo esse critério, ao estado de necessidade estão ligados dois possíveis e alternativos papéis: ‘causa de inculpabilidade’, nos casos em que se sacrificam bens ou valores iguais aos que se salvam, ou até maiores, quando os protegidos pertençam ao próprio agente ou a seu parente próximo, e sempre que, ao agente, não seja exigível outra conduta (hipóteses dos artigos 52 e 54 do Código Penal alemão); ‘causas de justificação’, nas hipóteses de sacrifício de valores menores para salvaguarda de valores maiores, como vem previstos nos dispositivos do Código Civil alemão e nas situações alcançadas pelo enunciado judiciais relativo ao chamado por alguns ‘estado de necessidade consuetudinário ou supralegal.

É no âmbito do estado de necessidade exculpante, desenvolvido no direito penal alemão, que se inicia a discussão sobre a possibilidade do princípio da inexigibilidade de conduta diversa ser admitida como causa supralegal de exclusão

da culpabilidade. Os artigos que tratavam do estado de necessidade no Código Penal alemão eram restritos e não abarcavam todas as hipóteses. Disso decorreu a necessidade de falar em estado de necessidade exculpante supralegal como fundamento da inexigibilidade.

No mesmo sentido, a questão é tratada no direito penal espanhol. Ambos os sistemas separam o estado de necessidade justificante e o estado de necessidade exculpante. O Brasil adota a teoria unificadora do estado de necessidade, que representa uma hipótese de causa de justificação. A ausência do estado de necessidade exculpante no direito penal brasileiro dificulta a visualização da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal. Entretanto, esta constitui um princípio integrante da culpabilidade que pode ser extraído para tal função.

6.3. A INEXIGIBILIDADE COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO SUPRALEGAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

A doutrina brasileira diverge sobre a possibilidade de a inexigibilidade de conduta diversa ser considerada causa supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isso representaria uma hipótese de exculpação não prevista pelo legislador. Como frisado, apenas duas causas de exculpação com fundamento na inexigibilidade foram estabelecidas de forma expressa pelo legislador: a coação moral irresistível e a obediência a ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal. Entretanto, ainda que se propusesse a positivizar todas as causas, não conseguiria. O direito penal é dinâmico e a cada período surgem novas questões a serem resolvidas. Parte delas, a inexigibilidade contribuiria para solucionar.

Nélson Hungria e Claudio Heleno Fragoso (1977) não admitem a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Para eles, tal ideia estaria dentro do instituto da analogia *in bonam partem*. O autor do crime se valeria analogicamente dos casos de exculpação legal com fundamento na inexigibilidade para extrair o princípio, a fim de afastar a culpabilidade. Hungria e Fragoso (1977) posicionam-se contrariamente à extensão analógica *in bonam partem* das causas discriminantes, excludentes e atenuantes, pois constituem *jus singulare* em relação aos preceitos sancionadores. Assim, somente são aplicáveis as causas de exculpação eleita pelo legislador e dispostas taxativamente na lei

penal. Admitir o contrário representaria perigo de subversão do direito penal, pois caberia ao juiz identificá-las caso a caso. A aplicação poderia tornar-se arbitrária e estimularia decisões contraditórias. Assim, esclarecem os autores que

estaria esta (lei penal) exposta a sério perigo de subversão, se se atribuísse aos juízes o arbítrio de, com apoio em critério não afiançados pela lei escrita (como o de que sempre 'é justo o meio para o justo fim', de Graf zu Dohna, ou o da extensão da 'não-exigibilidade', além dos casos típicos do 'estado de necessidade', segundo pensamento de Freudenthal e de Mezger), criarem causas de excepcional licitude, de imputabilidade ou não-culpabilidade penal (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977, p. 100-101).

Além do receio de tornar a lei penal vulnerável, os autores destacam que o legislador dispôs taxativamente todas as causas possíveis de exclusão da culpabilidade, não sendo razoável acrescentar algo contrário ao que estabelece o órgão competente. Dessa maneira, fundamentam que

em face de um código, como o nosso, que enumera, em termos suficientemente dedutíveis, as causas discriminantes ou imunidade penal; que aboliu a 'responsabilidade objetiva', consagrando irrestritamente o princípio da *nulla poena sine culpa*; que é profuso no capítulo das causas de renúncia ao *jus puniendi* por parte do Estado; que faculta, em vários casos, o perdão judicial; que deixa ao juiz um extenso arbítrio na medida da pena, haveria pouquíssimo espaço para a analogia *in bonam partem* (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977, p. 101).

No mesmo sentido, Fabbrini e Mirabete (2014) expõem que todos os casos de exculpação com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa foram valorados e dispostos no Código Penal brasileiro pelo legislador. A aceitação de hipóteses diferentes das estabelecidas, a saber, coação moral irresistível e obediência hierárquica, afrontariam as funções típicas do Poder Legislativo, afetando o princípio da separação dos poderes.

À luz do Código Penal de 1969, que admitia a teoria diferenciadora no âmbito da culpabilidade, Claudio Heleno Fragoso (1995, p. 210) não admite o princípio da inexigibilidade de conduta diversa funcionar como cláusula geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, "[...] pois equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal". Apesar disso, concebe a possibilidade da aplicação do princípio a partir da analogia dos casos positivados em lei.

Francisco de Assis Toledo (1994), a partir da teoria normativa da culpabilidade, entende que após a verificação da ação típica e antijurídica é necessário analisar se

o fato cometido pode ser considerado próprio do agente, para fins de responsabilização penal. Verifica-se, no caso concreto, se o agente podia evitar o resultado, seja omitindo sua conduta ou respeitando o dever de cuidado. Esse autor considera a análise da exigibilidade de conduta diversa como ponto central para responsabilização, explicando que

[...] o que é impossível de ser evitado só pode ser reconduzido ao mundo físico, puramente causal, não à pessoa humana, entendida esta como sujeito responsável, isto é, dotada, no mundo das relações inter-humanas, de faculdade de dizer “sim”, ou “não”, dentro de determinadas circunstâncias e, é claro, de certos limites (TOLEDO, 1994, p. 327).

Por isso, inclusive, o autor propõe que o resultado cometido por questão de força maior, que inevitavelmente ocorreria, deveria ser tratado como causa de exclusão da tipicidade, e não da culpabilidade, como exposto no Código Penal.

A existência da culpabilidade exige que o agente tenha a possibilidade de atuar conforme o direito. Sua ausência representa que era inexigível do autor outra conduta. Sendo a exigibilidade a fundamentação do juízo de censura, ainda que não exista causa de exculpação tipificada para o caso concreto, será possível a exculpação. Se o próprio fundamento da culpabilidade não existe, não há motivos para mantê-lo. A culpabilidade estaria sem alma, sem vida.

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 328) reconhece a possibilidade de exculpar um indivíduo com base na inexigibilidade de conduta diversa quando não existir norma descriminalizante que se adeque ao fato, quando afirma que,

a *contratio sensu*, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente – nem deve ser, portanto, penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é um causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

A função de analisar e aplicar a citada causa supralegal é atribuída ao juiz, que, segundo o fato concreto, verificará a presença do *poder agir de outro modo* na conduta do agente. Isso permite que o direito se aproxime da realidade social. O

sistema penal não exige a responsabilização quando inexistir a exigência da conduta adequada ao direito. Esse valor existente auxiliará o juiz para a verificação. Dessa maneira, Toledo (1994, p. 329) afirma que

muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deva ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa, que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a “não-exigibilidade” em seus devidos termos, isto é, não como juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientado, compete ao juiz do processo e a mais ninguém.

Aníbal Bruno (1967) esclarece que, desde que se entenda a culpabilidade como reprovabilidade, esta não estará presente quando não for exigível do agente uma conduta conforme o direito. A reprovabilidade depende da possibilidade de o agente *poder* deixar de praticar a conduta. Isso permite que a justiça seja exercida de forma mais humana, ao acompanhar a realidade da vida. Expõe esse autor que

o juízo de reprovação sobre o ato só é legítimo até onde se pode exigir do agente um comportamento de acordo com a norma, e aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico. Conclusão que não constitui somente uma exigência lógica, de sistema, imposta pela definição da culpabilidade como reprovabilidade, mas responde ainda a essa espécie de apelo da consciência jurídica atual por um ajustamento mais humano da prática punitiva à realidade dos fatos da vida e a um sentimento mais flexível da Justiça (BRUNO, 1967, p. 102).

Assim, Aníbal Bruno (1967) admite a aplicação da inexigibilidade nas ações dolosas e culposas. Além disso, entende que o princípio da inexigibilidade de conduta diversa representa um princípio contido implicitamente no direito penal, por isso estaria apto a suprir lacunas. O autor fundamenta sua aplicação a partir do instituto da analogia *in bonam partem*, ou seja, vale-se dos institutos da coação moral irresistível e da obediência hierárquica não manifestamente ilegal para tal fim. Dessa maneira, expõe que

tal princípio está realmente implícito no código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeiras lacunas na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia *in bonam partem*, que reconhecemos como tendo aplicação no direito penal (BRUNO, 1967, p. 102).

O princípio é necessário e tem aplicabilidade no direito penal brasileiro. Sua aplicação deverá respeitar uma rigorosa cautela, sob pena de violar os valores

dispostos na lei. A ideia não é criar mais uma causa de exculpação que permita a impunidade, mas, sim, que sirva para adequar casos específicos que, apesar do não enquadramento em uma causa legal, não possuem juízo de reprovação. O próprio cotidiano da vida social dificultará o surgimento dos casos em que o princípio teria aplicabilidade. Surgem com maior frequência os casos já positivados na lei (BRUNO, 1967). Dessa maneira, a teoria da inexigibilidade de conduta diversa

[...] supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois, se o Direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal (BRUNO, 1967, p. 105).

