



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

**RAFAELA DE OLIVEIRA ALBAN**

**UMA RELEITURA DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME**  
**ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE**

Salvador  
2019

**RAFAELA DE OLIVEIRA ALBAN**

**UMA RELEITURA DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME  
ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE**

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

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

**Linha de pesquisa:** 1.1 (Direito Penal e Liberdades Públicas)

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

**Coorientador:** Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares

Salvador  
2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

A326

Alban, Rafaela de Oliveira

Uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade / por Rafaela de Oliveira Alban. – 2019.  
181 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

Coorientador: Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Direito penal. 2. Crime. 3. Direito - Linguagem. 4. Argumentação jurídica. I. Mello, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. II. Tavares, Juarez Estevam Xavier. III. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. IV. Título.

CDD – 345

Biblioteca Teixeira de Freitas, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

### **RAFAELA DE OLIVEIRA ALBAN**

#### **Uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade**

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

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

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

**Prof. Doutor Juarez Estevam Xavier Tavares (coorientador)**

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro– UERJ.

**Profa. Doutora Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado**

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

**Prof. Doutor Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha**

Professor Associado do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

**Profa. Doutora Mariângela Gama de Magalhães Gomes**

Professora Associada do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

**Prof. Doutor Paulo César Busato**

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

Salvador, 09/08/2019.

À

minha família, base de toda a minha formação e apoiadora das minhas escolhas, e à Maria Luísa, minha filha e meu maior estímulo na eterna corrida em busca dos meus sonhos.

## AGRADECIMENTOS

Esta é mais uma oportunidade para agradecer àqueles que foram de grande relevância para a conclusão desta pesquisa e permitiram que o resultado dos meus esforços e perspectivas pudesse ser materializado nestas novas páginas. Registro, portanto, o meu carinho e admiração por todos que, de alguma maneira, me ajudaram nesta trajetória, em especial:

Ao meu querido orientador, **Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello**, que, além de ter me emprestado obras jurídicas essenciais para o desenvolvimento da pesquisa e de não ter se furtado em contribuir com correções e revisões ao presente trabalho, constantemente instigou as minhas inquietudes acadêmicas com a apresentação de contrapontos e enfrentamentos às minhas percepções dogmáticas.

Ao meu coorientador, **Dr. Juarez Tavares**, pela sua presteza, disponibilidade e por ser uma grande inspiração na minha trajetória acadêmica, que sempre se fez presente – através das suas obras – nos meus estudos do Direito Penal e que encheu o meu coração de alegria e os meus olhos de lágrimas com a sua delicada mensagem de aceite honroso do meu convite para a presente orientação.

A meus **examinadores**, pela disponibilidade, aceitação do convite de participação da defesa e, principalmente, pelos seus inquestionáveis reconhecimentos acadêmicos, que, sem dúvida, funcionaram como verdadeiros estímulos para, mesmo diante de todas as adversidades, me dedicar aos estudos e à escrita para apresentação de uma tese digna de ser avaliada por uma banca de tanto peso. Em especial, ao **Prof. Paulo César Busato**, outra grande inspiração intelectual, que, desde a *II Escuela de Verano de Göttingen* (2013), confiou na minha capacidade e passou a abrir portas para a minha trajetória acadêmica; assim como ao **Prof. Daniel Oitaven**, que participou da qualificação desta tese, contribuindo de forma cautelosa e significativa com as revisões de termos de Filosofia e Teoria do Direito.

Aos **queridos colegas do Doutorado**, verdadeiros presentes que a FDUFBA me deu, companheiros diários, dentro e fora do universo das salas de aula, em especial a Juliana Damasceno, Katiuscia Gil, Marco Antônio Chaves, Mateus Abreu e Pedro Sabino, pelas discussões, contribuições e/ou inspirações nessa árdua jornada acadêmica.

Por fim, à **minha família** e à **Kléber**, que me apoiaram em todos os momentos, respeitaram as minhas angústias, entenderam as minhas ausências e renovaram as minhas forças todas as vezes que eu duvidei que tudo daria certo.

*“Você nunca sabe  
que resultados virão de sua ação.  
Mas se você não fizer nada,  
não existirão resultados”.*

**Mahátma Gándhí**

## RESUMO

O presente trabalho tem um objetivo manifesto: utilizando um método de pesquisa dialético, apresentar o caráter principiológico da exigibilidade de conduta diversa e a consequente possibilidade de sua utilização para uma reestruturação do conceito analítico de crime tradicionalmente defendido, a fim de que seja viável rediscutir dogmas e defender propostas alternativas àquela tese estipulada como atemporal e inquestionavelmente válida, apesar de incongruente em si e claramente incompatível com a subjetivação humana e com as constantes mudanças da plural realidade social. Com o escopo de viabilizar uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade de conduta diversa, o primeiro capítulo é reservado para a exibição da atual percepção acerca da exigibilidade e das principais contribuições doutrinárias para a identificação das falhas dos dogmas do positivismo, jurisprudência dos valores, ontologismo e funcionalismo. No segundo capítulo, a antítese é indicada através da apresentação, sob a perspectiva da Teoria do Discurso, da exigibilidade de conduta diversa como um princípio formal, de larga incidência no ordenamento jurídico. Uma vez proporcionada uma nova natureza jurídica para a exigibilidade, o terceiro capítulo é direcionado à indicação da necessidade de revisitar categorias centrais da dogmática penal e reformular o conceito analítico de crime, com vistas a alcançar uma maior racionalização do sistema jurídico-penal. Após teses e antíteses, no quarto capítulo, apresenta-se a síntese da pesquisa: é efetuada uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade de conduta diversa, com a finalidade de reorganizar categorias que são compostas por elementos absolutamente incompatíveis com os fundamentos do Direito penal e suas próprias características essenciais. Desta forma, é apresentada uma nova proposta dogmática, alternativa à tradicionalmente defendida, que, logicamente, pode vir a despertar posicionamentos antagônicos que, certamente, instigarão debates e contribuirão para uma constante – e sempre necessária – evolução do sistema jurídico-penal.

**Palavras-chaves:** exigibilidade de conduta diversa – teoria do delito – teoria do discurso – crime – direito penal.



## **ABSTRACT**

*The present work has a clear objective: through a dialectical research method, it presents the principle character of the forceability for diverse conduct and the consequent possibility of its use for a restructuring of the traditionally defended analytical concept of crime, so that it is feasible to rediscover dogmas and to defend alternative proposals to that one stipulated as timeless and unquestionably valid, although incongruent in itself, as well as clearly incompatible with human subjectivation and with the constant changes of a plural social reality. With the intent of enabling a re-reading of the analytical concept of crime through the principle of the forceability for diverse conduct, the first chapter is reserved for the display of the current perception about the forceability and the main doctrinal contributions for the identification of the failures of the dogmas of positivism, jurisprudence of values, ontologism and functionalism. In the second chapter, the antithesis is indicated by the introduction, from the point of view of Discourse Theory, of the forceability for diverse conduct as a widespread formal principle. Once a new legal nature has been provided for enforceability, the third chapter is directed towards the need to revise central categories of criminal dogmatics and the necessary reformulation of the analytical concept of crime, in order to provide a more rational view of the criminal justice system. After theses and antitheses, in the fourth chapter, the research synthesis is presented: a re-reading of the analytical concept of crime through the principle of the forceability for diverse conduct, with the purpose of reorganizing categories composed by elements that are absolutely incompatible with the foundations of criminal law and its own essential features. In this way, an alternative dogmatic proposal is introduced, which, logically, can trigger antagonistic positions that will certainly instigate debates and contribute to a constant - and always necessary - evolution of the criminal-legal system*

**Key-words:** *forceability for diverse conduct – theory of crime – discourse theory – crime – criminal law*

## **RESUMEN**

*Este trabajo tiene un objetivo claro: utilizando un método dialéctico de investigación, presentar el carácter principiológico de la exigibilidad de otra conducta y la consecuente posibilidad de su utilización para una reestructuración del concepto analítico de crimen tradicionalmente defendido, con el fin de que sea viable rediscutir dogmas y defender propuestas alternativas a la tesis estipulada como atemporal e incuestionablemente válida, a pesar de incongruente en sí misma y claramente incompatible con la subjetividad humana y con las constantes modificaciones de la plural realidad social. Con la finalidad de viabilizar una relectura del concepto analítico de crimen a través del principio de la exigibilidad de otra conducta, el primer capítulo es reservado para la exhibición de la actual percepción sobre la exigibilidad y las principales contribuciones doctrinarias para la identificación de los errores de los dogmas del positivismo, jurisprudencia de los valores, ontologismo y funcionalismo. En el segundo capítulo, la antítesis es indicada a través de la presentación, bajo la perspectiva de la Teoría del Discurso, de la exigibilidad de otra conducta como un principio formal de amplia incidencia en el ordenamiento jurídico. Una vez proporcionada una nueva naturaleza jurídica para la exigibilidad, el tercer capítulo se dirige a indicar la necesidad de revisar categorías centrales de la dogmática penal y reformular el concepto analítico de delito, con miras a alcanzar una mayor racionalización del sistema jurídico-penal. Después de tesis y antítesis, en el cuarto capítulo, se presenta la síntesis de la investigación: se efectúa una relectura del concepto analítico de crimen a través del principio de la exigibilidad de otra conducta, con la finalidad de reorganizar categorías que están compuestas por elementos absolutamente incompatibles con los fundamentos del Derecho penal y sus propias características esenciales. De esta forma, se presenta una nueva propuesta dogmática, alternativa a la tradicionalmente defendida, que, lógicamente, puede venir a despertar posicionamientos antagónicos que, sin duda, instigarán debates y contribuirán a una constante – y siempre necesaria – evolución del sistema jurídico-penal.*

**Palabras clave:** *exigibilidad de otra conducta – teoría del delito – teoría del discurso – derecho penal.*

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – artigo.

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CPP – Código de Processo Penal.

CTB – Código de Trânsito Brasileiro.

Nº – número.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>1 O ESTADO DAS COISAS: A ATUAL PERCEPÇÃO ACERCA DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA</b>	<b>18</b>
1.1 A EXIGIBILIDADE EM MEIO À CONSTRUÇÃO DOS DOGMAS DO DIREITO PENAL: DO POSITIVISMO CIENTÍFICO AO ONTOLOGICISMO	18
1.2 O ONTOLOGICISMO, O FINALISMO, A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO LEGAL E SUPRALEGAL	22
1.3 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO EMBASAMENTO ONTOLÓGICO ADOTADO PELO SISTEMA ATUAL: UMA CRÍTICA AOS DOGMAS	27
1.4 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO REGULATIVO EM HEINRICH HENKEL	37
1.5 CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A NORMATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE	41
<b>2 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO DE DIREITO</b>	<b>47</b>
2.1 CONTRIBUTOS DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM PARA O ALCANCE DE UMA MAIOR RACIONALIDADE JURÍDICA	48
2.2 A REAL FUNÇÃO DA EXIGIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UM NECESSÁRIO PRINCÍPIO DE DIREITO	54
2.3 O CARÁTER NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE: SUPERAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO HENKELIANA	57
2.4 OS PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA FÓRMULA DA EXIGIBILIDADE: LIMITES AO CONTROLE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	64
2.5 A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:	68

NÃO SE TRATA DE “FRAUDE DE ETIQUETAS”

<b>3</b>	<b>A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME EM BUSCA DE UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL</b>	<b>80</b>
3.1	IMPRECISÕES DOGMÁTICAS E O IMPERATIVO DE REVISÃO CONCEITUAL	82
3.2	REFERENCIAIS TEÓRICOS PARA UMA CONCEPÇÃO MAIS RACIONAL	88
3.2.1	<b>As contribuições de Tomás Salvador Vives Antón: o conceito significativo de ação e a questão das permissões fortes e fracas</b>	<b>88</b>
3.2.2	<b>Os fundamentos de Direito Penal de Juarez Tavares: a Teoria Crítica do Delito e a consolidação da renúncia à separação entre tipicidade e antijuridicidade já anunciada na Teoria do Injusto Penal</b>	<b>95</b>
3.3	UM ENCONTRO DE PERSPECTIVAS ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA EXIGIBILIDADE	104
<b>4</b>	<b>UMA RELEITURA DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA</b>	<b>113</b>
4.1	O CONCEITO BIPARTIDO DE CRIME: CRIME COMO UM FATO INJUSTO E CULPÁVEL	111
4.2	A CATEGORIA DO INJUSTO PENAL COMO PRIMEIRO ELEMENTO DO FATO PUNÍVEL	115
4.2.1	<b>Injusto como antinormatividade e antijuridicidade de uma conduta: uma visão argumentativa unitária</b>	<b>115</b>
4.2.2	<b>Inadequação da distinção entre tipicidade formal, material e conglobante</b>	<b>120</b>
4.2.3	<b>Inexigibilidade pela normatividade e juridicidade: influxos do princípio da exigibilidade no âmbito do injusto penal</b>	<b>123</b>
4.2.3.1	Normatividade nas tradicionais “causas de atipicidade”: o erro de tipo, o princípio da insignificância, a adequação social e a questão do consentimento do ofendido	126
4.2.3.2	Juridicidade nas tradicionais “causas permissivas” e “exculpantes”	134
4.2.3.2.1	<b>Exame do art. 23 do Código Penal. As chamadas “permissões</b>	<b>135</b>

fortes”	
<b>4.2.3.2.2 Análise das causas legais e supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. As chamadas “permissões fracas”</b>	<b>141</b>
<b>4.2.4 Injusto e exigibilidade: a dupla função da exigibilidade no injusto penal</b>	<b>146</b>
4.3 A CATEGORIA DA CULPABILIDADE COMO SEGUNDO ELEMENTO DO FATO PUNÍVEL	148
<b>4.3.1 Exigibilidade como fundamento da culpabilidade: uma terceira acepção de exigibilidade na seara jurídico-penal</b>	<b>149</b>
<b>4.3.2 Inexigibilidade como denominador comum das causas de inculpabilidade</b>	<b>155</b>
4.3.2.1 Inimputabilidade penal	156
4.3.2.2 Ausência de potencial consciência da ilicitude pelo erro de proibição	158
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>160</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>167</b>

## INTRODUÇÃO

Após realizar estudo sobre a evolução da culpabilidade e da exigibilidade penal em nível de Mestrado, que contou com revisão bibliográfica dos principais doutrinadores alemães e resultou na publicação do livro “Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo”, o interesse pela dogmática penal, despertado desde a graduação em Direito e intensificado em nível de pós-graduação *stricto e lato sensu*, se tornou ainda mais latente.

De fato, no Mestrado em Direito, a tarefa era significativamente mais simples: identificar o surgimento das discussões dogmáticas acerca da exigibilidade de conduta diversa e revisar as conclusões das principais percepções teóricas desenvolvidas, com o escopo de defender a presença de uma infravalorização do seu âmbito de incidência e de sugerir o reconhecimento de um princípio de direito, que precisaria ainda ser estudado e normatizado.

Considerando a profundidade das pesquisas iniciadas nos últimos anos e o natural amadurecimento de ideias, a escolha do tema da pesquisa para as investigações de doutoramento, logicamente, precisou levar em consideração as experiências já traçadas e a vontade de dar continuidade à pesquisa para visitar categorias centrais do discurso jurídico-penal moderno, especialmente no âmbito da polêmica Teoria do Delito. Em verdade, a empreitada, em plano de Doutorado, não poderia ser diferente: estabelecer “Uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade de conduta diversa”.

As inquietudes acadêmicas pessoais, associadas à experiência docente e às incansáveis indagações de alunos em cursos de graduação e pós-graduação, culminaram numa profunda – e muitas vezes discutida – reflexão acerca do sistema jurídico-penal e da necessidade de materialização de uma proposta crítico-discursiva para a modernização desta dogmática. Para realização do desafio lançado, como marco teórico, num primeiro momento, são utilizados questionamentos pontuais de Heinrich Henkel associados a construções filosóficas de Jürgen Habermas e Klaus Günther para verificação da real função da exigibilidade e, num segundo momento, ponderações e reformulações de Tomás Salvador Vives Antón e Juarez Tavares, já para a construção da proposta dogmática a ser apresentada nas próximas páginas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Note-se que os referidos autores não dialogam e tampouco, em alguns casos, partem de premissas similares para na construção teórica. Todavia, são extraídos pontos específicos de cada uma dessas contribuições dogmáticas na construção da revisão dogmática proposta, que não representam qualquer incompatibilidade ou um sincretismo metodológico.

O motivo para tantas inquietudes acadêmicas de uma apaixonada pelas discussões dogmáticas do Direito penal nem precisaria ser justificado, pois o “estado da arte” na Teoria do Delito é conhecido e realmente precisa ser alterado: o isolacionismo científico brasileiro é inquestionável, especialmente em face da adoção de uma dogmática penal – já submetida a tantos ajustes e adequações, com ou sem respeito à reserva legal –, que, quase paralisada num Código Penal de 1940, se encontra avulsa às mutantes relações sociais, constituindo, portanto, uma fórmula claramente ilegítima e fadada a arbitrariedades.

Ocorre que, como cediço, não obstante o flagrante atraso legislativo brasileiro, modernos estudos doutrinários já demonstraram que a ideologia constitucional e o compromisso com os princípios do Estado de Direito impõem que a pessoa do autor seja elevada ao principal plano no Direito penal, o que demanda uma forçosa reorganização do sistema jurídico-penal, ancorada no afastamento da marginalização da subjetividade humana, no reconhecimento das características da sociedade moderna – comunicativa e plural – e na necessidade de fornecimento de um mínimo de racionalidade legislativa e jurisdicional.

Noutras palavras, a justificativa da pesquisa é o reconhecimento do imperativo de racionalizar discursivamente pressupostos interpretativos e categorias essenciais do sistema jurídico-penal; de reaprender as bases interpretativas do Direito penal e de sua dogmática; de levar à sério o compromisso de legitimar uma construção democrática e de exigir uma aplicação jurisdicional justa no âmbito penal, que coloque, em primeiro plano, a subjetividade humana.

Por tudo isso e diante de tantas necessidades, entre o exame de pontos e contrapontos, a pesquisa tem um objetivo geral preciso, que pode ser assim sintetizado: a partir de algumas ponderações da Teoria do Discurso, apresentar o caráter principiológico da exigibilidade de conduta diversa – até então considerada como terceiro elemento da culpabilidade penal – e a conseqüente possibilidade de sua utilização para uma reestruturação do conceito analítico de crime tradicionalmente defendido, no sentido de conceder uma maior – jamais completa – racionalidade jurídica.

Pelos motivos apontados, após breve revisão bibliográfica, é utilizado um método dialético para responder a duas indagações, que funcionam como objetivos específicos desta pesquisa: a) seria possível fornecer à exigibilidade um conceito valorativo (de princípio normativo), abonando a ideia de que a mesma é a verdadeira medida de toda a responsabilidade, derivada



de uma consciência jurídica unânime<sup>2</sup>, uma vez que a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco da relação social?; b) a exigibilidade, ao ser dissociada da condição de mero elemento da culpabilidade, poderia contribuir para uma reformulação sistêmica jurídico-penal, exercendo uma função especial diversa no conceito analítico de crime, de modo a evitar as incompatibilidades dogmáticas que já foram reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente?

Com o escopo de conceder respostas – aparentemente coerentes – aos questionamentos acima apontados, o estudo materializado nas próximas páginas é dividido em quatro capítulos, que apresentam, desde o estado atual das coisas, até as implicações práticas da revisão sistêmica proposta, a fim de demonstrar, inclusive, a relevância teórica e prática do estudo efetuado.

Na divisão metodológica, o primeiro capítulo é reservado para a exibição da atual percepção acerca da exigibilidade de conduta diversa (de elemento da culpabilidade penal nas teorias normativas neokantianas a princípio regulativo na teoria de Heinrich Henkel) e das principais contribuições doutrinárias – vastamente difundidas ou não – na identificação das falhas dos dogmas absolutos do positivismo científico, jurisprudência dos valores, ontologismo e funcionalismo.

No segundo capítulo, a antítese é indicada através da apresentação, sob a perspectiva da Teoria do Discurso, especialmente na vertente de Jürgen Habermas e Klaus Günther, da exigibilidade de conduta diversa como um princípio, de larga incidência num ordenamento jurídico, que, associado ao modelo de Estado Democrático de Direito, precisa estar limitado pela ideia – sempre plural e dinâmica – de justiça. Confere-se à exigibilidade, desta forma, a condição de princípio formal, de critério hermenêutico que serve como parâmetro de realização de outras normas jurídicas ao contribuir para a leitura destas através de diretrizes associadas a uma noção de exigibilidade social e discursiva.

Com efeito, uma vez proporcionada uma nova natureza jurídica para a exigibilidade de conduta diversa, o terceiro capítulo é direcionado à indicação da necessidade de visitar categorias centrais da dogmática penal e reformular o conceito analítico de crime, com vistas a alcançar uma maior racionalização do sistema jurídico-penal. Deste modo, após exame de ponderações efetuadas por Tomás Salvador Vives Antón e Juarez Tavares – com suas claras distinções metodológicas –, são apontadas as características essenciais que precisam estar presentes num modelo dogmático aparentemente compatível com a natureza principiológica

---

<sup>2</sup> Expressão utilizada por Fernanda Palma para referir-se à exigibilidade, tendo em vista a sua vinculação com a ideia de censurabilidade (obligatoriedade), inerente ao Direito e a qualquer sistema de normas jurídicas.

concebida à exigibilidade e ao imperioso reconhecimento do caráter comunicativo da sociedade e de qualquer sistema jurídico que objetive regulá-la.

Após teses e antíteses, surge, somente no quarto capítulo, a síntese da pesquisa: é efetuada uma releitura do conceito analítico de crime através do princípio da exigibilidade de conduta diversa, com a finalidade de reorganizar categorias que, reconhecida e inquestionavelmente, são compostas por elementos absolutamente incompatíveis com os fundamentos do Direito penal e suas próprias características essenciais.

Assim, visando compatibilizar norma jurídica e realidade social, lei penal e jurisprudência, bem como respeitar a subjetividade humana, uma nova fórmula é apresentada para o estudo sistemático do conceito de crime. Desconstruindo a relação intrínseca tradicional entre os conceitos de exigibilidade e culpabilidade, o crime passa aqui a ser concebido como uma conduta injusta e culpável, por meio de uma bipartição analítica entre os elementos relativos ao fato e aqueles relacionados ao juízo de reprovação pessoal.

Usando as palavras de Juarez Tavares, a revisitação e inovação sistêmica é aqui traçada “sob a perspectiva de que o Direito penal, em vez de se alimentar das desgraças e dos sofrimentos, deve servir de instrumento de proteção da pessoa diante do Estado”<sup>3</sup>. A revisão dogmática é efetuada, portanto, sob o imperativo de afastar o risco do manto dos valores de uma “maioria” representativa, esmagar ou oprimir as “minorias” que igualmente compõem uma sociedade moderna.

Almeja-se, com isso, não a mera revisitação de temas já debatidos, tampouco a inconcebível estipulação de uma “fraude de etiquetas” ou a apresentação de uma completa e definitiva reestruturação ao sistema jurídico-penal (o que seria por demais pretensioso). Pretende-se, muito mais, a garantia da vigência dos princípios constitucionais (limitadores do dever de punir do Estado), do que a elaboração de mais um sistema penal.

Por isso, apesar do objetivo da pesquisa não ser simples, o mesmo é perfeitamente tangível. Explique-se: aspira-se apresentar, nas páginas que seguem, uma possível antítese à tese tradicionalmente defendida sobre exigibilidade e Teoria do Delito, a fim de que seja viável discutir dogmas e defender propostas alternativas àquela estipulada como atemporal e inquestionavelmente válida, apesar de incongruente em si e claramente incompatível com a subjetivação humana e com as constantes mudanças da plural realidade social.

---

<sup>3</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.11.

Importante ressaltar, entretanto, que, apesar da proposta aparentemente ter ampla proporção e ser dividida em quatro capítulos – que perpassam por temas relativos à Filosofia, Teoria do Direito e Direito penal –, a intenção é que seja apresentada de forma precisa e clara, com a profundidade estritamente indispensável ao que está sendo proposto. Isso porque, na ótica desta pesquisadora, não se mostra adequado – nem mesmo necessário –, em tese de doutoramento, realizar uma densa revisão bibliográfica ou uma vasta apresentação da história do Direito penal, tendo em vista que, além de incompatível com a própria natureza do tipo de trabalho acadêmico, há muito tempo já foi suplantada a veneração por volumes enormes que condensam mais citações do que uma efetiva construção doutrinária.

Registre-se que reconhecer a necessidade de modernização e racionalização do Direito penal não é uma tarefa difícil, assim como não o é a empreitada de criticar os modelos que já foram propostos, amplamente divulgados e debatidos. Por outro lado, apresentar um modelo alternativo ao tradicionalmente defendido, além de obviamente despertar posicionamentos antagônicos, sempre foi – e continuará sendo – uma porta aberta para as críticas (acompanhadas ou não de sugestões), que, sem dúvida, instigarão os debates, motivarão a continuidade dos estudos dogmáticos e, principalmente, contribuirão para uma constante – e sempre necessária – evolução do sistema jurídico-penal.

## 1 O ESTADO DAS COISAS: A ATUAL PERCEPÇÃO ACERCA DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Para demonstrar o caráter principiológico da exigibilidade de conduta diversa e a consequente possibilidade de sua utilização para uma reestruturação do conceito analítico de crime tradicionalmente defendido não há necessidade, como já antecipado na introdução, de apresentar vastamente a evolução histórica deste instituto, sobretudo por já ter sido uma tarefa efetuada na obra “Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo”<sup>4</sup>.

Entretanto, como se busca uma maior racionalização do sistema jurídico-penal, resta necessária, mesmo que de forma breve, a identificação dos dogmas sobre os quais se ancoram as contribuições jurídicas que influenciaram a formação da visão atual da dogmática penal quanto à exigibilidade, com vistas a defender uma revisitação de velhos temas sob as novas perspectivas já anunciadas anteriormente.

### 1.1 A EXIGIBILIDADE EM MEIO À CONSTRUÇÃO DOS DOGMAS DO DIREITO PENAL: DO POSITIVISMO CIENTÍFICO AO ONTOLOGICISMO

Desde a primeira formulação da Teoria do Delito, muito tempo demorou para a exigibilidade de conduta diversa alcançar um recinto na dogmática jurídico-penal. No sistema clássico, causal-naturalista, de Liszt e Beling, e na decorrente Teoria Psicológica da Culpabilidade, não havia espaço para o exame da exigibilidade, ante a bipartição analítica – e quase matemática – do crime entre elemento objetivo (injusto penal) e subjetivo (culpabilidade).

A percepção clássica da ação (1874), ancorada no **positivismo científico** e nos rigores das ciências naturais, era de que o injusto e a culpabilidade se comportavam entre si como a parte externa e interna do crime, de modo que todos os requisitos objetivos do fato punível pertenceriam ao injusto (tipo e antijuridicidade), enquanto a culpabilidade seria concebida como o compêndio de todos os elementos subjetivos do delito (dolo ou culpa)<sup>5</sup>.

Assim, os causal-naturalistas defenderam uma definição de conduta pautada na física – como um movimento corporal que causa uma modificação no mundo exterior – e um conceito de

---

<sup>4</sup> ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p.201.

culpabilidade de derivação biologicista – como um vínculo psicológico entre o autor e sua obra<sup>6</sup>. Apresentaram, destarte, apenas conceitos ontologizados e destituídos de qualquer interesse na ordem do “dever ser” e nos seus consequentes elementos normativos.

Entretanto, o dogma do positivismo científico foi desmoronando na medida em que se percebeu que o Direito penal não poderia estar adstrito ao exame do mero movimento mecanicista (até mesmo inexistente em condutas omissivas); tampouco poderia estar vinculado à análise da relevância jurídica de uma conduta cega – destituída de vontade –, decorrente do postergamento do exame do dolo e da culpa para o juízo da culpabilidade. O positivismo científico, as suas verdades empíricas e todo o seu cientificismo foram ruindo na exata proporção em que foi se percebendo que o delito sempre irá depender de uma decisão valorativa, que poderia ser exigível ou inexigível<sup>7</sup>.

Foi apenas em meio ao necessário afastamento das bases naturalistas do positivismo científico e à aproximação de bases normativas inauguradas pelo **positivismo jurídico** e pela sua **filosofia dos valores**, que foram “abertas as portas a uma interpenetração conceitual da ideia de valor que culminou por plasmar-se no modelo neokantista”<sup>8</sup>, responsável pela absorção da noção de exigibilidade de conduta diversa na Teoria do Delito, notadamente na seara da culpabilidade penal.

No modelo jurídico neokantista, passou a ser imperioso um exercício hermenêutico valorativo atrelado ao exame das normas postas e vigentes, por meio da dicotomia entre “ser” e “dever ser”. É dizer, a ciência jurídica – considerada como “ciência do espírito” –, foi retirada do campo naturalista (do “ser”) e conduzida para uma realidade de valores<sup>9</sup> (do “dever ser”). Deste modo, transportando a “filosofia dos valores” para a Teoria do Delito, foi rechaçada a estrutura formalista classificatória do sistema causal-naturalista para inclusão de um suporte valorativo, iniciado com a indicação da genérica definição de ação como comportamento humano provocador de um resultado socialmente relevante.

Para o sistema neoclássico, causal-valorativo, e suas consequentes Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, todos os elementos do fato punível deveriam ser analisados por

---

<sup>6</sup> LISZT, Franz Von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26.ed. de Eberhard Schmidt. Berlin-Leipzig: Walter Gruyter & Co, 1932; LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. 1.ed. Tradução de José Hígino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t.I.

<sup>7</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.222.

<sup>9</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 195.

meio de um juízo de valor. Nesse sentido, a Teoria do Delito passou a incorporar, por exemplo, as ideias de conduta valorativamente relevante, injusto como danosidade social, antijuridicidade mitigada pela proporcionalidade e culpabilidade como reprovabilidade. Foi exatamente a partir da definição de culpabilidade como reprovabilidade e da incorporação de elementos normativos na sua seara, que a ideia de exigibilidade de conduta diversa imergiu na Teoria do Delito e na polêmica culpabilidade penal.

Note-se que, com a filosofia dos valores, a culpabilidade passou a ser psicológico-normativa, deixando de ter o seu conteúdo esgotado nos componentes subjetivos (dolo ou culpa), para ser concebida por meio de juízos de valor, a partir de contribuições dos alemães Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal, Eberhard Schmidt e Edmund Mezger<sup>10</sup>.

Na linha defendida por Reinhard Frank (1907), na obra “*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*”, a culpabilidade passou a ser tida como “reprovabilidade”, como um juízo valorativo do processo de motivação que dependeria dos elementos subjetivos, da imputabilidade e da análise das “circunstâncias concomitantes” – é dizer, da “normalidade das circunstâncias por meio das quais atuou o autor”<sup>11</sup> –, definição esta que deve ser considerada como a verdadeira raiz da ideia de exigibilidade de conduta diversa, apesar das revisões dogmáticas posteriormente efetuadas pelos demais adeptos do neokantismo.

De fato, após a publicação da obra de Frank, foi desencadeado um processo cada vez maior de normatização da culpabilidade. Com os ajustes dogmáticos efetuados no sistema causal-valorativo por James Goldschmidt (1913), no livro “*Der Notstand, ein Schuldproblem*”, especialmente referentes à diferenciação entre normas jurídicas (relacionadas ao injusto) e normas de dever (associadas à culpabilidade)<sup>12</sup>, a exigibilidade foi compreendida como

---

<sup>10</sup> É preciso destacar que, dogmaticamente, não é possível se falar numa única Teoria Psicológico-normativa ou Teoria Normativa da Culpabilidade, mas apenas em posicionamentos normativos que introduzem conceitos de juízo de valor nas discussões acerca do conteúdo da culpabilidade, sem supressão do seu aspecto subjetivo, que são conjuntamente tratados por razões estritamente metodológicas.

<sup>11</sup> No original: “*Die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter Handelt*” (FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009; FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2004). Observe-se que, nas edições 8ª a 10ª de seu Comentário ao Código Penal (1911), Frank substituiu a expressão “circunstâncias concomitantes” pela “motivação normal”, ideia que é abandonada como elemento positivo da culpabilidade nas edições 11ª a 14ª (1914). Já na 15ª a 17ª edição (1924-1926), a liberdade ou o domínio sobre o fato aparecem como elementos positivos da culpabilidade defendida por Frank, permitindo a graduação da culpabilidade, na qual teria influencia o fim do autor. Na 18ª edição (1929), a culpabilidade é definida como “*reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible*” (GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*. 2.ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo: B de F, 2002, p. 84-86).

<sup>12</sup> “As normas jurídicas ou normas de Direito (*Rechtsnorm*) seriam gerais e objetivas, estando relacionadas ao injusto penal e a obrigatoriedade de um comportamento exterior. Já as normas de dever (*Pflichtsnorm*), seriam correlatas à culpabilidade e à manifestação de uma vontade contrária ao dever geral, possuindo um caráter

fundamento da imputação de culpabilidade, concebida a partir da ideia de contrariedade a um dever. Defendeu-se, então, que o fundamento normativo da culpabilidade residiria exatamente numa lesão a uma norma de dever.

Com as contribuições de Berthold Freudenthal (1922), foi procedida uma alteração na questão da “violação do dever” e realizada a maior contribuição ao conceito de exigibilidade no âmbito das Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade. Na obra “*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*”, Freudenthal consolidou o entendimento de que a inexistência de **poder** implica ausência de **dever** e, conseqüentemente, inexigibilidade<sup>13</sup>. Logo, a exigibilidade foi compreendida como limite imanente da norma de dever e, no seu viés negativo (inexigibilidade), como exceção à norma de dever, cuja validade a excluiria<sup>14</sup>. Freudenthal passou a defender que, não atuaria dolosamente, aquele a quem, segundo as circunstâncias, não poderia exigir-se que se abstenha da execução do tipo<sup>15</sup>. Com isso, erigiu a exigibilidade em fundamento da reprovabilidade e defendeu a sua operatividade através de uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade para os casos não abarcados pelas causas de exculpação previstas na lei<sup>16</sup>.

Após essa verdadeira eticização da exigibilidade, foi concedido um espaço para um giro generalizante no estudo normativo da exigibilidade. Eberhard Schmidt (1927), ao reelaborar e atualizar a clássica obra de Liszt, “*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*”, aponta seu posicionamento pessoal, considerando a exigibilidade como elemento normativo da culpabilidade (ao lado dos elementos psicológicos) e a inexigibilidade como causa geral supralegal de exculpação, que deveria ser aferida através do critério do “homem médio”.

Ainda no âmbito das Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, Edmund Mezger (1932), numa concepção generalizante, definiu a culpabilidade como uma reprovação pessoal e reconheceu a inexigibilidade como causa geral de exculpação. Contudo, condicionou a sua análise a uma medida-mista-geral (indicada pelo “homem médio”), ou seja, não a avaliações individuais do autor, mas a ponderações objetivas do ordenamento jurídico.

---

subjetivo e individual” (ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018).

<sup>13</sup> FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Montevideo: B de F, 2003; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Culpabilidad normativa y exigibilidad*. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Montevideo: B de F, 2003.

<sup>14</sup> HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p. 52.

<sup>15</sup> Ibidem, p.51.

<sup>16</sup> CORREA, Teresa Aguado. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p. 15.

O fato é que, entre tantas construções e desconstruções de uma pendular evolução epistemológica do sistema jurídico-penal, a exigibilidade – ainda na acepção de “circunstâncias concomitantes” ou de causa geral de exculpação (no seu viés negativo) – foi inserida na dimensão material da culpabilidade psicológico-normativa como fundamento desse juízo de reprovação pessoal.

Entretanto, as críticas a essa formulação teórica foram diversas e transitaram, desde a mera preocupação com a abertura sistêmica para causas supralegais de exculpação, até a afirmação de que a exigibilidade teria uma tendência autodestrutiva, na medida em que “conduziria a uma intolerável relativização do Direito Penal, que removeria a proteção absoluta dos bens jurídicos e reduziria, de forma insuportável, as exigências de dever indicadas ao cidadão”<sup>17</sup>.

Como as formulações dogmáticas neokantistas não encontraram grande aceitabilidade na dogmática alemã da época, tampouco as construções sociológicas que a sucederam (Teoria Social da Ação), a exigibilidade acabou sendo solidificada mesmo como um dos elementos da culpabilidade do sistema finalista, desenvolvido por Hans Welzel.

Ante o flagrante isolacionismo científico brasileiro<sup>18</sup>, esse é o “estado da arte”: suplantados os antigos dogmas do **positivismo científico** e da **filosofia dos valores**, foi incorporado o **ontologicismo** – também chamado de neo-ontologicismo, em face do caráter ontológico do positivismo científico –, adotado o já ultrapassado sistema finalista e a exigibilidade de conduta diversa, na sua acepção negativa (inexigibilidade), passou a ser tida – e ainda o é – como mera causa de exculpação penal.

## 1.2 O ONTOLOGICISMO, O FINALISMO, A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE COMO CAUSA DE EXCULPAÇÃO LEGAL E SUPRALEGAL

Como cediço, mesmo diante da incorporação de aspectos da Teoria Social da Ação na reforma de 1984<sup>19</sup>, o Direito penal brasileiro expressa características decorrentes da Teoria

---

<sup>17</sup> ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

<sup>18</sup> Termo também utilizado por Paulo Busato e Ana Elisa Bechara para se referir ao fato de que a dogmática jurídico-penal nacional não se encontra em sintonia com as discussões científicas desenvolvidas num cenário internacional.

<sup>19</sup> Apesar de não ser amplamente percebido pela doutrina, verifica-se que, na reforma do Código Penal de 1984, foram incorporadas conclusões da Teoria Social da Ação, especialmente na forma defendida por Jescheck quanto ao erro de proibição indireto.



Finalista, desenvolvida por Hans Welzel (1930), segundo a qual o conceito de crime é estruturado por meio da tríade tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade, cabendo ao último elemento o exame puramente normativo do juízo de reprovação pessoal.

Esse modelo tradicional rechaça as contribuições neokantistas e denota a adoção do **ontologicismo** na Teoria do Delito, impermeável a valores político-criminais de uma sociedade moderna em constante evolução. Isso porque, na percepção de Welzel, a realidade ôntica não seria mero receptor passivo de valorações científicas, na medida em que os conceitos científicos não fariam mais do que espelhar fragmentos parciais daquela realidade, dotada de sentido ontológico prévio e limitador de valorações jurídicas<sup>20</sup>. Haveria, assim, condicionamentos ontológicos às valorações jurídicas<sup>21</sup>.

Nesse diapasão, a relação entre objeto ontológico e método científico deveria ser no sentido de o objeto condicionar a adoção do método, já que o Direito não poderia negar a realidade posta, mas apenas valorá-la. Como o Direito deveria regular dados pré-existentes na realidade, o conceito de crime deveria incorporar estruturas retiradas da realidade (ontológicas), estruturas lógico-objetivas de existência inquestionável: a **ação final** e o **livre arbítrio**.

O emprego do ontologicismo, como embasamento filosófico para a construção da Teoria do Delito, não poderia gerar outro resultado senão a completa reestruturação dos requisitos do fato punível para defesa de um conceito analítico pautado naquelas estruturas predeterminadas pela realidade fenomênica, que precisariam ser reconhecidas, valoradas e reguladas.

Desta forma, Welzel construiu toda a estrutura dogmática a partir de um conceito tripartido de crime, pautado na definição ontológica de ação (como um movimento humano dirigido a uma “finalidade”, como “exercício de uma atividade final”<sup>22</sup>) e de liberdade (na sua forma de liberdade de vontade, de possibilidade empírica de atuação de modo diverso).

Segundo o citado professor alemão, a ação humana seria destinada a um propósito e dotada previamente de uma vontade, razão pela qual o dolo e a culpa deveriam integrar o tipo penal. Com efeito, consoante a formulação dessa teoria, a tipicidade seria representada pela valoração fática dos elementos abstratos do tipo objetivo e subjetivo (com ação final dolosa ou culposa), por uma integração da proibição que demandaria uma atividade de subsunção; a antijuridicidade seria traduzida pela simples ausência de causas justificantes (permissões

---

<sup>20</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.227.

<sup>21</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1956.

<sup>22</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.27.

legais) e a culpabilidade denotaria um juízo de reprovação pessoal estruturado por meio da ideia de livre arbítrio.

Imprescindindo da ideia de liberdade, a culpabilidade passou a ter, assim, como fundamento material, o “poder agir de outro modo”, o poder atuar conforme o direito, sendo caracterizada como um exercício inadequado de livre arbítrio. A liberdade de vontade, para Welzel, seria representada pela possibilidade ou capacidade humana de poder se orientar e decidir conforme um sentido; uma capacidade que deve ser concebida como pressuposta, ainda que não se queira<sup>23</sup>.

Essa capacidade de orientação e decisão deveria ser examinada por meio de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Enquanto à imputabilidade caberia o exame da capacidade de culpabilidade (inexistência de menoridade, doença mental ou embriaguez completa involuntária) e à potencial consciência da ilicitude competiria a análise da consciência do caráter proibido da conduta (inocorrência de erro de proibição), a exigibilidade de conduta diversa seria responsável pela apreciação da exigência ou não de uma atuação conforme a norma na situação fática.

A exigibilidade de conduta diversa caracterizaria, assim, no seu véis negativo, uma causa exculpante, orientada a identificar as ocasiões em que o atuar de outro modo seria inexigível, em razão do autor se encontrar, no momento da execução do fato, sob uma forte pressão psicológica, que impossibilitaria a exigência de um comportamento adequado ao direito<sup>24</sup> e caracterizaria uma culpabilidade diminuída.

Utilizando-se a dicotomia desenvolvida por Maurach e posteriormente difundida por Jescheck e Claus Roxin, a partir dos referidos elementos, passaram a ser verificadas “causas de exclusão da culpabilidade” (*Schuldausschließung*) – nas hipóteses de exclusão da imputabilidade e potencial consciência da ilicitude – e “causas de exculpação” (*Entschuldigungsgründe*) por inexigibilidade de conduta diversa<sup>25</sup>. O motivo da bipartição é simples: enquanto as situações de inimputabilidade e de falta de potencial consciência da ilicitude excluem o “poder agir de outro modo”, as causas de inexigibilidade conseguem apenas diminuir essa possibilidade, ou melhor, torná-la inexigível.

---

<sup>23</sup> WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: BdeF, 2004, p.45.

<sup>24</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p.189.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006, p.877.

É, dessa forma, que a exigibilidade – introduzida na Teoria do Delito como dimensão material-normativa da culpabilidade neokantiana – assume o papel atualmente ocupado. No sistema adotado pelo Código Penal brasileiro, compete à exigibilidade de conduta diversa a função de terceiro componente da culpabilidade penal, último elemento do fato punível, responsável, no seu aspecto negativo (inexigibilidade de conduta diversa), pela exculpação de uma conduta nas situações em que for inexigível um comportamento conforme o direito.

Na linha tradicionalmente defendida, a regra de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa é legalmente prevista no art. 22 do Código Penal brasileiro, o qual dispõe que, “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”<sup>26</sup>.

Na coação moral irresistível, é verificada uma circunstância na qual não é pertinente exigir que o autor enfrente uma ameaça, tendo em vista que há uma coação moral que torna irrazoável uma pretensão de obediência à ordem jurídica. A obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, por sua vez, caracteriza-se pela estrita observância de ordem superior com aparência de legalidade, na qual igualmente não é exigível uma decisão entre sofrer um mal e causar um mal<sup>27</sup>.

Como o fundamento das causas legais de exculpação é a impossibilidade do direito exigir atos heroicos, ainda é possível observar, na doutrina e na jurisprudência, a defesa por causas supralegais de exculpação; ou seja, o reconhecimento de situações não previstas no ordenamento jurídico, mas amparadas na mesma premissa das previsões normativas: só será possível a atribuição de um juízo de censura àquele a quem seja exigível uma atuação conforme o direito, ou seja, de forma diversa da que agiu<sup>28</sup>.

Nesse sentido, dispensando uma norma expressa, podem ser verificadas, mesmo na linha tradicionalmente defendida, por exemplo, a exculpação em razão do chamado “estado de necessidade exculpante” (decorrente da aceitação da Teoria Diferenciadora, adotada no Direito penal alemão para situações de violação a bem jurídico de maior valor em detrimento ao de menor valor ou de conflito de bens jurídicos de valores idênticos); do “excesso

---

<sup>26</sup> BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>27</sup> Ressalte-se que a obediência à ordem superior hierárquica pode implicar também uma causa de erro de proibição, excludente da potencial consciência da ilicitude, sempre que o funcionário desconhecer completamente o caráter ilícito da ordem do superior.

<sup>28</sup> A admissibilidade de hipóteses supralegais de exculpação não é pacífica na doutrina e na jurisprudência, assim como não o é a identificação do critério de determinação do exigível. A identificação dessas hipóteses inexigíveis encontra certa resistência doutrinária, seja sob o argumento da insegurança jurídica ou, até mesmo, de eventual violação à legalidade.

escusável de legítima defesa” (derivado de uma atuação sob efeitos estênicos/ defensivos, ou seja, por medo, susto ou perturbação); da “objeção de consciência” (p.ex. negativas de tratamento de testemunhas de Jeová); ou, ainda, da “desobediência civil” (p.ex. quando se exerce o direito de negar cumprimento às leis ou às ordens ilegítimas).

Além desses casos, mais difundidos doutrinariamente, percebe-se ainda a utilização da exigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exculpação, em situações pontuais, analisadas pela jurisprudência. Em dissertação de Mestrado, Vitor Mageski Cavalcanti realizou levantamento sobre os principais julgados nos quais a exigibilidade de conduta diversa foi utilizada na Alemanha e no Brasil. Algumas situações fáticas, de reconhecimento de inexigibilidade, merecem ser destacadas: a) pai deixa de socorrer filha, portadora de enfermidade grave, em leito de morte, atendendo a seu pedido para evitar sofrimento maior e prolongado com o tratamento; b) pessoa, não abarcada pelas escusas absolutórias do art. 348, §2º, do Código Penal (crime de favorecimento pessoal), esconde parente próximo para evitar punição; d) empresário deixa de efetuar repasse previdenciário em decorrência de crise financeira na sua empresa; e) carcereiro (sem porte de arma) adquire arma de fogo para proteção pessoal após ameaças; f) jovem falsifica passaporte para buscar melhoria de vida nos Estados Unidos; g) médico realiza castração química a pedido de um pedófilo; h) pessoa compra órgão, burlando vedação de comercialização e fila de transplantes, para salvar sua vida; i) mulher pratica aborto por falta de condição de sustentar criança (aborto econômico)<sup>29</sup>.

A partir da mera análise das situações fáticas pontualmente expostas é possível verificar que, admitir a sua incidência supralegal, torna o campo da inexigibilidade de conduta diversa uma “cláusula aberta” para os casos de situações limítrofes, que não podem ser abarcadas pela fórmula geral de inexigibilidade sob a guarida de uma norma “permissiva” generalizante. Contudo, em todos os casos de exculpação por inexigibilidade (legais ou supraleais), não se verifica a exclusão do fundamento da culpabilidade finalista (possibilidade de atuação de modo diversa), mas somente a incoerência de exigência de uma conduta conforme o direito (uma espécie de culpabilidade diminuída).

Explique-se: nessas situações, o autor poderia ter agido conforme o direito? Possuía uma escolha – livre arbítrio – e a possibilidade de eleger postura oposta não denotadora de uma

---

<sup>29</sup> CAVALCANTI, Vitor Mageski. **A capacidade resolutiva da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em temas atuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 155p., 2015.

violação normativa? Sim. A possibilidade de escolha conforme a norma existia, apenas não podia ser exigida ao sujeito, em face das circunstâncias fáticas em que estava inserido.

Tem-se na exigibilidade de conduta diversa, destsrte, um elemento que, ausente, não exclui o substrato material (livre arbítrio) do juízo de “reprovação pessoal” (culpabilidade) em que está inserido, o que traduz, sem dúvida, uma imprecisão dogmática incorrida por Welzel. Na realidade, uma das imprecisões, haja vista que, nesse aspecto, outro ponto também se mostra crucial: no caso das causas de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, o exame axiológico efetuado é sobre as circunstâncias fáticas e não sobre as opções psíquicas do autor concreto, restando injustificada sua inclusão na seara de um juízo de “reprovação pessoal”.

Sem dúvida, as dificuldades advindas do “estado da arte” reforçam a necessidade de reformulação da dogmática penal atual, sobretudo se for considerado que o finalismo – “eterno” e “atemporal” – já foi superado há cerca de 50 anos e que muitas das rediscussões dogmáticas são feitas em atendimento aos novos anseios de doutrinas eurocentristas e, muitas vezes, incompatíveis com a realidade nacional.

### 1.3 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO EMBASAMENTO ONTOLÓGICO ADOTADO PELO SISTEMA ATUAL: UMA CRÍTICA AOS DOGMAS

Nas discussões dogmáticas entre causalistas, neokantistas e finalistas – entre **positivismo científico**, **jurisprudência dos valores** e **ontologismo** –, muitas vezes, a cegueira mostra-se evidente, não se sabe se em razão das conhecidas disputas acadêmicas de “egos” ou da estranha necessidade de apresentar um modelo – ou um sistema –, pronto e estático para justificar a incidência de uma reprovação penal que marginaliza a subjetividade humana.

Olvidou-se, mesmo após sucessivas críticas, que o Direito penal, especialmente num Estado Democrático de Direito, deverá tratar todo homem como pessoa responsável e reconhecer a subjetividade humana, de modo que não pode ser admitido um ordenamento que estabeleça uma negação da dignidade, tampouco que ignore completamente a realidade social.

