sacrificar a própria vida. Geralmente, para a distinção entre justificação e exculpação não é relevante a hierarquia do dever, mas sim o valor do bem jurídico: em se tratando de sacrifício de bem jurídico de valor inferior ou igual ao do bem protegido, haverá exclusão da antijuridicidade; se o bem jurídico sacrificado for de maior valor, haverá exclusão da culpabilidade. O bombeiro que deixa de salvar uma vítima para salvar sua própria vida estará em estado de necessidade justificante. Por outro lado, um estranho que deixa de salvar a vítima para evitar graves ferimentos em seu próprio corpo, estará em situação de atipicidade.

CAPÍTULO VII
A CULPABILIDADE

I. O SIGNIFICADO DA CULPABILIDADE

A culpabilidade sofreu uma longa evolução em seu conceito.[447] Depois que JHERING procedeu à diferenciação entre fato ilícito e fato culpável,[448] foi possível sua autonomia do injusto, com a qual se fundamentou o primeiro enunciado sistemático moderno de culpabilidade, que se deve a VON LISZT: culpabilidade é o vínculo subjetivo entre agente e fato (concepção psicológica de culpabilidade).[449] Ainda que, sistematicamente, o conceito de culpabilidade só apareça nesse momento, ressalta FERNANDO VELÁSQUEZ que sua concepção já estava presente no renascimento, principalmente no conceito de *imputatio juris*, que levou FEUERBACH a considerá-lo como o fundamento subjetivo da punibilidade.[450]

Mais tarde, FRANK conceitua a culpabilidade como o "juízo de reprovação sobre o agente, por haver cometido o fato sob a normalidade de circunstâncias concomitantes (concepção normativa de culpabilidade).[451] Com a inserção de outros elementos (consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) e ainda sob influência do finalismo, a concepção normativa de culpabilidade foi se impondo até a doutrina contemporânea. Com base no que já enunciara FRANK, a doutrina vigente a compreende como um juízo de reprovação sobre o agente por haver realizado um fato injusto.

Nessa evolução, devem ser observadas duas particularidades: primeira, a formulação jurídica de culpabilidade nunca esteve afastada de um

447. Para uma visão crítica, MARTINS, Antonio. "A culpabilidade como instituição política: um esboço", in *Direito penal como crítica da pena*, p. 389 e ss.
448. JHERING, Rudolf von. *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano*, tradução de José Luís Guzmán Dálbora, Buenos Aires: BdeF, 2013, p. 55 e ss.
449. LISZT, Franz von. (Nota 117), p. 162.
450. VELÁSQUEZ, Fernando. "La culpabilidad y el principio de culpabilidad", in Revista de Derecho y Ciencias Políticas, volume 50, Lima, 1993, p. 283.
451. FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen, 1907, p. 6.

substrato extrajurídico; segunda, a partir de sua concepção normativa, a culpabilidade deixou de constituir elemento ou qualidade da conduta, para depender de um juízo epistêmico, ou seja, quem sedimenta a culpabilidade não é a condição da conduta, mas sim o atestado emitido pelo julgador.

Desde VON LISZT, já se vinham delineando duas programações criminalizadoras fundadas nesse conceito: a busca por uma culpabilidade relacionada aos defeitos do autor e sua estruturação vinculada ao dever. VON LISZT, sob influência das correntes positivistas, chega a enunciar um conceito material de culpabilidade, fundado no caráter antissocial do sujeito.[452] Por seu turno, os neokantianos, seguidores da Escola de Baden, situam-no a partir de uma consideração do sujeito de haver praticado um ato contrário ao dever, o qual pode ser tanto um dever jurídico, como postulava MAX ERNST MAYER,[453] quanto ético, na visão de GRAF ZU DOHNA.[454] Essa polivalência do conceito de culpabilidade, de ser tratado ora como expressão da ação, no sentido de um vinculo causal subjetivo com o sujeito, ora como consequência de um defeito do sujeito ou de sua contrariedade ao dever, que dá lugar à sua concepção normativa, possibilita sua utilização de conformidade com a hegemonia dos programas de criminalização. No nazismo, por exemplo, foi amplamente usado o recurso de uma culpabilidade vinculada ao dever, mas também, conforme as variações de enfoque, como reprovação pela conduta de vida[455] ou pelos defeitos de caráter. Jamais o conceito de culpabilidade foi produto de um enunciado puramente jurídico. Mesmo a chamada reprovação, que poderia ser vista como puramente jurídica, está comprometida em sua base com elementos éticos, ou mesmo anímicos, que dizem respeito ao sujeito e não ao fato. No fundo, o conceito de culpabilidade tampouco se afasta de uma avaliação sobre o autor.

Em relação ao juízo de reprovação, é interessante notar como ele se desenvolve no momento em que o elemento causal deixa de ser importante para sedimentar o conceito de conduta. Como a conduta não é mais conceituada como a produção de efeitos, que poderia ser

452. LISZT, Franz von. (Nota 117), p. 163.
453. MAYER, Max Ernst. (Nota 179), p. 230.
454. DOHNA, Alexander Graf zu. *Der Aufbau des Verbrechenslehre*, Bonn: Röhrscheid, 1936, p. 30 e ss.; DOHNA, Alexander Graf zu. "Zum neusten Stand der Schuldlehre", ZStW 32, 1911, p. 323.
455. MEZGER, Edmund. "Die Straftat als Ganzes", in ZStW 57, 1938, p. 675.

objeto de simples observação, e passa a ser, inicialmente, elevada a uma categoria normativa e, depois, ontológica, os juízos de constatação cedem lugar aos juízos de valor.

Isso ocorre justamente quando a corrente filosófica do neokantismo da Escola de Baden, principalmente por obra de RICKERT, começa a propor novo método para a investigação dos fenômenos culturais, fazendo o recorte entre objetos naturais, livres de valor, de um lado, que são objetos de investigação das ciências naturais, e valores culturais, de outro, sujeitos, portanto, a juízos de valor. Em relação aos valores culturais, entre os quais se encontra o direito, acentua RICKERT que não podem ser enfocados simplesmente como existentes, mas sim como vigentes. Esses valores ou são fáticos, reconhecidos como válidos para todas as pessoas, ou tem sua validade postulada por pessoas culturais, no sentido de que não resultam de simples desejos, mas, sim, de bens para cuja manutenção estão todas as pessoas obrigadas, à medida que reflitam sobre sua vigência ou valor.[456] Os chamados juízos sintéticos *a priori* de KANT, que davam embasamento à sua teoria do conhecimento, foram sendo, assim, substituídos por juízos de valor cultural. Importante, assim, não é a investigação do Ser (Sein), mas do Dever (Sollen). O Ser e o Dever (valor) constituem as duas esferas da realidade. Ainda que o Ser esteja referido a coisas, não pode ser definido senão por meio de valores, os quais lhe conferem sentido e significado. A posição hegemônica da Escola de Baden no campo da economia com MAX WEBER e no direito, entre outros, com RADBRUCH,[457] produziu uma ruptura na metodologia da teoria do delito, principalmente na culpabilidade. Como a identificação do fato culpável não é procedida por juízos de constatação, mas sim por juízos de valor, fácil se tornou confundir seu conceito substancial, como qualidade da ação, com o próprio juízo. O juízo de valor sobre objetos culturais, entre os quais se encontra a própria conduta, está ligado, por seu turno, a um conceito de verdade.[458] No começo, esse conceito de verdade teve por base a teoria da correspondência, que era a teoria básica das ciências em geral, com origem na filosofia grega, mais tarde, porém, se orientou por outras teorias, como da semântica, da coerência ou da redundância. Se a questão de verdade está

456. RICKERT, Heinrich. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Berlin: Celtis, 2014, p. 34
457. RADBRUCH, Gustav. *Gesamtausgabe, Band 8, Strafrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, p. 64.
458. LASK, Emil. *Die Lehre vom Urteil*, Tübingen: Mohr, 1912, p. 19.

no fundo da investigação cultural, assume relevância, então, todo o esforço destinado a justificar o processo de responsabilidade mediante a comprovação de que seus pressupostos ou elementos de fato estão nele presentes. Claro que um puro juízo de valor é possível. É possível dizer, assim, que culpabilidade é reprovabilidade, mas esse juízo de valor, por si só, é absolutamente vazio, ele precisa indicar o porquê dessa reprovabilidade. Dizer, simplesmente, que culpa é reprovação ou juízo de reprovação, sem se vincular a um momento do fato, torna a proposição ininteligível. A doutrina, no entanto, satisfaz-se com esse simples enunciado para fundamentar a responsabilidade do sujeito. Veja-se, porém, que, com esse puro juízo de valor, como fundamento da responsabilidade, não se pode demonstrar que, efetivamente, o agente poderia ter atuado de outro modo, o que lhe converte em juízo epistêmico, ou seja, em juízo acerca dos elementos que podem ser comprovados no fato. A valoração epistêmica, como leciona KRAUSE, deve ser concebida como um juízo de cognição, tomado como juízo sobre a probabilidade ou sobre a existência da situação de fato. Seu objeto são os fatos, e sua valoração resulta, em determinado grau, da certeza acerca da existência da situação de fato.[459] Em ambas as modalidades, porém, como juízo de valor ou como juízo epistêmico, a definição da culpabilidade fica subordinada a um ato de decisão, justamente aquilo que FERRAJOLI sempre buscou impedir ao propor a construção de um sistema racional de direito, com base empírica.[460]

Quando a teoria normativa de culpabilidade enuncia que tem por base um juízo de reprovação, cai em um impasse. Primeiro, porque, ainda que se afirme como juízo puramente normativo, tem em vista que o autor, nas circunstâncias, era culpado por não ter agido em conformidade com o direito. Como o juízo de reprovação está, de certo modo, vinculado à situação de fato, na qual se encontrava o autor, porque fora dela seria impossível afirmar que ele poderia ter atuado em conformidade com o direito, não é juízo puro sobre os elementos conceituais da ação culpável, é um juízo que diz respeito à prova. Segundo, se não disser respeito à prova, o juízo de reprovação torna-se um juízo estéril e sem substância, desvinculado de seu objeto, vindo a se converter em elemento de mera presunção de culpa, como, aliás, é empregado, indevidamente,

459. KRAUSE, Marion. *Epistemische Modalität*, Wiesbaden: Harrassowitz, 2007, p. 190.
460. FERRAJOLI, Luigi. (Nota 36), p. 37 e ss.

na prática judicial. Ao empregá-lo nas sentenças condenatórias, a prática judicial passa por cima do fato de que, como qualidade da ação, a culpabilidade não pode ser presumida, tem que ser demonstrada. Não basta dizer que o sujeito é reprovável, é preciso demonstrar os fundamentos dessa afirmação. Porém, ao fazê-lo, já não se pode mais trabalhar com um juízo de reprovação, mas com a análise da prova. Uma vez que o juízo de reprovação seja enunciado como juízo epistêmico e, assim, como juízo delimitador da prova, suas consequências extrapolam a mera especulação do conceito de culpabilidade. Tendo em conta que o autor, no processo penal, deva figurar como componente da relação jurídica, é natural, então, que, na aferição da culpabilidade, ancorada nesse juízo de reprovação, se mesclem elementos do fato e elementos do autor. Mesmo no âmbito processual há um limitador dessa aferição, que não pode fugir de alguns indicadores. Diz GERALDO PRADO que, em face de que qualquer operação não se pode violar preceitos fundamentais de proteção de direitos humanos; o juízo epistêmico sobre a prova tem o escopo de limitar a investigação a fatos penalmente relevantes, de tal forma que a busca da verdade não se ampare em bases emocionais e caprichosas.[461]

Vê-se, assim, que a evolução do conceito de culpabilidade, que deixa de ser matéria relativa à própria conduta para se pautar por um juízo de reprovação, conduz a muitas perplexidades, induzindo uma confusão entre matéria penal e matéria processual. Ao perceber a instabilidade de um juízo dessa ordem, acentua HASSEMER que a "reprovação da culpabilidade desvia a atenção", ou seja, "desvia a atenção das limitações mais importantes às quais necessariamente ela está submetida e que a tornam um fenômeno forense".[462] A confusão dos dois juízos produz reflexos na edificação de uma teoria do delito, que, por perseguir fins específicos de sedimentação do que constitua a conduta criminosa, não pode ficar na dependência da análise de prova, até porque, se isso ocorrer, se abrirá uma válvula de esvaziamento dos preceitos fundamentais de proteção da pessoa, os quais ficarão subordinados ao decisionismo do julgador. A grande discussão em torno da culpabilidade de fato e

461. PRADO, Geraldo. "A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro", in *Prova penal*, Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 17 e ss.; PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85.
462. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 319.

culpabilidade de autor, que deveria estar superada no Estado de Direito Democrático, ainda está na ordem do dia. Em face disso, variados são os enfoques quanto a seus elementos e fundamentos.

Dos conceitos mais recentes, deve-se a ROXIN aquele que mais interessa ao verdadeiro sentido que a culpabilidade pode emprestar à prática jurídica. ROXIN a conceitua a partir da chamada acessibilidade normativa: o agente é culpado quando, em virtude de sua constituição psíquica e mental estava, no momento do fato, em condições de atender à exortação ou ao apelo da norma.[463] A conceituação de ROXIN é também sustentada por MERKEL, o qual a compreende sob dois elementos constitutivos: a *receptividade* e a *reatividade*. De conformidade com essa concepção, o agente deve ser receptivo, ou seja, capaz de sentir o sentido da norma; depois, possuir a capacidade de reagir adequadamente a essa receptividade ou compreensão da norma.[464]

ROXIN, porém, vai mais adiante, porque, ao lado do fundamento da acessibilidade normativa, pelo qual quer superar a velha questão da liberdade de vontade ou do poder de agir de outro modo, ainda submete o conceito de culpabilidade aos fins preventivos da pena. Com isso, inclusive, cria um conceito mais abrangente, o da responsabilidade penal, com o qual assegura que a culpabilidade não deve ser vista como fundamento, mas sim como elemento delimitador da pena. Embora o conceito de ROXIN seja o mais importante, porque corresponde exatamente ao sentido que a doutrina jurídica quer conferir ao vigente processo de criminalização, ao seu lado ainda persistem os antigos conceitos com base no retributivismo ou mesmo no preventivismo, mas com fundamento no juízo de reprovação. Visto nos dias atuais, o conceito de culpabilidade sustenta-se sobre dois pilares: ora como fundamento ou delimitador da pena, ora como juízo de reprovação. Porém, a conceituação de culpabilidade sob uma perspectiva crítica e reducionista não pode estar associada a esses significados.

Nesse sentido, será importante separar a culpabilidade como qualidade da ação e a culpabilidade aferida como juízo de valoração.

463. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 868; ROXIN, Claus. "Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 9/2015, p. 490 e ss.

464. MERKEL, Reinhard. "Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit", in Festschrift für Roxin, Berlin: De Gruyter, 2011, p. 737.

Como qualidade da ação, a culpabilidade não pode se afastar das condições que foram já assinaladas para o fato como ato injusto (típico e antijurídico). Justamente sobre esse fato, assim caracterizado como fato injusto, é que deve ser construído o conceito de culpabilidade, a partir do enfoque de que a conduta foi produzida por um sujeito, que detinha, no momento de sua execução, todas as qualidades de pessoa deliberativa. Não se pode separar, então, fato e sujeito quando as qualidades da conduta são essenciais para a configuração do sujeito. Com isso, porém, não se formula sobre o sujeito um juízo de reprovação. A culpabilidade deve ser concebida como um elemento de contenção, pelo qual se busca verificar se, apesar de haver cometido o fato injusto, o sujeito ainda pode ser excluído das consequências jurídicas do crime (pena ou medida de segurança). Deve-se ressaltar, ademais, como já acentuado anteriormente, que o fato do sujeito não ser portador das condições que o caracterizam como pessoa deliberativa, não o transforma em pária social, nem em inimigo do sistema. Como diz CACICEDO, a despersonalização implica um retorno ao perigosismo da criminologia positivista, a qual sustenta, de certa forma, a vertente extremada de JAKOBS de um direito penal do inimigo.[465]

O sujeito não ingressa no conceito de culpabilidade por seus defeitos de caráter, conduta de vida ou mediante a formulação de juízos éticos ou normativos. Sua participação se torna relevante à medida que, com sua análise diante do fato, a conduta deixe de ser caracterizada como conduta criminosa. Por outro lado, a constatação da culpabilidade não se esgota na análise dos seus elementos vinculados à conduta. Nesse ponto, a culpabilidade deve ser aferida em dois segmentos: um, destinado aos elementos da conduta em face do agente; outro, orientado pelas consequências que a ordem jurídica possa dispor sobre o fato, como forma menos rigorosa de solucionar o conflito gerado pela conduta.

Diversamente da orientação pelos fins da pena, que sedimentam as teorias preventivistas, devem valer as soluções não penais e, portanto, menos rigorosas. Só depois de esgotada a análise dos elementos da culpabilidade, vinculados nesses dois segmentos, e atendidos os princípios constitucionais informadores, pode-se, então, dizer que o agente

465. CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo. Uma análise crítica da prevenção geral positiva*, Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 179.

cometera um fato criminoso, que sua conduta violara a ordem jurídica. A violação da ordem jurídica, porém, não transforma o sujeito em pessoa incompatível com o sistema jurídico, em um sentido moral ou como expressão de um juízo de reprovação.

II. A CHAMADA LIBERDADE DE VONTADE

Dentro da tradição filosófica, tendo em vista a dependência das ações humanas da vontade livre de cada um e também de sua diversidade, acentuava PUFENDORF a necessidade de que as normas as disciplinassem para que essa vontade não extrapolasse em tendências e articulações incontroláveis.[466] O pressuposto, assim, de todo o processo de responsabilidade sempre esteve ancorado no conceito de liberdade de vontade. Nessa sequência, as conceituações da culpabilidade sempre tiveram em conta, tanto na teoria psicológica quanto na normativa, que o agente só pode ser considerado culpado quando tiver atuado com liberdade de vontade. Para tanto, estabeleciam, como seu pressuposto, a plena capacidade do agente de entender e querer como expressão de imputabilidade, ou seja, como uma capacidade de culpa. A partir do momento em que se afirmasse a capacidade de culpa, os argumentos posteriores reduziam-se drasticamente a duas séries de questões: para a teoria psicológica, assegurar a vinculação do agente ao fato na forma de dolo ou culpa, compreendidos, empiricamente, como liames causais subjetivos; para a teoria normativa, com a emissão de um juízo de valor pelo qual se pressupunha que, em princípio, o agente era capaz de realizar o delito, de compreender a proibição de sua conduta e atuar como atuou, sob a possibilidade hipotética de que poderia ter agido de outro modo. Com isso, pela teoria normativa, emite-se sobre o fato e também sobre o autor um juízo de reprovação.

Ainda que os partidários da teoria normativa afirmem que trabalham unicamente com o conceito de culpabilidade do fato, em todo juízo de reprovação também estão contidos elementos de uma culpabilidade de autor. A teoria psicológica, que tinha um fundamento empírico, ainda que simbólico, quase desapareceu, praticamente, da fundamentação da culpabilidade, depois da adoção da teoria normativa. Em função desta, a responsabilidade penal pela culpabilidade

466. PUFENDORF, Samuel. "Über die Pflicht des Menschen und des Burgers", in *Philosophie der Moral*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, p. 137 e ss.

passou a estar assentada na capacidade individual do autor de evitar o resultado por meio de outra forma de agir. O modo de evitar pode ser, simplesmente, pela não realização da ação, nos crimes comissivos, ou pela realização da conduta mandada nos crimes omissivos. Essa posição não mudou até a atualidade: os autores costumam apontar a capacidade de agir de outro modo como fundamento da culpabilidade, ainda que sob outros contornos, como a evitabilidade em si mesma ou fundada na falta de prudência. Para GRECO, a culpabilidade poderia ser definida como uma forma de imprudência referida à pena. Com isso não se trata de dizer que o autor se decidiu pelo falso, mas sim que ele tem que carregar as consequências previsíveis de sua decisão. A reprovação de culpabilidade não é nada mais do que a afirmação de que o autor, se tivesse atuado com prudência, teria podido evitar aquilo que lhe tocava[467] Essa argumentação corresponde ao pressuposto inicial de que o agente era dotado, com exceção de casos excepcionais, de agir livremente. A adoção desse pressuposto conduz a uma verdadeira presunção de culpa, porque deixa nas mãos do julgador a decisão final sobre a evitabilidade do resultado. Esse processo sempre serviu de fundamento para as sentenças condenatórias, as quais raramente demonstraram que o juízo de culpabilidade efetivamente correspondeu aos elementos que o sustentam. Para chegar a essa conclusão basta verificar como se emite o juízo acerca do poder agir de outro modo, o qual, segundo ROXIN, não passa de uma ilusão, por ser indemonstrável.

Modernamente, o pressuposto da liberdade de vontade veio a ser contestado pelas pesquisas realizadas pela neurociência, que não apenas o puseram em dúvida, como também indicaram sua inexistência, tal como formulada pelo direito.

Seguindo os argumentos apresentados por PAUEN e ROTH, dois famosos neurocientistas, podemos verificar como se desenvolveram as concepções acerca da relação entre mente e corpo e também acerca da liberdade de vontade.[468] Esses temas são percorridos pela filosofia desde a

467. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 382; sob um enfoque preventivista, TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*, São Paulo: Elsevier, 2011, p. 186; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paul: Marcial Pons, 2017, p. 37.

468. PAUEN, Michael/ ROTH, Gerhard. *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie de Willensfreiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 22 e ss.

antiguidade sob duas perspectivas: se a vontade é expressão de pura atividade cerebral (visão empírica) ou se a atividade psíquica é uma qualidade eminentemente humana e independe de qualquer componente físico.

A primeira corrente corresponde a uma visão naturalista de qualquer atividade e não faz distinção, para esse efeito, entre seres humanos e animais. Já a segunda corrente encerra a concepção clássica do dualismo, sobre o qual se assenta o livre-arbítrio. Ambas as posições sofreram, e até hoje sofrem, intensas críticas. A primeira, por fazer do ser humano uma máquina sem qualquer iniciativa, sendo tratado como um produto dos puros movimentos cerebrais. A segunda, por edificar uma atividade psíquica sem respaldo empírico e transformar a liberdade de vontade em tema puramente espiritual. A formulação acerca da liberdade de vontade – entendem os neurocientistas – passa, necessariamente, pelo conceito de ação. O conceito de ação, quando enunciado corretamente, teria o condão de eliminar tanto as posturas puramente naturalistas quanto idealistas e, assim, possibilitar um enfoque adequado da liberdade de vontade. Porém, para tanto deve ter por base uma redução metodológica: não se trata de estabelecer seus elementos positivos, mas sim negativos, ou seja, indicar os elementos que não devem integrar esse conceito. O conceito de ação para os neurocientistas corresponde ao chamado conceito de ação básica, proposto por DANTO,[469] e pode, por seu turno, ser desdobrado em dois segmentos: de seus mínimos elementos e de sua explicação. No primeiro segmento, a ação deve consistir em um movimento realizado por uma pessoa e dirigido a um fim. Nesse aspecto, a neurociência incorpora o conceito finalista de ação. Esse conceito, no entanto, não se reduz aos elementos finais; o que marca o conceito é poder ser compreendido mediante um procedimento de sua explicação. A explicação tem como objetivo verificar, mediante a análise de seus movimentos e sua finalidade, se podem ser apreendidos seus desejos e propósitos, ou seja, até que ponto a ação é produto de uma livre opção e até que ponto está condicionada por fatores externos. À medida, porém, que a neurociência negue a livre opção, em termos naturalísticos e fora dos movimentos puramente reflexos, como a tosse ou o espirro, a explicação da ação que ela poderá fornecer só pode ser efetuada em

469. DANTO, Arthur C. *Analytical Philosophy of Action*, London: Cambridge University Press, 1973, p. 28 e ss.

comparação com outra atividade excludente. Se observamos que alguém dirigiu na contramão, a explicação dessa ação contrária ao cuidado só pode ser útil para afirmar e avaliar a conduta quando a comparamos com a atividade contrária, ou seja, a de dirigir na correta mão de direção.