Por fim, conclui o autor:

Com todas as reservas, porém, a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme ao direito. Essa aplicação encontra sobretudo oportunidade nos crimes por omissão, em que a pressão da situação total do momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe, deixando-o inativo, a permitir que se consuma o resultado danoso (BRUNO, 1967, p. 105-106).

Adotando o mesmo embasamento teórico, Damásio de Jesus (2014) entende que, sendo a exigibilidade de conduta diversa um dos elementos da culpabilidade, a presença da não exigibilidade ocasionaria a exculpação, pois estaria ausente um dos elementos integrantes da culpabilidade. Assim, argumenta autor que,

[...] por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não exigibilidade de comportamento lícito. Em face de um caso concreto, seria condenar o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador? Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade (JESUS, 2014, p. 490).

Damásio de Jesus (2014), fundamentando a aplicação da teoria, vale-se do artigo 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.567/1942), dispondo que, desde que não seja infringido o princípio da legalidade, é possível utilizar os princípios gerais do direito, a analogia e o costume para suprir lacuna de norma penal não incriminadora. O autor destaca que a inexigibilidade pode ser

utilizada tanto por meio da analogia, fato que não configuraria uma hipótese supralegal, quanto como uma causa de exclusão supralegal da culpabilidade.

Explica o autor:

[...] se o caso é de inexigibilidade de conduta diversa e não encontrando o juiz norma a respeito no direito positivo, pode lançar mão da analogia para absolver o agente. Não se trataria bem de uma hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade, pois, em última análise, o juiz estaria aplicando a disposição reitora do caso semelhante ao fato concreto. Mas, não havendo norma descritiva de fato semelhante, o juiz pode absolver o sujeito com base nos costumes e nos princípios gerais de direito em que se fundamenta a inexigibilidade. Então, o juiz não estaria aplicando uma norma contida na legislação penal, mas, sim, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade (JESUS, 2014, p. 491).

Guilherme de Souza Nucci (2014b) destaca que o legislador pátrio não conceituou a culpabilidade, apenas enumerou causas que a excluem. Ao reconhecer que a inexigibilidade está contida na culpabilidade, argumenta o autor que nada impediria que, em determinados casos concretos, fosse possível sua utilização de forma autônoma. O próprio sistema penal abarcaria essa hipótese. Assim, defende

[...] ser perfeitamente admissível o seu reconhecimento no sistema penal pátrio. O legislador não definiu culpabilidade, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o Direito é um dos seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos (NUCCI, 2014b, p. 287).

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE QUESTÕES ATUAIS SOBRE A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

No Brasil, os tribunais de justiça e as cortes superiores admitem a possibilidade de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Mas, como bem observou Aníbal Bruno (1967), citado anteriormente, seu grau de aplicabilidade é muito restrito, pela excepcionalidade dos próprios casos que seriam passíveis de sua aplicação. A necessidade de provar que as circunstâncias do caso concreto impediram que o agente atuasse conforme o direito funciona como segundo filtro de aplicação. São poucos os casos que admitem sua utilização, por isso a ideia de que a aceitação dessa teoria ocasionaria uma série de impunidades é afastada pelos pouco julgados que se valeram dela. Destaca-se que, nesses casos, o princípio forneceu uma resposta adequada e condizente com os valores do sistema penal.

Em um levantamento jurisprudencial sobre a aplicação da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, empreendido para esta pesquisa, foi possível verificar o desenvolvimento da teoria no direito penal brasileiro. Um dos primeiros posicionamentos favoráveis foi proferido no Recurso de Apelação 488.605/7, julgado em 2 de março de 1988 pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. A defesa requeria a absolvição, ante a condenação do juiz *a quo* pela prática de lesão corporal leve na condução de veículo automotor. O caso fático ocorreu em 16 de junho de 1986. O Brasil havia derrotado outra seleção em uma partida válida pela Copa do Mundo de Futebol. Muitos torcedores encontravam-se na rua festejando. O acusado, juntamente com sua esposa e três filhos, ao sair com o carro estacionado e passar pela multidão que comemorava, teve seu veículo violentamente atacado com pontapés e com lançamento de bombas. Pessoas chegaram a subir no teto e no capô do carro. A fim de se desvencilhar da multidão e garantir a integridade de sua família, ele seguiu a direção, mesmo não tendo nítida visão. A Procuradoria de Justiça opinou favorável ao pedido da defesa, expondo que

[...] diante da cena de real perigo e da iminência de ser ainda maior, com pessoas sem freios inibitórios ameaçando-o e à sua família, não poderia

exigir dele outra conduta que não a de deixar o local, ainda que sacrificando possível direito alheio, para resguardo do próprio, de seus filhos menores e esposa (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1989, p. 110).

No mesmo sentido seguiu o voto dos desembargadores.

Lesão corpora culposa – Atropelamento cometido por motorista que aciona seu veículo objetivando retirar sua família de local onde multidão, composta de bêbados e drogados, comemorava a vitória esportiva, cometendo brutalidades contra o mesmo – Absolvição. Não se pode condenar, por lesão corporal culposa, motorista que ao tentar sair de local conturbado por multidão que pratica ato de vandalismo contra seu veículo atropela pessoa, por inexigibilidade de conduta diversa, máxime se acompanhado de esposa e filhos menores (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1989, p. 110).

Com base no mesmo fundamento, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no dia 9 de agosto de 1989, ao julgar o Recurso de Apelação 546.343/9, decidiu de forma unânime pela absolvição de uma mulher que, após uma série de humilhações provocadas pela amante do marido, agrediu-a. Segundo o acórdão, a autora sofria constantes humilhações da ofendida, que realizava deboches, proferia “gracejos” e enviava bilhetes para seu marido, com o fim de lhe tirá-lo. O Egrégio Tribunal de Justiça reconheceu que a decisão tinha um cunho mais sociológico do que jurídico, pois, sendo pequena a cidade onde se passou o fato, outra atitude não era exigível da autora. O Tribunal absolveu a acusada por ausência de provas. Entretanto, destacou que, ainda que existissem provas robustas do fato, caberia a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa.

Mulher que agride amante do marido diante de humilhação – Inexigibilidade de conduta diversa – Absolvição decretada. O direito é muito mais amplo que a lei, sendo esta apenas uma de suas fontes, cujo objetivo maior é a própria Justiça, e a aplicação pura e simples da norma nem sempre corresponde ao ideal da Justiça (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1989, p. 113).

Consolidando o posicionamento dos Tribunais e da doutrina da época, o então ministro do Superior Tribunal de Justiça e defensor assíduo da teoria, Francisco Assis de Toledo, proferiu importante voto que reconheceu a possibilidade de exculpação com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa suprallegal, admitindo, inclusive, sua utilização como quesito de defesa perante o Tribunal do Júri. Na oportunidade, assim decidiu:

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e suprallegal de exclusão da culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não se pode

negar; Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico [...] (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 1989, p. 113).

Desde então, os tribunais consolidaram esse entendimento, reconhecendo a possibilidade de afastar a culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal. Assim, é importante verificar a capacidade resolutive desse instituto em questões vivenciadas pela sociedade contemporânea, o que será feito a seguir.

7.1 AGENTE INFILTRADO

A Lei 12.850/2013, define organização criminosa e disciplina a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Assim, a Lei 9.034/1995, que tratava sobre o assunto, foi revogada. A nova lei adotou diretrizes estabelecidas na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). O artigo 1º, parágrafo 1º da Lei 12.850/2013 considera organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente organizada, caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de praticar infrações penais, cuja pena máxima seja superior a quatro anos, para obtenção de vantagem de qualquer natureza (BRASIL, 2013)¹⁴. Além dessa situação, a aplicação da Lei 12.850/2013 se estende para outras duas hipóteses. O artigo 2º dispõe sua aplicabilidade no combate às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando o início da atividade delituosa ocorre no Brasil, com previsão do resultado em outro país, ou reciprocamente. A segunda hipótese é a que dispõe contra organizações terroristas internacionais.

¹⁴ “Art. 1º - Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (BRASIL, 2013).

Importante destacar que ao longo da persecução penal, seja no inquérito policial ou no processo penal, para fins de obtenção de prova da autoria e materialidade do crime, os novos meios de investigação dispostos no artigo 3º da Lei 12.850/2013¹⁵, entre eles a infiltração de agente, somente serão utilizados no combate das hipóteses aqui descritas, ou seja, não serão utilizadas para toda e qualquer investigação criminal (NUCCI, 2015).

A infiltração de agente é tratada no artigo 10 ao 14 da Lei de Organização Criminosa. Infiltração significa se inserir aos poucos em um determinado meio ou lugar. O agente, necessariamente policial estadual ou federal, irá se infiltrar em um ambiente, sem ser percebido ou descoberto, com a finalidade de desvendar a atuação de uma determinada organização criminosa, entrando no contexto da organização criminosa para entender seu formato, descobrir seus membros e líderes, obtendo provas para respaldar a persecução criminal. O pedido desse meio de investigação poderá ser feito pelo delegado ou pelo Ministério Público, cabendo ao magistrado competente julgá-lo. Caso decida favorável, o juiz estabelecerá os limites do agente infiltrado. É um procedimento abarcado pelo sigilo judicial, a fim de proteger o agente e garantir o êxito da investigação. Tem o caráter excepcional, subsidiário, pois somente quando outros meios de investigação forem incapazes de obter os elementos necessários para a persecução penal será admissível sua prática (GRECO FILHO, 2014).