Em geral, foi esquecido que, representando o Direito uma manifestação reconhecidamente axiológica, não poderia pretender a realização de resultados empírico-ontológicos<sup>30</sup>, notadamente porque os sistemas fechados são pouco permeáveis a considerações críticas e

---

<sup>30</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.16.

fórmulas estáticas – pautadas na incorporação de dados ontológicos estanques e inquestionáveis – são fadadas ao insucesso.

Por isso, assim como os modelos precedentes, o finalismo não teve como ficar isento de críticas contundentes, mesmo porque, além de marginalizar o autor do fato, nunca esteve equipado para uma abordagem político-criminal de aproximação entre direito e sociedade em constante evolução. De fato, o finalismo não apresentou a necessária preocupação com os dados empíricos da realidade sancionatória, nem com o controle das condutas desviantes<sup>31</sup>. Especialmente porque a preocupação de Welzel parece ter sido dirigida, tão somente, a um imaginado imperativo de reconhecer dados da realidade ôntica, que deveriam condicionar as posteriores valorações jurídicas.

Deste modo, foi estabelecido um impasse insuperável entre finalismo e política criminal, uma vez que aquele firmou suas convicções na “essência imutável das coisas”, enquanto esta se baseia numa análise valorativa do crime, ou seja, no exame dos valores e caminhos da tutela penal, sob um viés preventivo e repressivo, para alcance de uma certa compatibilidade entre dogmática e realidade social.

Nas diversas buscas pela coerência sistêmica, muitos questionamentos surgiram a partir das tensões apresentadas: como seria possível um raciocínio sistemático, ancorado cegamente em dados ontológicos, ser compatível com a noção de direito como sistema de valores de gestão social? Negar a aproximação do Direito penal com a criminologia e a política criminal, apontando como crime algo estático e completamente desassociado aos valores sociais? Ontologizar a ação humana como finalística, quando a realidade aponta para a existência de diversas condutas desviantes, penalmente relevantes, desatreladas de qualquer finalidade criminosa e caracterizadoras de mera violação a um dever objetivo de cuidado<sup>32</sup>? Considerar o livre arbítrio como um dado ontológico inquestionável quando estudos empíricos demonstram a inexistência biológica da liberdade de vontade<sup>33</sup>? Enfim, como seria possível defender

---

<sup>31</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p.169-170.

<sup>32</sup> Em conferência proferida na Espanha em 1968, Welzel afirmou suspeitar que as críticas ao seu modelo decorreriam da falta de clareza relativa à relação entre dolo do tipo e vontade finalista da ação. Nessa oportunidade, esclareceu que todo dolo do tipo é uma vontade finalista de uma ação, mas nem toda finalidade é um dolo do tipo. Assim, a finalidade seria um conceito mais geral, fundamental e que designaria a qualidade da ação de ser um acontecimento dirigido (WELZEL, Hans. *La doctrina de la acción finalista, hoy*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t.XXI, n.II, p.221-230, maio-ago. Madri: ADPCP, 1968, p.224-225). Como no crime culposos não há direção a um resultado penalmente relevante, essa frase não faz sentido, notadamente se verificadas as incansáveis tentativas de explicação daquilo que, na realidade, se mostra inexplicável.

<sup>33</sup> Cf. ALBAN, Rafaela. Culpabilidade e neurociências: um discurso pela liberdade e dignidade humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). **Dignidade da pessoa humana**: estudos para além do direito.

constitucionalmente a dignidade humana e, no sistema jurídico-penal, inserir o sujeito como objeto de um processo de criminalização para etiquetá-lo como criminoso?

A tentativa de resposta a todas essas perguntas indica a existência de graves falhas no insistente sistema finalista, ambiciosamente eterno e atemporal, que, de certa forma, ainda vige no ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, o método ontológico-finalista sempre será incapaz de responder satisfatoriamente àquelas indagações, mesmo após as diversas reformulações de Welzel e explicações, mais recentemente, propaladas pelos seus discípulos isolados, que morreram defendendo a Teoria Finalista (Hans Joaquim Hirsch, na Alemanha; e José Cerezo Mir, na Espanha<sup>34</sup>) ou ainda ratificam – sem maiores inovações ou projeções – as suas ousadas ideias (Luis Gracia Martín, na Espanha).

O que se observa é que, em defesa do pensamento finalista, Hans Joaquim Hirsch praticamente cingiu-se a afirmar que o sistema proposto por Welzel não teria sido seguido de novas concepções dogmáticas convincentes e que seria duvidoso pensar, hoje em dia, em um sistema radicalmente novo<sup>35</sup>. Partindo dessa premissa limitante, insistiu na existência de categorias *a priori* e exortou que a dogmática penal deveria se constituir a partir dos fenômenos e das estruturas da realidade posta e não se apoiar em produtos artificiais puramente jurídico-normativistas<sup>36</sup>. Logo, defendendo que haveria uma ciência universal do Direito penal – determinada, especificamente, pelas estruturas lógico-objetivas (ação final e livre arbítrio), que possibilitaria “a transferência dos resultados obtidos com base nesses fundamentos para além de todas as fronteiras nacionais”<sup>37</sup> –, assumiu uma representação ideal do livre arbítrio, já que, na prática e empiricamente, não seria possível constatar, concreta e precisamente, a possibilidade de atuação conforme a norma jurídica<sup>38</sup>.

---

Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 155-174; ALBAN, Rafaela; CERQUEIRA, Marina. Culpabilidade, livre arbítrio e neurociências. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p.239-272.

<sup>34</sup> CERZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; CERZO MIR, José. *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 31 jan. 2019; CERZO MIR, José. *El finalismo, hoy*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>35</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. Tradução de Mariano Bacigalupo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.43, p.11-30, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.24-29.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.13.

<sup>37</sup> HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.14, n.58, p.64-84, jan/fev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.80.

<sup>38</sup> HIRSCH, Hans Joachim. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

José Cerezo Mir, por sua vez, buscou justificar o “poder atuar de outro modo” através da utilização de um conceito empírico-normativo, uma concepção negativa da liberdade de vontade. Esclareceu que a prova da incapacidade de atuar de outro modo – nos aspectos parciais nos quais é possível – excluiria não só a culpabilidade moral, como a jurídica<sup>39</sup>. Assim, não sendo possível deduzir esse critério da capacidade geral de autodeterminação, caberia ao próprio autor provar a impossibilidade de atuação de acordo com a norma<sup>40</sup>.

Luis Gracia Martín, professor espanhol e ferrenho defensor do finalismo, também exortou a necessidade de utilização das tradicionais estruturas ontológicas e, rechaçando os posicionamentos doutrinários pós-finalistas, avaliou que o Direito penal moderno passou a ser um verdadeiro risco para os princípios constitucionais, em face de possuir, antes de tudo, “uma dimensão clara e manifestamente quantitativa que se traduz em uma importante ampliação da intervenção penal e, por isso, em um relevante incremento de sua extensão atual em comparação com a que tinha no momento histórico precedente”<sup>41</sup>.

Portanto, especialmente com a análise das mais recentes ponderações de Luis Gracia Martín, observa-se, a margem de dúvida, que, em verdade, os defensores do finalismo não buscaram propriamente uma justificação ao modelo, uma explicação plausível às inconcebíveis estruturas lógico-objetivas, senão a elaboração de uma crítica ao pensamento funcionalista do Direito penal moderno e ao conseqüente movimento expansionista.

Aliás, insta pontuar que a missão dos adeptos finalistas não poderia ser muito diferente, na medida em que a própria evolução social passou a demonstrar a impossibilidade de utilização de estruturas ônticas numa ciência do dever ser. Por um lado, percebeu-se que “a finalidade não é uma condição inerente à pessoa, como se fosse uma categoria ontológica, mas sim um elemento que nasce no processo de sua interação com o meio, com outras pessoas e com a produção de bens para a sua sobrevivência”<sup>42</sup>, melhor dizendo, das interrelações sociais. Por outro lado, constatou-se que a liberdade não é um dado da realidade ontológica, senão uma questão filosófica (que merece respostas igualmente filosóficas), já que a organização de

---

<sup>39</sup> CERESO MIR, José. *Culpabilidad y pena*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 31 jan. 2019, p.363.

<sup>40</sup> Ibidem. Ocorre que tal posicionamento, no âmbito do processo penal, representaria uma absurda violação do princípio da presunção de inocência e, inclusive, uma inversão do ônus da prova.

<sup>41</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p.146.

<sup>42</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.121.



qualquer dogmática penal deverá passar pelo pressuposto da liberdade de vontade, isto é, da liberdade de ação no mundo da vida<sup>43</sup>.

De fato, entre causalistas e finalistas sobressaem mais semelhanças do que diferenças, tendo em vista que ambos fundamentam “o sistema jurídico-penal em categorias ônticas, avaloradas e, assim, imunizadas contra objetivos sociais e político-criminais”<sup>44</sup>.

Por isso, ao menos aparentemente, assim como o causalismo naturalista, a superação da perspectiva finalista encontra-se vinculada à própria evolução do pensamento humano, notadamente à necessidade de transcender a vinculações rígidas dogmáticas, características de modelos sistemáticos fechados. Até mesmo por esse motivo, após tanto esforço dogmático pautado nos dogmas apresentados, já ficou comprovado que “uma determinada conduta realizada dentro da fórmula jurídica correspondente a qualquer modelo dogmático não representa, por si só, um crime”<sup>45</sup>.

Não foi por outra razão que o modelo proposto pelo finalismo foi pressionado em duas frentes e, apesar de todo o empenho dos seus defensores isolados, não conseguiu mais se sustentar: primeiramente, em face da constatação de resultados insatisfatórios na sua aplicação (derivados da rigidez do modelo de imputação proposto, especialmente diante da moderna realidade criminológica); em seguida, pelo claro desmantelamento da sua base teórica, o “inquestionável” e tão debatido ontologismo<sup>46</sup>. O direito, como sistema de valores confeccionado para gerir a vida social, realmente, “é absolutamente incompatível, em seus fundamentos, com a pretensão de neutralidade que representa a confecção de um sistema fechado, cujas bases metodológicas estejam vinculadas exclusivamente a imutáveis princípios ontológicos”<sup>47</sup>.

Parece claro que o finalismo propôs um método – denominado de ontológico – insuficiente ao Direito Penal, pois compreende apenas uma visão limitante da realidade, abrangendo o substrato fático dos acontecimentos relevantes do ponto de vista jurídico-penal de modo

---

<sup>43</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

<sup>44</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.78.

<sup>45</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.232.

<sup>46</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.187; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.232.

<sup>47</sup> Ibidem.

incompleto, ao partir de “um objetivismo essencialista que desconhece que os conceitos não são puros reflexos da realidade, e sim construções humanas”<sup>48</sup>.

Entretanto, como já visto, os contrassensos finalistas foram diversos e nunca estiveram limitados à questão das estruturas ontológicas, especialmente porque, no que tange à exigibilidade, restou indiscutível a existência de clara contradição na sua inclusão no juízo de “reprovação pessoal”: representa, de fato, um elemento que, ausente, não excluirá o fundamento do juízo que compõe e uma condição que impõe exame axiológico sobre as circunstâncias fáticas e não sobre as opções psíquicas do autor.

Aliás, talvez por todos esses motivos, na fase conhecida como pós-finalismo, difundida a partir de 1970, foram apresentados tantos modelos dogmáticos<sup>49</sup>, principalmente por meio da substituição do ontologicismo pelo normativismo, num viés funcionalista. Decerto, a preocupação central das sucessivas construções teóricas era de combater as premissas ontológicas finalistas – derivada da evolução de pensamento humano e “necessidade de transcender a norma enquanto modelo sistemático fechado de solução de problemas”<sup>50</sup> – e estabelecer um fundamento material para a culpabilidade penal, dotada de legitimidade e compatibilidade com o modelo de Estado incorporado constitucionalmente, de modo que o sistema de imputação não fosse mais considerado um fim em si mesmo e se aproximasse da realidade social.

Desta forma, a onda do funcionalismo acabou por se construir nas âncoras das críticas ao finalismo e na necessidade de conceder uma fundamentação material ao processo de imputação. O objetivo era de ampliar o nível de exigência da capacidade de rendimento de cada uma das categorias do delito para orientá-las à consecução dos objetivos gerais do próprio sistema de imputação<sup>51</sup>. Contudo, não garantiu, na maioria dos casos, uma consistência ou, ao menos, uma coerência entre os argumentos utilizados. Tanto no **funcionalismo sistêmico ou radical** – defendido por Günther Jakobs –, quanto no **funcionalismo teleológico ou moderado** – instituído por Claus Roxin –, os elementos do crime passaram por um processo de funcionalização para alcance de um objetivo geral

---

<sup>48</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.77-78.

<sup>49</sup> Cf. ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010.

<sup>50</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.188.

<sup>51</sup> Ibidem, p.191.

externo, ou seja, deixaram de ser considerados como autossuficientes e foram colocados à serviço de um escopo geral.

No funcionalismo teleológico, Claus Roxin passou a defender a culpabilidade como dirigibilidade normativa e a inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilidade pela desnecessidade de pena. Para Roxin, o crime seria composto pelos elementos da tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade, de modo que a categoria da responsabilidade seria formada pela culpabilidade *stricto sensu* (fundada na dirigibilidade normativa) e pela necessidade preventiva. Isso significa que a culpabilidade seria afirmada quando o agente, no momento do fato, estivesse disponível para a chamada da norma, segundo o seu estado mental e anímico, o que seria examinado através da imputabilidade e potencial consciência da ilicitude. De forma externa à culpabilidade, mas ainda no âmbito da mesma categoria, na responsabilidade, deveria ser efetuado um exame acerca da necessidade de reprovação do autor, verificando-se a existência ou não de causas de exculpação vinculadas à inexigibilidade de outra conduta<sup>52</sup>.

No radical funcionalismo sistêmico, ao seu turno, Günther Jakobs afirmou a absoluta irrelevância do livre arbítrio e a existência de um tipo positivo e negativo de culpabilidade. Ponderou Jakobs que a conjugação dos elementos que devem ser realizados para determinar a deslealdade ao Direito – é dizer, a motivação juridicamente incorreta da responsabilidade do autor pela infidelidade normativa (imputabilidade e potencial consciência da ilicitude) –, constitui o tipo positivo de culpabilidade, enquanto os elementos da inexigibilidade, denominados de tipo de exculpação, compõem o tipo negativo da culpabilidade<sup>53</sup>.

Mesmo em face da promoção de uma dissociação entre as ideias de culpabilidade e exigibilidade – já defendida por Maurach<sup>54</sup> – a questão é que nenhum dos aportes teóricos funcionalistas efetivamente se solidificou entre as críticas ou conseguiu ser incorporado no sistema jurídico; seja por conta da demasiada preocupação de Jakobs com a fidelidade normativa (de legitimidade inquestionável); seja em face da incoerência entre finalidade do

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003; ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>53</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, p. 596.

<sup>54</sup> MAURACH, Reinhart. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 8.ed. München: Bech, 1971. Segundo Maurach, culpabilidade e exigibilidade não têm que seguir necessariamente unidas.

Direito penal (tutela subsidiária de bens jurídicos) e finalidade da aplicação da pena (prevenção geral e prevenção especial positiva)<sup>55</sup>, no modelo mais moderado de Claus Roxin.

Na realidade, “à construção teórica do Direito Penal não importa somente o normativismo jurídico-positivo, mas também valorações culturais metajurídicas; e não somente a perspectiva normativa, mas também a fática”<sup>56</sup>, pois a teoria jurídico-penal, ainda que esteja referida a valores que condicionam determinadas posições normativas, “deve encontrar uma base objetiva na realidade empírica e social que facilite tal valoração, abrindo as portas a uma mais adequada incidência do Direito Penal na realidade”<sup>57</sup>.

Entretanto, afastando-se do eixo ontológico, o funcionalismo passou a afirmar a primazia do axiológico na concepção da estrutura punitiva, exortando a existência de um sistema de atribuição de responsabilidade penal e negando, por conseguinte, a construção sistemática jurídico-penal com base em estruturas lógico-objetivas. Com essa normatização, diante das características da “modernidade líquida” (utilizando a expressão de Bauman<sup>58</sup>), foram abertas as portas para novos problemas dogmáticos, que não foram devidamente solucionados. Por exemplo, o recurso ao bem jurídico – que apenas objetivava o recorte ao âmbito de imputação – deu ensejo a um critério positivo para criação de novas incriminações (diante das “necessidades” da sociedade moderna) e o recurso à finalidade preventiva – originalmente utilizado para afastamento da odiosa ideia retributiva, de forma dissociada de lastro ou posição dogmática – acabou por converter-se em justificativa para o agravamento dos marcos penais. Com isso, foi gerada uma ampla possibilidade de arbítrio judicial.

Portanto, a mudança de premissa – do ontologicismo ao funcionalismo – abriu espaço para uma tendência expansiva do Direito penal<sup>59</sup>, que, no aspecto formal, gerou uma ampliação dos âmbitos de intervenção criminal e, no aspecto material, implicou o menoscabo de princípios e garantias jurídico-penais liberais do Estado Democrático de Direito<sup>60</sup>. Noutras palavras, com a normativização sistêmica, instalada no pano de fundo de uma sociedade

---

<sup>55</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.241.

<sup>56</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.85.

<sup>57</sup> Ibidem, p.85.

<sup>58</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>59</sup> Cf. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2011.

<sup>60</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.76.

moderna, notou-se um desvirtuamento (esgotamento) do modelo punitivo proposto pelo funcionalismo, que exige um novo esforço teórico correspondente<sup>61</sup>, ainda pouco realizado.

Talvez por todas as causas apresentadas, não é incomum ouvir comentários no sentido de que modelos dogmáticos europeus são incompatíveis com a realidade social moderna (ao menos, com a realidade brasileira), de que não seria necessária uma revisão dogmática ou de que se deve prescindir do sistema penal (num viés abolicionista). Ocorre que, apesar da diversidade de aportes teóricos alternativos – ou negativos do sistema –, apresentados no direito estrangeiro, ainda é verificada, no cenário nacional, uma vasta preguiça intelectual.

Lamentavelmente, estar-se diante, em grande parte da “doutrina” nacional, da adoção acomodada de um sistema que só faz parte da história do Direito penal, acompanhada de verdadeira reprodução irracional de premissas absolutamente incompatíveis com as próprias soluções alcançadas. Algo é incontroverso: há muito tempo, a teoria é uma e a prática é outra! É inegável que, por vezes – aliás, diversas vezes –, a solução justa para o caso concreto exige uma resposta contrária à derivada do processo silogístico de enquadramento de uma conduta com a norma<sup>62</sup>. No sistema penal brasileiro, nota-se, por exemplo, vasto reconhecimento ao princípio da insignificância para consideração da atipicidade material do fato, mesmo sendo este princípio injustificável dogmaticamente diante das premissas finalistas adotadas originalmente pelo legislador pátrio. Nesse diapasão, a conclusão é clara: apesar da “colcha de retalhos” sistêmica, já se sabe que é impossível adotar um sistema fechado, desatrelado de valores sociais representados pela política criminal contemporânea e dos fatos sociais estudados pela criminologia crítica.

Em que pese a reconhecida resistência doutrinária, o ontologicismo, nos moldes defendidos por Welzel, não serve ao Direito, pois, num sistema de valores, não existem verdades últimas e atemporais. Não se pode continuar a partir da equivocada premissa de que Direito não poderia negar a realidade posta, mas apenas valorá-la. Não é mais coerente afirmar uma relação entre objeto ontológico e método científico no sentido de o objeto condicionar a adoção do método, mas, tão somente, uma relação holística, de circularidade e condicionamento mútuo. Já não é possível isolar a dogmática penal das outras ciências criminais, pois, nem mesmo o sistema mais elaborado, será capaz de suprir a carga valorativa necessária para o alcance do almejado resultado justo ao restringir o seu exame à simples atividade de subsunção do fato à norma.

---

<sup>61</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.247.

<sup>62</sup> Ibidem, p.232.

Na verdade, diante de todas as impossibilidades apontadas e de uma moderna linha argumentativa sugerida pela filosofia analítica, é necessário observar que, para alcançar o resultado justo, a relação entre **ontologia** e **normativismo** deve ser de circularidade, de modo a reconhecer que o componente ontológico irá interferir na aplicabilidade da norma jurídica, assim como a norma irá interferir no sentido da realidade.

Em face de tantas constatações, é possível afirmar, com convicção, que, apesar de todos os méritos históricos, o destino das estruturas lógico-objetivas (ontológicas) finalistas – a ação final e o livre arbítrio – é inevitável: o absoluto descaso. Afinal, de um lado, a tipificação de condutas culposas já comprovou o equívoco na caracterização da ação como finalística<sup>63</sup>; de outro, a impossibilidade de demonstração empírica do “poder agir de outro modo” (ante a inviabilidade de reprodução das circunstâncias fáticas) ou comprovação neurocientífica da inexistência biológica da liberdade de vontade<sup>64</sup>, já destruíram qualquer pretensão legítima de ontologização do livre arbítrio, quiçá de utilização deste dado (indemonstrável ou inexistente) como fundamento material do juízo de reprovação pessoal, que é materializado pela culpabilidade penal.

Logo, como observou Juarez Tavares, em obra publicada no meio da construção da presente tese e intitulada “Fundamentos de Teoria do Delito”, não há mais como se defender a perfeita racionalização do Direito penal, principalmente depois de todas as frustradas tentativas de fazê-lo, por meio do **positivismo científico**, da **filosofia de valores**, do **ontologicismo** e do **funcionalismo**<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Como afirma Paulo Busato, o conceito final de ação vem precedido da ideia de que a finalidade pertence ao mundo natural, assim como a relação mecânica causalista (BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Didot, 2013, p.108). Logo, o destino do finalismo não pode ser diverso ao do criticado causalismo.

<sup>64</sup> Cf. ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.141-152; ALBAN, Rafaela. Culpabilidade e neurociências: um discurso pela liberdade e dignidade humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). **Dignidade da pessoa humana: estudos para além do direito**. 1ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.155-174; ALBAN, Rafaela; CERQUEIRA, Marina. Culpabilidade, livre arbítrio e neurociências. In: Paulo César Busato (org.). **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p.239-272; ANTÓN, Tomás Vives. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: B de F, 2013, p.329-330; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “*Compatibilismo humanista*”: una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: B de F, 2013, p.17-42; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal**. Disponível em: <<http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2011/12/eduardodemetriocrespolibertaddevoluntadinvestigaci%C3%B3nsobreelcerebro.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>65</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.12.

Então, ainda em defesa ao Direito penal, é necessário responder à uma nova indagação: o que deve ser feito a partir de agora? Certamente, deverão ser buscadas premissas filosóficas abertas (desontologizadas) para reformular a percepção analítica do fato punível, inclusive no sentido de tentar fornecer coerência conceitual e dogmática às decisões práticas atingidas pelo sistema concreto. Enfim, é essencial ter em mente sempre que, “num Estado Democrático de Direito, qualquer objetivo de política criminal deve estar subordinado à legitimidade e às condições do discurso jurídico que disciplina a atividade”<sup>66</sup>.

Isso significa que só resta, neste momento, a alternativa de trabalhar as estruturas dogmáticas – os pressupostos por meio dos quais será possível sistematizar os elementos do delito –, não mais sob o aspecto de um sistema fechado ou aberto aos valores político-criminais, senão por meio da linguagem, “sob a busca de argumentos, interpretações, metodologias e fundamentos capazes de impedir que o sistema se torne ainda mais irracional”<sup>67</sup>.

#### 1.4 A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO REGULATIVO EM HEINRICH HENKEL

Apesar da visão agora ter que ser voltada para o futuro do Direito penal – e não ao seu passado –, na busca dos melhores argumentos e das interpretações mais adequadas, é necessário retornar, uma única vez mais, à “história do Direito penal” e às contribuições cedidas pela doutrina alemã, para a discussão dogmática da exigibilidade de conduta diversa.

Com as contribuições de Heinrich Henkel, o binômio exigibilidade/inexigibilidade foi objeto de desenvolvimento peculiar, na medida em que, na sua construção teórica, não se parte do senso comum (como Frank), das categorias kantianas (como Goldschmidt) ou do povo (como Freudenthal); senão da ideia de que tais institutos têm papel nos diversos setores do Direito<sup>68</sup>.

Logo, com uma preocupação mais vasta do que o restrito universo do Direito penal – embora de questionável moralidade e constitucionalidade<sup>69</sup> –, Henkel publicou o artigo “*Zumutbarkeit*

---

<sup>66</sup> Ibidem, p.168.

<sup>67</sup> Ibidem, p.12.

<sup>68</sup> MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como *topos* e solução.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 199p., 2008, p.158-159.

<sup>69</sup> Insta registrar que o referencial em Henkel nada se aproxima aos motivos da sua construção dogmática, mas, tão somente, às conclusões advindas desta. Isso porque, como se nota na obra “*Strafrichter und Geleß im neuen Staat*”, a noção estendida da exigibilidade/ inexigibilidade teve clara pretensão de legitimar a subversão do princípio da legalidade pelas ações do Estado nazista. Como esclarecido por Paulo Busato, em arguição oral em

*und Unzumutbarkeit als Regulatives Rechtsprinzip*”, no qual defendeu, antes mesmo da propalação do “inquestionável” sistema finalista e sob a influência normativista do modelo causal-valorativo, que a exigibilidade de conduta diversa seria um princípio regulativo de incidência em todo o ordenamento jurídico.

Na mencionada obra, sopesando que a localização sistêmica empregada pela Teoria Finalista refletiria uma infravalorização do âmbito de aplicação da exigibilidade e uma supervalorização da sua função<sup>70</sup>, Henkel buscou demonstrar os influxos da exigibilidade nos diversos ramos do Direito<sup>71</sup>, o que culminou na sua consideração como um conceito jurídico de cunho valorativo, como princípio regulativo incidente no ordenamento jurídico em geral.

Como princípio regulativo, afirma Henkel, a exigibilidade teria as funções de delegação e de individualização. A função de delegação indicaria a concessão, pelo legislador, da possibilidade de o juiz valorar uma conduta. A função de individualização, por sua vez, recomendaria que a decisão judicial sobre a exigibilidade considerasse a individualidade do caso concreto, para satisfazer as exigências de justiça, e percebesse que o aplicador do direito não se encontra vinculado a nenhuma norma geral e que a individualização deveria ser obtida através de um conceito **neutro e vazio** de exigibilidade.

Como uma **cláusula não normativa**, a exigibilidade não poderia, portanto, estar em condições de antecipar o processamento do caso individual, mas apenas de permitir separar um fenômeno concreto vital do que deve ser desenvolvido da própria norma de julgamento<sup>72</sup>.

O princípio da exigibilidade, portanto, indicaria um caminho para a decisão justa, orientando que o conjunto das peculiaridades do caso e a ponderação de critérios valorativos deverão ser considerados nos limites incertos de poderes e deveres jurídicos. Haveria, assim, uma significação metodológica do princípio da exigibilidade, uma vez que o mesmo, com propulsora força, reclamaria aplicação em todos os âmbitos fronteiriços em que a

---

banca de Doutorado realizada em 09.08.2019, na Universidade Federal da Bahia, nessa obra, Henkel subverte a noção de segurança jurídica para interpretá-la como “a certeza da imposição do Direito com base no pensamento jurídico da comunidade do povo”, o que representaria uma renúncia aos limites do tipo penal, à taxatividade e proibição de analogia *malam partem* (cf. HENKEL, Heinrich. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*. Hamburg: *Hansatische Verlagsanstalt Aktiengesellschaft*, 1934).

<sup>70</sup> HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p.46.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.62-74.

<sup>72</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.28/126.



determinação dos deveres de fazer, prestar ou tolerar não poderão ser alcançados mediante uma norma<sup>73</sup> (naturalmente, de caráter geral).

Com efeito, especificamente no âmbito do Direito penal, Henkel considera que a exigibilidade assume, na culpabilidade, um “papel secundário e coadjuvante”, não como elemento e causa autônoma de inculpabilidade. Ostenta o importante papel de princípio regulativo para a concreta determinação dos limites obscuros da exigência de dever contida no seu elemento normativo<sup>74</sup>; ou seja, a exigibilidade possui no Direito penal significado correspondente ao assumido no ordenamento jurídico em geral<sup>75</sup>. Sem que seja estabelecida uma supervalorização da sua função, o princípio da exigibilidade pode ser empregado na demarcação do substrato normativo da culpabilidade – como elaborado pelos neokantianos –, principalmente na delimitação concreta da exigência de dever, que possui alcance duvidoso, assim como para unificação de todas as causas de inculpabilidade.

De fato, Henkel acerta quando se refere à infravalorização do âmbito de aplicação da exigibilidade no ordenamento jurídico, especialmente no que se refere ao próprio Direito penal, já que “a exigibilidade não pode estar contida – talvez, melhor dito, encaixotada – dentro da culpabilidade”<sup>76</sup>. Entretanto, não parece adequado o seu posicionamento no que tange ao caráter regulativo – não normativo – do princípio da exigibilidade, tampouco se mostra clara a sua percepção acerca da função específica da exigibilidade na Teoria do Delito, especialmente na culpabilidade, inclusive em face da pendência de esclarecimentos complementares e perceptível falta de investigação de questões essenciais.

A dicotomia entre **princípios regulativos** e **princípios normativos**, elaborada por Henkel, é pautada na neutralidade ou não do axioma; ou seja, na existência ou não de um critério normativo que sirva como base de interpretação. Enquanto o princípio normativo estabeleceria um conteúdo preciso para a decisão, o princípio regulativo indicaria caminhos para uma decisão justa, segundo o conjunto de todas as circunstâncias perceptíveis do caso particular e de uma concreta ponderação dos critérios valorativos que são apresentados<sup>77</sup>. Destarte, segundo Henkel, não sendo caracterizada como um princípio normativo, a

---

<sup>73</sup> HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p.73; ALBAN, Rafaela. *Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.155.

<sup>74</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.34/120.

<sup>75</sup> HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p.73.

<sup>76</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. *Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.17.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.73.

exigibilidade só poderia conter uma instrução para superar um fenômeno concreto, não estando em condições de antecipar o processamento do caso individual<sup>78</sup>.

Ocorre que, além da flagrante obscuridade dessa distinção entre princípios regulativos e princípios normativos, se observa que não se pode qualificar como regulativo um princípio que adquire conteúdo por meio de elementos materiais extrajurídicos<sup>79</sup>, que integra elementos normativos (como a culpabilidade) e possui uma função normativa inquestionável de regulação de comportamentos. Na realidade, num marco dogmático em que todos os princípios já foram devidamente reconhecidos como normas jurídicas – e não como meros mecanismos de integração ou interpretação normativa –, caberia apenas falar em princípios materiais e formais, conforme será explicado no próximo capítulo.

Se fosse considerada como princípio meramente regulativo, completamente “neutro” e “vazio”, a exigibilidade deixaria de ter não apenas um conteúdo material, como também um critério orientador de determinação, e estaria sujeita a ser preenchida de qualquer forma. Seria caracterizada, assim, como uma fórmula puramente tautológica, carente de qualquer conteúdo ou critério de aplicação definido, que poderia gerar inegável insegurança jurídica, legitimando, até mesmo, decisões arbitrárias e violatórias da isonomia<sup>80</sup>.

Esses são apenas alguns dos problemas gerados pela adoção do pensamento de Henkel no âmbito da Teoria da Culpabilidade, já que, ao retirar a exigibilidade do núcleo central da culpabilidade, também não foi apresentado novo substrato para o referido instituto, tampouco uma justaposição para as tradicionais causas de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa (o que, registre-se, aparentemente nunca representou a intenção de Henkel).

De igual forma, é importante ainda observar que a utilização de fórmula vazia para o princípio da exigibilidade choca, até mesmo, com a sua consideração como fundamento comum das causas de inculpação e restringe a possibilidade da exculpação supralegal, na medida em que, aproveitar um princípio vazio para lastrear a exculpação ou justificação supralegal, seria um espaço aberto para a insegurança jurídica.

Em contrapartida, apesar das dificuldades apontadas, é imperioso reconhecer que a noção de exigibilidade como princípio regulativo, particularmente as justificativas dessa construção

---

<sup>78</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.126.

<sup>79</sup> Ibidem, p.519.

<sup>80</sup> HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Montevideo: B de F, 2008, p.58.

dogmática, contribuem para a identificação da adequada natureza jurídica exercida por este elemento no sistema jurídico como um todo.

Nota-se, em verdade, que foi exatamente a partir da publicação da obra de Henkel que se iniciou a discussão acerca da função da exigibilidade no ordenamento jurídico, permitindo concluir, na forma ora defendida, que, apesar desse conceito ter nascido para a correção da culpabilidade psicológica, a exigibilidade não pode ser restringidamente considerada como um mero elemento daquele instituto, senão como um princípio de direito.

Resta agora responder àquelas perguntas indicadas na introdução: a) seria possível fornecer à exigibilidade um conceito de princípio normativo, abonando a ideia de que a mesma é a verdadeira medida de toda a responsabilidade, uma vez que a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco da relação social e deve ser limitada pela ideia de justiça?; b) o reconhecimento da real função da exigibilidade poderia permitir a reformulação sistêmica jurídico-penal, evitando as incompatibilidades já reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente?

## 1.5 CONTRIBUIÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA A NORMATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE

No que tange ao primeiro questionamento levantado, é importante destacar que, após os escritos de Henkel, a questão da exigibilidade como princípio regulativo praticamente não foi desenvolvida. Além dos problemas éticos relacionados aos motivos daquela tese, há ainda razões prováveis: todos os princípios passaram a ser considerados como normas jurídicas e, depois da estipulação da inexigibilidade como elemento da culpabilidade – efetuada pela doutrina finalista –, a maioria das contribuições doutrinárias acabou sendo associada ao problema do substrato material da culpabilidade.

Realmente, optou-se, em geral, pela indicação de uma dissociação conceitual voltada para a definição do fundamento material da culpabilidade e para a necessária compatibilização do sistema penal com o modelo de Estado adotado constitucionalmente. Contudo, por outro lado, não se pode negar que existiram, mesmo no âmbito da Teoria da Culpabilidade, reconhecimentos do caráter principiológico da exigibilidade<sup>81</sup>, em que pese não ter havido,

---

<sup>81</sup> No Brasil, Francisco de Assis Toledo, além de afirmar que a inexigibilidade é “um verdadeiro princípio de Direito Penal”, chegou a discutir a extensão do princípio da não-exigibilidade para as hipóteses supralegais, não

nesta seara, uma real preocupação voltada para a definição da natureza jurídica da exigibilidade, das suas funções e do seu efetivo âmbito de incidência.

Note-se, por exemplo, que Luis Jiménez de Asúa, adepto da Teoria Psicológica e responsável pela primeira construção dogmática de Teoria do Delito na Espanha (1931), chegou a reconhecer a ampla incidência da exigibilidade, passou a questionar a limitação de seu alcance na “culpabilidade culposa”, a defender a sua incidência na “culpabilidade dolosa” e, inclusive, a conveniência de lidar com a amplitude da exigibilidade de conduta diversa<sup>82</sup>. Heleno Fragoso (1976), importante jurista clássico brasileiro, chegou a falar em princípio geral da exigibilidade, afirmando que “não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso”<sup>83</sup>. Em sentido similar, Francisco Muñoz Conde (1942), defensor de um modelo funcionalista na Espanha, também afirmou que “a ideia da inexigibilidade de outra conduta não é privativa da culpabilidade, mas um princípio regular e informador de todo o ordenamento jurídico”<sup>84</sup>.

Ademais, alguns autores, apesar de conceberem a amplitude da incidência da noção de exigibilidade no ordenamento jurídico, negaram incisivamente o seu caráter principiológico e, por essa razão, dispensaram qualquer desenvolvimento à tese de Heinrich Henkel. Nesse sentido, por exemplo, afirma Zaffaroni que Henkel tinha razão quanto ao fato de a exigibilidade desempenhar um amplo papel. Entretanto, ressalva que o que desempenha esse papel monstruoso e hipertrofiado é a exigibilidade “a secas”. Aduz que essa exigibilidade privada de conteúdo, isto é, a mera exigibilidade sem se perguntar de que, desempenha esse papel em todo delito, porque pode chegar a identificar-se com a ‘obrigatoriedade’. Segundo Zaffaroni, desde que se sanciona uma lei penal, se supõe que é porque se “o exige” aos indivíduos que não violem as normas que antecedem aos tipos. Entendida ‘a secas’, sem se perguntar pelo conteúdo, sem averiguar a exigibilidade de que e a quem, a exigibilidade será muito mais ampla que um ‘princípio regulativo’, muito mais ampla que um critério para o juiz, será nada mais, nem nada menos, que a essência mesma do direito<sup>85</sup>.

---

como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, que compete ao juiz do processo e a mais ninguém (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 328-329).

<sup>82</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 2.ed. México: Hermes, 1954, p.440-447.

<sup>83</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.218.

<sup>84</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.162.

<sup>85</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p.72.

Noutras palavras, observa-se que Zaffaroni discorda da identificação da exigibilidade como “princípio regulativo” e afasta a perquirição de um dado normativo para sua fundamentação, ressaltando o risco da adoção da percepção de Henkel acabar gerando uma confusão entre os juízos da ilicitude e da culpabilidade. Por outro lado, revela que a exigibilidade “a secas”, caracterizada como a própria essência do Direito, exerceria uma ampla – e inevitável – função em qualquer sistema jurídico, uma vez que se pressupõe a obrigatoriedade.

No entanto, insta pontuar que, fora das preocupações teóricas específicas com a culpabilidade, foram apresentados alguns estudos centrados no imperativo de aceitação do caráter principiológico da exigibilidade e, inclusive, na identificação de um âmbito normativo que pudesse servir de referência para a atividade do legislador e para a valoração judicial do caso concreto, evitando, com isso, a insegurança jurídica.

Nesse diapasão, para a definição do âmbito normativo do princípio da exigibilidade, são encontradas posturas doutrinárias que se limitam a qualificar o princípio como normativo, que indicam que o seu elemento normativo seria oferecido pela Parte Especial do Código Penal e que conferem um viés constitucional ao seu conteúdo<sup>86</sup>.

Como representante da primeira postura teórica, Manfred Maiwald revela que a consideração da exigibilidade como princípio regulativo estaria relacionada à diversidade de intervenções que o conceito de exigibilidade tem na totalidade do sistema jurídico e ao diverso conteúdo que ele possui segundo o contexto utilizado<sup>87</sup>.

De acordo com Maiwald, não se trata de uma questão da diferença henkeliana entre princípio regulativo e normativo, mas de uma questão de conteúdo de um conceito. Aponta, assim, que um conceito pode alterar o seu conteúdo de acordo com o contexto em que vai ser utilizando,

---

<sup>86</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.33-34.

<sup>87</sup> MAIWALD, Manfred. *Die Unzumutbarkeit-Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten? Festschrift für Schüler-Springorum*. Bonn: C. Heymanns, 1993, p.480-481; AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.34.

sendo esse o caso da inexigibilidade<sup>88</sup>, que pode ser utilizada, por exemplo, na determinação do limite do risco permitido, baseada na ponderação dos interesses envolvidos<sup>89</sup>.

Nota-se, assim, que Maiwald defende, genericamente, o caráter normativo do princípio da exigibilidade atrelado à aceitação de uma modificação de conteúdo nas suas diversas facetas no sistema jurídico; porém, em contrapartida, não apresenta um elemento normativo específico para tal concretização.

As principais contribuições no sentido da utilização de conceitos da Parte Especial do Código Penal para estipulação do conteúdo normativo do princípio da exigibilidade são de autoria de Peter Frellesen. Na percepção deste autor, a identificação de um parâmetro para a exigibilidade não seria um problema da Parte Geral do Código Penal, pois a concretização somente seria possível em forma de sistematização dos aspectos relevantes em cada tipo delitivo. O dever de comportamento descrito no tipo delitivo e o problema da culpabilidade estariam tão unidos um ao outro, que qualquer concreção da exigibilidade implicaria, ao mesmo tempo, uma concreção do comportamento do dever. Logo, um não poderia ser concretizado sem o outro<sup>90</sup>.

Ocorre que a afirmação de Frellesen parece mais adequada ao reconhecimento de uma causa geral supralegal de exclusão da culpabilidade do que à identificação de um princípio normativo, sendo, portando, insuficiente para o objetivo pretendido.

Por tal razão, outro setor doutrinário passou a indicar que a concretização do princípio da exigibilidade deveria ser apreendida de normas constitucionais, revelando que a admissão constitucional de determinado direito individual a uma autoproteção liberária, *a priori*, o autor do cumprimento de outras exigências jurídicas que se oponham ou desvirtuem o seu exercício<sup>91</sup>. Nesse sentido, Joan Baucells i Lladós defende que o conceito de exigibilidade

---

<sup>88</sup> MAIWALD, Manfred. *Die Unzumutbarkeit-Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten? Festschrift für Schüler-Springorum*. Bonn: C. Heymanns, 1993, p.480-481. No original: “Das ist aber keine Frage der Unterscheidung zwischen <regulativem> Prinzip und <normativer> Formel, wie es Henkel sieht, sondern das ist eine Frage des Inhaltswandels eines Begriffs. Ein Begriff kann bekanntlich seinem Inhalt ändern, je nach dem Kontext, in dem er gebraucht wird. So liegt es im Falle der Unzumutbarkeit”.

<sup>89</sup> CANEPA, Andrea. *L’Imputazione soggettiva della colpa: il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p.43-44. No original: [...] nell’impostazione di Maiwald, l’inesigibilità possa giocare un ruolo importante nell’ambito della determinazione (che è in parte anche operazione giudiziale laddove manchino norme di riferimento) della soglia di rischio consentito; il limite del rischio consentito, infatti, si fonda comunque anche sulla ponderazione degli interessi coinvolti tra i quali devono trovare riconoscimento pure quelli attinenti all’agente”.

<sup>90</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.36.

<sup>91</sup> Ibidem, p.37.

poderia ser preenchido, normativamente, através do recurso a conceitos como dignidade humana, direitos que lhe são inerentes, livre desenvolvimento da personalidade e igualdade<sup>92</sup>.

Em verdade, a preocupação de Baucells i Lladós é com a utilização de uma determinada concepção normativa de exigibilidade que permita o reconhecimento da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação, dissociada dos questionamentos acerca da insegurança jurídica. Por isso, Baucells i Lladós defende que o recente recurso a um referente normativo, como a Constituição, para fundamentar o juízo de exigibilidade (em concreto, a conceitos como a dignidade da pessoa, os direitos que lhe são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade), assim como o reconhecimento da igualdade como o princípio que lhe dota de conteúdo material, permitiria também fornecer ao conceito uma clara determinação<sup>93</sup>.

No entanto, não seria possível afirmar que as exigências constitucionais, como um todo generalizante, poderiam estabelecer os limites de concretização do princípio da exigibilidade, na medida em que tal princípio acabaria sendo concebido como um conceito em branco, analisado à luz de deveres de comportamento indeterminados, ou seja, como um *topos*.

Tentando afastar-se do centro dessas críticas – mas, ao mesmo tempo, aproximando-se da ideia já defendida por Baucells i Lladós –, Teresa Aguado Correa chegou a defender que o princípio da exigibilidade seria um “princípio geral de direito” que, dada a sua formulação como conceito jurídico indeterminado, permitiria um grau de apreciação, representando o valor de justiça próprio do Estado de Direito, da dignidade humana e, ainda, dos direitos fundamentais<sup>94</sup>.

Provavelmente em decorrência dos moldes estabelecidos pelos modelos teóricos apresentados, Fernanda Palma exortou que, a via de erigir a mesma dupla conceitual (exigibilidade/inexigibilidade) em princípio normativo, provocando uma autêntica causa geral de exculpação, “não passou de uma tentativa de criar uma fórmula baseada numa consciência jurídica unânime sobre a censurabilidade e condutas ou na mera repetição redundante, em sede de culpa, das exigências derivadas do próprio juízo de ilicitude”<sup>95</sup>.

Em contrapartida, rechaçando a crítica da professora portuguesa acima citada, defende-se aqui que o equívoco doutrinário incorrido não está na qualificação da exigibilidade como princípio

---

<sup>92</sup> Ibidem, p.38.

<sup>93</sup> BAUCELLS I LLADÓS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Valecia: Tirant lo Blanchh, 2000, p.311.

<sup>94</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito*. *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, Turrialba, n.3, p.22-69, 2011. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134259](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134259)>. Acesso em: 31 jan. 2019, p.28.

<sup>95</sup> PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p.219.

– jamais na sua qualificação como princípio normativo –, mas, exatamente, no conteúdo indicado ao princípio da exigibilidade e, especialmente, na função que lhe fora fornecida na culpabilidade e na justificativa da sua justaposição.

Nota-se, de fato, que, como apontado por Fernanda Palma, tais equívocos vêm estabelecendo uma efetiva confusão entre os juízos de ilicitude e de culpabilidade (claramente distintos), de modo a comprometer a coerência teórico-prática do conceito de crime legalmente adotado e analisado pelo sistema jurídico.



## 2 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO PRINCÍPIO DE DIREITO

A superação do positivismo, da ótica ontologicista e do puro normativismo gerou uma consequência clara: a dogmática jurídico-penal enxergou “a imprestabilidade de um direito que produz resultados precisos, certos e intrinsecamente verdadeiros, porém injustos”<sup>96</sup>. Associado a isso, a moderna Filosofia do Direito, na acepção analítica, descobriu a prevalência da indeterminação conceitual, assim como a necessidade de utilizar elementos ontológicos e normativos associados a uma abordagem hermenêutica.

Como foi observado que a pretensão de neutralidade do Direito seria realmente inalcançável, sobretudo em face dos condicionamentos sociais e mutáveis considerações político-criminais, foi possível constatar que não se pode buscar amparo num conjunto de conceitos jurídicos estanques para solucionar objetiva – e matematicamente – problemas concretos e socialmente dinâmicos. Com isso, a necessidade de concessão de espaço para a valoração normativa se mostrou latente, até mesmo, em face da percepção fática de que não são raras as vezes que a solução justa para uma dada situação não consegue ser extraída do código estaticamente binário entre “sim” ou “não”; “poder” ou “não poder”; “ser” ou “não ser”.

Verificou-se, de fato, a existência de uma constante redefinição das relações de primazia – não de preferência – na aplicação da norma jurídica, uma vez que “cada caso é um caso” e, somente perante as circunstâncias deste – expostas de maneira total em um processo concreto levado adiante por sujeitos também concretos em condições determinadas –, é que os participantes do discurso argumentativo estarão, realmente, em condições de alcançar a resposta concreta para aquela situação<sup>97</sup>.

Aliás, é exatamente por isso que “o desenvolvimento de uma Constituição funcionalmente apta como instância reflexiva mais abrangente do direito”<sup>98</sup> não pode ser obstruído pela formação de normas fechadas, tampouco pela aplicação matemática de códigos puramente binários de pretensão universalista. É dizer, mesmo ao considerar que o direito deve ser interpretado por um código binário – e não gradual –, deve-se conceder espaço para os discursos argumentativos, para a reconstrução no curso do processo, para o exame da adequabilidade ou não de uma norma aprioristicamente válida. Sendo assim, na relação difícil

---

<sup>96</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.233.

<sup>97</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.64.

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p.297.

travada na disputa entre Têmis e Leviatã<sup>99</sup>, deve se recorrer à Teoria do Discurso de Habermas<sup>100</sup> e não afirmar, como efetuado por Niklas Luhmann, que “o código lícito/ilícito gera a Constituição, porque a Constituição tem de gerar o Código”<sup>101</sup>.

Como cediço, a opção constitucional por um Estado Democrático de Direito culmina numa inquestionável tensão entre a eficácia da proteção social e o respeito às garantias fundamentais dos cidadãos, de modo que a norma penal deve ser concebida como um instrumento de comunicação – e não de reafirmação autoritária de interesse políticos – entre Estado e cidadão. Isso significa que um processo de racionalização por meio da linguagem pode estabelecer limites ao normativismo, à consideração de dados empíricos e, até mesmo, às discussões críticas trazidas pela criminologia e política criminal.

## 2.1 CONTRIBUTOS DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM PARA O ALCANCE DE UMA MAIOR RACIONALIDADE JURÍDICA

Nas premissas filosóficas da Teoria do Discurso, reconhece-se que a legitimidade do Direito penal moderno não pode ser buscada na racionalidade inerente a um direito natural (pois não se pode exteriorizar a justificação do direito), tampouco do mero processo de positivação (leis postas e de legitimidade inquestionável), sobretudo após as conquistas da Filosofia da Linguagem, decorrente da afirmação da virada hermenêutica, partilhada por Hans-Georg Gadamer<sup>102</sup> e transportada para a Filosofia do Direito com contribuições de Ronald Dworkin.

---

<sup>99</sup> Utilizada a analogia feita por Marcelo Neves em obra de comparação entre os posicionamentos de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>100</sup> Ressalte-se, por oportuno, que Habermas, ao propor uma releitura do *all-or-nothin fashion* de Ronald Dworkin, defende expressamente a existência de um código binário no código do Direito (distinto do código dos valores), mas tal consideração deve ser interpretada no sentido de que todas as normas se aplicam ou não se aplicam. Logo, tal posicionamento não se compatibiliza com a ideia luhmanniana de sistema normativo fechado e presumidamente legítimo, com normas violadas ou não violadas; tampouco representa um óbice à consideração – aqui considerada como pressuposto – de que, na *praxis*, muitas vezes, a solução **justa** para o caso concreto não deriva do processo silogístico de mera escolha entre “sim” ou “não”; senão de um método interpretativo por meio do qual as normas jurídicas *a priori* válidas são analisadas quanto a sua adequabilidade frente ao caso concretamente posto.