A neurociência, que hoje está a merecer da doutrina os maiores encômios, incorre, por sua vez, em algumas contradições insuperáveis. Ao partir da consideração de que inexiste liberdade de vontade e que essa deve ser eliminada da literatura científica, não deixa de considerar um argumento que é o mesmo usado pela ciência jurídica: em determinadas pessoas, aquelas que apresentem um distúrbio no córtex central, não será possível afirmar que poderiam ter atuado de outro modo. Se o argumento fundamental para eliminar essas pessoas, com desenvolvimento cerebral defeituoso do âmbito de liberdade de vontade é o de que, em virtude de seu distúrbio biológico, não puderam atuar de outro modo, não será possível excluir da apreciação da liberdade de vontade em relação às demais pessoas o mesmo argumento do poder agir de outro modo. Claro, se a neurociência diz que o distúrbio no córtex impede a opção do sujeito de atuar de outro modo, de certa forma admite, a *contrario sensu*, a liberdade de vontade em relação às demais pessoas. Não o fazendo, a neurociência incorre na falácia do naturalismo.[470] Dessa contribuição da neurociência pode-se extrair a conclusão de que ainda é válida a questão do poder agir de outro modo, cujo conteúdo constituiu o fundamento do conceito normativo de culpabilidade.

O problema central do poder agir de outro modo reside, porém, na consideração dos fatores ou critérios que servem de base para sua afirmação. Uma das grandes críticas ofertadas por ROXIN à concepção dos finalistas quanto à culpabilidade foi a de que o poder agir de outro modo, tal como formulado, era indemonstrável.[471] Para superar esse fundamento, ROXIN segue o caminho de fundar a culpabilidade em função dos fins da pena e conceituá-la como o "atuar injusto apesar da apelação normativa". Com base nesse fundamento, assinala ser prescindível

470. ROTH, Gerhard. "Worüber dürfen Hirnforscher reden und in welcher Weise", in Christian Geyer (org.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016, p. 66 e ss.; crítico dessa falácia, KEIL, Geert. *Willensfreiheit und Determinismus*, Stuttgart: Reclam, 2009, p. 99 e ss.

471. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 866; ROXIN, Claus. Culpabilidad y prevención en derecho penal, Madrid: Reus, 1981, p. 61.; também, MERKEL, Reinhard. *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 134.

a comprovação da liberdade de vontade, porquanto o autor, em face de sua capacidade de se conduzir de acordo com a norma, pode se fazer culpado quando não lhe reste, psiquicamente, acesso a uma conduta alternativa. Com isso, diz que não se está afirmando que o autor poderia atuar de outro modo, mas apenas que ele, diante das condições intactas de sua capacidade de autodireção e da existente acessibilidade normativa, é tratado como se fosse livre.[472] Finalmente, assevera ROXIN que sua concepção de culpabilidade congrega tanto um fundamento empírico quanto normativo. Empírico decorrente da constatação da capacidade de autodireção e da acessibilidade normativa; normativo como consequência de que, em face do substrato empírico, se assente a possibilidade de se atribuir ao sujeito uma conduta em conformidade com o direito.[473]

Vê-se, então, que a posição de ROXIN, que representa a melhor e mais bem elaborada formulação da doutrina jurídica contemporânea, no fundo irá também se servir de um fundamento normativo de juntar os pressupostos para atribuir ao sujeito a possibilidade de atuar de outro modo, justamente, de acordo com o direito. Parece que o cerne da discussão jurídica em torno do conceito de culpabilidade não pode se afastar das premissas propostas de que a avaliação de uma conduta só pode ocorrer mediante um processo de comparação com uma conduta alternativa.

Quando se chega a esse ponto, então, filosoficamente devem ser propostas, pelo menos, as seguintes questões: a) se essa opção pode ser feita livremente, compreendendo-se, aqui, o próprio conceito de ato livre; b) se essa opção depende das condições do sujeito; c) até que ponto será possível comprovar a liberdade de opção; d) em que medida o sujeito será capaz de controlar sua atividade, de modo a lhe atribuir a possibilidade de um comportamento alternativo.

É evidente que a liberdade de agir não é absoluta; está condicionada não apenas pelo meio, como também por pressões externas e internas de todas as origens. Assim, um livre-arbítrio, tal como propunha o racionalismo radical de DESCARTES, não existe. Tanto a psicologia evolutiva quanto a psicanálise já demonstraram suficientemente a impropriedade

472. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 868.
473. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 872.

de uma liberdade absoluta. O que distingue nesse processo uma ação livre de outra ação determinada não é propriamente a pressuposição metafísica da existência de uma prévia liberdade de agir, mas sim o contexto no qual se desenvolveu a atividade.

O filósofo KEIL, para equacionar o que denomina de liberdade de vontade, ou ato livre, sugere dividir a investigação filosófica em duas partes: uma positiva e outra negativa. Na *parte positiva* é caracterizado o poder de reflexão, de pôr à prova ou suspender os próprios desejos e permitir que o resultado desse procedimento possa atuar efetivamente sobre a conduta. Para tanto, a liberdade de vontade deve estar vinculada a um espaço de abertas possibilidades e à capacidade de intervir nesse espaço. Por isso, não se pode conceber positivamente uma liberdade de vontade sem um contexto, ao qual se deve ajustar aquele poder de reflexão. Por sua vez, a *parte negativa* da liberdade de vontade diz respeito à autonomia do poder de decisão acerca dos resultados. Aqui a questão não está na autonomia de escolher entre as primeiras tendências ou estímulos, mas sim sobre os procedimentos que esses estímulos devem seguir. Justamente, em face da escolha de procedimentos é que se evidencia a conclusão de que uma capacidade de tomar decisões depende das circunstâncias em que o ato será executado.[474]

O ato pode ser considerado livre à medida que o sujeito possa avaliar os motivos que o levem a atuar, ou seja, fazer a crítica de uma conduta alheia e ser capaz de uma autocrítica quanto ao seu comportamento. Dessa forma, diante de alternativas de atuar, haverá vontade livre quando a opção for consciente. Se a culpa inconsciente deve ser eliminada do direito penal, justamente porque não tem um substrato empírico que possa amparar uma decisão do agente quanto à conduta realizada, outro não poderia ser o fundamento inicial de uma análise da culpabilidade. Nesse sentido, a opção será livre quando puder ser equacionada por meio de um procedimento no qual o sujeito deve se inserir para, conscientemente, realizar uma ou outra conduta.

O ato livre é aquele, assim, que se situa sob a influência dos motivos do sujeito, os quais, todavia, pressupõem o conhecimento das circunstâncias. Sem o conhecimento das circunstâncias, portanto,

474. KEIL, Geert. (Nota 470), p. 26 e ss.

sem o acesso às qualidades das condutas alternativas, não existe opção livre. FABRICIUS lembra muito bem a perplexidade que afronta um funcionário público de cumprir ou descumprir uma ordem ilegal. Para que possa fazer sua opção, deve ele conhecer também a relação entre a ordem dada, como forma de execução de ato administrativo, e as demandas da ordem jurídica democrática de coibir os atos arbitrários, ou seja, possuir conhecimento suficiente para fazer uma crítica da legitimidade da ordem e da legitimidade de sua própria conduta, quando a execute ou se recuse executá-la.[475]

À medida que a primeira condição de um ato livre reside no procedimento de realizá-lo sob influência de seus motivos, torna-se relevante verificar o papel do sujeito nesse procedimento. A filosofia acentua que o sujeito adquire identidade e, assim, é capaz de atuar sob influência de motivos e, por isso, decidir entre condutas alternativas quando seja dotado de algumas qualidades que o tornem apto a ser destinatário da norma que regula essas atividades. Constituem, assim, pressupostos de um ato livre as condições de maturidade mental e desenvolvimento que assegurem ao sujeito a capacidade de conhecer a qualificação de seu ato como criminoso e poder agir em conformidade com esse entendimento.

Esses pressupostos que envolvem, classicamente, os fundamentos da capacidade de culpa ou imputabilidade não podem ser resumidos, todavia, a um juízo empírico-normativo de capacidade de entendimento e autodeterminação, sem que estejam situados em um contexto normativo que, originariamente, os congrega no conceito de pessoa deliberativa. Visto dessa forma, o ato livre não pode se alijar das condições do sujeito e de seu contexto. Para HONNETH, o sujeito só pode ser efetivamente livre quando seus objetivos forem satisfeitos pela própria realidade. Dessa forma, o sujeito só pode ser pensado como sujeito responsável quando for, antes, pensado como integrado às estruturas sociais que garantam sua liberdade.[476] A liberdade é condição essencial para que o sujeito possa tomar também conhecimento do mundo, que só pode ser obtido mediante um processo de interação. Nesse sentido, JACINTO COUTINHO bem acentua que o sujeito que toma conhecimento das coisas é aquele que sabe construir sua história, como participante ativo na construção

475. FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 19.
476. HONNETH, Axel. (Nota 3).

da realidade.[477] Essa atividade está, no entanto, condicionada a todos os fatores que delimitam sua ação em uma sociedade organizada.

Geralmente, as críticas ao conceito de poder agir de outro modo, como aquelas encetadas por ROXIN, dirigem-se a afirmar que esse conceito é indemonstrável. O filósofo PAUEN já explicitou, claramente, que esse princípio é fundamental para determinar a responsabilidade. Para tanto, não se deve partir da posição de MOORE de que um ato poderá ter sido realizado de outra forma caso o agente quisesse realizá-lo, o que resulta, de fato, indemonstrável, mas sim verificar até que medida há uma simetria entre a execução da ação efetivamente realizada e a alternativa de sua não execução, sob o prisma de ambas dependerem de seu causador originário. Nesse sentido, só se pode falar de "poder" agir de outro modo se, observado o princípio do causador originário, nenhum outro impedimento se interpuser na realização da ação, o qual tenha a capacidade de explicar a produção do resultado sem que o agente possa exercer sobre esse impedimento um controle, que possa incluí-lo nas suas opções.[478] Para enfrentar essa questão, será preciso desnudar a diferença que subsiste entre explicar e demonstrar e também especificar o critério para se dizer que determinada proposição é indemonstrável. Já MAX WEBER acentuava que a explicação da conduta social pressupunha seu entendimento em face de sua vinculação subjetiva ao sentido da atividade. A explicação deveria ser feita por um processo de recorte da realidade infinita, com a edificação do que ele denominou de *tipos ideais*. Os tipos ideais possibilitariam explicar como a conduta social foi realizada por iniciativa do agente e como produziu os efeitos por ele projetados. A essa visão neokantiana da realidade como um conjunto de dados desordenados, que MAX WEBER quis ordenar, se opuserem duas outras correntes, uma empírica, radicalizada por POPPER, e outra crítica capitaneada por ADORNO. Para a corrente empírica, chamada de também *neocriticismo* ou *racionalismo crítico*, a explicação dos fenômenos sociais deveria seguir a mesma metodologia das ciências naturais, inicialmente, com uma observação dos fatos desprovidos de qualquer pressuposto valorativo, e, depois, racionalizada mediante uma

477. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Volume 30, nº 30, Curitiba, 1998, p. 171.
478. PAUEN, Michael. *Ilusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*. Frankfurt am Main: Fischer, 2004, p. 106 e ss.; MOORE, Georg Edwuard. *The Elements of Ethics*. Philadelphia: Temple University Press, 1991, p. 121 e ss.

cadeia indutiva, até o limite de alcançar a identificação do fenômeno em face de sua definição.[479]

A observação sobre fatos e não sobre valores encampa, então, as mesmas preocupações de MAX WEBER, mas com a correção de não conduzir à formação de uma tipologia, e sem um juízo sobre o sentido da atividade. Pode-se dizer que o neocriticismo se situa numa pesquisa quantitativa da realidade, pela qual jamais se poderá alcançar um conhecimento pleno dos objetos, mas apenas uma aproximação de seus elementos. Com essa postura de POPPER, a explicação do fenômeno conduz à conclusão de que seu conhecimento congrega apenas uma suposição, mas jamais uma demonstração efetiva. Se a realidade não pode ser apreendida, senão parcialmente por meio de seus elementos, a ideia de um conhecimento inalcançável e indemonstrável coincide com a concepção de ROXIN de apenas se aproximar do conceito do *poder agir de outro modo*, mediante uma suposição de que, uma vez presente a acessibilidade normativa e a capacidade do sujeito de tomar decisões, se pode supor tratar-se de um ato livre e, consequentemente, culpável.

Em oposição a isso, ADORNO, seguindo a tradição hegeliana, assevera a impossibilidade de uma análise social sem um conceito prévio de totalidade, a qual poderá vincular todas as categorias sociais até a formação da identidade pessoal, portanto, em uma linha de pesquisa qualitativa. Em uma importante conferência sobre pesquisa empírica em sociologia, ocorrida em um seminário organizado para discutir a questão do positivismo,[480] ADORNO enfatiza que o conceito de verdade não pode ser alijado do mundo social institucional, o qual não se deixa reduzir a um dogmatismo estático, abstrato e desprovido de valor. Para ADORNO, diante da complexidade da conduta social, sua explicação não pode se satisfazer inteiramente em um sistema de lógica, que falsificaria suas contradições e simplificaria sua estrutura. Ressalta ADORNO ser falsa, assim, a separação entre condutas valoradas ou não valoradas, que seguiriam, como mais tarde acentuaria HABERMAS, uma relação entre meio e fim. Como o dever (Sollen) se imiscui no ser (Sein), o valor não é algo externo aos objetos, mas lhes é inerente, sem

479. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 104 e ss.
480. ADORNO, Theodor W. "Soziologie und empirische Forschung", in *Der Positivismusstreit der deutschen Soziologie*. Neuwied-Berlin: Luchterland, 1972, p.

qualquer outra condição. Com isso, ADORNO refuta a crítica de que a comprovação empírica de uma concepção se deva basear em fatos, uma vez que o caminho crítico do entendimento não é formal, mas substancial. Uma pesquisa social correta não deve se concentrar apenas sobre uma relação empírica, mas deve se envolver também com uma crítica social. Tendo em conta essa particularidade, na demonstração de uma conduta, não se devem isolar os dados, mas conjugá-los com a totalidade de uma sociedade organizada. A partir das orientações investigativas de ADORNO, chega-se a compreender que o poder agir de outro modo pode ser objeto de uma efetiva análise, desde que feita em consonância com os dados institucionalizados, ou seja, aqueles dados que integram tanto as condições sociais quanto os elementos da ordem normativa.

Fazendo uma análise dos dados institucionalizados, enfatiza HASENFRATZ que esses dados, na verdade, integram o mundo da vida. Nesse sentido, as ações institucionalizadas serão aquelas que se repetem no mundo da vida e podem ser objetivadas. O mundo da vida não é uma entidade abstrata, por isso mesmo está comprometido com sequências temporais de atividades. No processo de institucionalização das condutas o que se observa é que as ações já praticadas se conservam como padrões simbólicos de comportamento.

Quando observamos o trânsito e a condução dos veículos dentro das regras, por exemplo, podemos tomar esse modo de conduzir como um padrão simbólico dessa atividade. Isso ocorre durante nossa formação: desde cedo aprendemos como manejar certos objetos e vemos como o fazem outras pessoas. Essas ações se passam no mundo da vida e não podem ser simplesmente descartadas no tempo, mas sim internalizadas como ações repetitivas, que influenciarão outras ações, indicando-lhes o momento e a forma de sua execução. Ao mesmo tempo que aliviam os sujeitos de, a cada vez, atualizarem seu conhecimento da realidade, servem de suporte para ações alternativas.

A institucionalização das ações, centrada em sua repetição sequencial no mundo da vida e tipificadas como elementos de uma sociedade organizada, são incorporadas definitivamente pelas pessoas e transmitidas às gerações futuras como prática ou rotina. Com a institucionalização das ações pode-se esclarecer acerca de sua sequência ou forma de execução, o que faz com que não se possa compreender uma conduta fora de seu

tempo. Uma conduta para ser digerida por um processo de sua explicação ou demonstração está sempre associada a uma sequência temporal.[481]

Daí ser absolutamente imprópria a imagem de uma conduta isolada do mundo da vida e sobre a qual se quer formular um juízo de que tudo poderia ter sido feito de outro modo. A chamada acessibilidade normativa e mesmo a capacidade de decisão, com as quais trabalha ROXIN, não são suficientes para compreender o que é uma conduta livre e nem superar o chamado problema empírico da demonstração do poder agir de outro modo. Uma conduta livre, sob o ângulo do mundo da vida, será, por conseguinte, aquela que é executada pelo sujeito dentro das possibilidades que lhe são abertas pelo processo de institucionalização. Embora as condutas sejam institucionalizadas e não possam ser compreendidas sem essa consideração dentro de uma sociedade organizada, como é a sociedade atual, são também produtos de uma pessoa, mas são produtos produzidos no tempo. Fora do tempo é inconcebível sua compreensão. Uma vez situadas no tempo e vistas sob o aspecto de sua institucionalização, será possível demonstrar quais condutas alternativas eram possíveis ao sujeito. Para tanto não é apropriada a formulação do racionalismo crítico, do qual se aproxima ROXIN, de tomar o resultado investigativo como pura suposição (Vermutung). Está claro que o poder agir de outro modo não pode ser demonstrado mediante uma pesquisa quantitativa, mas pode ser objeto de uma pesquisa qualitativa quando situado como integrante das opções de ação dispostas no mundo da vida.

Observe-se, ademais, como faz ZUCKER, que para efeito de comprovação do poder agir de outro modo, tem pouco significado uma ação individual; o que interessa é sua dependência ao contexto em que se situa o autor, o qual irá influir em que medida sua ação pode ser analisada no âmbito das ações institucionalizadas.[482] A afirmação, assim, de que o autor poderia ter atuado de outro modo é compatível com uma análise qualitativa.

Os dados institucionalizados como fatores referenciais da conduta são também levados em consideração por HONNETH, que, ao examinar os limites da liberdade jurídica, os situa dentro do que chama de *esferas de*

481. HAZENFRATZ, Michael. *Wege zur Zeit. Eine konstruktivistische Interpretation objektiver, subjektiver und intersubjektiver Zeit*, New York-München-Berlin: Waxmann, 2002, p. 331

482. ZUCKER, Lynne Z. "The role of institutionalization in cultural persistence", in Peter Walgenbach/Renate Meyer (org.) *Neoinstitutionalistische Organisationstheorie*, Stuttgart: Kohlhammer, 2008, p. 43.

liberdade. Para que essas esferas de liberdade possam ser reconhecidas, são insuficientes as interpretações de normas. Apenas sob um sistema de ações institucionalizadas será possível equacionar, assim, a liberdade jurídica.

Se uma ação livre deve ser examinada dentro de um sistema de ações institucionalizadas, para que possa obter seu reconhecimento no âmbito das esferas de liberdade deve satisfazer a três condições: *primeira*, deve tratar-se de um sistema no qual os sujeitos cooperem entre si; *segunda*, a relação paralela de reconhecimento tem que consistir em uma atribuição recíproca; *terceira*, o sistema assim compreendido deve acarretar uma autorrelação específica, que desemboca na formação das competências e atitudes necessárias à participação.[483]

A compreensão das ações institucionalizadas deve, necessariamente, amparar-se em uma realidade na qual as condutas não são atos isolados, mas processos de interação. Partindo da análise de HONNETH acerca das ações sociais, a demonstração do poder agir de outro modo deve ser obtida sob esses três pressupostos, que podem ser resumidos em sistemas de cooperação, nos quais as condutas interagem, sob a perspectiva de uma atribuição recíproca, e a subordinação de uma relação específica vinculada ao âmbito de competência de cada autor. Os atores sociais, à medida que se vinculam aos respectivos contextos e não podem deixar de fazê-lo porque ninguém vive absolutamente sozinho, também estão subordinados à estrutura da sociedade organizada e às condições de um Estado democrático de direito. Uma pessoa que não esteja vinculada a essas condições, porque o Estado é autoritário e, também, porque a própria sociedade se alicerça sobre pilares discriminatórios e excludentes, não pode equacionar concretamente a conduta que realiza em face da conduta dos demais.

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. Em um Estado autoritário não existe culpabilidade jurídica, só existe atribuição empírica. Pode-se dizer, então, que uma vez alicerçada a ideia de que cada um é membro de uma sociedade democrática, na qual se desenvolvem ações institucionalizadas, é possível demonstrar que outra conduta seria possível, à medida que fosse legitimada como conduta

483. HONNETH, Axel. (Nota 3).

participativa. Daí ser importante, para o efeito de sedimentar os fundamentos da culpabilidade, a observação de ADORNO, de fazer sempre da pesquisa científica uma ferramenta de crítica social.

Antes mesmo de se buscar um critério para afirmar ou negar o poder agir de outro modo, será preciso verificar se o contexto no qual se produzem as ações está em conformidade com aqueles pressupostos assentados por HONNETH, que não são condições abstratas, mas sim elementos essenciais na consideração do ato livre. Essas considerações acerca das condutas institucionalizadas esclarecem melhor o exemplo de FABRICIUS acerca do dilema do funcionário de cumprir ou não uma ordem ilegal. Ao deixar de cumprir a ordem, o funcionário a questiona não apenas em face de sua legalidade, mas também de sua legitimidade perante a ordem jurídica democrática. Em todas as pesquisas científicas acerca de atos humanos, dentro de uma perspectiva de ciências sociais e não de ciências naturais, atendendo ao que propõe ADORNO, é sempre necessária uma confrontação de legitimidade.

Como última condição do ato livre deve-se agregar a capacidade individual de controle por parte de seu autor sobre seu ato e sua opção. Nesse ponto, duas questões devem ser, desde logo, apresentadas: em que medida o controle sobre atos individuais depende da reação dos demais e como compatibilizar esse controle com as ações institucionalizadas.

A primeira questão foi suscitada por STRAWSON, ao analisar a postura de cada um em face do outro. Diz ele que a condição humana essencial é a de poder avaliar sua própria conduta a partir de uma posição reativa. Se alguém me pisa o pé, causa-me dor e, assim, induz-me a considerar que quem o fez é responsável por essa dor. Da mesma forma, quando alguém me elogia no momento em que pronuncio uma conferência ou me presenteia no aniversário, causa-me prazer e eu o trato como responsável por isso. A responsabilidade, assim, está vinculada ao causador originário de dor ou prazer. A partir dessa posição diante do outro, será possível proceder a uma avaliação da própria atividade quando interfira no âmbito físico ou jurídico dos demais.[484] Dentro dessa sequência, não será possível um controle sobre a própria atividade sem que se proceda a

484. STRAWSON, Peter Frederick. *Freedom and Resentment and Other Essays*, London: Methuen, 1974, p. 67; SIE, Maureen. "Goodwill, Determinism and Justification", in Jan Bransen/Stefaan E. Cuypers, *Human Action, Deliberation and Causation*, Berlin: Springer, 1998, p. 113.

uma análise dessa atividade diante do outro. Por isso, aquele que é incapaz de entender as qualidades do fato como danoso ou perigoso, portanto, como ilícito, e autodeterminar-se consoante esse entendimento, não pode ser responsável por seus atos. Para STRAWSON, assim, o controle sobre os atos é exercido como uma atividade que congrega tanto sentimentos, desejos, aprovação ou desaprovação, quanto uma interferência sobre o procedimento causal. Esses sentimentos e essa interferência, contudo, só terão significado quando forem produto de uma posição reativa, ou seja, como postura negativa ou positiva diante do outro.