Apesar da presença do Juiz para garantir a legalidade do procedimento, questiona-se qual é o limite do agente infiltrado. Não há dúvidas de que o agente, para integrar-se à organização, deverá praticar alguns crimes, até para obter confiança dos membros. Entretanto, sua atividade deverá sempre ser acessória e pautada na proporcionalidade. Isso significa que o agente infiltrado não poderá provocar a

¹⁵ “Art. 3º - Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal” (BRASIL, 2013).

prática de um crime (agente provocador), mas poderá participar acessoriamente da atividade típica da organização criminosa. Assim, por exemplo, ao se infiltrar em uma organização criminosa especializada em roubo de carro, o agente infiltrado poderá participar de roubos. Diferentemente, para investigar um grupo que comete o crime de sonegação fiscal, não estará autorizado a realizar roubos, pois a conduta não está vinculada e não é exercida pelo grupo investigado, portanto, apresenta-se desproporcional e será passível de responsabilização penal (CUNHA; PINTO, 2014).

A fim de delimitar essa situação, o artigo 13 da Lei 12.850/2013¹⁶ dispôs que a conduta do agente deverá ser pautada na proporcionalidade e estar em consonância com a finalidade da investigação, sob pena de ele responder pelo excesso. Entretanto, diante do fato concreto, caso seja necessária a prática de um crime, sua responsabilidade estará afastada pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa (BRASIL, 2013). A inexigibilidade, que não fora contemplada expressamente como cláusula geral de exculpação na parte geral do Código Penal, mas aceita por anos pela jurisprudência nacional, é admitida de forma expressa. A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 77) assim discorre:

a infiltração de agentes policiais no crime organizado permite, por razões óbvias, que o referido infiltrado participe ou até mesmo pratique algumas infrações penais, seja para mostrar lealdade e confiança nos líderes, seja para acompanhar os demais. Constrói-se, então, a excludente capaz de imunizar o agente infiltrado pelo cometimento de algum delito: inexigibilidade de conduta diversa (art. 13, parágrafo único, da Lei 12.850/2013). Trata-se de excludente de culpabilidade, demonstrando não haver censura ou reprovação social ao autor do injusto penal (fato típico e antijurídico), porque se compreende estar ele envolvido por circunstâncias especiais e raras, evidenciando não lhe ter sido possível adotar conduta diversa. O Código Penal nem mesmo prevê essa excludente de culpabilidade de modo expresso, mas somente duas de suas espécies, que são a coação moral irresistível e a obediência hierárquica (art. 22 do CP). A inexigibilidade de conduta diversa sempre foi acolhida como excludente supralegal da culpabilidade, passando, hoje, à mais expressa legalidade.

A opção do legislador e a positivação da causa de exculpação apresentam-se adequadas, mantendo o fato típico e antijurídico (injusto penal) e afastando a

¹⁶ “Art. 13 - O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa” (BRASIL, 2013).

responsabilidade penal com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. A partir do momento que o Estado autoriza a infiltração do agente na organização criminosa, deve garantir um respaldo legal que o resguarde pela prática de um crime necessário para o prosseguimento da investigação e resguardo pessoal, em cujas circunstâncias não era exigível outra conduta.

7.2 CRIME ECONÔMICO E DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA

Outro campo de aplicação da inexigibilidade de conduta diversa corresponde aos crimes econômicos, em que a empresa, em virtude de uma crise financeira, deixa de recolher tributos ou repassar valores à Previdência, a fim de manter o quadro de funcionários e quitar a folha de pagamento. A crise financeira impede que se adote conduta adequada ao direito, por isso inexigível conduta diversa.

O artigo 168-A do Código Penal dispõe sobre o crime de apropriação indébita previdenciária, que consiste em deixar de repassar à Previdência Social as contribuições deduzidas dos contribuintes. O sujeito passivo é o Estado e o objeto jurídico, a seguridade social. A configuração do crime exige a presença do dolo direcionado a fraudar a previdência social. A prescindibilidade do elemento subjetivo tornaria o processo penal verdadeira ação de cobrança, pois aquele que simplesmente esqueceu-se de realizar o repasse à Previdência, sem qualquer ânimo de fraudar, deveria sofrer uma sanção penal, que não cumpria qualquer finalidade da pena (NUCCI, 2014b).

Em ação penal sobre apropriação indébita previdenciária, a Justiça Federal de Minas Gerais, em virtude das provas apresentadas pelo réu, comprovando grave crise financeira que impossibilitava o repasse previdenciário, proferiu sentença absolutória com base na inexigibilidade de conduta diversa, dispondo que,

devidamente comprovada nos autos a dificuldade financeira da empresa, pelos contratos de locação das instalações físicas da empresa, com custo cada vez mais baixo; protestos de títulos; ações trabalhistas movidas contra a empresa; lista de alunos inadimplentes da escola; e depoimentos, os acusados Maria Helena Nunes Barbosa e Newton Santos Meireles devem ser absolvidos, por inexigibilidade de conduta diversa, com fundamento no inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal (TRF 2ª Rg. Acr. Nº 2003.38.00.028306-3/MG. Quarta Turma. Rel. Des. Hilton Queiroz. DJe. 30/10/2007).

O Ministério Público interpôs Recurso de Apelação e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região manteve a sentença, sob o argumento de que a grave crise financeira impossibilitava o repasse previdenciário, motivo que afasta a possibilidade de o réu atuar conforme o direito. Ficou demonstrado que não existia possibilidade de evitar a conduta analisada. Ressalta o respeitável acórdão que “o agente não é culpável, por inexigibilidade de conduta diversa, quando não havia possibilidade de se lhe reclamar conduta diferente da que praticou”.

PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA "D". LEI Nº 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ACOLHIMENTO. 1. [...] 3. Autoria e materialidade demonstradas. 4. Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando que a conduta dos réus, apesar de típica, visto que se amolda à figura prevista no art. 168-A do Código Penal, e de não estar albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhes era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico. 5. Apelação improvida (TRF 2ª Rg. Acr. Nº 2003.38.00.028306-3/MG. Quarta Turma. Rel. Des. Hilton Queiroz. DJe. 30/10/2007)¹⁷

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 516, Distrito Federal, reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária, ao considerar a precária condição financeira da empresa, cuja conduta de não recolhimento do tributo apresenta-se a socialmente menos gravosa¹⁸. O posicionamento adotado apresenta-se plausível,

¹⁷ No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que crise financeira pode justificar a conduta: “EMENTA: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS DA PROVA. REFIS. PENA. AUMENTO. [...] Dificuldades financeiras muito graves podem justificar a conduta de quem não cumpre a obrigação de recolher as contribuições devidas no prazo legal, tendo em vista o interesse social, igualmente relevante, de manter a empresa em funcionamento. Nessa hipótese, em casos extremos, parece aceitável dar prioridade ao pagamento da folha de salários e dos fornecedores, em detrimento dos tributos. O ônus da prova, contudo, é inteiramente da defesa, afastando-se, em princípio, a prova testemunhal, que, por si só, nesses casos, não tem qualquer valor” (TRF4, ACR 2000.04.01.114707-6, Oitava Turma, Des. Relator Amir José Finocchiaro Sarti, DJ 15/05/2002).

¹⁸ “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. [...] 8. No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade à precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do

pois não existe reprovabilidade social à conduta do empresário de boa-fé que deixa de recolher tributo por crise financeira, a fim de manter a empresa em atividade com seu quadro de funcionários. A debilidade humana no momento da escolha e as circunstâncias que levam o empresário a deixar de recolher o tributo são vetores que devem ser analisados segundo o princípio da proporcionalidade. O argumento técnico e a carga ideológica fundamentada no caráter humanitário e solidário da conduta legitimam o presente posicionamento.

7.3 PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

A Lei nº 10.826/2003 regulamenta o registro, a posse e a comercialização de arma de fogo e munição, bem como define tipos penais. Confere competência ao Sistema Nacional de Armas, órgão pertencente ao Ministério da Justiça, para fiscalizar e controlar o registro, autorização para o porte, estabelecimentos de venda etc. O capítulo IV da referida lei dispõe sobre os tipos penais.

O artigo 14 estabelece o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Refere-se à conduta de ter a posse ou de manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição de forma ilegal no interior de residência ou local de trabalho. Difere do artigo 16, que estabelece o porte ilegal de arma de fogo, conduta mais gravosa, pois pressupõe que o armamento esteja com o suspeito fora de sua residência ou local de trabalho. Em ambos os artigos, o bem jurídico tutelado é a segurança pública e o sujeito passivo à sociedade. São crimes de mera conduta, não dependem de um resultado naturalístico danoso e de perigo abstrato, sendo desnecessário comprovar a ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, pois isso é presumido no tipo penal.

Apesar dessas características, é possível admitir a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade nos citados crimes. Não há dúvidas de que compete ao Estado a segurança pública, da mesma maneira

tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. Deve o julgador, também, sob outro aspecto, aferir o elemento subjetivo do comportamento, pois a boa-fé é requisito indispensável para que se confira conteúdo ético a tal comportamento” (STF, AP. 516/DF, Tribunal Pleno, Des. Rel. Ayres Britto, DJe 03/12/10).

que não existe efetivo policial para garantir a integridade física de todos os cidadãos. Aquele que demonstra efetivamente estar sofrendo ameaça e que, após realizar o registro de ocorrência, não obtém êxito no esclarecimento dos fatos e adquire arma de fogo para proteção pessoal, dependendo das circunstâncias anormais do fato, pode configurar situação de inexigibilidade de conduta diversa. O Tribunal de São Paulo admitiu a tese no caso de um agente penitenciário que, após uma série de ataques da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital e de ser, inclusive, feito refém, adquiriu arma de fogo para sua proteção pessoal.