<sup>101</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p.297, *apud* LUHMANN, Niklas. *Kutuar al historischer Begriff*. In: LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, v.4, p.31-54. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p.189.

<sup>102</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.30.

Para os adeptos da Teoria do Discurso, especialmente no viés defendido por Jürgen Habermas e Klaus Günther<sup>103</sup>, a legitimidade do Direito deverá ser extraída intrinsecamente e não poderá se limitar ao “acesso lógico-semântico ao discurso jurídico”<sup>104</sup>. Noutras palavras, a legitimidade do Direito irá derivar do reconhecimento do papel de coautoria cidadã no processo de formação das normas jurídicas; portanto, da própria sociedade, do procedimento racional ao qual é submetida e da constatação de que o direito não se autorregula ou se autolegitima. A ideia é que o “direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos”<sup>105</sup>.

Para fundamentar a perspectiva hermenêutica, com o “giro linguístico” e consequente dimensão pragmática da linguagem<sup>106</sup>, Jürgen Habermas construiu, na Teoria da Ação Comunicativa e na Ética do Discurso<sup>107</sup>, um modelo de evolução filogenético (da sociedade), inspirado na teoria do desenvolvimento ontogenético (do indivíduo) de Piaget e Kohlberg<sup>108</sup>. Valorizando o papel do cidadão, o filósofo alemão da Escola de Frankfurt conectou “os

---

<sup>103</sup> Apesar da matriz filosófica das teorias desses autores possuírem alguns pontos de divergência, não há aqui um sincretismo metodológico, na medida em que, no âmbito da definição de princípio, os autores selecionados, que se graduaram juntos, dialogam e convergem. Isso porque, de forma alheia à discussão da questão moralizante e à aproximação ou não da percepção de Robert Alexy, há certa similitude nas suas matrizes filosóficas (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2.ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Landy, 2001; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012). Registre-se, ainda, que também poderiam ser utilizadas as conclusões de Ronald Dworkin, nesse particular, já que, elogiado por Habermas na obra *Direito e Democracia*, o referido filósofo americano apresenta interessante percepção e aproximação conceitual no âmbito da definição de princípio. Todavia, a adoção da perspectiva de Dworkin, especificamente no Direito Penal, encontra óbices no setor da necessária abertura político-criminal e da verificação dos interesses da coletividade, razão pela qual, no recorte metodológico empregado, não está sendo aqui utilizada (Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

<sup>104</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p.280.

<sup>105</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.114.

<sup>106</sup> Defende-se que, dentre as três dimensões clássicas da linguagem (sintática, semântica e pragmática), o destaque está na última, ou seja, nas relações entre a linguagem e seus usuários, no uso da linguagem. Isso não significa prescindir das outras dimensões da linguagem ou da argumentação, apenas de ter consciência dos limites dos enfoques formais e materiais para ter condições de dar conta da argumentação, como um processo. Além disso, uma concepção puramente pragmática da argumentação jurídica, que se desentenda com seus componentes formais (logico-dedutivo) e materiais, seria inadequada, por razões descritivas (não daria conta de aspectos centrais) e normativas (esqueceria que o discurso jurídico não se relaciona unicamente com aceitação, mas também com outros valores, como justiça, verdade ou certeza) (ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, p.363-373).

<sup>107</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, t.I e t.II; HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

<sup>108</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.26; GÜNTHER, Klaus. **Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem**. In: **Die Öffentlichkeit der Vernunft der Öffentlichkeit**. Festschrift für Jürgen Habermas Herausgegeben von Lutz Wingert und Klaus Günther. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p.127.

elementos do construtivismo pedagógico de Piaget com o estruturalismo genético de Lawrence Kohlberg, de modo a demonstrar a evolução da humanidade como forma de aprendizado propiciado pela linguagem”<sup>109</sup>.

Nessa ótica, Habermas afirma que a definição mais adequada para as normas deve ser extraída de uma perspectiva universalista (verdade consensual), que as define como meras “expectativas de comportamento cuja vinculatoriedade normativa apresenta um certo parentesco como a força motivadora das afirmações verdadeiras”<sup>110</sup>. Deste modo, o direito vigente garante, de um lado, a implementação das expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado – e, com isso, segurança jurídica –; e, de outro lado, promete a estabilidade das expectativas estabilizadas por meio de processos racionais de normatização e aplicação normativa<sup>111</sup>.

Todas as normas possuem, assim, um caráter de vinculação legítima: estabelecem uma obrigação no sentido daquilo que é devido. As normas são, portanto, direitos, trunfos perante argumentos teleológicos e axiológicos; não meros “bens que podem, ou não, interessar ao

---

<sup>109</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.78. Cf. ALBAN, Rafaela. Habermas e o multiculturalismo: por uma culpabilidade penal dialógica numa sociedade plural. In: SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; CARVALHO, Thaize de (org.). **Criminalistas baianas homenageiam Eliana Calmon**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.211-234. Segundo Piaget, existiriam três estágios do desenvolvimento cognitivo e julgamento moral da criança. Na primeira fase, há uma espécie de simbiose entre a criança e o mundo que a cerca, de modo que nela ainda não existe uma noção de subjetividade. No segundo estágio, denominado fase sensório-motora ou pré-operativa do desenvolvimento psicológico, a criança passa a perceber os objetos que a cercam como algo distinto de si, apesar de ainda não notar a diferença entre mundo físico e mundo social. Na terceira fase do desenvolvimento psicológico, designado estágio das operações concretas, a criança já passa a distinguir claramente realidade empírica e realidade social, além de não mais confundir os signos linguísticos com seus significados. Nesta última fase, a ausência de uma reflexividade cognitiva suficiente faz com que os padrões socialmente estabelecidos sejam tidos como inquestionáveis. Será apenas com a adolescência que as regras socialmente impostas passarão a ser objeto de crítica por parte do jovem. Lawrence Kohlberg, claramente influenciado pelos estudos de Piaget, elaborou um modelo de desenvolvimento do julgamento moral em três estágios, quais sejam: pré-convencional, convencional e pós-convencional. Segundo Kohlberg, cada uma destas etapas contém uma específica relação do sujeito com as normas sociais. No estágio pré-convencional, o eu encontra-se alheio às expectativas sociais; no estágio convencional, o sujeito identifica-se com as normas sociais; por fim, no estágio pós-convencional, o indivíduo atinge a sua maturidade moral, não mais incorporando de modo acrítico os padrões culturais em que foi socializado e sendo capaz de questionar e transcender tais valores. Habermas traslada as teses de Piaget e Kohlberg para a sua teoria da ação comunicativa, de modo que as três principais fases da evolução social, quais sejam, a mítica, a metafísico-religiosa e a moderna, se correspondam com o desenvolvimento das capacidades cognitivas identificadas por aqueles psicólogos.

<sup>110</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.111, *apud* HABERMAS, Jürgen. **Vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck Philosophische Essays**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p.66. Ressalte-se, por oportuno, que, em face de necessário recorte metodológico, não se enfrenta, nesta oportunidade, a polêmica questão entre centralismo jurídico e pluralismo social, tema que, ainda de modo superficial, já foi debatido por esta pesquisadora no artigo “*Derecho penal, culpabilidad y multiculturalismo*” (ALBAN, Rafaela. *Derecho penal, culpabilidad y multiculturalismo*. **Revista de Derecho penal y Criminología**, v.10, p.187-203. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2017).

<sup>111</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p.245-246.

intérprete na pendência de pertencer, ou não, a um determinado círculo de pessoas que adotam tal ou qual noção de fim e interesse”<sup>112</sup>.

Entretanto, como ressalta Klaus Günther, o mero ato de positivar jamais irá resolver a questão da fundamentação; irá, tão somente, transferir essa problemática ao aplicador do direito, exigindo, após a justificação discursiva da norma que a torna *a priori* válida, uma interpretação discursiva quanto à sua aplicação no caso concreto<sup>113</sup>. Na Teoria do Discurso, portanto, “não se pode definir a normatividade jurídico-positiva como momento de superação da tensão entre facticidade e validade”<sup>114</sup>.

Influenciado pela compreensão de Günther, Jürgen Habermas, na sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, afirma que, enquanto a teoria tradicional indica que as ordens jurídicas modernas extraem a sua legitimidade da ideia de autodeterminação, a Teoria da Argumentação exorta que a sociedade jurídica se constitui “na base de um entendimento obtido através do discurso”<sup>115</sup>, discurso esse que deve ser observado tanto no momento de formação da norma jurídica, quanto de sua aplicação.

Com efeito, apenas diante da reconstrução processual do caso e dos argumentos apresentados pelas partes e assumidos reflexivamente no processo, todo o sistema de normas, *a priori* aplicáveis (por decorrerem de um processo democrático de formação normativa), irá abrir espaço para a(s) norma(s) adequada(s) ao caso concreto<sup>116</sup>. Deste modo, afirma-se a existência de uma única resposta correta – adequada – ao caso concretamente problematizado, que será encontrada através de um esforço interpretativo ou hermenêutico.

O alcance da racionalidade discursiva irá pressupor, destarte, a sua “realização em procedimentos argumentativos de pressupostos comunicativos”<sup>117</sup>. Deste modo, estar-se-á diante de uma descrição completa de um caso concreto e de todas as normas válidas *prima facie* aplicáveis – que geram um “dever *prima facie*” –, para verificar a existência ou não de

<sup>112</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.63. Acrescenta Chamon Júnior, na mesma obra, que “tratar os princípios como pretende Robert Alexy é submeter o Direito, e sua aplicação, a uma questão de preferências frente a fins que não segue uma ótica capaz de ser defendida como válida perante um sistema de direitos fundamentais” (*Ibidem*).

<sup>113</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.6. São Paulo: USP, 2000, p.85-102.

<sup>114</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.110.

<sup>115</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2, p.309.

<sup>116</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.99.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p.68.

uma interpenetração, na medida em que normas válidas são aplicáveis somente se aquelas circunstâncias que elas pressupõem forem válidas<sup>118</sup>.

A partir dessas premissas, afirma Habermas que, como “o direito positivo detona seus próprios fundamentos de validade”<sup>119</sup> – já que não se tem como determinar todas as hipóteses de sua aplicação –, este precisará ser reconhecido como eminentemente principiológico. Ou seja, o direito não poderá ser concebido como um sistema de regras, mas, tão somente, como um sistema de princípios<sup>120</sup>.

Observa-se, assim, que, afastando-se da proposta igualmente argumentativa de Robert Alexy<sup>121</sup> – de princípios como valores, comandos otimizáveis, que podem ser preferidos uns aos outros –, Habermas, tal como Günther, adotando uma lógica deontológica – de escolhas moralmente necessárias – irá afirmar que os princípios, como normas jurídicas válidas, correspondem a expectativas generalizadas no seio de uma sociedade.

Com efeito, para a Teoria do Discurso, notadamente na acepção de Habermas e Günther, não se pode resolver a questão de concorrência principiológica através de argumentos de maior ou menor importância dos princípios envolvidos, já que todas as normas jurídicas são chamadas para concorrer na aplicação e interpretação no caso concreto, sendo, igual e aprioristicamente, aplicáveis.

Como se nota, em face da sua natureza normativa e no bojo de uma distinção argumentativa, comunicativa – não meramente sintática ou semântica –, os princípios são concebidos como normas jurídicas *a priori* aplicáveis em qualquer caso concreto. Simplificando, numa linguagem pragmática, enquanto a regra é identificada na norma jurídica “reconstruída e assumida, concretamente, como adequada a um caso”, os princípios são “assumidos sempre em abstrato e de uma perspectiva de aplicabilidade *prima facie*”<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.6. São Paulo: USP, 2000, p.85/90; GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p.307.

<sup>119</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2, p.205.

<sup>120</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.62/97.

<sup>121</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2.ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Landy, 2001. A proposta de Alexy é de considerar sempre a existência de uma colisão de valores e normas – não de conflito de adequabilidade –, de modo que o método interpretativo deve se utilizar de um código gradual, por meio do qual se estabelece uma atividade de ponderação – não de adequabilidade ou não da norma – no caso concreto.

<sup>122</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.100.

Por meio da explicação apresentada, já é possível observar que a Teoria do Discurso deverá ser usada para conceder as necessárias respostas às indagações, levantadas da introdução e no capítulo anterior, acerca da natureza jurídica da exigibilidade e da sua função no Direito penal. As razões são diversas: o patente caráter comunicativo do sistema jurídico, a distinção entre facticidade e validade, a clara mutabilidade social, o fato da legitimidade jurídica só poder ser reconhecida numa democracia e, principalmente, a necessidade de analisar, discursivamente, a aplicabilidade de normas *a priori* válidas num caso concreto, sob a perspectiva da exigibilidade – ou não – de observância da mesma na dada situação fática.

Não há dúvida que “o impressionante avanço do pensamento humano proposto pela Filosofia da Linguagem encontrou seu momento de interesse”<sup>123</sup> na sociedade moderna, especialmente porque a pretensão de validade normativa não pode mais ser satisfeita com a mera presunção de sua legitimidade formal. Como o modelo de sociedade do século XXI denota uma estrutura social de comunicação, já se percebeu que a validação das normas sempre irá depender da justificação pelo contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um grupo determinado de pessoas.

Por outro lado, lamentavelmente, a utilização da linguagem no processo de racionalização do Direito é obstaculizada pelo atraso legislativo (espelhado na vigência de um Código Penal de 1940 e, mesmo com as adequações da reforma de 1984, do superado sistema finalista) e pelo excesso de tradicionalismo dos seus aplicadores (que insistem em argumentos legalistas, completamente vazios e totalitários). Por isso, para solucionar essa tensão, acredita-se que a estipulação de uma fórmula normativa para delimitação de exigências de dever possa contribuir para que, na ponte entre o ser e o dever ser, o Direito possa se inserir como expressão linguística<sup>124</sup>.

Isso significa que é necessária uma fórmula – uma disposição normativa, de cunho valorativo – que imponha, através da hermenêutica, a realização de um exame crítico-argumentativo das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito, a fim de que seja fornecido um espaço para a inegável avaliação da realidade social do crime, colocando, no ponto de partida do direito, o indivíduo e, no seu centro, a justiça.

Aliás, se, por um lado, resta imprescindível a estipulação de uma fórmula normativa para delimitação concreta da exigência de dever, que possua alcance duvidoso e não possa limitar-se à literalidade de uma decisão entre “poder” ou “não poder”; por outro, até mesmo no bojo

---

<sup>123</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.249.

<sup>124</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.248.

da necessária indeterminação conceitual jurídica e da inquestionável lógica do “dever ser”, a exigibilidade precisa ocupar o seu papel de destaque no ordenamento jurídico, sem abrir portas para a insegurança jurídica, quiçá para a tão criticada confusão entre os juízos de ilicitude e culpabilidade, que aqui ainda será revista.

## 2.2 A REAL FUNÇÃO DA EXIGIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UM NECESSÁRIO PRINCÍPIO DE DIREITO

Na língua portuguesa, a palavra “exigibilidade” significa a “qualidade de exigível” de “ser cobrado”, sentido idêntico ao concedido à palavra alemã “*Zumutbarkeit*”, que deu origem às suas primeiras discussões no âmbito da ciência do Direito. Observa-se, então, que a simples análise sintática do termo já demonstra que a exigibilidade está associada à própria ideia de obrigatoriedade – indicadora da essência do Direito, de um sistema de normas que institucionaliza o controle social e almeja a solução menos injusta –, merecendo exercer, portanto, muito mais do que a mera posição de terceiro elemento do juízo da culpabilidade.

Conceder um caráter principiológico à exigibilidade não denota uma mera tentativa de criar uma fórmula baseada numa consciência jurídica unânime sobre a censurabilidade de condutas – como afirmado por Fernanda Palma<sup>125</sup> –, mas uma constatação de que, diante de um modelo de Estado Democrático de Direito e da consideração do Direito como expressão linguística, é importante estabelecer uma fórmula – um mandado de conteúdo normativo – que imponha um imperativo de alcance da solução mais justa para o caso concreto, por meio da compreensão contextual, da relação holística entre ontológico e normativo e da consequente análise casuística da exigibilidade ou não de dada reprovação ou interferência estatal nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Reconhecer o caráter principiológico da exigibilidade de conduta diversa é essencial, portanto, não apenas para questionar e estipular a sua real função na debatida seara da Teoria do Delito – retirando-a do restrito universo da culpabilidade –, como também para garantir um espaço aberto para o alcance dos melhores argumentos e interpretações, reconhecendo que a solução justa ao caso concreto nem sempre vai decorrer do processo silogístico – e irracional – de subsunção do fato à uma norma posta no ordenamento jurídico.

---

<sup>125</sup> PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005, p.219.



Na realidade, a estipulação dessa fórmula é uma exigência constitucional, porque não se pode olvidar que o paradigma de justiça – inerente ao neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo – há muito tempo superou a ideia de que a lei encerra o conteúdo do direito, de modo que os valores constitucionais devem “orientar a interpretação e aplicação de todas as disposições da legislação repressiva”<sup>126</sup>. Como cediço, como “a razão fundamental pela qual existe o sistema judiciário é responder à exigência de justiça”, a opção por um Estado Democrático de Direito, “traz consigo, como consequência obrigatória, a assunção de determinados princípios”<sup>127</sup>, a fim de que o Estado possa, inclusive, exercer legitimamente o seu dever – não direito – de punir, garantindo liberdade e dignidade humana.

Mesmo diante da existência de diversos princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, as dificuldades advindas das heranças dos dogmas suplantados e da resistência na aceitação do “novo”, demonstram que a exigibilidade pode – e deve – exercer um importante papel, se corretamente posicionada no ordenamento jurídico. Especialmente porque, todas as normas jurídicas são gerais (afirmativa ou negativamente, contêm uma obrigação de tratar de certa maneira todas as pessoas enquadradas em determinada categoria<sup>128</sup>) e são igualmente destinadas a permitir a vida em sociedade (a exercer certo nível de controle social<sup>129</sup>), mas sempre será necessário ter em mente a máxima de que “cada caso é um caso”.

É exatamente por isso que a defesa do princípio da exigibilidade passa a ser essencial para a estipulação de um critério hermenêutico de leitura das normas gerais – aprioristicamente válidas – e, conseqüentemente, não pode estar limitada à seara do Direito penal, mesmo sendo este o espaço para o mais severo controle estatal sobre a liberdade individual do cidadão.

A exigibilidade deve representar, portanto, um princípio de direito – não mera norma doutrinária, mas uma norma positiva implícita –, de amplo e essencial alcance, notadamente ante o imperativo de reconhecimento da subjetividade humana e constantes mudanças sociais.

---

<sup>126</sup> GALVÃO, Fernando. O direito e seu compromisso de realizar justiça. **Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais**, n.31. p.13-23, Minas Gerais: TJM/MG, 2011, p.14.

<sup>127</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.23/256. Ressalte-se que, de certo modo e com as devidas ressalvas, esse entendimento se aproxima à ideia de Eugenio Raúl Zaffaroni, no sentido de que a legitimidade do Direito decorreria da assunção de princípios constitucionais. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<sup>128</sup> Deve-se observar que a generalidade das normas jurídicas aparece como um ideal político. Entretanto, esse caráter generalizador das normas subtrai o “valor” como característica essencial da conceituação das ciências culturais, o que não é mera diferença importante entre estas e as ciências naturais, senão um impeditivo a utilização do mesmo método (VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **La libertad como pretexto**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.147-149). Método este, acrescente-se, já utilizado sem êxito, em face da sua incompatibilidade com uma ciência do “dever ser”.

<sup>129</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.16.

Enquanto princípio de direito, utilizando-se a definição de Habermas e Günther, a exigibilidade caracteriza uma norma jurídica *a priori* aplicável em qualquer caso concreto.

A exigibilidade denota, assim, uma norma positiva, um princípio constitucional implícito, que irá funcionar como critério hermenêutico de amparo à análise crítico-argumentativa das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito no processo interpretativo. Nessa condição, a exigibilidade assume o papel de “*topos* argumentativo”, que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas (princípios ou regras).

A função da exigibilidade, na acepção apontada, não será de atribuir sentido a uma norma, mas de estruturar racionalmente a aplicação das demais normas. A exigibilidade constitui, assim, “uma norma que estrutura a aplicação de outras”<sup>130</sup>. Fornece, destarte, um espaço para a indispensável avaliação da realidade social e da lógica de justiça na determinação de incidência ou não de uma dada norma – *a priori* válida – a um caso concreto.

Noutras palavras, o que se verifica, no caso da exigibilidade, é a existência de um princípio – critério hermenêutico de interpretação de normas jurídicas –, que, em casos especiais (que serão tratados no capítulo 4), assume o papel de regra jurídica, ou seja, de norma assumida, concretamente, como *prima facie* adequada a um caso. Fala-se, assim, numa **dupla função da exigibilidade**, de maneira similar ao que ocorre com a culpabilidade penal, que pode ser compreendida na forma de princípio (caracterizador da responsabilidade individual, subjetiva e pelo fato) e na forma de regra (como elemento do crime e limite da pena).

Ocorre que, antes do necessário enfrentamento das funções da exigibilidade, como não se pretende fazer nessa investigação mera referência à existência de um princípio constitucional implícito – igual a outros que não possuem literalidade patente e se encontram “escondidos” por detrás de normas convencionadas legislativamente<sup>131</sup> –; é necessário identificar os valores constitucionais que lastreiam a positivação do princípio da exigibilidade no ordenamento jurídico e estabelecer o seu substrato, a fim de afastar, inclusive, eventuais críticas relativas à insegurança jurídica.

---

<sup>130</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.122-125. Não se coaduna aqui com a concepção de Humberto Ávila, para quem postulados não seriam princípios ou regras, por não estarem associados a comportamentos, mas à estruturação de aplicação. Isso porque, como já demonstrado, não se concebe como válida a consideração dos princípios como “normas imediatamente finalísticas [...] que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção” (Ibidem).

<sup>131</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.75.

Por certo, é imperioso não confundir a questão da legitimação do Direito penal com a mera formulação de princípios – no caso, do princípio da exigibilidade –, pois sempre será necessário, a partir do cruzamento entre as temáticas da legitimação e da identificação de um princípio<sup>132</sup>, demonstrar a sua função e moldar o seu conteúdo, dentro do sistema jurídico, com vistas a sua própria justificação e legitimação.

### 2.3 O CARÁTER NORMATIVO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE: SUPERAÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO HENKELIANA

Como já ressaltado, não se pode ignorar que todos os princípios – explícitos ou não – são normativos, simplesmente porque compõem uma estrutura na qual os princípios, juntamente com as regras, são espécies de normas jurídicas (não meros mecanismos de interpretação, como outrora já foi afirmado) e têm uma função normativa inquestionável: reger, direta ou indiretamente, comportamentos humanos. Portanto, a remissão a um conteúdo normativo – a um critério de valoração que forneça uma clara identificação do seu substrato –, que sirva de referência à atividade argumentativa do legislador e à posterior interpretação judicial, é uma característica inerente a qualquer princípio.

Na realidade, a distinção entre os diferentes tipos de princípios está apenas na existência de um elemento material que possa preencher a fórmula normativa ou na necessidade de, pautando-se em parâmetros pré-determinados, recorrer ao caso concreto para a efetivação do referido preenchimento. Assim, a ausência de indicação de substrato material de preenchimento prévio da fórmula principiológica não representa uma renúncia ao caráter normativo de determinado princípio, tampouco a carência de parâmetro de referência (o que o tornaria um conceito “vago” e “vazio”), mas, tão somente, a opção por um princípio formal em lugar de um princípio material.

Noutras palavras, afastando a distinção henkeliana entre princípios normativos e regulativos – pautada, segundo aquele autor, na neutralidade ou não do axioma; na sua caracterização ou não como norma jurídica –, fala-se aqui apenas na possibilidade de uma classificação dos princípios como **princípios formais** ou **princípios materiais**.

---

<sup>132</sup> PALMA, Fernanda. **Direito Penal**. 3.ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p.83.

Essas espécies diferenciam-se porque o princípio material é representado pela existência de um substrato material de aplicação da norma *a priori* válida, enquanto o princípio formal se qualifica pela utilização de critérios de determinação para delimitação e incidência casuística. Por exemplo, é possível afirmar que a lesividade evidencia um princípio material (fundado materialmente na ideia de ofensa ou perigo de ofensa a um bem jurídico) e a proporcionalidade, por sua vez, representa um princípio formal (pautado nos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a serem observados casuisticamente), assim como a insignificância (que apenas incidirá quando verificada a existência de mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, que igualmente serão apreciados em cada caso concreto).

Observa-se, portanto, que, até mesmo para viabilizar a realização do indispensável controle jurisdicional de atuação das normas-princípio, nos casos de ausência de substrato material específico pré-determinado, precisam ser indicados critérios para orientação do aplicador do direito, no sentido de uma coerente utilização, com vistas a afastar, até mesmo, eventuais objeções quanto à vagueza ou insegurança jurídica.

Mas, no caso do princípio da exigibilidade – ora proposto e de caráter inquestionavelmente normativo –, é possível estabelecer um fundamento material ou devem ser utilizados critérios de determinação para a sua delimitação? De fato, insta notar que a exigibilidade possui um caráter paradoxal: por um lado, representa um conceito jurídico indeterminado (*topos*), apenas na medida em que a identificação de seu conteúdo e alcance não são dados positivamente; mas, por outro lado, ampara-se numa consciência jurídica unânime derivada de valores do texto constitucional, de tal modo que pode ser considerado princípio constitucional implícito.

O princípio da exigibilidade, orientado à proteção do indivíduo frente às ingerências estatais, é uma tradução do valor de justiça – inerente ao Estado Democrático de Direito –, assim como da dignidade humana, da igualdade e da própria estipulação de direitos fundamentais<sup>133</sup>; valores estes que, ironicamente, foram, total ou parcialmente, ignorados pelas concepções normativas da culpabilidade, responsáveis pela introdução da exigibilidade na seara da dogmática jurídico-penal, como já analisado no capítulo precedente.

Portanto, para classificar o princípio da exigibilidade como material ou formal, e posteriormente indicar o seu conteúdo, será necessário responder a alguns questionamentos

---

<sup>133</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.39.

prévios: de que forma esses valores constitucionais citados irão interferir na composição da fórmula da exigibilidade? Como poderá ser alcançada a legitimidade da exigibilidade no âmbito de um sistema jurídico regido por uma Constituição, formada por normas programáticas, que pode vir a alcançar um caráter normativo quando passar a cumprir as suas metas e a estabelecer uma relação simbiótica com a comunidade social<sup>134</sup>?

Como afirmava Lassalle e por demais sabido, se não houver correspondência com a realidade social, a Constituição não passa de mera folha de papel<sup>135</sup>. Além disso, segundo expresso no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Observa-se, assim, que, para alcance da necessária legitimidade, o ordenamento precisa deixar “de ser apenas um conjunto sistemático de normas para reunir os valores e princípios que orientam a identificação das respostas juridicamente justas aos problemas sociais”<sup>136</sup> e o Poder Judiciário deverá ter a missão de “realizar justiça”, “fortalecer o Estado Democrático e fornecer a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional”<sup>137</sup>. Logo, no modelo de Estado Democrático de Direito, a justiça precisa ser tida como um valor a ser perseguido – de concretização do justo, do razoável, do proporcional, do exigível –, desde a elaboração normativa, até o momento de efetiva aplicação das normas<sup>138</sup>.

Entretanto, é indispensável ter em mente que não se pode chamar de justiça a mera disponibilização do poder jurisdicional. Dentre as diversas concepções de justiça delineadas por Chaïm Perelman, logicamente, não pode ser buscada apenas a parte comum delas – conciliadora das mais diversas filosofias e legislações –, a “justiça formal”, que estabelece que todos “os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”<sup>139</sup>. De igual modo, também não é plausível admitir, acriticamente, a ideia de “justiça concreta”, a partir da premissa de que o julgamento do direito, por seu intermédio, sempre irá denotar uma concepção particular de justiça, que supõe uma determinada escala de valores,

---

<sup>134</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

<sup>135</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: eBook, 1933, p.29-31.

<sup>136</sup> GALVÃO, Fernando. O direito e seu compromisso de realizar justiça. *Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, n.31. p.13-23, Minas Gerais: TJM/MG, 2011, p.14/20.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.65.

<sup>139</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.33.

indicando, em nome de uma visão de mundo, a única solução que seria considerada justa pelo julgador<sup>140</sup>.

De acordo com Chaïm Perelman, toda aplicação da justiça exigiria, previamente, uma divisão do universo do discurso e, diante de antinomias nas percepções individuais, a ideia de equidade deveria intervir<sup>141</sup>. Noutras palavras, deveria se apelar à equidade sempre que a aplicação simultânea de mais de uma forma da “justiça concreta” – ou a aplicação da mesma forma em circunstâncias diferentes – conduzir a antinomias que tornem inevitável a não-conformidade com as exigências da “justiça formal”<sup>142</sup>.

Ocorre que, apesar de todos terem sua própria noção de justiça – até mesmo por ser este um termo carregado de sentido emotivo – e da equidade poder ser estipulada como um denominador comum entre as diversas percepções individuais, deve ser buscada uma definição de justiça que esteja ancorada na democracia e no necessário reconhecimento do caráter comunicativo social. É dizer, na linha defendida por Habermas, é necessário substituir a razão prática pela razão comunicativa, não apenas no sentido de mera troca de etiquetas.

Logo, defende-se, nesta investigação, que só pode ser considerado justo, o resultado obtido através de procedimentos discursivos, por meio dos quais uma pluralidade de indivíduos – não um único indivíduo por meio de sua consciência particular – chega ao melhor argumento para aplicação da norma. A justiça precisa representar, assim, a emanção da vontade discursiva de cidadãos livres e iguais. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, deve-se reconhecer que “a justiça não é um dado objetivo da realidade natural e sim um acordo provisório que é permanentemente construído pela interação comunicativa dos cidadãos”<sup>143</sup>.

Observa-se, assim, que, no centro do Direito – inclusive do Direito penal –, deve se encontrar uma ideia de justiça que, logicamente, não pode ser reduzida à mera validade ou eficácia normativa. Como as sociedades humanas requerem soluções de justiça – como meio de satisfação de exigências culturais, históricas e existenciais – e tais soluções não podem representar pura ideologia (o que apenas auto preservaria a posição dos titulares dos poderes sociais, alheia à intervenção reconstrutiva e pacificadora da sociedade), impõe-se um recurso a linhas de validação extra sistemáticas, a referência a mundos lógicos e científicos, que

---

<sup>140</sup> Ibidem, p.30.

<sup>141</sup> Ibidem, p.34-36.

<sup>142</sup> Ibidem, p.41.

<sup>143</sup> GALVÃO, Fernando. O direito e seu compromisso de realizar justiça. **Revista de Estudos & Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais**, n.31. p.13-23, Minas Gerais: TJM/MG, 2011, p.23.

incidem sobre o mesmo objeto em outra dimensão e permitem colocar o problema de justiça numa perspectiva mais profunda<sup>144</sup>.

Com efeito, o objetivo precisa ser alcançar a almejada justiça sem construir um “intra mundo” jurídico que seja completamente incompatível com o das outras ciências; integrando não apenas o Direito com a definição de realidade – que serve de referência às suas soluções de “dever ser” –, como também permitindo que “ele próprio contribua para introduzir no pensamento não jurídico a sua dimensão compreensiva do objeto”<sup>145</sup>.

Por isso, para alcançar a solução justa, não se pode desprezar completamente o componente ontológico, já que este interfere, necessariamente, no próprio sentido de aplicabilidade da norma jurídica, através de um condicionamento bilateral, na medida em que a norma também irá interferir no sentido da realidade. Deverá ser utilizada uma “perspectiva holística, de mútua interferência, estabelecida através de um processo de comunicação de sentido”<sup>146</sup>.

Como ressalta Habermas, deve-se perceber que a integração social assume uma forma totalmente reflexiva, já que, na medida em que o Direito supre sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele estará correndo o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente<sup>147</sup>.

Nota-se, portanto, que, em consonância com a ideologia própria de um Estado Democrático de Direito – cuja Constituição pretendeu implantar – e afastando-se apenas da pretensão social universalista da Teoria do Discurso<sup>148</sup>, a realização da tão almejada justiça sempre irá

---

<sup>144</sup> PALMA, Fernanda. **Direito Penal**. 3.ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p.101.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.101.

<sup>146</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.249-250. Ressalte-se que isso não se contrasta com a crítica feita ao sistema finalista, já que Welzel parte da equivocada premissa que o Direito não poderia negar a realidade posta, mas apenas valorá-la, de modo a estabelecer uma relação entre objeto ontológico e método científico no sentido do objeto condicionar a adoção do método.

<sup>147</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2, p.325.

<sup>148</sup> Seguir completamente a teoria do discurso implicaria as consequências já esbarradas nas teorias de Urs Kindhäuser e Klaus Günther no Direito Penal, tornando a presente tese completamente inaplicável na realidade multicultural moderna, especialmente na realidade desigual brasileira. Isso porque, a tese alemã pressupõe um processo democrático de formação da norma jurídica, com participação do cidadão com autor das disposições normativas, que a torna inquestionavelmente válida e oponível a todas as pessoas na condição de destinatários da norma. Tal percepção, seria plausível apenas no âmbito de um Estado desenvolvido caracterizado por uma igualdade social e econômica, inimaginável em tempos de globalização (Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Culpabilidad jurídica-penal en el Estado democrático de derecho*. Tradução de Juan Pablo Mañalich Raffo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.17, n.78, p.75-92, mai/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.185-217; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*:

depende da possibilidade de manejar, discursivamente, “categorias jurídicas de conteúdo apreensível no mundo concreto das relações intersubjetivas, de modo a tratar desigualmente indivíduos naturalmente desiguais”<sup>149</sup>.

A questão aqui defendida é simples: esse espaço de manejo discursivo das categorias do delito, para apreensão do mundo da vida, do contexto, e alcance da almejada justiça, pode ser atingido por meio da estipulação de uma adequada fórmula, que identifique claramente o seu critério de valoração (o seu conteúdo), para o princípio da exigibilidade.

Noutras palavras, reivindica-se o acolhimento de um princípio que estabeleça um imperativo de alcance da solução mais justa para o caso concreto (por meio da análise da exigibilidade ou não de dada reprovação ou interferência estatal nos direitos fundamentais dos cidadãos), com a finalidade, inclusive, de viabilizar uma Constituição – assim como um Direito penal – de adequação social, respeitadora da dignidade humana, isonomia e dos demais direitos fundamentais<sup>150</sup> assegurados democraticamente.

O problema é que, como demonstrado no capítulo anterior, as tentativas doutrinárias de normatização do princípio da exigibilidade, após a tese de Heinrich Henkel (que inaugurou as discussões sobre o seu caráter principiológico), denotam apenas uma verdadeira “fraude de etiquetas”, já que buscam a definição de um elemento material – seja com a utilização de normas constitucionais ou de normas penais da Parte Especial – que culmina na efetiva consideração deste princípio como uma fórmula vazia e indeterminada.

É dizer, se for defendido que o conceito de exigibilidade pode ser preenchido, material e abstratamente, através do recurso a normas penais especiais e/ou às normas constitucionais (de forma ampla e indistinta), apesar da almejada aproximação com a realidade social, se estaria diante de uma mera cláusula aberta, denominada de “princípio material”; que, na realidade, demandaria sempre uma aplicação casuística completamente solta e vaga para o seu

---

*Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008 GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005).

<sup>149</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.431.

<sup>150</sup> Como princípio constitucional implícito, a exigibilidade poderá impor que, diante das opções normativas derivadas de normas jurídicas aprioristicamente válidas, a interpretação seja efetuada no sentido da definição da norma mais justa, mais adequada, ao caso concreto. Ademais, irá ratificar a observância da dignidade humana ao exigir que o exame da aplicação normativa seja argumentativamente efetuado em conjunto com as particularidades do fato particular e do autor concreto, respeitando as suas desigualdades e os seus direitos fundamentais. Aliás, exatamente por esse motivo, já se afirmava que a adoção do critério do “homem médio” (utilizada na doutrina finalista) refletia flagrante objetivização do sujeito – em razão da possibilidade de existirem capacidades, ausentes no sujeito individual, que as pessoas em geral detenham –, conduzindo, assim, a notórias injustiças sistêmicas.



preenchimento. Com isso, seria promovida, tão somente, uma pseudomaterialização e, em contrapartida, deixaria de ser estabelecido qualquer critério de orientação do julgador para o emprego adequado do princípio da exigibilidade, tornando-o uma porta de entrada da iminente insegurança jurídica. No Direito penal – espaço de maior controle estatal sobre a esfera de liberdade individual –, essa demasiada amplitude poderia proporcionar uma burla à finalidade protetiva do ordenamento jurídico-repressivo, tal qual aconteceu com as pretensões funcionalistas, que resvalaram no movimento político-criminal expansionista.

Constata-se, por conseguinte, que a exigibilidade, além de não poder representar um mero conceito jurídico abstrato, não pode ser caracterizada como princípio material, pois, como já asseverado, precisa funcionar como critério hermenêutico de leitura de outras normas – regras ou princípios – *prima facie* válidas, até mesmo para identificação e alcance da solução mais justa a cada caso. A fim de que possa contribuir para a utilização da linguagem no processo de racionalização do Direito, a exigibilidade deve caracterizar, portanto, um **princípio formal**.

Por isso, considerando seu caráter normativo e a ideia de que a exigibilidade de conduta diversa sempre deve estar compatibilizada com as expectativas sociais – de uma sociedade plural e mutável –; que inexistem verdades últimas e atemporais; que é impossível adotar um ordenamento fechado; e que, nem mesmo sistema jurídico mais elaborado, será capaz de suprir a carga valorativa necessária ao alcance do esperado resultado justo, defende-se que o princípio da exigibilidade deve ser representado por uma noção de **exigibilidade social e discursiva**<sup>151</sup>, aliás, mesma ideia que deverá ser utilizada para a estipulação dos seus necessários critérios de orientação.

Responde-se, assim, à indagação levantada desde a introdução: seria possível fornecer à exigibilidade um conceito valorativo (de princípio normativo), abonando a ideia de que a mesma é a verdadeira medida de toda a responsabilidade, derivada de uma consciência jurídica unânime, uma vez que a contrariedade normativa depende da inserção do sujeito no marco da relação social? Sim, como princípio de direito, concebido a partir de uma noção de exigibilidade social e discursiva, a exigibilidade representa um princípio formal, que, assim

---

<sup>151</sup> Essa ideia foi defendida por Fernando Galvão para a interpretação da exigibilidade de conduta diversa como fundamento da culpabilidade penal (GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.430). Entretanto, importante destacar que não parece correta a opinião do ilustre professor com relação ao sentido oferecido à exigibilidade na sua obra, tendo em vista que, apesar de reconhecer o seu caráter de princípio de direito, limita a sua análise ao restrito universo do Direito Penal, estabelecendo, com isso, uma confusão entre exigibilidade e culpabilidade, assim como entre as diversas acepções que o termo culpabilidade assume na seara jurídico-repressiva (como princípio, elemento do crime e medida de pena), conforme será tratado no quarto capítulo.

como o princípio da proporcionalidade, assume um papel “*topos* argumentativo” diante dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico.

Desta forma, resta agora apontar critérios de aplicação para o princípio da exigibilidade, que sejam condizentes com a adequada aproximação entre dogmática penal e realidade social – com a inserção do sujeito no centro da dogmática penal e no marco das relações sociais –, com o escopo de que esta fórmula possa funcionar, adequadamente, como um princípio constitucional implícito de clara influência em matéria penal; como um critério hermenêutico que contribui para o necessário processo de racionalização do Direito através da linguagem; e não como uma fórmula aberta à segurança jurídica

#### 2.4. OS PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA FÓRMULA DA EXIGIBILIDADE: LIMITES AO CONTROLE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já afirmado, o princípio da exigibilidade tem a função permitir a realização de um exame crítico-argumentativo das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito, fornecendo espaço para a indispensável avaliação da realidade social e colocando no ponto de partida do direito o indivíduo e, no seu centro, a lógica de justiça.

Isso porque, um sistema jurídico que não admita a valoração das suas normas não irá considerar necessário motivá-las a partir da sua racionalidade (já que isso debilita a ideia de que basta a vontade do Estado para a imposição normativa), o que, além de possibilitar a utilização do Direito como mero “mecanismo de manutenção do poder”, irá promover um inconcebível afastamento entre ordem jurídica e realidade social<sup>152</sup>.

Portanto, diante das necessidades a serem supridas pelo princípio da exigibilidade e de sua função hermenêutica, é possível afirmar que, para avaliar o respeito ao princípio da exigibilidade, devem ser observados os seguintes critérios de aplicação: **(1)** legitimidade constitucional da disposição legal, ou seja, efetiva correspondência a expectativas sociais válidas (afastando, portanto, normas que não atendam a interesses sociais legítimos); **(2)** possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva ou mandamental violada diante da prévia aceitabilidade daquela norma como válida; **(3)** exigibilidade de realização de uma

---

<sup>152</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.39-40

conduta conforme o direito em face das peculiaridades fáticas; (4) adequabilidade da incidência de uma norma jurídica repressiva *prima facie* válida ao caso concreto.

Nota-se, assim, que o princípio da exigibilidade pode ser utilizado, inclusive, para enfrentar a questão da incompatibilidade entre centralismo jurídico e pluralismo social, de modo a reconhecer, casuisticamente, a inaplicabilidade de normas jurídicas de pretensão universalista a grupos sociais de cultura e costumes claramente distintos daqueles adotados pela “maioria” representativa, como será analisado em tópico específico.

Pontue-se que, na linha anunciada pela professora espanhola De La Cuesta Aguado, existiriam três níveis de aferição do juízo de exigibilidade diante de uma situação concreta, todos amparados em direitos fundamentais: (1) respeito à integralidade moral; (2) proteção à dignidade humana; (3) reconhecimento da igualdade<sup>153</sup>.

No primeiro nível, objetiva-se alcançar, negativamente, aquelas situações em que o sujeito não reconhece a racionalidade da norma, que seria capaz de gerar um dever de conduta, de modo a ocasionar dissensos normativos de cunho ideológico (quando o destinatário não reconhece o valor materializado na norma diante da sua consciência moral, não a concebendo como válida) ou prático (quando o destinatário reconhece o valor da norma, mas se vê forçado a não cumpri-la). Nesses aspectos, verifica-se, por exemplo, a incidência do princípio da exigibilidade nos casos de delitos culturalmente motivados ou objeções de consciência (dissenso ideológico) e nos casos de coação moral irresistível ou obediência superior hierárquica (dissenso prático, materializado por normas expressas, como será oportunamente explicado). No segundo nível, a exigibilidade estaria a impor uma obrigação de respeito ao conjunto de direitos e deveres que constituem o mais favorável dos possíveis estatutos jurídicos da pessoa<sup>154</sup> (abarca, por exemplo, aquela situação analisada jurisprudencialmente e indicada no capítulo anterior do sujeito que, violando a proibição normativa da comercialização de órgãos e a fila de transplantes, compra órgão para garantia da vida). No último nível, a exigibilidade está associada ao tratamento igualitário, resguardando o sujeito de eventuais situações em que o comportamento conforme a norma é exigido apenas de um grupo de pessoas (permite, assim, o questionamento da legitimidade da norma desde o plano da validade), assim como, acrescenta-se, a situações em que a incidência da reação penal mostra-se inadequada e/ou demasiadamente drástica.

---

<sup>153</sup> AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003, p.231-241.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p.238.

Portanto, a partir dos critérios de determinação apontados, deverá ser reconhecida a inexigibilidade da conduta conforme o direito, em face de uma violação ao princípio da exigibilidade, o que culminará, no âmbito do Direito Penal, como será tratado oportunamente, em geral, na **exclusão da ilicitude do fato** (e não da culpabilidade), fundada na incidência de regras legais ou de uma “cláusula geral” (que abriga situações não materializadas concretamente e precisam ser reconhecidas porque o legislador não tem a possibilidade de prever todas as condutas diante das mutações sociais).

O motivo para a atividade hermenêutica proposta através da fórmula normativa da exigibilidade é evidente: todas as normas jurídicas, não apenas as normas regra – reconstruídas e assumidas como *prima facie* aplicáveis a casos concretos –, possuem uma validade apriorística universal e, portanto, dependem de um critério claro para verificação da sua adequabilidade – ou não – numa determinada situação fática, especialmente no âmbito de uma sociedade, plural e comunicativa, em constante evolução. Como a ordem jurídica só se legitima se não contradisser aos princípios morais<sup>155</sup>, no exame da exigibilidade, precisa ser verificado se os valores sociais e constitucionalmente concebidos se compatibilizam – ou não – com as expectativas sociais. Mesmo porque, como ressalta Juarez Tavares, “nenhuma norma pode ser legitimada sem estar vinculada à descrição de um contexto”<sup>156</sup>.

O argumento conteudista aqui proposto, além de compor a fórmula do princípio da exigibilidade – afastando eventual questionamento de insegurança jurídica –, irá permitir a interpretação normativa através de procedimentos argumentativos, voltados a um exame holístico entre normas e particularidades do caso concreto no alcance da aplicação da norma – *prima facie* válida – mais justa para a hipótese particular. Além disso, irá viabilizar a reformulação do conceito analítico do delito, como será apresentado nos próximos capítulos.

Insta pontuar, por oportuno, que o fundamento para a indicação desses parâmetros de incidência encontra-se ancorado nas próprias conclusões da Teoria do Discurso, sem qualquer viés empírico. Isso porque, como já assinalado, na referida matriz teórica, a legitimidade normativa depende da inserção do sujeito no marco das relações sociais (como coautor do processo de formação das normas jurídicas) e as normas positivadas devem ser tomadas

---

<sup>155</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.117. Como afirma John Rawls, “os princípios de uma ética normativa têm que estar em equilíbrio com nossos próprios julgamentos morais” (*apud* GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.6. São Paulo: USP, 2000, p.86).

<sup>156</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.39.

apenas como *prima facie* aplicáveis, já que seu significado irá se alterar em cada situação<sup>157</sup>. Isso significa que o conflito normativo não será resolvido completamente no plano do conflito de validade, mas no plano da aplicabilidade, diante das variações relativas ao caso concreto; pois, a cada momento, é percebida uma situação que não poderia ser prevista e que, por isso, acaba forçando a alterar a interpretação de todas as normas *a priori* aceitas como válidas<sup>158</sup>.

É importante observar ainda que, com a utilização da exigibilidade, não se invade a esfera de reserva do legislador; já que esse princípio deverá incidir em dois momentos distintos: no momento legislativo de justificação das normas *a priori* aplicáveis (exigibilidade abstrata) e no momento judicial de aplicação da norma – *prima facie* aplicável – ao caso concreto (exigibilidade concreta). É o princípio da exigibilidade, portanto, que vai impor ao legislador que observe as expectativas sociais para as estipulações normativas; ao passo em que irá apontar, para o aplicador do direito, a necessidade de verificar se e qual(is) norma(s) *a priori* válida(s) deve(m) incidir em dada situação de fato.

Noutras palavras, a exigibilidade irá impor, ao legislador, que note se o escopo perseguido pela disposição legal corresponde a um interesse social essencial e, ao aplicador do direito, que, fundamentadamente, verifique se o cumprimento de uma norma jurídica – *prima facie* válida – seria exigível ou não diante das circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja alcançada a solução interpretativa mais racional, justa e adequada.

Observa-se, assim, que o princípio da exigibilidade pode estabelecer, para o legislador, um limite a normatização de deveres jurídicos de comportamento e, para o aplicador do direito, um parâmetro hermenêutico para afastar a responsabilidade nos casos em que a atuação conforme com o direito não poderia ser almejada, “segundo critérios objetivos e ditados por uma situação histórica que pressupõe uma compreensão especial por parte do julgador”<sup>159</sup>.

O motivo é simples: numa sociedade plural e comunicativa, existem diferentes visões de mundo consolidadas, que irão impor uma divisão do universo do discurso. Deste modo, não será possível admitir “nenhuma disciplina jurídica das relações sociais, das instituições sociais por meio das quais aquelas são canalizadas, bem como das estruturas jurídico-políticas do

---

<sup>157</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.65.

<sup>158</sup> GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.6. São Paulo: USP, 2000, p.97.

<sup>159</sup> VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.74.

Estado, que imponha determinada concepção de mundo, mesmo que desejada e compartilhada pela [suposta] maioria”<sup>160</sup>.

A exigibilidade – afastada do restrito universo da culpabilidade e concebida como princípio constitucional formal e implícito – assume, assim, a sua função de destaque no ordenamento e passa a ostentar um papel positivo de fortalecimento do sistema jurídico e, na seara repressiva, de reforço ao ideal de alcance de um Direito penal justo, coerente e garantidor. No âmbito penal, a exigibilidade deixa de ser um juízo de afirmação de responsabilidade e passa a ser um instrumento de contenção do poder punitivo; se convertendo, até mesmo, em elemento essencial para deixar a salvo um mínimo de racionalidade legislativa e jurisprudencial.

Defende-se, portanto, que essa seria uma solução ao reconhecimento e normatização do princípio da exigibilidade, aparentemente plausível e coerente com os fundamentos do ordenamento jurídico em geral, que igualmente refuta as críticas referentes à sua vagueza e propõe-se a flexibilizar regras e categorias para a sua adaptação às especificidades do ambiente social ao qual se referem.

## 2.5 A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: NÃO SE TRATA DE “FRAUDE DE ETIQUETAS”

Como vistas a evitar qualquer arguição de “fraude de etiquetas” e, até mesmo, para afastar eventuais confusões na fórmula apresentada e no seu respectivo âmbito de incidência, é importante esclarecer que o princípio da exigibilidade não deve ser confundido ou substituído pelo princípio da proporcionalidade, também chamado, por alguns doutrinadores – a exemplo de Tomás Salvador Vives Antón – de princípio da proibição de excesso<sup>161</sup>.