Por sua vez, HARRY FRANKFURT, ainda que entenda que o princípio da conduta alternativa é insatisfatório, acolhe-o, porém, como princípio negativo. Assim, haverá exclusão de culpabilidade toda vez que o sujeito tiver atuado porque não pode fazer outra coisa. Em vez de se situar diante de condutas alternativas, que lhe abririam um leque de opções, o sujeito se vê obrigado a realizar somente aquela conduta que efetivamente executou. Isso se dá quando o sujeito perde o controle de seus atos, ou por influência de distúrbios internos relevantes ou por coação, mas de tal forma que a conduta tenha sido realizada exatamente como sua consequência.[485] Especificamente quanto ao controle, promove HARRY FRANKFURT uma diferenciação entre volições de primeira e segunda ordem. A volição de primeira ordem relaciona-se diretamente ao ato, por exemplo, ir a Brasília. Porém, essa volição de primeira ordem só se torna efetiva e dentro do controle do sujeito, quando a volição de segunda ordem indicar que aquela primeira volição, de ir a Brasília, é o que corresponde mesmo à sua vontade. O sujeito perde o controle de seus atos, quando a volição de primeira ordem não necessite de uma confirmação da volição de segunda ordem, em face, por exemplo, de uma privação de liberdade. É verdade que a postura da HARRY FRANKFURT pode ser considerada libertária, porque se assenta na concepção de uma vontade individualizada. Entretato, uma particularidade de seu pensamento pode indicar que ele também não se afasta do princípio do poder de agir de outro modo, o qual pode ser inclusive demonstrado quando não reste ao sujeito outra conduta senão aquela que realizou. Se não resta outra conduta e por isso mesmo o sujeito está sem o controle volitivo de seu ato, também se pode afirmar que, na ausência de uma conduta alternativa, que lhe era impossível, ele

485. FRANKFURT, Harry. (Nota 299), p. 22.

realizou a conduta que lhe restava executar. Partindo dos exemplos dos adictos e nas hipóteses de coação, demonstra HARRY FRANKFURT, nitidamente, que não se afasta tampouco de uma conduta reativa. Quando o sujeito está sob coação, podem ocorrer duas situações: ou executa o ato exatamente de acordo com o que lhe é determinado pelo coator, e isso contraria sua vontade, ou executa o ato, conforme lhe é determinado, mas esse ato corresponde à sua vontade. Como se dá na situação do *omnimodo facturus,* o coator, na segunda hipótese, não exerce qualquer influência na vontade do coacto, que realiza o ato conforme sua própria vontade, com ou sem coação, o que indica que, diante da alternativa de cumprir a determinação conforme sua vontade ou contra sua vontade, a cumpriu de acordo com sua vontade. Quando o coator faz com que o coacto cumpra o fato sem que esse corresponda à sua vontade, promove uma ruptura na capacidade reativa do sujeito, que fica, assim, desprovido de controle sobre seu ato. Quando o coacto cumpre o ato, que corresponde à sua vontade, não há ruptura de sua capacidade reativa, essa é absolutamente indiferente. O mesmo pode ocorrer nos casos de adictos quando não possam confirmar a vontade de ingerir drogas por meio de uma volição de segunda ordem. Falta-lhes então o controle sobre seus próprios atos.

Tecendo uma crítica a essa concepção, leciona NIDA-RÜMELIN que a volição de segunda ordem só deve ocorrer quando o sujeito puder se distanciar da volição de primeira ordem. Esse distanciamento só fará sentido, porém, quando tiver um fundamento para isso. O que vale, assim, não é relação dos dois estágios de volição, pelo qual o primeiro deve ser confirmado pelo segundo, mas sim o fundamento que justifique a preferência pelo primeiro objetivo. No caso do propósito de ir a Brasília não é necessária uma remição ao segundo estágio, basta que se tenha em vista um motivo que o justifique, o que irá demonstrar que sua vontade era mesma no sentido daquele objetivo. Só se pode entender um comportamento quando puderem ser atribuídos tantos motivos possíveis que conduzam o indivíduo a esse comportamento.[486]

Sob outro enfoque, FABRICIUS encara a posição reativa em face do sentimento de culpa no sentido de que só pode haver reação ao meu próprio ato e, assim, controle sobre ele, quando o internalizo e assumo

486. NIDA-RÜMELIN, Julian. "Lebenswelt und praktische Philosophie", in Carl Friedrich Gethmann (org.), *Lebenswelt und Wissenschaft,* Hamburg: Feliz Meiner, 2011, p. 33.

sua negatividade. Se para STRAWSON a afirmação de responsabilidade pela falta de controle pode conduzir a consequências, entre as quais pode ser, inclusive, a própria pena, como meio de solução do conflito, para FABRICIUS a assunção da negatividade do ato não pode ser resolvida com a pena. Essa assertiva de FABRICIUS estava já consignada no dilema enfrentado pelo Apóstolo PAULO, ao constatar, primeiramente, que o pecado só começa a aparecer a partir de quando é descrito na lei; ademais, que a obediência à lei se, por um lado, assegura que a conduta seja correta, por outro, não soluciona o conflito interior, de obedecê-la ou confrontá-la.[487] Se para PAULO o conflito só poderia ser curado pela graça, para FABRICIUS, somente quando, mediante o reconhecimento de que, efetivamente, praticara o ilícito, estivesse disposto a superá-lo e sublimá-lo.

A segunda questão é de maior relevância porque irá decidir se, efetivamente, há ou não livre controle sobre a própria atividade, quando esta, como já afirmado, só possa ser avaliada em face das condutas institucionalizadas, tomadas como parâmetros de referência. Não se trata, aqui, então, de confronto reativo entre o autor e outros; trata-se de analisar 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. Nessa análise, pode-se partir de que a sociedade não existe independentemente das pessoas, as quais, porém, para se comportarem socialmente não precisam de contatos diretos. Depois da invenção da escrita e mais ainda com a internet, os contactos se tornaram mais difusos. Se a comunicação que configura a sociedade está agora diluída nas nuvens, isso contribui para afirmar a velha tese da sociologia de que a sociedade não é mera soma de indivíduos. A sociedade, no entanto, não pode prescindir das pessoas: todas as ações sociais são, na verdade, ações individuais. O problema está em determinar até que ponto essas ações individuais não estão de tal forma contaminadas por ações institucionalizadas que perdem seu próprio caráter.

Traçando um panorama dessa relação, disserta HEIDENREICH

487. ARENDT, Hannah. (Nota 300), p. 327.

que os sujeitos não apenas reproduzem a estrutura social, ou seja, as ações institucionalizadas, mas também criam, por eles mesmos, novas situações. Nesse sentido, a influência que as ações institucionalizadas podem exercer sobre a atividade individual não se reflete como em uma relação de absoluta dependência. A influência está, aqui, subordinada a um processo dinâmico. Se os sujeitos, por seu turno, deixam-se estruturar, em termos de pensamento, percepção, valoração, volição e forma de ação por experiências passadas e solidificadas pela repetição, também atualizam essas estruturas a cada momento de sua atividade concreta.[488] Isso faz com que as ações institucionalizadas não se esclerosem no tempo, o que possibilita sempre uma atividade crítica da pessoa quanto à sua legitimidade. Os parâmetros de referência dispostos pelas ações institucionalizadas servem de fatores de condução da atividade, mas não podem se subtrair das condições de contingência. São justamente essas condições de contingências que permitem uma alteração das estruturas sociais.

Equacionada dessa forma a liberdade de vontade, três efeitos podem resultar. Primeiro, é absolutamente imprópria a referência ao juízo de reprovação para fundar a culpabilidade. Se a culpabilidade é uma qualidade da ação, na qual se analisam os elementos referentes ao 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, a conclusão não pode ser sua reprovação, mas apenas a constatação de seu desacordo com a ordem jurídica vigente. O desacordo demonstra apenas uma posição concreta e atualizada de insurgência ou de simples violação de algum preceito normativo. Segundo, não há qualquer fundamento para se afirmar que a culpabilidade está condicionada pelo caráter, pela conduta de vida, pelo ânimo interno ou qualquer outro elemento vinculado à vida psíquica ou a defeitos do sujeito. Um sujeito capaz pode realizar ações, ainda que sob as condições sociais pré-determinadas. Sua culpabilidade não decorre de um defeito interno, nem de sua conduta de vida, nem de seu caráter. Essas ideias refletem uma visão autoritária de sociedade e de ordem jurídica, sob a prevalência dos atos de autoridade ou de processos discriminatórios e excludentes. Terceiro, é impróprio orientar os fundamentos da culpabilidade pelos fins da pena. A

488. HEIDENREICH, Martin. "Die Gesellschaft im Individuum", in Schwaechter/Schwaechter (org.), *L'Homme machine? Anthropologie im Umbruch*, Zürich-New York: Georg Olms, 1998, p. 229 e ss.

culpabilidade para ser equacionada independe dos fins da pena. A questão principal é verificar se a ação do sujeito, apesar de ser injusta, pode ser excluída dos efeitos penais quando o conflito possa ser solucionado de outro modo. Para tanto são irrelevantes os fins da pena. Assim, também, para compreender a liberdade de vontade não há necessidade de se trabalhar com elementos de mera suposição, como o da acessibilidade normativa, ainda que tenham sido propostos como meios de superar os problemas do conceito de poder agir de outro modo. O poder agir de outro modo é um critério filosófico válido e pode ser equacionado a partir da relação entre a ação atualizada do sujeito e as precedentes ações institucionalizadas, na qual se abrirá sempre a possibilidade do questionamento acerca da legitimidade da própria norma criminalizadora. Essas considerações são importantes, mas necessitam de um arremate prático. Atendendo ao objetivo de contenção, será preciso avaliar as soluções práticas que possam conduzir a uma limitação da culpabilidade

III. OS CRITÉRIOS LIMITADORES DA CULPABILIDADE

Pode-se dizer que a culpabilidade, como qualidade da ação, deve ser submetida a um processo de avaliação, como, aliás, faz-se com o injusto. Em primeiro lugar, mediante uma verificação se, de acordo com seus elementos, o sujeito é capaz de ser responsável por sua conduta. Segundo, por meio da análise acerca da relação dessa conduta com a ordem jurídica, pesquisar até que ponto o sujeito atuou de modo juridicamente inadequado. Com isso, devem incidir aqui essencialmente os critérios limitadores da intervenção penal, ventilados na Constituição: necessidade, intervenção mínima, idoneidade e proporcionalidade.

Não se deve olvidar, ademais, que o enunciado da culpabilidade deve estar sempre vinculado, racionalmente, a uma estrutura democrática de sociedade. Como diz MARTINS, em todo âmbito de sua investigação é indispensável a utilização de todas as garantias como corretivo constante da rede argumentativa, a qual deve ser compreendida "a partir da inserção da prática de atribuição de responsabilidade no quadro de um processo democrático de produção normativa".[489] Nesse sentido, é absolutamente impróprio funcionalizar o conceito de culpabilidade, atrelando-o aos fins da pena ou a qualquer outra finalidade externa, sem que se tenha em vista

489. MARTINS, Antonio. (Nota 447), p. 400/401.

uma discussão da própria legitimidade de sua estrutura.

Os critérios limitadores da culpabilidade conduzem à seguinte discussão: a) se o conflito entre a conduta do sujeito e a ordem jurídica pode ser solucionado por medidas não penais; b) se é desnecessário solucionar o conflito com a condenação; c) se a solução penal irá ou não intensificar o conflito; d) se, diante de uma considerável desproporção entre o dano causado ao bem jurídico e a imposição da pena, a culpabilidade deve ser excluída; e) como, afinal, destrincha-se a questão do poder de agir de outro modo, como critério limitador.

A determinação da culpabilidade, a partir de uma teoria crítica, se funda na verificação acerca das condições que podem excluir o fato do âmbito penal. Diversamente do que sustenta a teoria tradicional, aqui não se trata de buscar os elementos fundantes de um juízo de reprovação sobre o agente. Relevante é assentar, desde logo, que a culpabilidade constitui uma qualidade da ação e não um atributo do sujeito. A análise do sujeito tem como objetivo fixar as condições negativas da qualificação da conduta como criminosa. Essa análise deve-se dar em dois segmentos. Como o sujeito desempenha, neste setor, o papel de condição integrante da conduta, cujo processo causal está sob sua direção, no primeiro segmento devem ser avaliados seus defeitos ou deficiências, os quais serão decisivos para excluir da conduta sua qualidade de conduta criminosa. Assentada essa condição negativa, não há fundamento para se afirmar que a conduta é culpável, ou, dito de outra forma, que o sujeito atua com culpabilidade. Em consequência da ausência de culpabilidade, a solução do conflito entre o fato e a ordem jurídica se fará por outros meios, fora, assim, do sistema penal. Já no segundo segmento, a questão é mais complexa porque envolve um confronto entre as medidas penais, que poderiam decorrer da afirmação de culpabilidade, e outras medidas previstas na ordem jurídica, capazes de reduzir os danos decorrentes das medidas penais. Aqui devem ser levadas em consideração as soluções que possam surgir do princípio da intervenção mínima. A intervenção mínima, como princípio constitucional, serve, assim, de elemento regulador da culpabilidade e não apenas de critério orientador da produção legislativa. Como elemento regulador, a intervenção mínima trata de indicar que medidas não penais são capazes de solucionar de modo menos gravoso o conflito gerado com o fato, de modo a excluir o sujeito da imposição de pena. Havendo a possibilidade de

aplicação de medidas não penais, não há base para se afirmar a existência de uma conduta culpável. É justamente sob esse enfoque que se desenvolve atualmente a chamada justiça restaurativa, com grande proveito em favor da humanização do sistema penal. Poder-se-ia argumentar que a inclusão do princípio da intervenção mínima no âmbito da culpabilidade implicaria uma subversão do sistema, de vez que nada tem a ver com a estrutura da conduta criminosa. Nesse caso, seriam falsas as conclusões de que a culpabilidade constituiria uma qualidade da conduta e não um juízo de valor. Ocorre, porém, que é justamente a qualidade da conduta que irá demarcar os limites da intervenção do Estado. Todo o procedimento de estabelecer as qualidades de uma conduta criminosa, como a tipicidade, a antijuridicidade e, também, a culpabilidade, são instrumentos de contenção do poder punitivo e, como tal, devem atuar para limitar a intervenção. Assim sendo, a inclusão do princípio da intervenção mínima na culpabilidade, afora seus efeitos em fases antecedentes, está em conformidade com a estrutura do sistema penal.

É de se reconhecer que a análise feita sobre a conduta criminosa pela dogmática penal mediante a extração de seus elementos, não é efetuada por meio de um método de constatação naturalística, próprio da biologia ou das ciências naturais, mas sim por um método normativo, no qual a conduta é posta em evidência como expressão de uma pessoa deliberativa. Sempre haverá na análise da culpabilidade, a emissão de um juízo de valor. Isso não se desnatura ao subordiná-la ao princípio da intervenção mínima. O juízo de valor, no entanto, não se confunde com juízo de reprovação, o qual pressupõe sua vinculação com uma natureza retributiva da pena e teria como objeto unicamente o sujeito capaz de poder atuar de outro modo. O juízo de valor encerrado na intervenção mínima, mediante o confronto entre medidas penais e não penais, prescinde da decisão acerca do poder agir de outro modo e também de uma solução ao eterno debate em torno da liberdade de vontade.

Evidenciando a possibilidade de uma separação entre culpabilidade e pena, KLAUS GÜNTHER vislumbra também a hipótese de que um juízo de culpabilidade pudesse se esgotar na afirmação de uma condenação. O juízo de condenação, em que se afirmasse a qualidade criminosa da conduta atribuída ao sujeito, exauriria o juízo de culpabilidade sem necessidade de outra consequência. Inicialmente, acentua

KLAUS GÜNTHER que uma pessoa não será responsável por seu fato quando não puder submeter a controle suas disposições individuais e também os fatores de seu mundo da vida que, total ou parcialmente, a determinam. Assim, seria desproporcional reagir com a pena criminal aos desvios associados à culpabilidade, os quais, por sua variedade e complexidade, são abstraídos do processo de imputação e só vinculados às condições existentes no momento do fato. Em lugar, assim, de punir as consequências danosas do fato e de impor somente ao autor a responsabilidade de sua produção, é fundamental trabalhar com meios menos agressivos de contenção, levando em conta também os modos de correção das desigualdades que o afetam.[490] Em sequência, partindo de que a punição exprime um conteúdo simbólico, conclui que todo significado que se pode atribuir à pena se manifesta e se exaure, suficientemente, no processo público e formalizado de fundamentação do injusto e da culpabilidade.[491] Essa solução elimina a vinculação entre culpabilidade e fins da pena e também todos os enunciados baseados em defeitos de personalidade, de caráter e de conduta de vida do sujeito. Para que esse exaurimento da culpabilidade em um juízo de condenação se torne possível, é indispensável, contudo, a verificação de alguns pressupostos epistemológicos sobre a prova, porque um juízo de condenação não pode prescindir de uma análise dos elementos probatórios. Um juízo de condenação não se identifica nem com a qualidade da conduta nem com o conceito de culpabilidade, é um pronunciamento feito sobre outros elementos que vão além daqueles que possam integrar a culpabilidade.

A questão que se coloca é, então, a seguinte: como conciliar o enunciado da culpabilidade com um juízo que deverá ser pronunciado sobre a prova da conduta culpável? Até que ponto o enunciado da culpabilidade deve ultrapassar os limites de sua análise como qualidade da conduta para se transformar em juízo epistêmico? Essas são questões quase que irrespondíveis, porque se, por um lado, a redução da culpabilidade a um juízo de condenação, sem qualquer vinculação com a pena, representa um avanço, uma vez que encara as consequências do ato apenas em função

490. GÜNTHER, Klaus. "Zwischen Ermächtigung und Diszplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus", in Axel Honneth (org.), *Befreiung der Mündigkeit*. Frankfurt am Main: Campus, 2002, p. 117 e ss.; assim, também: MÜHL, Jeldrik. *Strafrecht ohne Freheitsstrafen: absurd Utopie oder logische Konsequenzen?*, Tübigen: Mohr, 2015, p. 51 e ss.

491. GÜNTHER, Klaus. "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe", in Festschrift für Lüderssen, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 205 e ss.

do próprio juízo e não de elementos externos, por outro, separa-o do conteúdo da conduta, o qual integra a culpabilidade como seu elemento essencial, e faz depender sua afirmação ou negação de um juízo epistêmico sobre prova e não sobre a qualidade da conduta. Seria possível, porém, conciliar essa concepção com o conteúdo da conduta, desde que o juízo de culpabilidade, que esgotaria o procedimento comunicativo do Estado sobre o fato, tivesse como objeto os elementos que fundamentam o poder agir de outro modo. Isso significa que, ao pronunciar uma condenação com base na afirmação da culpabilidade, fosse possível expressar que esse pronunciamento, embora afirmasse que o agente nas circunstâncias poderia ter agido de outro modo, igualmente dispensasse a substituição das medidas penais por soluções menos rigorosas. Com isso, reconciliar-se-ia a solução final do procedimento penal com o sistema da ordem jurídica, sem ficar na dependência de juízos epistêmicos.

Diversa, no entanto, é a inserção do princípio da intervenção mínima, como se tratou anteriormente. A intervenção mínima está vinculada à limitação que o Estado de Direito impõe à criminalização, a partir do fortalecimento da pessoa deliberativa. À medida que se fortalece a pessoa deliberativa, igualmente se solidificam as bases do Estado de Direito democrático. Assim, o juízo de culpabilidade, que, para ser legitimado, só pode ser formulado nas condições inerentes à democracia, é também um produto do Estado de Direito e está diretamente vinculado à noção de pessoa deliberativa. Sem a preservação do sujeito tomado como pessoa deliberativa, qualquer juízo de culpabilidade é arbitrário. Essa situação não se confunde com a proposta de exaurir o juízo de culpabilidade no juízo de reprovação. Se essa proposta, por um lado, faz desaparecer a necessidade da imposição da pena, por outro, não ingressa na essência da culpabilidade. Serve, porém, como paliativo diante da arbitrariedade do sistema.

Está claro, também, que vincular a culpabilidade aos fins de pena, segundo as finalidades de prevenção geral e especial, só soluciona o conflito em favor da política criminal do Estado. Na realidade, então, o conflito não é solucionado, é apenas simbolizado como tal. A simbolização da solução do conflito, apesar de todos os argumentos usados para sua legitimação, conduz à destruição do conceito de pessoa deliberativa e sua substituição pelo conceito de *homo sacer*, do ser biológico desprovido

de cidadania. Com isso, o que se obtém é a exacerbação do conflito. Para se chegar a essa conclusão, nem será preciso argumentar com as pesquisas empíricas da criminologia. A própria relação entre pessoa deliberativa e pena já demonstra sua impropriedade. A pena implica restrição grave da possibilidade real do sujeito de proceder a uma autoanálise em relação à sua conduta, segundo o que lhe resulte do contexto no qual se desempenhe, impedindo-lhe de emitir, também, um juízo próprio sobre a validade de suas pretensões. As finalidades da pena, em vez de fundamentar a atribuição de responsabilidade, têm apenas o escopo de eliminar a condição de pessoa deliberativa e, nesse sentido, de alterar a forma de seu comportamento, mediante coação e restrição de direitos. Ao eliminar-se do sujeito a condição de pessoa deliberativa, faz-se com que a atribuição de responsabilidade, nesse caso, não esteja fundada na qualidade da conduta, mas fundada exclusivamente nos métodos coativos dispostos pelo Estado. À medida que o conceito de culpabilidade tenha como finalidade estabelecer limites à intervenção do Estado, não pode se orientar pelos fins de pena que constituem sua antítese.

A culpabilidade não pode estar afastada também dos elementos do injusto. Nesse sentido, a medida da culpabilidade deve levar em conta não apenas o que resulte de um juízo de valor sobre a capacidade do agente, mas ainda o que ficou assentado na afirmação do fato típico e antijurídico, consoante a intensidade da lesão do bem jurídico. Há que se vincular, assim, a culpabilidade ao princípio da proporcionalidade que é inerente à relação entre conduta e resultado. A partir da consideração da grandeza do resultado, pode-se fazer uma análise da proporção entre o dano causado e sua avaliação jurídica. Pequenos danos que geram pequenas lesões de bem jurídico, ainda que não se incluam no princípio da insignificância e, assim, eliminem o próprio injusto, podem gerar a eliminação ou atenuação da culpabilidade, que lhe será correspondente. Se todo crime possui resultado, em termos de lesão ou de perigo ao bem jurídico, essa circunstância não pode deixar de ser avaliada também na culpabilidade. A avaliação desse resultado irá de qualquer modo interferir nas consequências de uma conduta considerada culpável. A doutrina penal vem afirmando que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. A medida da culpabilidade é que fixa o parâmetro inicial do processo de sua individualização, o qual não pode ser alterado por

qualquer outra circunstância, salvo em benefício do sujeito.