Arma de fogo – Porte, sem a devida autorização, confessado pelo apelado, pessoa que exerce a função de agente de segurança penitenciário, e corroborado pelas provas coligidas – Inexigibilidade de conduta diversa, na modalidade de causa supralegal de excludente de culpabilidade, excepcionalmente caracterizada – Sentença improcedente – Recurso interposto pelo órgão acusador desprovido. [...] apelado, conforme se extrai da prova produzida, estava sendo ameaçado por organização criminosa e acreditava estar sofrendo perigo real e imediato, de maneira que adquiriu a arma apreendida de um soldado da Polícia Militar para sua defesa pessoal e tentava obter autorização para portá-la quando dos fatos. [...] embora a segurança pública tenha sido lesada pelo porte ilegal de arma de fogo, na oportunidade dos acontecimentos, consistentes em sucessivas rebeliões, atentados contra pessoas, ônibus incendiados, ataques a postos policiais dentre outros, numa visível demonstração de forças da organização criminosa, a segurança pública estava comprometida e, por isso, não se poderia exigir de um agente de segurança penitenciário, refém em duas rebeliões, que não portasse a arma de fogo que havia adquirido para sua defesa pessoal porque ainda não havia conseguido autorização para tanto (TJSP. Recurso de Apelação nº 990.08.18774-65. 4ª Câmara de Direito Criminal. Des. Rel. Lucas Tambor Bueno. DJe 15/12/09).

Em outras circunstâncias, o Tribunal de Justiça de São Paulo também admitiu a tese apresentada. Dois irmãos foram denunciados por porte ilegal de arma de fogo. Ocorre que ambos estavam em um bar, quando o desafeto de um deles entrou no estabelecimento. Após uma discussão, o irmão que buscava apartá-la pediu ao outro a arma de fogo que este estava portando, para evitar um mal maior. Após a entrega da arma, dirigiram-se para casa. Durante o trajeto, a polícia os abordou e apreendeu a arma de fogo. O acusado abordado pela polícia e que se encontrava com a arma era aquele que evitou a ocorrência de um crime grave. Foi aquele que pediu ao irmão que lhe entregasse a arma. Seu grau de reprovabilidade é inexistente. A conduta adequada socialmente foi a que ele adotou: acalmar a situação, desarmar o irmão envolvido em uma discussão e encaminhá-lo para casa. Diante do fato concreto, o juiz *a quo* absolveu o irmão que atuou para evitar um mal

maior com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa supralegal e condenou o outro por porte ilegal de arma de fogo. O Tribunal de Justiça manteve a decisão.

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – Excludente de culpabilidade – Inexigibilidade de conduta diversa – Ocorrência – Absolvição mantida – Recurso ministerial desprovido. [...] Ora, não há como negar que Luiz Antônio agiu para evitar um mal pior. Tarde da noite, certamente depois de ter ingerido bebida alcoólica, não seria de se estranhar se Edson desse meia volta e disparasse sua arma de fogo contra Jamilson ou qualquer outra pessoa. Realmente, os tipos penais descritos na Lei nº 10.826/03 são de perigo abstrato, não exigindo, assim, prova de efetiva exposição da coletividade a risco. No entanto, não há como negar que o acusado Luiz Antônio praticou um fato típico para evitar a ocorrência de um mal maior, pois quem portava a arma de fogo antes dele era o corréu Edson, o qual, segundo uma das testemunhas, estava, inclusive, ameaçando atirar em alguém. Assim, absolutamente plausível o reconhecimento da causa supralegal de excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa, como bem verificado pelo Magistrado sentenciante (TJSP. Recurso de Apelação nº 0003216-93.2011.8.26.0030. 1ª Câmara Criminal. Des. Rel. Nelson Fonseca Júnior. DJe 26/08/2015).

Em nenhum momento são negados a autoria e a consumação do crime tipificado no Estatuto do Desarmamento. São crimes de mera conduta e de perigo abstrato que se consumam no momento do porte ilegal. Entretanto, ao analisar as circunstâncias que envolvem o fato e que são importantes para o juízo de reprovação, este deixa de existir. O fator motivacional para o porte ilegal da arma de fogo justifica a exculpação. A análise formal do fato e do crime não podem se distanciar da realidade social. Por isso, a inexigibilidade de conduta diversa apresenta-se como importante fundamento para ponderação de valores e resolução de conflitos.

7.4 FALSIFICAÇÃO DE PASSAPORTE COM A FINALIDADE DE BUSCAR MELHORIA DE VIDA EM OUTRO PAÍS

O artigo 304 do Código Penal¹⁹ tipifica a conduta de utilizar qualquer dos documentos falsificados ou alterados especificados nos artigos 297 a 302 do citado diploma legal. Assim, para configuração do crime, o agente deve valer-se do documento falsificado ou alterado como se fosse autêntico e a circunstância do fato deve ser relevante. A vítima é o Estado e o objeto jurídico, a fé pública. Ocorre que, no ano 2000, com o Brasil apresentando problemas econômicos, alguns brasileiros

¹⁹ Uso de documento falso. “Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302. Pena - a cominada à falsificação ou à alteração” (BRASIL, 1940).

deixavam o País em direção aos Estados Unidos. Com a finalidade de obter melhorias de vida, buscavam oportunidades de emprego. A obtenção do visto americano não se apresentava fácil, em consequência do que alguns falsificavam o documento para tentar ingressar nos Estados Unidos, prática ainda possível de se verificar atualmente.

Naquele período, alguns casos foram apreciados pela Justiça Federal, entre eles, um caso paradigmático. No processo nº 96.02.31347-1/RJ, o juiz *a quo*, ao analisar o caso de um jovem que alterara a foto de um passaporte com a finalidade de ingressar nos Estados Unidos em busca de emprego, absolveu-o com base na inexigibilidade de conduta diversa, nos seguintes termos:

Destarte, embora presentes a tipicidade e a ilicitude, mas diante do caráter episódico da infração, das condições pessoais do acusado e das circunstâncias em que ocorreu o delito, entendo excluída a culpabilidade, por ser aceitável que não tenha agido de outro modo, além de conceber que, por motivo de política criminal, não deve mesmo ser punido (TRF 2ª Rg. nº 2009.50.01.000122-0. Quarta Turma. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado. Dje. 07/07/2011).

No dia 18 de junho de 1997, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região analisou o mesmo caso em sede de Recurso de Apelação, interposto pelo Ministério Público. O Tribunal manteve a absolvição do réu com base nas circunstâncias que envolviam a falsificação do documento²⁰. O posicionamento adotado pelo Tribunal manteve-se, conforme dispõe o respeitável acórdão, proferido no dia 29 de junho de 2011 em caso semelhante:

Conforme relatado, trata-se de mais um caso de uso de passaporte falso com o fim de ingresso nos Estados Unidos da América. [...]. Em que pese o respeitável posicionamento do órgão ministerial em suas razões recursais, observo que a situação da apelada equivale à de inúmeros outros brasileiros que buscam no exterior melhores condições de subsistência. *In casu*, resta configurada a mesma situação fática já enfrentada diversas

²⁰ “CRIMINAL DENÚNCIA – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO – ART. 304 DO CP – DESCARACTERIZAÇÃO DO DOLO. I – a oposição de uma fotografia no lugar de outra, com o objetivo de iludir as autoridades alfandegárias, não configura a conduta descrita no artigo 304 do Código Penal. II – Também o artigo 297 do Código Penal não foi feito para mandar para prisão (com reclusão de dois a seis anos) um jovem que, em busca de emprego no exterior (EUA) tenha feito inserir a sua fotografia num passaporte que não era seu, no que nem chegou a alcançar o seu objetivo. Sendo *in continenti* deportado para o Brasil. III – Deve o juiz distinguir um homem de bem de um verdadeiro marginal, e, em consequência, os comportamentos criminosos dos comportamentos impensados e passageiros, configuradores de meros ‘desvios de condutas’. IV – Sentença absolutória mantida” (TRF 2ª Rg. nº 96.02.31347-1. Quarta Turma. Rel. Carreira Alvim. DJu. 18/11/1997).

vezes por juízes e tribunais do País, que enxergam na conduta ora em apreço, não um ato criminoso com a deliberada intenção de atingir o bem jurídico tutelado pela norma, mas somente um fato delituoso com caráter episódico, fomentado por circunstâncias econômicas e sociais desfavoráveis. Esta Turma, inclusive, firmou entendimento quanto ao tema, sendo unânime em reconhecer a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. [...] Diante do exposto, conheço e nego provimento ao Recurso de Apelação (TRF 2ª Rg. nº 2009.50.01.000122-0. Quarta Turma. Des. Rel. Marcello Ferreira de Souza Granado. Dje. 07/07/2011).

O posicionamento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região apresenta-se adequado ao fato concreto. Considera questões econômicas e sociais como fatores capazes de induzir um cidadão a falsificar documento público. A finalidade do infrator é a busca de melhoria de vida, que, juridicamente, representa valores dispostos na Constituição Federal, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, afastamento da marginalidade econômica, diminuição da desigualdade social, promoção da justiça social e reconhecimento do valor social do trabalho. Nestes termos, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade permite que o direito penal adeque-se à realidade social, evitando que o trabalhador sofra outra “punição” por sua condição social. Ressalta-se que a aplicação desta tese deverá ser analisada em cada caso concreto.