De fato, não se pode negar que exigibilidade e proporcionalidade possuem uma estreita relação. Além de derivarem da ideia de justiça e da estipulação de direitos fundamentais (próprias de um Estado Democrático de Direito), ambas assumem a condição de norma que

---

<sup>160</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.146.

<sup>161</sup> Esse termo sugere uma análise restrita do âmbito de alcance do princípio, negando o subprincípio da “proibição da proteção insuficiente”, o qual, aliás, decorreu de um erro de interpretação de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do aborto.

estrutura a aplicação de outras, possuindo relevância no momento de formação e aplicação das normas jurídicas. Há, entretanto, uma relação de completude e não de sobreposição entre esses princípios.

O princípio da proporcionalidade impõe que os poderes legislativo e judicial “escolham, para a realização dos seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”<sup>162</sup>; fazendo referência a uma relação de causalidade entre meio e fim, para proibir excessos – e, talvez, proteções insuficientes<sup>163</sup> – em qualquer atuação estatal que afete algum direito fundamental.

Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a proporcionalidade, assim concebida,

[...] representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem conformes aos seus ditames<sup>164</sup>.

Como se observa, o princípio da proporcionalidade pretende estabelecer uma relação entre meio e fim através da comparação entre os motivos ou fins da ingerência estatal e os efeitos da mesma, possibilitando, com isso, um controle do excesso<sup>165</sup> – assim como da proteção insuficiente –, no momento legislativo (proporcionalidade abstrata) e no momento de aplicação judicial (proporcionalidade concreta).

Enquanto o exame da proporcionalidade concreta deverá ser efetuado exclusivamente pelo aplicador do direito para resguardar o grau de proporcionalidade entre pena aplicada e fato cometido; o exame da proporcionalidade abstrata perpassa pelos poderes legislativo e judiciário, tendo em vista a possibilidade de controle de constitucionalidade, decorrente de eventual violação a princípio constitucional implícito após a edição normativa.

No caso da proporcionalidade abstrata, como é necessária a adoção de uma postura crítica – e não meramente contemplativa – do direito posto, verifica-se, na seara penal, que a predeterminação legislativa, de qualidade e quantidade da pena em cada tipo penal, deverá ser

---

<sup>162</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.146. Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59.

<sup>163</sup> O reconhecimento doutrinário relativo à vedação da proteção deficiente decorreu de um erro de interpretação acerca de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o aborto, na qual, na realidade, se analisava o conflito entre proteção à vida e dignidade. Por isso, setores mais modernos da doutrina, a exemplo de Vives Antón e Juarez Tavares, negam a existência do princípio da “proibição da proteção insuficiente”.

<sup>164</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59.

<sup>165</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p.70-71.

proporcional à relevância do bem jurídico tutelado e ao grau de reprovabilidade abstrata da conduta violadora daquela norma incriminadora<sup>166</sup>. Deste modo, a proporcionalidade irá orientar a construção de tipos incriminadores por meio de criteriosa seleção de condutas que merecem uma tutela diferenciada e fundamentar a diferenciação de tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas por meio da estipulação de penas distintas<sup>167</sup>.

Nesse diapasão, ressalta Teresa Aguado Correa, que, em face do principal fundamento da intervenção do Direito penal, as penas mais graves deverão se reservar a proteger bens jurídicos mais relevantes. Logo, a liberdade do legislador penal encontra-se sujeita ao respeito do valor de justiça do Estado de Direito, da proibição de arbitrariedade e da dignidade humana; de modo que, sempre que respeitar tais valores, o legislador terá um amplo poder decisório<sup>168</sup>. Caso contrário, deverá se submeter a necessário controle de constitucionalidade – especialmente por meio da análise da proporcionalidade em sentido estrito –, que será efetuado através de uma comparação entre o desrespeito de direitos fundamentais representada pela ameaça penal e a melhora que a interferência penal pode gerar na finalidade precípua de proteção de bens jurídicos<sup>169</sup>.

Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado para controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, com a utilização das três diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência alemã: **controle de evidência** (*Evidenzkontrolle*), **controle de sustentabilidade ou de justificabilidade** (*Vertretbarkeitskontrolle*) e **controle material de intensidade** (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). No controle de evidência, verifica-se a idoneidade das medidas adotadas pelo legislador para a efetiva proteção do bem jurídico. Em seguida, no controle de sustentabilidade, deve ser analisado se a decisão legislativa foi adotada após apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis ao tempo da promulgação da lei. Ao final, o controle material de intensidade deverá ser

---

<sup>166</sup> Verifica-se uma violação ao princípio da proporcionalidade, abstratamente considerado, por exemplo, na previsão normativa do art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, que, ao não diferenciar a pena em decorrência da gravidade da lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor (“penas: detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”), acaba sendo desproporcional à previsão de lesão leve dolosa, prevista no art. 129, *caput*, do Código Penal (“pena - detenção, de três meses a um ano”). Com isso, sugere-se ao aplicador do direito que, sendo leves as lesões corporais do trânsito, é mais grave se decorrerem de uma mera violação ao dever objetivo de cuidado do que de conduta intencional do agente provocador.

<sup>167</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59.

<sup>168</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 285-286.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.307.



reservado para as intervenções legislativas que afetam bens de extraordinária importância (como vida e liberdade), a fim de que sejam submetidas a controle judicial mais rígido, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>170</sup>.

Observa-se, assim, que, constatando que os limites impostos pela Constituição não foram atendidos, caberia ao Tribunal exercer o rígido controle da atividade do legislador. Ou seja, no âmbito do Direito penal, quando a pena prevista para determinado comportamento delitivo não respeitar o valor de justiça – próprio do Estado de Direito e de uma atividade pública não arbitrária e respeitadora da dignidade humana –, provocando assim um sacrifício desnecessário à liberdade, o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, deverá concluir que o legislador ofendeu o princípio da proporcionalidade em sentido estrito<sup>171</sup>.

Insta ressaltar, todavia, que, como a proporcionalidade e seus desdobramentos informam as escolhas penais do legislador – com titularidade em regime de monopólio face ao basilar princípio da separação de poderes –, apenas é recomendável o controle de constitucionalidade quando houver clara dúvida no sentido da verificação de previsões exorbitantes. O cuidado é necessário porque a generalidade de princípios constitucionais e diversas possibilidades de serem combinados com as regras legais atribuem ao órgão de controle constitucional amplo espaço de valoração e discricionariedade. Valendo-se disso, o órgão jurisdicional não pode se converter num juízo de oportunidade da escolha legislativa, colocando em risco o equilíbrio entre o Poder Legislativo e Judiciário<sup>172</sup>.

Constata-se, nada obstante, que, devidamente interpretada, a proporcionalidade encontra ampla aceitação doutrinária e incidência jurisprudencial, assim como seus três subprincípios: **adequação/ idoneidade** (capacidade de proteção, que recomenda que toda sanção deve ser idônea à finalidade perseguida), **necessidade** (indicador da utilização do Direito penal como *ultima ratio*, ou seja, da ausência de outras medidas menos lesivas para atingir a finalidade de proteção) e **proporcionalidade em sentido estrito** (que impõe uma ponderação entre a carga coativa da pena e o fim por ela perseguido)<sup>173</sup>. A partir dessas diretrizes, o princípio da

---

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 104410. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012. Diário da Justiça, Brasília-DF, 27 de março de 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 mar. 2019; MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>171</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p.308.

<sup>172</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 212-219.

<sup>173</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal brasileiro: parte geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.115.

proporcionalidade obriga que sejam ponderados os interesses conflitantes: “por um lado justificando a necessidade de tutela de um bem por meio da pena e, de outro, valorando o impacto dessa limitação sobre o direito fundamental afetado (no caso, a liberdade)”<sup>174</sup>.

A questão da proporcionalidade é tão utilizada e debatida na seara jurídico-repressiva que, inclusive, é empregada em algumas acepções teóricas como a própria finalidade da pena (em lugar dos critérios retributivo e preventivos), como elaborado por Santiago Mir Puig<sup>175</sup>; e, em outras concepções doutrinárias, como substitutivo da culpabilidade, por meio de uma negação deste juízo de reprovação pessoal como elemento do conceito analítico de crime, conforme elaborado na doutrina de Winfried Hassemer<sup>176</sup>.

Toda essa digressão é justificada por meio de uma simples afirmação: proporcionalidade não pode ser confundida com exigibilidade. Diversamente à proporcionalidade, o princípio da exigibilidade atua, inicialmente, como limite a própria normatização de deveres jurídicos de comportamento (“exigibilidade abstrata”) e, em seguida, como norma que estabelece um parâmetro hermenêutico para harmonização entre as situações gerais e individuais (“exigibilidade concreta”). A exigibilidade denota, assim, no momento concreto de aplicação normativa, um instrumento de aferição das circunstâncias objetivas e subjetivas da situação específica, que deverão ser consideradas no exame da exigência ou não da obediência àquela(s) norma(s) *prima facie* válida e exigível.

Logo, proporcionalidade e exigibilidade representam diferentes medidas de julgamento associadas ao valor de justiça. Enquanto a proporcionalidade é utilizada para examinar a

---

<sup>174</sup> Ibidem, p.113. Como aponta Mir Puig, tudo isso se refere à comparação da gravidade da intervenção penal com a importância do objetivo de proteção futura que a mesma persegue. Logo, não se refere à comparação da pena imposta ao delito cometido antes da sua imposição, já que esse não é o objetivo futuro a se evitar, mas um fato passado que já é inevitável (MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II, p.1365).

<sup>175</sup> Afirma Mir Puig que, reconhecida a necessidade de legitimidade externa do modelo político constitucional num Estado Democrático e de Direito, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo parece uma pista adequada para fundamentar e controlar a constitucionalidade de intervenção penal do Estado no âmbito da finalidade da pena (MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II).

<sup>176</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <www.juareztares.com>. Acesso em: 31 jan. 2019; HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

(in)ocorrência de desequilíbrio entre sanção e finalidade da norma – consistindo fundamentalmente num julgamento do tratamento dos direitos fundamentais desde o ponto de vista da relação “meio-fim”<sup>177</sup> –; a exigibilidade examina a (in)ocorrência de um dever de comportar-se, que leva em consideração a situação específica do fato e do sujeito afetado, representando um limite dos deveres jurídicos de comportamento dos cidadãos<sup>178</sup>, numa relação “obrigatoriedade ou não obligatoriedade”, que estará relacionada à observância normativa em face de expectativas sociais.

Noutras palavras, como a proporcionalidade se fundamenta na própria vigência de direitos fundamentais, será um critério de interpretação, [de cunho normativo], das limitações que cada direito fundamental tolera em áreas de satisfação de outros direitos fundamentais ou bens jurídicos relevantes<sup>179</sup>. De forma parecida, porém distinta, a exigibilidade, como norma jurídica *a priori* aplicável em qualquer caso concreto, irá contribuir para a interpretação da exigência ou não de adoção de comportamento não violatório a uma regra diante das expectativas sociais, geográfica e temporalmente consideradas.

A diferenciação elaborada é importante porque os referidos princípios servem de parâmetro para relacionar elementos diversos em situações distintas. Logo, “o exame concreto que se faz quando há colisão entre dois princípios numa relação meio e fim”<sup>180</sup> não é o mesmo que se faz quando ocorre uma incompatibilidade entre a exigibilidade de uma norma geral – *a priori* válida – e as peculiaridades de uma dada situação concreta.

Desta forma, estreitando o debate para o âmbito do Direito penal – que interessa ao recorte metodológico empregado nesta investigação –, enquanto a proporcionalidade fornece um sentido para a interpretação acerca da relação entre medida e fim proposto pelo instrumento

---

<sup>177</sup> A proporcionalidade analisa a relação entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). “Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restrita aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito) (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.147-150).

<sup>178</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.44.

<sup>179</sup> MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II, p.1371. Para evitar qualquer questionamento sobre eventual imprecisão interpretativa, insta registrar que, na percepção do professor espanhol Santiago Mir Puig, princípios são considerados como mandados de otimização e, portanto, ponderáveis na situação concreta, tal qual defendido por Robert Alexy, cuja construção teórica não é incorporada na presente reconstrução sistêmica.

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.163.

repressivo – mediante os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, a exigibilidade impõe um dever de examinar, num viés hermenêutico, a existência de uma obrigatoriedade de comportamento – de uma contrariedade social e comunicativa – e, com isso, a incidência de cada um dos elementos do crime da situação concreta.

Isso significa que, no momento de aplicação normativa, o exame da exigibilidade poderá gerar o afastamento do caráter criminoso do fato pela inexigibilidade de adoção de um comportamento conforme a norma *prima facie* válida. A atuação da proporcionalidade concreta, a seu turno, recairá sobre punibilidade (não sobre o caráter criminoso do fato), apesar de poder gerar, até mesmo, a constatação de prescindibilidade de aplicação da pena, nos casos em que esta resulte desproporcional ou desnecessária. Ocorre que, não ser caracterizado crime, é muito diferente de não ser necessária a pena.

A aplicabilidade prática dos referidos princípios constitucionais também reforça a distinção entre eles. Como cediço, o princípio da proporcionalidade é aplicado, doutrinária e jurisprudencialmente, para exame da relação entre reprovabilidade da conduta e natureza ou quantidade da pena imposta<sup>181</sup>. Representa, assim, um critério hermenêutico “no sentido de que os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem as intervenções no âmbito das esferas individuais”<sup>182</sup>. Como no ordenamento jurídico brasileiro, a proporcionalidade não possui regras que materializam a sua incidência, assume a função de princípio implícito; situação diversa do que ocorre no ordenamento jurídico português, no qual a previsão do princípio da proporcionalidade está explicitada no art. 18, II, que assim estabelece: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>183</sup>.

A aplicação do princípio da exigibilidade, por sua vez, é efetuada, jurisprudencialmente, para exame da exigibilidade ou não de um comportamento conforme o direito em face das peculiaridades do caso concreto. Nesse sentido, possui aplicabilidade jurisprudencial, tanto na forma de regras (pelas tradicionais causas de exclusão de ilicitude e “causas legais de

---

<sup>181</sup> Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 128923. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de abril de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 18 de abril de 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* n. 130524. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 15 de dezembro de 2015.

<sup>182</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59.

<sup>183</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

exculpação”), como no reconhecimento e justificação de hipóteses supralegais de inexigibilidade (nos casos das tradicionais “causas supralegais de exculpação”).

Verifica-se, com efeito, que as previsões da legítima defesa, do estado de necessidade, da coação moral irresistível e da obediência à ordem superior hierárquica nada mais são do que materializações, em dadas normas-regra, das exigências do princípio da exigibilidade. Com isso, abre-se espaço para o necessário recurso ao mesmo princípio em todos os outros casos, em que o legislador não foi capaz de prever, por meio de uma norma concreta generalizante, situações que partem exatamente da mesma premissa: a impossibilidade de exigir uma conduta conforme o direito.

Apesar desta ser uma questão a ser enfrentada nos próximos capítulos, com o escopo de demonstrar a existência de casos solucionados com base no princípio da exigibilidade, é necessário adiantar uma das conclusões da presente pesquisa: a aceitação das chamadas “causas supralegais de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa” – apesar do erro metodológico quanto à sua classificação – não passa de reconhecimento do princípio da exigibilidade. Isso significa que a discussão sobre a existência ou não de “causas supralegais de exculpação” nada mais é do que uma discussão sobre a existência ou não do princípio da exigibilidade. Assim, se o motivo para negar o reconhecimento é a possível insegurança jurídica, a estipulação de critérios de orientação para a incidência da norma-princípio evita, até mesmo, aquele debate, que denota claro afastamento entre norma e expectativas sociais.

Como já dito no capítulo precedente, são diversas as manifestações jurisprudenciais de aplicação do princípio da exigibilidade – sob o crivo incongruente da “exculpação supralegal” –, que, certamente, não poderiam ser solucionadas através da fórmula da proporcionalidade. Por exemplo, como discutir mera proporcionalidade de pena naquele caso do pai que, diante de uma situação concreta e rápida, deixou de socorrer filha, portadora de enfermidade grave, em leito de morte, atendendo a seu pedido para evitar sofrimento maior e prolongado com o tratamento? Como discutir, através da proporcionalidade, a questão da pessoa, não abarcada pelas escusas absolutórias do art. 348, §2º, do Código Penal (crime de favorecimento pessoal), que esconde parente próximo para evitar a sua punição?

Sem dúvida, o princípio da exigibilidade, como norma jurídica que estabelece um critério hermenêutico de análise da exigibilidade ou não de uma conduta conforme o direito, precisará ser reivindicado nos casos de inexigibilidade por “estado de necessidade exculpante”, “excesso escusável de legítima defesa”, “objeção de consciência” (p.ex. negativas de tratamento de testemunhas de Jeová); “desobediência civil” (p.ex. quando se exerce o direito

de negar cumprimento às leis ou às ordens ilegítimas); “crise financeira da empresa”<sup>184</sup>; situações que, assim como diversas outras já apontadas, vêm sendo equivocadamente admitidas, doutrinária e jurisprudencialmente, como “causas supralegais de exculpação”.

Aliás, no mesmo sentido, pode ser empregada a coculpabilidade – usada, atualmente, por Eugenio Raúl Zaffaroni no conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade – para afastar a exigibilidade de uma conduta conforme a norma em alguns casos de completa ausência de garantia dos direitos fundamentais pelo Estado. Como cediço, numa notória crítica ao caráter retributivo da pena devido à desigualdade social e política da coletividade, Zaffaroni aponta para a existência de uma contradição entre personalidade e autodeterminação, defendendo não ser possível atribuir ao sujeito as consequências integrais da sua conduta no momento da reprovação de culpabilidade<sup>185</sup>, em face da parcela de culpa do Estado para o seu estado de vulnerabilidade. Aponta, assim, para a existência de uma relação diametralmente oposta entre vulnerabilidade do sujeito e seu grau de culpabilidade. Decerto, embora a percepção dogmática de Zaffaroni esteja mais vinculada à discussão da atenuação da pena, também pode ser usada sob o aspecto da inexigibilidade, em casos de absoluta vulnerabilidade.

O reconhecimento jurisprudencial da coculpabilidade como causa de inexigibilidade pode ser observado, por exemplo, num caso paradigmático relacionado à prática de crime de estelionato por uma portadora de hanseníase não tratada desde a adolescência, que foi lançada à marginalidade e ao afastamento do convívio social. Nesse caso, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, embora a autoria e a materialidade tenham restado demonstradas, estaria comprovada a existência de inexigibilidade de conduta diversa – “que possibilita a exclusão de ilicitude” –, tendo em vista que a acusada “não possuía outra forma de sobreviver”. O detalhe é que a decisão é fundamentada no “princípio da inexigibilidade de conduta diversa”, avaliado sob o aspecto da “impossibilidade insuperável e circunstancial de o agente, diante de um fato que a lei qualifica como crime, agir tal qual esse fato prevê, sem, contudo, ser responsabilizado”<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 516/DF**. Rel. Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 27 set. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 20 set. 2011; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Penal nº 2007.72.09.000132-2**. Rel. Luiz Carlos Canalli. Brasília, DF, 15 fev. 2011. Diário de Justiça Eletrônico, 24 fev. 2011; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Penal nº 2008.71.16.000136-8**. Rel. Paulo Afonso Brum Vaz. Brasília, DF, 22 abr. 2009. Diário de Justiça Eletrônico, 07 maio 2009; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº 0026899-67.2010.4.01.3800**. Rel. Antônio Oswaldo Scarpa. Brasília, DF, 30 maio 2017. Diário de Justiça Eletrônico, 12 jun. 2017.

<sup>185</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 610-611.

<sup>186</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº 0011300-06.2001.4.01.3800**. Rel. Tourinho Neto. Brasília, DF, 03 mar. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 14 mar. 2008.

Realmente, nenhuma das situações apontadas conseguiria ser solucionada pelo princípio da proporcionalidade. Não há, em nenhuma destes casos, uma relação entre meio e fim. Não há um questionamento de proporcionalidade de pena. Há, apenas, uma questão de incidência ou não de uma norma jurídica *a priori* válida, em face do seu inerente caráter generalizador, que não se coaduna de forma justa com as particularidades do caso concreto.

De fato, um princípio não poderá ser substituído pelo outro por importarem diferentes medidas de julgamento, tendo em vista que, na proporcionalidade, é estabelecida apenas uma série de diretrizes que buscam resguardar o equilíbrio entre gravidade do fato e gravidade da pena<sup>187</sup>, não a perspectiva de exigibilidade social de um comportamento conforme o direito.

Como já asseverado, por outro lado, apesar de possuírem conteúdos e consequências distintas, os princípios da exigibilidade e da proporcionalidade representam, de forma independente e similar, pura consequência do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais, que podem vir a colidir entre si, com outros bens jurídicos relevantes<sup>188</sup> ou com expectativas sociais, tornando inexigível, numa situação concreta, o cumprimento de determinada(s) norma(s) jurídica *prima facie* válida(s) (exigibilidade) ou desnecessária ou demasiadamente drástica a aplicação de uma pena (proporcionalidade).

Como derivam da ideia constitucional de justiça e situam-se num segundo grau com relação às outras normas, exigibilidade e proporcionalidade são “máximas” conectadas aos demais princípios, *standards* juridicamente vinculantes<sup>189</sup> ou “limite dos limites”<sup>190</sup> das intervenções estatais sobre os direitos fundamentais. Retratam, em verdade, “máximas” que precisam andar juntas para o alcance da almejada justiça. Não é por outro motivo que a exigibilidade vai constituir num dos fatores que devem ser levados em consideração – previamente – ao exame da proporcionalidade; a qual, ao seu turno, irá representar uma das consequências do reconhecimento justo da exigibilidade normativa.

---

<sup>187</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p.285.

<sup>188</sup> MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II, p.1370

<sup>189</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.59.

<sup>190</sup> MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II, p.1361.

A distinção parece muito clara. Entretanto, é forçoso registrar que a doutrina e a jurisprudência apontam para a existência de parâmetros pré-determinados (critérios de determinação) para a incidência da proporcionalidade, que nem sempre coincidem com os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e, por isso, podem gerar uma confusão no âmbito da delimitação entre as fórmulas da proporcionalidade e da exigibilidade.

Note-se que, apesar de apenas serem reconhecidos os critérios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que um eventual decisionismo arbitrário deveria ser limitado pela verificação das seguintes diretrizes de proporcionalidade: (1) legitimidade constitucional do escopo perseguido pela disposição legal, que precisa corresponder a um interesse público; (2) idoneidade do intervalo legislativo para alcance daquele escopo; (3) necessidade da intervenção, considerada como meio mais brando para proteção eficaz do bem jurídico; (4) proporcionalidade da intervenção, ou seja, adequação da relação entre interesse público e agressão ao direito fundamental<sup>191</sup>.

Na percepção de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o primeiro dos momentos acima descritos não seria aplicável na seara do Direito penal, já que não poderia se falar, no juízo repressivo, de uma possibilidade do escopo perseguido pela disposição penal representar algo diverso do interesse público, na medida em que, diante da função de tutela subsidiária de bens jurídicos constitucionais, seria algo constitucionalmente ilegítimo e arbitrário<sup>192</sup>.

Todavia, o que se nota, na realidade, não é a mera indicação de uma diretriz desatrelada dos subprincípios e aplicável apenas nas searas extrapenais. Observa-se que, enquanto as três últimas diretrizes jurisprudenciais indicadas correspondem aos três subprincípios da própria proporcionalidade, a primeira delas equivale à própria ideia de exigibilidade, que é alheia à proporcionalidade – e não ao Direito penal – e necessariamente precisa precedê-la, em face da sua associação direta com a questão da obrigatoriedade normativa, até mesmo para que o Direito penal esteja em harmonia com o fim por ele perseguido e olhe para a realidade social. Afinal, “o uso da linguagem ordinária deve estar associado à sua compreensão textual, levando à permanente redefinição de seus termos, determinados axiologicamente”<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.78.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p.79.

<sup>193</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.36.



Explique-se, o primeiro parâmetro jurisprudencial – apontado erroneamente para a proporcionalidade (legitimidade constitucional do escopo perseguido pela disposição legal, que precisa corresponder a um interesse social essencial) –, corresponde à fórmula do princípio da exigibilidade, o que, na prática, irá impor, exatamente, a análise da legitimidade constitucional da imposição normativa de comportamento em face das expectativas sociais (exigibilidade abstrata) e, em outro momento, da correspondência da exigibilidade normativa com as peculiaridades do caso concreto (exigibilidade concreta).

De todo modo, as confusões na delimitação conceitual são compreensíveis, tendo em vista que, além de lhe preceder e complementar, o princípio da exigibilidade irá, nos casos de reconhecimento da sua acepção negativa (inexigibilidade), dispensar o exame da própria ideia de proporcionalidade. É simples: se a conduta não é exigível em abstrato, a pena não é proporcional em abstrato e se a conduta não é exigível ao sujeito concreto, a pena também não será proporcional em concreto<sup>194</sup>. Elucidando, se não for exigível um comportamento conforme o direito diante da escolha entre sofrer um mal ou causar um mal (coação moral irresistível), nenhuma pena que pudesse vir a ser aplicada poderia ser tida como proporcional.

Conclui-se, por conseguinte, que exigibilidade e proporcionalidade são princípios distintos, que não podem ser substituídos um pelo outro, uma vez que possuem uma relação de complementaridade, na qual o princípio da exigibilidade, em certas situações, pode vir a concretizar a ideia abstrata de proporcionalidade, que igualmente permeia todos os princípios de direito, mas jamais poderá substituí-la.

---

<sup>194</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.47.

### 3 A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME EM BUSCA DE UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL

Sem dúvida, reconhecer a sociedade como estrutura de comunicação, o direito como sistema de princípios (produto da linguagem) e a exigibilidade como princípio de direito, impõe uma reorientação das estruturas normativas e uma reordenação sistemática das categoriais do conceito analítico de delito, sobretudo no sentido de alcance de uma maior racionalidade no âmbito da Teoria do Delito.

Como cediço, a Teoria do Delito exerce uma essencial função de “instrumento controlador da jurisdição”, impedindo que decisões judiciais se estruturam em atos de criação de direito e ultrapassem os limites constitucionais expressos. Desta forma, para ser dotada de efetividade e legitimidade, precisa estabelecer os parâmetros de delimitação do poder de intervenção, de modo a não violar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, e se ocupar de diversas tarefas essenciais, tais como: a) verificar pontos de intersecção entre norma penal e constitucional; b) tomar os princípios constitucionais como elementos delimitadores do poder de punir; c) identificar o objeto da lesão jurídica, como pressuposto da incriminação; d) confrontar elementos normativos e dados da realidade para impedir a formação de uma estrutura do delito puramente normativa e deformada; e) inserir um conceito de sujeito capaz de abarcar os vários contextos do mundo da vida como pressuposto de qualquer atuação jurídica; f) disciplinar as etapas da caracterização da conduta de modo a poder confrontá-las na sua manifestação concreta com as comunicações expressas em normas criminalizadoras; h) empreender o processo de interpretação normativa protegendo a liberdade; i) proceder o exame de preceitos permissivos em contraste com proibições e comandos<sup>195</sup>.

Ademais, o modelo de Estado Democrático de Direito remete, metodologicamente, ao estabelecimento de parâmetros concretos, para a valoração normativa, que determinarão os limites da interferência estatal sobre a liberdade dos seus cidadãos<sup>196</sup>. Mesmo que a dogmática seja apenas “uma norma de argumentação, segundo a qual se organiza um conjunto de valores que visam conjugar ação e norma”<sup>197</sup>, a necessidade de legitimidade lhe é inerente. Noutras palavras, o conjunto de valores, materializados por regras e princípios normativos, precisa ser,

---

<sup>195</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.28-30.

<sup>196</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.35.

<sup>197</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.257.

simultaneamente, coerente, de forma intrínseca e extrínseca; em si mesmo e diante da realidade social – comunicativa, multicultural e em constante evolução.

Sem dúvida, a modernidade líquida de Bauman<sup>198</sup>, a sociedade de riscos de Beck<sup>199</sup>, os novos contornos de bens jurídicos (individuais e coletivos<sup>200</sup>) e a ampliação da complexidade dos fatos – especialmente com o reconhecido multiculturalismo social –, exortam a estipulação de uma nova roupagem à ciência jurídico-penal, sob pena de perda da imperiosa legitimidade<sup>201</sup>.

É necessário perceber que, numa sociedade plural – e que tem pretensões de se reconhecer, em sua *praxis*, como tal, de maneira inclusiva –, “não há mais espaços para a construção de sólidos eternos e imutáveis porque condensados racionalmente”<sup>202</sup>. Observa-se que, na modernidade, os valores são voláteis e incapazes de serem reduzidos e solidificados numa estrutura concreta generalizável<sup>203</sup>, sendo ainda imperativa a inclusão do indivíduo como ponto de partida da dogmática penal.

Diante disso, visando responder ao segundo questionamento apresentado na introdução e ora desdobrado, indaga-se: a) o conceito analítico de crime adotado tradicionalmente é condizente com a percepção da estrutura comunicativa e plural da sociedade moderna e com a necessária subjetivação humana?; b) de que forma o princípio da exigibilidade pode ser utilizado para reestruturar o sistema jurídico-penal?; c) a exigibilidade poderia exercer uma função especial no Direito penal, atrelada a elementos do conceito de crime, para evitar as incompatibilidades já reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente?

Para contestar todas essas perguntas é necessário verificar quais são as principais imprecisões dogmáticas que precisam ser aqui revistas, diante das conclusões dos capítulos anteriores, e quais são os contributos, no sentido dessa necessária revisitação sistêmica, que são verificados na doutrina moderna e merecem ser objeto de ponderação e avaliação.

---

<sup>198</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>199</sup> Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>200</sup> Apesar de usual, essa distinção é inadequada, “pois nenhum bem chamado de coletivo pode prescindir de sua vinculação à pessoa individual” (TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.98).

<sup>201</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n.5, v.3, p.160-187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.164.

<sup>202</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.172.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p.172.

### 3.1 IMPRECIÇÕES DOGMÁTICAS E O IMPERATIVO DE REVISÃO CONCEITUAL

Como já delineado nas linhas precedentes, o sistema jurídico-normativo adotado pelo Direito penal brasileiro denota um verdadeiro contrassenso com os fundamentos constitucionais (especialmente com a dignidade humana<sup>204</sup>), com os valores de uma sociedade moderna – comunicativa, plural e multicultural – e com a própria interpretação doutrinária e jurisprudencial que lhe é hodiernamente conferida.

Os motivos são vários: desde o flagrante isolacionismo dogmático do Direito penal brasileiro – que ainda insiste em adotar um sistema que apenas faz parte da história do Direito penal –, até a mais recente constatação de que não é mais possível defender a perfeita racionalização do Direito penal, especialmente depois de todas as inexitosas tentativas doutrinárias de fazê-lo, por meio dos dogmas do positivismo científico, filosofia de valores, ontologismo e funcionalismo.

Por conta dos claros interesses político-partidários que atrasam e comprometem a imperiosa reforma do Código Penal Brasileiro de 1940, parcialmente modificado em 1984, a verdade é que, apesar da superação teórica dos dogmas, toda a estrutura jurídico-penal brasileira continua a ser pautada em conceitos ontológicos de conduta e liberdade, que sequer se compatibilizam com o próprio sistema, quiçá com a realidade social.

Ignora-se, assim, que, apesar do ontologismo servir ao imperioso discurso argumentativo<sup>205</sup>, a consideração da conduta e da liberdade como estruturas ontológicas (lógico-objetivas, como dito por Welzel) é completamente prejudicial à busca da maior racionalização do Direito penal, especialmente nos moldes defendidos tradicionalmente. Isso porque, como já delineado, a ideia de “ação final” não convém ao Direito penal, na medida em que a tipificação de condutas culposas já comprovou a contradição da ação finalística; da mesma forma que se mostra incoerente a noção de “livre arbítrio”, já que a impossibilidade de demonstração empírica do “poder agir de outro modo” e recente comprovação da inexistência biológica da liberdade de vontade já destruíram qualquer pretensão de utilização deste dado (indemonstrável ou inexistente) como fundamento da culpabilidade e do sistema penal.

---

<sup>204</sup> A dignidade humana deve ser compreendida como um princípio acima dos outros princípios e regras, haja vista que, nesse caso, não pode se falar em ponderação (numa linha defendida por Alexy) ou em inadequabilidade normativa (na acepção de Habermas e Klaus Günther).

<sup>205</sup> Como já afirmado, não se pode desprezar completamente o componente ontológico, porque este interfere no sentido de aplicabilidade da norma jurídica, da mesma forma em que a norma interfere no sentido da realidade, representando, portanto, um condicionamento bilateral (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.249-250).

Desta forma, parece haver uma “cegueira deliberada”, pois, já se sabe que, apesar da relevância dos conceitos de conduta e liberdade (especialmente para a inclusão do indivíduo como ponto de partida das preocupações doutrinárias jurídico-penais), não se pode utilizar premissas empíricas e limitantes para a construção teórica-dogmática, seja porque liberdade é apenas um dado antropológico fundamental<sup>206</sup> que pode ser comunicativamente apreendido no próprio conceito de conduta, seja porque a conduta possui um significado distinto diante do universo de perspectivas de uma sociedade plural e em constante evolução.

Decerto, como sistemas fechados são pouco permeáveis a considerações críticas – além de não acompanharem as mudanças e adequações sociais –, as fórmulas estáticas são fadadas ao insucesso. Por isso, é preciso observar que é impossível adotar um sistema fechado – que esteja dogmaticamente desatrelado dos valores sociais representados pela política criminal e dos fatos sociais analisados pela criminologia –, se o real objetivo for, efetivamente, alcançar a necessária legitimidade do Direito penal. Desde sempre, “os processos de imputação buscaram a tradução do justo como expressão de sentido e jamais encontraram nos modelos ontológicos e normativos de estruturação do sistema punitivo algo que respondesse logicamente a essa aspiração”<sup>207</sup>.

Na linha finalista tradicional, não há apenas uma imprecisão nas premissas metodológicas, que culmina no isolamento entre dogmática e sociedade, como acima traçado; senão uma verdadeira confusão sistêmica, decorrente de uma clara limitação na atividade interpretativa das categorias jurídicas do delito.

No âmbito da tipicidade e da antijuridicidade, não se pode negar que, do ponto de vista operacional, há “um problema quando se pretende afirmar a possibilidade de se entender um comportamento como proibido e simultaneamente permitido”<sup>208</sup>. Com essa separação analítica, atribui-se, ao mesmo comportamento, valores bivalentes, quando, na realidade, só seria possível entender a aplicação das normas enquanto referidas a casos concretos, jamais no seu sentido abstrato.

---

<sup>206</sup> Como todo ser humano se reconhece como um ser livre, antropológicamente, não se pode ignorar que a ideia de liberdade transcende à discussão acerca da existência ou inexistência de livre arbítrio (ALBAN, Rafaela. Culpabilidade e neurociências: um discurso pela liberdade e dignidade humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). **Dignidade da pessoa humana**: estudos para além do direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.171).

<sup>207</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.260.

<sup>208</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.141.

Adverta-se: o raciocínio regra/exceção, travado entre tipicidade e antijuridicidade, na forma defendida pela doutrina finalista, pressupõe o uso de um método interpretativo meramente contemplativo (acrítico), que culmina, em todos os casos de incidência de tipo permissivo, na absurda conclusão de que um direito estaria a afastar um dever<sup>209</sup>. Nessa ótica, de forma incompatível com uma moderna Teoria do Direito – que resolve as questões de antinomias por meio da identificação de normas de exceção e construção de norma única – é afirmado que um mesmo comportamento é, simultaneamente, permitido e proibido num sistema jurídico – pretensamente – coerente.

Por isso, é importante fazer uma indagação crítica: como seria possível afiançar que um comportamento exclui a ilicitude de um fato quando, de fato, o único comportamento realizado representa mero exercício de um direito? É dizer, como seria plausível afirmar a exclusão da ilicitude de uma conduta típica quando a única norma incidente – dentre aquelas aprioristicamente válidas – é uma norma de exceção?

Em verdade, já está na hora de se observar que a coerência sistêmica somente poderá ser alcançada se todas as normas jurídicas passarem a ser consideradas, apenas e efetivamente, como a princípio aplicáveis. Sendo assim, reconhecendo que normas jurídicas não se limitam a descrever comportamentos, já que instituem direitos e deveres, é que será afastada a bivalência valorativa apontada.

Isso significa que o tipo penal apenas descreve comportamentos *a priori* proibidos. Como nem sempre e nem em todas as situações aquele comportamento normativamente descrito será proibido, somente as argumentações travadas no discurso é que poderão ir confirmando – ou refutando – o pretense juízo de adequabilidade normativa<sup>210</sup>.

Noutras palavras, a proibição ou permissão de determinado comportamento apenas será aferida no caso concreto, nunca a partir da norma em abstrato. Logo, afirmar a antijuridicidade de uma conduta é sustentar a sua antinormatividade, sem que isso seja compreendido em termos de “regra/exceção”, como será melhor explicado no próximo capítulo. Adiante-se apenas que não se justifica defender uma “ilicitude penal” independente, pois, até mesmo diante da coerência entre Direito penal e os outros ramos do Direito, verifica-se que só existem duas possibilidades para a análise de um comportamento, que sempre irá depender da identificação da adequabilidade de norma(s) *a priori* válida(s) a um caso

---

<sup>209</sup> Por exemplo, afirma-se que, embora matar alguém seja proibido, é permitido nos casos de legítima defesa.

<sup>210</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.16.

concreto: ser considerado lícito (logo, conforme o direito) ou ilícito (por ser contrário ao direito). Com efeito, verdadeiramente, há mais um problema dogmático a ser enfrentado.

No setor da culpabilidade, por sua vez, a realidade não é nada diferente. Observa-se que a utilização do “poder atuar de outro modo” (livre arbítrio) como fundamento material de uma culpabilidade – composta, dentre outros elementos, pela exigibilidade de conduta diversa –, igualmente não possui qualquer sentido lógico. Como já dito, não se pode defender a existência de um elemento (exigibilidade de conduta diversa), que, uma vez ausente, não possui a capacidade de afastar o substrato do juízo que compõe (culpabilidade); mas tão somente de demonstrar a incoerência – é dizer, não razoabilidade – da exigência de conformidade normativa (uma espécie de culpabilidade diminuída). De igual forma, não é coeso defender, num juízo de reprovação pessoal, a existência de um elemento que impõe exame axiológico sobre as circunstâncias fáticas e não sobre as opções psíquicas do autor.

Aliás, mesmo no radical funcionalismo de Günther Jakobs, já foi possível verificar um dado de evidente afastamento entre exigibilidade e demais componentes da culpabilidade: “o fato de que o sujeito recebe *das circunstâncias* uma contramotivação mais forte do que a motivação geral para o cumprimento da norma”<sup>211</sup>. Este dado, como observa Paulo Busato, “faz denotar a fonte exógena da exclusão da reprovação, que difere completamente das fontes endógenas da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude”<sup>212</sup>.

Destarte, respondendo à primeira indagação efetuada neste capítulo, parece óbvio que o conceito analítico de crime, adotado tradicionalmente pelo legislador e aplicadores do direito, diante de tantas imprecisões e contradições, não é, nem mesmo minimamente, condizente com a imperativa percepção da estrutura comunicativa e plural da sociedade moderna e com a necessária subjetivação humana.

Todos os fatores indicados apontam, exatamente, para uma cogente obrigação de passar a trabalhar as categorias dogmáticas sob a busca de argumentos, interpretações, metodologias e fundamentos capazes de impedir que o sistema de torne ainda mais irracional<sup>213</sup>, especialmente porque o (suposto) autor de um crime não pode ser concebido como mero objeto sobre o qual irá recair uma imputação penal, de forma alheia ao seu inquestionável – e constitucionalmente assegurado – papel de sujeito de direito no sistema jurídico.

---

<sup>211</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.18.

<sup>212</sup> Ibidem, p.18.

<sup>213</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.12.

Como esclarecido por Ana Elisa Bechara,

o mundo somente pode ser percebido e racionalizado por meio da linguagem, e assim também o Direito. Desta forma, de um lado a linguagem permite compreender os fenômenos jurídicos, e estes, de outro, são conformados por ela. Em tal paradoxo, reside o caráter transitório e variável do Direito, inclusive na esfera penal<sup>214</sup>.

É verdade que importantes doutrinadores – a exemplo de Urs Kindhäuser<sup>215</sup> e Klaus Günther<sup>216</sup> – já buscaram construir uma dogmática penal discursiva; ou seja, incorporar as conclusões da Teoria do Discurso de Habermas no sistema jurídico-penal, com vistas a aproximá-lo comunicativamente da realidade social. O problema é que, como Habermas insiste numa perspectiva de universalismo consensual e de uniformização do mundo da vida<sup>217</sup>, a adoção de todas as suas conclusões – de forma conglobada, acrítica e irrestrita – passa a ser obstaculizada diante da inexistência de neutralidade normativa e do reconhecido caráter subdesenvolvido e multicultural da sociedade moderna.

Como na sociedade moderna, de forma geral, não é oportunizado a todos os cidadãos a possibilidade de participar do processo democrático de formação da norma jurídica, a fim de torná-los destinatários de normas de legitimidade ampla e inquestionável, tais discursos acabam por apoiarem-se em duas ideias insustentáveis: 1) suposta neutralidade normativa

<sup>214</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.25.

<sup>215</sup> Cf. KINDHÄUSER, Urs. *Culpabilidad jurídica-penal en el Estado democrático de derecho*. Tradução de Juan Pablo Mañalich Raffo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.17, n.78, p.75-92, mai/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996; KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caverro. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.185-217; KINDHÄUSER, Urs. *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho*. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. In: MELIÁ, Manuel Cancio; Díez, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p.137-164; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008, p.170.

<sup>216</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Camares, 2000, p.489-505; GÜNTHER, Klaus. *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*. In: *Die Öffentlichkeit der Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas Herausgegeben von Lutz Wingert und Klaus Günther*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001; GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005; GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>217</sup> Segundo Habermas, a construção do Direito somente será considerada legítima se permitir a participação de todos os implicadores, em iguais possibilidades (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.144).



decorrente do processo discursivo de formação das normas; 2) consenso discursivo derivado dos fundamentos teóricos da ação comunicativa<sup>218</sup>.

Como esclarece Paulo Busato, o conjunto de normas que imputam responsabilidade penal tem uma pretensão geral orientada ao valor justiça e não são mera construção discursivo-comunicativa, de modo que “a relação entre a fórmula comunicacional, ação e norma é estabelecida através da *possibilidade* e não da *neutralidade*”, o que denota a debilidade da ideia de “lealdade comunicativa” como fundamento legitimador das normas penais<sup>219</sup>.

Distanciando-se ainda mais das perspectivas de Kindhäuser e Günther, concebe-se, nesta investigação, que um significado de universalidade – como pluralidade de mundos da vida – deve ser um pressuposto indeclinável da legitimação jurídico-penal. Isso porque, “a capacidade do sujeito de realizar condutas [em] conformidade com as normas depende de sua integralização com o mundo da vida”<sup>220</sup> e uma construção dogmática racional exige que o legislador penal respeite os direitos fundamentais no âmbito de uma sociedade materialmente desigual. Essa exigência impõe que normas incriminadoras tenham uma realidade fática e, antes de tudo, um sentido democraticamente valorado<sup>221</sup>.

Percebe-se, com isso, que a complexidade social e o notório pluralismo cultural<sup>222</sup> requerem a utilização das conclusões da Teoria do Discurso com a necessária cautela: em algumas premissas e não nas implicações alcançadas no desenvolvido universo eurocentrista. O motivo para a afirmação aqui efetuada parece claro: na realidade moderna, a sociedade não pode, simplesmente, ser resumida a um mero “processo de comunicação idealista, em que os atores sociais articulam suas condutas segundo um padrão dominante, conforme as expectativas de terceiros”<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.19.

<sup>219</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.20-21.

<sup>220</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.154.

<sup>221</sup> Prólogo de Ana Isabel Pérez Cepeda em: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.17-18.

<sup>222</sup> Conforme assevera Marcelo Neves, “a multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às certezas e convicções partilhadas intersubjetivamente no cotidiano” (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.127).

<sup>223</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.47.

### 3.2 REFERENCIAIS TEÓRICOS PARA UMA CONCEPÇÃO MAIS RACIONAL

Em que pese as imprecisões dogmáticas acima identificadas, verifica-se, na doutrina moderna, contributos relevantes para a apresentação de uma revisão sistêmica ao Direito penal – especialmente da Teoria do Delito –, que já apontam para a impossibilidade de defender a sua perfeita racionalização, assim como para a busca de premissas filosóficas abertas, derivadas de conclusões da Teoria do Discurso, na reformulação da percepção analítica do fato punível.

Deste modo, com vistas a trabalhar as estruturas dogmáticas sob a busca de argumentos e interpretações, forçoso analisar, mesmo que brevemente, as principais conclusões dos aportes teóricos desenvolvidos, na Espanha, por Tomás Salvador Vives Antón e, no Brasil, por Juarez Tavares, com suas reconhecidas distinções metodológicas, antes da apresentação do modelo proposto na presente investigação. O objetivo é verificar “se” e “de que forma” ponderações dos referidos professores poderiam ser utilizadas para a construção do modelo teórico que será aqui defendido.

Nesse diapasão, importante não olvidar que a pesquisa almeja fornecer um pouco mais de coerência conceitual e dogmática ao sistema jurídico-penal e às decisões práticas atingidas nos casos concretos, especialmente porque, num modelo de Estado Democrático de Direito, sempre se deve lembrar que “qualquer objetivo de política criminal deve estar subordinado à legitimidade e às condições do discurso jurídico que disciplina a atividade”<sup>224</sup>.

#### **3.2.1 As contribuições de Tomás Salvador Vives Antón: o conceito significativo de ação e a questão das permissões fortes e fracas**

Na doutrina espanhola, Tomás Salvador Vives Antón, a partir de uma concepção significativa de ação e de norma, propôs um novo modelo de compreensão do significado dos institutos jurídico-penais e apresentou um novo modelo de sistema penal (1996). Nessa percepção, reordenadas as categorias do delito numa perspectiva arrancada da relação entre norma e ação, os elementos do crime passam a ser entendidos como condições de validade normativa e a culpabilidade como um juízo de atribuição pessoal ao sujeito, sendo a inexigibilidade deslocada para as “permissões fortes”.

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, p.168.

De fato, com amparo no “giro pragmático” promovido pela Filosofia da Linguagem de Wittgenstein, Vives Antón estabeleceu um novo panorama metodológico na Teoria do Delito. Exortando que a linguagem surge como um desenvolvimento (um refinamento, como dizia o próprio Wittgenstein) das funções simbólicas primitivas que aparecem com a vida e se incrementam progressivamente na conduta animal (desde os invertebrados, até os animais superiores e o homem)<sup>225</sup>, Vives Antón oferece uma modificação na perspectiva de explicação de conceitos dogmáticos – ou seja, na determinação do significado –, efetuando constantes referências à gramática “profunda” ou “filosófica”<sup>226</sup>.

De acordo com Vives Antón, a falência da ideia de ação no âmbito da Teoria do Delito estaria associada especificamente à sua estipulação como um dado naturalístico (do sistema causal-naturalista) ou ontológico (no sistema finalista). Por isso, apresenta uma concepção significativa de ação, por meio da qual esta passa a ser definida a partir do sentido deduzido dos atos humanos, sendo compreendida como algo que transmite um significado decorrente da inter-relação entre sujeito (interno) e objeto (externo).

Vives Antón afasta, assim, o entendimento limitante que conduzia o Direito penal a considerar a ação como um fato composto – isto é, como a reunião de um fato físico (movimento corporal) e um fato mental (elemento volitivo) –, plenamente independentes entre si, por meio do qual era estabelecida uma ultrajante divisão da existência humana em uma vertente interna e uma vertente externa, com a peculiaridade de que apenas na primeira destas seria possível atingir um conhecimento infalível por parte do próprio sujeito<sup>227</sup>.

Distanciando-se dessa perspectiva cartesiana, a ação significativa passa a ser concebida como o sentido que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos; como um processo simbólico regido por normas, no qual o significado social da conduta será expressado linguisticamente<sup>228</sup>. Em Vives Antón, a ação não pode ser tida como um fato específico e nem como um substrato material da imputação jurídico-penal (não é um dado ontológico), podendo ser, inclusive e na grande maioria das

---

<sup>225</sup> VIVES ANTÓN, Tomás. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p.329.

<sup>226</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.39.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>228</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.221.

vezes, definida à margem desta circunstância. A ação não representa, portanto, um substrato de um sentido, mas o contrário, denota o sentido de um substrato<sup>229</sup>.

Conclui Vives Antón, diante disso, que, para a identificação de uma ação, não se deve utilizar parâmetros psicofísicos, mediante o recurso da experiência interna e externa (p.ex. movimento corporal, finalidade subjetiva, exteriorização de personalidade, etc.). A caracterização da ação deve ser efetuada em termos de regras, é dizer, em termos normativos. Isso porque, o centro da Teoria do Delito não se encontra na concepção da ação, mas na doutrina do tipo (no tipo de ação). Como não existe um conceito comum (ou geral) de ação, que permita falar num elemento autônomo e independente – como pretendido pela doutrina tradicional –, percebe-se que a única coisa que se pode fazer é apontar ações juridicamente irrelevantes, ou seja, identificar a função negativa (de exclusão) desse conceito. Logo, só se saberá se há uma ação relevante para o Direito penal a partir do momento em que for determinado se dada ação pertence a algum dos tipos de ação definidos na lei penal<sup>230</sup>.