A vinculação entre culpabilidade e intensidade do injusto guarda simetria, também, com o próprio sistema de graduação de pena. Se o Código Penal impõe a substituição da pena de prisão até seis meses por uma pena de multa (art. 60, § 2º) nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, e nos crimes culposos, está a indicar que a medida da culpabilidade não pode se divorciar da intensidade de lesão do bem jurídico. Assim, quando o resultado, em termos de proporcionalidade, não puder expressar uma significativa alteração da realidade empírica que pudesse haver motivado o sujeito a atuar de outro modo, não se poderá pronunciar um juízo acerca da culpabilidade da conduta. A emissão de um juízo afirmativo de culpabilidade, nesse caso, converteria o agente em mero objeto do processo criminalizador. A culpabilidade não está aqui orientada pelos fins preventivos da pena. A referência à sua medida, como elemento do processo de individualização da pena, indica somente que todo o sistema penal está fundado no princípio da proporcionalidade, dele não alijando a própria culpabilidade. A proporcionalidade no âmbito da culpabilidade diz respeito à relação entre a intensidade da lesão de bem jurídico e a condição do sujeito de, em face disso, haver tido elementos comparativos que pudessem orientar sua conduta de outro modo. No injusto, o conjunto de elementos que o compõem está assentado na relação proporcional entre a conduta e o resultado; na culpabilidade, essa relação diz respeito ao resultado efetivamente produzido e a capacidade de atuação do sujeito. ZAFFARONI, muito lucidamente, embora sob outro prisma, tendo em vista os resultados previstos pela ordem jurídica, demonstra como o juízo de culpabilidade está diretamente comprometido pela condição do sujeito, por sua *vulnerabilidade* diante do sistema. Evidentemente, a vulnerabilidade do sujeito diminui-lhe a capacidade de orientar sua conduta, principalmente diante de resultados lesivos de pouca intensidade. Não se pode olvidar, nesse ponto, o grau de marginalização social do sujeito. A marginalização social, que está ligada também a graus de vulnerabilidade, poderá ser fundamento adequado e idôneo a vigorar com causa de exculpação, quando não tenha já excluído a própria antijuridicidade da conduta.

Afora os critérios limitativos precedentes, a culpabilidade tampouco pode ser analisada sem o esclarecimento acerca dos fundamentos da busca

de decisões. A decisão, aqui, não é o juízo formulado por um terceiro, como se costuma fazer com a emissão da chamada reprovabilidade. Embora haja juízos de valor na culpabilidade, esta não se reduz simplesmente a um juízo, qualquer que ele seja. O que se busca é o critério adequado para examinar como o sujeito poderá decidir acerca do que fazer, que constitui o fundamento do poder agir de outro modo. Na discussão em torno da liberdade de vontade, pôde-se compreender como o poder agir de outro modo está condicionado pelas ações institucionalizadas, o que não impede, todavia, uma decisão de agir. O que importa, agora, é conduzir a investigação no sentido de transformar esse poder de agir de outro modo em um critério limitativo da culpabilidade. O funcionalismo, ao vincular culpabilidade e fins da pena, opera sobre questões que estão de fora da culpabilidade, isso porque, conforme sempre tem reafirmado ROXIN, o juízo acerca do poder agir de outro modo é indemonstrável. A análise do funcionalismo não tem, assim, o objetivo de discutir a adequação desse juízo como critério limitativo, mas sim afirmar sua inidoneidade como fundamento da culpabilidade. Justamente, em sua substituição, pretende se valer dos fins de prevenção geral e especial, os quais tanto podem servir para afirmar quanto para limitar a culpabilidade. No mundo da vida, os processos de decisão são empreendidos pelas pessoas deliberativas, em conformidade com seu engajamento social e normativo. As investigações filosóficas sobre a conduta jamais descartaram o critério da comparação e, consequentemente, o poder agir de outro modo, como fundamento de sua qualificação ética. Assim também no direito esses critérios devem ser levados em conta. O que é preciso fazer é uma análise mais pormenorizada de como se pode trabalhar sobre esses critérios, enfim, como se processam as decisões do sujeito de modo a justificar a conclusão de que não poderia ter atuado de outro modo.

Há muitas confusões no âmbito jurídico, mas nenhuma se assemelha ao que se passa na culpabilidade. As contingências e as dissintonias na culpabilidade ocorrem justamente porque, diversamente do que se dá no injusto, em que se analisam fatos e riscos, aqui está centrada toda a carga simbólica que envolve o comportamento do sujeito como pessoa, e não apenas como um produtor de efeitos causais. Quando se julga uma pessoa culpada por haver realizado um fato injusto, sobre esse juízo também recaem todos os códigos morais, todas as idiossincrasias e todos

os recalques, guardados e armazenados historicamente no julgador. Até por isso, os juízos de culpabilidade costumam encerrar preconceitos e discriminações, que passeiam pelo caráter, pela personalidade, pela desqualificação moral e pelo modo de vida. Dessas muitas confusões, duas delas são mais relevantes. A primeira, a confusão entre juízo epistêmico e juízo de constituição. A segunda, a confusão entre método de investigação e método de interpretação.

Na maioria das vezes, toda a matéria da culpabilidade se deixa impregnar por correlações contingentes, que misturam a formulação de seu conceito com a busca de seu embasamento probatório. Essa mistura está presente na definição do poder agir de outro modo. Assim, quando se diz que nas circunstâncias em que o fato foi praticado o agente poderia ter agido de outro modo, estar-se-á afirmando que, diante das provas coletadas, essa era a conclusão possível. Usa-se, aqui, então, um método indutivo: os dados indicam que tal era possível. Ocorre, porém, como já se demonstrou no âmbito processual, o método indutivo é incapaz, por si mesmo, de conduzir a uma conclusão segura. O grande defeito apontado ao método indutivo desde HUME reside em que, diante das contingências dos dados e de sua constante variabilidade, suas conclusões não podem ser logicamente vinculantes. Como consequência, a conclusão se explica tão só pela força dos dados que são sujeitos à avaliação probatória. No fundo, assim, o sempre complexo juízo de culpabilidade se resume a um juízo epistêmico. À medida que a culpabilidade depende da eficiência dessa avaliação probatória, o método indutivo se converte em método pragmático, um método que serve ao poder punitivo para não mais discutir profundamente a questão teórica proposta. A inserção, assim, de um juízo epistêmico na culpabilidade, que é um juízo que só tem pertinência em face de dados probatórios, não resolve a questão relativa à determinação de seu fundamento, ou seja, não indica o critério adequado a atribuir ao seu fundamento a tarefa de contenção do poder punitivo.

Em se tratando da análise de uma qualidade da ação e não de prova de sua ocorrência ou de eficácia de seus meios, há que se fazer uma diferenciação entre método de investigação e método de interpretação. Esses métodos estão subordinados a uma contingência subjetiva, porque não podem ser desenvolvidos sem uma consideração acerca da pessoa do investigador, a qual também desempenha relevante papel no próprio

âmbito epistemológico. Para superar essa subjetividade, a ciência sempre se valeu de métodos empíricos ou quantitativos, mas esses métodos, além de serem também contestáveis, porque se baseiam em dados, ainda se orientam por códigos estandardizados, os quais ou resultam de uma regra matemática-estatística ou de uma fonte armazenada pelo julgador.[492]

Qualquer dessas formulações está sempre subordinada a um aparato teórico, que se desdobra em vários segmentos, entre outros, o interacionismo simbólico, a fenomenologia, a etnografia, o construtivismo, a psicanálise e o pós-estruturalismo. Por seu turno, os métodos de interpretação dizem respeito a procedimentos que se dedicam a decifrar a realidade simbólica e seu sentido. Como o tema da culpabilidade é o da própria conduta, ainda que alicerçada na capacidade e no modo de atuar do sujeito, pode-se ver que os métodos empíricos são inadequados para obter uma interpretação de suas qualidades. Dizer-se, simplesmente, que o poder de agir de outro modo é indemonstrável reproduz, apenas, o que a pesquisa empírica formula. Está claro que, empiricamente ou por meio de uma análise quantitativa, não se poderá demonstrar nada em termos de culpabilidade. Diversamente do que ocorre no injusto, em que o critério empírico pode ter eficácia, até por força da questão da causalidade, na culpabilidade a investigação segue outros parâmetros. Na causalidade é inadequado falar-se do poder agir de outro modo, porque o que efetivamente interessa é saber se determinada condição produziu ou não o resultado. Na culpabilidade, em que se irá decidir, definitivamente, sobre as condições de responsabilidade, o método tem que ser outro, mais próximo do que a conduta humana expressa no mundo da vida quando relacionada ao sujeito, como seu condutor.

Tomando em conta essa particularidade de que não se trata de investigar o momento causal da conduta nem sua objetiva conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica, mas sim seus elementos vinculados à questão da responsabilidade, o método a ser seguido deve obedecer a algumas exigências: a) ser capaz de compreender a conduta em sua face do sujeito; b) tomar o sujeito como pessoa deliberativa; c) proceder a uma interpretação qualitativa das circunstâncias; d) fazer uma abordagem da conduta em face do sentido que lhe corresponde

492. FØLLESDHAL/WALLØE/ELSTER. *Rationale Argumentation. Ein Grundkurs in Argumentations- und Wissenschaftstheorie*. Berlin: De Gruyter, 1988, p. 21

no contexto; e) traduzir o poder agir de outro modo por meio de um discurso de validez. Sob essa perspectiva, pode-se dar ao método aqui utilizado a denominação de crítico-discursivo.

O ponto de partida nessa investigação diz respeito a que a conduta só tem significado no âmbito do mundo da vida como obra de um sujeito. Geralmente, a doutrina penal toma dois caminhos opostos nessa investigação: ora se funda na causalidade da conduta, ora exclusivamente no sujeito. Porém, a culpabilidade deve ter como elementos tanto a ação quanto o sujeito, os quais estão indissoluvelmente ligados. A ação será, então, uma expressão ou manifestação do sujeito e esse sujeito, o elemento capaz de dirigir os meios causais no sentido de um resultado permitido ou proibido. Sem a relação entre ação e sujeito, torna-se impossível a aferição dos critérios de atribuição ou delimitação da responsabilidade. Quando se diz que a culpabilidade está calcada no fato, não se deve perder de vista que esse fato não se resume à causalidade, mas está sempre na dependência da capacidade do sujeito. Isso não desnatura a culpabilidade pelo fato. Pelo contrário, ao fazer com que o sujeito se destaque também como seu protagonista, proporciona-se à investigação um elemento objetivo capaz de assegurar sua neutralidade: analisa-se o fato, como acontecimento complexo, tal como ocorre na realidade, com todos seus percalços, estímulos, facilidades ou dificuldades, sem atribuir exclusivamente ao sujeito a responsabilidade por sua ocorrência. Entretanto, será sempre preciso alertar que o sujeito aqui considerado não é uma reprodução de um suposto homem médio. A figura de um homem médio não existe, é fruto do positivismo, que pretende igualar a todos por meio da causalidade objetiva. O sujeito de que aqui se trata é a pessoa concreta, que realizou a ação, com todas suas qualidades e defeitos, esperteza e ignorância, agudeza de raciocínio ou dificuldade de compreensão. O sujeito concreto é que deverá ser levado em conta, se poderia ou não agir de outro modo.

Desde que o objetivo da investigação seja a possibilidade de atuar de outro modo, o sujeito não pode ser compreendido como mero acidente na constituição da conduta ou como uma engrenagem produtiva ou como um subsistema abstrato, senão como pessoa deliberativa, aquela que pode exercer uma crítica de seu próprio comportamento em face dos demais e também refletir se o comportamento dos demais é adequado quando posto em confronto com a norma.

O conceito de pessoa deliberativa é inseparável do conceito de sociedade democrática. Como diz KLAUS GÜNTHER, "o processo democrático se distingue de qualquer outra forma de legitimação por meio da unificação das noções de cidadão e de pessoa de direito no conceito de pessoa deliberativa".[493] Quando não for possível reconhecer ao sujeito a condição de pessoa deliberativa, estará ele fora do âmbito da culpabilidade, porque portador de uma condição de absoluta vulnerabilidade. A condição de pessoa deliberativa funciona como um instrumento idôneo a delimitar a culpabilidade da conduta. Se a condição de pessoa deliberativa só é factível em uma sociedade democrática, à medida que essa sociedade erodir seus fundamentos de proteção do sujeito e servir de aparato justificador do Estado punitivo, também se diluem os fundamentos da culpabilidade.

Não obstante se conclua que um sujeito não preenche as condições de pessoa deliberativa, tal deficiência não exclui a proteção jurídica de seus direitos fundamentais. A condição de pessoa deliberativa tem como escopo limitar o âmbito da culpabilidade, mas não o de eliminar o sujeito do círculo jurídico de sua proteção.

Por seu turno, a reflexão do sujeito sobre seu comportamento e dos demais não pode prescindir de uma avaliação do contexto no qual se desenvolve a conduta, o que sugere uma interpretação qualitativa das circunstâncias. Uma análise qualitativa tem como pressuposto que a realidade social constitui o resultado de uma interação humana, de modo a compreendê-la em seu significado e contexto. O primeiro ponto de investigação diz respeito a que o significado e o contexto são interpretados pelo sujeito na situação concreta e se tornam o fundamento para sua ação e seus projetos de ação. Sob essa perspectiva, o sujeito atua com base no significado comum, que é atribuído aos objetos, acontecimentos, situações e pessoas.

Sob a suposição de que os acontecimentos do mundo da vida são comuns a todos, eclodem os procedimentos reflexivos e recorrentes da realidade social. A partir dos procedimentos reflexivos, inaugura-se o segundo ponto de investigação, que deve estar centrado nas consequências dos processos de comunicação e interação.[494] Mediante a análise qualitativa

493. GÜNTHER, Klaus. "The Criminal Law of Guilt as Subject of a Politics of Remembrances in Democracies", in *Lethe's Law, Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Portland: Hart, 2001, p. 11.

494. FLICK, Uwe/KARDORFF, Ernst von/STEINKE, Ines. *Qualitative Forschung*, Hamburg: Rowohlt, 2008, p. 20.

será possível também fazer uma associação entre a busca de decisão acerca das opções do sujeito, bem como do desenvolvimento de suas estratégias, as quais não podem prescindir do exame global do contexto da atividade. Ao mesmo tempo em que abre as possibilidades de examinar como se fixam, concretamente no contexto, os elementos de comunicação, a análise qualitativa, mediante um método de interpretação abrangente, que inclua todos os elementos singulares no complexo normativo em que o sujeito se situa, poderá também servir para verificar como as consequências da conduta podem ser pontos de ligação com os valores da ordem jurídica que estão disciplinados nas normas criminalizadoras.

A ligação das consequências da conduta, tomada em seu desenvolvimento concreto, com os valores da ordem jurídica, ou seja, com os elementos do lícito ou do ilícito, faz parte do processo de comunicação, porque envolve justamente a associação da ação com o resultado de perigo ou de lesão do bem jurídico. A partir dessa cópula comunicativa será possível ao sujeito encontrar qual opção de conduta lhe será mais favorável ou desfavorável, como forma de sucumbir ou não aos efeitos da norma. A cópula comunicativa está apta a demonstrar que o poder agir de outro modo não é um critério simplesmente abstrato. Se o sujeito pode encontrar opções de atuar, quando procede à ligação das consequências de sua conduta com os elementos do lícito e do ilícito, o critério se concretiza na decisão a ser tomada.

A doutrina penal tem buscado também uma fórmula de concretização do poder agir de outro modo. ROXIN, por exemplo, satisfaz-se com a inserção de outro critério complementar, chamado de acessibilidade normativa do sujeito, como etapa inicial da análise funcional da culpabilidade centrada nos fins preventivos da pena. Com isso, pretende superar a dificuldade de reconhecimento de uma liberdade de vontade. Com base na acessibilidade normativa, que pressupõe uma capacidade do agente de se deixar conduzir pelas normas jurídicas, ROXIN admite que a afirmação da culpabilidade não apenas serve aos fins preventivos, como também à estabilidade da norma. Por seu argumento, submisso a uma linha hegeliana tradicional, a afirmação da culpabilidade em face de um sujeito capaz de sentir os apelos da norma restaura a ordem jurídica violada com o fato injusto. Porém, como já se afirmou, a culpabilidade não pode estar associada aos fins da pena, por vários motivos, entre os quais

o de que, como qualidade da conduta, não pode extrair seu conteúdo de elemento que lhe seja externo, que constitui a consequência jurídica da própria conduta e não seu fundamento.

Por outro lado, a tese hegeliana da restauração do direito só pode ser aceita quando todas as pessoas se situarem sob as mesmas condições de igualdade, o que jamais se poderá obter em uma sociedade desigual. A tese defendida por ROXIN se mostra bem adequada, desde que se tenha o enfoque de que a teoria do delito é destinada a justificar a norma criminalizadora. Sob esse enfoque, a associação da culpabilidade aos fins da pena pode servir de meio de sua limitação, mas não enfrenta a questão básica que é a determinação dos elementos que podem limitá-la a partir de seu próprio conteúdo. Asseverar, ademais, que a afirmação de culpabilidade em relação à conduta do agente restaura a ordem jurídica violada com o fato é conceder à concepção funcional uma importância que só se justifica em um sistema autoritário.

Se ao sujeito se reconhece, assim, a possibilidade real de poder exercer opções de comportamento quando proceda à cópula entre as consequências de sua conduta e os elementos do lícito e do ilícito, essa afirmação não vale, porém, por si mesma, senão dentro de um determinado contexto. Não existe um contexto idealizado como um conjunto de circunstâncias externas da conduta. O contexto de que aqui se fala está compreendido no conceito de mundo da vida. Quando HUSSERL formulou a noção de mundo da vida não o fez, porém, pressupondo dois conceitos separados, da conduta e do mundo. Todos vivem em um mundo e não no mundo. À medida que todos vivem em um mundo, suas atividades também fazem parte desse mundo. O mundo da vida, contudo, não é uma entidade abstrata, uma construção da filosofia ou da ciência, mas sim o mundo concreto em que cada um vive, o qual é dotado de sentido, sem que esse sentido lhe tenha sido emprestado, refletido, construído ou idealizado.[495]

Dando sequência a esse conceito, HABERMAS busca complementá-lo com o agir comunicativo, no qual se deve fazer uma reconstrução da conduta para que possa tornar plausíveis as pretensões de validade do autor. Sem uma pretensão de validade, torna-se impossível a compreensão, bem como a interação. Embora HABERMAS esteja preocupado com os

495. BRAND, Gerd. *Die Lebenswelt*, Berlin: De Gruyter, 1971, p. 18.

atos de fala e, quando se refira às pretensões de validade, o faça sob o enfoque de um discurso proferido por um terceiro e não pelo próprio autor, não pode deixar de levar em conta que os autores de uma conduta estão estruturados como pessoas, as quais se desenvolvem sob limites externos e internos, respectivamente, no mundo da vida e no entrosamento com sua própria cultura.[496] Diversamente do que pensava o positivismo, que reduzia toda escolha a um processo causal, no agir regulado por normas, que é o caso da conduta criminosa, o sujeito não perde a iniciativa de promover uma autocrítica de seu próprio comportamento e desempenhar, por isso, seu papel social de forma interativa. Essa individualidade do sujeito, que irá caracterizá-lo como pessoa deliberativa, é encorajada pela própria estrutura normativa à qual está subordinado. Consoante sua forma de interação no processo de conhecimento da norma, são-lhe dispostas as várias modalidades de escolha. Se o sujeito, nessa perspectiva, é dotado da capacidade de escolha diante das possibilidades que lhe são apresentadas, igualmente não pode se alijar dos limites que lhe são traçados pela tradição das ações institucionalizadas e pelo que lhe projeta o mundo da vida. O critério de identificação do poder agir de outro modo não pode ser obtido por meio de uma simples investigação empírica. Seguindo, nesse passo, uma proposição de MEAD, todos os valores e todos os condicionamentos envolvidos no conflito devem ser levados em conta,[497] abstraindo-se de modelos de comportamento, de preconceitos e de lugares comuns. O sujeito não é um simples produtor de efeitos causais nem um agente maldoso, mas alguém que projeta sua conduta por meio de fatores de orientação, conforme sua forma de se situar no processo de interação social. Dada a complexidade de fatores que influem, assim, no seu comportamento, o poder agir de outro modo só pode ser avaliado negativamente. Para tanto, sua análise deve passar pelos seguintes elementos: a) a forma de inserção do sujeito no contexto do mundo da vida; b) a pressão de circunstâncias; c) a capacidade de reação aos estímulos externos e internos; d) a possibilidade da introjeção de valores.

Quando o sujeito estiver fora de seu contexto, não for capaz de reagir aos estímulos externos e internos que o conduzam à prática da

496. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, tradução de Lumir Nahodil, Coimbra: Almedina, 2004, p. 111; MARTINS, Antonio. *Flüchtige Grenze. Hermeneutik und Discurstheorie im Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2013, p.225.

497. MEAD, George Herbert. *Gesammelte Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 413.

conduta ilícita, situar-se fora da incidência de valores, e a pressão das circunstâncias superar os condicionamentos do mundo da vida e da tradição das ações institucionalizadas, de tal ordem que lhe impeça agir como pessoa deliberativa, capaz de promover uma autocrítica de sua escolha, não terá podido atuar de outro modo.

Equacionados dessa forma os fundamentos da culpabilidade, todas essas questões refletir-se-ão na análise dos elementos que a dogmática penal, tradicionalmente, atribuiu-lhe depois de longa evolução. Atendendo, porém, a que a culpabilidade, como qualidade da conduta, está necessariamente associada ao injusto e, portanto, às soluções da ordem jurídica no que toca à delimitação da incidência das normas criminalizadoras, deve ser também avaliada justamente sob essa perspectiva. Pode parecer que, ao romper com os cânones vigentes do conceito de culpabilidade, estar-se-á deixando de lado toda a sequência de reflexões que a doutrina produziu no decorrer da história. Ocorre, porém, que a utilização dos elementos indicados pela doutrina, que corresponde ao que se encontra positivado, não pode impedir que se proceda à inserção na culpabilidade, como último degrau de contenção do poder punitivo, dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da intervenção mínima e da idoneidade. Assim, ao lado dos elementos tradicionais, a culpabilidade deve ser também integrada por esses princípios que a vinculam à ordem jurídica democrática.