7.5 TRÁFICO DE DROGAS

A Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006) estabelece normas de prevenção e reinserção do usuário e dependente de drogas, bem como para a repressão ao tráfico e para a produção ilícita de drogas. Seu artigo 33²¹ estabelece o crime de tráfico ilícito de drogas, criminalizando, entre outras condutas, adquirir, vender, transportar e trazer tais substâncias consigo. Trata-se de crime que tutela a saúde pública, cujo sujeito passivo é a sociedade. Caracteriza-se como um crime formal e de perigo abstrato. Não exige para sua configuração um especial fim de agir, ou seja, inexistente elemento subjetivo específico do tipo penal. Assim como o artigo 28 da referida lei estabelece

²¹ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa [...]” (BRASIL, 2006).

o elemento subjetivo específico “para consumo próprio”, o artigo 33 também deveria possuir a finalidade específica de traficar substância ilícita.

Em situações singulares, é possível afastar a culpabilidade do crime de tráfico de drogas com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais analisou o caso de um detento que cumpria a função de “faxina”, ou seja, entregava marmitas nas selas. Em virtude de ter maior mobilidade dentro do presídio, este foi coagido a entregar uma quantia de drogas em uma determinada cela. A sela à qual a droga estava endereçada pediu ao agente penitenciário para que soltasse o réu, fato que foi aceito. Ao sair da sela e ser revistado, o réu retirou de sua boca um invólucro com cinco gramas e colocou no chão. Diante do fato, foi denunciado por tráfico ilícito de drogas dentro do estabelecimento prisional. O Tribunal reconheceu a autoria e a materialidade do crime, mas, diante das provas e depoimentos apresentados, excluiu a culpabilidade com fundamento na coação moral irresistível.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – RECONHECIMENTO – ABSOLVIÇÃO. Se há provas de que o apelante agiu sob coação à qual não podia resistir, é de se acolher o pedido de absolvição, com base na excludente da coação moral irresistível. Provimento ao recurso é medida que se impõe. [...] A tese absolutória merece prosperar. Alega a defesa que o réu agiu sob a égide da inexigibilidade de conduta diversa supralegal, pois estava de posse da droga apreendida para entregar aos detentos da cela de nº 8, por temer agressões deles, haja vista que, por ser o réu o responsável pela entrega das refeições àqueles, possui mais mobilidade dentro cadeia. A coação moral irresistível caracteriza-se pela supressão da liberdade de agir do agente, devido à pressão psicológica exercida pelo coator. Há prova concreta de ameaça ou iminência de agressão a ensejar compreensão do temor supostamente vivenciado pelo acusado (TJMG. Apelação Criminal nº 1043908087906-7/001. 3ª. Câmara Criminal. Des. Rel. Antônio Carlos Cruvinel. DJe. 19/12/2012).

O tipo penal do tráfico de drogas também se enquadra, por exemplo, no caso da mãe que tenta entrar no presídio com droga escondida, para quitar dívida do filho detento. A conduta *trazer consigo*, ou seja, transportar a droga junto ao corpo, nesses casos, geralmente, dentro de si mesmo, é consumada no momento em que o indivíduo sai de casa. A droga geralmente é encontrada no momento da revista íntima, procedimento obrigatório para o acesso ao presídio. A inexigibilidade de conduta diversa pode afastar a culpabilidade quando caracterizar coação moral

irresistível. Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela aplicação do princípio.

Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com outros detentos. Inexigibilidade de conduta diversa. Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida. Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido, admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa supralegal exculpante configurada. Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado (TJSP. Apelação Criminal nº 0004264-57.2008.8.26.0268. 1ª Câmara Criminal. Des. Rel. Péricles Piza. DJe. 09/10/09).

Nesses casos, a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa com fundamento na coação moral irresistível apresenta-se complexa. Nos dois casos, os detentos estão sob responsabilidade do Estado, que deve garantir sua integridade física. Em um primeiro momento, ao tomar ciência de ameaças que um ente querido esteja sofrendo dentro do estabelecimento prisional, a família e até mesmo o detento, deveriam comunicar o fato à autoridade competente, para que o conflito se resolvesse. Esse seria o padrão de conduta adequado, segundo os parâmetros da lei²². Entretanto, ao considerar a realidade do sistema carcerário, em que por vezes são noticiados esquartejamentos e até prática de canibalismo (SANTOS, 2013; SPERANDIO, 2015), torna-se difícil motivar-se conforme o direito. A finalidade da conduta não é o lucro ou a satisfação de um desejo do detento, mas, sim, garantir sua integridade física. Devidamente comprovada a coação moral irresistível, deve-se afastar a culpabilidade pela prática do tráfico de drogas.

²² Alertando sobre a necessidade dessa conduta, o Superior Tribunal de Justiça dispôs que “a tese de inexigibilidade diversa foi suficientemente refutada pelo Tribunal. Se verdadeira a versão das ameaças sofridas pelo filho da paciente, tal circunstância deveria ser solucionada por outros meios idôneos, jamais se justificando a adoção do tráfico de drogas como forma de obtenção de dinheiro para o pagamento de dívidas” (STJ. Habeas Corpus nº 211467/DF. 6ª Sexta Turma. Min. Rel. Og Fernandes. DJe. 31/08/11).

7.6 MÉDICO QUE PRATICA CASTRAÇÃO QUÍMICA A PEDIDO DO PEDÓFILO

A discussão sobre a possibilidade de aplicação da pena de castração química aos pedófilos que cometem crimes sexuais sempre vem à tona após algum caso trágico. No Brasil, alguns projetos de lei buscaram inserir a castração química como pena dirigida ao pedófilo. Na Câmara dos Deputados, foram propostos os Projetos de Lei 7.201/2002 e 4.339/2008, ambos arquivados. Atualmente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 553/2007, proposto pelo senador Gerson Câmara. No âmbito internacional, alguns países adotam a referida medida, por exemplo, alguns estados dos Estados Unidos, Canadá, França, Argentina etc.

A pedofilia representa um crime grave e de alta repugnância social. A Organização Mundial da Saúde reconhece-a como doença, relacionada na Classificação Internacional de Doenças (CID 10 – F 65.4). Ao seu lado, encontram-se outras doenças, como fetichismo, exibicionismo, voyeurismo etc. É caracterizada pelo desejo e preferência sexual dirigido a crianças, independentemente do gênero, representando um transtorno psicopatológico. A idade da vítima é variada, mas o maior índice ocorre na fase inicial da puberdade. Destaca-se a diferença entre o portador da doença pedofilia e o indivíduo oportunista. Aquele sente o desejo e atração sexual por crianças e pode ou não conter seu impulso. O oportunista, por sua vez, é aquele que abusa sexualmente de uma criança pelas circunstâncias e oportunidades que encontra.

A prática de castração não é um procedimento novo e no passado foi utilizada para diversos fins. Na Grécia Antiga, servia para o controle de natalidade em regiões mais pobres; na Europa, com a proibição das mulheres de se apresentarem em público, crianças do gênero masculino eram castradas para manter a qualidade da voz durante a puberdade, geralmente para compor corais da igreja. O aumento dos casos de pedofilia fez renascer a castração química como medida eficaz ao combate dessa conduta criminoso. O método consiste em se administrar hormônios femininos ao pedófilo, com a finalidade de inibir a libido e as práticas sexuais. A castração não é permanente, sendo que a interrupção do tratamento permite a reversão do quadro. Entretanto, existem efeitos colaterais (RODRÍGUEZ, 2010). No Brasil, a prática é proibida e parece não coadunar com os direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição Federal. A utilização desse método por um médico configuraria a

prática do crime de lesão corporal e poderia lhe acarretar uma sanção administrativa perante o Conselho Federal de Medicina.

Em outubro de 2007, foi veiculada em jornais a informação de que um médico psiquiatra, integrante do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, estaria injetando hormônio feminino em pedófilos, com o consentimento destes, com a finalidade de promover a castração química. O trabalho era desenvolvido no Ambulatório de Transtornos da Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC (SANTINI, 2007; AMBULATORIO, 2007). Diante desses fatos, põe-se a questão: se existisse uma ação penal por lesão corporal contra um médico que realizou a castração química em um pedófilo que requereu o tratamento como medida útil e única para a contenção de seus impulsos sexuais, seria possível afastar a culpabilidade do médico com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade?

Existem formas de tratar a pedofilia. A primeira consiste em tratamento realizado por um médico psiquiatra em conjunto com psicólogo especialista na área. Isso permitirá que o pedófilo entenda a doença, conheça sua personalidade e desenvolva estratégias para conter seus desejos e impulsos sexuais direcionados a crianças. Nessa fase, medicamentos podem ser ministrados, desde que o objetivo não seja a castração química. Podem ser utilizados, por exemplos, remédios antidepressivos. Não sendo possível obter resultados e tendo ciência de que o paciente pedófilo relata não conseguir conter seus impulsos, requerendo ao médico o tratamento hormonal (castração química), a realização deste procedimento poderá estar abarcada pela inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Imagine o pai que busca controlar seus impulsos sexuais contra seu próprio filho. Não é possível falar em separação definitiva do convívio entre pai e filho. Ao revelar ao médico que está com extrema dificuldade em se conter e, diante disso, requerer a castração, o médico, ao realizar o procedimento, estará objetivando evitar um dano maior. Não há que se falar em reprovação. A ponderação realizada com base nos valores sociais e sua experiência médica está direcionada a salvar a criança do abuso sexual e o pai, de sua própria doença.