A segunda operação intelectual efetuada pelo professor Vives Antón é de contemplar a ação desde a regra do direito, com a finalidade de elaborar uma construção guiada, antes de tudo, pela ideia de justiça, que precisa sempre ser concebida como valor fundamental de todo o ordenamento jurídico<sup>231</sup>.

Nesse contexto, além da resignificação concedida à relevância da concepção de ação, a noção de norma também foi reinterpretada. Na teoria de Vives Antón, a norma passa a refletir uma dupla essência (decisão de poder  $\times$  decisão de razão) e a instaurar uma via dialética, na medida em que representa uma obediência a uma decisão de poder, que estará limitada por uma determinação da razão, a qual, por sua vez, irá lhe conferir uma pretensão de validade.

Desta forma, apesar de se reconhecer que as normas jurídicas devem ser concebidas como diretrizes de conduta (imperativos), é esclarecido que as mesmas não podem ser consideradas como meras decisões de poder, alheias à racionalidade prática, sem qualquer referência às razões que justificam à imposição daqueles imperativos. A norma, para Vives Antón, não se esgota num mandato, sem que esteja acompanhada de uma pretensão de validade, ou seja, uma pretensão de retidão ou correção (pretensão de justiça). Essa pretensão deverá ser

---

<sup>229</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.43.

<sup>230</sup> Ibidem, p.41-44.

<sup>231</sup> Ibidem, p.45.

estabelecida no marco de um processo de argumentação racional, frise-se, diante de uma pretensão que permita justificar e interpretar as normas como determinações da razão<sup>232</sup>.

Entende-se que, por transmitir e refletir distintos valores relacionados ao valor de justiça, as normas penais aspirariam ser válidas e legítimas, o que irá requerer uma justificação procedimental. No processo de justificação – de elaboração racional –, pressupõe-se que as normas não almejam uma verdade absoluta, mas apenas uma aproximação desta, de tal maneira que adquirem sua legitimidade ou autoridade sobre a base das razões que a justificam. Trata-se, pois, de analisar e fixar os valores que estão por trás da norma<sup>233</sup>.

Com isso, observa-se que a relação estabelecida entre a norma e a ação permitiria o reconhecimento da chamada "liberdade de ação". Isso indica que a noção de liberdade deve ser concebida como eixo central da organização do sistema jurídico, uma vez que constitui o ponto de união entre a doutrina da ação e a doutrina da norma: onde não há liberdade de ação, não há sentido falar em Direito. Defende Vives Antón que, apenas nos casos em que os movimentos corporais não sejam inteiramente regidos pelas leis naturais, somente quando houver uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, que se poderá pretender que estas ações sejam regidas por normas. Nota-se, assim, que a análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza somente tem sentido a partir da pressuposição da liberdade de ação, que se converte, assim, em pressuposto sobre o qual – necessariamente – deve girar a sistemática<sup>234</sup>.

Essa ideia de liberdade seria, portanto, distinta da concepção acerca do livre arbítrio welzeliano, mesmo porque estaria vinculada a uma comprovação jurídica – e não empírica – em sede de processo penal. A liberdade, em Vives Antón, não é concebida como fundamento da culpabilidade, mas como pressuposto da própria ação, que não precisa ser afirmado, mas, tão somente, percebido. A liberdade representa a imagem de mundo desde a perspectiva da ação<sup>235</sup>. O motivo é simples: “vivemos segundo a ideia de que nós podemos atuar de outro modo, diferente de como fazemos, e de que os demais também podem fazê-lo [...]. Dentro de

---

<sup>232</sup> Ibidem, p.45-46.

<sup>233</sup> Ibidem, p.49.

<sup>234</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.346.

<sup>235</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.63.

nossos jogos de linguagem, faz parte dos fundamentos”<sup>236</sup>. Logo, a liberdade é tida como “condição da existência da própria ação como expressão de sentido”<sup>237</sup>.

São essas concepções de ação, norma e liberdade, espelhadas nos contributos filosóficos de Wittgenstein, que são utilizadas em conjunto com as contribuições da Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas<sup>238</sup>, para a formação de um novo modelo de sistema de imputação por Vives Antón. É a partir da ideia de que a ação pertence a alguém como sua obra, que a liberdade de agir é considerada por Vives Antón como característica da própria ação e que a norma passa a possuir pretensão de validade. Com essa pretensão, são verificadas também as condições de validade da norma penal; ou seja, a presença dos elementos do crime (concebidos como condicionantes de validade normativa).

Sendo assim, a pretensão geral de justiça oferece duas vertentes: 1) se a norma é racionalmente fundada, ou seja, se é legítima (se é constitucionalmente fundada e respeita os direitos fundamentais e sociais); 2) se a norma está corretamente aplicada ao caso concreto (se é adequada às diversas pretensões de validade específicas)<sup>239</sup>.

Na análise casuística da aplicabilidade normativa, a primeira condição de validade normativa é representada pela **pretensão de relevância**, é dizer, pelo tipo de ação, pela indicação da ocorrência de uma conduta que interessa ao Direito penal, uma conduta com possibilidade de subsunção típica (pretensão de verdade ou tipicidade formal) e com caráter perigoso ou danoso que induz à cominação de uma pena (pretensão de ofensividade ou de antijuridicidade material). A segunda é a **pretensão de ilicitude** (ou de antijuridicidade formal), que indica a necessidade de contradição a uma norma entendida como diretiva de conduta de forma não suportada pelo ordenamento jurídico, ante a correspondência ao tipo subjetivo e inexistência de causa permissiva. A terceira é a **pretensão de reprovabilidade**, representada pelo juízo de culpabilidade, que recai sobre o autor e induz ao exame da exigibilidade jurídica da atuação de modo diverso, a partir de duas condições: imputabilidade e consciência da ilicitude da ação. Uma vez formado o conteúdo material da infração, com essas três categorias essenciais, acrescenta-se uma quarta categoria, a **pretensão de necessidade da pena**, na qual se

---

<sup>236</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p.90.

<sup>237</sup> Ibidem, p.556.

<sup>238</sup> Confessadamente, Vives Antón se vale de conceitos básicos, relacionados à ação e à norma, da construção filosófica de Wittgenstein; ao passo em que utiliza a metodologia de Habermas na sua construção teórica.

<sup>239</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general**. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.53.

examinam todos os institutos que afastam a possibilidade de aplicação da pena ao caso concreto, a partir de uma concreção do princípio da proporcionalidade<sup>240</sup>.

Observa-se, assim, que, na proposição adotada por Vives Antón, enquanto na ilicitude é efetuado um exame acerca da reprovação da ação, na culpabilidade a análise do juízo de reprovação, decorrente da conduta praticada, recairá sobre o seu autor. Isso indica que, nesse aporte teórico, a culpabilidade “visa identificar, dentro de uma situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito”<sup>241</sup>.

Com efeito, para obedecer ao caráter pessoal do princípio da culpabilidade, faz remanescer como elementos da culpabilidade tão somente a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. “Os elementos comumente tratados sob a égide da inexigibilidade de conduta diversa são agrupados na pretensão objetiva de ilicitude, no âmbito das chamadas permissões fracas” ou causas de exclusão da responsabilidade pelo fato<sup>242</sup>.

Concebe-se, para tanto, que “o juízo de valor que se realiza a respeito da exigibilidade de conduta diversa diz respeito a situação de fato em cotejo com a atitude do agente e não às suas condições pessoais gerais ou específicas de compreensão”<sup>243</sup>. Desta forma, enquanto a culpabilidade deve se restringir ao exame dos elementos tradicionais vinculados à pessoa do autor, a ilicitude passará a comportar a análise das causas relacionadas à situação fática.

Como o mesmo fundamento conduziria o legislador a afastar a ilicitude da conduta, neste âmbito, ao lado das justificadoras tradicionais (causas permissivas fortes ou justificantes), estariam abarcadas situações em que a emergência estaria presente por interferência de terceiros (tradicionais “causas legais de exculpação”) ou em que a lei conflita com aspectos de ordem sociológica “determinantes de uma necessidade de alteração jurídica ainda no plano do injusto” (causas supralegais de justificação ou de “exculpação”)<sup>244</sup>.

Tais situações são denominadas de “permissões fracas”, porque, analisadas caso a caso, podem permitir o afastamento da responsabilidade penal, tendo em vista que a norma – ou, analogicamente, a situação emergencial similar – não cobra pretensões de ilicitude em face

---

<sup>240</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.491-496.

<sup>241</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.555.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 557; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.492-493.

<sup>243</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p.504.

<sup>244</sup> Ibidem, p.503.

dos agentes<sup>245</sup>. Assim, o fato é considerado lícito sob o fundamento da impossibilidade de ser exigido, juridicamente, a realização de atos heróicos.

Entretanto, insta ressaltar que, devido à vigência do princípio da legalidade e à existência de uma cláusula de equiparação no Código Penal espanhol (art. 20º, 7º<sup>246</sup>), Vives Antón concebe que não haveria um recurso a justificadoras propriamente “supralegais”, senão uma considerável abrangência na interpretação das cláusulas “legais” de justificação fortes e fracas. Nesse sentido, concebe que as hipóteses denominadas tradicionalmente de “causas supralegais de justificação e exculpação” seriam “permissões fracas” juridicamente aceitáveis, já que compreendidas, nos seus justos termos, nas regulamentações abertas das causas legais.

Constata-se, destarte, especialmente diante das imprecisões dogmáticas indicadas no tópico precedente, que a aceção de Vives Antón, além de afastar do centro da atenção a perspectiva do impenetrável aspecto subjetivo, residente na mente do homem, para colocar em relevo a dimensão social da ação humana<sup>247</sup>, permite retirar do âmbito da culpabilidade o elemento que era incompatível com o juízo subjetivo proposto, a inexigibilidade de conduta diversa, demonstrando, ainda, a sua relevância no âmbito da antijuridicidade penal.

Ademais, segundo apontado por um dos seus discípulos, Carlos Martínéz-Buján Pérez, a concepção de Vives Antón denota, antes de tudo, desde uma perspectiva da filosofia jurídico-política, uma genuína concepção democrática, ilustrada e humanista da imputação penal<sup>248</sup>, que, certamente, representa marco teórico para a proposta a ser aqui desenvolvida.

A proposta de Tomás Salvador Vives Antón se orienta para um **normativismo antropológico**, desde o ponto em que situa o ser humano como centro do direito: como sujeito e não como mero objeto; como pessoa capaz de liberdade e não como mero elemento da natureza; como ser racional que participa da vida social e não como componente físico objeto de estudo por leis universais<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> Ibidem, p.506.

<sup>246</sup> Assim afirma o Código Penal da Espanha, no artigo mencionado: “Artículo 20: Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7º. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

<sup>247</sup> BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Didot, 2013, p.177.

<sup>248</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.65.

<sup>249</sup> Ibidem, p.65,



### 3.2.2 Os fundamentos de Direito Penal de Juarez Tavares: a Teoria Crítica do Delito e a consolidação da renúncia à separação entre tipicidade e antijuridicidade já anunciada na Teoria do Injusto Penal

Assim como na teoria construída por Vives Antón, são verificados contributos de relevo na moderna doutrina brasileira, especialmente na Teoria Crítica do Delito (2018), recentemente defendida por Juarez Tavares no âmbito da dogmática jurídico-penal, que consolidou ideias essenciais já apresentadas na obra Teoria do Injusto Penal (2000).

Na sua obra “Fundamentos de Teoria do Delito”, publicada em meio à construção da presente investigação, claramente influenciado por perspectivas filosóficas de Habermas e Günther, associadas a ponderações já efetuadas por Eugênio Raúl Zaffaroni, Juarez Tavares propõe uma revisitação da Teoria do Delito a partir das noções de pessoa deliberativa e ação performática, estabelecendo questionamentos essenciais sobre a posição da imputabilidade penal no estudo do crime e a bipartição dos juízos de tipicidade e antijuridicidade.

Tavares pondera que, antes da análise da relevância penal da conduta, deveria se verificar a existência de uma **pessoa deliberativa** ao estilo hegeliano (ideia que foi abandonada no positivismo naturalista)<sup>250</sup>, a fim de que fosse procedida uma elevação da pessoa humana ao primeiro plano da dogmática e afastada a inaceitável marginalização da sua subjetividade.

Defende assim que, considerado como pessoa deliberativa – numa percepção pré-jurídica –, o sujeito não deve ser visto na sua mera subjetividade, mas como *persona*, como aquele que representa a capacidade de “sofrer o influxo comunicativo das normas”, em face da possibilidade de gerir, de forma adequada, a sua própria visão de mundo e de condicionar a sua conduta dentro de uma perspectiva<sup>251</sup>, de um contexto, do mundo da vida (*Lebenwelt*).

Noutras palavras, como pessoa deliberativa, o sujeito é concebido como aquele que atua sob a capacidade contínua de exercer autocrítica da sua conduta, ainda que não se expresse

---

<sup>250</sup> Insta pontuar que, também resgatando a perspectiva hegeliana, dentro do seu funcionalismo sistêmico ou radical, Günther Jakobs apontou para a importância do conceito de pessoa na dogmática jurídico-penal. Segundo o professor alemão, “ser pessoa” significaria ter que representar um papel, de modo que essa característica não poderia advir da simples expressão de subjetividade do seu portador, senão de uma “máscara”, de uma representação de competência socialmente compreensível (JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra, 2000, p.38). O importante é que, mesmo diante da sua perspectiva totalitária – e logicamente incompatível com a visão democrática de Juarez Tavares –, Jakobs reconhece que um comportamento atual de uma pessoa só poderá ser interpretado em atenção ao seu possível sentido subjetivo quando se conhecer a vida do sujeito que o realiza e fundamentar, de modo sólido, essa interpretação, já que o subjetivo em si mesmo é inacessível (Ibidem, p.39).

<sup>251</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.142-143.

concretamente de maneira linguística. Exatamente por esse motivo, Tavares entende que apenas a pessoa deliberativa será capaz de responsabilidade, de modo que, aquele que não preencher tais características, não poderá sofrer a incidência da norma criminalizadora, mesmo tendo todos os seus direitos reconhecidos constitucionalmente<sup>252</sup>.

Observa, em consequência, que o processo de marginalização, ao destruir condições de autocrítica, conduz a uma ruptura de reconhecimento. É dizer, aqueles que se encontram submetidos a alto grau de marginalidade – que não podem assumir uma função adequada no âmbito produtivo e crítico – estarão incapazes de desempenhar o papel de pessoa deliberativa e de analisar criticamente condutas sob a influência de normas proibitivas ou permissivas. Logo, “estarão também impossibilitados de serem responsáveis por suas próprias condutas, salvo por aquelas que lhes estejam diretamente vinculadas, como condição de existência”<sup>253</sup>.

Como “o conceito de pessoa deliberativa é inseparável do conceito de sociedade democrática”<sup>254</sup>, Tavares observa que, num Estado Democrático de Direito, “a Teoria do Delito só terá significado se estabelecer os critérios que possam servir para delimitar o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção do sujeito”<sup>255</sup>, o que irá impor uma revisão da definição de conduta e das próprias categorias do delito.

Afirma, destarte, que o conceito de pessoa deliberativa deverá representar um pressuposto indeclinável do conceito de ação, preexistente ao mesmo, e não poderá estar separado da caracterização de uma **ação performática ou comunicativa**<sup>256</sup>. Isso significa que a existência da qualidade de pessoa deliberativa no mundo da vida é essencial para a ocorrência de uma ação performática, juridicamente considerada, e destina-se, inclusive, a excluir do injusto penal, de pronto, condutas que não podem ser disciplinadas pelas respectivas normas proibitivas ou mandamentais<sup>257</sup>. Exatamente por isso, exorta que a conduta com relevância penal deverá ser “atribuída a um sujeito com qualidades de pessoa deliberativa” e produzir

---

<sup>252</sup> Ibidem, p.145.

<sup>253</sup> Ibidem, p.141-142.

<sup>254</sup> Ibidem, p.448.

<sup>255</sup> Ibidem, p.27.

<sup>256</sup> Ibidem, p.135-141. São fornecidas, ao menos, cinco funções importantes a esse conceito jurídico de ação: a) eliminar do direito penal fatos irrelevantes; b) fundamentar a constituição do tipo de injusto; c) representar um elo entre injusto e culpabilidade; d) limitar a responsabilidade subjetiva; e) ser referência nas questões do curso de pessoas, curso de crimes e *iter criminis* (Ibidem, p.116-117).

<sup>257</sup> Ibidem, p.167-168.

uma alteração sensível da realidade, expressada numa lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico<sup>258</sup>.

Assim, embora a análise da relevância da conduta seja feita em etapa prévia, é realizada dentro do próprio injusto (e não fora dele), o que culmina na sua desontologicização. A ação passa a ostentar, assim, um **conceito jurídico**, especialmente porque só terá relevância quando seu conteúdo tiver associado a uma norma criminalizadora. Desta forma, ações penalmente irrelevantes passam a ser destituídas de importância para a Teoria do Delito<sup>259</sup>.

A ação, juridicamente concebida, é aqui conceituada como a “conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito”<sup>260</sup>. Observa-se, portanto, a estipulação de quatro elementos indispensáveis para essa conceituação: a) “subordinação aos termos do discurso jurídico manifestado em uma norma proibitiva ou mandamental”; b) orientação em função de parâmetros ou objetos de referência enunciados na norma”; c) “materialização típica como expressão da prática social do sujeito”; d) “vontade dirigente”.

Em decorrência dessa opção conceitual, ao rol das tradicionais causas de ausência de conduta, é acrescida a chamada **ausência de performatividade**, dirigida aos casos em que “o sujeito, por deficiência em relação ao contexto, não pode orientar a sua conduta em face da norma”<sup>261</sup>; ou seja, às situações em que não são preenchidos os elementos de caracterização da pessoa deliberativa. São exemplos de ausência de performatividade: a) delitos culturalmente motivados (decorrentes de diversidade cultural e conseqüente violação a outro sistema normativo de conduta, de modo dissociado à normas vigentes, o que caracteriza uma performatividade culturalmente comprometida); b) incapacidade ou deficiência da formação psíquica (inimputabilidade). Nesse último caso, observa-se que o portador de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado [que] era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento” (art. 26, CP), na realidade, não pode participar do discurso e orientar-se pelos objetos de referência. Logo, sequer chega a praticar uma ação performática.

Como já pode ser observado, até mesmo em face das conclusões advindas da conceituação de pessoa e de conduta, é efetuada uma **antecipação da imputabilidade penal**, que passa a exercer um papel relevante desde a avaliação do caráter injusto do fato. O motivo é que deve

---

<sup>258</sup> Ibidem, p.115.

<sup>259</sup> Ibidem, p.116-133.

<sup>260</sup> Ibidem, p.134-135.

<sup>261</sup> Ibidem, p.152.

ser considerada como condição do injusto que o sujeito atue com plena capacidade de entendimento e autodeterminação. Sendo assim, a imputabilidade é antecipada para integrar a condição do sujeito antes da fixação dos requisitos e fundamentos como pessoa deliberativa<sup>262</sup>, com o escopo de verificar a existência ou não de performatividade da conduta.

Logo, fala-se na pré-existência, no mundo da vida, de uma pessoa deliberativa (a partir de dados ontológicos), que, sendo juridicamente imputável, vem a realizar uma ação performática (dados normativos). Deste modo, ultrapassando as conclusões da perspectiva de Klaus Günther – relativas à pessoa deliberativa e à capacidade performativa<sup>263</sup> –, Juarez Tavares passa a afirmar que a imputabilidade estaria inserida como uma das condições da performatividade (elemento da ação), a fim de que fosse estabelecida como condição do injusto a necessidade do sujeito atuar com plena capacidade de discernimento e determinação.

Nas palavras de Tavares, atendendo à necessidade de “reformulação metodológica, no sentido de incluir o sujeito na configuração objetiva do delito, a questão da imputabilidade não pode ficar mais jungida exclusivamente à determinação dos fundamentos da responsabilidade subjetiva, mas sim aos contornos do modelo de conduta”<sup>264</sup>. A sua proposta é justificada nos seguintes termos: “não será mais possível edificar um sistema coerente se não se reconhecer no sujeito a capacidade de se vincular, conscientemente, à ilicitude da conduta”<sup>265</sup>.

Com essa postura dogmática, verifica-se, desde o injusto penal, a existência de um sujeito capaz de atuar de acordo com o contexto, ajustado à norma proibitiva e ao processo democrático de comunicação<sup>266</sup>. Entretanto, como adverte Tavares, essa incorporação da imputabilidade no âmbito do injusto – como condição do sujeito e da performatividade da sua conduta –, não obsta que a capacidade de entendimento ou autodeterminação também seja levada a efeito na culpabilidade, ao influir na redução da pena pela existência de capacidade diminuída (casos de semi-imputabilidade).

Um contributo relevante da Teoria Crítica está na renúncia da separação entre tipicidade e antijuridicidade, que passam a compor uma única categoria: o injusto penal. Segundo Tavares, seguindo ideia já defendida na obra Teoria do Injusto Penal, “a relação entre tipicidade e antijuridicidade é tão estreita que o injusto penal deve ser considerado como um todo”<sup>267</sup>. A

---

<sup>262</sup> Ibidem, p.146.

<sup>263</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005.

<sup>264</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.146.

<sup>265</sup> Ibidem, p.149.

<sup>266</sup> Ibidem, p.133.

<sup>267</sup> Ibidem, p.102.

definição de delito passa, assim, a requerer um novo enunciado, que corresponda a essa característica de relação entre normas proibitivas (mandamentais) e permissivas. Desta forma, retoma-se a adoção de um **conceito bipartido de crime**, de modo que o delito passa a ser considerado como uma **conduta injusta e culpável**.

Como já afirmava na sua clássica obra, Tavares considera que a composição do injusto penal passa pela construção e constituição do tipo de delito, depois complementada pela análise negativa das causas de justificação da conduta<sup>268</sup>. Consequentemente, enquanto o tipo penal descreveria uma conduta proibida, a ilicitude determinaria uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica<sup>269</sup>.

A categoria do injusto penal irá se caracterizar, portanto, pela realização de uma ação violadora de uma norma proibitiva e, também, contrária à ordem jurídica em sua totalidade; enquanto à culpabilidade caberia o exame de uma limitação da responsabilidade nos casos em que o agente não poderia orientar a sua conduta em conformidade com a norma ou em que a intervenção penal se mostrasse desnecessária.

Nesse diapasão, entende Tavares que o tipo não pode ter sua avaliação restrita a uma atividade descritiva, já que não se esgota numa matéria de proibição (de condutas comissivas) ou determinação (de condutas omissivas), devendo levar em consideração uma antinormatividade (como tipicidade) e uma antijuridicidade (como ilicitude). A aproximação desses conceitos no mesmo juízo do injusto penal permitiria a antecipação da antijuridicidade, de modo a apreciar o seu valor diante da vinculação a normas permissivas.

Essa antecipação de análise da antijuridicidade e do processo de imputação corresponde, portanto, “a um ajuste de performatividade”, operado pela “lógica do discurso”, a fim de que seja reconhecida e incorporada a ideia de que, estando o sujeito fora do exame normal de consistência do sistema, “esse sistema deve variar para se ajustar às suas qualidades e superar os paradoxos de sua inconsistência”<sup>270</sup>.

Nesse sentido, o injusto não seria apenas excluído diante da ausência de conduta, atipicidade ou normas permissivas, mas também diante de causas supralegais de justificação, presentes nos casos de consentimento presumido<sup>271</sup>, direito de correção dos pais, liberdade de expressão e processo de marginalização social. Exorta Tavares que, como a ordem jurídica não pode

---

<sup>268</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.129.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p.116.

<sup>270</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.167.

<sup>271</sup> O consentimento do ofendido (consentimento expresso) representa puro elemento negativo do tipo, em face do consentimento do titular do bem jurídico, e não mais uma causa de justificação.

prever todas as situações em que o bem jurídico possa ser sacrificado, deverão ser admitidas hipóteses supraleais que sejam compatíveis com os princípios orientadores do sistema jurídico. Por isso, em todos esses casos, deverá ser verificada a existência de motivo justificado para atuar, ausência de grave violação a bem alheio ou ofensa à dignidade humana, assimilação dos efeitos da conduta pela vítima (ou por terceiro) ou de bem jurídico fora do âmbito de proteção normativa<sup>272</sup>.

Na seara da culpabilidade, as modificações dogmáticas são igualmente radicais. Diante da necessária preocupação em alcançar uma maior racionalidade dogmática, a culpabilidade deixa de ser concebida como um juízo de reprovação pessoal e passa a ser compreendida, assim como o injusto, como um juízo relativo ao fato. Segundo Tavares, mesmo que os partidários da teoria normativa afirmem que trabalham unicamente com o conceito de culpabilidade de fato, em todo juízo de reprovação pessoal também estão contidos elementos característicos de uma culpabilidade de autor<sup>273</sup>, o que é totalmente inconcebível num sistema democrático. Com isso, assevera que “a culpabilidade constitui uma qualidade da ação e não um atributo do sujeito”<sup>274</sup>.

Insta ressaltar, entretanto, que essa mudança de paradigma não implica uma renúncia à utilização do critério do “poder agir de outro modo” como fundamento da culpabilidade, mas apenas numa nova roupagem ao discurso interpretativo. Afastando as críticas quanto à indemonstrabilidade do pressuposto material da culpabilidade finalista, defende Tavares que o “poder agir de outro modo” é, de fato, o fundamento da culpabilidade e pode ser demonstrado mediante pesquisa qualitativa, “quando situado como integrante das opções de ação dispostas no mundo da vida”<sup>275</sup> e levando em consideração o contexto em que se situa o autor do fato.

A principal questão a ser observada, nesse aspecto, é que a discussão em torno do conceito de culpabilidade não deve ser afastada da premissa de que a avaliação de uma conduta só pode ocorrer mediante um processo de comparação com uma conduta alternativa, notadamente porque a liberdade de agir não é absoluta e sempre estará condicionada ao meio e a pressões externas e internas de todas as origens<sup>276</sup>.

Segundo Tavares, no processo de institucionalização de condutas, o que se observa é que ações já praticadas são conservadas como padrões simbólicos de comportamento. Logo, as

---

<sup>272</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.354-355.

<sup>273</sup> Ibidem, p.420.

<sup>274</sup> Ibidem, p.438.

<sup>275</sup> Ibidem, p.430.

<sup>276</sup> Ibidem, p.424.

condutas não podem ser tidas como atos isolados, senão como processos de interação<sup>277</sup>. Deste modo, pondera que, mostrando-se absolutamente imprópria a imagem de uma conduta isolada no mundo da vida, não seria possível defender uma formulação, sobre essa conduta isolada, de um juízo de que “tudo poderia ter sido feito de outro modo”<sup>278</sup>. Adverte, ainda, que, “sem a relação democrática com os demais, a análise do poder agir de outro modo seria, simplesmente, tomada em função de uma relação entre meio e fim, sob o aspecto de uma sociedade monolítica, incompatível com a liberdade”<sup>279</sup>.

Essas considerações indicam que o “poder agir de outro modo”, considerado como fundamento material da culpabilidade penal, só poderá ser avaliado em face de condutas institucionalizadas, que devem ser tomadas como parâmetros de referência. Trata-se, assim, não de avaliar um conflito reativo entre autores, mas de examinar

até que ponto o sujeito tem o poder de controlar sua atividade quando estiver vinculado a um contexto no qual, pela repetição e compreensão acerca de condutas socialmente sedimentadas, possa ter à sua disposição condutas alternativas e por elas possa optar. Importante é confirmar se o sujeito que está vinculado a contextos institucionalizados tem o controle sobre sua conduta, de tal forma que possa optar por outra conduta alternativa<sup>280</sup>.

É, desta forma, que, segundo Juarez Tavares, a culpabilidade, como qualidade da ação, deve ser submetida a um processo de avaliação. Por meio da culpabilidade, analisar-se-á, a partir dos seus elementos, se o sujeito é capaz de ser responsável por sua conduta e até que ponto atuou de modo juridicamente inadequado. A determinação de culpabilidade passa a estar fundada, assim, na verificação das “condições que podem excluir o fato do âmbito penal”<sup>281</sup>. Portanto, a culpabilidade deve ser entendida como um juízo de limitação e não de reprovação.

Assim concebida, a culpabilidade precisará ser excluída sempre que o agente estiver numa situação que não possa orientar a sua conduta em conformidade com a norma, a partir de uma análise negativa do “poder atuar de outro modo”, a ser aferida através dos seguintes elementos: a) forma de inserção do sujeito no contexto do mundo da vida; b) pressão de circunstâncias; c) capacidade de reação aos estímulos externos e internos; d) possibilidade de introjeção de valores<sup>282</sup>. Nota-se, então, que são verificados aqui os “elementos referentes ao

---

<sup>277</sup> Ibidem, p.431.

<sup>278</sup> Ibidem, p.429-430.

<sup>279</sup> Ibidem, p.431.

<sup>280</sup> Ibidem, p.435

<sup>281</sup> Ibidem, p.437-438.

<sup>282</sup> Ibidem, p.451.

controle do sujeito sobre seus atos e, concretamente, sua capacidade de atualizar as contingências das estruturas sociais nas quais está inserido, para empreender sua conduta”<sup>283</sup>.

Isso indica que, no âmbito da culpabilidade, “a análise do sujeito tem como objetivo fixar as condições negativas da qualificação da conduta como criminosa”<sup>284</sup>, determinando, num primeiro momento, a avaliação dos seus defeitos e deficiências e, num segundo momento, um confronto entre medidas penais e não penais. A afirmação de culpabilidade, destarte, denota um pronunciamento no sentido de que, nas circunstâncias, o agente poderia ter agido de outro modo e não seria possível substituir as medidas penais por soluções menos rigorosas.

Explique-se: na Teoria Crítica do Delito, defendida por Tavares, a culpabilidade engloba, além da verificação dos elementos tradicionais, o exame da responsabilidade, por meio da qual se incorpora, como limites deste juízo normativo – ou seja, como mecanismos de correção da culpabilidade penal –, os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima. Com isso, mesmo que fundada materialmente no “poder atuar de outro modo”, fala-se na existência de quatro elementos no âmbito da culpabilidade: capacidade de culpabilidade, consciência potencial do injusto, exigibilidade de outra conduta e responsabilidade.

Nota-se, no primeiro elemento, a utilização da expressão **capacidade de culpabilidade** em lugar do termo imputabilidade, utilizado na doutrina tradicional. Isso porque, de acordo com a estrutura da ação performática, a questão de imputabilidade não se refere à culpabilidade, mas à própria configuração do injusto penal. Por isso, é procedida uma antecipação da imputabilidade para o injusto e a capacidade de culpabilidade passa a ser compreendida como “um juízo político sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente em face das suas deficiências”<sup>285</sup>. Noutras palavras, na culpabilidade, haverá espaço para a apreciação da capacidade diminuída (tradicionais hipóteses de semi-imputabilidade); ou seja, daqueles “casos em que o sujeito pode ser considerado pessoa deliberativa, embora apresente um transtorno mental que dificulte a sua adaptação social”<sup>286</sup>.

Na seara da **consciência potencial do injusto** não são sugeridas grandes alterações, de modo que esta continua sendo considerada como o espaço de apreciação dos erros de proibição e de permissão, assim como de algumas situações de erro culturalmente motivado – ainda não normatizadas no ordenamento jurídico brasileiro –, especificamente nos casos de menor proximidade do grupo cultural com a ordem jurídica vigente.

---

<sup>283</sup> Ibidem, p.436.

<sup>284</sup> Ibidem, p.438.

<sup>285</sup> Ibidem, p.455.

<sup>286</sup> Ibidem, p.456.



Para o âmbito da **exigibilidade de conduta diversa**, Tavares recomenda apenas o reconhecimento de uma causa geral de exculpação. Na sua percepção, mesmo sendo o “poder agir de outro modo” o fundamento material da culpabilidade, não haveria necessidade de qualquer distinção entre causas de exclusão da culpabilidade e de exculpação. Afirma, assim, que a culpabilidade seria excluída – e não seria caso de mera “desculpa” – diante da ausência de exigibilidade de conduta diversa nas hipóteses legais (coação moral irresistível e obediência hierárquica), nos casos de estado de necessidade exculpante e excesso escusável de legítima defesa, assim como em face de uma “causa geral de exculpação” (ou seja, situações não acudidas pelas hipóteses precedentes, que podem ser submetida a uma verificação final). Para essa verificação final, indicadora da “causa geral de exculpação”, são estabelecidos os seguintes critérios de aferição, que corresponderiam a uma espécie de analogia *in bonam partem*: a) semelhança da situação concreta com as já admitidas; b) perigo atual de lesão a bem jurídico próprio ou alheio; c) necessidade de atuação para debelar o perigo e evitar a lesão; d) proporcionalidade da atuação; e) disponibilidade para execução de conduta conforme o direito inviabilizada pelo contexto; f) salvaguarda de bem equivalente verificada pelo confronto entre lesão e finalidade do ato<sup>287</sup>.

Adverte, desta forma, que a falta de definição expressa de causas de exculpação não poderá excluir a possibilidade de acolher uma causa geral, amparada no “princípio do poder agir de outro modo”. Segundo Juarez Tavares,

[...] a objeção da doutrina de que uma causa dessa ordem produziria uma ruptura na integridade da ordem jurídica é completamente descabida. Em primeiro lugar, porque o poder agir de outro modo constitui mesmo o fundamento da culpabilidade. Em segundo lugar, porque, para a sua aferição no caso concreto, há parâmetros adequados e suficientes, inclusive determinantes, de conformidade até mesmo com a jurisprudência<sup>288</sup>.

Acrescentando um último elemento à culpabilidade, denominado de “**responsabilidade**”, Tavares exorta o imperativo de examinar a possibilidade de resolver o conflito gerado pelo ato injusto de outro modo, impondo a análise, como limites ao juízo da culpabilidade, dos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima. Essa postura estabelece, portanto, uma vinculação entre culpabilidade e preceitos constitucionais, não com as finalidades protetivas da pena (o que fora efetuado pela doutrina funcionalista).

Tavares também esclarece que, enquanto os elementos tradicionais [capacidade de culpabilidade, consciência potencial do injusto e exigibilidade de conduta diversa] seriam

---

<sup>287</sup> Ibidem, p.502.

<sup>288</sup> Ibidem, p.494.

enunciados de forma **positiva** como integrantes de um juízo de afirmação de responsabilidade<sup>289</sup>, a análise deste novel elemento da responsabilidade seria **negativa**, já que visaria, especificamente, observar se a responsabilidade não estaria excluída com relação ao sujeito<sup>290</sup>. É dizer, quando o conflito puder ser satisfeito por medida menos rigorosa do que a cominada ao delito ou já tiver sido solucionado por outro modo, estará excluída a responsabilidade e, por conseguinte, a culpabilidade penal. Consta-se, assim, que será “possível a exclusão da responsabilidade diante de métodos alternativos de solução de conflito, independentemente de pena cominada à infração”<sup>291</sup>.

Após sugerir tantas alterações no sistema jurídico-penal, a conclusão de Juarez Tavares expressa algo que já pode ser observado: sua construção teórica tem o objetivo de estabelecer limites dogmáticos ao poder punitivo do Estado, por meio de um controle sobre agências de intervenção e jurisprudência, ao impor que as normas criminalizadoras, antes de serem aplicadas, sejam submetidas a procedimento de verificação de sua legitimidade, no qual os parâmetros devem estar orientados pelo conceito de pessoa deliberativa e pelo contexto<sup>292</sup>.

Diante do quanto exposto e usando as palavras de Eugénio Raúl Zaffaroni, de fato, não há qualquer dúvida que Juarez Tavares, com sua Teoria Crítica do Delito, “traz uma inquestionável explosão otimista de ar fresco àqueles que, as vezes, se sentem esmagados pela multiplicação de racionalidades regressivas em nosso saber”<sup>293</sup>.

### 3.3 UM ENCONTRO DE PERSPECTIVAS ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA EXIGIBILIDADE

Apresentados os aportes teóricos acima, não se pode negar que Tomás Salvador Vives Antón e Juarez Tavares, mesmo diante de suas reconhecidas diferenças metodológicas, contribuem para as discussões acerca da necessidade de maior racionalização da dogmática penal; especialmente por meio das considerações relativas à concepção significativa de conduta e

---

<sup>289</sup> Ibidem, p.455.

<sup>290</sup> Tal consideração, aparentemente, aproxima-se ao entendimento de Günther Jakobs relativo ao tipo positivo e negativo de culpabilidade, entretanto, enquanto na percepção de Jakobs a separação seria feita dentro dos próprios elementos tradicionais (a exigibilidade estaria a compor o tipo negativo de culpabilidade), na concepção de Tavares, o elemento negativo da culpabilidade seria a nova categoria da responsabilidade.

<sup>291</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.511.

<sup>292</sup> Ibidem, p.535.

<sup>293</sup> Prefácio de Eugénio Raúl Zaffaroni em: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.24.

adequada justaposição da exigibilidade de conduta diversa, efetuadas por Vives Antón, e concernentes à reunião dos juízos de tipicidade e antijuridicidade, no modelo de Tavares.

Tais contribuições são essenciais num processo de racionalização do sistema jurídico-penal, na medida em que: a) um conceito jurídico desontologiciza a ideia de conduta, viabilizando a sua adequabilidade para as mais diversas modalidades comissivas ou omissivas, ao reconhecer que inexistente uma ação pré-jurídica, já que esta só se torna penalmente relevante ao ser valorada<sup>294</sup>; b) a retirada das causas de inexigibilidade do setor da culpabilidade evita uma incongruência sistêmica ao reconhecer que “o juízo de valor que se realiza a respeito da exigibilidade de conduta diversa diz respeito a situação de fato em cotejo com a atitude do agente e não às suas condições pessoais gerais ou específicas de compreensão”<sup>295</sup>; c) a unificação da tipicidade e da antijuridicidade aproxima a dogmática penal à moderna Teoria do Direito e à adequada forma de enfrentamento das suas antinomias.

Entretanto, até mesmo em face das conclusões advindas do capítulo anterior e das considerações apontadas no início deste capítulo, alguns aspectos das teorias de Vives Antón e Juarez Tavares não têm como ser aqui incorporados, devendo ser compreendidos, com a devida vênia, como pontos de discordância desta investigação.

Quando se nota a abordagem teórica de Vives Antón, apesar da coerência e racionalidade das ideias defendidas, mesmo diante de filtros de pretensão de validade, percebe-se o uso do sistema “regra/exceção” na distinção entre tipicidade (pretensão de relevância) e antijuridicidade (pretensão de ilicitude), que resulta incompatível com uma Teoria do Direito<sup>296</sup>, que já resolve as questões das antinomias por meio da identificação de normas de exceção e construção de norma única. Como esclarecido no início do capítulo, não parece correto afirmar que um direito (decorrente de causa permissiva) possa afastar um dever (representado pela norma incriminadora), restando mais coerente defender, diante da incidência de causa permissiva, a adequação de uma única norma de exceção.

---

<sup>294</sup> ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p.64.

<sup>295</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p.503.

<sup>296</sup> Assiste razão a Chamon Junior ao afirmar que o Direito tem um tempo próprio e a dogmática do Direito penal não acompanhou o tempo do próprio Direito. E mais: é necessário notar que as consequências desse não-acompanhamento são arriscadas e já foram observadas ao longo da evolução da Teoria do Delito: são realizadas interpretações e erigidas teorias totalmente “truncadas” e incoerentes com o pano de fundo (teórico e jurídico) compartilhado, que são incapazes de garantir sustentabilidade argumentativa (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.189).

Isso significa que, para alcance de uma maior racionalidade, o primeiro elemento do conceito analítico de crime precisa partir do exame acerca da existência – ou não – de uma conduta violadora de uma norma proibida e contrária à ordem jurídica em sua totalidade. Será exatamente a não identificação de uma conduta com esta característica que será representada pela adequabilidade de uma norma de exceção; ou seja, pela incidência de um preceito permissivo ou de uma causa permissiva supralegal.

Essa aproximação entre dogmática penal e Teoria do Direito precisa ser efetuada, portanto, por meio da unificação dos tradicionais juízos da tipicidade e antijuridicidade numa categoria única, a fim de que seja incorporado o princípio básico da não contradição. Deste modo, a relação entre tipo permissivo e tipo incriminador dependerá, tão somente, do fato da norma permissiva incidir ou não diretamente sobre a norma proibitiva.

Tal correção, como visto anteriormente, é efetuada por Juarez Tavares nas suas Teoria do Injusto Penal e Teoria Crítica do Delito, nas quais defende que tipicidade e antijuridicidade deverão incorporar a categoria do injusto penal, sob pena de conduzir ao “desmoronamento do sistema de legalidade que deve presidir o Direito penal”<sup>297</sup>. Aduz Tavares que

a caracterização de uma conduta como adequada à ordem jurídica deve produzir efeito no âmbito da própria relevância penal dessa conduta, a qual é extraída do princípio da legalidade, que fundamenta a sua descrição em uma lei escrita, como também de seu confronto com a ordem jurídica, em sua totalidade<sup>298</sup>.

Contudo, analisando a percepção dogmática de Tavares, nota-se que, apesar do acerto na adoção de um conceito bipartido de crime e da aproximação da seara jurídico-repressiva às outras ciências do Direito, dois aspectos precisam ser afastados, notadamente diante das conclusões que já foram alcançadas na presente investigação. Em primeiro lugar, a antecipação da imputabilidade penal para o injusto, até então, não pode ser admitida, pois culmina na impossibilidade de aplicação de medidas de segurança aos inimputáveis portadores de doença mental e, conseqüentemente, numa negação de *lex lata*. Noutras palavras, a transferência da imputabilidade para o injusto penal não encontra espaço diante de um sistema vicariante, já que, eliminar o caráter injusto do fato nos casos de inimputabilidade por doença mental, geraria uma incongruência sistêmica em face da possibilidade de aplicação de sanção criminal (medida de segurança) desassociada da prática de um fato

---

<sup>297</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.113.

<sup>298</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.347.

ilícito<sup>299</sup>. Em segundo lugar, a incorporação dos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima no setor da culpabilidade, associada a adoção de um juízo de culpabilidade pautado numa nova perspectiva do “poder agir de outro modo”, não pode ser aqui admitida, pois implicaria a utilização de critério empírico no segundo elemento do fato punível, incompatível com a perspectiva argumentativa defendida nos capítulos anteriores e com as conclusões acerca do espaço de incidência do princípio da proporcionalidade, que igualmente já foram apresentadas. Nesse diapasão, lembre-se que, anteriormente, foi afirmado que, com o reconhecimento do princípio da exigibilidade, a atuação da proporcionalidade é concebida sobre a punibilidade e não sobre o caráter criminoso do fato.

Diante de erros ou acertos – ou melhor, compatibilidades ou incompatibilidades –, o escopo, nesse momento, passa a ser começar a responder à segunda indagação efetuada no início desse capítulo: o princípio da exigibilidade pode ser utilizado para reestruturar o sistema jurídico-penal em busca de uma maior racionalidade?

De fato, como princípio de direito, a exigibilidade assume, na seara do Direito penal, importante papel em toda Teoria do Delito, possuindo claros influxos político-criminais na interpretação das diversas categorias do crime e das suas conseqüentes hipóteses de incidência e afastamento. Isso porque, sua admissão como princípio, culmina na redefinição da relação entre o sujeito de direito e dever de punir estatal, a partir da inserção, em cada elemento do conceito analítico de crime, de critérios hermenêuticos derivados da consideração do direito como um sistema de princípios, da eleição do método argumentativo para a interpretação normativa e, principalmente, da opção constitucional por um modelo democrático social.

Note-se que uma alteração dos métodos interpretativos tradicionais proporciona, “por meio do aperfeiçoamento da investigação da linguagem, o aparecimento de uma hermenêutica filosófica, que não se limita a traçar técnicas de interpretação da linguagem para alcançar os conceitos, senão técnicas de compreensão”<sup>300</sup>. Como ressalta Vives Antón, “deixar de lado alguns preconceitos filosóficos e começar a valer-se do uso comum da linguagem e do senso

---

<sup>299</sup> Nesse sentido, Tavares sugere uma solução de *lege ferenda* dirigida à renúncia das medidas de segurança e substituição por internações de natureza cível, o que já encontra embasamento em orientações da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, na qual se determina que “as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano”. O problema é que o objetivo desta investigação é trabalhar com uma nova forma de compreensão da norma vigente e a questão dos doentes mentais é muito diferente das situações de inimputabilidade pela menoridade, em que há uma renúncia legal referente à adoção do sistema jurídico-penal.

<sup>300</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.33.

comum nos colocaria, talvez, diante dos autênticos problemas que afetam o princípio da culpabilidade, que não são tanto conceituais quanto de vigência e realização”<sup>301</sup>.

Como a aplicabilidade prática de um novo método interpretativo – sugerido por adeptos da filosofia analítica – é dificultada pelo excesso de tradicionalismo do aplicador do direito, consoante já afirmado, caberá ao princípio da exigibilidade funcionar como um duto condutor das conclusões da hermenêutica filosófica para a ciência do Direito, especialmente para o Direito penal. Deste modo, a exigibilidade irá impor um exame crítico-argumentativo das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito, fornecendo espaço para a indispensável avaliação da realidade social do crime e colocando, no ponto de partida, o indivíduo e, no seu centro, a justiça.

É inquestionável que, como o Direito penal não é “puro fenômeno de poder”, será necessário verificar, especialmente num Estado Democrático de Direito, a racionalidade valorativa dos enunciados jurídico-penais concretos, assim como a adequabilidade das escolhas do aplicador do direito diante de normas *prima facie* válidas e peculiaridades do contexto fático. Tal atividade hermenêutica pode ser efetuada através da aplicação do princípio da exigibilidade.

A ideia de exigibilidade permite, assim, que o Direito seja assumido como uma “unidade, um sistema normativo de ação que há, no sentido da Teoria do Discurso, que ser compreendido como um sistema idealmente coerente de princípios”<sup>302</sup>. Afinal, interessa muito mais a vigência dos princípios constitucionais do que a elaboração de um sistema de regras – ou seja, de mais um dogma – que reflita uma estrutura objetiva e inevitavelmente fictícia.

A falência dos dogmas do positivismo científico, jurisprudência de valores, ontologicismo e funcionalismo já demonstrou, a margem de dúvidas, que não há mais lugar para a construção de uma Teoria do Delito desatrelada de um claro compromisso com os princípios constitucionais do Estado de Direito e com o sistema democrático como condicionante de uma sociedade pluralista e aberta<sup>303</sup>. Ademais, já está patente que a ideologia constitucional e o respeito aos princípios do Estado de Direito impõem que a pessoa do autor seja elevada ao primeiro plano do Direito penal e que as diversidades sociais sejam reconhecidas – e não meramente aceitas – dentro de um sistema que aspire legitimidade.

---

<sup>301</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. O princípio da culpabilidade. In: **Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal**, v.2, n.2, jan/jul, 2010, p.35-64. Curitiba: FAE, 2010, p.62.

<sup>302</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.197.

<sup>303</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.18.

Como não se pode negar que um Estado Democrático de Direito é incompatível com a objetivação humana no processo de imputação de responsabilidade penal, a Teoria do Delito só terá significado se estabelecer critérios que possam limitar o dever – e não poder – de punir do Estado, a partir da análise dos elementos da norma criminalizadora em função da proteção do sujeito. Nesse aspecto, uma mudança de perspectiva é realmente cogente, na medida em que, como “raramente se presencia no discurso penal uma discussão mais ampla sobre a relação entre sujeito e o poder punitivo”, parece que, diante do Estado, o sujeito não existe, chegando a ser tratado, inclusive, como mero “subsistema do sistema jurídico”<sup>304</sup> (como efetuado por Günther Jakobs).

Em face de todos esses fatores, propõe-se uma reformulação sistêmica que, mesmo reconhecendo a impossibilidade de alcance de uma perfeita racionalização, não renuncie a subjetividade humana, abrigue a indispensável dimensão do justo, estabeleça limites ao normativismo e à consideração de dados empíricos e forneça espaço para os apontamentos levantados pela criminologia e política criminal.

Acredita-se, destarte, que um novo modelo dogmático pode ser alcançado através da utilização do princípio da exigibilidade como condutor das contribuições da filosofia da linguagem no processo de racionalização do Direito Penal. Enfim, como será a seguir demonstrado, com o reconhecimento do caráter principiológico, outorga-se utilidade funcional à exigibilidade de conduta diversa para estabelecer os limites do tipo penal, delimitar o alcance das “causas de atipicidade” e das “causas de justificação”<sup>305</sup> e contribuir para o estudo do fundamento e das causas de exclusão da culpabilidade, especialmente ao viabilizar, diante da compreensão dos fenômenos jurídicos, um exame holístico entre as normas, a realidade social e o contexto fático do crime.

---

<sup>304</sup> Ibidem, p.135.

<sup>305</sup> Esses termos tradicionais serão revistos no próximo capítulo e estão sendo aqui indicados apenas para viabilizar a compreensão.

#### 4 UMA RELEITURA DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Como já é perceptível, dentre os campos científicos, o da dogmática jurídico-penal talvez seja aquele que, efetivamente, mais pode se beneficiar com as novas contribuições crítico-reconstrutivas decorrentes da filosofia da linguagem e da consideração da exigibilidade como um princípio de direito, especialmente no âmbito da indispensável revisão da Teoria do Delito, que, há muito tempo, vem impondo o alcance de uma maior racionalidade. Isso porque, como aduz Fernando Galvão, “a exigibilidade é o princípio maior que deve orientar a interpretação e aplicação das normas penais”<sup>306</sup>.

De fato, considerar a exigibilidade como princípio, adotar um método argumentativo e defender a existência de uma compreensão holística da norma criminalizadora – através da coordenação da lei e dos comportamentos concretamente praticados –, impõe uma revisitação da tradicional tríade que determina a sistemática jurídico-penal, que é sabidamente incompatível com os fundamentos dogmáticos ora defendidos.