CAPÍTULO VIII

A CULPABILIDADE DOS DELITOS COMISSIVOS DOLOSOS

A doutrina penal nem sempre manteve coerência quanto aos elementos da culpabilidade dos crimes dolosos. Na teoria causal-naturalista e ainda no neokantismo, o dolo integrava a própria culpabilidade como uma de suas modalidades. Também os partidários da teoria social da ação conferiam ao dolo uma dupla função, incluindo-o tanto no tipo quanto na culpabilidade. O finalismo exclui-lhe totalmente o dolo, configurando a culpabilidade com a capacidade de culpa, com a consciência potencial da antijuridicidade e com a exigibilidade de comportamento conforme a norma. ROXIN reformula a estrutura da culpabilidade, inserindo-a no âmbito de um conceito maior, o de responsabilidade. Esse novo conceito estaria integrado pela culpabilidade e pela necessidade preventiva da censura, à qual estão vinculadas, especialmente, as causas de exculpação. Nessa nova construção, a culpabilidade estaria composta da capacidade de culpa e da consciência potencial da antijuridicidade, enquanto as causas de exculpação, situadas no âmbito da responsabilidade, estariam vinculadas às finalidades da pena. Com essa postura, ROXIN busca respaldar seus fundamentos como elemento subordinado a um juízo de política criminal, conforme as necessidades preventivas e, assim, contornar a questão do poder agir de outro modo. Essa postura de ROXIN mereceu acentuadas críticas, principalmente de HÖRNLE e VON HIRSCH, os quais assinalam que, por exemplo, a exclusão de culpabilidade no estado de necessidade exculpante não está vinculada à desnecessidade de prevenção, mas decorre, simplesmente, do fato de que uma reprovação, nesse caso, seria absolutamente injusta.[498] Sob ponto de vista da teoria final, HIRSCH também se

498. HÖRNLE, Thatiana/HIRSCH, Andreas von. "Positive Generalprävention und Tadel", GA, 1995, p. 280.

incorpora à crítica ao dizer que associar a culpabilidade aos fins preventivos implica desprovê-la de fundamento, uma vez que, com isso, não seria possível tratá-la como instrumento de limitação ou como medida da pena, porque se procederia a uma confusão entre seus fins e o próprio conceito.[499] As críticas são rechaçadas por ROXIN, primeiramente, pela incompatibilidade dessa concepção com os fundamentos legais do estado de necessidade exculpante; depois, porque, segundo sua concepção, a culpabilidade não está fundada nos fins preventivos, mas sim na prática de uma conduta injusta, apesar da acessibilidade normativa do autor.[500] Na verdade, em uma sociedade modelada segundo uma seletividade baseada no risco, como demonstra DIETER,[501] será impossível aceitar-se, como fundamento da culpabilidade, um dado abstrato de que o sujeito estava em estado de acessibilidade normativa e, por isso, uma vez que tenha realizado uma ação antijurídica, pode ser declarado culpado por seu ato. Na aferição dessa condição, sempre haverá recurso a parâmetros de comparação que, no fundo, se resumem a dados estatísticos, sem qualquer avaliação normativa e que geram a possibilidade de, em uma busca desenfreada pelo concreto, transformar a culpabilidade do fato em culpabilidade do autor. Nesse caso, o juízo de culpabilidade se transforma em um ato mecânico orientado pelas características individuais do sujeito, como ocorre na prática judiciária.

A ideia de ROXIN, no entanto, de criar, ao lado da culpabilidade, o conceito de responsabilidade, pode valer à medida que, despido das vinculações às finalidades preventivas da pena, pudesse englobar os princípios constitucionais de intervenção mínima e idoneidade. Nesse passo, desprovido de seus fins preventivos, a culpabilidade passaria a ser, de fato, um elemento de limitação da pena.

Tendo em vista os fundamentos antes apresentados, que são incompatíveis com as orientações centradas nas finalidades preventivas da pena, será mais adequado para seu exame adotar-se, quanto aos elementos positivados, uma estrutura que se ajustasse à perspectiva de contenção, que, aliás, corresponde aos preceitos constitucionais.

499. HIRSCH, Hans-Joachim. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", ZStW 106, 1994, p. 757.
500. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 852/854.
501. DIETER, Mauricio Stegemann. *Política criminal atuarial*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 204 e ss.

Assim, culpabilidade dos crimes comissivos dolosos estaria composta pelos seguintes elementos: a) a capacidade de culpabilidade; b) a consciência potencial da antijuridicidade; c) a exigibilidade de comportamento conforme a norma; d) a responsabilidade. O elemento da responsabilidade inclui os princípios constitucionais da intervenção mínima e da idoneidade, que conduzem à possibilidade de resolver de outro modo o conflito gerado pelo ato injusto.

Os elementos tradicionais são enunciados de forma positiva como integrantes de um juízo de afirmação de responsabilidade. Aqui, porém, sua análise deve ser feita negativamente, porque não se trata de edificar a responsabilidade, senão verificar se ela não está, desde logo, excluída em relação ao agente. Esse procedimento está de acordo com o princípio da presunção de inocência, que, por força de sua positivação na Constituição, constitui uma regra de atendimento obrigatório para todo o procedimento de identificação das características da conduta criminosa.

I. A CAPACIDADE DE CULPABILIDADE

1. PANORAMA GERAL

Inicialmente, convém fazer uma explicação acerca da denominação de capacidade de culpabilidade em lugar de imputabilidade. A capacidade de culpabilidade é um juízo político sobre a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente em face de suas deficiências.

Na doutrina tradicional que trabalha sob a égide da liberdade de vontade e também como um juízo de reprovação, a capacidade de culpabilidade é tratada como imputabilidade, dentro do âmbito da culpabilidade ou como seu pressuposto, como na teoria causal, ou seu elemento prévio estrutural, nas demais teorias, a partir da teoria finalista. De acordo, porém, com a estrutura da ação performática, a questão da imputabilidade não é propriamente uma questão de culpabilidade, mas um dado relevante da teoria da ação, mais precisamente para a própria configuração do injusto. Como a imputabilidade é avaliada negativamente, o procedimento na ação será o de verificar se, efetivamente, o agente está ou não em condições de se orientar em face da norma como pessoa deliberativa. A pessoa deliberativa não se confunde com a pessoa que possa acessar a norma criminalizadora, conforme a

concepção de ROXIN, ou que tenha a capacidade de receptividade e reatividade, segundo a concepção de MERKEL. Esses atributos são muito restritos para caracterizar a pessoa deliberativa e correspondem a enunciados positivistas, resultantes do procedimento narrativo de compreensão e reação.

A pessoa deliberativa é aquela que se insere no campo do Estado democrático como partícipe do processo de produção normativa e, assim, capaz de efetuar uma avaliação de sua própria conduta e da conduta dos demais diante dos fatores de referência postos pela norma. Não basta, para ser uma pessoa deliberativa, ter acesso à norma, recepcioná-la ou reagir conforme seus apelos. Um sujeito não poderá ser pessoa deliberativa se não estiver dentro do contexto de elaboração da norma.

Por isso mesmo a análise da imputabilidade deve ser antecipada para o âmbito do injusto, mais propriamente para o âmbito da ação. Uma vez reconhecida a inimputabilidade do sujeito, não estará ele apto a ser tratado como pessoa deliberativa e não poderá ser tido como capaz de ação penalmente relevante. Deve-se acentuar sempre que o conceito de ação, como elemento prévio do injusto, é um conceito jurídico, o qual não prescinde de elementos empíricos, como a vontade, mas que tem seu núcleo calcado na capacidade do sujeito de ser tomado como pessoa deliberativa. Nem se deve olvidar que o conceito de pessoa deliberativa constitui um instrumento relevante para a limitação do poder de punir, mas, em nenhum caso, pode implicar a exclusão dos demais sujeitos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

2. A CAPACIDADE DIMINUÍDA

Procedida essa antecipação da inimputabilidade para o âmbito do injusto, resta examinar na culpabilidade apenas aqueles casos em que o sujeito pode ser considerado pessoa deliberativa, embora apresente um transtorno mental que dificulte sua adaptação social. Convencionou-se tratar esses casos como de imputabilidade diminuída ou semi-imputabilidade. Na verdade, não são casos de inimputabilidade, são casos de capacidade diminuída de culpabilidade.

O Código Penal assinala que haverá uma diminuição da capacidade de culpabilidade quando o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou

retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, parágrafo único). A expressão "perturbação mental", empregada pelo código, é traduzida hoje pela Organização Mundial da Saúde sob o termo "transtorno mental" (CID-10), o qual também engloba deficiências de desenvolvimento ou retardamento.

A redução da capacidade de culpabilidade (ou semi-imputabilidade) não exclui a culpabilidade, mas implica uma diminuição obrigatória de pena, a qual pode ser substituída por uma medida de segurança quando o agente necessitar de especial tratamento curativo (art. 98, CP). Diante do que dispõe a Lei de Saúde Mental (Lei nº 10.216/2001), o agente, nesse caso, deve ser acolhido dentro de um programa de planejamento psicossocial e de atendimento especial, a fim de possibilitar sua rápida recuperação, sem internação. Em qualquer caso, o tratamento não tem prazo mínimo e não pode ultrapassar o tempo máximo da pena cominada ao delito. Uma vez ultrapassado o prazo máximo, deverá ser declarada extinta a punibilidade.

Nessa fase o que se analisa é se o agente deve ou não ser submetido às etapas seguintes de verificação de sua culpabilidade. No caso, como a redução dessa capacidade não exclui a culpabilidade, mas apenas a diminui, seu reconhecimento não impede que agente possa ter sua culpabilidade totalmente excluída pela ausência da potencial consciência da antijuridicidade ou pela inexigibilidade de conduta conforme ao direito.

MAURACH já havia preconizado solução semelhante, mas restrita à inexigibilidade, ao estatuir também como elemento do delito a responsabilidade pelo fato, que antecedia a análise da imputabilidade.[502] Não há necessidade, entretanto, da criação de outro elemento do delito. A antecipação do exame da consciência da antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa, a fim de evitar a imposição de medida de segurança ao agente, é uma exigência do princípio da igualdade. Um agente semi-imputável não pode ser objeto de uma medida penal, quando, nas mesmas condições, uma pessoa imputável não o seria.

Parece que essa inversão de pauta poderia produzir uma ruptura metodológica no processo de análise da culpabilidade. Porém, isso não

502. MAURACH/ZIPF. (Nota 187), p. 438.

ocorre, porque, na verdade, a análise segmentada de seus elementos corresponde mais a um critério de explicação ou narração do que propriamente de limitação da responsabilidade, como deve ser.

Uma vez que se estabeleça como objetivo metodológico a compreensão da culpabilidade como juízo de limitação e não de reprovação, não há o menor problema em antecipar a análise de qualquer de seus elementos. O que não se pode fazer é submeter, previamente, a realidade, quer seja empírica, quer normativa, a uma metodologia inflexível, que seja incapaz de superar e contornar situações que afetem a liberdade da pessoa e a situem como objeto da ordem jurídica e não como sujeito de direitos subjetivos.

3. EMOÇÃO, PAIXÃO E EMBRIAGUEZ

Ainda impregnado pela prática judicial e pelo senso comum, o legislador do atual Código Penal resolveu fixar regras específicas quanto a estados anímicos de emoção e paixão, bem como disciplinar de modo mais rigoroso os estados de embriaguez.

Em relação à emoção e paixão, o Código Penal estabeleceu que ambas não excluem a capacidade de culpabilidade (art. 28, I). Embora a regra seja explícita, não se pode afirmar a imputabilidade quando a emoção e a paixão estiverem associadas a distúrbios mentais que impeçam o agente de entender e querer.

Em conformidade com o art. 28, II, do Código Penal, a embriaguez só exclui a imputabilidade quando for completa e resultar de caso fortuito ou força maior. Nos demais casos, de embriaguez preordenada, voluntária ou culposa, a imputabilidade deve-se manter inalterada. Por força da dubiedade da redação do código, que induz a uma diferenciação entre embriaguez completa e incompleta, não é incomum se claudicar na exata interpretação de seus dispositivos.

Na embriaguez voluntária, o agente se embriaga porque quer se embriagar. Isso não implica, entretanto, uma automática presunção de que, caso venha a praticar, em estado de embriaguez, um delito, o faça dolosamente. Pode ocorrer que a ação posterior do agente demonstre exatamente o contrário. Por exemplo, o ébrio dirige devagar e até mesmo com atenção, mas acaba não visualizando a placa

indicativa do sinal de parada obrigatória e vem causar um acidente no qual perece o motorista do outro veículo. Em virtude do modo de conduzir (devagar e com atenção) e da forma como foi objetivamente provocado o acidente (por não visualizar o sinal de parada obrigatória), poder-se-á concluir que o agente, ao embriagar-se, não queria produzir uma ação dolosa posterior. Por outro lado, para que o fato lhe seja imputado a título de dolo é preciso que o fato consequente seja por ele querido, ou, caso do dolo eventual, assumido por ele o risco de sua produção no momento em que se põe em estado de incapacidade. Nesse aspecto, a diferença entre embriaguez voluntária e a preordenada reside em que, na última, o agente deve atuar sempre com dolo direto, porquanto inclui o resultado no âmbito de sua representação e vontade como sendo seu objetivo final.

No que toca à embriaguez culposa, em que o agente não quer se embriagar, mas acaba, imprudentemente, entrando nesse estado, a primeira conclusão é a de que o fato posterior não poderá ser imputado ao agente dolosamente. Disso não resulta, porém, que necessariamente deva haver culpa. É possível que o agente tenha se embriagado culposamente e não venha a cometer um fato culposo. Nesse particular, será necessário verificar como, objetivamente, fora violada a norma de cuidado tanto na ação precedente quanto na consequente. Se, por exemplo, o agente embriaga-se culposamente e tem, nesse momento, a consciência de que está de carro e de que terá de dirigir ainda que sem condições para tanto, até aí nada comete. O fato é, até esse momento, juridicamente irrelevante, mas será indicativo de uma grave violação à norma de cuidado no momento em que o agente se põe a dirigir, o que poderá autorizar a previsão de que possa vir a cometer um acidente e um resultado proibido se prosseguir na condução. Caso, porém, o agente tenha se embriagado culposamente, mas sem estar obrigado a dirigir, até mesmo porque viera ao bar sem carro, e, posteriormente, vem a dirigir, porque um de seus amigos passa mal e insiste para que o faça, tem-se o seguinte: da conjugação de ambas as atividades poder-se-á concluir que da embriaguez culposa não seria previsível um resultado proibido naquelas condições, isto é, de provocar um acidente de trânsito com vítima, o que exclui o delito culposo que daí poderia derivar. Está claro que, nesse exemplo, não é de se excluir de plano a

questão da responsabilidade daquele que tenha fornecido o carro para que o ébrio conduzisse. Esse é um problema que se resolve com os dados normais do delito culposo.

Já no que diz respeito à embriaguez resultante de caso fortuito ou força maior, duas questões devem ser previamente resolvidas. A primeira refere-se à característica da chamada embriaguez completa; a segunda, ao que se deva entender por caso fortuito ou força maior. Deve-se dizer que como o importante no âmbito da imputabilidade é o controle do agente sobre seus atos a partir da capacidade de entendimento e autodeterminação, o conceito de embriaguez completa não se pode divorciar desse contexto. Assim, haverá embriaguez completa quando o agente ingressar na fase em que perde seu autocontrole. Não será preciso que o agente ingresse na fase comatosa ou crônica, porquanto, então, a norma do art. 28, § 1º, seria redundante.

Por outro lado, como a questão da embriaguez está vinculada à relação entre a ação precedente e o resultado posterior sob critérios típicos de imputação em face da qualidade da ação praticada, haverá caso fortuito quando se trate de fato imprevisível ou inevitável. Atendendo ao mesmo critério, haverá força maior quando o agente não puder controlar a ação precedente, ainda que se tivesse esforçado para tanto. Como o código considera que a embriaguez completa resultante de caso fortuito ou força maior, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, exclui a imputabilidade, o fato deverá ser tratado, desde logo, como causa de ausência de ação. O mesmo vale para a ingestão de substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica (Lei nº 13.343/2006, art. 45).

Na verdade, a questão da embriaguez sempre foi tratada pelo direito penal com muita carga emotiva e obedecendo a lugares comuns no âmbito da medicina legal e da psiquiatria. Até hoje não há um entendimento pacífico sobre seus efeitos na capacidade de resolução da pessoa. Assim, por exemplo, DÖRNER e PLOG, dois psiquiatras modernos, adotam a classificação da Organização Mundial da Saúde (OMS) para reconhecer cinco espécies dessa dependência: os tipos alfa, beta, gama, delta e épsilon, que se processam em quatro fases evolutivas: preliminar, de defesa, crítica e crônica. Dentro dessas espécies, a perda de controle

ocorreria a partir do tipo gama, quando se podem notar sintomas graves de abstinência. Nos tipos alfa e beta, o dependente ainda manteria controle sobre seus atos, apesar de ser classificado como ébrio, principalmente pela característica de considerar a bebida como medicamento necessário à adaptação psíquica e social da vida diária.[503]

Já quanto à intoxicação aguda, segundo TÖLLE, também com base na classificação internacional da OMS, pode ela se manifestar sob três formas: a embriaguez simples, a embriaguez complexa e a embriaguez patológica. Como na intoxicação aguda o quadro mental se aproximaria daquele resultante de uma enfermidade, o poder de controle estaria aqui comprometido já com a embriaguez simples, em virtude de algumas características básicas da relação entre a intoxicação e a representação da realidade, como a superestima pessoal, a euforia, a irritabilidade, a perturbação, a obsessão verbal, a tendência depressiva e suicida e, algumas vezes, a perda da consciência.[504]

Há de se reconhecer, pois, que a intoxicação aguda ou a dependência pelo álcool, à medida que gera um quadro de doença mental, provoca uma autêntica situação de inimputabilidade, nos termos do art. 26 do Código Penal, independentemente do tratamento especial que lhe é destinado pelo art. 28, II. Uma vez que se tenha verificado um estado de inimputabilidade, a solução já não implicará apenas a exclusão da culpabilidade, mas sim da própria conduta performática, como elemento essencial do injusto.

4. ACTIO LIBERA IN CAUSA

O tratamento da embriaguez no direito penal sempre traz à consideração a situação em que a execução da ação e do resultado se verifique em momento no qual o sujeito já não esteja em plena condição de entender e querer. Esse distanciamento entre o momento de realização do fato e o momento anterior de lucidez da pessoa sugere a implicação da teoria da *actio libera in causa*. Por exemplo, o agente se embriaga no momento **x**, quando estava lúcido, mas vem a cometer o fato no momento **y**, quando incapacitado. Essa situação vem disciplinada no

503. DÖRNER-PLOG. *Irren ist menschlich. Lehrbuch der Psychiatrie. Psychoterapie*, Bonn: Psychiatrie Verlag, 1996, p. 246 et seq.

504. TÖLLE, Rainer. *Psychiatrie*, Berlin-Heidelberg: Springer, 1994, p. 152.

Código Penal italiano ao tratar do estado de incapacidade preordenada (art. 85). Também o Código Penal brasileiro faz referência à embriaguez preordenada como circunstância agravante (art. 61, II, l).

Tendo em conta essa regra legal, a doutrina jurídica busca uma justificativa para poder afirmar a imputabilidade, quando o agente, em estado de plena consciência, tenha se colocado voluntariamente em estado de incapacidade, mediante a utilização de qualquer meio, a fim de poder realizar o delito, mais tarde, quando já não possa sofrer a imposição da sanção penal. Para tanto, dois sistemas foram idealizados para a *actio libera in causa*: o *modelo do tipo* e o *modelo de exceção*. Pelo primeiro, passa-se a compreender como extensão do tipo o momento em que o agente se coloca em situação de incapacidade, ou seja, no instante em que, por exemplo, ingere álcool ou outra substância. Diz-se, então, que nesse momento iniciou-se a execução do delito.[505] Pelo modelo de exceção, justifica-se a punibilidade do agente por um apelo de política criminal, orientado pelos fins preventivos da pena ou pelo costume.[506]

Ambos os modelos são falhos. O primeiro viola o princípio da legalidade, porque, ao antecipar o início da realização da ação típica para um momento em que o agente não praticara qualquer ato que, objetivamente, pudesse representar a criação de risco ao bem jurídico, funda-se em pura ficção. O segundo é incompatível com um direito penal democrático, porque se vale de uma função exterior aos fundamentos da imputabilidade para o único propósito de justificar a punição da conduta, desconsiderando a condição real do sujeito.

O direito brasileiro tem solucionado essa questão de outro modo, mediante o recurso ao instituto da autoria mediata: o sujeito, consciente, coloca-se em condição de incapacidade para se usar, ele mesmo, depois, como instrumento para a prática do crime, quando já em estado de inimputabilidade.[507] Contudo, essa solução também é bastante ficcionista. É difícil compreender que alguém use a si mesmo como instrumento inconsciente para praticar o delito.

505. GROPP, Walter. (Nota 431), p. 256; ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 782;
506. JESCHECK-WEIGEND. (Nota 121), p. 447; PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*, 5ª edição, Milano: Giuffrè, 1999, p. 250 e ss.
507. BRUNO, Anibal. (Nota 276), p. 53; DOLD, Dennis. "Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft", GA, 7/2008, p. 427.

O que se pode extrair também do Código Penal é que o direito brasileiro acolhe a *actio libera in causa*, inicialmente, no caso de embriaguez preordenada, isto é, quando o agente embriaga-se com o propósito determinado de, nesse estado, cometer um delito. Esse é o caso típico que justifica a adoção pela doutrina brasileira da teoria da autoria mediata para dizer que o agente fez dele mesmo um instrumento para a prática do delito. Nas hipóteses de embriaguez voluntária ou culposa, porém, em que não há esse propósito deliberado, a invocação de autoria mediata é imprópria. O agente não pode ser autor mediato de si mesmo, quando nem pensou que poderia usar seu corpo, posteriormente, para a prática de crime. A justificativa de uma punição para esses casos poderia ser o *modelo de exceção*, mas com tal modelo, de qualquer modo, a matéria fica subordina à análise da congruência dos momentos da imputabilidade com juízos externos, que se situam fora do próprio corpo da teoria do delito.

Os problemas são complexos e as soluções jurídicas não são adequadas. Entretanto, existem na realidade esses casos, principalmente no que toca à embriaguez, e a doutrina penal tem que lhes fornecer solução. Diante das dificuldades dogmáticas apontadas, o que se deve ter em conta, nesse caso, é a relação entre o ato antecedente de se colocar em estado de incapacidade e a posterior produção do evento. Quando se trate de incapacidade relativa, será mais fácil concluir que o agente se valeu de um estímulo extra para poder praticar o crime, o que poderá justificar a afirmação de sua plena capacidade no momento posterior, porque haverá uma base empírica sobre a qual se poderá demonstrar a relação entre os momentos diversos. Quando se tratar de absoluta incapacidade de entender e querer, será impossível essa afirmação, o que torna a teoria da *actio libera in causa* incompatível com o princípio da culpabilidade nos crimes comissivos. Justamente por isso, alguns autores vêm repudiando a figura da *actio libera in causa*.[508]

De qualquer modo, só será possível se projetar o fato antecedente para o fato consequente quando houver entre ambos completa homogeneidade, de modo que o crime realizado seja do mesmo tipo do crime

508. HETTINGER, Michael. *Die "Actio libera in causa" – Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? : eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 436; NEUMANN, Ulfrid. *Zurechnung und Vorverschulden: Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker und Humblot, 1985, p. 52 e ss. Bastante crítico e repudiando integralmente a actio libera in causa, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (Nota 91), p. 704 e ss.

programado. Assim, estará excluída a responsabilidade quando o fato anterior não se exaurir no fato ilícito posterior. Tomando um exemplo de FIANDACA/MUSCO: alguém, para o fim de adquirir confiança na execução do homicídio de sua mulher infiel, ingere grande quantidade de substância psicotrópica; ao sair na rua com seu carro, vem a dirigir em excesso de velocidade e acaba matando uma transeunte. Aplicando-se ao caso a teoria do aumento do risco, pode-se dizer o seguinte: ainda que a droga tenha provocado um estado de grande excitação no agente, sua ingestão não se realizou no fato programado, ou seja, o propósito do agente, que animou a ingestão da droga, não teve um desdobramento de tal ordem que tivesse produzido, por isso, o fato programado. O desvio do curso causal é de tal forma relevante que excluirá o dolo do agente, o qual responderá, nesse caso, por homicídio culposo.[509] Como a programação foi diversa em relação a ambos os fatos (o fato projetado e o fato realizado), tampouco se aplica, aqui, a regra do art. 20, § 3º do Código Penal.