7.7 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTE DO CORPO HUMANO

A Constituição Federal, ao dispor sobre a saúde, estabelece no artigo 199, parágrafo 4º, que

a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Atualmente, a matéria está disciplinada na Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, pesquisa e outras providências. A matéria é controversa e, antes de correlacioná-la com a inexigibilidade de conduta diversa, é importante tecer algumas considerações.

A citada lei é um importante marco legal, pois fixa o posicionamento do Brasil a respeito da remoção de órgãos e tecidos para relevantes fins sociais. A clareza da matéria possibilita o desenvolvimento dos estudos na área da saúde e contribui para o prolongamento da vida dos seres humanos. A lei define o conceito de morte, considerada a partir da constatação da morte encefálica. Para que esta seja confirmada, é necessário que sejam observados os procedimentos dispostos na Resolução 1480/1997 do Conselho Federal de Medicina e que seja declarada por dois médicos, distintos daqueles que realizarão o futuro transplante.

Além disso, para a extração de órgãos e tecidos *post morte*, além da verificação da morte encefálica, é necessário o consentimento da família ou da existência de declaração formal do *de cuius* como doador. A disponibilidade de órgãos e tecidos em vida dependerá da capacidade de consentir do doador e da demonstração dos fins terapêuticos ou da necessidade de transplante para o receptor. Em ambas as situações, a disponibilidade deverá ser gratuita, sob pena de incorrer em crime tipificado pela própria lei.

Em relação ao consentimento para a disposição de órgãos e tecidos, inicialmente, a Lei 9.434/97 adotou o sistema de doação presumida, ou seja, todos eram potenciais doadores. A remoção de órgãos e tecidos somente não era realizada quando houvesse registro na Carteira de Identidade Civil do *de cuius* que o declarasse como não doador. Não dependia do consentimento dos familiares; a inexistência de

registro implicava remoção. O consentimento era presumido. Esse posicionamento, adotado na época em países como a Espanha, sofreu inúmeras críticas. William Terra de Oliveira (1997)²³ destacou que a lei infringia princípios constitucionais que tutelam a autodeterminação do ser humano e sua individualidade, sendo, portanto, inconstitucional. Diante disso, a Lei 10.211/2001 alterou o dispositivo e a remoção de tecidos e órgãos deixou de ser presumida. Assim, a remoção *post mortem* somente será permitida com o consentimento da família ou se o *de cujus* for declarado formalmente como doador. Inverte-se a lógica. A inexistência de manifestação do *de cujus* e de seus familiares impede a remoção. A regra se aplica para os indigentes e para aqueles identificados civilmente que não deixaram familiares para obter o consentimento.

O segundo posicionamento parece conciliatório e mais adequado. Admitir a presunção do doador apresenta um ponto questionável: e se mesmo diante da morte cerebral a família tiver o interesse de manter o ente em estado vegetativo? Adotando a primeira posição, poderia o médico, ao realizar o procedimento para constatação da morte cerebral, retirar os órgãos e tecidos sem a consulta ou anuência da família. Não há dúvidas de que a dependência do consentimento da família dificulta transplantes futuros. Por isso, é importante uma política pública, por meio de campanhas publicitárias, mostrando a importância da doação de órgãos. É preciso desmistificar a morte e demonstrar que a remoção de órgãos permite o prolongamento da existência de um ser humano que deseja viver. Negar a remoção representa um desperdício de oportunidade de vida para outra pessoa. Mas, ainda sim, é importante respeitar o desejo da família.

Entretanto, impõe-se a primeira questão. Um jovem sofre um acidente de carro que culmina em sua morte cerebral. Estima-se que diante das lesões seus órgãos não devem durar mais que um dia. A equipe médica tenta contato com a família, mas não consegue localizar nenhum de seus membros. O médico, ciente da importância

²³ Expõe William Terra de Oliveira (1997, p.10-11) que, “desde que nascemos temos autonomia de vontade (por vezes suprida por familiares), mas, ao morrer, salvo manifestação formal em contrário, adquirimos a condição de titeres orgânicos nas mãos do Estado. Tudo estaria bem se isso não esbarrasse em princípios constitucionais que protegem a autonomia da vontade, inclusive naquilo pertine à individualidade post mortem. Sob estes aspectos, é perfeitamente possível afirmar que a lei é inconstitucional, o que macula a aplicabilidade dos dispositivos penais que decorrem de sua existência [...]”.

da remoção dos órgãos para ajudar outras pessoas, resolve realizar a remoção adequada, entendendo que, após a localização da família e elucidada a importância da doação, caso a família não consinta, o cadáver poderá ser reconstituído²⁴. Apesar da louvável intenção do médico, conforme exposto, o artigo 14 da Lei 9.434/1997 expõe como crime a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver em desacordo com as disposições da lei, culminando em pena de dois a seis anos. Diante desse caso específico, seria possível a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade?

Não existem dúvidas de que o médico atuou com dolo e realizou a conduta do tipo. Removeu os órgãos sem o consentimento da família. Tinha ciência da antijuridicidade de sua conduta, por conhecer a norma. Entretanto, ao analisar o objeto de valoração da culpabilidade, o dolo e as circunstâncias do fato, percebe-se que há uma culpabilidade reduzida. Apesar da configuração do injusto penal, sua intenção era possibilitar a manutenção dos órgãos enquanto esperava o consentimento ou não da família. Isso somente seria possível com a remoção. Diante da tentativa frustrada de encontrar a família em um primeiro momento, restou a dúvida: remover e manter os órgãos vivos ou aguardar o consentimento da família e perder os órgãos?

Ora, a visão do médico foi a de possibilitar o transplante de órgãos para um futuro paciente indeterminado. O objetivo primeiro de um médico é a manutenção da vida. Além disso, caso fosse negada a utilização do órgão removido para fins de transplante, seria possível a reconstituição ao cadáver. Por isso, diante da situação emergencial e da relevante conduta social do médico direcionada à manutenção de outro bem jurídico relevante, ou seja, a vida de outro paciente, é possível a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, a fim de afastar a culpabilidade do crime exposto.

²⁴ Importante destacar que a maioria dos órgãos só tem utilidade para fins de transplantes antes da parada cardíaca. Exemplos de exceções são os rins, cuja remoção é possível até 30 minutos após a parada cardíaca, e as córneas, com remoção podendo ser feita até seis horas após a parada cardíaca (DOAÇÃO, acesso em: 17 out. 2015).

Outra questão importante dispõe sobre a compra e venda de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano. O artigo 15 da Lei 9.434/1997 comina a pena de três a oito anos para quem realiza algumas dessas condutas. O tipo penal proíbe o mercantilismo das partes do corpo humano. A busca de lucro nessas situações deve ser repreendida pelo Estado, devendo-se estimular o caráter solidário e humanista por meio das doações de órgãos. Assim, o objeto jurídico da norma é a proteção da ética e da moralidade que deve existir nas doações. Por isso, o Ministério da Saúde criou o sistema único de cadastro. O receptor deve aguardar na fila de transplantes. Essa ordem obedece a alguns critérios, como a gravidade do estágio da doença do receptor, tempo de espera, compatibilidade entre doador e receptor. Entretanto, estando o paciente com a saúde debilitada e sem expectativas para o transplante necessário, seria possível eximi-lo da culpa na compra de órgãos?²⁵

A vida é o bem jurídico mais importante. A aceitação da morte é o sentimento mais difícil do ser humano, ainda mais quando o indivíduo, em virtude da doença, sente existir um cronômetro para o fim de sua existência. Nesses casos críticos, o comprador não vê alternativa, a não ser burlar a fila de transplante. Não é possível o direito exigir que o indivíduo deixe de usar todas as suas alternativas para se manter vivo, ainda quando seja imoral e ilegal. Nesse caso, é possível a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa para a exculpação do autor. Entretanto, ressalta-se que os integrantes de esquemas de venda de órgãos necessitam ser punidos com rigor.

7.8 LAVAGEM DE DINHEIRO

Os avanços tecnológicos possibilitaram a criação de um mercado econômico global. O aumento do acesso à informação, a velocidade da comunicação e o desenvolvimento de mecanismos facilitadores para investimentos e transações econômicas criaram um ambiente vulnerável à integração de capitais provenientes

²⁵ Caso importante ocorreu em 2008, no Rio de Janeiro. O então coordenador do programa “Rio Transplante” e médico da Universidade Federal do Rio de Janeiro foi preso na Operação Fura-fila, da Polícia Federal. O coordenador foi acusado de chefiar uma quadrilha de médicos que burlavam a fila de transplante de fígado mediante pagamento. O irmão da vítima relatou que um dos médicos afirmou que somente com o pagamento de R\$ 150 mil seria possível garantir o transplante e salvar a vida do paciente. O negócio não se efetivou pela falta do dinheiro (MENDONÇA, 2008).

de atividades ilícitas no mercado financeiro. A criminalidade organizada, valendo-se da prática de crimes contra a administração pública, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de pessoas, entre outros, busca, por meio da lavagem de dinheiro, tornar lícitos seus proveitos, integrando-os ao mercado financeiro.

A lavagem de capitais é uma prática antiga e remonta à Idade Média. A expressão surgiu em 1920, a partir do método utilizado por máfias dos Estados Unidos, que montavam suas próprias lavanderias a fim de ocultar seus ganhos com a venda de bebidas alcoólicas ilegais. Ao mesclar valores lícitos e ilícitos, mascaravam a origem destes. A lavagem de capitais pode ser conceituada como procedimento complexo que objetiva transformar valores ilícitos em lícitos, ocultando sua origem, permitindo que o criminoso usufrua-o sem o risco de confisco (CALLEGARI; WEBER, 2014).