Sendo assim, em face das necessidades que precisam ser supridas pela Teoria do Delito, bem como da constatação de que as vertentes dogmáticas tradicionais, apesar das suas reconhecidas conquistas, não atingiram a almejada legitimidade, duas perguntas ainda precisam ser respondidas na presente investigação: a) de que forma o princípio da exigibilidade pode ser utilizado para reestruturar um sistema jurídico-penal que venha a atender aquelas finalidades?; b) qual a função especial, exercida pela exigibilidade, no âmbito da Teoria do Delito, que pode servir para afastar as incompatibilidades já reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente? Para responder a tais indagações, resta imperioso apresentar, a partir deste momento, as características do modelo que está sendo aqui proposto<sup>307</sup>.

---

<sup>306</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.421.

<sup>307</sup> Ressalte-se, inicialmente, que alguns pontos tratados nesse capítulo foram objeto de análise anterior desta pesquisadora, em sede de dissertação de mestrado, defendida, no ano de 2015, junto à Universidade Federal da Bahia. Todavia, em razão de mudança de entendimento ao longo das pesquisas, são apresentados na presente pesquisa de forma diversa daquela exposta, de forma superficial, na investigação acadêmica anterior. Aliás, exatamente por essa mesma razão, aspectos referentes aos influxos do princípio da exigibilidade no conceito analítico de crime não foram incluídos na obra “Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo”, publicada em 2018, que se reservou a apresentar apenas a evolução histórica da exigibilidade na Teoria do Delito e a sugerir a adoção de uma percepção principiológica, que poderia servir para a necessária revisitação do conceito analítico de crime.



#### 4.1 O CONCEITO BIPARTIDO DE CRIME: CRIME COMO UM FATO INJUSTO E CULPÁVEL

Como cediço, dentre os diversos aportes teóricos da Teoria do Delito, é possível identificar a utilização de modelos bipartidos, tripartidos ou, até mesmo, quadripartidos para a compreensão analítica do conceito de crime. A maioria da doutrina nacional, representada ou influenciada pelo “eterno” e “inquestionável” sistema finalista, sempre defendeu a tríade “tipicidade – antijuridicidade – culpabilidade” como a forma adequada de definir e estudar o crime. Contudo, mesmo no Brasil, não faltaram adeptos de uma visão bipartida (decorrente da transferência da culpabilidade para a Teoria da Pena) – a exemplo de René Ariel Dotti<sup>308</sup> e de Damásio de Jesus<sup>309</sup> – ou de uma concepção quadripartida do delito (relacionada à incorporação da punibilidade no âmbito do fato criminoso) – como é o caso do modelo proposto por Luiz Flávio Gomes<sup>310</sup>. Ocorre que, especialmente em decorrência das considerações apresentadas e conclusões já alcançadas, não parece adequada a utilização de nenhum dos aportes aqui indicados.

Num sistema quadripartido – que define o crime como um fato típico, antijurídico, culpável e punível – observa-se uma verdadeira confusão entre a Teoria do Crime e a Teoria da Pena. Isso porque, as condições positivas de punibilidade (escusas absolutórias) e as condições negativas de punibilidade, assim como as suas causas extintivas, representam apenas opções político-criminais de aplicação ou não de uma sanção criminal, que não afirmam ou suprimem o caráter ilícito do fato, não atingem o grau de reprovabilidade pessoal e, tampouco, geram repercussões em outros ramos do Direito. Por exemplo, o fato de um filho furtar a própria mãe exclui a sua punibilidade, mas não inviabiliza eventual reparação cível.

Da mesma forma, se mostra absolutamente incoerente a já repelida separação entre tipicidade e antijuridicidade, tendo em vista a imprescindível observância do princípio da não contradição e a necessidade de adoção de uma adequada forma de enfrentamento de antinomias na Teoria do Direito. Com afirmado no terceiro capítulo, um comportamento não

---

<sup>308</sup> Cf. DOTTI, René Ariel. **A posição sistemática da culpabilidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>309</sup> Cf. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>310</sup> Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: fundamentos e limites do Direito Penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 621-623. No mesmo sentido, verifica-se, na Itália, a doutrina de Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale: nozione, struttura e sistemática del reato**. Milão: Giuffrè Editore, 1995).

pode ser considerado simultaneamente como permitido e proibido, pois, além de representar a atribuição de valores bivalentes para uma única conduta e de denotar a utilização de método interpretativo meramente contemplativo (num sistema regra/exceção), implica numa renúncia ao fato de que os tipos penais apenas descrevem fatos *a priori* proibidos ou permitidos e de que somente argumentações travadas no discurso é que poderão confirmar o pretense juízo de adequabilidade normativa.

Explique-se: como a proibição ou permissão de determinado comportamento apenas será aferida no caso concreto, não se pode defender uma “ilicitude penal” independente, pois somente existem duas possibilidades para a análise de um comportamento, que sempre irá depender da identificação da adequabilidade de norma(s) *a priori* válida(s) a um caso concreto: ser considerado lícito (conforme o direito) ou ilícito (contrário ao direito).

Como cediço, Welzel critica a reunião entre tipicidade e antijuridicidade, aqui defendida, afirmando que a conduta de matar alguém em legítima defesa (justificada) não possui o mesmo desvalor da conduta de matar uma mosca (atípica)<sup>311</sup>, de modo que ambas as situações não poderiam ser postas no mesmo plano de desvalorização. Ocorre que não se fala aqui na existência de um tipo positivo (tipicidade) e negativo (antijuridicidade ou ilicitude) de injusto; ou seja, de uma doutrina de circunstâncias negativas do tipo, que desconhece a significação independente dos preceitos permissivos. Não se fala num “tipo total de injusto” simplesmente porque as normas que estabelecem os preceitos permissivos são normas autônomas e não simples limites ao imperativo decorrente das normas proibitivas<sup>312</sup>.

Por isso, defende-se, tão somente, a necessidade de enfrentamento dos tipos incriminadores e dos preceitos permissivos dentro de uma mesma categoria, a fim de que, antes de que seja afirmada a ilicitude da conduta (numa forma de presunção), seja identificada a norma, aprioristicamente válida, efetivamente mais adequada ao caso concreto (incriminadora ou permissiva), evitando que sejam atribuídos valores contraditórios a um único comportamento.

Decerto, a ilicitude se relaciona valorativamente com o tipo penal, de modo que, como aduz Juarez Tavares, “a relação entre tipicidade e antijuridicidade é tão estreita que o injusto penal

---

<sup>311</sup> WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução De José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: BdeF, 2011, p.92.

<sup>312</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 1999, p.452. Na realidade, a defesa por um “tipo total de injusto” está mais relacionada a uma tentativa de novo enfrentamento da teoria do erro, igualando as consequências entre erro de tipo e erro de proibição, considerados como erros penalmente relevantes a serem enfrentados no âmbito do injusto penal.

deve ser considerado como um todo”<sup>313</sup>. Portanto, a conclusão a ser atingida só pode ser uma: não há como adotar a tríade tradicional (tipicidade – antijuridicidade – culpabilidade), tampouco um modelo bipartido pautado exclusivamente nesses dois juízos, na forma regra (tipicidade) e exceção (antijuridicidade).

Ademais, num sistema bipartido que define o crime como um fato típico e antijurídico, há ainda uma outra imprecisão dogmática, decorrente da supressão da categoria da culpabilidade do âmbito da Teoria do Delito. Isso porque, a culpabilidade não pode ser compreendida como mero pressuposto para a imposição da sanção penal (responsável pela correlação do agente à punibilidade), principalmente sob uma justificativa legislativa. Asseverar, como feito por Damásio de Jesus<sup>314</sup> e René Ariel Dotti<sup>315</sup>, que a culpabilidade não é elemento do crime porque o legislador ordinário teria utilizado os termos “não constitui crime” e “não há crime” apenas na indicação de causas de exclusão da tipicidade e antijuridicidade, enquanto teria reservado as terminologias “é isento de pena” e “não se pune” para as hipóteses exculpantes, é desconsiderar completamente as modernas conclusões da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito, assim como a falta de sistemática e notória imprecisão técnica do legislador brasileiro nas terminologias empregadas.

Perceba-se, nesse diapasão, que não são raras as vezes que o aplicador do direito se depara com incorreções e impropriedades terminológicas na legislação penal brasileira, seja no âmbito da Teoria da Pena (na qual causas de aumento são chamadas de qualificadoras, como no art. 127 do Código Penal) ou na própria Teoria do Crime (na qual as expressões indicadas no parágrafo anterior são dispostas de forma aleatória ou, até mesmo, como equivalentes). Note-se, por exemplo, que o art. 20, §1º, do Código Penal – que se vale da expressão “é isento de pena” para estabelecer uma hipótese de erro sobre as discriminantes putativas fáticas – é inegável causa de exclusão da tipicidade decorrente de erro sobre tipo permissivo. Logo, concordar com a tese de Damásio e Dotti, lastreada no limitado fundamento legislativo, culminaria na conclusão de que, diante da expressão selecionada pelo legislador no mencionado art. 20, §1º, do Código Penal, o elemento tipicidade também representaria mero pressuposto da aplicação da pena, extrínseco à definição do crime, o que seria, sem dúvida, a ruína do sistema jurídico-penal pautado no princípio da legalidade.

---

<sup>313</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.102.

<sup>314</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>315</sup> DOTTI, René Ariel. **A posição sistemática da culpabilidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Ademais, não se pode ignorar que o argumento relativo à terminologia legislativa para justificar o deslocamento da culpabilidade para a Teoria da Pena, representa uma opção pela rasa e inútil análise sintática das expressões eleitas pelo legislador, o que é, inclusive, incompatível com a rica e complexa interpretação pragmática aqui defendida, não tendo, portanto, como prosperar. Denota, ainda, um problema de *lege lata* – pois a orientação teórica do Código Penal indica que não existe crime sem culpabilidade – e de violação constitucional – já que estaria a se afirmar a existência de crime desassociada às considerações sobre a pessoa, de modo a desprezar a dignidade humana como princípio reitor do sistema jurídico.

Destarte, revela-se mais racional a opção por um conceito bipartido para o estudo do crime – diverso aos moldes acima afastados –, a fim de que o delito seja compreendido como um **fato injusto e culpável**, em decorrência da unificação das categoriais da tipicidade e antijuridicidade no âmbito da nova categoria do injusto penal, na forma defendida por Juarez Tavares, desde sua clássica obra Teoria do Injusto Penal.

Na referida obra, Tavares ainda acrescenta que,

tanto o tipo quanto a antijuridicidade se submetem ao mesmo crivo para verificar se, desde logo, a incriminação da conduta é ou não, no seu todo, independentemente de sua previsão legal, incompatível com a ordem democrática. Se a conclusão for afirmativa, a conduta deverá ser considerada lícita, de vez que sua proibição ou determinação constitui uma manifestação de abuso do poder de punir<sup>316</sup>.

Fala-se, assim, no emprego do termo “antijuridicidade” (ou ilicitude) como um adjetivo e da expressão “injusto” como um substantivo. Nesse aspecto, o próprio Welzel assevera que a antijuridicidade é uma mera relação (uma contradição entre dois membros de uma relação), enquanto o injusto é algo substancial: a conduta antijurídica mesma<sup>317</sup>. Em sentido similar, aduz Roxin que os conceitos sistemáticos penais de “antijuridicidade” e “injusto” se distinguem porque a antijuridicidade designa uma propriedade da ação, a saber, sua contradição com proibições e mandamentos do Direito penal; ao passo em que por injusto se entende a própria ação típica e antijurídica, ou seja, o objeto de valoração da antijuridicidade com seu predicado de valor<sup>318</sup>.

É exatamente a partir desse modelo bipartido, que deverão ser examinados os elementos do crime, com o escopo de verificar a realização – ou não – de uma conduta antijurídica (no

<sup>316</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.163.

<sup>317</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4.ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p.61-62.

<sup>318</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p.557-558.

injusto) e a possibilidade – ou não – de reprovabilidade pessoal pela desconformidade com o Direito (na culpabilidade), elementos esses que ainda precisam ter os seus conteúdos revisados por meio do reconhecimento do princípio da exigibilidade.

## 4.2 A CATEGORIA DO INJUSTO PENAL COMO PRIMEIRO ELEMENTO DO FATO PUNÍVEL

Não há dúvida de que o afastamento da tríade tradicional (tipicidade – antijuridicidade – culpabilidade) para adoção do modelo bipartido – no qual o crime é considerado como um fato injusto e culpável –, demanda esclarecimentos essenciais, não apenas relativos à reinterpretação do binômio tipicidade-antijuridicidade (na forma efetuada por Juarez Tavares) e do conteúdo do primeiro elemento do fato punível, como também sobre a especial função que deve ser exercida pela exigibilidade de conduta diversa na dogmática jurídico-repressiva.

Com efeito, nesse momento, resta necessário compreender o injusto penal, a primeira categoria do fato punível do modelo aqui proposto – na qual estarão incorporados elementos das três categorias delitivas tradicionalmente defendidas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) –, a fim de verificar como deverá ser concebida a antecipação de elementos na Teoria do Delito (de forma diversa àquela teorizada por Tomás Salvador Vives Antón<sup>319</sup>), que também possuirá consequências jurídicas e irá impor uma releitura crítico-argumentativa do sistema penal e do seu respectivo âmbito processual .

### 4.2.1 Injusto como antinormatividade e antijuridicidade de uma conduta: uma visão argumentativa unitária

O injusto penal, como primeiro elemento do fato punível, não apenas impõe a reunião – ou unificação – entre os tradicionais juízos da tipicidade e antijuridicidade, como também exorta

---

<sup>319</sup> Como apresentado no terceiro capítulo, Vives Antón propõe a análise da validade normativa em quatro níveis de pretensão: relevância (tipicidade formal e antijuridicidade material), ilicitude (antijuridicidade formal), reprovabilidade (culpabilidade) e de punibilidade/ necessidade da pena (proporcionalidade). Nesse modelo, a transferência das “causas de exculpação” para a pretensão de ilicitude como “permissões fracas” representa, verdadeiramente, uma valiosa contribuição na antecipação de elementos do fato punível. Contudo, a proposta defendida na presente investigação, especialmente em razão da reunião da tipicidade e antijuridicidade na mesma categoria (no injusto penal), mostra-se ainda mais favorável ao réu, em decorrência da possibilidade de examinar componentes tradicionalmente pertencentes à culpabilidade já no primeiro elemento do fato punível.

uma ponderação acerca da (in)adequação dos termos empregados. Isso porque, a superação do raciocínio “regra/exceção” impescinde de uma reflexão acerca da (im)propriedade dos signos escolhidos, especialmente em face da clara insuficiência da atividade de subsunção.

Consoante esclarecido por Zaffaroni, na doutrina finalista tradicional, parece que, com a mera afirmação de tipicidade, se deduz a violação de uma norma e, com isso, a contrariedade de uma conduta com o ordenamento jurídico (antijuridicidade). Conclusão esta que não é muito diferente daquela alcançada pela moderna construção teórica de Vives Antón, já que a diferenciação entre pretensão de relevância (pretensão de verdade + pretensão de ofensividade) e pretensão de ilicitude, apesar de minimizar, não corrige o equívoco finalista. Se a pretensão de relevância indica a ocorrência de uma conduta que interessa ao Direito penal e a pretensão de ilicitude a inexistência de causa permissiva (caracterizadora de uma antijuridicidade formal), igualmente se nota uma situação em que a tipicidade (agora associada à ofensividade) representa a contrariedade da conduta ao ordenamento, por mais que o referido professor espanhol, coerentemente, ressalte que a ação, para possuir pretensão de ilicitude, deve consistir numa realização do proibido<sup>320</sup>.

O fato é que tais afirmações apenas seriam verdadeiras se o direito fosse dirigido exclusivamente por normas proibitivas, o que, todavia, se mostra incompatível com um sistema no qual existem normas proibitivas e preceitos permissivos, que não implicam em exceções à tais normas, já que formam com aquelas um jogo harmônico<sup>321</sup>.

Entre normas proibidas e preceitos permissivos não há uma relação de “regra/exceção”, tampouco uma ideia de “norma geral/norma particular”, pois, ambos representam regras aprioristicamente válidas, gerais e particulares de uma só vez: proíbem (em geral) essa conduta (em particular) ou permitem (em geral) essa conduta (em particular)<sup>322</sup>.

Observa-se, assim, que, na afirmação de “tipicidade”, não se conhece ainda a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico, mas apenas a existência de uma norma proibitiva; é dizer, a **antinormatividade** da conduta, que não deve ser confundida com a sua **antijuridicidade**. A

---

<sup>320</sup> VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.492. Acrescente-se, ainda, que, na ótica dessa pesquisadora, não haveria que se falar, como efetuado por Vives Antón, em pretensão de relevância se a antijuridicidade da conduta estará excluída por um preceito permissivo (na pretensão de ilicitude), destituindo aquela mesma conduta de qualquer relevância penal. Aliás, tampouco mostra-se correta a identificação da intenção de violação à norma na pretensão de ilicitude, porque a intencionalidade não pode estar associada ao juízo de antijuridicidade, especialmente porque parece mais adequado afirmar que os elementos subjetivos não são elementos caracterizadores das causas permissivas (o que, como cediço, não se trata de posição doutrinária unânime).

<sup>321</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p.223.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p.224.

antinormatividade indica a contradição de uma conduta com uma norma proibitiva (com um tipo penal incriminador) e a antijuridicidade, a seu turno, representa a contrariedade dessa conduta com o ordenamento jurídico em geral (no qual, harmonicamente, se completam normas proibitivas e preceitos permissivos)<sup>323</sup>.

Sendo assim, a conduta se individualiza no tipo porque implica uma contradição com a norma proibitiva e uma afetação do bem jurídico tutelado (antinormatividade), criando, segundo Zaffaroni, uma presunção de antijuridicidade (de violação completa à norma), que pode ser destruída com a constatação de presença de um preceito permissivo<sup>324</sup>. Desta forma, enquanto o tipo penal descreveria a conduta proibida, a ilicitude determinaria uma relação de contradição entre essa conduta e a totalidade da ordem jurídica<sup>325</sup>.

Ocorre que, apesar da coerência dos termos empregados por Zaffaroni, diante das conclusões advindas da filosofia da linguagem e de uma moderna perspectiva da Teoria do Direito, conforme já havia sido antecipado, não se mostra razoável defender a existência de juízos distintos – analiticamente independentes – em que uma norma de direito (preceito permissivo) venha a excluir uma norma de dever (tipo incriminador). Mesmo porque, a infração penal pressupõe não apenas o comportamento objetivamente desvalorado como indesejado, como também uma vontade consciente do sujeito à qual pode se dirigir o mandato normativo<sup>326</sup>. Deste modo, caberá a uma única categoria, o injusto penal, reunir a análise da antinormatividade e da antijuridicidade de uma conduta para avaliar a adequabilidade de uma norma proibitiva ou de uma norma permissiva diante das peculiaridades do caso concreto.

Assim, no injusto penal, deverá ser efetuado um exame conglobado das opções silogísticas do aplicador do direito, a fim de que sejam apreciadas, de forma coerente, todas as normas dispostas no ordenamento jurídico (proibitivas e permissivas), *a priori* válidas para a situação específica, determinando aquela(s) adequada(s) à situação fática analisada. Caso contrário, se estaria diante de uma incoerência sistêmica, decorrente da utilização do raciocínio matemático “regra/exceção” numa ciência do dever ser.

Não se pode falar, por exemplo, que “matar alguém” é proibido e que a legítima defesa exclui a ilicitude do fato. O fato de se agir em legítima defesa caracteriza um direito a uma conduta que, enquanto tal, é lícita. Logo, “matar alguém” é apenas, em princípio, uma conduta

---

<sup>323</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>324</sup> Ibidem, p.226.

<sup>325</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.116.

<sup>326</sup> MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividade en Derecho Penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 31 jan. 2019, p.7.

proibida, pois será apenas diante da concretude do caso que a dúvida acerca da proibição ou permissão de uma conduta poderá ser superada; ou seja, que os sentidos das normas serão reconstruídos. Nota-se, assim, que a constatação da adequabilidade de preceitos permissivos indica que outras normas – que não aquela que instituiu determinada conduta como em princípio proibida – é que terão que ser assumidas como concretamente adequadas ao caso (jamais como excludentes da ilicitude)<sup>327</sup>.

Verifica-se, em face de tudo que já fora analisado, que o equívoco do termo “excludentes de ilicitude” é patente, haja vista que as causas de justificação, como “permissões”, não irão excluir o sentido ilícito da conduta; mas apenas impedir a formulação desse mesmo juízo. Diante da adequabilidade de um preceito permissivo, o fato já “nasce” lícito, não podendo pretender enxergar, no mesmo, uma conduta ilícita cuja ilicitude foi posteriormente excluída. Dessa maneira, as “causas permissivas” são, em princípio, causas que podem impedir o juízo de ilicitude, mas não o excluir<sup>328</sup>.

Explicando de forma mais clara: como, adotando premissas da filosofia da linguagem, normas jurídicas são *prima facie* aplicáveis, o juízo definitivo acerca da permissão/proibição de determinada conduta só poderá ser elaborado em face de um caso concreto, a partir do qual todas as normas serão tidas como tão-somente *prima facie* aplicáveis e, em seguida, será identificada a norma a ser aplicada, porque àquele e naquele caso adequada<sup>329</sup>.

As normas *prima facie* aplicáveis são analisadas, conseqüentemente, como “uma razão para” ou “uma razão contra” um julgamento particular<sup>330</sup>. Sob essa perspectiva, estabelecem-se os limites da fronteira entre o fato lícito e o fato ilícito, a partir de um processo de criação do próprio delito, por meio da linguagem, da “atribuição de determinado sentido (seja esse positivo ou negativo) ao conteúdo do comportamento, sob a perspectiva do significado atribuído ao texto legal”<sup>331</sup>. Isso significa que “a proibição que o tipo contém deve ser

---

<sup>327</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.16.

<sup>328</sup> Ibidem, p.197.

<sup>329</sup> Ibidem, p.143.

<sup>330</sup> GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.6. São Paulo: USP, 2000, p.91.

<sup>331</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.36.



interpretada à luz do Direito e do Direito penal como um todo, e não isoladamente, naquilo que o seu enunciado contém”<sup>332</sup>.

A partir da Teoria do Discurso, como já foi possível observar, facticidade não se confunde com validade, de modo que, o fato de uma norma – no caso, um tipo penal incriminador – ser considerada a princípio válida, não implica diretamente na sua incidência no caso concreto. É a descrição da situação concreta que completará a situação abstrata posta na norma de pretensão universal. Noutras palavras, é essa descrição do fato concreto que permitirá o exame da (in)adequação da conduta e da exigibilidade de um comportamento abstratamente exigível, inferindo-se, aqui, portanto, um primeiro aspecto da relevância do princípio da exigibilidade na primeira categoria do fato punível.

Em vista disso, a afirmação da existência de um injusto penal somente se completa quando a conduta antinormativa não for justificada pelos preceitos permissivos, que igualmente compõem o ordenamento jurídico pretensamente coerente. É dizer, como o injusto penal passa a ser apreendido através da existência de um fato antinormativo e antijurídico (ou ilícito), a afirmação de uma conduta penalmente injusta implica na confirmação de existência de uma conduta ilícita, que apenas poderá ser assim valorada após critério hermenêutico de verificação de adequabilidade de normas proibitivas aprioristicamente válidas e conclusão pela inadequação de preceitos permissivos.

Concede-se, conseqüentemente, uma certa uniformização do conceito de “fato ilícito” com outros ramos do Direito. Uma “padronização” necessária e essencial, porque, não se pode olvidar que “o conceito de ilicitude é uno e referente ao Direito, ao sistema idealmente coerente de princípios”<sup>333</sup>. Aliás, o próprio Welzel já afirmava que existe apenas uma antijuridicidade unitária e que todas as matérias de proibição, reguladas nos diversos setores do Direito, são antijurídicas para todo o ordenamento<sup>334</sup>.

Como se sabe, adotando um conceito unitário de ilicitude, todo fato ilícito (penalmente ou não) – violador do direito – irá gerar o dever de reparação civil do dano. Sendo assim,

---

<sup>332</sup> Prefácio de Paulo Queiroz em: LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal**: a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p.XIV.

<sup>333</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.199.

<sup>334</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. 4.ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 62. Essa visão unitária é também defendida por Mezger, segundo o qual “*el tipo jurídico-penal no es, por tanto, una especie del injusto circunscrito a la esfera especial del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito de Derecho Penal representa una contradicción con el Derecho*” (MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, t.I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.375).

considerando que, nos termos do art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”<sup>335</sup>, a conclusão pela existência ou não de ilícito penal possuirá implicações cíveis diretas, como será oportunamente examinado.

#### 4.2.2 Inadequação da distinção entre tipicidade formal, material e conglobante

Diante das considerações expostas nessa sessão, especialmente em face das conclusões advindas da Filosofia da Linguagem, já é possível observar que a distinção acadêmica entre tipicidade formal, tipicidade material e tipicidade conglobante, assim como entre tipo e tipicidade, perdem o sentido e passam a não ser mais tão necessárias.

Como cediço, nos tradicionais estudos do Direito penal, a expressão “tipo” costuma ser utilizada como descrição da lei acerca do conteúdo das normas, como fórmula legal de uma conduta abstrata de relevância penal<sup>336</sup>, enquanto a palavra “tipicidade” é dirigida à identificação de uma conduta violadora à norma, que deverá ser valorada. Nesse sentido, a tipicidade formal passa a ser verificada quando há uma perfeita subsunção da conduta à norma incriminadora e a tipicidade material é constatada quando houver relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

Igualmente comum é ouvir falar, na doutrina e na jurisprudência, da chamada tipicidade conglobante, que decorre de contribuições de Eugenio Raúl Zaffaroni na dogmática penal moderna. Visando corrigir a tipicidade penal, Zaffaroni afirma que a tipicidade conglobante consiste “na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa”<sup>337</sup>.

Na construção da Teoria da Tipicidade Conglobante, Zaffaroni observa que “tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma)” e que uma ordem normativa deve ser concebida como um “conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem”, razão pela qual não seria possível admitir que uma “norma ordene o que outra proíbe”<sup>338</sup>. Esclarece, em vista disso, que a análise da tipicidade penal não se esgota na tipicidade legal, sendo

<sup>335</sup> BRASIL. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>336</sup> Tipo penal e norma penal não são sinônimos, pois “o tipo é uma figura conceitual, que descreve formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização destas formas de conduta” (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.74).

<sup>337</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.396.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p.395-396.

necessária a consideração de uma segunda forma de tipicidade (a tipicidade conglobante), estabelecida a luz do tipo legal, conglobado na legislação a que pertence e na norma a que se contrapõe dentro do resto da ordem normativa<sup>339</sup>. A tipicidade conglobante agrega-se à tipicidade legal para a incorporação do critério da antinormatividade, delineando a tipicidade penal ao impedir que uma norma proíba o que outra norma ordene ou fomenta, que incrimine uma conduta que esteja fora do poder repressivo do Estado por disposição constitucional ou, até mesmo, uma lesão insignificante ao bem jurídico<sup>340</sup>.

Como Zaffaroni considera que “uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se ‘desordem’ arbitrária”<sup>341</sup>, verifica-se que a tipicidade conglobante não pode ser tratada como uma terceira espécie de tipicidade, senão como uma correção da própria noção de tipicidade penal, que se aproxima bastante à proposta aqui apresentada, já que acaba refletindo a incidência do critério da exigibilidade na reinterpretação do primeiro elemento do fato punível.

Deveras, tais distinções são meramente acadêmicas e, de certa forma, são ainda mais esvaziadas na presente investigação. Ao analisar o tipo e a tipicidade (como antinormatividade), verifica-se que o efeito de ambos é exatamente o mesmo: “estabelecer os limites de definição de uma conduta criminosa”<sup>342</sup> dentro do processo interpretativo.

Além disso, debruçando-se sobre os fundamentos de Direito penal que podem emanar da filosofia da linguagem, observa-se que o tipo penal não pode ser assumido como um “esquema comum” ou um “quadro meramente regulativo/descritivo”, ou seja, como descrição neutra e não normativa de uma conduta. O tipo penal apenas poderá ser compreendido como sentido da conduta assumida pela norma como em princípio proibida<sup>343</sup>, de modo que todos os seus elementos “são inevitavelmente valorativos (normativos) e não simplesmente objetivos e descritivos”<sup>344</sup>.

Isso significa que interpretar o tipo implica interpretar a norma; ou seja, atribuir sentido normativo, em face de um caso. É a partir do tipo que passa a ser possível reconstruir o sistema normativo. Deve-se, assim, superar a atividade de subsunção e buscar o equilíbrio

---

<sup>339</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p.235.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p.230.

<sup>341</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.395.

<sup>342</sup> TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.101.

<sup>343</sup> CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.14.

<sup>344</sup> Prefácio de Paulo Queiroz em: LOPES, Luciano Santos. *Injusto penal: a relação entre o tipo e a ilicitude*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p.XIV.

reflexivo da norma. Isso porque, adequabilidade normativa não significa o encaixe do fato ao tipo penal, já que este somente poderá ser compreendido por meio das reconstruções do caso concreto e do Direito, através de uma argumentação jurídica.

A partir de uma leitura comunicativa da norma, é possível observar a existência de um amplo tipo de garantia, formado por elementos “valorativamente insuficientes” (*wertgefüllten*) e “plenos de valor” (*wertausfüllungsbedürftigen*). Enquanto os primeiros, tradicionalmente considerados como “elementos normativos”, são acessíveis apenas por meio de uma definição jurídica, ou seja, após valoração subjetiva do juiz; os últimos são aqueles caracterizados pela aparente neutralidade axiológica e acessibilidade por percepção sensível (na linguagem tradicional, definidos como elementos descritivos)<sup>345</sup>.

No caso das diversas formas de tipicidade – formal, material e conglobante – sequer resta necessário, ou mesmo coerente, estabelecer qualquer diferenciação entre elas. Note-se que, considerada como antinormatividade e inserida no injusto penal, a tradicional “tipicidade” deixa de possuir relevância nas suas acepções setorizadas, para representar, como injusto penal, a existência de uma conduta antinormativa e antijurídica com relevância penal.

Percebe-se, com isso, que a caracterização da conduta delitiva não advém da simples comparação entre comportamento e norma, haja vista que ambos pertencem a planos distintos (um ao ser e a outra ao dever ser). Sempre será necessário, diante do ponto de vista adotado, que “a norma e o fato sejam enriquecidos pela compreensão do texto realizada pelo intérprete, que lhe imprime o sentido que quer conferir ao processo de subsunção”<sup>346</sup>. Noutras palavras, não se tem como falar isoladamente em tipicidade formal e material porque se impõe a vinculação dos planos do ser e dever ser pela “compreensão do intérprete, nos âmbitos dos processos de subsunção e – fundamentalmente – de imputação, de modo a imprimir-lhes uma valoração materialmente válida”<sup>347</sup>.

A partir da filosofia da linguagem, portanto, o sentido do tipo penal e do correspondente juízo de tipicidade precisarão ser reconstruídos. A consideração da antinormatividade de uma conduta não pode decorrer de análises isoladas de subsunção fato-norma e relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, senão de uma atividade

---

<sup>345</sup> Utilizada diferenciação estabelecida por Erik Wolf. Cf. WOLK, Erik. *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit: Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*. Breslau: Hirt, 1931.

<sup>346</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

<sup>347</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.36.

hermenêutica, conduzida pelo princípio da exigibilidade, de adequabilidade normativa diante do contexto fático holisticamente valorado com a norma.

Por exemplo, diante da conduta de matar alguém em legítima defesa, não se pode falar em uma conduta formal e materialmente típica cuja ilicitude foi excluída pela previsão legal do art. 25 do Código Penal brasileiro. De igual forma, não se tem como defender uma tipicidade conglobante, na qual, embora seja reconhecida a existência de uma conduta proibida que ao mesmo tempo é permitida pelo direito, incoerentemente se possibilita a afirmação da tipicidade para posterior exclusão de ilicitude. É necessário reconhecer, dentro de um procedimento hermenêutico, operado pelo princípio da exigibilidade, a existência de uma conduta antinormativa (violatória do art. 121 do Código Penal) inadequada a formação de um injusto penal em razão da adequabilidade do preceito permissivo da legítima defesa à situação real posta em análise. Noutras palavras, em face da identificação de duas normas aprioristicamente válidas (artigos 25 e 121 do Código Penal), reconstrói-se o sentido dos tipos penais para reconhecer a adequação da norma permissiva, decorrente da inexigibilidade de uma conduta não violatória ao tipo penal incriminador naquele caso concreto.

Desta forma, não há mais espaço para a separação acadêmica entre tipicidade formal, material e conglobante, mas, tão somente, para o exame, através de critérios hermenêuticos, das causas que irão inviabilizar a formação de um injusto penal, aqui denominadas de “causas de normatividade” e “causas de juridicidade” de uma conduta.

#### **4.2.3 Inexigibilidade pela normatividade e juridicidade: influxos do princípio da exigibilidade no âmbito do injusto penal**

O papel desempenhado pelo princípio da exigibilidade de conduta diversa, no momento da seleção legislativa dos bens jurídicos penalmente relevantes e da tipificação de condutas é inquestionável. O legislador necessita considerar a exigibilidade de uma conduta antes da sua capitulação como crime, sob pena de incriminar comportamentos almejados socialmente ou que ultrapassem as capacidades humanas; deslegitimando, conseqüentemente, o ordenamento jurídico como um todo. Isso significa que condutas manifestadamente inexigíveis – mesmo que contrárias ao Direito – não devem ser penalmente impostas.

Todavia, é imperioso notar que, ainda no âmbito do juízo do injusto penal, o princípio da exigibilidade possui relevante função para a atividade julgadora, na medida em que exorta a

necessidade de realizar uma análise mais abrangente dos tipos incriminadores (ou normas proibitivas). Constitui, assim, importante instrumento de interpretação da antinormatividade e da antijuridicidade penal, além de representar um reforço aos princípios da intervenção mínima e da insignificância, que necessariamente precisam ser reconhecidos.

Isso porque, em razão da incidência do princípio da exigibilidade, será necessário, para impor uma pena, constatar, no fato concreto, que a conduta imposta pela norma era exigível ao sujeito também por razões lógicas derivadas na validade racional da norma – possibilidade de vinculação do sujeito à mesma – e não meramente por razões de imposição coercitiva do Estado (onde se ocultam pretensões expansivas do Direito Penal junto a tentativas autoritárias ocultas, sob a justificação da prevenção geral ou da manutenção da ordem social)<sup>348</sup>.

Tal afirmação indica que, desde o campo de análise da antinormatividade da conduta, o princípio da exigibilidade deve ser considerado pelo julgador, impondo uma interpretação do tipo incriminador em conjunto com as peculiaridades fáticas, sistema normativo, ditames constitucionais e valores de uma sociedade plural, multicultural e em constante evolução. Como instrumento de interpretação – ou *topos* argumentativo –, o princípio da exigibilidade deverá ser utilizado, primeiramente, na verificação da adequação (legitimidade) daquela norma penal incriminadora e, num segundo momento, no exame da efetiva contrariedade de uma norma incriminadora aprioristicamente válida e aceitável diante das peculiaridades do caso concreto.

Para facilitar a compreensão, analise-se, por exemplo, o tipo do art. 304 da Lei nº 9.503/97, que prevê que constitui crime a conduta de: “deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública”<sup>349</sup>. Nesta hipótese, no momento legislativo, o princípio da exigibilidade tem incidência para garantir a legitimidade constitucional da norma incriminadora. Desta forma, para garantia de expectativas sociais válidas, foi necessário reconhecer, normativamente, a possibilidade de existência de situações em que não podia ser exigível ao autor a prestação de socorro – ocasiões que comportem risco de vida ao autor ou que caracterizem uma incapacidade física do mesmo – e foi incorporada a ausência de solicitação de auxílio à autoridade competente como segunda espécie de omissão

---

<sup>348</sup> AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003, p.229-230. É importante destacar que Paz Aguado utiliza a ideia citada em contexto distinto, relacionado à relevância da inexigibilidade na categoria da culpabilidade, ao qual, na linha ora defendida, devem ser redefinições.

<sup>349</sup> BRASIL. Lei nº 9.503 (Código de Trânsito Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

de socorro. Na aplicação da norma, a exigibilidade precisa novamente atuar para auxiliar a verificação da possibilidade de exigir, naquela situação específica do acidente, a prestação de socorro, em casos de morte instantânea, ou a espera no local do acidente, com exposição a perigo, até que seja possível prestar socorro ou solicitar auxílio à autoridade.

No mesmo sentido, é possível examinar o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro – que dispõe que constitui crime “afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”<sup>350</sup> – e o art. 121, §4º, do Código Penal – que estabelece uma causa de aumento para o homicídio culposo quando o agente “foge para evitar prisão em flagrante”<sup>351</sup>. Nestes casos, impõe-se a incidência do princípio da exigibilidade para análise judicial de, até que ponto, pode ser exigido, à pessoa que causou o acidente ou o homicídio, a permanência no local, no aguardo da sua prisão em flagrante, em oposição ao instinto humano de sobrevivência e liberdade. Aliás, na última circunstância, é possível observar que a incidência do princípio da exigibilidade pode conduzir, inclusive, a uma arguição de inconstitucionalidade da norma, especialmente porque a criminalização da “fuga para evitar prisão em flagrante” se contradiz com a própria ideia de dignidade humana, que deve ser preservada infraconstitucionalmente.

A questão é que, a partir das situações indicadas, é possível notar que o princípio da exigibilidade, ao operacionalizar uma interpretação hermenêutica de natureza holística e mais abrangente, contribui para a delimitação dos limites do tipo penal, constituindo uma barreira ao exercício arbitrário do poder de punir estatal<sup>352</sup> e impondo uma avaliação concreta sobre a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como a “observância da função e dos limites do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito que tome os cidadãos não simplesmente como destinatários da norma, mas como participantes do processo comunicativo de sua elaboração”<sup>353</sup>. Afinal, “a atribuição de responsabilidade penal ao indivíduo diante da prática de uma conduta delitativa não pode perfazer-se a partir da mera

---

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>352</sup> Nesse sentido, o princípio da exigibilidade irá impor limites ao legislador penal, combatendo diversos problemas atualmente enfrentados, tais como: o Direito Penal Simbólico, o expansionismo, a criação de crimes destituídos de bem jurídico, a criminalização de condutas meramente morais, etc.

<sup>353</sup> Prólogo de Ana Isabel Pérez Cepeda em: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.27.

decisão argumentativa do julgador, tampouco se funda em conceitos ou deveres jurídicos abstratos”<sup>354</sup>, devendo ter uma função maior, de garantia da paz social.

Constata-se, ainda, através dos mesmos exemplos acima apresentados, que, no âmbito do injusto penal, o princípio da exigibilidade possui mais um influxo de relevo, na medida em que também irá contribuir para delimitar o alcance de causas de normatividade e juridicidade – ou seja, das excludentes do injusto penal –, possibilitando, ainda, a revisão da posição de determinados institutos jurídicos, notadamente das tradicionais causas (legais e supralegais) de “exculpação” por inexistência de conduta diversa, na seara da Teoria do Delito.

#### 4.2.3.1 Normatividade nas tradicionais “causas de atipicidade”: o erro de tipo, o princípio da insignificância, a adequação social e a questão do consentimento do ofendido

Na doutrina tradicional, fala-se em “exclusão de tipicidade” (ou simplesmente em atipicidade), tanto nos casos de ausência de conduta (coação física irresistível, atos reflexos e estados de inconsciência), como nas situações de ausência de subsunção do fato à norma penal incriminadora ou de incidência de erro de tipo (atipicidade formal) e de aplicação dos princípios da insignificância e adequação social (atipicidade material). Contudo, além da já analisada inadequação dos termos empregados, essa visão reducionista não parece apropriada, especialmente porque o reconhecimento da antinormatividade da conduta não é suficiente para afirmar a ocorrência de um injusto penal.

De fato, é necessário reconhecer a normatividade de uma conduta – ou seja, a sua não contrariedade com uma norma penal proibitiva – nos casos de conduta involuntária, ausência de subsunção (inexistência fática dos elementos do tipo penal incriminador), erro de tipo invencível (decorrente da insuperável falta de percepção da realidade fática pelo agente)<sup>355</sup>, assim como nos campos de atuação dos princípios da insignificância e da adequação social (responsáveis, respectivamente, pelo afastamento da interferência jurídico-penal nas hipóteses de lesões ínfimas ao bem jurídico e de inexistência de interesse social violado).

Entretanto, como, permeada pelo princípio da exigibilidade, a tradicional “tipicidade” deixa de ser concebida como a mera possibilidade abstrata de subsunção de um fato a uma norma

---

<sup>354</sup> Ibidem, p.27.

<sup>355</sup> Art. 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. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019).



penal incriminadora, para alcançar o caráter de antinormatividade, ela precisa exprimir uma efetiva violação, dolosa ou culposa, ao bem jurídico tutelado numa norma proibitiva, que atenda a um interesse social relevante, justificando a adequação da norma aprioristicamente válida para determinado caso concreto.

Nesse sentido, com mais propriedade do que na visão tradicional, é possível indagar: como seria admissível falar em conduta antinormativa se o sujeito não atou voluntariamente? Se os requisitos da norma proibitiva não são supridos pelos elementos do fato concreto praticado pelo agente? Se o sujeito, diante das peculiaridades fáticas, não possuía a possibilidade de atingir a consciência das elementares do tipo penal incriminador? Se a lesão ao bem jurídico foi tão ínfima que não possuiu a capacidade de ofendê-lo? E se a conduta era socialmente adequada e aceita, embora tipificada em uma norma completamente defasada diante das atuais expectativas sociais? Logicamente, todas as perguntas referem-se a situações de normatividade penal, ou seja, de ausência de relevante violação à norma proibitiva.

Embora todas essas situações possam, aparentemente, ser resolvidas pela doutrina tradicional, é importante observar que a incoerência sistêmica abre espaço para diferenciações desnecessárias entre “tipicidade formal e tipicidade material”, assim como entre pretensão de relevância (tipicidade formal e antijuridicidade material) e pretensão de ilicitude (antijuridicidade formal), que poderiam ser simplificadas a partir de uma visão unitária do injusto e do seu reconhecimento como espaço adequado para enfrentamento de todas as questões relativas exclusivamente ao fato (reservando à culpabilidade o exame dos temas penalmente relevantes atinentes à pessoa do autor).

Verifica-se que, em todos os casos anteriormente descritos, diante de um exame hermenêutico de normas aprioristicamente válidas, apenas é identificada a incidência aparente de **uma única norma penal (norma incriminadora)**, a qual, diante das peculiaridades fáticas, tem sua consideração de violação afastada, em face da inadequação do tipo incriminador ao fato concreto ou ao interesse social tutelado. Não se pode afirmar, conseqüentemente, a ocorrência de uma ofensa ao bem jurídico justificadora da interferência do Direito penal.

Como já explicado, esse esforço interpretativo deve ser operado pelo princípio da exigibilidade, o qual, nesse momento, diante de uma situação concreta, funcionará como um limite à antinormatividade penal, estabelecendo filtros hermenêuticos para o exame da (anti)normatividade de uma conduta. Exige-se, assim, que sejam analisadas: (1) a possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva ou mandamental violada diante da prévia aceitabilidade daquela norma como válida; (2) a exigibilidade de realização de uma

conduta conforme o direito em face das peculiaridades fáticas; (3) a adequabilidade da incidência da norma jurídica repressiva *prima facie* válida ao caso concreto.

Nas situações acima apresentadas, não há que se falar em adequabilidade da incidência da norma jurídica repressiva *prima facie* válida ao caso concreto, seja pela própria inexistência de conduta humana voluntária (ausência de conduta), de elementares típicas (não subsunção) ou de ofensa relevante ao bem jurídico (insignificância), seja pela inexigibilidade de uma conduta conforme o direito diante da ausência de percepção da realidade fática pelo agente (erro de tipo) ou impropriedade da norma diante das expectativas sociais (adequação social).

Ademais, considerando a adoção de premissas distintas daquelas tradicionalmente defendidas, nota-se, ainda que, em face dos mesmos requisitos e da imperativa concessão de maior racionalidade ao sistema, devem ser excluídas, do sistema penal, as condutas de grupos sociais de cultura não representada pela norma incriminadora de cunho generalizante (a exemplo de grupos indígenas). Nesses casos, observa-se uma impossibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva ou mandamental violada diante da ausência de prévia aceitabilidade daquela norma como válida<sup>356</sup>.

De todo modo, percebe-se que, nas causas de normatividade penal, diante da inexistência de violação normativa ou efetiva ofensa a bem jurídico que exprima interesse social relevante, é constatada a ausência de qualquer norma incriminadora válida que seja adequada ao fato concreto. Logo, tais situações não podem ser confundidas com as causas de juridicidade, também examinadas no âmbito do injusto penal, na medida em que, nestas últimas, é identificada, após exame hermenêutico entre mais de uma norma jurídica (proibitiva e permissiva) aprioristicamente válida, uma norma (permissiva) mais adequada ao fato.

Aliás, como não se pode falar em norma permissiva, dirigida ao agente, relativa ao respeito à livre autodeterminação da vítima, mas apenas num direito fundamental da própria vítima à essa liberdade, que precisa ser ponderado na atividade hermenêutica do aplicador do direito de verificação da ofensa ao bem jurídico e do desvalor do resultado, não parece apropriada a tradicional inclusão do consentimento do ofendido no âmbito da antijuridicidade. Assim, afastando-se, mais uma vez, da visão tradicional, considera-se como indispensável o reconhecimento da normatividade da conduta praticada com consentimento do ofendido,

---

<sup>356</sup> Defende-se que deve ser reconhecida a jurisdição indígena, de modo que o recurso à jurisdição penal seja subsidiário e dirigido apenas a situações que envolvam agentes que, na realidade, nada obstante a sua origem, estão completamente integrados à cultura amparada pela norma incriminadora supostamente violada e a ela previamente vinculados.

instituto que materializa (exterioriza) a autonomia individual e, apesar de diversos dissensos doutrinários<sup>357</sup>, vem sendo tratado como “causa supralegal de exclusão da ilicitude penal”.

Como cedoço, o consentimento do ofendido é percebido nos fatos em que há uma aquiescência, juridicamente válida, do titular do bem disponível que fora violado. Representa, destarte, o exercício de uma faculdade do titular do bem jurídico, que é fundada na aceitação de atuação decorrente da renúncia individual à proteção penal, no respeito à autonomia pessoal e numa opção político-criminal de prevalência do interesse individual em detrimento ao interesse social de preservação do bem jurídico.

Isso porque, se a lei protege, direta ou indiretamente, a liberdade de disposição do indivíduo, a concordância do interessado faz com que não se possa falar em violação ao bem jurídico<sup>358</sup> tutelado por uma norma incriminadora incompatível com os interesses do próprio tutelado. Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não se pode falar em lesão quando a ação se funda na disposição do portador do bem jurídico, que não suprime o seu exercício, mas sim, ao contrário, constitui a sua expressão<sup>359</sup>. Portanto, o que evidencia o consentimento do ofendido é uma aceitação político-criminal de violação à norma penal incriminadora diante das expectativas da própria vítima (da sua vontade ou expesso consentimento), do respeito à sua autodeterminação e da renúncia à proteção jurídica.

Aduz Figueiredo Dias que, apesar de todos esses fundamentos, o que mais deve ser levado em conta é que “o consentimento surge como um caso de colisão de interesses em si mesmos dignos de tutela penal”, haja vista que, de um lado, está o interesse jurídico-penal na preservação de bens jurídicos (que não desaparece por força do consentimento do titular) e, de outro, encontra-se o interesse de preservação da autonomia individual<sup>360</sup>. Nos casos de concessão de relevância penal ao consentimento do ofendido, analisando o tipo penal incriminador e sopesando aqueles interesses que concomitantemente o permeiam, é apurada a

---

<sup>357</sup> Embora a doutrina seja bastante uniforme no que tange à identificação de situações em que o consentimento do ofendido compõe a estrutura do próprio tipo penal e, portanto, deverá excluir a possibilidade de subsunção do fato à norma (p.ex. crime de estupro e constrangimento ilegal); não há consenso no que se refere aos demais casos de consentimento do ofendido, se seria, utilizando os termos tradicionais, hipótese de exclusão supralegal da tipicidade ou da antijuridicidade penal. Há, apenas, uma tendência majoritária de considerar o consentimento presumido como excludente da antijuridicidade e um direcionamento da doutrina funcionalista no sentido de trabalhar os casos de consentimento real no âmbito da imputação objetiva, portanto, como excludente da tipicidade penal.

<sup>358</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1, p.473.

<sup>359</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p.517.

<sup>360</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1, p.472.

necessidade de prevalência, em detrimento do “sistema social”, do “sistema pessoal” do agente, ou seja, do respeito à sua autodeterminação.

Por isso mesmo, doutrina e jurisprudência exigem, para o reconhecimento de uma hipótese de consentimento do ofendido, a coexistência de alguns requisitos (filtros hermenêuticos), em especial: a capacidade de consentir, a ausência de vícios no consentimento, a existência de consentimento anterior ou concomitante à lesão e a disponibilidade do bem jurídico individual a ser violado<sup>361</sup>. O importante é que, uma vez filtrados os bens jurídicos entre disponíveis e indisponíveis, o consentimento constitua um verdadeiro ato de autodeterminação, justificando a “perda” que uma lesão a um bem jurídico sempre representa a nível social<sup>362</sup>.