II. A CONSCIÊNCIA POTENCIAL DO INJUSTO

1. A SOLUÇÃO LEGAL BRASILEIRA

Não haverá culpabilidade quando o agente não puder compreender a ilicitude de sua conduta. Essa é uma consequência do princípio da responsabilidade subjetiva. Se o agente desconhece a norma ou a interpreta falsamente, opera em erro de proibição. Isso pode ocorrer diretamente sobre a norma proibitiva (art. 21, CP) ou sobre os elementos de uma norma permissiva (art. 20, § 1º, CP).

No primeiro caso, a lei exclui a consciência da ilicitude quando o erro for inevitável; se evitável, haverá uma diminuição de pena de um sexto a um terço (art. 21, CP). No segundo caso, se o erro for inevitável estará excluída a culpabilidade; se for evitável, exclui-se a imputação dolosa, mas abre-se a possibilidade de uma imputação culposa, caso o fato seja também punível como crime culposo (art. 20, § 1º, CP).

2. A CONTRIBUIÇÃO DOUTRINÁRIA

2.1. O DIREITO PENAL COMUM

A questão do erro só começou a ser seriamente levada em conta

509. FIANDACA/MUSCO. (Nota 175), p. 363.

com a evolução da teoria do delito. No chamado "*direito penal comum*", que se formou, na Idade Média, a partir do século XI, de textos do *Corpus Juris Civilis* romano, do direito canônico e da doutrina dos glosadores e pós-glosadores, e que convivia com o direito consuetudinário da prática judiciária, vigorava, por influência da igreja, o princípio do *versari in re illicita*, segundo o qual todo aquele que realizasse uma conduta ilícita responderia por suas consequências. Se a responsabilidade era, então, puramente objetiva, o erro sobre a ilicitude seria irrelevante (*error juris nocet*).

2.2. A TEORIA DO DOLO

Mais tarde, com a criação do Estado nacional, fortalecido pelo ideário positivista, consolidou-se mais ainda o entendimento de que a todos se impunha o dever de conhecer as leis, dando lugar ao conhecido brocardo sempre citado: a lei uma vez publicada presume-se conhecida por todos.

Apesar disso, CARMIGNANI já apontava a possibilidade de se afastar essa regra "*toda vez que uma causa justa e bastante provável nos convença de que o ânimo do agente estava realmente dominado pelo erro ou a ignorância da lei*". Isso poderia acontecer quando se tratasse de alguma norma não dotada do sentido de universalidade ou de agente que vivesse há pouco tempo na comunidade.[510]

Gradativamente, com a evolução do conceito de culpabilidade, revigora-se uma antiga postulação escolástica e passa-se a incluir no dolo um elemento normativo: a consciência da antijuridicidade. Essa estruturação do dolo, traçada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, contornava o autoritarismo da fórmula positivista e do direito penal comum, e dava lugar ao reconhecimento indireto do erro de proibição.[511] Criava-se, com isso, no âmbito do erro, a chamada *teoria do dolo*. Quem não tivesse, no momento do fato, conhecimento de que sua conduta era ilícita, não atuava dolosamente. A exclusão do dolo implicava, portanto, a exclusão da culpabilidade. De qualquer modo, restaria a culpabilidade culposa, quando o erro fosse evitável; se fosse inevitável excluiria tanto

510. CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*, Napoli: Androsio, 1854, p. 60.

511. Na doutrina alemã: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, volume II/2 Leipzig: Engelmann, 1916, p. 630 e ss.; BELING, Ernst. (Nota 103), p. 182; HIPPEL, Robert von. (Nota 236), p. 337.

como seu elemento subjetivo e não compõe mais a culpabilidade. Por outro lado, na teoria da culpabilidade não se cogita sobre consciência real ou atual, senão sobre consciência potencial da antijuridicidade. A consciência potencial da antijuridicidade, em lugar da consciência real, era já cogitada antes do finalismo,[520] mas é nele que ganha fundamentos dogmáticos mais consistentes. Para sedimentar seus fundamentos, revigora-se a antiga orientação de distinguir entre erro evitável e erro inevitável, presente na velha doutrina italiana sob as expressões de erro vencível ou invencível. Segundo a postulação de WELZEL, se ao agente fosse impossível alcançar o conhecimento da antijuridicidade haveria um erro inevitável de proibição, o qual excluiria a culpabilidade, tanto dolosa quanto culposa. Se lhe fosse, por qualquer meio, possível conhecer a ilicitude de sua conduta, haveria um erro evitável, o qual não excluiria a culpabilidade, embora pudesse atenuá-la. Essa fórmula de WELZEL tornou-se conhecida por *teoria extrema da culpabilidade.*[521]

2.4. A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE

Por sua vez, os partidários da *teoria social da ação* aceitam que a culpabilidade seja integrada pela consciência potencial da antijuridicidade, mas procedem a uma diferenciação no tocante às consequências do erro. Para tanto distinguem entre normas proibitivas e normas permissivas. O *erro de proibição direto* incide sobre a norma penal proibitiva em si mesma; o *erro de tipo permissivo* incide sobre os elementos de uma causa de justificação, ou seja, sobre os elementos de uma norma permissiva.

Ao lado dessas duas modalidades de erro, a doutrina ainda tem em vista o *erro de permissão* (erro de proibição indireto) e o *erro de exculpação.* De acordo com essa orientação, a qual teve grande influência sobre o direito brasileiro, principalmente por meio de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, o principal idealizador da reforma de 1984, as consequências do erro são diversas nessas modalidades. Se o erro foi inevitável, estará excluída a culpabilidade em todas essas modalidades. Entretanto, se for evitável, a solução será diferente em cada uma, conforme se trate de erro de tipo permissivo ou de erro de permissão.

No *erro de tipo permissivo*, que é aquele que incide sobre um

520. SEUFERT, Hermann. StGB, p. 87; HIPPEL, Robert von. (Nota 236), p. 341.
521. WELZEL, Hans. (Nota 1), p. 231.

elemento de uma causa de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito, estrito cumprimento de um dever legal, consentimento do ofendido), se o erro for evitável, de modo semelhante ao que ocorria na antiga teoria do dolo, haverá exclusão da culpabilidade dolosa, mas deixa intacta a possibilidade de aferição de uma culpabilidade culposa, caso exista um tipo culposo previsto para o caso. Essa solução está amparada na estrutura da culpabilidade proposta pelos partidários da teoria social de ação, como JESCHECK e WESSELS. De acordo com sua doutrina, o dolo também integra a culpabilidade, não mais como elemento naturalístico, mas sim como fator de reprovação. Justamente, esse dolo normativo é que será excluído quando se tratar de erro de tipo permissivo evitável.[522]

Já no *erro de permissão,* aquele que incide sobre os limites jurídicos de uma causa de justificação reconhecida pela ordem jurídica ou sobre a existência de uma causa de justificação não reconhecida pela ordem jurídica, a solução será diversa: se o erro for inevitável excluirá a culpabilidade; se for evitável, não haverá exclusão da culpabilidade dolosa, apenas sua atenuação. O *erro de permissão* segue as regras do *erro de proibição direto.* Fala-se que o *erro de permissão* é um *erro de proibição indireto*, porque também incide sobre matéria nitidamente jurídica: os limites jurídicos de uma causa de justificação ou a existência jurídica dessa causa.[523] Essa terminologia não é uniforme nem mesmo na dogmática alemã.

Quanto ao *erro de exculpação*, que é aquele que incide sobre a existência de um elemento de uma causa de exculpação (coação irresistível, obediência hierárquica, excesso escusável de legítima defesa), a solução é a seguinte: se o erro for inevitável estará excluída a culpabilidade (dolosa e culposa); se o erro for evitável, as soluções são divergentes: a jurisprudência alemã manda aplicar, aqui, as mesmas regras do erro de tipo permissivo, com a exclusão da culpabilidade dolosa, mas com a permanência da possibilidade da culpabilidade culposa;[524] a teoria minoritária postula pela manutenção da culpabilidade dolosa, embora com atenuação.[525]

522. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 247. Também na Itália, conferindo dupla função ao dolo: LATTANZI/LUPO. *Codice penale*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 277.
523. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 249 e ss.
524. BGHSt 5, 371, 374; 18, 311.
525. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 249.

o dolo quanto a culpa. Isso era claro porque dolo e culpa constituíam formas diversas de culpabilidade, ainda que o erro inevitável abarcasse a ambos. A eliminação de uma não afetaria a permanência da outra. BELING dizia expressamente que no crime culposo o desconhecimento da antijuridicidade seria irrelevante se o agente estivesse em condições de obtê-lo, ou seja, quando devesse e pudesse fazê-lo.[512] Observe-se que na *teoria do dolo* o conhecimento da antijuridicidade é *real* ou *atual*. Isso quer dizer que o agente só atuaria dolosamente se conhecesse mesmo a ilicitude de seu comportamento, não importando que, nas circunstâncias, fosse-lhe possível alcançar esse conhecimento.

Apesar da liberalidade da teoria do dolo, a doutrina e a jurisprudência apenas reconheciam o erro de proibição, chamado na época de erro de direito, incidente sobre norma extrapenal, posição essa que foi se firmando na jurisprudência do Tribunal do Reich. O erro sobre norma penal era irrelevante. Sob influência do neokantismo, que começou a exercer grande influência no pensamento jurídico a partir do final do século XIX, o panorama foi recrudescendo. O dolo continuava a incluir entre seus elementos a consciência da antijuridicidade, mas sofria uma redução quanto a seus efeitos. Atendendo a uma orientação mais autoritária de política criminal, MEZGER formula a chamada *teoria limitada do dolo* como forma de justificar dogmaticamente a regra contida no Projeto Gürtner de 1935. Segundo essa teoria, o desconhecimento da ilicitude não excluirá o dolo, quando resultar de um estado de "*cegueira jurídica*" ou "*inimizade ao direito*". Com esses argumentos, MEZGER lançava os fundamentos para vincular o direito penal à proteção do "*sadio sentimento do povo*", elemento essencial de interpretação das normas penais do nazismo.[513]

Também como fórmula de justificação desse projeto e imbuído do propósito de expansão do poder punitivo, propunha, por sua vez, SCHRÖDER a figura de um crime culposo geral, verdadeiro crime de ocasião, o chamado *crimen culpae*, que estaria atrelado a todos os crimes dolosos. Dessa forma, uma vez excluído o dolo em face de o agente não atuar com consciência da antijuridicidade, restaria sua punição, em

512. BELING, Ernst. (Nota 103), p. 185.
513. MEZGER, Edmund. "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", in *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, p. 180 e ss.

todos os casos, pelo *crimen culpae*.[514] A instituição de um crime culposo geral violava, de qualquer modo, o princípio da excepcionalidade, pelo qual, fora dos casos de dolo, só seria permitida a punição da conduta culposa quando constasse expressamente da lei.

Os mesmos fundamentos para vedar a eliminação do dolo constituem as bases da chamada "*cegueira deliberada*" do direito americano, largamente usada para afirmar a atuação dolosa nos crimes de tráfico de drogas, embora a doutrina mais abalizada sempre tenha pugnado se tratar de nítida atuação culposa.[515]

A *teoria do dolo* vigorou durante muito tempo e ainda encontra guarida na doutrina italiana, a qual sempre se defrontou com dificuldade para contornar o disposto no art. 5 do Código Penal italiano, em virtude do qual "ninguém pode alegar em seu proveito a ignorância da lei penal". Como forma de superar essa vedação, a doutrina italiana passou a contemplar como elemento do dolo não a consciência da antijuridicidade, senão a consciência da antissociabilidade do fato[516] ou até mesmo a consciência da ofensa ao interesse protetivo da norma.[517] É verdade que esse recurso epistêmico tornou-se desnecessário depois que a Corte Constitucional italiana declarou a ilegitimidade do art. 5 do Código Penal na parte que exclui de escusa a ignorância inevitável da lei penal.[518] A partir de então, ganhou força na Itália a concepção de fazer da consciência da antijuridicidade um elemento autônomo da própria culpabilidade. [519]

2.3. A TEORIA EXTREMA DA CULPABILIDADE

Com o finalismo, a teoria do dolo é substituída pelo que se convencionou chamar de *teoria da culpabilidade*. Para WELZEL, a culpabilidade não é mais integrada pelo dolo, mas sim por um elemento normativo autônomo: a potencial consciência da antijuridicidade. O dolo, em decorrência da própria conceituação da conduta final, faz parte do tipo,

514. SCHRÖDER, Horst. "Die Irrtumsrechtsprechung des BGH", in ZStW 65, 1953, p. 178 e ss.
515. SIMESTER/SULLIVAN. *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford: Hart, 2007, p. 143.
516. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale de diritto penale*, Milano: Giuffre, 2003, p. 319.
517. GALLO, Marcelo. "Il dolo, oggetto e accertamento", in *Studi Urbinati*, Milano, 1952, p. 285; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*, Padova: Cedam, 1988, p. 310.
518. Corte Costituzionale, Sentenza n. 364, de 24/03/1988.
519. MARINUCCI/DOLCINI. *Manuale di diritto penale*, Milano: Giuffre, 2012, p. 352; FIANDACA/MUSCO. (Nota 175), p. 410.

Segundo a doutrina dominante, o *erro sobre os limites de uma causa de exculpação* seria irrelevante porque somente a ordem jurídica poderia estabelecer as hipóteses de sua incidência.[526] Ocorre, porém, que os fundamentos desse erro não são diversos daqueles do erro de permissão em geral, que tem por objeto os limites jurídicos de uma causa de justificação. Da mesma forma, é a ordem jurídica que fixa esses limites para excluir o fato do âmbito do direito penal. E é também a ordem jurídica que traça os limites das causas de exculpação. Não há razão para que os fatos sejam tratados diversamente.

Assim, o erro sobre os limites de uma causa de exculpação também se regerá pelas regras do erro de proibição direto: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena. Se um funcionário subalterno recebe, por exemplo, uma ordem de seu superior para realizar fato não manifestamente criminoso, como, preencher alguns documentos que estão em branco, para fins de completar processo de licitação, e os preenche além de outros distintos daqueles que lhe foram ordenados no mesmo processo, porque atua na crença de que a ordem se estenderia também para esses últimos, incorre em nítido erro de permissão. Não haverá diferença substancial em relação ao fato de que, caso constatasse os documentos em branco, preenchesse-os na crença de haver recebido ordem para fazê-lo.

Seguindo outra orientação e, portanto, alterando a terminologia, NEUMANN compreende o erro sobre norma proibitiva como *erro de proibição direto* ou *erro de proibição abstrato,* e o erro sobre uma norma permissiva, como *erro de proibição indireto* ou *erro de proibição concreto.* O erro de proibição direto compreende o erro sobre o conteúdo da norma, bem como sobre sua validade, que pode se referir tanto à sua vigência formal quanto à sua inconstitucionalidade. No último caso, exige que o Tribunal competente tenha declarado essa inconstitucionalidade.[527] Em relação aos elementos de uma norma proibitiva, haverá erro de proibição na forma de *erro de subsunção* se o agente, em virtude de defeituosa interpretação, desconhecer que sua conduta viola o preceito de uma norma juridicamente sancionada.[528]

526. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 253
527. NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 777.
528. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 778

3. AS ESPÉCIES DE ERRO

No direito brasileiro, que segue a teoria da culpabilidade, em resumo, são previstas duas espécies de erro de proibição: aquele que incide sobre uma norma criminalizadora, mais especificamente sobre a proibição da conduta, e o erro incidente sobre elementos de uma causa de justificação.

Ao lado dessas duas espécies básicas de erro, ainda podem ser incorporados, como modalidades assemelhadas ao erro de proibição, os chamados erro de permissão e os erros incidentes sobre uma causa de exculpação.

3.1. O ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO

O *erro de proibição sobre a norma*, também chamado *erro de proibição direto*, rege-se pela teoria extrema da culpabilidade: em caso de ser inevitável, exclui totalmente a culpabilidade; em caso de ser evitável, atenua a pena de um sexto a um terço (art. 21, CP).). Ocorre o erro de proibição direto, quando o agente não sabe que sua conduta é criminosa ou interpreta mal a norma e acha que a proibição não alcança sua conduta.

3.2. O ERRO DE TIPO PERMISSIVO

Com relação aos demais erros, o direito brasileiro segue a teoria limitada da culpabilidade. Com base nisso, o erro sobre elementos de uma causa de justificação, também chamado *erro de tipo permissivo,* pode conduzir a duas soluções distintas. Segundo essa perspectiva, se for inevitável, exclui totalmente a culpabilidade; se for evitável, exclui a culpabilidade dolosa, mas permite o reconhecimento de uma culpabilidade culposa se houver previsão legal de crime culposo para o fato (art. 20, § 1º, CP). Incorre o agente nessa modalidade de erro quando pensa que pode agir, porque se supõe em uma situação em que a ordem jurídica assim o autoriza. Alguém pensa que está sendo agredido, reage e mata o suposto agressor (legítima defesa putativa).

3.3. O ERRO DE PERMISSÃO

Haverá *erro de permissão* quando o agente supõe-se autorizado a agir de acordo com uma causa de justificação não reconhecida ou

quando entenda que pode ultrapassar os limites de uma causa de justificação reconhecida. Alguém, respectivamente, acha que pode corrigir filhos alheios (causa de justificação não reconhecida) ou que pode matar o ladrão em fuga depois que esse abandona o objeto do furto (ultrapassa os limites da legítima defesa). O erro de permissão segue as mesmas regras do erro de proibição direto: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena de um sexto a um terço. Ajusta-se, assim, aos termos da teoria extrema da culpabilidade.

O erro de permissão também abrange as causas de exculpação. O agente acha que está sob efeito de uma coação irresistível e atua nessa crença. Se o fato for inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, atenua a pena de um sexto a um terço. A mesma solução deve ser aplicada ao erro sobre os limites de uma causa de exculpação. Não há motivo para impedir que as regras do erro de permissão se estendam também a essa modalidade de erro. Por exemplo, o funcionário erra quanto à extensão da ordem de superior hierárquico. A lei penal não informa acerca dos critérios para determinar a evitabilidade do erro. Apenas diz: "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". Essa indicação acerca da evitabilidade é completamente retórica, o que gera uma terrível instabilidade na ordem jurídica.[529] Em qualquer das modalidades de erro, a medida de sua extensão (inevitabilidade ou evitabilidade) deve ser aferida segundo a capacidade individual do autor e não de um suposto homem médio.

4. O OBJETO DO ERRO

O erro de proibição pode ter por objeto a norma proibitiva, em geral, como também qualquer de seus elementos. Quando se tratar de *erro de subsunção,* aquele que se refere à falsa interpretação acerca dos elementos do tipo, seu objeto pode estar referenciado a uma característica descritiva ou normativa. Assim, se o agente entende, por exemplo, que determinada mercadoria não é de importação proibida, tratar-se-á de um erro de subsunção sobre elemento normativo do tipo (ar. 334-A, do CP). Igualmente,

529. Propugnando que o erro evitável também exclua a culpabilidade, em caso de dúvida, LEITE, Alaor, "Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum", GA 11/2012, p. 688 e ss.

se o agente entende que os cabelos não se incluem na integridade corporal (art. 129, CP) e, por isso, pode cortá-los, erra quanto a um elemento descritivo. Claro que a distinção entre elementos descritivos e normativos é meramente acadêmica, porque todo elemento descritivo envolve também um juízo de valor ou, pelo menos, um juízo de comparação analógica.

Há também uma discussão interminável acerca do objeto do erro, se ele abarca somente a proibição ou também a punibilidade. A doutrina tradicional se fixa em que, aqui, está compreendido apenas o desconhecimento da proibição.[530] Claro que se pode fazer uma distinção entre proibição e punibilidade, mas, em conformidade com o sistema penal, importante não é saber se o fato é ilícito ou não; importante é também se o agente sabia de suas consequências, ou seja, que o fato constituía um delito e não um mero ilícito civil ou administrativo. Essa compreensão da punibilidade é essencial para orientar a conduta do agente. Ainda que se diga que a diferença entre ilícito civil e ilícito penal reside apenas em questão de grau, o ilícito penal, porque associado a uma grave punibilidade, gera um desconforto qualitativo no agente, sem falar nos efeitos aflitivos e desconstrutivos da pena. É, assim, relevante a distinção do conhecimento sobre um ilícito civil e sobre um ilícito penal. Daí ser imperioso que o erro abarque necessariamente a punibilidade da conduta.[531]

NEUMANN, por sua vez, sustenta que, em um Estado democrático, é essencial que o agente saiba que sua conduta é passível de pena, que tanto pode ser uma sanção civil, quanto uma pena criminal. Caso o agente desconheça que sua conduta sofra uma sanção, incorrerá em erro de proibição.[532] Embora não acolha a consciência da punibilidade penal da conduta, NEUMANN se funda na ideia de que há uma diferença substancial entre a *correção jurídica* e a *punibilidade* de uma conduta. A exigência de que o cidadão se oriente em conformidade com a norma e pela qual se poderá assentar sua acessibilidade normativa, ao estilo de ROXIN, como fundamento da culpabilidade, só será possível caso lhe seja também incorporada a consciência de que sua conduta é juridicamente sancionada.[533] Nesse ponto, de acordo com o que postula

530. KINDHÄUSER, Urs. (Nota 322), p. 203; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal*, São Paulo: RT, 2014, vol. 2, p. 503.
531. SANTOS, Juarez Cirino dos. (Nota 372), p. 306.
532. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 765.
533. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 767.

KLAUS GÜNTHER, se a análise da proibição do significado comunicativo-expressivo da pena deve estar associada à proibição, igualmente deve o erro seguir os mesmos fundamentos. Uma vez que a proibição fundamenta-se não apenas em tecer os limites de atuação individual, mas também em indicar as consequências que poderá acarretar, caso não seja atendida, o objeto do erro tem que abranger a punibilidade da conduta. Não se trata de beneficiar ou prejudicar o agente, mas de seguir a lógica do sistema. Conclusão: o erro de proibição tem por objeto tanto a norma criminalizadora quanto a punibilidade da conduta.

Outra questão controvertida diz respeito ao *erro sobre uma condição objetiva de punibilidade* ou *sobre uma causa de exclusão ou extinção de pena*. De acordo com a doutrina tradicional, esse erro seria irrelevante.[534] Ocorre que, conforme a configuração da norma, as condições objetivas de punibilidade podem se situar também no âmbito de abrangência da proibição. Nesse caso, a doutrina tem admitido a relevância do erro.[535]

No crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP), a relevância penal do fato depende de que a vítima tenha morrido ou sofrido lesão corporal grave. Embora a lesão de bem jurídico já se tenha delineado com a prática do suicídio, a morte ou a lesão corporal grave modulam a intensidade dessa lesão, de tal modo que o injusto penal deixa de ter qualquer significação caso esses eventos não se verifiquem. A condição objetiva de punibilidade, então, está vinculada à própria norma criminalizadora e deve ser até abarcada pelo dolo.