A Lei 9.613/1998 objetiva, justamente, coibir a prática da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. A fim de tutelar com maior efetividade o complexo de bens jurídicos atingidos por esse crime, quais sejam, a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, a administração da justiça, a Lei 12.683/2012 alterou o referido diploma legal.

A primeira modificação substancial foi a revogação dos incisos do artigo 1º, que previa um rol de crimes antecedentes. Antes da alteração legal, o crime de lavagem de dinheiro somente poderia ser investigado e punido se o delito antecedente fosse um dos dispostos no citado artigo. O rol de crimes antecedentes era composto pelos seguintes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organização criminosa ou crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Atualmente, qualquer infração penal é apta a justificar a prática do crime de lavagem de dinheiro. A mudança foi importante, pois uma série de crimes permite a obtenção de lucros e a viabilidade da lavagem. Guilherme de Souza Nucci (2014a) destaca que o antigo rol de crimes não expunha o crime de estelionato. Ora, o estelionatário é capaz de obter ilicitamente altas quantias e, ao inseri-las no mercado por meio da lavagem de dinheiro, prejudica a ordem econômica.

A discussão da lavagem de capitais com o instituto da inexigibilidade de conduta diversa está situada no âmbito da autolavagem. Primeiramente, discute-se a possibilidade de o autor do crime antecedente ser, também, autor do crime de lavagem. A questão é controversa até no plano internacional. O Código Penal italiano, em seu artigo 648 *bis*, afasta essa possibilidade, exigindo que o autor da lavagem de dinheiro seja diferente do autor do crime antecedente. Diferentemente, o Código Penal espanhol, no artigo 301, 1, prevê expressamente a punição da autolavagem. A legislação brasileira é omissa a respeito do assunto. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou pela possibilidade da punição da autolavagem de dinheiro²⁶.

Contrário a este posicionamento, Fábio Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior (2006, p. 552) destacam que a punição do autor pelo crime antecedente e pela lavagem de dinheiro configuraria *bis in idem*, posto que a lavagem representa mero exaurimento do delito. O autor do crime não estaria lesionando outro bem jurídico, a não ser aquele realizado pelo crime antecedente, sendo atípica sua conduta em relação à lavagem de dinheiro. Dessa forma, expõem os autores que,

àquele que é condenado pelo delito antecedente não se pode impor o dever jurídico de espontaneamente entregar ao Estado, para ser confiscado, o produto ou o provento do crime pelo qual foi apenado. É contra a natureza das coisas, o bom senso e até mesmo a lógica [...].

Contrário a esse posicionamento, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2014a), com o qual se coaduna este trabalho, destaca que a conduta da lavagem de dinheiro atinge bens diversos do crime antecedente, quais sejam, a ordem econômica, o sistema financeiro, entre outros. Por exemplo, enquanto o tráfico de drogas (crime antecedente) tutela a saúde pública, a lavagem de capitais tutela os

²⁶ Analisando o tema, o Supremo Tribunal Federal expôs que: “IV – Não sendo considerada a lavagem de capitais mero exaurimento do crime de corrupção passiva, é possível que dois dos acusados respondam por ambos os crimes, inclusive em ações penais diversas, servindo, no presente caso, os indícios da corrupção advindos da AP 477 como delito antecedente da lavagem” (STF. Inquérito nº 2471. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal do Pleno. DJe. 29/02/12).

citados bens jurídicos. A conduta de dissimular ou ocultar capital ilícito é diferente da praticada no crime antecedente²⁷.

Em outra perspectiva, Délio Lins e Silva Júnior e Marco Aurélio Borges de Paula (2009, p. 62) defendem a impossibilidade de punição da autolavagem, uma vez que isso feriria o princípio constitucional da presunção de inocência. Expõem os autores que

se nossa *Charta Magna* de 1988 prevê como cláusula pétrea o direito de não autoincriminação, impondo o preceito de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo, corolário lógico dessa previsão constitucional é a conclusão de que ninguém jamais será obrigado a confessar a prática de um crime, ou, seguindo o mesmo raciocínio, a entregar ou deixar à disposição das autoridades o resultado dele proveniente.²⁸

A partir dessa fundamentação, os citados autores concluem que se trata de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa que exclui a culpabilidade do autor do crime de lavagem de capitais.

Em verdade, a partir dos estudos realizados para esta pesquisa, conclui-se que não se trata de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa como causa exculpante. Desde que suas características, entre elas, a complexidade do procedimento, estejam presentes na conduta, estará configurado o crime de lavagem de dinheiro. Ressalta-se, novamente, que o princípio da inexigibilidade representa um importante filtro para situações em que exista reprovabilidade jurídica, mas não reprovabilidade social. No caso apresentado, há responsabilidade jurídica e social. O bem jurídico é lesionado e a conduta realizada para a prática da lavagem de dinheiro é diferente do crime antecedente. A questão que não se deve confundir é a hipótese do autor do

²⁷ Adepto desse entendimento, Renato Brasileiro (2015, p. 303) expõe que, “a nosso juízo, ao contrário do que se dá com a receptação e o favorecimento real, nada impede que o sujeito ativo da infração antecedente também responda pelo crime de lavagem de capital (selflendering). A uma porque, ao contrário de outros países, a legislação brasileira não veda expressamente a autorlavagem, inexistindo a chamada ‘reserva de autolavagem’ prevista em outros países. [...] Em segundo lugar, não se figura possível a aplicação do princípio da consunção, incidente nas hipóteses de pós fato impunível. Ora, a ocultação do produto da infração antecedente pelo seu autor configura lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira. No mesmo sentido, ver Bottini (2013).

²⁸ SILVA JÚNIOR, Délio Lins; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (Orgs.). **Lavagem de dinheiro e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71.

crime de tráfico ilícito de drogas que, após auferir o lucro com o crime, utiliza-o, por exemplo, para pagamento de despesas pessoais. Neste caso, não se trata de crime de lavagem de dinheiro, mas, sim, de mero exaurimento do crime. Também não se deve falar em inexigibilidade de conduta diversa.

7.9 ABORTO ECONÔMICO E ADOÇÃO À BRASILEIRA

No âmbito dos crimes contra a pessoa, o Código Penal prevê a punição do aborto, que significa interrupção violenta da gravidez, resultando na morte do feto imaturo. Seu artigo 124 prevê a modalidade de aborto provocado pela própria gestante (autoaborto) e, também, aquele consentido para que terceira pessoa o provoque. Nesta hipótese, a gestante consente que um terceiro provoque o aborto. Em relação ao agente provocador, o referido código elenca duas situações. O artigo 125 expõe a figura típica do indivíduo que provoca o aborto sem o consentimento da gestante e o artigo 126, com seu consentimento.

O Código Penal também elenca hipóteses em que o aborto não é punível. O artigo 128 expõe sobre o aborto necessário, aquele que é indispensável para a preservação da vida da gestante, e o aborto sentimental, que é aquele cuja gravidez é oriunda de estupro. Essas são as hipóteses legais que autorizam o aborto. Em 2013, no julgamento da ação de arguição de descumprimento do preceito fundamental nº 54, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de aborto em caso de anencefalia, deficiência que não permite a vida extrauterina.

Destaca-se que o aborto econômico ou social, aquele realizado pela gestante que se encontra em situação de miserabilidade, não é autorizado pelo direito pátrio. Não se nega a desigualdade social existente no Brasil e existência da prática desse tipo de conduta. Grupos favoráveis ao aborto sustentam a importância de descriminalizá-la. Entretanto, isso não se apresenta como a melhor maneira de resolver a questão. A realização de políticas públicas relacionadas à educação sexual e distribuição constante de preservativos permitiria resultados satisfatórios. Tais ações deveriam ser realizadas em todos os meses do ano e, principalmente, em áreas precárias.

Em virtude disso, neste caso, não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. A gestante, ao tomar

ciência da gravidez e ciente de sua condição econômica, pode entregar seu filho a entidades competentes para recebê-lo. É uma realidade deplorável e dolorosa para a mãe e, futuramente, para seu filho, mas a condição econômica da gestante não pode ser vetor justificante para a supressão de uma vida humana. Existem condições legais capazes de solucionar o problema e na relação entre a condição econômica e a vida; existindo meios para a manutenção desta, deve-se priorizá-la.

Diferentemente, a situação da adoção às avessas pode ocorrer, inclusive, a partir do “abandono econômico” de uma criança. Um exemplo frequentemente visto no noticiário brasileiro é o abandono de recém-nascidos em lixeiras.²⁹ A adoção às avessas ocorre quando uma pessoa faz o registro civil de uma filiação inexistente. Registra a criança como se fosse sua, sem comunicar às autoridades públicas e sem passar pelo processo de adoção. Essa conduta está tipificada no artigo 242 do Código Penal, quando este se refere a “registrar como seu o filho de outrem”. A pena cominada é de dois a seis anos de reclusão. Entretanto, o parágrafo único dispõe sobre a possibilidade de o juiz diminuir ou deixar de aplicar a pena quando o ato for praticado por “motivo de reconhecida nobreza”.