O Direito penal enxerga, desta forma, que diversos bens jurídicos são tutelados porque constituem fundamento para assegurar um mínimo de liberdade dos cidadãos, de modo que, político-criminalmente, desde que respeitados os costumes de cada povo<sup>363</sup>, deve ser

---

<sup>361</sup> Ressalte-se que o argumento relativo à disponibilidade do bem jurídico é completamente frágil, seja em face da inexistência de rol legislativo acerca de bens indisponíveis; seja diante das diversas críticas à ideia de paternalismo estatal (conduta do Estado de, em detrimento à autodeterminação individual, limitar a autonomia individual dos seus cidadãos com relação ao próprio interesse). Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: eine Sisyphus-Arbeit?* In: VON HIRSCH, Andreas; NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt (org). *Paternalismus im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p.221-241. De fato, a defesa pela limitação do recurso ao consentimento do ofendido nos casos de bens individuais considerados como “indisponíveis” vem associada a um postura estatal de considerar necessário, dentro de determinados limites, proteger o titular do bem jurídico, contra o uso momentâneo que este poderia fazer da sua liberdade, dando espaço a uma lesão profunda e irreparável. Stratenwerth refere-se a uma “responsabilidade social frente aos demais, que põe limites à invocação da vontade e exige levar em conta o interesse ‘bem atendido’ do outro” (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p.130). Por esse motivo, na maioria dos casos, a utilização do consentimento do ofendido vem sendo limitada aos crimes de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, que dependeriam do “interesse processante” do ofendido. Ocorre que, na prática, se verifica uma ausência de harmonia sistêmica decorrente da postura limitante do aplicador do Direito Penal, tendo em vista que o recurso à natureza da ação penal choca-se com valores de autonomia reconhecidos pelo Direito Civil e pela Bioética, que são incorporados implicitamente. Por exemplo, apesar da cirurgia de redesignação sexual não representar uma lesão corporal de natureza leve (de ação penal pública condicionada) – portanto, ser incomparável com situações de colocação de *piercings*, tatuagens ou silicones –, sequer se cogita a normatividade da conduta do médico que realiza, a pedido do paciente, tal procedimento cirúrgico, especialmente em razão dos valores éticos e psicológicos relacionados à questão (diversa de uma intervenção cirúrgica para salvar vida, que seria atinente ao instituto do estado de necessidade). Na realidade, constata-se também um grande equívoco com relação à estipulação da natureza das ações penais – na sua grande maioria pública incondicionada –, principalmente diante de bens jurídicos sabidamente disponíveis (relativos à pessoa e o seu patrimônio), que merece ser revisto e não pode ser enfrentado nesta investigação, especialmente em razão do recorte metodológico empregado. De todo modo, fica aqui uma reflexão: o paternalismo de um Estado Democrático de Direito pode ultrapassar os limites da liberdade individual dos seus cidadãos? Uma equivocada opção legislativa por uma ação penal de natureza pública incondicional pode justificar o afastamento do reconhecimento do consentimento do ofendido em situações em que a suposta vítima aceita e quer que seu próprio bem jurídico seja violado?

<sup>362</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1, p.472.

<sup>363</sup> Apesar de não existir no ordenamento jurídico brasileiro qualquer referência à ideia de o fato consentido não ofender os “bons costumes”, a doutrina e jurisprudência alemã (Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006), há muito tempo, já vem estabelecendo esse filtro hermenêutico, que, inclusive, se encontra positivado no art. 38 do Código Penal português: “1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto

determinado, de forma tópica e não geral, se seria adequado reprovar a lesão ao substrato real do bem jurídico quando esta ofensa está acobertada pela vontade do próprio afetado e não se encontra em contradição – mas sim em consonância – com a sua livre autodeterminação<sup>364</sup>.

Por isso, pontua Costa Andrade que não valorar o consentimento é negar, ao portador dos bens jurídicos, a competência para decidir as formas de lesão ou de criação de perigo justificadas, de modo que o consentimento deixaria de valer como “redução da autonomia” e cederia à “avalanche de homogeneização e uniformização” próprias de uma modernidade confrontada com o “desencantamento do mundo” e compelida, cada vez mais, a apelar para “soluções de abstração e generalização de expectativas e papéis”<sup>365</sup>.

Nota-se, assim, que o aplicador do direito, diante do exame da norma incriminadora que foi violada, verifica que a lesão – efetivamente praticada pelo agente – não é merecedora de tutela penal, pois o Direito penal, mais do que preservar bens jurídicos de eventuais ofensas, precisa respeitar a esfera de liberdade individual dos seus titulares. Através de um processo hermenêutico, conclui-se que o Direito penal não pode atuar com exacerbado paternalismo, impondo limites à livre disposição de interesses pessoais razoáveis, cuja renúncia seria inexigível ao seu titular; especialmente diante do caráter multicultural do Estado moderno, que põe em xeque a sua própria legitimidade para decidir o que é condizente ou não com as expectativas sociais.

Logicamente, tal conclusão somente pode ser alcançada por meio da utilização de um método hermenêutico, operado pelo princípio da exigibilidade – como *topos* argumentativo –, por meio do qual, reconhecendo-se que a atribuição de responsabilidade penal não pode perfazer-se a partir da mera decisão argumentativa do julgador – quiçá de conceitos ou deveres jurídicos abstratos –, passa-se a impor que a proibição contida no tipo seja interpretada à luz do Direito como um todo, e não isoladamente naquilo apresentando avalorativamente pelo seu enunciado. Isso significa que, sendo a função do Direito penal garantir a paz social, não há que se falar em violação a uma norma incriminadora, em exigibilidade de conduta diversa, diante da valoração de uma conduta respeitadora da esfera de liberdade individual do único titular do bem jurídico.

---

não ofender os bons costumes” (PORTUGAL. **Código Penal Português**. Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1\\_20080626\\_10.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080626_10.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2019).

<sup>364</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: parte general*. 2.ed. Tradução de Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido Editor, 1999, p.126-127.

<sup>365</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.359.

Aliás, insta observar que a natureza do exame efetuado diante da situação de consentimento do ofendido é, de certa forma, muito parecida à daquele realizado nos casos de incidência dos princípios da insignificância e adequação social. Explique-se: não se fala em preceitos permissivos possivelmente incidentes, na medida em que a impossibilidade de considerar a existência de um fato punível decorre da constatação de que a observância à norma proibitiva aprioristicamente válida é inexigível ao agente, diante do imperioso respeito à autonomia individual da vítima, que não poderá ser ignorada pelo Estado, seu caráter paternalista e suas normas jurídicas universas e generalizantes.

Ressalte-se, por oportuno, que, no que tange à justaposição do consentimento do ofendido, a linha aqui defendida se aproxima de conclusões advindas da Teoria da Imputação Objetiva, mesmo existindo premissas completamente distintas. Lembre-se que, por meio da Teoria da Imputação Objetiva, a doutrina funcionalista, com especial destaque às contribuições de Claus Roxin<sup>366</sup>, afirma que o fato apenas poderá ser punível se decorrer da criação, pelo agente, de um risco juridicamente proibido, que venha a ser materializado no resultado.

Nesse sentido, na Teoria da Imputação Objetiva, são estabelecidos critérios de não imputação, de modo que determinadas situações – autoexposição à perigo, heterocolocação em perigo, convergência de riscos e bem jurídico sujeito à segura ou provável afetação – caracterizariam verdadeiras excludentes do primeiro elemento do fato punível. A questão é que, como a heterocolocação em perigo é observada quando há um perigo criado por terceiro e aceito pela vítima, este critério de não imputação acaba se confundido com o próprio consentimento do ofendido<sup>367</sup>, ratificando, sob um novo aspecto, o ponto de vista de que tal instituto é, realmente, uma causa de normatividade penal.

Ocorre que, diante do exame de situações concretas, são apreendidas duas espécies distintas de consentimento do ofendido, o consentimento real e o consentimento presumido, e, nesse aspecto, há uma dissonância de perspectivas entre aquela adotada na presente investigação e aquela advinda da aceitação e incorporação da Teoria da Imputação Objetiva.

---

<sup>366</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>367</sup> Destaque-se que, ao tratar as questões de consentimento do ofendido, auto e heteroexposição a perigo, como situações idênticas, Günter Stratenwerth permite a incidência do consentimento do ofendido, até mesmo, nos casos de indisponibilidade do bem jurídico ofendido (STRATENWERTH, Günter. *Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes*. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2019).

Como cediço, enquanto o consentimento real conta com a efetiva aquiescência do ofendido, o presumido é notado nos casos em que, embora o titular do bem jurídico não tenha expressamente consentido com a ofensa, presumidamente o teria feito, se tivesse tido essa oportunidade. Noutras palavras, o consentimento presumido é observado apenas subsidiariamente, quando, não sendo possível o consentimento real, a situação em que o agente atuou permitiu, razoavelmente, supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria consentido com o fato, de forma eficaz, se conhecesse, ao tempo da ação ou omissão, as circunstâncias em que este foi praticado (p.ex. intervenções médicas emergenciais com paciente desacordado, invasões de domicílio para conter incêndio ou inundação, violações de correspondência aparentemente urgentes, etc.).

As hipótese de consentimento do ofendido presumido são tratadas na Teoria da Imputação Objetiva como causas justificantes, decorrentes da realização de um risco permitido, tendo em vista que, nesses casos, haveria uma interferência não permitida no bem jurídico de terceiro e o risco seria justificado pelo fato de que se presume o consentimento por um juízo objetivo<sup>368</sup>.

Entretanto, mesmo sendo enquadrado num limite tênue entre o estado de necessidade (que será abordado no próximo tópico)<sup>369</sup> e o consentimento real, o que se verifica, no consentimento presumido, é a possibilidade de existir um conflito, dentro de uma mesma norma penal incriminadora, entre a vontade presumida pelo agente e a vontade real do ofendido. Como não se fala em preceito permissivo, não há sentido na sua inclusão no âmbito da antijuridicidade. Tal conflito, se existente, deverá ser avaliado através de um exame hermenêutico acerca da adequabilidade – ou não – da norma incriminadora ao fato concreto, diante das particularidades da situação tópica e da exigibilidade – ou não – de atendimento às expectativas no titular do bem ofendido naquela situação.

Observa-se, portanto, que é necessário reconhecer, no âmbito do consentimento do ofendido, a importância do princípio da exigibilidade para delimitar o alcance deste instituto, especialmente nos casos nos quais não é exigível o consentimento real (podendo este ser suprido por um consentimento presumido) e não é exigível ao autor a percepção da existência de vício no consentimento expressamente fornecido pelo titular do bem jurídico (a exemplo

---

<sup>368</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p.765.

<sup>369</sup> O consentimento do ofendido diferencia-se do estado de necessidade porque o exame efetuado não depende da ponderação objetiva de interesses, mas da vontade hipotética do titular do bem jurídico (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1, p.766).

de eventual coação praticada por terceiro). Na seara da antinormatividade, o princípio da exigibilidade atua, portanto, na delimitação do alcance das suas causas de afastamento.

#### 4.2.3.2 Juridicidade nas tradicionais “causas permissivas” e “exculpantes”

Como já adiantado no início deste capítulo, o injusto penal também deverá ser afastado diante da juridicidade de condutas amparadas por preceitos permissivas, casos em que é constatada a existência de mais de uma norma *a priori* válida e possivelmente adequada ao caso concreto, devendo ser identificada aquela norma – proibitiva ou permissiva – mais adequada ao mesmo.

Na linha defendida, como a caracterização de um fato como antinormativo já pressupõe o exame da existência de uma compatibilidade com uma norma penal incriminadora, deve ser averiguado se, diante das peculiaridades do caso, não haveria alguma outra norma no ordenamento jurídico – um preceito permissivo – que fosse mais adequada do que aquela norma proibitiva cuja violação já foi constatada. Pode ser identificada, nesse momento, a presença de causa de juridicidade da conduta, decorrente de “permissões fortes” (tradicionais “causas legais de justificação”) ou de “permissões fracas” (as conhecidas “causas legais e supralegais de exculpação”).

A antijuridicidade distingue-se da antinormatividade, portanto, por traduzir uma conduta avaliada sob o ponto de vista da necessidade abstrata da pena, a partir do exame da integralidade do ordenamento jurídico. A antijuridicidade trata da ação/omissão do agente, na seara do injusto, com a inclusão de todos os elementos reais caracterizadores daquela conduta, que detenham uma natureza objetiva, haja vista que o exame de circunstâncias estritamente pessoais é reservado à culpabilidade.

Com efeito, a antijuridicidade surge da antinormatividade e da falta de adequação a um tipo permissivo; ou seja, da circunstância de que a conduta antinormativa não esteja amparada por uma causa permissiva<sup>370</sup>, por um preceito que traduza um direito ou uma prática fomentada pelo ordenamento jurídico. Como visto, será, deste modo, que a antinormatividade da conduta irá atuar como um indício do juízo de antijuridicidade e, uma vez constatada a antijuridicidade

---

<sup>370</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 4.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.397.



da conduta, restará configurado um injusto penal<sup>371</sup>, sem que isso seja efetuado num sistema “regra/exceção” ou “tipo positivo/tipo negativo”.

O exame da juridicidade é operado mediante a comprovação de que um preceito permissivo (causa de justificação) é mais adequado à conduta praticada, o que, logicamente, pressupõe a existência de um tipo proibitivo aprioristicamente válido, pois não faz sentido “permitir” o que não está proibido. A antijuridicidade representa, assim, uma instância de verificação, no âmbito do injusto penal, da incidência – ou não – de hipóteses permissivas, que podem implicar na valoração – ou não – da conduta antinormativa como um injusto penal. Afinal, como sempre anuncia Zaffaroni, não pode ser considerado como realmente proibido aquilo que é permitido ou fomentado pelo Direito.

Isso indica que, sem a adoção do sistema “regra/exceção”, as causas de juridicidade estão efetivando ou criando faculdades, representadas por preceitos permissivos, considerados somente como mais adequados à situação concreta do que os tipos proibitivos violados. É dizer, estão exortando o exercício de direito (“permissões fortes”) ou a tolerância de atuação em face do reconhecimento de direitos (“permissões fracas”), que eliminam a possibilidade de caracterização do fato como injusto, como será melhor explicitado.

#### **4.2.3.2.1 Exame do art. 23 do Código Penal. As chamadas “permissões fortes”**

Utilizando o quanto já defendido por Vives Antón, fala-se na existência de “permissões fortes” diante das causas inculpidas no art. 23 do Código Penal brasileiro, no qual está disposto que “não há crime” quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito<sup>372</sup>.

Note-se que, nesses casos, o princípio da exigibilidade possui uma relevância especial desde o momento legislativo de formação dos tipos permissivos, pois é exatamente a tentativa de estipular hipóteses abstratas de situação de inexigibilidade de uma conduta não atentatórias às normas proibitivas que irá justificar a previsão legislativa daqueles limites aos deveres jurídicos de comportamento. Isso indica que a exigibilidade – no seu viés negativo – deve ser considerada como o princípio fundador das “permissões fortes”, materializado em **normas-**

---

<sup>371</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p.561.

<sup>372</sup> BRASIL. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

**regra**, já que a estipulação de tipos permissivos “fortes” – reguladores do exercício de direitos – deriva, especificamente, do reconhecimento da inexigibilidade de atendimento aos tipos incriminadores na situação concreta, representada por um caso de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.

O estado de necessidade é regulado pelo art. 24 do Código Penal, segundo o qual não haverá crime quando o agente “pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”<sup>373</sup>. Em outras palavras, com a regulamentação do estado de necessidade, a lei afasta o caráter antijurídico da conduta daquele que, ante perigo atual e involuntário, ofende, de modo inevitável e da forma menos gravosa, um ou mais bens jurídicos, com o escopo de salvar direito próprio ou alheio, igualmente tutelado penalmente.

Insta pontuar que, no estudo do estado de necessidade, a doutrina dominante, a exemplo do próprio Roxin, seguindo a chamada Teoria Diferenciadora, acrescenta o critério da ponderação dos bens jurídicos conflitantes, estabelecendo uma dicotomia entre “estado de necessidade justificante” e “estado de necessidade exculpante” (aqui denominado de “estado de necessidade débil”). Afirma, assim, que haveria “estado de necessidade justificante” nos casos de ponderação de bens jurídicos com afetação do bem de menor valor e “estado de necessidade exculpante” nos casos de bens ponderados equivalentes ou de sacrifício do bem de maior valor<sup>374</sup>. Ocorre que, na presente investigação, ambas as situações são tratadas como causas de juridicidade.

Como causa de permissão por estado de necessidade, o princípio da exigibilidade é materializado na previsão legislativa, assumindo uma função de regra, justificada expressamente pela “não razoável exigibilidade” de uma conduta conforme o direito em situação de necessidade. A ideia de exigibilidade esculpe, inclusive, alguns dos requisitos deste instituto, pois: a) a involuntariedade do perigo está lastreada na exigibilidade especial reclamada a quem provocou intencionalmente a situação de necessidade; b) a ressalva do §1º do art. 24 do Código Penal – que exclui a possibilidade de alegação de estado de necessidade por quem possui o dever legal de enfrentar o perigo – também deriva do reconhecimento do princípio da exigibilidade, haja vista que a circunstância de que, ao policial e ao bombeiro, é

---

<sup>373</sup> Ibidem.

<sup>374</sup> No “estado de necessidade débil”, a ideia de inexigibilidade de outra conduta aconselhará a deixar sem sanção aquele que atua para salvar um bem de igual ou inferior valor, porque o ato realizado não é desaprovado pelo ordenamento jurídico, que reconhece os instintos de sobrevivência e preservação (AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.100).

exigido o que não é exigido ao “homem comum” não pode ser derivada do fato de que o “homem comum” não é merecedor de pena<sup>375</sup>, mas do fato de que a conduta de enfrentar o perigo é exigível àquele que tem o dever legal – e funcional – de enfrentá-lo.

Portanto, é possível observar que a razão fundamental do reconhecimento do princípio da exigibilidade no âmbito do estado de necessidade encontra-se na patente insuficiência do princípio do interesse dominante para explicar todos os conflitos de bens jurídicos<sup>376</sup>. Explique-se: o estado de necessidade, como “permissão forte”, identifica-se como uma norma permissiva de acolhimento do instinto de sobrevivência e preservação, ao estabelecer que, diante de uma colisão de interesses juridicamente protegidos, ambos não poderão ser simultaneamente conservados. Fundamenta-se num exercício de direito pautado na necessidade de salvar um interesse em desfavor de outro, que é sacrificado. Nesse sentido, não poderá ser conferida ao princípio do interesse dominante uma importância exclusiva, já que será sempre necessário examinar o binômio “mal causado  $x$  mal que se pretende evitar”.

Com isso, constata-se, inclusive, que não se trata de uma questão de comparação de valores de bens jurídicos (diferenciadora das “espécies” de estado de necessidade já apontadas), mas sim de julgar se, naquela situação concreta, o sacrifício de um deles para salvar o outro era a única via adequada dentro dos limites de exigibilidade normais na vida ordinária<sup>377</sup>.

Deste modo, justifica-se a incidência do princípio da exigibilidade, não apenas como materializador da norma-regra, mas também como critério balizador da forma “mais adequada” e “menos gravosa” de atuação (como *topos* argumentativo). Reconhece-se, assim, uma dupla função da exigibilidade nesse setor, na medida em que, como regra, está materializada no próprio preceito permissivo e, como princípio, deverá possuir necessária incidência para contextualizar a possibilidade de utilizar meios legítimos (ações normativas) ou meios ilegítimos menos lesivos (ações antinormativa menos gravosas) na salvaguarda do bem jurídico. Ao princípio da exigibilidade é conferida, portanto, a função de suavizar o caráter absoluto dessa “subsidiariedade da ação salvadora”<sup>378</sup>, delineada na norma-regra do estado de necessidade.

Na realidade, a questão é que a exigibilidade atua como princípio fundamentador de todos os preceitos permissivos (norma-regra), além de funcionar como critério de interpretação da

---

<sup>375</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p.49.

<sup>376</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004, p.93.

<sup>377</sup> Ibidem, p.99-100.

<sup>378</sup> Ibidem, p.103.

própria situação concreta aparentemente a eles adequada (norma-princípio), como pode ser igualmente observado nas demais “permissões fortes”.

No que tange à legítima defesa, estabelece o art. 25 do Código Penal que será excluída a ilicitude daquele que, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”<sup>379</sup>. Noutras palavras, como causa de juridicidade, a legítima defesa “representa a transposição para a norma da ideia natural do direito de autopreservação contra os ataques injustificados”<sup>380</sup> e determina que não será antijurídica a conduta daquele que reage, dentro dos limites pré-estabelecidos, a uma situação de agressão injusta sofrida por si ou por terceiro.

Na referida hipótese, a exigibilidade atua como regra legislativa – já que não é exigível ao sujeito que, contrariando os seus instintos de autopreservação, não repulse os ataques sofridos – e como critério interpretativo do aplicador do direito, pois poderá fornecer um parâmetro para examinar os limites da defesa necessária e a proporcionalidade do meio utilizado, considerando as circunstâncias concorrentes no caso concreto e a exigibilidade de realização de uma conduta conforme a norma. De fato, não se pode olvidar que a legítima defesa somente é reconhecida nos casos de uso moderado dos meios para repulsar a agressão, já que a ordem jurídica não pode tolerar que este instituto seja levado até um grau em que a conduta defensiva resulte contrária à seguridade jurídica<sup>381</sup> ou representativa de excessos decorrentes de efeitos astênicos (agressivos, tais como raiva, ira e ódio)<sup>382</sup>.

Sendo assim, apela-se ao princípio da exigibilidade para delimitar o conteúdo e o alcance dos deveres do agredido (defensor)<sup>383</sup>. Como a exigibilidade implica numa restrição ao agredido, a inexigibilidade justifica uma margem de excesso na conduta deste<sup>384</sup>. Nesse sentido, a exigibilidade, por exemplo, pode ajudar a elucidar a questão dos limites do direito de defender-se que o ordenamento jurídico concede ao agredido<sup>385</sup>. Com espeque nos filtros hermenêuticos delineados, a exigibilidade irá impor uma verificação da adequabilidade da norma repressiva ou permissiva, ambas *prima facie* válidas, ao caso concreto, diante das peculiaridades fáticas e da (in)exigibilidade de realização de uma conduta conforme o direito.

---

<sup>379</sup> BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>380</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p.487.

<sup>381</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III, p.590.

<sup>382</sup> As situações de excesso relativas à efeitos estênicos (defensivos, tais como medo, susto ou perturbação) são alcançadas pela “clausula geral de inexigibilidade de conduta diversa”, no âmbito das “permissões fracas”.

<sup>383</sup> AGUADO CORREA, Teresa. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito**. Granada: Comares, 2004, p.77.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p.77.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p.77/80.

Observa-se, assim, que, diante do princípio da exigibilidade, deverá ser apontada a incidência do preceito permissivo da legítima defesa nos casos em que o agredido houver incorrido em excesso nos limites da defesa necessária, mas não lhe era exigível uma atuação defensiva diferente (por estar numa situação concreta de excessiva vulnerabilidade, por exemplo). Em contrapartida, deverá ser considerada exigível a requisição de auxílio a terceiro ou à autoridade sempre que, com isso, seja evitada uma defesa extremamente desproporcional<sup>386</sup> e, nos casos de sua não utilização, a norma permissiva da legítima defesa não será considerada adequada à situação concreta.

Portanto, retomando as discussões efetuadas no segundo capítulo, observa-se que, na seara da legítima defesa, a exigibilidade atua como um princípio orientador complementar à ideia de proporcionalidade; a qual, numa visão menos reducionista do que a empregada anteriormente, poderia até funcionar como critério de ponderação dos meios utilizados ante o mal causado, mas precisará do auxílio do princípio da exigibilidade para o exame da possibilidade de se exigir – ou não – do sujeito a utilização de meios mais moderados naquela situação específica.

Explicação um pouco mais cuidadosa deve ser efetuada no que tange às demais causas previstas no art. 23 do Código Penal, ou seja, ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito. Nesses casos, observa-se a existência de preceitos permissivos de caráter mais generalizante, que impõem a não configuração de um injusto penal ante a juridicidade de condutas praticadas em cumprimento a deveres legais ou no exercício regular de direitos. Tratam-se, portanto, de regras de inexigibilidade de conduta diversa que exortam um imperativo de, antes de afirmar a existência de um injusto penal, averiguar se aquela conduta *a priori* antinormativa é, realmente, contrária ao ordenamento jurídico em geral, que também insculpe diversos direitos e deveres ao agente que violou a norma incriminadora.

Se fosse aqui adotada a Teoria da Tipicidade Conglobante, estaria a se afirmar, neste momento, a “atipicidade” das condutas praticadas em estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, pois, ao impor o exame da tipicidade de forma conglobada, seria verificada a impossibilidade de se constatar a existência de “tipicidade penal” quando a conduta é permitida ou fomentada pelo direito. A ideia é que, se alguém atua em estrito cumprimento do dever legal, só poderia realizar um comportamento atípico, já que a lei não impõe a ninguém a realização de uma conduta proibida; da mesma forma que, se alguém estiver exercendo um direito (uma faculdade), não poderia, simultaneamente, estar realizando

---

<sup>386</sup> Ibidem, p.77-78.

uma conduta proibida, posto que “o exercício de um direito não pode ser fonte geradora de responsabilidade penal”<sup>387</sup>.

Ocorre que parece mais acertado trabalhar com tais institutos no âmbito da juridicidade, por diversos fatores, especialmente em face da necessária coerência da sistemática proposta. Como se nota: a) foi feita uma opção pela utilização de uma perspectiva unitária do injusto penal, que igualmente viabiliza a análise conglobada do ordenamento jurídico; b) a antinormatividade é considerada como mero indício de antijuridicidade, de modo que a incidência de um dos tipos permissivos inviabiliza a caracterização do próprio injusto penal; c) a distinção entre causas de normatividade e causas de juridicidade é efetuada a partir da (in)existência de tipos permissivos que possam ser considerados como a norma jurídica – *a priori* válida – mais adequada ao caso concreto.

Quando se examina os dois últimos institutos do art. 23 do Código Penal, observa-se que a ocorrência de exercício regular de qualquer direito ou de cumprimento de qualquer dever legal, por parte do agente, respeitados os seus limites, tornará aprioristicamente adequada a norma permissiva que materializa aquela situação. Reconhece-se, assim, a juridicidade de condutas aparentemente antinormativas que são amparadas ou fomentadas por valores (direitos ou deveres) constitucionais ou legais (na seara penal ou extrapenal). Deste modo, caberá ao aplicador do direito verificar, diante da análise do tipo proibitivo e do preceito permissivo – ambas normas *a priori* válidas e aplicáveis ao caso concreto –, aquela que se mostra mais adequada, a fim de que seja caracterizado ou descaracterizado o injusto penal.

Observa-se, assim, que, apesar da clara abertura das normas, nos dois casos ora analisados, o princípio da exigibilidade possui atuação similar ao quanto examinado em sede das demais “permissões fortes”. Além de encontrar-se materializado na norma-regra, indicando a impossibilidade de ser exigido o descumprimento da lei ou de ser exigida a renúncia a um direito reconhecido, deve ser utilizado como referencial hermenêutico de verificação da possibilidade de se exigir, ao sujeito, uma prática mais moderada do seu dever ou direito, a fim de evitar ou minimizar a ofensa ao tipo incriminador.

Por exemplo, é sabido que, a realização de prisão em flagrante é um dever legal do agente policial, para o qual se fala, inclusive, num “flagrante obrigatório”. Nesse caso, apesar da existência de um possível ingresso não autorizado em domicílio, da obrigação de condução e da restrição à liberdade, não se fala, em definitivo, na prática de crimes de violação de

---

<sup>387</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.501.

domicílio, constrangimento ilegal e cárcere privado. Significa dizer que, analisando os tipos incriminadores e o preceito permissivo, a norma que se mostra mais adequada ao caso é aquela que afirma que “não há crime” quando o agente atua “no estrito cumprimento do dever legal”. Entretanto, para a verificação dos limites dessa causa permissiva, do respeito ao “estrito” cumprimento daquele dever, o princípio da exigibilidade pode realizar mais uma importante contribuição. Isso porque, em determinação situações (p.ex. ingresso violento em domicílio para efetivação de flagrante), a linha diferenciadora entre o cumprimento de dever (assim como o exercício de direito) e o abuso de autoridade (tal qual o abuso de direito) é bastante tênue, impondo um exame acerca da exigibilidade de realização de uma conduta conforme a norma em face das peculiaridades fáticas.

Portanto, as hipóteses permissivas de estrito cumprimento do dever legal e de exercício regular de direito, além de representarem materializações da exigibilidade (norma-regra), também devem ser delineadas por este princípio, que irá possuir atuação decisiva nas situações de incerteza sobre o amparo legal – que, *a priori*, obrigam o cumprimento do dever – e de excesso no cumprimento do direito – que podem tornar duvidosa a sua regularidade –, notadamente diante de uma possível exigibilidade de uma atuação mais moderada ou diferente da empregada pelo agente aprioristicamente amparado pela norma permissa.

#### **4.2.3.2.2 Análise das causas legais e supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. As chamadas “permissões fracas”**

Igualmente utilizado as nomenclaturas inauguradas por Vives Antón, fala-se em “permissões fracas” diante de “causas legais de exculpação” (coação moral irresistível e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico) e “causas supralegais de exculpação” (cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa), que passam a representar causas de juridicidade e a ser examinadas no injusto penal, não mais da culpabilidade.

Como cediço, o art. 22 do Código Penal dispõe que “não é punível” o agente que pratica o fato sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Desconsiderando o termo empregado pelo legislador, especialmente diante de reiterada imprecisão técnica verificada na legislação penal, observa-se apenas que resta afastada a interferência penal na conduta daquele que atua em coação moral irresistível ou em obediência à ordem superior hierárquica não manifestamente ilegal.

A coação moral irresistível é caracterizada pela conduta do agente que viola um tipo penal diante de uma ameaça da qual não poderia resistir, de modo que a atuação do coagido expressa a mera vontade imposta pelo coator. A existência de uma ordem superior hierárquica, por sua vez, também irá afastar o caráter criminoso do fato praticado pelo subordinado, desde que a ordem tenha sido obedecida de forma estrita e não possua aparência de ilegalidade.

Como se nota, ambas são situações claras de inexigibilidade de conduta diversa, nas quais é observada uma tolerância geral de atuação, em decorrência da “não obrigatoriedade” da conduta conforme a norma ante a impossibilidade de exigência de atos heroicos pelo Direito. Nesses casos, por mais que exista a possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva violada, as peculiaridades fáticas indicam a inexigibilidade de realização de uma conduta respeitadora da norma. Por um lado, não se pode exigir que o coagido enfrente a grave ameaça sofrida; por outro lado, não é plausível exigir o descumprimento de uma ordem superior pelo subordinado, notadamente diante da razoável necessidade de subserviência e aparente legalidade da determinação.

Fala-se, então, na existência de “permissões fracas”, causas de juridicidade, decorrentes de preceitos permissivos que podem ser considerados, diante das peculiaridades fáticas, como mais adequados ao caso concreto do que a norma proibitiva comprovadamente violada.

Ocorre que, como a realidade prática demonstra a existência de diversos casos similares àqueles indicados pelo legislador – em que não é razoável exigir ao agente uma conduta conforme o direito diante das peculiaridades do caso concreto –, as hipóteses legais precisam ser convertidas em previsões meramente exemplificativas. É dizer, como a ordem jurídica, mesmo não prevendo em suas normas todas as situações de inexigibilidade, pode admiti-las quando compatíveis com os princípios que a informam, uma vez que qualquer causa supralegal que encontre sua delimitação legal, deverá constituir uma causa legal<sup>388</sup>.

Com efeito, como o reconhecimento de hipóteses legais de inexigibilidade de conduta diversa não impede a admissão de uma cláusula aberta pautada no princípio geral da exigibilidade, ao lado das estipulações do art. 22 do Código Penal, deve-se também defender a previsão normativa de uma “cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa”. Deve ser reconhecida a existência de um preceito permissivo – de natureza supralegal, mas fundado em princípio informador da ordem jurídica –, que abarca todas as situações limítrofes que não

---

<sup>388</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.354.



podem ser ajustadas àquelas normas de pretensão generalizante. Sendo assim, não enquadrada a situação em qualquer das situações precedentes, será possível submeter a conduta a uma verificação significativa para examinar se era plausível exigir uma atuação conforme a norma naquela situação específica.

Como ressalta Fernanda Palma, até mesmo por uma justificação moral da própria responsabilidade e por princípios de justiça básicos, “uma ordem jurídica não pode justificar a restrição da liberdade e a censura pessoal pelo facto proibido sem assegurar um espaço de desculpa e não responsabilidade”<sup>389</sup>. Deve-se perceber, portanto, que há um condicionamento da responsabilidade penal pela liberdade individual, que impõe, não só que a culpa seja fundamento insuperável da pena, mas também que a lei preserve, com clareza, uma área de exclusão da culpa e da desculpa<sup>390</sup>.

Isso indica que todas as questões já analisadas, no primeiro capítulo, em sede de exigibilidade de conduta diversa – tais como, “objeção de consciência”, “desobediência civil”, “aborto econômico”, entre outras – poderão estar abrangidas por esta “cláusula geral”, desde que, por óbvio, esteja topicamente comprovada a situação de inexigibilidade. Todos esses casos exortam, sem dúvida, uma possibilidade de tolerância de uma atuação em face do reconhecimento de direitos (“permissões fracas”), se realmente não era exigível ao agente a opção por uma conduta não antinormativa.

Destarte, tratando-se de circunstâncias tradicionalmente examinadas no âmbito do terceiro elemento da culpabilidade (“exigibilidade de conduta diversa”), certamente surgem algumas indagações acerca das “permissões fracas”: a) qual o motivo de transferir o exame hermenêutico de tais situações para o injusto penal?; b) qual a relação entre as disposições normativas do art. 22 do Código Penal, a “cláusula legal” e o princípio da exigibilidade?

Na realidade, a primeira pergunta já foi respondida ao longo da presente investigação, na medida em que, dentre as imprecisões dogmáticas apontadas para a visão tradicional, já foi afirmado que, em todos os casos de exculpação por inexigibilidade (legais ou supralegais), não se verifica a exclusão do fundamento da culpabilidade finalista (possibilidade de atuação de modo diversa), mas apenas a incoerência de exigir uma conduta conforme o direito (uma espécie de culpabilidade diminuída), de forma que não seria possível defender a existência de um elemento, que, uma vez ausente, não excluiria o fundamento do juízo que compõe.

---

<sup>389</sup> PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005, p.133.

<sup>390</sup> Ibidem.

Ocorre que, mesmo sendo estabelecida uma revisão do próprio fundamento da culpabilidade – em face da indemonstrabilidade ou comprovada inexistência do livre arbítrio –, o que, inclusive, será aqui oportunamente efetuado, não se pode defender o exame de causas de inexigibilidade de conduta diversa no âmbito da culpabilidade penal. Como o exame axiológico efetuado nessa seara é sobre as circunstâncias fáticas e não sobre as opções psíquicas do autor, é mais coerente afirmar a sua elaboração num juízo de reprovabilidade fática (injusto penal) do que no juízo de reprovação pessoal (culpabilidade).

No que tange ao segundo questionamento, insta salientar que, tratando-se de preceitos permissivos (assim como aqueles do art. 23 do Código Penal) –, deve ser concedida às causas de inexigibilidade de conduta diversa (“permissões fracas”) a mesma relação com o princípio da exigibilidade que fora examinada no tópico precedente, no caso das denominadas “permissões fortes”. Esclareça-se: as “permissões fracas”, assim como as “permissões fortes”, como preceitos permissivos, caracterizam hipóteses de materialização do princípio da exigibilidade (normas-regra); que igualmente necessitam do seu viés principiológico (norma-princípio) como referencial hermenêutico de verificação das situações limítrofes referentes à efetiva irresistibilidade da coação, aparência de legalidade da norma ou, de forma geral, possibilidade ou não de se exigir uma prática menos ofensiva ao bem jurídico pelo agente.

Observa-se, assim, que essas causas permissivas dão vida ao princípio da exigibilidade, o materializam e lhe conferem valor de regra, exatamente porque constituem hipóteses específicas, expressamente estabelecidas, de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, o princípio da exigibilidade não exerce simples influência de delimitação de regras permissivas, já que se confunde com as próprias previsões normativas.

De fato, não parece existir muita diferença entre a situação de coação moral irresistível e o exercício regular de um direito, nem entre a obediência a ordem superior e o estrito cumprimento de um dever legal, especialmente se considerado que o coagido tem direito de não enfrentar uma grave ameaça e o subordinado tem um dever de subserviência à ordem do seu superior. Na realidade, a maior distinção entre tais situações parece estar nas implicações criminais do fato de terceiro, presentes apenas nas hipóteses do art. 22 do Código Penal (“permissões fracas”) e que em nada influenciam na valoração ou não do fato do coagido ou subordinado como digno de uma reprimenda penal.

Nota-se, assim, que, diante de “permissões fracas”, também se constata a existência de mais de uma norma, *a priori* válida e possivelmente adequada ao caso concreto (tipo incriminador *x* preceito permissivo), devendo ser identificada, diante das peculiaridades fáticas, aquela

norma – proibitiva ou permissiva – mais adequada àquele fato. Logo, não se fala em exclusão da culpabilidade, mas sim em inexistência de injusto penal praticado, tendo em vista que o fato e suas particularidades indicam que a conduta conforme o direito era inexigível.

Nesse diapasão, outra pergunta pode surgir: existe alguma consequência negativa ou incongruência sistêmica que possa emergir do reposicionamento das “causas de exculpação” como causas de juridicidade (“permissões fracas”) no injusto penal? De fato, não, já que as duas hipóteses do art. 22 do Código Penal brasileiro denotam uma materialização do princípio da exigibilidade na estipulação de uma norma-regra, que possui força normativa inferior àquela fornecida aos tipos permissivos “fortes” do art. 23 do mesmo diploma legal.

O termo “permissões fracas” refere-se a causas que somente interferem na responsabilidade, de natureza penal, do próprio autor do fato. Sendo assim, além de excepcionarem a “regra” de que o reconhecimento da ilicitude penal faz coisa julgada na seara cível, as “permissões fracas” implicam uma exceção ao art. 30 do Código Penal, que afirma, a *contrario sensu*, a comunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal. Embora constituam hipóteses objetivas de delimitação às exigências de dever, as circunstâncias não se comunicam a coautores e partícipes, exatamente em face da menor força normativa empregada. São situações de tal emergência, nas quais se pode admitir o afastamento de responsabilidade, ainda que restrita ao âmbito penal e ao próprio autor<sup>391</sup>.

Isso significa que, em face de uma situação de coação moral irresistível, obediência superior hierárquica ou de outra circunstância enquadrada na cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa, não há também que se pensar em afastamento de responsabilidade civil decorrente de fato jurídico lícito. Isso porque, ainda que o agente não tenha praticado um ilícito penal (diante da juridicidade da sua conduta), possivelmente veio a lesar terceiros que não foram culpados pela sua condição de inexigibilidade. Desse modo, havendo dano a terceiros, fala-se, por força do art. 929 do Código Civil<sup>392</sup> e no âmbito da responsabilidade civil, na necessidade de reparação do dano pelo agente coagido ou subordinado, com direito de regresso contra o coator ou superior<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p.502.

<sup>392</sup> Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram (BRASIL. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019).

<sup>393</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. São Paulo: Saraiva, 2014; SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Diante dessas ressalvas, percebe-se que, além de corrigir as incongruências já analisadas no terceiro capítulo, a transposição das tradicionais “causas de exculpação” para o setor do injusto penal – como causas de juridicidade por “permissões fracas” – não culmina em qualquer incoerência sistêmica, representando, inclusive, uma importante regra que irá reafirmar e reforçar a importância do princípio da exigibilidade na seara jurídico-repressiva.

#### 4.2.4 Injusto e exigibilidade: a dupla função da exigibilidade no injusto penal

As conclusões apresentadas nos últimos tópicos já fornecem uma resposta para a última indagação que foi efetuada no capítulo anterior: a exigibilidade poderia exercer uma função especial no Direito penal, atrelada a elementos do conceito de crime, para evitar as incompatibilidades já reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente?

Assim como a culpabilidade penal – que exerce a função de princípio (caracterizador da responsabilidade individual, subjetiva e pelo fato) e de regra (como elemento do crime e limite da pena)<sup>394</sup> – constata-se, na exigibilidade, uma dupla função, pois, além de exercer a função de princípio formal – como critério hermenêutico de amparo à análise crítico-argumentativa das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito no processo interpretativo –, deve ser também reconhecida a sua natureza de regra.

Na forma de norma-regra, a exigibilidade é materializada nas previsões normativas referentes às “permissões fortes” e às “permissões fracas”, até mesmo na “cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa”, na medida em que, como já assinalado, diante de hipóteses exemplificativas, a admissão de causas compatíveis com os princípios que informam a ordem jurídica, legalmente delimitadas, passa a representar uma causa legal.

Nas situações previstas nos artigos 22 e 23 do Código Penal, a exigibilidade é representada por normas de caráter generalizante, que visam identificar hipóteses nas quais, abstratamente, não seria possível exigir ao sujeito uma atuação não violatória à norma proibitiva; ou seja, a realização de uma conduta não dotada de antinormatividade. Em todos os casos legais, uma vez demonstrada a possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva – ou seja, a possibilidade de uma prévia aceitabilidade da norma proibitiva como válida (o que apenas estaria ausente em fatos decorrentes de grupos culturais marginalizados e não efetivamente

---

<sup>394</sup> Cf. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974.

representados pelo processo de formação da normas jurídicas ou sua materialização no ordenamento tido como uno e indivisível) –, será possível observar, diante do contexto, a inexigibilidade de realização de uma conduta conforme o direito e a consequente inadequação da norma repressiva *prima facie* válida ao caso concreto.

Nesse sentido, nota-se, por exemplo, que não pode ser exigível que o sujeito, para não violar uma norma incriminadora, não reaja a uma agressão injusta atual ou iminente, não salve direito próprio ou alheio, não exerça seu regular direito ou não cumpra seu dever legal (“permissões fortes”). Do mesmo modo, não é coerente exigir que alguém, para evitar a prática de uma conduta antinormativa, se converta em herói, resistindo a uma coação moral objetivamente irresistível ou desobedecendo a uma ordem, com aparência de legalidade, de seu superior hierárquico (“permissões fracas”).

De forma similar, a atuação da regra de inexigibilidade é também observada em causas permissivas especiais, previstas na parte especial do Código Penal e em legislações extravagantes, que igualmente exortam o princípio da exigibilidade, consolidando-o em normas-regra de pretensão generalizante. Nesse diapasão, é possível notar, por exemplo, a previsão de abortos impuníveis do art. 128 do Código Penal (dirigido às situações de gravidez decorrente de estupro ou em que há risco de vida à gestante), assim como a estipulação do parágrafo único do art. 13 da Lei de Organização Criminosa, que assim dispõe: “não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”<sup>395</sup>.

Diante de tantos exemplos, o que se constata, de fato, é que preceitos permissivos acabam por refletir a aceitação, pelo legislador ordinário, da inexigibilidade de uma conduta diversa diante do exercício de direitos (“permissões fortes”) ou da tolerância de atuação em face do reconhecimento de direitos (“permissões fracas”).

Com efeito, é inquestionável que, mesmo sem as revisões sugeridas, a solução apresentada por Vives Antón – incorporada na doutrina nacional por Paulo Busato – mostra-se plenamente compatível com um sistema jurídico-penal voltado para a responsabilização legítima, no qual a exigibilidade é concebida como um princípio formal – devendo ser observada “independentemente de norma positiva que verse a situação concreta que reclame a sua

---

<sup>395</sup> BRASIL. Lei nº 12.850 (Lei de Organização Criminosa). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

aplicação”<sup>396</sup> – e, simultaneamente, como norma-regra permissiva e excludora do injusto penal, o que ocorre no casos das “permissões fortes” e “fracas”.

Ressalte-se, mais uma vez, que as conclusões aqui atingidas não significam a aceitação de uma cláusula aberta de exclusão de responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, já que o reconhecimento da exigibilidade como princípio de direito implica, primeiramente, na desnecessidade de previsão legal para a sua incidência como fator orientador (medida interpretativa) da responsabilização jurídica, mas, em segundo lugar, no estabelecimento de critérios para a verificação da efetiva infração de dever. Logo, como o legislador não consegue prever todas as hipóteses de exclusão da responsabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em respeito aos princípios da legalidade e da exigibilidade, devem ser admitidas as hipóteses supralegais de inexigibilidade de conduta diversa (“permissões fracas”), somente se, dentro dos parâmetros anteriormente estabelecidos, restar comprovado que a conduta conforme o direito era realmente inexigível naquela situação concreta.

Afinal de contas, a exigibilidade precisa atuar como critério interpretativo (função geral de princípio) e como o fundamento das “permissões fortes” e das “permissões fracas” (função específica de regra), sem que seja convertida numa cláusula aberta de iminente insegurança jurídica, como já foi objeto de tantas críticas no primeiro capítulo.

Acredita-se que, da forma defendida na presente investigação, a exigibilidade passará a ocupar seu adequado espaço de relevo na seara jurídico-penal, impondo, até mesmo, a revisitação do conceito analítico de crime e a adoção de um sistema bipartido, no qual a reprovabilidade fática será apreciada no injusto e a reprovabilidade pessoal na culpabilidade, de modo a transformar o segundo elemento do crime – a culpabilidade – num verdadeiro limite de interferência penal.

#### 4.3 A CATEGORIA DA CULPABILIDADE COMO SEGUNDO ELEMENTO DO FATO PUNÍVEL

Uma vez concluída pela reprovabilidade do fato – decorrente de uma conduta, dolosa ou culposa, antinormativa e antijurídica – e afirmada a existência de um injusto penal, deve ser

---

<sup>396</sup> VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.72.

analisado se seria possível asseverar a reprovabilidade pessoal para um sujeito concreto que foi responsável pela prática daquele fato.

Para entender essa análise, forçoso examinar, nesse momento, a culpabilidade como segundo elemento do fato punível – seu conteúdo e suas hipóteses de exclusão –, assim como a relevância do princípio da exigibilidade nesse setor, a fim de que seja totalmente compreendido, ao final, o modelo analítico para o estudo do crime proposto através da presente investigação.

#### **4.3.1 Exigibilidade como fundamento da culpabilidade: uma terceira acepção de exigibilidade na seara jurídico-penal**

Como cediço, a estipulação de um pressuposto material adequado para o juízo de culpabilidade representa uma das questões fundamentais do Direito penal, especialmente diante da gama de modelos teóricos, defendidos pelos mais renomados doutrinadores estrangeiros, principalmente na Alemanha e na Península Ibérica, na busca de “alternativas” para o “poder agir de outro modo”.

Não se pode negar que a preocupação com a indemonstrabilidade do livre arbítrio – acentuada pelas conclusões neurocientíficas quanto à inexistência desta ideia de liberdade de vontade – foi decisiva para despertar, na doutrina penal, um eterno interesse pelo pressuposto material do juízo de culpabilidade, no qual precisa estar reunido todo o complexo de circunstâncias que justificam a reação social à prática delitiva, de modo a estabelecer, concretamente, quando a conduta mostrar-se-á mais ou menos reprovável<sup>397</sup>.

Como detalhado por Sebastián Mello, em sua obra “O conceito material de culpabilidade”, na fase conhecida como pós-finalismo, passaram a ser verificados aportes que, em linhas gerais, substituem a culpabilidade por outro instituto jurídico (por exemplo, Gimbernat Ordeig e Winfried Hassemer), indicam um novo fundamento material para a culpabilidade (como nas teses de Mir Puig e Muñoz Conde) ou buscam uma nova definição para a liberdade de agir (como efetuado por Figueiredo Dias e Bernd Schünemann)<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.430.

<sup>398</sup> Cf. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010; ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

Ocorre que, com as atenções voltadas à busca de uma solução para o “poder atuar de outro modo” e à constatação de que o conceito finalista de culpabilidade “não responde à pergunta sobre a legitimidade da imposição da pena a um indivíduo concreto”<sup>399</sup>, olvidou-se, em geral, de analisar a compatibilidade – ou não – das chamadas “causas de exculpação” por inexigibilidade de conduta diversa com o próprio juízo de reprovação pessoal.

Destoando dessa linha, é possível notar o modelo significativo de Vives Antón, já apresentado no terceiro capítulo, no qual, dentro da subdivisão de pretensões normativas para afirmação final da pretensão de justiça, é identificada uma separação entre pretensão de ilicitude (organizada sob a forma de reprovação da ação) e pretensão de reprovação (que recai sobre o autor), a fim de que seja afirmada legitimamente a reprovação de alguém pela atitude tomada. Nesse aporte, como a ideia de liberdade é inerente à própria ação, a pretensão de reprovação (representada pela culpabilidade) visa apenas “identificar, dentro de uma situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito”<sup>400</sup>.

Entretanto, em geral, como observa Sebastián Mello, é fato que “os aspectos formais da culpabilidade finalista foram adotados pelo pensamento penal que o sucedeu”, de forma que os elementos da culpabilidade normativa, “com maiores ou menores variações, firmaram-se como sendo a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade de outra conduta”<sup>401</sup>. Ou seja, nada obstante o exame axiológico empregado na exigibilidade de conduta diversa ser sobre as circunstâncias fáticas e não sobre as opções psíquicas do autor, as hipóteses do art. 22 do Código Penal e a “cláusula geral de inexigibilidade de conduta diversa” continuaram a ser examinadas num juízo caracterizado pela reprovação “pessoal”.