O erro quanto a esses dados constitui erro de proibição, porque afeta a compreensão de que o fato receba uma sanção da ordem jurídica somente quando eles se verifiquem. Se o agente entende que só haverá injusto de induzimento ao suicídio se ocorrer a morte da vítima e, portanto, não haverá nem injusto e nem punição quando tenha sofrido apenas corporal grave, esse erro é um erro de proibição: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, mantém a culpabilidade, mas implicará atenuação de pena (art. 21, CP).

A questão poderá ser mais complexa quando as condições objetivas de punibilidade estiverem vinculadas a pressupostos de punibilidade

534. MAURACH/ZIPF. (Nota 187), p. 671; WELZEL, Hans. (Nota 1), p.
535. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 778.

da ordem jurídica. Por exemplo, a exigência de dupla punibilidade, no Brasil e no exterior, para os casos praticados fora do território brasileiro (art. 7º, § 2º, b, CP), não afeta o injusto do fato; o fato continua sendo penalmente relevante no Brasil; trata-se de nítida condição objetiva de punibilidade. No entanto, como essas condições devem ser abarcadas pelo dolo e ainda pela zona de risco do processo de imputação, seu tratamento deve ser idêntico ao do caso anterior. Não há motivo de tratamento diferenciado, porquanto o agente, aqui, também tem uma falsa compreensão acerca da punição de sua conduta.

Está claro, assim, se o agente erra no tocante à punibilidade do fato no Brasil e também quanto ao fato que lhe corresponde na legislação estrangeira, estará atuando em erro quanto à punibilidade, equiparado ao erro de proibição. Embora as duas espécies de condições objetivas de punibilidade se situem em âmbitos diversos, a primeira como anexo do injusto e a outra como elemento limitador imposto pela ordem jurídica, o tratamento do erro acarreta as mesmas consequências. Em ambos os casos, se inevitável excluirá a culpabilidade, se evitável implicará a diminuição de pena de um sexto a um terço. Essa solução é compatível com o princípio da igualdade, pelo qual condições semelhantes em conteúdo ou efeitos devam merecer o mesmo tratamento penal.

O mesmo vale para o *erro sobre as causas de exclusão ou extinção de pena*, principalmente quando seus fundamentos se assemelham àqueles do estado de necessidade exculpante e implicam a configuração de um privilégio penal ao agente.[536] No crime de favorecimento pessoal (art. 348, CP), em que a punibilidade deixa de existir quando o agente for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do favorecido, o erro sobre a extensão dessa isenção constitui verdadeiro erro de proibição.

Por seu turno, quando as causas de exclusão ou extinção da pena não afetarem os fundamentos do injusto, como ocorre com as condições procedimentais (representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça) ou com causas impeditivas ou suspensivas do processo, o erro quanto à existência dessas causas ou sua extensão é irrelevante.

Igualmente complexo é o *erro sobre a jurisprudência controvertida* acerca de uma norma proibitiva ainda em vigência. Se a jurisprudência

536. RENGIER, Rudolf. (Nota 272), p. 281.

se estratificar acerca de uma interpretação limitativa da proibição, ou quando o Supremo Tribunal houver decidido em última instância acerca de tal proibição, o erro do agente configura o chamado *erro de proibição condicionada,* cujos parâmetros não podem mais se orientar pelos critérios da evitabilidade ou inevitabilidade. O agente, na verdade, sabe que a norma proibitiva está em vigência, portanto, não se trata de acontecimento inevitável; mas sabe também que o Tribunal limitou a incidência da proibição. Caso atue de acordo com o entendimento do Tribunal, pode confiar em que sua conduta está em conformidade com a ordem jurídica (princípio da confiança).

O Supremo Tribunal decidiu, definitivamente, não constituir aborto punível a interrupção da gravidez quando se tratar de feto anencéfalo.[537] Também decidiu que a interrupção voluntária e consentida da gravidez até 3 meses, a contar da concepção, não implica violação da proibição de realizar aborto.[538] Nesses dois casos, o agente pode confiar em que a proibição do aborto foi reduzida por força de uma decisão do Supremo Tribunal e que pode interpretar a norma proibitiva nesse mesmo sentido. Embora o conhecimento do agente não se vincule diretamente à norma, mas sim ao que sobre ela decidiu o Tribunal, aplicam-se, então, aqui, por analogia, as regras previstas para o erro de proibição (art. 21, CP).

No caso de *duplo erro*, em que o agente atua na crença acerca da existência de uma situação de fato que excluiria a ilicitude (legítima defesa putativa) e, ao mesmo tempo, entende que pode atuar além de seus limites (excesso na legítima defesa), a doutrina tem aplicado a regra do *erro de permissão,* ou seja, do *erro de proibição*: se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, diminui a pena.[539]. O excesso de legítima defesa exclui o erro de tipo permissivo e implica disciplinar a matéria segundo as regras do erro de proibição direto.

5. A TEORIA DOS ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO

A *teoria dos elementos negativos do tipo* postula por uma radical transformação da teoria do erro. Uma vez que as causas de justificação

537. STF – Plenário, ADPF 54, 12/04/2012, Relator Min. Marco Aurélio.
538. STF – 1ª Turma, HC 124306/RJ, 29/11/2016, Relator p/acordão Min. Roberto Barroso.
539. WESSELS/BEULKE/SATZGER. (Nota 121), p. 251; RENGIER, Rudolf. (Nota 272), p. 276.

se incluem como elementos negativos do tipo e não mais como matéria da antijuridicidade, não há mais razão para se proceder à distinção entre *erro de tipo* e *erro de proibição.* O desconhecimento ou a errada compreensão da norma, a crença acerca da existência fática de um elemento negativo do tipo, bem como de sua suposta existência jurídica ou a falsa compreensão de seus limites jurídicos conduzem à eliminação do dolo, o qual compreende, como na antiga concepção neokantiana, também a consciência da antijuridicidade.

Da mesma forma como na teoria do dolo, a solução para esses casos é semelhante à da teoria limitada da culpabilidade: se o erro for inevitável, exclui o dolo e a culpa; se evitável, exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo.[540] Todos os erros se orientam como se o agente estivesse sob a hipótese de legítima defesa putativa. Isso é fácil de compreender: se a legítima defesa está incluída entre os elementos objetivos do tipo, mas como elemento negativo e não positivo, a representação do agente deve compreender também esse núcleo objetivo-negativo; qualquer alteração nessa representação implicará uma deficiência no atuar doloso e, portanto, um erro de tipo. Essa estrutura do erro de proibição como erro de tipo já fora consignada também por SPENDEL.

A teoria dos elementos negativos do tipo é correta, mas o Código Penal brasileiro procede a uma diferenciação entre o erro de tipo (art. 20) e o erro de proibição direto (art. 21). Para aplicar-se a teoria no Brasil, haverá necessidade de se tratar o erro de proibição como erro de tipo, mas com os efeitos do erro de proibição. Assim, o erro incidente sobre uma causa de justificação é erro de tipo, com a consequência de excluir o dolo, mas permitir a punição por culpa, quando evitável. O erro incidente sobre a norma proibitiva que compõe o tipo exclui o dolo apenas quando for inevitável; se for evitável, não afeta o dolo.

Claro, salvo as hipóteses de erro de proibição condicionada ou de erro culturalmente motivado, as quais devem merecer um tratamento próprio, por não estarem vinculadas diretamente à questão da relação

540. KRAATZ, Erik. "Verbreitete Fehler bei der Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums am Beispiel des Hells Angels-Falles (BGH, NStZ 2012, 272)", in *Jura* 2014, p. 787-797; GARCIA RIVAS, Nicolas. *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 1996, p. 84; OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de vencibilidad o invencibilidad*, Madrid: La Ley, 2007, p. 113.

entre tipo e antijuridicidade, a solução dos elementos negativos do tipo é, hoje, compatível com a lei brasileira.

6. O GRAU DE CONHECIMENTO DO AGENTE

A doutrina, em geral, não exige do agente um conhecimento técnico acerca da proibição. Aplicando, aqui, analogicamente, o que se postula para o erro de tipo acerca do conhecimento dos elementos do tipo, entende-se que, para assegurar a possibilidade da consciência do injusto, basta que sua aferição se faça segundo os parâmetros existentes na esfera do leigo. É o que se convencionou chamar de *conhecimento paralelo na espera do leigo.*

Assim, uma vez que o agente possa alcançar a proibição segundo esse parâmetro, afirma-se suficientemente capaz de saber que sua conduta é proibida. Claro que não se pode exigir de cada um que tenha conhecimento técnico acerca da norma proibitiva, porque isso inviabilizaria a própria ordem jurídica, que trabalha para pessoas das mais diversas qualificações. Essa regra, contudo, não pode valer como regra geral. A complexidade da vida moderna chegou a tal ponto que, na maioria das disposições penais, principalmente naquelas relativas ao meio ambiente, à atividade econômica ou mesmo ao desempenho de certas funções, só o agente que esteja diretamente a elas vinculado poderá captar a compreensão da proibição de sua conduta. O leigo jamais chegaria ao alcance dessa forma de proibição. A extrema dificuldade de alcançar a proibição da conduta, justamente pela complexidade do enunciado normativo, torna o erro inevitável.

Por outro lado, a ordem jurídica trabalha com a possibilidade de o agente alcançar a proibição formal contida na norma, mas não a antijuridicidade material de sua conduta. Mesmo em face de regras penais comuns, é importante verificar como aquele agente, com suas próprias condições pessoais, situou-se diante da compreensão da norma. Não existe um parâmetro mediano pelo qual se possa avaliar esse conhecimento. Em face disso, é inadequado, de qualquer modo, esse critério da avaliação paralela na esfera do leigo.[541]

541. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 773; crítico também quanto à aplicação desse critério à normas de direito penal econômico, CRUZ, Flavio. *O tratamento do erro em um direito penal de bases democráticas*, Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 269.

7. O AUTOR POR CONVICÇÃO

Diverso é o tratamento, contudo, do chamado *autor por convicção.* A doutrina busca proceder a uma diferenciação entre *autor por convicção* e *autor por motivo de crença (ou por consciência).* A diferenciação é muito sutil e quase inútil. O autor por convicção é o que se opõe conscientemente à ordem jurídica por força de ideais filosóficos, políticos ou de vida, que podem ou não ter fundamento religioso. Já o autor por motivo de crença ou por consciência está associado a uma religião, a cujos dogmas ou regras se acha subordinado, como fiel servidor e obrigado.

A doutrina penal considera, geralmente, que o autor por convicção não pode invocar em seu favor o erro de proibição e que só terá benefícios, em face dessa convicção, na fase da individualização da pena.[542] Também aos autores por motivo de crença se aplicaria o mesmo desfecho.[543] Embora a solução no setor da individualização da pena ainda seja adequada, há que se proceder, todavia, a uma verificação melhor dos efeitos da convicção ou consciência sobre o comportamento real do autor em face da norma jurídica.

Convém inicialmente excluir dessa apreciação os casos que a própria Constituição disciplina, relativamente a obrigações por ela impostas, como da exclusão do serviço militar obrigatório e sua substituição por outros encargos alternativos para aqueles que o recusarem por motivo de crença ou convicção religiosa, filosófica ou política (art. 143, § 1º, CR), bem como os casos de reconhecimento de efetiva diversidade cultural, relativamente aos índios (art. 231, CR). Diante desse reconhecimento da Constituição e da abertura que ela mesma oferece para a execução de atividade alternativa, não tem cabimento outro tratamento ao autor por convicção ou por motivo de crença, salvo se o Estado descumpre o mandamento constitucional.

Dependendo da intensidade da filiação ideológica, os autores por convicção ou por motivo de crença podem ter dificuldades em alcançar a proibição penal. Nesse caso, é viável reconhecer-lhes o erro de proibição. O problema está em determinar se, aqui, é ainda aplicável o critério da evitabilidade. Para os autores que são criados em assentamentos ou

542. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 1008; NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 774.
543. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 774.

colônias, onde o ensino da religião substitui, em muitos pontos, o saber dominante, ainda que tenham frequentado a escola normal, pode ser aplicado o critério da evitabilidade. O erro inevitável exclui a culpabilidade; o erro evitável diminui a pena de um sexto a um terço (art. 21, CP).

Aos autores que, havendo recebido instrução leiga, optem por nova ordem jurídica, pode ser-lhes reconhecido, para fatos políticos, o direito de resistência ou desobediência civil, que, conforme o caso, exclui o próprio injusto. Porém, para fatos comuns, a solução é mais complexa. Imagine-se o sujeito que, por convicção filosófica e política, entende que não fez parte do contrato social e, por isso, não está obrigado a aceitar a proibição, pelo Estado, do uso da droga ou que não está obrigado a prestar socorro a ninguém que esteja em situação de grave e iminente perigo. No primeiro caso, o sujeito sabe que o uso da droga é proibido. Diante disso, é inviável trabalhar, então, com o critério da evitabilidade. O mesmo ocorre com relação ao segundo caso, em que o sujeito sabe que está obrigado a atuar, mas, diferentemente do primeiro, aqui há violação de um bem jurídico pessoal relevante, que é a vida humana. Se no primeiro é possível discutir a validade da proibição, no segundo, é indiscutível a relevância do dever de salvar em face da afetação de um direito subjetivo da vítima.

Uma vez que se ponha em dúvida a validade da proibição, o fato não se restringe à culpabilidade, mas atrai a discussão acerca da relação entre a liberdade individual e o interesse de punir do Estado. Pelo princípio da intervenção mínima, o Estado só pode exercer o poder de punir quando for absolutamente necessário para a proteção de direito subjetivo de outrem.

No caso do uso da droga não existe um direito subjetivo a ser preservado. Assim, deve prevalecer o direito de liberdade individual. Como, porém, a ordem jurídica mantém a proibição do uso da droga, ainda que em afronta aos fundamentos da ordem constitucional, é possível reduzir esse abuso estatal mediante uma aplicação analógica do erro de proibição em favor do agente, como expressão do princípio da intervenção mínima. O fundamento é o seguinte: se o Estado admite a ausência de culpabilidade em virtude de erro, ainda que evitável, quando a Suprema Corte, atendendo ao princípio da intervenção mínima, reduz o poder

de punir (caso do aborto até três meses), também poderá admitir uma extensão analógica do erro de proibição (art. 21, CP), quando se tratar de ato exclusivo do exercício da liberdade individual, sem que haja, em contrapartida, qualquer lesão de direito subjetivo de outrem.

Em relação à atuação por convicção ou por motivo de crença, em geral, FIGUEIREDO DIAS chega também a uma solução semelhante, ao admitir para esses fatos a aplicação analógica das regras do erro de proibição.[544]

8. O ERRO CULTURALMENTE MOTIVADO

O Código Penal brasileiro não contém uma norma expressa sobre o erro decorrente de incompatibilidade cultural de grupos frente à ordem jurídica vigente. Conforme o grau de desvinculação cultural desses grupos será possível reconhecer diversos modos de tratar as respectivas condutas. Quando a desvinculação é extrema, no caso de índios que vivem completamente à margem do domínio do Estado, a solução, como já visto, é de ausência de ação, por faltarem aos membros dessas comunidades os elementos básicos a afirmar a existência de uma conduta performática. Quando, porém, observa-se maior proximidade desses grupos ou de outros, culturalmente diversos, com a ordem jurídica vigente, será possível avaliar suas condutas sob o prisma da culpabilidade, mais especificamente sob o ângulo do erro de proibição ou mesmo de inexigibilidade de conduta diversa.

Uma vez eliminada em relação a esses grupos a referência à inimputabilidade por distúrbio de desenvolvimento, a doutrina penal se encaminhou ao reconhecimento de uma nova modalidade de erro de proibição, ao *erro de proibição culturalmente motivado*. Um dos pioneiros desse tratamento foi o estudo realizado por ZAFFARONI na proposta ao projeto de reforma do Código Penal peruano, em 1988, na qual faz consignar sua crítica ao modelo de solução pela inimputabilidade e assinala também a perspectiva de que esses casos devessem ser tratados no âmbito do erro de proibição.[545]

544. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 353.

545. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "La parte general del proyecto de código penal", in *Política Criminal*, Lima: AFA, 1988, p. 30: "*Aquele que, por sua cultura ou costume, comete um fato punível, sem poder compreender o caráter delituoso de seu ato ou determinar-se de acordo*

A partir da Convenção Internacional do Trabalho (CIT) 169, de 1989, aplicável aos povos tribais ou indígenas, existentes nos países independentes que os distingam de outros setores da coletividade ou que vivam no território em que seus ancestrais habitavam, estabeleceu-se a necessidade de os Estados respeitarem e reconhecerem "os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios de tais povos e tomarem, devidamente, em consideração a índole dos problemas que lhes são afetos, tanto individual quanto coletivamente"(art. 5). Além disso, de acordo com a Convenção, no julgamento de matéria penal, "devem ser levados em conta os costumes desses povos" (art. 9). Por conseguinte, o erro culturalmente motivado não pode ser tratado da mesma forma que o erro de proibição comum.

O erro de proibição culturalmente motivado refere-se a uma situação em que o agente conhece ou pode conhecer a norma proibitiva, mas estará incapacitado de se orientar por esse conhecimento por força de seu condicionamento a padrões culturais diversos, internalizados na própria formação de sua personalidade.[546] Em face desse condicionamento, altera-se também para essa espécie de erro a questão de sua evitabilidade. O erro culturalmente motivado é inevitável, não no plano intelectivo, mas sim no plano volitivo de exercício da atividade. Nesse ponto, equipara-se ao erro de proibição condicionada.

CRISTINA DE MAGLIE relata uma série de casos em que esse erro está bem explícito e nos quais os sujeitos, embora possuam uma aproximação com as normas jurídicas dos territórios soberanos onde se encontram, não deixam de se motivar, em sua conduta, pelos seus originários padrões culturais. Assim, podemos extrair desses relatos, pelo menos, três casos bem marcantes. O primeiro, de uma mulher japonesa (caso Kimura), que reside na cidade de Santa Mônica, nos Estados Unidos, e é abandonada pelo marido na companhia de dois filhos menores. Em face do abandono, a mulher resolve se lançar ao mar com as crianças, que vêm a falecer por afogamento. O segundo, de um afegão (caso Kargar), também residente nos Estados Unidos, que é

com essa compreensão, será declarado inculpado. Quando, por igual razão, essa possibilidade se ache diminuída, a pena será atenuada, inclusive abaixo do mínimo legal".

546. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Diversidad cultural y derecho penal*, Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 176.

surpreendido por uma vizinha ao beijar os órgãos genitais de seu filho de 18 meses. O terceiro, de um hindu (caso Singh), que é preso em uma praça da cidade de Cremona, na Itália, porque portava, ostensivamente, na cintura um *kirpan*, um punhal afiado.[547] No primeiro caso, a justiça americana entendeu que a mulher estava acometida, no momento do fato, de um transtorno mental. No segundo caso, por questões práticas nas quais se conjugam elementos de tipicidade, de consciência do fato, do impacto social e, inclusive, dos efeitos da pena, a justiça absolve o autor, com a conclusão final de que o fato, no momento de seu cometimento, não estava previsto como crime pelo sistema do *common law*. O terceiro caso foi examinado pelo Tribunal de Cremona, com a conclusão também absolutória com base na liberdade religiosa e, assim, no justo motivo, conforme o art. 19, da Constituição italiana.

Examinando melhor os casos, pode-se verificar que, em todos, há um denominador comum: o fato de estarem os autores vinculados de modo indissolúvel aos antigos costumes. No primeiro caso, o costume japonês a conduzia a atuar daquele modo, porque a mulher abandonada pelo marido perderia sua honra se não se decidisse pelo seu próprio extermínio e de seus filhos. No segundo caso, beijar os órgãos genitais de filhos menores corresponde a uma manifestação de amor e não de sexualidade, conforme os padrões culturais do grupo social de origem do autor. No terceiro caso, o porte de punhal, que na Itália constitui delito, fazia parte da indumentária do autor, como instrumento de sua proteção diante de espíritos malignos, o que constituía uma condição essencial à sua própria existência. As decisões tomadas pelos tribunais estão corretas quanto às consequências de absolver todos os autores, mas, dogmaticamente, esbarram em algumas dificuldades, que devem ser enfrentadas pela doutrina.

O fato de a mãe tentar suicidar-se não acarreta sobre ela qualquer consequência, porque o suicídio, na verdade, situa-se numa zona neutra do injusto, mas essa neutralidade não se estende à promoção da morte das crianças, que caracteriza um homicídio. A mãe, no momento fato, estava consciente de seu papel de suicidar-se e também de matar os filhos menores; estava, portanto, em estado de plena imputabilidade. Não se

547. MAGLIE, Cristina de. (Nota 165), p. 112, 118 e 200.

tratava, assim de uma patologia mental, mas sim da impossibilidade de conhecer o injusto do fato, tal como ele se apresentava no direito do país em que se encontrava. Para ela, o fato era absolutamente permitido, segundo seus costumes originários.

Está claro que beijar os órgãos genitais de filhos impúberes, como no segundo caso, pode constituir, objetivamente, um delito sexual, mas se o fato corresponder a uma autêntica demonstração de amor, evidentemente encontrará guarida no erro culturalmente motivado.

Finalmente, no terceiro caso, é possível nitidamente afirmar que o portador do punhal poderia pensar que o fato não era proibido, porque, segundo sua religião, o punhal não se destinava à agressão, mas à defesa do próprio autor, não diante de outras pessoas, mas sim diante de espíritos maus, que poderiam colocar em risco sua própria vida.

Todos os três casos, segundo a lei brasileira, devem ser enquadrados como de erro culturalmente motivado, no qual se dispensa a verificação de evitabilidade. Nesses casos, não se pode dizer que o erro seja evitável ou inevitável, isso porque todos autores estão conscientes de que, em face de seus costumes, o fato é perfeitamente permitido. Diante dessa absoluta convicção dos autores, é irrelevante que eles tivessem conhecimento de sua proibição quando realizados por outras pessoas. O que é importa é que não poderiam se orientar pelas normas do direito vigente, que, segundo eles, não lhes seriam aplicáveis. Assim, também, não cabe exigir que, antes do fato, os autores devessem se informar sobre sua licitude diante do direito vigente. Independentemente de poderem ou não se informar acerca das condições de permissão, os autores já estavam convencidos, de antemão, da licitude de seu comportamento. Não é questão que se coloque no âmbito do conhecimento da proibição. Para os agentes, em qualquer caso, o ato será lícito. Os agentes não se curvam à proibição estatal, porque atuam, convictamente, em conformidade com outras regras culturais de vinculação obrigatória. A particularidade dos casos conduziu a fundamentações diferenciadas nas respectivas sentenças, mas sob uma dogmática da culpabilidade podem ser enquadrados no âmbito do erro culturalmente motivado. Poder-se-ia pensar em uma inexigibilidade de outra conduta. Contudo, os autores não estavam, no momento do

fato, impossibilitados de empreender outras escolhas, porquanto não se encontravam em situação semelhante ao de estado de necessidade ou coação. A coação era puramente interna, daí constituir um típico estado de consciência.