O “deixar de aplicar a pena” significa o perdão judicial, disposto no artigo 120 do Código Penal. O instituto representa um causa extintiva de punibilidade, que pode ser concedida pelo juiz competente, desde que presentes os requisitos legais e que esta possibilidade esteja prevista na norma penal. É uma questão de política criminal e a natureza jurídica de sua decisão é declaratória, nos termos da súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça. Cumpre-se alertar que somente se concede o perdão judicial a quem errou, ou seja, a conduta é típica, antijurídica e culpável. Entretanto, em sede de sentença, perdoa-se o réu. Por isso, nada impede a utilização, também, da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Ora, imagine-se o quadro de um indivíduo que, em virtude de um longo período de prestação de serviços sociais em uma comunidade, é surpreendido por uma mãe que fazia parte do projeto social, a qual, por questões de miserabilidade, clama-lhe

²⁹ O abandono de incapaz constitui crime e está previsto no artigo 133 do Código Penal.

para que cuide de seu filho. A entrega é consentida por ambas as partes, a manutenção do convívio é aceita e o registro da filiação é realizado. Nessas circunstâncias, é possível falar em inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de exclusão da culpabilidade. O intuito da mãe é livrar seu filho das condições degradantes em que convive.

No mesmo sentido é a intenção do agente que registra a criança. A situação de miserabilidade, a solidariedade prestada, o consentimento de ambas as partes, a intenção direcionada a um bem maior (dignidade humana) são circunstâncias que permitiriam a utilização da inexigibilidade com causa de exculpação. Assim, a questão seria resolvida, não por uma questão de perdão judicial, mas, sim, pelo reconhecimento de que o fato, segundo as suas circunstâncias, não representou um crime.

CONCLUSÕES

1. O fundamento da culpabilidade reside na exigibilidade de conduta diversa. Significa que para a conduta ser considerada culpável, é necessário que o autor possa e deva atuar conforme o direito. O juízo de reprovação está presente quando o autor, mesmo podendo atuar conforme o direito, opta pela prática da ação típica e antijurídica. A capacidade de autodeterminação do autor deve ser analisada segundo o fato concreto.
2. Em virtude de compor o fundamento da culpabilidade, quando a exigibilidade não estiver presente na conduta do autor, a culpabilidade deverá ser afastada. Se o fundamento existencial da culpabilidade não se encontra presente, a categoria não pode formar um juízo de reprovação. Entendimento contrário tornaria a culpabilidade uma categoria mecânica, que verificaria seus elementos, sem valorar a conduta e a personalidade do autor. A culpabilidade funcionaria sem vida. Isso representaria, considerando as devidas distinções, um retorno à teoria psicológica da culpabilidade, que considerava apenas a verificação do dolo e da culpa.
3. O princípio da inexigibilidade de conduta diversa está presente em diversas áreas do direito, por exemplo, o direito civil e administrativo. Representa um princípio integrante do ordenamento jurídico capaz de solucionar conflitos ao aproximar o direito da realidade social. São situações em que a aplicação mecânica do direito ocasionaria uma condenação injusta. O princípio permite a valoração do caso, importa-se com as circunstâncias anormais do fato e a personalidade do autor. Com isso, é possível proferir decisões que se adequem ao direito e à realidade social.
4. A inexigibilidade de conduta diversa está presente no direito penal brasileiro. Sua aplicação pode derivar dos casos expressos pela lei penal ou de uma aplicação supralegal. A lei positivou a coação moral irresistível e a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico como causas de exclusão da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. O legislador não seria capaz de enumerar todas as hipóteses de exculpação com fundamento no princípio, por isso, é admissível sua aplicação, mesmo sem norma expressa.

5. As hipóteses de aplicação supralegal do princípio da inexigibilidade de conduta diversa são hipóteses excepcionais, em que a própria vida limita sua ocorrência. Podem ser caracterizados pelos seguintes elementos: circunstâncias anormais condicionantes de condutas; ausência da possibilidade de atuar conforme o direito; conflito e ponderação de bens jurídicos; conflito entre a opinião pública e o direito; inexistência do desejo real do autor que qualquer bem jurídico seja lesado. Importa destacar que os elementos materiais que compõe o evento são importantes para demonstrar os elementos elencados e a relevância do valor perquirido pelo autor.
6. Diante da dinâmica da vida em sociedade, a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade representa um importante princípio do direito penal, permitindo solucionar casos atuais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBULATÓRIO do ABC realiza “castração química” de pedófilos. **O Estado de S. Paulo**, out. 2007. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,ambulatorio-do-abc-realiza-castracao-quimica-de-pedofilos,65397>>. Acesso em: 17 out. 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AQUINO, Tomás de. **Suma de teologia II**. Parte I e II. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/262873318/Tomas-de-Aquino>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ÁSUA, Luiz Jiménez de. **Princípios de derecho penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot e Sudamericana, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: BdeF, 2004.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004a.

_____. **Menores e loucos em direito criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004b.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Campinas: Red Livros, 2000.

_____. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**: uma análise comparativa. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a.

_____. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000a.

_____. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000b.

BONASENA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiro, 2000.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 8 ago. 2015.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. tomo 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSTOS, Juan; MALARÉE, Hernan Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. v. 2. Madrid: Trotta, 1999.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRARA, Francesco. **Teoría de la tentativa e de la complicidad, ó del grado en la fuerza física del delito**. Trad. Vicente Romero Giron. Madrid: F. Gongora y Compañía, 1877.

CÓDIGO Penal Alemán. Tradução de Cláudia López Diaz. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Trad. Paulo Cesar Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editora BdeF, 2001.

COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentário à nova lei sobre o crime organizado - Lei nº 12.850/13. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELMANTO, Fábio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOAÇÃO de órgãos e tecidos. **Associação Brasileira de Transplantes e Órgãos**. Disponível em:

<<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=541&c=989&s=0&friendly=doacao-de-orgaos-e-tecidos#abto6>> Acesso em: 17 out. 2015.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y pena**. tomo 1. 2. ed. Buenos Aires: A. de Alfredo y R. Depalma, 1996.

DOTTI, Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DOTTI, René Ariel. **O incesto**. Curitiba: Ghignone, 1976.

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luis Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: BdeF, 2002.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora; Friedrich Geerds. Buenos Aires: BdeF, 2006.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIMBERNAT, Ordeig. **El sistema de derecho penal en la actualidad**. Madrid: Editora 1990.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito penal**: parte geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa**: Lei nº. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, julho 2002, p. 39.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: C. Bastos, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva.** Trad. Patrícia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo.** Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: BdeF, 2005.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Claudio Heleno. **Comentário ao código penal: arts. 1º as 10.** 5. ed. v. 1, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JAKOBS, Gunther. **Sobre la teoría de la pena.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general.** 3. ed. ampl. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral.** v. 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** São Paulo: Saraiva, 2007.

KOERNER JUNIOR, Rolf. **Obediência hierárquica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivum, 2015.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** v. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2003.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

LYRA, Roberto. **Introdução ao estudo do direito criminal.** Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1946.

MACHADO, Fábio Guedes de Paulo. **Culpabilidade do direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**: da infração penal. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1956.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**: parte general. Tomo 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch; Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: A. de Alfredo y R. Depalma, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Alba Valéria. Médico é preso suspeito de fraudar fila de transplante de fígado. **G1**, jul. 2008. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL705993-5606,00->

[MEDICO+E+PRESO+SUSPEITO+DE+FRAUDAR+FILA+DE+TRANSPLANTE+DE+FIGADO.html](http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL705993-5606,00-MEDICO+E+PRESO+SUSPEITO+DE+FRAUDAR+FILA+DE+TRANSPLANTE+DE+FIGADO.html)> Acesso em: 17 out. 2015.

MIR, José Cerezo. **Derecho penal**: parte general. Lima: Ara, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. 2. ed. Colômbia: Temis, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 2. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014a.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

_____. **Organização criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação**: o conflito de deveres como causa (supra) legal de exculpação no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, William Terra de. **Lei n. 9434/97**: os transplantes e a polêmica sobre seus aspectos constitucionais e penais. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 52, p.10-11, mar. 1997.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTE, Antônio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. v. 1. Madrid: Trotta, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIGHI, Esteban. **La culpabilidad en materia penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

RODRÍGUEZ, Javier Ignacio Prieto. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales). **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

_____. **Derecho penal**: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus; LEITE, Alaor. **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. e atual. Montevideú: IBdeF, 2010.

SANTINI, Daniel. Psiquiatra nega ter feito 'castração química' em pedófilo. **G1**, out. 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL150948->

5605,00-psiquiatra+nega+ter+feito+castracao+quimica+em+pedofilo.html>. Acesso em: 17 out. 2015.

SANTOS, Daniela. Presos foram esquartejados em rebelião de SP, dizem familiares. **Folha de São Paulo**, jul. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/ribeiraopreto/2013/07/1311247-presos-foram-esquartejados-durante-rebeliao-em-itirapina-sp.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. ampl. e atual. Curitiba: ICPC, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins; PAULA, Marco Aurélio Borges de. Da inexigibilidade de conduta diversa no crime de lavagem de dinheiro praticado pelo mesmo autor do crime antecedente. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo Sopas de Melo (Orgs.). **Lavagem de dinheiro e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Curitiba: Juruá, 2009. p. 59-71.

SILVESTRONI, Mariano. **Teoría constitucional del delito**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2004.

SOUSA, Alberto R. R. Rodrigues de. **Estado de necessidade**: um conceito novo e aplicações mais amplas. Belo Horizonte: Forense, 1979.

SPERANDIO, Marcelo. Houve canibalismo em presídio, diz funcionário público do Maranhão. **Época**, jul. 2013. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/houve-canibalismo-em-presidio-diz-funcionario-publico-no-maranhao.html>>. Acesso em: 15 out. 2015.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade**: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais. Campinas: Minelli, 2002.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Culpabilidad penal y responsabilidad civil**. Buenos Aires: Hammurabi, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Revista de julgados e doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**. v. 4. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1989.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: R. Depalma, 1956.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: BdeF, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. tomo 1. Buenos Aires: Ediar, 1998a.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. tomo 4.