Com efeito na culpabilidade, tem-se, via de regra, uma incompatibilidade intrínseca, que precisa ser corrigida, com vistas a atingir maior grau de racionalidade no sistema jurídico-repressivo, especialmente porque a culpabilidade não é um fenômeno individual, isolado, que só afeta o acusado e a eventual vítima, posto que decorre da reação social ao fato delitivo e deve ser compreendida no contexto comunicativo da interação social<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p.177.

<sup>400</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.553-554.

<sup>401</sup> MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Juspodivm, 2010, p.169.

<sup>402</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.431; GALVÃO, Fernando. Conteúdo material da culpabilidade. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n.15, v.8, p.122-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



Como a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal e as tradicionais “causas de exculpação” por inexigibilidade de conduta diversa não se encontram adstritas à figura do autor concreto, o reposicionamento das referidas hipóteses no âmbito do exame de antijuridicidade da conduta (dentro do injusto penal) permite a consideração da culpabilidade apenas como o juízo capaz de imputar pessoalmente um injusto penal ao seu autor pela possibilidade ou não de exigir-lhe um comportamento diverso.

Sendo assim, diferentemente do quanto propalado pelos adeptos das Teorias Psicológico-normativas e da Teoria Normativa Pura, a ideia de exigibilidade aposta na culpabilidade não pode se confundir com as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa – relacionadas à conduta e analisadas como causas de juridicidade no injusto penal, à luz ou à margem do pressuposto material daquela categoria –, mas deve coincidir com o próprio fundamento deste juízo de reprovação pessoal, de forma meramente normativa e alheia à questão da liberdade de vontade.

Isso não significa, frise-se, um esvaziamento da categoria da culpabilidade, mas uma revisão do seu fundamento e dos seus elementos à luz do quanto esta categoria se propõe: encontrar um autor capaz de ser reprovável e justificar a reprovação pessoal da conduta injusta diante de um contexto comunicativo de interação social. Nesse sentido, se o injusto demonstra a existência de um fato antinormativo e antijurídico (ou ilícito), a culpabilidade evidenciará, a partir de critérios normativos, hermeneuticamente avaliados, a (im)possibilidade de imposição de uma pena a uma pessoa concreta, para a qual foi imputado um fato de relevância penal.

Aproximando-se do quanto defendido por Maurach<sup>403</sup>, concebe-se que, nas “causas de inexigibilidade de conduta diversa”, o que está em jogo é se o comportamento contrário à norma é perdoável relativamente a qualquer pessoa (isto é, se há uma tolerância geral de atuação concernente ao reconhecimento de um direito, seja diante de uma coação irresistível, obediência à ordem superior ou qualquer outra situação similar que se ajuste à “cláusula geral”). Não há, em nenhum desses casos, relação com o agente concreto ou com as suas específicas condições pessoais na situação determinada. Com efeito, tais hipóteses são recolocadas no juízo no qual possuem relevo e, como “permissões fracas”, passam a ser examinadas, não numa categoria sistemática intermediária entre a ilicitude e a culpabilidade (como proposto por Maurach), mas previamente ao juízo de culpabilidade.

---

<sup>403</sup> MAURACH, Reinhart. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 8.ed. München: Bech, 1971. Segundo Maurach, a culpabilidade, é um “juízo formado sobre o autor do crime”, um “juízo negativo”, que “torna possível submetê-lo à sanção criminal” (MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v.4, n.15, p.19-36., out./dez. Rio de Janeiro: [s.n.], 1966, p.19).

Nesse sentido, uma vez suprimido o elemento que lhe é incompatível, é possível observar que “a concepção de culpabilidade é nada mais do que a concepção de exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito”<sup>404</sup> concreto. Isso porque, o juízo de reprovação da culpabilidade somente irá se verificar diante da constatação da possibilidade de exigir-se, daquele agente específico, “um comportamento compatível com as expectativas sociais, sendo certo que a intensidade dessa reprovação está intimamente ligada à intensidade dessa exigibilidade social”<sup>405</sup>.

Exatamente por isso, Paulo Busato afirma que a culpabilidade é um juízo de valor meramente normativo, que expressa a reprovação ao sujeito conforme possa ser considerado justo exigir o comportamento devido, a partir da verificação de seus condicionamentos pessoais e sociológicos, assim como de sua capacidade motivacional e de compreensão da norma<sup>406</sup>.

Portanto, se já foi concluído pela inexistência de um exercício de direito ou de uma tolerância geral de atuação relacionada ao reconhecimento daquele – ou seja, pela presença de antijuridicidade na conduta –, restará necessário, na culpabilidade, apenas verificar se, em face das condições pessoais do sujeito, há capacidade motivacional e de compreensão normativa, que tornam exigível uma atuação conforme o direito e justifica a imposição de uma reprovação pessoal do autor.

Isso conduz a uma afirmação, que sintetiza o pensamento aqui apresentado: a culpabilidade traduz a ideia de exigibilidade dirigida ao autor concreto. Nesta categoria, objetiva-se identificar, numa situação concreta, a possibilidade (ou não) de exigir-se do autor que se tivesse se comportado conforme o direito, o que, na linha defendida na presente investigação, irá compor, especificamente, o fundamento material daquele juízo de censura pessoal. Desta forma, os elementos identificados para o juízo de reprovação pessoal irão decorrer da premissa fundamental de que a ordem jurídica pode exigir da pessoa comportamento diverso que se compatibilize com as expectativas sociais de boa convivência<sup>407</sup>.

Se o fundamento da culpabilidade é a exigibilidade, que ainda deverá ser utilizada para verificar os limites de incidência das causas de inculpabilidade, também se verifica na segunda categoria do fato punível uma dupla função da exigibilidade: como princípio (*topos* argumentativo) e fundamento da culpabilidade. Destarte, considerando as conclusões

---

<sup>404</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.557-558.

<sup>405</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.431; GALVÃO, Fernando. Conteúdo material da culpabilidade. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n.15, v.8, p.122-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>406</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.557.

<sup>407</sup> GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.418-419.

alcançadas quanto às causas permissivas (“permissões fortes” e “fracas”), constata-se a existência de três acepções da palavra exigibilidade na seara jurídico-penal, tal como ocorre, relembre-se, com a própria ideia de culpabilidade.

Na clássica obra *“Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre”*, Hans Achenbach diferencia a culpabilidade em três acepções: como princípio/ideia, medida ou fundamento da pena<sup>408</sup>. Desta forma, apesar do signo empregado ser o mesmo, ressalta que as funções de cada uma das definições é distinta, representando, desde a estipulação da responsabilidade pessoal, individual e subjetiva (princípio da culpabilidade ou, traduzindo mais corretamente, ideia de culpabilidade), até a sua condição de circunstância essencial da dosimetria da pena (culpabilidade como medida de pena)<sup>409</sup> e de elemento do conceito analítico de crime (culpabilidade como elemento do crime).

De modo similar ao apresentado por Achenbach, é possível analisar a questão da exigibilidade, que pode ser concebida como princípio (na forma delineada no segundo capítulo), como “causas permissivas” (normas-regra já examinadas neste capítulo) e, também, como fundamento do juízo de culpabilidade penal (conforme ora está sendo delineado).

Nessa última definição, como fundamento da culpabilidade, a exigibilidade justifica o afastamento do ultrapassado pressuposto finalista (“poder atuar de outro modo”), pois não almeja a comprovação da possibilidade de atuação diversa do autor no caso concreto, mas sim o exame de exigência jurídica de uma atuação distinta, que se pauta na inocorrência de pressupostos normativos pré-determinados. A culpabilidade, formalmente, se refere a todas as características relativas ao sujeito que o ordenamento jurídico considera necessárias para imputar-lhe responsabilidade penal e, materialmente, representa uma pretensão de reprovação,

---

<sup>408</sup> ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974.

<sup>409</sup> Segundo Achenbach, “este conceito delimitado de culpabilidade não está relacionado, ao contrário da primeira categoria funcional, com a legislação, mas imediatamente com a aplicação do Direito. Ele não indica, entretanto, toda a culpabilidade “formal”, mas apenas um setor, qual seja, o tipo de que parte o juiz para a dosimetria da pena. É entendido como elemento essencial, de alta relevância para a medição da pena no caso concreto” (tradução nossa). No original: “*der hier umschriebene Begriff von Schuld ist nicht wie auf der ersten Funktionsstufe bezogen auf die Gesetzgebung, sondern unmittelbar auf die Rechtsanwendung. Er beschreibt jedoch nicht die gesamte „formelle“ Schuld, sondern nur einen Ausschnitt, nämlich den Anknüpfungstatbestand für die richterliche Strafzumessung. Er wird verstanden als Inbegriff der Momente, die für die Strafhöhe im konkreten Fall von Bedeutung sind*“ (ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: Lüderitz & Bauer, 1974, p.4). nesse diapasão, merece destaque que, assim como o art. 59 do Código Penal brasileiro coloca a culpabilidade entre as circunstâncias judicial da primeira fase da dosimetria da pena, o §46, [1], do Código Penal alemão estabelece que a culpabilidade do autor é base fundamental para a medição da pena (no original: “*die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe*”) (ALEMANHA. *Strafgesetzbuch (StGB)*. Disponível em: <[www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2019).

baseada numa análise tópica de sob quais pressupostos é possível afirmar que determinado comportamento foi efetivamente livre<sup>410</sup>.

Desta forma, repele-se também a questão do exame da inevitabilidade da conduta nesse juízo de reprovação pessoal – que também seria empiricamente indemonstrável ante a impossibilidade de reprodução de circunstâncias –, especialmente porque a culpabilidade não deve ser concebida como uma imputação condicionada por interesse, mas somente como o resultado de uma valoração da estrutura psíquica do comportamento em questão<sup>411</sup>.

A exigibilidade é determinada pelo ordenamento jurídico e dele provém qualquer causa de inculpabilidade<sup>412</sup>. Por isso, como fundamento da culpabilidade, a exigibilidade dispensa uma prévia comprovação empírica<sup>413</sup>, na medida em que advém da essência do Direito e do estabelecimento de uma ordem jurídica para a regulação das relações sociais, que apenas pressupõe a existência de um dado antropológico fundamental: a liberdade humana.

Observa-se, assim, que a adoção da percepção dogmática ora defendida viabiliza não apenas a correção da incoerência existente no juízo de culpabilidade finalista – mantida pela maioria das concepções pós-finalistas – e o reconhecimento de incidência do princípio da exigibilidade em todas as categorias delitivas, como também o afastamento das implicações pretendidas pelos adeptos do neurodeterminismo no setor da culpabilidade penal, que se encontra completamente dissociado da questão do “livre arbítrio”.

Não se fala, nesta investigação, em livre arbítrio, em liberdade de vontade ou na necessidade de examinar, numa situação concreta, se o sujeito podia ou não atuar de uma forma não contrária ao direito. Na realidade, tal como defendido por Vives Antón, não se trata de demonstrar a existência de liberdade frente ao determinismo, mas apenas de explicar que, para que tenha sentido falar de ações e para que seja possível reger tais ações mediante normas (que é o que persegue o Direito penal), é imprescindível partir do pressuposto de que o ser humano é livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se por razões<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.555.

<sup>411</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. Tradução de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p.127.

<sup>412</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p.71.

<sup>413</sup> Em face da utilização do caso concreto como parâmetro de incidência, insta ressaltar que as situações exculpantes de inexigibilidade demandam uma comprovação empírica, mas esta é plenamente demonstrável, na medida em que se pautam em critérios científicos não questionáveis (redução de capacidade de compreensão pela menoridade ou doença mental e possibilidade de erro de compreensão normativa), estabelecidos mediante pressupostos normativos pré-determinados e desvinculados na ideia de “livre arbítrio”.

<sup>414</sup> MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.64.

A liberdade, assim e como está, aparece fundada nas estruturas linguísticas e comunicativas da nossa sociedade<sup>415</sup>, como algo inerente ao ser humano. Deste modo, o plano do determinismo não pode colocar em xeque a liberdade, até mesmo porque esta corresponde a um pressuposto da ação e da comunicabilidade, com base na linguagem-ação<sup>416</sup>. Como a liberdade que ao Direito pode interessar não representa um fenômeno causal-naturalístico, “o enfrentamento proposto pelas neurociências somente tem algum sentido frente a concepções ultrapassadas que vinculam o fundamento da culpabilidade à ideia de poder agir de outro modo”<sup>417</sup>, o que, desde o primeiro capítulo, foi rechaçado e superado.

Insta pontuar, ainda, que, como a exigibilidade não pode ser, *a priori*, comprovada positivamente, as circunstâncias eximentes, legalmente previstas e identificadas como “causas de exclusão da culpabilidade”, fundam-se na própria ideia de inexigibilidade (no aspecto negativo) e delimitam os elementos constitutivos da culpabilidade, dispensando, por conseguinte, a identificação de um conteúdo positivo expresso para aquele juízo de censura.

Verifica-se, portanto, que Silva Sánchez tem total razão ao afirmar que “o conceito de culpabilidade pode e deve contemplar-se desde a perspectiva da exigibilidade. Pode, pois, seguir dizendo que a culpabilidade é exigibilidade”<sup>418</sup>. De fato, desta forma, além de ser reconhecida a incidência de um princípio de direito, afasta-se as discussões relativas à definição de um elemento material consubstanciador daquele juízo de censura, o que seria incompatível com a percepção hermenêutica ora defendida.

#### 4.3.2 Inexigibilidade como denominador comum das causas de inculpabilidade

Como todos os limites mínimos de autodeterminação supõem que não se pode exigir do autor uma conduta diversa da efetivamente realizada, Eugenio Raúl Zaffaroni revela que todas as causas de inculpabilidade são hipóteses de inexigibilidade de outra conduta adequada ao direito. Por isso, ressalta que a inexigibilidade não é “uma” causa de inculpabilidade, mas o

---

<sup>415</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p.194.

<sup>416</sup> PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p.38-39.

<sup>417</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. *Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.22.

<sup>418</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p.413.

denominador comum de todas<sup>419</sup>, na realidade, acrescente-se, de todas aquelas que justificam o afastamento da responsabilidade pessoal do autor concreto, diante da inexigibilidade de atuação diversa decorrente da sua capacidade motivacional e de compreensão da norma.

Assiste total razão ao professor argentino, porque, se a exigibilidade representa o substrato do juízo de reprovação pessoal (culpabilidade), a inexigibilidade, por razões lógicas, deverá constituir o fundamento comum das causas de inculpabilidade, atuando, desta forma, como princípio fundador – como limite a deveres jurídicos de comportamento do autor concreto – e delimitador dessas hipóteses, que constituem elementos negativos cuja ausência importa na presença de culpabilidade na conduta.

Já é possível se observar, portanto, que, assim como as causas permissivas, as “causas de exclusão da culpabilidade” reforçam o reconhecimento e a incidência do princípio da exigibilidade, na medida em que se fundamentam neste, seja para afastar a culpabilidade de condutas nas quais não é exigível a compreensão do comando normativo (inimputabilidade penal), seja para renunciar a censura por não ser exigível a abstenção de algo que o autor não sabe ser punível (ausência de potencial consciência da ilicitude).

#### 4.3.2.1 Inimputabilidade penal

Como a culpabilidade indica a disposição interna contrária à norma que revela o indivíduo<sup>420</sup>, a imputabilidade reunirá “o conjunto de características pessoais que tornam um sujeito capaz de ser uma pessoa à qual possa ser atribuída uma responsabilidade por um ilícito cometido”<sup>421</sup> e a inimputabilidade representará uma negativa à possibilidade de compreensão do comando normativo, pautada na ideia de inexigibilidade.

A demonstração de que o agente é inimputável é estabelecida legalmente, a partir de requisitos de exclusão concernentes a um sistema misto biopsicológico de aferição. Tais requisitos representam verdadeiras presunções normativas, reguladas por critérios científicos empiricamente demonstráveis, que afastam a arguição de eventual deslegitimação do sistema ou de violação ao caráter normativo da culpabilidade.

---

<sup>419</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV, p. 46.

<sup>420</sup> *Ibidem*, p.73.

<sup>421</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p.557.

Nesse sentido, podem ser apontadas três previsões normativas no Código Penal brasileiro relativas à inimputabilidade: a) 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”; b) art. 27: “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”; c) art. 28, §1º: “é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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”<sup>422</sup>.

Observa-se, portanto, que serão considerados inimputáveis os menores de idade (critério biológico), assim como os portadores de “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e os embriagados “involuntariamente”, que eram, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critérios psicológicos).

Nessas hipóteses, a norma reconhece que não é exigível a compreensão do comando normativo, assegura a impossibilidade de entendimento para autodeterminação e afasta o juízo pessoal de censura, seja em decorrência de uma presunção absoluta (menoridade) ou relativa (doença mental e embriaguez) de incapacidade. As hipóteses legais refletem, assim, claras situações de inexigibilidade de conduta diversa, que atingem o fundamento da culpabilidade (exigibilidade) e, afastando-o, impossibilitam a censura penal. Ademais, representam a emissão de um juízo de valor sobre a personalidade, atinente ao autor, não de mero juízo de valoração genérico, que estaria mais bem situado no injusto penal.

Com exceção da situação da menoridade, que, além de decorrer de presunção absoluta e objetiva de incapacidade, impõe o afastamento da instância penal e o julgamento na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as demais hipóteses de inimputabilidade impescindem, diante de situações limítrofes, da utilização do princípio da exigibilidade. Isso ocorre, por exemplo, no exame de eventual provocação de situação de inimputabilidade – como no caso de embriaguez não acidental –, que, por uma questão de exigibilidade social, passa a ser objeto de reprovabilidade penal.

Nesse setor, é importante observar que o exame da exigibilidade recai sobre o autor, de modo que a inexigibilidade “abrange a ausência de censurabilidade dos motivos, assim como dos

---

<sup>422</sup> BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

pressupostos de uma livre determinação, traduzida na perturbação provocada por um ato que exclui a apreciação ou o controle dos instintos ou afirmações normais da personalidade”<sup>423</sup>.

#### 4.3.2.2 Ausência de potencial consciência da ilicitude pelo erro de proibição

Como segundo elemento da culpabilidade penal, tem-se a potencial consciência da ilicitude, que se encontra igualmente delineada pela ideia de exigibilidade e restará excluída diante das situações nas quais ficar caracterizado um erro de proibição inevitável ou escusável.

De acordo com o parágrafo único do art. 21 do Código Penal, “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”. A situação legalmente descrita caracteriza-se, portanto, pela impossibilidade, normativa e potencial, de compreensão do injusto pelo sujeito, que, uma vez ausente, conduz ao reconhecimento do erro de proibição, em decorrência do fato de que “somente é exigível que o sujeito se abstenha do que ele sabe ser punível”<sup>424</sup>.

Com efeito, a incidência da “causa de exclusão da culpabilidade penal” reserva-se aos casos em que, diante das particularidades do sujeito concreto, se observa que não lhe era possível atingir a consciência da ilicitude do fato nas circunstâncias em que atuou, tornando, para aquela pessoa concreta, inexigível uma atuação não caracterizadora de um injusto penal. É dizer, no erro de proibição, exclui-se a culpabilidade – e, conseqüentemente, o fato punível – quando a ocasião concreta não permite a consideração de que “o sujeito atuou com capacidade de compreensão a respeito da ilicitude do fato praticado, uma vez que as circunstâncias transmitem o sentido da ausência de tal compreensão”<sup>425</sup>.

Observe-se que, como “o desconhecimento da lei é inescusável”<sup>426</sup>, o erro de proibição não é definido através desta situação, mas sim através do desconhecimento da norma proibitiva, ou seja, da antinormatividade e antijuridicidade da conduta realizada. A antinormatividade é, portanto, “uma chave interpretativa”, que se origina no injusto e atinge a culpabilidade, possibilitando, ao método penal, um elo no plano lógico, que harmoniza a sucessão necessária

---

<sup>423</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.81.

<sup>424</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p.571.

<sup>425</sup> Ibidem, p.573.

<sup>426</sup> BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019, art. 21.



e ordenada de elementos, de modo que nem a culpabilidade possa se antecipar ao injusto, nem – no âmbito do injusto – a antijuridicidade possa se antepor à antinormatividade<sup>427</sup>.

Isso significa que, na linha também defendida por Zaffaroni, o erro de proibição conforma uma “causa de exclusão da culpabilidade” que pressupõe a prática de uma conduta considerada antijurídica, sob o crivo de uma “justificação putativa”. Porém, não há que se falar em hipótese de juridicidade (“permissão forte” ou “permissão fraca”), porque a atuação não se funda em tipo permissivo (senão na representação errônea do sujeito) e afeta a valoração da conduta com seu erro sobre “o valor” desta: um “erro de valoração”, ou seja, um erro de proibição<sup>428</sup>.

Melhor dizendo, diante das diferenciações efetuadas anteriormente quanto às causas de normatividade e juridicidade de uma conduta, não se identifica, no caso das “causas de exclusão da culpabilidade”, a elaboração de exame hermenêutico sobre a inadequação de uma norma proibitiva para a situação concreta (normatividade), tampouco a existência de uma norma permissiva mais adequada ao fato (juridicidade). Quando se fala em erro de proibição – ou seja, em “causa de exclusão da culpabilidade” –, o injusto penal já está caracterizado e o que será analisado é se aquela pessoa concreta pode ser responsabilizada por aquele injusto; se, em face de sua representação errônea, não tendo como perceber a ilicitude do fato praticado, seria coerente afirmar a exigibilidade de uma conduta conforme o direito.

O erro de proibição, assim como a inimputabilidade, além de estar relacionado à reprovação do autor (não do fato em si), não se pauta no exercício de um direito ou na tolerância de atuação geral relacionada ao exercício daquele. Sendo assim, diferentemente das tradicionais “causas de exculpação” (deslocadas para o injusto penal como “permissões fracas”), não caracteriza uma causa de juridicidade, mas uma “causa de exclusão da culpabilidade” de um autor determinado ante uma representação errônea de um direito.

Nada obstante, como facilmente percebido, a inexigibilidade representa o “denominador” comum das causas de exclusão da culpabilidade, de modo que o erro de proibição – assim como os casos de inimputabilidade –, são baseados na própria ideia de inexigibilidade, até mesmo por serem excludentes de um juízo fundado na ideia de exigibilidade.

---

<sup>427</sup> BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**. Belo Horizonte, v.3, n.4, p.07-46., 2018. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=147033](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147033)>. Acesso em: 24 mai. 2019.

<sup>428</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: EDISR, 1988, v.III, p.580.

## CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações apresentadas ao longo da presente investigação, foi possível perceber que, de fato, não há mais como se defender a perfeita racionalização do Direito penal, principalmente depois de tantas tentativas frustradas de fazê-lo, por meio do positivismo científico, filosofia de valores, ontologicismo e funcionalismo.

Por certo, mesmo tendo que ser preservadas determinadas conquistas históricas, não existem mais argumentos para afirmar, como efetuado por Welzel, que haveria condicionamentos ontológicos às valorações jurídicas e que a relação entre objeto ontológico e método científico seria no sentido de o objeto condicionar a adoção do método, pois as estruturas ontológicas, predeterminadas pela realidade fenomênica, já foram superadas dogmaticamente: a existência da “ação final” foi negada diante das diversas condutas desviantes com relevância penal e o “livre arbítrio” foi considerado empiricamente indemonstrável e, até mesmo, inexistente. Isso significa que já se percebe a incoerência de buscar amparo num conjunto de conceitos jurídicos estanques para solucionar objetiva – e matematicamente – problemas concretos e socialmente dinâmicos. De igual forma, não é mais possível afiançar a pura normatividade do sistema jurídico-penal, num viés funcionalista, pois, ainda que esteja referida a valores que condicionam determinadas posições normativas, a dogmática deve encontrar uma base objetiva na realidade empírica e social, que facilite essa valoração, abrindo suas portas a uma mais adequada incidência do Direito Penal na realidade.

Com efeito, após as diversas críticas à Teoria do Delito, efetuadas no bojo de sua evolução pendular, restou demonstrado que, para uma adequada construção teórica do Direito penal, deve ser concedida igual importância ao normativismo jurídico-positivo e às valorações culturais metajurídicas, nas perspectivas normativa e fática. Desse modo, deve ser exigida a adoção de uma perspectiva holística, de circularidade e mútua interferência, travada através de um processo de comunicação de sentido entre fato e norma. Até mesmo porque, já ficou comprovado que uma dada conduta, realizada dentro da fórmula jurídica correspondente a qualquer modelo dogmático, não irá representar, automaticamente, um crime.

Noutras palavras, a conclusão alcançada não poderia ser outra: só resta a alternativa de trabalhar as estruturas dogmáticas (os pressupostos por meio dos quais é possível sistematizar os elementos do delito), não mais sob o aspecto de um sistema fechado ou aberto a valores

político-criminais, senão por meio da linguagem; ou seja, sob a busca de interpretações e fundamentos capazes de impedir que o sistema penal se torne ainda mais irracional.

Ocorre que, nesse aspecto, dois fatores precisaram ser esclarecidos ao longo da investigação: I) precisa ser elaborada uma reorganização sistêmica, pautada no uso da linguagem e ancorada no afastamento da marginalização da subjetividade humana, no reconhecimento das características da sociedade moderna (comunicativa e plural) e na necessidade de fornecimento de um mínimo de racionalidade legislativa e jurisdicional; entretanto II) a aplicabilidade prática de um novo procedimento interpretativo (sugerido por adeptos da filosofia analítica) é dificultada pelo excessivo tradicionalismo do aplicador do direito, que ainda insiste na limitada utilização de métodos estritamente legalistas, meramente semânticos, na interpretação das normas jurídicas.

É exatamente diante dessas constatações que é defendida a necessidade de estipulação de uma fórmula para a delimitação de exigências de dever, que contribua para que, na ponte entre o ser e o dever ser, o Direito possa ser inserido como expressão linguística. Ou seja, a identificação de uma fórmula – uma disposição normativa, de cunho valorativo – que imponha, através da hermenêutica, a realização de um exame crítico-argumentativo das opções normativas do legislador e das opções silogísticas do aplicador do direito, a fim de que seja fornecido um espaço para a indispensável avaliação da realidade social do crime, colocando, no ponto de partida do direito, o indivíduo e, no seu centro, a ideia de justiça.

Em linguagem simples e direta, acredita-se que o espaço de manejo discursivo das categorias do delito, para apreensão do mundo da vida, do contexto, e alcance da almejada justiça, pode ser atingido por meio da estipulação de uma adequada fórmula, que identifique claramente o seu critério de valoração (o seu conteúdo), para o princípio da exigibilidade.

Concedendo-lhe o seu imprescindível papel de relevo no ordenamento jurídico, observa-se que, como princípio de direito, de natureza formal, a exigibilidade poderá funcionar como critério hermenêutico, como “*topos* argumentativo”, que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas (princípios ou regras). Por conseguinte, a exigibilidade poderá atuar como um duto condutor das conclusões da hermenêutica filosófica para a ciência do Direito, especialmente para o Direito penal, impondo um imperativo de alcance da solução mais justa para o caso concreto (por meio da análise da exigibilidade ou não de dada reprovação ou interferência estatal nos direitos fundamentais dos cidadãos).

Obviamente, como não seria coerente lançar mão de uma fórmula neutra e vazia – de um espaço aberto à insegurança jurídica –, são apresentados critérios hermenêuticos para o princípio da exigibilidade, para o aspecto abstrato e concreto: (1) legitimidade constitucional da disposição legal, ou seja, efetiva correspondência a expectativas sociais válidas (afastando, portanto, normas que não atendam a interesses sociais legítimos); (2) possibilidade de vinculação do sujeito à norma proibitiva ou mandamental violada diante da prévia aceitabilidade daquela norma como válida; (3) exigibilidade de realização de uma conduta conforme o direito em face das peculiaridades fáticas; (4) adequabilidade da incidência de uma norma jurídica repressiva *prima facie* válida ao caso concreto.

Nota-se, ainda, que o motivo para a atividade hermenêutica proposta através da fórmula normativa da exigibilidade é evidenciado na investigação: todas as normas jurídicas, não apenas as normas regra – reconstruídas e assumidas como *prima facie* aplicáveis a casos concretos –, possuem uma validade apriorística universal e, portanto, dependem de um critério claro para verificação da sua adequabilidade – ou não – numa determinada situação fática, especialmente no âmbito de uma sociedade, plural e comunicativa, em constante evolução. Isso significa que, apenas diante da reconstrução processual do caso e dos argumentos apresentados pelas partes e assumidos reflexivamente no processo, o sistema de normas, *a priori* aplicáveis (por decorrerem de um processo democrático de formação normativa), abrirá espaço para a(s) norma(s) adequada(s) ao caso concreto. Logo, afastando-se do tradicional modelo “regra/exceção”, aclama-se pelo reconhecimento da existência de uma única resposta correta – adequada – ao caso concretamente problematizado, que será encontrada através de um esforço interpretativo ou hermenêutico.

Com essa conclusão, no âmbito penal, a exigibilidade, não apenas irá deixar de ser um juízo de afirmação de responsabilidade para passar a ser instrumento de contenção do poder punitivo, como também irá reforçar a necessidade de reformulação do conceito analítico de crime. A questão é que, sua admissão como princípio, culmina na redefinição da relação entre o sujeito de direito e dever de punir estatal, a partir da inserção, em cada elemento do conceito analítico de crime, de critérios hermenêuticos derivados da consideração do direito como um sistema de princípios, da eleição do método argumentativo para a interpretação normativa e, principalmente, da opção constitucional por um modelo democrático social.

Nesse aspecto, por meio das premissas levantadas, algumas imprecisões dogmáticas tornam-se mais latentes na Teoria do Delito: I) no âmbito da tipicidade e da antijuridicidade, não se pode negar que há um problema operacional na afirmação acerca da possibilidade de se

entender um mesmo comportamento, simultaneamente, como proibido e permitido, atribuindo-lhe valores bivalentes, quando, na realidade, só é possível examinar a aplicação das normas enquanto referidas a casos concretos (até mesmo para verificação da pretensão de relevância do tipo de ação); II) nos tradicionais casos de “exculpação” por inexigibilidade (legais ou supraleais), além de não se verificar a exclusão do fundamento da culpabilidade (possibilidade de atuação de modo diversa) – mas a mera incoerência de exigência de uma conduta conforme o direito (uma espécie de culpabilidade diminuída) –, o exame axiológico efetuado é sobre circunstâncias fáticas e não sobre opções psíquicas do autor concreto, restando injustificada a sua inclusão na seara de um juízo de “reprovação pessoal” e acentuada a fonte exógena da exclusão da reprovação (que difere das fontes endógenas da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude); III) a ideia de poder atuar de outro modo, mais do que indemonstrável ou inexistente, é um pressuposto empírico incompatível com o exame hermenêutico modernamente exigido, até mesmo para aproveitamento das conquistas derivadas da evolução da Teoria do Delito.

Sendo assim, de fato, foi necessário efetuar uma revisão do conceito analítico de crime, a fim de considerá-lo apenas como uma conduta injusta e culpável, por meio de uma bipartição analítica entre os elementos relativos ao fato (no injusto penal) e aqueles relacionados ao juízo de reprovação pessoal (na culpabilidade).

Nessa acepção, como não é possível defender uma ilicitude independente ou “negadora” da tipicidade, o injusto penal reserva-se à apreciação de uma conduta antinormativa e antijurídica, a partir de uma análise valorativa do fato em si e das opções normativas existentes no sistema jurídico. É dizer, pautando-se nas noções de norma e conduta, verifica-se que, enquanto a antinormatividade indica a contradição de uma conduta com uma norma proibitiva (com um tipo penal incriminador), a antijuridicidade representará a contrariedade dessa conduta com o ordenamento jurídico em geral (no qual, harmonicamente, se completam normas proibitivas e preceitos permissivos), de modo a ser identificada – ou não – a formação de um injusto penal. Desse modo, nas causas de normatividade, ante a inexistência de violação normativa ou efetiva ofensa a bem jurídico que exprima interesse social relevante, é constatada a ausência de qualquer norma válida que seja adequada ao fato concreto. Ao passo em que, nas causas de juridicidade, é identificada, após exame hermenêutico entre mais de uma norma jurídica (proibitiva e permissiva) aprioristicamente válida, uma norma (permissiva) mais adequada ao fato.

Parte-se, então, para mais uma conclusão da investigação: ao lado das justificadoras tradicionais (“permissões fortes”), devem estar abarcadas situações em que a emergência estaria presente por interferência de terceiros (“causas legais de exculpação”) ou em que a lei conflita com aspectos de ordem sociológica, determinantes de uma necessidade de alteração jurídica ainda no plano do injusto (“causas supralegais de exculpação”), todas incluídas no injusto e chamadas de “permissões fracas”. Logo, as previsões da legítima defesa, estado de necessidade, coação moral irresistível e obediência à ordem superior hierárquica (assim como dos demais preceitos permissivos) nada mais são do que materializações, em dadas normas-regra, das exigências do princípio da exigibilidade; de modo que deve ser aberto espaço para o necessário recurso ao mesmo princípio em todos os outros casos em que o legislador não foi capaz de prever, por meio de uma norma concreta generalizante, situações que partem exatamente da mesma premissa: a impossibilidade de exigir uma conduta conforme o direito.

Dessa forma, é também promovida uma revisão do fundamento e dos elementos da culpabilidade à luz do quanto esta categoria se propõe: encontrar um autor capaz de ser reprovável e justificar a reprovação pessoal da conduta injusta diante de um contexto comunicativo de interação social. A culpabilidade, fundada na exigibilidade, passa a reunir, tão somente, os elementos que, uma vez ausentes, terão a possibilidade de afastar o seu pressuposto: a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. Nessa definição, portanto, como fundamento da culpabilidade, a exigibilidade justifica o afastamento do ultrapassado pressuposto finalista (“poder atuar de outro modo”), pois não almeja a comprovação da possibilidade de atuação diversa do autor no caso concreto, mas sim o exame de exigência jurídica de uma atuação distinta, que se pauta na inocorrência de pressupostos normativos pré-determinados. Como já esclarecido por Paulo Busato, a culpabilidade, formalmente, irá fazer referência a todas as características relativas ao sujeito que o ordenamento jurídico considera necessárias para imputar-lhe responsabilidade penal e, materialmente, representará uma pretensão de reprovação, baseada numa análise tópica de sob quais pressupostos é possível afirmar que determinado comportamento foi efetivamente livre.

Essas são, sem dúvida, as principais conclusões da investigação. Entretanto, insta lembrar que foram lançadas perguntas na introdução, desdobradas ao longo da pesquisa, que precisam ser claramente respondidas, a fim de que, inclusive, não remanesçam dúvidas ao leitor: I) o conceito analítico de crime adotado tradicionalmente é condizente com a percepção da estrutura comunicativa e plural da sociedade moderna e com a necessária subjetivação humana? II) seria possível fornecer à exigibilidade um conceito valorativo (de princípio

normativo), abonando a ideia de que a mesma é a verdadeira medida de toda a responsabilidade, derivada de uma consciência jurídica unânime?; III) de que forma o princípio da exigibilidade pode ser utilizado para reestruturar o sistema jurídico-penal?; IV) a exigibilidade poderia exercer uma função especial no Direito penal, atrelada a elementos do conceito de crime, para evitar as incompatibilidades já reconhecidas doutrinária e jurisprudencialmente?

As respostas, embora tenham sido apresentadas ao longo da investigação, podem ser sintetizadas da seguinte forma: I) os modelos teóricos tradicionalmente defendidos são incompatíveis com a mutável e comunicativa realidade social, seja em face do apego à estruturas ontológicas (finalismo), seja em face da exacerbada normatização (funcionalismo); II) a exigibilidade deve ser compreendida como um princípio de direito, concebido a partir de uma noção de exigibilidade social e discursiva, que assume um papel “*topos* argumentativo” diante dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico em geral; III) em decorrência da sua natureza principiológica e na imposição de um exame argumentativo, a exigibilidade irá atuar em todas as categorias do fato punível, impondo uma análise bipartida do crime, que deverá ser definido como um fato injusto e culpável; IV) reorganizadas as categorias delitivas, observa-se que a exigibilidade passa a exercer uma dupla função: de princípio e de regra, já que, além de funcionar como “*topos* argumentativo”, encontra-se concretizada em normas permissivas e no fundamento do próprio juízo de culpabilidade.

Enfim, com a materialização de uma proposta crítico-discursiva para a modernização dogmática, espera-se ter alcançado o objetivo da pesquisa: apresentar a exigibilidade como um princípio de direito, de conteúdo definido, que, além de contar com ampla incidência no ordenamento jurídico, contribui para a imperiosa reformulação da Teoria do Delito, no sentido de conceder uma maior racionalização jurídico-sistêmica.

Com isso, almejou-se atender, até mesmo, ao alvitre do professor Paulo Busato, apontado no prólogo da obra “Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo”, de que aquela “investigação vá ainda mais longe e que a autora possa, debruçando-se mais de perto sobre os fundamentos de Direito penal que podem emanar da filosofia da linguagem, avançar na produção de um Direito penal inovador e democrático, ousando, onde outros se omitiram”<sup>429</sup>.

Conclui-se, assim, com as palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni, que possui total razão ao afirmar que “toda construção estratificada do delito é susceptível de discussão e nenhuma é

---

<sup>429</sup> Prólogo de Paulo César Busato em: ALBAN, Rafaela. **Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.25.

perfeita, dado que não haverá aquela que tenha logrado eliminar todas as contradições, nem resolver satisfatoriamente todos os problemas”<sup>430</sup>. Acrescente-se, apenas, que, em contrapartida, haja mais erros ou acertos, é sempre importante ter em mente que será preciso pensar sem corrimão, especialmente porque a atividade do pensamento é mais exigida quando não se conta com as antigas categorias legadas para compreender a realidade. Afinal, quando a realidade parece, de alguma maneira, explodir a capacidade de compreensão, o pensamento será mais exigido do que nunca!

---

<sup>430</sup> Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni em: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.15.



## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p.134-146.

AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2003.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999.

\_\_\_\_\_. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal: manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*. Granada: Comares, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manifestaciones del principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito*. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n.17, p.53-84, 2005. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=67319](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=67319)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito*. *Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, Turrialba, n.3, p.22-69, 2011. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=134259](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134259)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

ALBAN, Rafaela. Culpabilidade e neurociências: um discurso pela liberdade e dignidade humana. In: MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (org.). *Dignidade da pessoa humana: estudos para além do direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.155-174.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal, culpabilidad y multiculturalismo*. *Revista de Derecho penal y Criminología*, v.10, p.187-203. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2017.

\_\_\_\_\_. *Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

\_\_\_\_\_. Habermas e o multiculturalismo: por uma culpabilidade penal dialógica numa sociedade plural. In: SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; CARVALHO, Thaize de (org.). *Criminalistas baianas homenageiam Eliana Calmon*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p.211-234.

ALBAN, Rafaela; CERQUEIRA, Marina. Culpabilidade, livre arbítrio e neurociências. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p.239-272.

ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)*. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/GG/103.html>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

ALEMANHA. *Strafgesetzbuch (StGB)*. Disponível em: <[www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2.ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Valecia: Tirant lo Blanch, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BINDING, Karl. *La culpabilidad en Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**. Belo Horizonte, v.3, n.4, p.07-46., 2018. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=147033](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147033)>. Acesso em: 24 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Teoria Jurídica do Crime**. 5.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.503 (Código de Trânsito Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850 (Lei de Organização Criminosa). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 104410**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012. Diário da Justiça, Brasília-DF, 27 de março de 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/94-ARTIGOS](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/94-ARTIGOS)>. Acesso em 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal y acción significativa: la función del concepto de acción en Derecho penal a partir de la filosofía del lenguaje**. Buenos Aires: Didot, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANEPA, Andrea. **L'Imputazione soggettiva della colpa: il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

CAVALCANTI, Vitor Mageski. **A capacidade resolutiva da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade em temas atuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 155p., 2015.

CEREZO MIR, José. **Culpabilidad y pena**. Disponível em: <[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal: Parte General**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal**. Disponível em: <[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **El finalismo, hoy**. Disponível em: <[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *La doble posición del dolo en la ciencia del derecho penal española*. Disponível em: <[www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA JR., Paulo José da. Finalismo?. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.483-487.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “*Compatibilismo humanista*”: *una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho Penal*. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.). **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Buenos Aires: B de F, 2013, p.17-42.

\_\_\_\_\_. *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal*. Disponível em: <<http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2011/12/eduardodemetrio-crespolibertaddevoluntadinvestigaci%C3%B3nsobreelcerebro.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

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

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DONNA, Edgardo Alberto. *La culpabilidad y la prevención como conceptos antagónicos*. In: BUTELER, José Antonio (org.). **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p.251-273.

DOTTI, René Ariel. **A posição sistemática da culpabilidade**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPANHA. **Código Penal de España**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p.215-259.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal y neurociencias: ¿una relación tormentosa?*. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p.71-168.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo E. Aboso y Tea Löw. Montevideo: B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Tradução de José Luis Guzmán Dalbora. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal*. Montevideo: B de F, 2003.

FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad*. Tradução de Bernardo Feijoo Sánchz. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p.19-70.

GALVÃO, Fernando. Conteúdo material da culpabilidade. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n.15, v.8, p.122-171. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. O direito e seu compromisso de realizar justiça. **Revista de Estudos & Informações**: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, n.31. p.13-23, Minas Gerais: TJM/MG, 2011.

GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem*. Wien: Manz, 1913.

\_\_\_\_\_. *La concepción normativa de culpabilidad*. 2.ed. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. Montevideo: B de F, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Jakobs e o “Direito Penal” do Inimigo. In: BITTENCOURT, Cezar Roberto (org.). **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Lumun Juris, 2008, p.535-553.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: fundamentos e limites do Direito Penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BUSATO, Paulo César; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Compêndio de Direito Penal brasileiro: parte geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

\_\_\_\_\_. **O horizonte do finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.6, n.24, p.79-92, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?*. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Camares, 2000, p.489-505.

\_\_\_\_\_. *Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem*. In: GÜNTHER, Klaus; WINGERT, Lutz. **Die Öffentlichkeit der Vernunft der Öffentlichkeit**. Festschrift für Jürgen Habermas Herausgegeben von Lutz Wingert und Klaus Günther. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

\_\_\_\_\_. **Schuld und kommunikative Freiheit: Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma concepção normativa da coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de filosofia alemã**, n.6, p.85-102. São Paulo: USP, 2000.

\_\_\_\_\_. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre factividade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre factividade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social.* Madrid: Taurus, 1987, v.1.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social.* Madrid: Taurus, 1988, v.2.

HASSEMER, Winfried. *¿Alternativas al principio de culpabilidad?* Tradução de Francisco Muñoz Conde. Disponível em: <[www.juareztavares.com](http://www.juareztavares.com)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal:** fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** 2.ed. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal.* Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/821.pdf>>. Acesso em 31 jan. 2019.

HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo.* Tradução de José Luis Gusmán Dalbora. Montevideo: B de F, 2008.

\_\_\_\_\_. *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat.* Hamburg: Hanscatische Verlagsanstalt Aktiengesellschaft, 1934.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”.* Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.15, n.65, p.77-104, mar/abr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad.* Tradução de Guillermo Orce. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, n.10, p.1877-1889, out. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: obras completas.* Tradução de Alicia Gil Gil. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t.II.

\_\_\_\_\_. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel.* Tradução de Mariano Bacigalupo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.43, p.11-30, abr/jun. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana.* Tradução de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

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

JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Lima: Palestra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Culpabilidad jurídico-penal y "libre albedrío"*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p.197-213.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.

\_\_\_\_\_. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.21-50.

\_\_\_\_\_. *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas, 2004.

\_\_\_\_\_. *El principio de culpabilidad*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Individuo y persona: sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. Tradução de Bernardo Feijóo Sanchez. In: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Navarra: Civitas, 2012, p.169-196.

\_\_\_\_\_. *Intercambio epistolar con el Prof. Dr. Günther Jakobs: preguntas y respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo*. Tradução de María Laura Böhm. **Boletín semestral GLIPGö**, n.5, enero/junio. Göttingen: Georg-August-Universität Göttingen, 2013.

\_\_\_\_\_. *La imputación objetiva en derecho penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_. *Norm, Person, Gesellschaft: vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.



JAKOBS, Günther; MELIA, Cancio Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 2.ed. México: Hermes, 1954.

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

\_\_\_\_\_. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Tradução de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

\_\_\_\_\_. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.185-217.

\_\_\_\_\_. *Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado Democrático de Derecho*. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (coord.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, p.137-164.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3.ed. Baden-Baden: Nomos, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: eBook, 1933.

LISZT, Franz Von. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 26.ed. Atualização de Eberhard Schmidt. Berlin-Leipzig: Walter Gruyter & Co, 1932.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. 1.ed. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, t.I.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal**: a relação entre o tipo e a ilicitude. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LUCHI, José Pedro. **A superação da filosofia da consciência em J. Habermas**: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Libertad, Culpabilidad y Neurociencias*. Disponível em: <<http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/08/Diego-Manuel-Luzon-Peña.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago. *Introducción*. In: UREBA, Alberto Alonso. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p.26-29.

MAIWALD, Manfred. *El concepto normativo de culpabilidad de Reinhard Frank desde una visión actual*. *Revista de Derecho Penal*, n.2, 2012, p.227-241. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=106847](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=106847)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Die Unzumutbarkeit-Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten? Festschrift für Schüler-Springorum*. Bonn: C. Heymanns, 1993.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale: nozione, struttura e sistematica del reato*. Milão: Giuffrè Editore, 1995.

MARTÍNÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, v.4, n.15, p.19-36., out./dez. Rio de Janeiro: [s.n.], 1966.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gigson. Buenos Aires: Astrea, 1994, v.1.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 8.ed. München: Bech, 1971.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, v.1.

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

\_\_\_\_\_. *Necesidad de pena, querer y poder. Algunas reflexiones sobre la culpabilidad en Gimbernat*. In: PRADO, Luiz Regis (org.). *Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.62-70.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais**: a inexigibilidade de conduta diversa como *topos* e solução. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 199p., 2008.

MERKEL, Adolph. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Berlag von Ferdinand Ente, 1889.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Tradução de Ricardo Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, t.I.

MIR PUIG, Santiago. *Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal*. Disponível em: <www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 1.ed. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal*. In: CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E. (org.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, t.II.

\_\_\_\_\_. *Revisión de la teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*. In: RENGIFO, Carlos Simón Bello; RASALES, Elsie. **Libro Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998, p.195-218.

\_\_\_\_\_. *La teoría del delito*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a.11, n.42, p.121-132, jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal excludente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PALMA, Fernanda. **Direito Penal.** 3.ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

\_\_\_\_\_. **O princípio da desculpa em Direito Penal.** Coimbra: Almedina, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Fundamento y fines del Derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia.** Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/818.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

PITA, M<sup>a</sup> Del Mar Díaz. **Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080626\\_10.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, n.5, v.3, p.160-187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Neurociência e direito: primeiras impressões.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-direito-primeiras-impressoos/>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Neurociência e livre arbítrio: citações de Francisco Rubia.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/neurociencia-e-livre-arbitrio-citacoes-de-francisco-rubia/print/>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Revolução neurocientífica e direito penal.** Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/revolucao-neurocientifica-e-direito-penal/>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General.** 2.ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, t.1.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.** 3.ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal.** Tradução de Luís Greco. Disponível em: <[www.ielf.com.br](http://www.ielf.com.br)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4.ed. München: Beck, 2006.

RUBIA, Francisco J. *Neurociencia y libertad*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p.185-190.

SANTANIELLO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Penale*. 3.ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.

SANZ, Jesús Barquín. *Conversaciones*: Dr. José Cerezo Mir. Disponível em: <[www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus: eine Sisyphus-Arbeit?* In: VON HIRSCH, Andreas; NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt (org). *Paternalismus im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p.221-241.

\_\_\_\_\_. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. Tradução de David Felip i Saborit y Ramon Ragués i Vallés. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p.91-128.

SILVA, Renato César Dantas da. **Inexigibilidade de conduta diversa e seu papel na dogmática penal**: princípio geral de direito que não depende de previsão legal. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 107p., 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. *Informe sobre las discusiones*. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p.179-207.

SPOSATO, Karyna Batista. **Culpa & Castigo**: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. Disponível em: <[www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)>. Acesso em: 31 jan. 2019.

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

\_\_\_\_\_. *Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes*. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

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

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Crime Culposo**. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de. Os elementos negativos do tipo penal. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, n.61, jul./dez., p. 287-304, Belo Horizonte: UFMG, 2012.

VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal**: o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*. Disponível em: <dspace.usc.es/handle/10347/4285>. Acesso em: 31 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

\_\_\_\_\_. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

\_\_\_\_\_. *Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica*. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coord.). *Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Buenos Aires: B de F, 2013, p.219-232.

\_\_\_\_\_. O princípio da culpabilidade. **Revista justiça e sistema criminal**: modernas tendências do sistema criminal, v.2, n.2, jan/jul, 2010, p.35-64. Curitiba: FAE, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; COBO DEL ROSAL, Manuel. *Derecho penal: parte general*. 5.ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 1999.

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

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal Alemán*. 4.ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

\_\_\_\_\_. *El nuevo sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução de José Cerezo Mir. Montevideo – Buenos Aires: B de F, 2011.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2004.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho natural y Justicia material*. Tradução de Felipe Gonzáles Vicén. Madrid: Aguilar, 1977.

\_\_\_\_\_. *La doctrina de la acción finalista, hoy. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t.XXI, n.II, p.221-230, maio-ago. Madrid: ADPCP, 1968.

\_\_\_\_\_. *La inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n.38, v.7, jun./jul., 2006, p.115-120. Porto Alegre: IOB, 2006.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico-penal**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción finalista*. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Astrea: Depalma, 1951.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova cultura, 1999.

WOLK, Erik. *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit: Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*. Breslau: Hirt, 1931.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.III.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDISIR, 1988, v.IV.

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

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