Tendo em vista, por outro lado, a diversidade de integração cultural dos vários grupos tribais ou indígenas, de origem nativa ou afrodescendentes, ocupantes do território do Estado, bem como de pessoas vinculadas a outros planos culturais de vida, ao pleno reconhecimento de um erro culturalmente motivado é indispensável que estejam presentes no ato as seguintes condições: a) o agente deve pertencer desde o nascimento a um grupo cultural diverso daquele para o qual vigem, de modo geral, as normas proibitivas; b) o ato tenha sido realizado sob a consciência de sua licitude perante as normas de seu grupo; c) a internalização das normas de seu grupo é vinculante para sua atividade, de modo a não se poder afirmar a legitimidade de uma opção diferente; d) o agente não se desvinculou de seu grupo originário nem aceitou viver, incondicionalmente, sob as normas do território em que se encontre.

Uma vez presentes essas condições, pode-se reconhecer o erro culturalmente motivado, o qual se equipara ao erro de proibição inevitável.

Caso especial de erro culturalmente motivado pode ser o das práticas desportivas com animais, entre as quais se inclui a chamada "farra do boi". Esse tema já foi discutido no capítulo III, seção I, V, 2.1. Aqui, porém, o fato diz respeito, exclusivamente, ao exame do erro. Sobre esse fato há várias controvérsias, mas o erro culturalmente motivado parece estar aqui presente. Isso porque essa prática desportiva inusitada para os ambientalistas já suscitou inúmeras interpretações, desde sua regulamentação por uma lei estadual de Santa Catarina (Lei 11.365/2000), declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local, até sua proibição no âmbito nacional pelo Supremo Tribunal Federal (RE 153.531-8/SC, 03/06/1997), o qual vem se manifestando também pela inconstitucionalidade da lei estadual do Ceará, que regulamentava a vaquejada, mas com votos vencidos (ADI 4883/2013). Recentemente, porém, por meio da Emenda 96/2017, ficou reconhecida às práticas desportivas com animais, em geral, a ausência de tratamento cruel, quando, dentro do respectivo regulamento, não tenham sido promovidos, efetivamente,

maus-tratos (art. 225, § 7º). A norma constitucional, no entanto, é ambígua: ao mesmo tempo em que reconhece a ausência de tratamento cruel, condiciona sua realização à não produção de maus-tratos. Sob uma interpretação sistemática, em consonância com o disposto nos arts. 215, § 1º e 225, § 1º, VII, da Constituição, que visam, respectivamente, à proteção das manifestações culturais e também dos animais, poder-se-ia entender que a norma constitucional autoriza apenas aquelas práticas que, por motivação cultural, não impliquem sofrimento aos animais. Essa seria a interpretação correta, pela qual estariam, assim, excluídas dessa norma a "farra do boi" e práticas semelhantes. Ao cidadão, porém, que esteja vinculado a costumes culturais decorrentes de sua origem étnica ou regional, a falta de clareza da norma pode ensejar uma interpretação divergente. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a matéria, mesmo antes da Emenda 96/20107, não o fez com voto unânime, o que está a demonstrar a instabilidade acerca da correta interpretação da norma vigente. Uma vez que o fato tenha sido realizado dentro dos requisitos expostos acima, poderá atuar em erro culturalmente motivado, no qual será irrelevante a questão acerca de sua evitabilidade. Caso o sujeito não se enquadre naqueles pressupostos, ainda assim, em face da existência da norma constitucional, poderá atuar em erro de proibição, mas, então, subordinado às consequências de ser o erro evitável ou inevitável, principalmente quando os participantes do ato sejam estranhos ao grupo cultural.

Especificamente no que toca aos quilombolas, que são tribos afrodescendentes, quando haja identidade entre a ilicitude do comportamento perante a ordem jurídica e sua licitude na comunidade, estar-se-á diante de um erro culturalmente motivado. Mesmo que se tratasse de um erro de proibição, a proximidade dos fatos indica que, em casos de crimes contra o patrimônio, será sempre possível que o sujeito habitante de um quilombo, no qual a propriedade é coletiva, possa considerar sua conduta como lícita ao violar o patrimônio alheio. Opera-se, dessa forma, diante de duas ordens culturais distintas, um inevitável pensamento analógico, de modo a projetar a configuração dos atos lícitos sobre a disciplina do mesmo comportamento diante da ordem jurídica vigente. O pensamento analógico, como diz HASSEMER, faz parte do processo de reflexão do ser humano, principalmente

na aplicação do direito. O pensamento analógico estará sempre presente quando o sujeito, para chegar a uma conclusão, tenha que se valer de um *tertium comparationis*,[548] que, no caso, manifesta-se no âmbito do regime de propriedade tribunal, de um lado, e da proteção patrimonial fora do quilombo, de outro.

9. A QUESTÃO DA EVITABILIDADE DO ERRO

A determinação da evitabilidade do erro está na dependência de dois fatores: da capacidade de conhecimento do autor e das condições normativas objetivas. Pressuposto dessa análise é a forma como a proibição é enunciada. Uma proibição descrita de forma obscura, contraditória, equívoca ou de difícil acesso ou compreensão conduz ao reconhecimento da inevitabilidade do erro, já desde uma medida objetiva. A ordem jurídica não pode ser construída sobre armadilhas contra o cidadão, de tal sorte que este, para alcançar o conteúdo da proibição, tenha que disputar uma partida de baseball sem dominar suas regras e, assim, avaliar seus acertos e desacertos.

Uma vez que a proibição seja enunciada adequadamente, deve ser levada em conta a capacidade psicológica do autor. A medida dessa capacidade corresponde à do autor concreto e não a de um suposto homem ideal, ainda que transposto à sua condição. Com isso, na aferição dessa capacidade não é suficiente sua higidez mental, mas sim sua possibilidade real de estar em contacto com a proibição. Diferentemente do que ocorre no erro de tipo tradicional, em que o objeto de conhecimento está relacionado a um dado fático, aqui o objeto é constituído pela proibição. Por via de consequência, é a partir dos contornos dessa proibição que deverão ser delineados seus limites e alcance. Em qualquer caso, e mais ainda diante de normas específicas a algumas profissões ou atividades com enunciados claros, mas de matéria complexa ou especializada, como são as normas de direito penal econômico, a capacidade de compreensão deve levar em conta sua posição de contexto, pelo qual poderia ou não alcançar a proibição.

A análise de contexto faz-se em duas etapas. Na primeira envolve: a) a atividade concreta do autor, em face de sua experiência; b) sua

548. HASSEMER, Winfried. (Nota 308), p. 272 e ss.; KAUFMANN, Arthur. "Analogie und Natur der Sache", in *Rechtsphilosophie im Wandel*. Köln: Carl Heymanns, 1984, p. 302 e ss.

capacidade objetiva de desempenho dessa atividade segundo as regras a ela relativas; c) o grau de autonomia ou subordinação da atuação, se individual ou coletiva; d) sua posição hierárquica na execução da atividade; e) a necessidade ou não de suplementos de informação. Na segunda etapa, deve ser analisada, então, a forma como o autor representa os dados desse contexto.

O conhecimento da proibição não pode estar dissociado da atividade concreta do autor. Não existe um conhecimento geral de tudo, cada conhecimento só pode ser obtido em função do que o autor experimenta em suas relações vitais. Quem, por se haver dedicado durante toda a vida à atividade de garimpeiro no meio de uma zona deserta sem ser molestado, jamais poderá saber da proibição de seu exercício sem autorização (art. 55, Lei 9.605/98). A experiência lhe indica o contrário. No que toca à capacidade objetiva de se orientar por regras atinentes a atividades específicas, não basta, para assinalar a existência de condições contextuais favoráveis à compreensão, a aplicação das mesmas medidas das normas de cuidado para os delitos culposos.

A capacidade de seguir regras não indica que o autor conheça a proibição. Aqui é indispensável vincular ao contexto a representação real do autor, pela qual poderá alcançar a proibição. Como diz NEUMANN, há um erro ao se pretender que aquele que conhece as circunstâncias fáticas também possa conhecer a antijuridicidade de seu comportamento. Muitas vezes, o agente está absolutamente ciente do que está fazendo, mas acredita que, pela falsa interpretação das normas de cuidado, o fato não é proibido, ou seja, incorre em erro de proibição direto.[549] Em face da subordinação de sua atividade a outras atuações coletivas tampouco será possível a alguém saber que sua conduta é proibida. Assim, o simples fato de trabalhar em um escritório de investimentos, no qual se legalize dinheiro de origem ilícita, não implica o conhecimento de que essa atividade acessória é proibida (art. 1º, § 2º, II, da Lei 9.613/98). O grau de subordinação hierárquica também condiciona o conhecimento. Por força da estrutura do sistema administrativo, o funcionário subalterno não precisa, para executar a ordem de seu superior, esforçar-se para saber se sua conduta é proibida,

549. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 782.

quando não seja manifestamente ilegal (art. 116, IV, da Lei 8.112/90).

Para normas proibitivas claras e de fácil acesso e cujo conteúdo possa ser imediatamente conhecido, não há necessidade de o autor se informar sobre a proibição: ninguém ignora, na atual sociedade, que a ação de matar é proibida. É possível, porém, que o autor tenha dúvida sobre se sua conduta é lícita ou proibida e a mera leitura da norma não o elucide suficientemente. Nesse ponto, podem ser necessárias informações suplementares. Todos esses aspectos dizem respeito ao contexto da proibição, mas o contexto objetivo, ainda que indispensável à aferição dos limites do conhecimento do autor em face da norma proibitiva, não fundamenta, por si só, a afirmação desse conhecimento. A esse contexto deve ser agregada a representação do autor, mas vinculada aos seus elementos específicos. Tampouco se trata de uma representação de dados gerais, senão da consciência acerca da relação entre o contexto fático e os dados normativos. Assim, a experiência do autor, sua capacidade, o grau de autonomia ou subordinação, sua relação hierárquica e a dificuldade de acesso à proibição devem ser avaliados em função dos limites da imputação normativa.

Ainda na afirmação da evitabilidade, a doutrina costuma estabelecer um esquema prático para decidir se o autor, diante de normas complexas, poderia ou não alcançar o conhecimento da proibição.

Esse esquema segue a seguinte sequência: a) o motivo para pôr à prova a licitude de seu comportamento; b) as exigências da prova; c) o trato da jurisprudência; d) o grau de confiança das fontes de informação.

Esses elementos, entretanto, devem ser aferidos negativamente. Não cabe ao autor demonstrar que estava em dúvida sobre a norma. Esse fato cabe ao Estado. Na relação entre cidadão e Estado, deve vigorar a máxima traçada por JOHN LESLIE MACKIE: o cidadão não precisa justificar sua conduta; o Estado é que deve demonstrar que sua conduta é juridicamente incorreta.[550] Essa máxima vale não apenas no âmbito do injusto, senão, principalmente, na culpabilidade.

Entende-se que o autor tenha *motivo para pôr à prova* seu enfoque da proibição quando tenha dúvida acerca da licitude de sua conduta.

550. MACKIE, John Leslie. *Ethik*, tradução alemã de Rudolf Ginters, Stuttgart: Reclam, 1983, p. 232.

O mesmo vale quando o autor não tenha dúvida de que sua conduta é juridicamente adequada, mas sabe que decisões judiciais ou resoluções administrativas a proíbem, ou que, com isso, lesa um bem jurídico. Igualmente ocorre quando o autor sabe que sobre o fato existe uma regra específica a disciplíná-lo.[551]

O tratamento da dúvida acerca do conhecimento tem suscitado muitas divergências. A questão que se coloca é se a dúvida pode valer como fundamento para afirmar a existência de erro de proibição. A partir do implemento da teoria da culpabilidade, principalmente com a teoria extrema, a doutrina passou a entender que o erro de proibição será irrelevante, só facultando uma diminuição de pena caso o agente atue com dúvida. Isto porque, se está em dúvida, poderia alcançar a proibição caso se esforçasse para tanto. Parece que essa seria a dedução que se poderia fazer do art. 21, parágrafo único, do Código Penal, ao fazer referência à determinação da evitabilidade do erro.

Contudo, essa afirmação de que o agente poderia ter conhecido a proibição deve ser revista. Muitas vezes, o agente está em dúvida, mas a dúvida não é sanada de forma absoluta, e a conduta tem de ser praticada em face de uma situação temporal. Assim, por exemplo, o agente está em dúvida se determinada mercadoria que quer importar, se inclui ou não na lista de mercadorias proibidas. Para sanar essa dúvida, busca ele um especialista em tributação aduaneira, o qual lhe explica não poder lhe fornecer uma informação precisa sobre o tema, porquanto subsiste na jurisprudência total desacordo se, de fato, a mercadoria é ou não de importação proibida. Porém, o agente precisa decidir rapidamente acerca da importação, em face da queda de preço da mercadoria no exterior. Caso demore para importar, pagará muito mais caro pela mercadoria, o que tornaria economicamente inviável seu negócio. Diante da dúvida dos próprios tribunais, o agente resolve importar a mercadoria. Está claro que, nesse caso, a questão era de tal sorte controvertida que a dúvida não poderia ser sanada, o que implica reconhecer em seu favor a inevitabilidade do erro.

Poder-se-ia, com isso, enunciar uma regra geral sobre esse tema: caso a dúvida não possa ser sanada mediante recurso ao Poder Judiciário,

551. NEUMANN, Ulfrid. (Nota 527), p. 783.

é relevante o reconhecimento da inevitabilidade do erro. Se a norma jurídica é incapaz de orientar corretamente a conduta de seus destinatários, quer por deficiência de redação, quer pela insuficiência de referências, eles têm o direito de realizar a conduta, valendo sua crença de que sobre ela não subsiste qualquer proibição, porque o cidadão não pode ficar na dependência da correção das próprias carências do Estado.[552]

Partindo dessa premissa pode-se proceder a uma classificação das dúvidas: dúvida relevante, dúvida irrelevante; dúvida sanável, dúvida insanável; duvida próxima e dúvida remota. Dúvida relevante é aquela que, segundo um juízo objetivo, tem a propriedade de influir na consciência do agente, a ponto de poder impedir a prática da atividade. Dúvida irrelevante é aquela que não interfere no conhecimento do agente. A dúvida sanável é aquela que pode ser desde logo esclarecida, quer por um especialista, quer pelo próprio agente. Dúvida insanável é aquela que, em face da deficiência ou insuficiência da redação, ou complexidade do tema, mesmo com o apelo a especialistas ou a revistas jurídicas, não será possível alcançar o conhecimento. Dúvida próxima seria aquela que decorre da própria leitura da norma em confronto com o fato, por uma questão de redação e a dúvida remota, aquela que não decorre de uma leitura, mas sim de uma interpretação dos fatos.

Ao erro culturalmente motivado não são aplicáveis as regras rígidas relativas à determinação da sua evitabilidade. Como nesse erro o agente conhece, na verdade, a proibição, relevante não será a possibilidade de conhecimento dessa proibição, mas sim sua capacidade de se orientar por esse conhecimento. Uma vez reconhecida no agente a internalização dos padrões culturais diversos, dos quais ele não pode se libertar, porque fazem parte de sua própria personalidade, seu erro deve ser considerado inevitável para os efeitos penais.

Diante disso, deve-se formular uma interpretação teleológica para a norma do art. 21 do Código Penal, no sentido de considerar como inevitável todo erro que incida sobre a impossibilidade de o agente se conduzir segundo seu conhecimento do injusto. Uma vez, porém, que se reconheça que o agente tenha sido, em sua conduta, motivado culturalmente, mas que, por sua integração na sociedade, já estaria

552. LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 157.

também motivado pelas normas vigentes, é de se reconhecer, então, um erro evitável de proibição condicionada. Nesse caso, aplica-se, em seu favor, a causa especial de diminuição de pena de um sexto a um terço. Essa solução coincide, inclusive, com a proposta de ZAFFARONI para a reforma do Código Penal peruano. Aqui, não se está tratando de questão de inimputabilidade, a qual pressupõe no agente um transtorno mental ou uma deficiência de desenvolvimento, o que não se ajusta ao autor culturalmente motivado.

III. A EXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

1. PANORAMA GERAL

A doutrina vem considerando que o ponto nodal da culpabilidade reside em que o agente poderia ter atuado de outro modo e, portanto, sem praticar o delito. Os críticos dessa postura (do poder agir de outro modo) sustentam que tal juízo é indemonstrável, o que geraria uma presunção de culpabilidade. Para superar esse problema, querem atrelar o juízo de culpabilidade aos fins preventivos da pena: não haverá culpabilidade quando a pena for considerada desnecessária. Esse juízo, contudo, continua sendo puramente hipotético, porque jamais se poderá determinar, salvo por conjecturas de política criminal, se a pena é ou não necessária, no caso concreto, para prevenir o delito. Melhor solução será excluir a culpabilidade sempre que o agente se encontre em uma situação que não possa orientar sua conduta de conformidade com a norma.[553] No direito brasileiro, YAROCHEWSKY entende como critério decisivo para essa determinação a investigação acerca do motivo do agente.[554] A motivação do agente é também levada a efeito por HEINRICH, para quem uma situação anormal pode afetar de maneira significativa a capacidade do agente de atender à proibição.[555] Está claro que o motivo pode ser um elemento auxiliar na busca de um fundamento de exculpação, porque com sua identificação se poderá obter uma aproximação se efetivamente o agente pôde ou não

553. GÜNTHER, Klaus. (Nota 111), p. 257.
554. YAROCHEWSKY, Leonardo. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: DelRey, 2000, p. 106.
555. HEINRICH, Bernd. (Nota 379), p. 237; também, CAIROLI MARTINEZ, Milton. "La inexigibilidad de otra conducta. Una aproximación desde la dogmática", in Luís Greco/Antonio Martins (org.), *Direito Penal como crítica da pena, Livro-Homenagem a Juarez Tavares*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, 37 e ss.

se orientar pela norma.

Apesar da indagação acerca do motivo ser correta, é indispensável, porém, ter em conta que a decisão acerca do poder agir de outro modo deve estar baseada em critérios objetivos. A questão desses critérios para determinar o poder agir de outro modo e, assim, a possibilidade real de o agente dispor de outra opção de conduta já foi discutida anteriormente (Capítulo VII, III). Aqui, serão empregados aqueles critérios para analisar a situação concreta que impediria o agente de efetivamente exercer qualquer outra das opções que lhe estariam disponíveis. Uma vez que ao agente não se apresente outra opção de conduta, sua culpabilidade estará excluída.

A doutrina costuma diferenciar entre exclusão de culpabilidade de exculpação. Haveria exclusão da culpabilidade quando o agente fosse inimputável ou houvesse incorrido em erro de proibição inevitável, e exculpação nas hipóteses previstas no código quanto à coação irresistível e à obediência hierárquica, bem como em situações supralegais, mas relevantes em face da deficiência de motivação do agente, como no estado de necessidade exculpante ou no excesso exculpante do exercício de uma causa de justificação, ou mesmo em situações genéricas de inexigibilidade de outra conduta. ROXIN, especialmente cético quanto ao poder agir de outro modo, submete a análise dessas situações à necessidade preventiva da pena.[556] Na verdade, se a culpabilidade tem como fundamento a condição real do sujeito de poder agir de outro modo, essa condição integra a qualidade da própria conduta. Os autores que propugnam por essa distinção analisam a culpabilidade apenas sob ponto de vista do direito penal positivo, mais precisamente sobre os elementos que a compõem. Mediante uma interpretação desses elementos, concluem que a incapacidade do agente de compreender e querer, que se manifesta tanto na capacidade de culpa (ou imputabilidade) quanto na consciência potencial do injusto, transforma-o em pessoa incapaz de sofrer, desde logo, um juízo de reprovação, daí a eliminação da culpabilidade. Já no que toca a outros elementos, que também interferem sobre o juízo de reprovação, como na coação irresistível, entendem que a decisão deve passar por uma análise

556. ROXIN, Claus. (Nota 105), p. 851 e ss.

valorativa da conduta, o que só implicaria, no final, a consideração de uma desculpa e não de uma exclusão. Tomando-se em conta, porém, que a culpabilidade não pode se divorciar dos fundamentos da ordem jurídica democrática, que estão centrados na proteção da pessoa deliberativa, não há necessidade de se manter essa diferenciação. Quando ao sujeito não se puder atribuir a condição de pessoa deliberativa, quer por incapacidade física ou mental, quer por não lhe restar outra opção de conduta, estará ele excluído do direito penal. Essa exclusão pode-se dar no âmbito do injusto, quando se trate de inimputabilidade ou de atos culturalmente motivados, ou no âmbito da culpabilidade, no que se refere à incapacidade diminuída, à embriaguez resultante de caso fortuito ou força maior, ao erro de proibição inevitável, à impossibilidade de atuar de outro modo e ainda na desnecessidade da intervenção penal diante da possibilidade de solução alternativa do conflito. Em todas essas hipóteses, a culpabilidade estará excluída, não importando apenas a capacidade de entender e querer.

Por outro, a fim de facilitar a terminologia e atendendo a um objetivo prático, tanto faz se empregar o termo exclusão de culpabilidade ou exculpação. Valendo-se, então, dessa unificação de conceitos, pode-se ver que o Código Penal brasileiro contempla como causas de exclusão da culpabilidade, além daquelas vinculadas à incapacidade do agente, ou ao erro inevitável de proibição, a coação irresistível e a obediência hierárquica (art. 22). Diversamente do Código Penal alemão, não há previsão expressa quanto ao estado de necessidade exculpante e ao excesso escusável de legítima defesa, os quais podem, no entanto, merecer um tratamento de causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

A falta de definição expressa de causas de exculpação não exclui, ademais, a possibilidade de se acolher uma causa geral, baseada apenas no princípio do poder agir de outro modo. 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 sua aferição no caso concreto, há parâmetros adequados e suficientes, inclusive determinantes, de conformidade até mesmo com a jurisprudência.

2. A COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Em conformidade com o Código Penal, estará excluída a culpabilidade quando o agente atua sob o comando de outrem, mediante um ato de coação que não poderia resistir (art. 22). A coação irresistível configura uma situação de constrangimento, a qual o coacto não poderia enfrentar segundo suas condições pessoais, sem sofrer uma inevitável lesão em seus bens jurídicos.

Há de se distinguir entre a coação irresistível, que exclui a culpabilidade e que é simplesmente psíquica, e a coação física absoluta, que exclui a própria ação. Na coação irresistível, denominada pela doutrina de coação moral, o agente atua, inclusive com vontade, embora sua vontade esteja dominada pelo coactor. Na coação física absoluta, não há atuação do agente, o qual é usado como se seu próprio corpo fosse um instrumento de agressão ao bem jurídico. Por exemplo, haverá coação moral irresistível se o agente sob a ameaça de um revólver for obrigado a redigir um documento falso; haverá coação física absoluta quando alguém empurra outrem de uma escada, fazendo com que seu corpo caia sobre uma criança, produzindo-lhe lesões.

Não há uma indicação legal acerca das características do que se possa entender por irresistibilidade da coação. Diversamente do que se afirma, a irresistibilidade deve ser avaliada em conformidade com as condições individuais do coacto e não de acordo com um suposto e inexistente *homem médio*. Como a culpabilidade é uma qualidade da ação individual, outro não pode ser o entendimento correto, senão ter por base a capacidade do coacto de suportar ou não a coação. Está claro que o conhecimento empírico, a experiência e as relações vitais são indicadores relevantes para avaliar a eficiência do meio empregado na coação. A ameaça feita com arma, por exemplo, segundo o conhecimento geral, é bastante eficiente para submeter a vontade do coacto. Na avaliação acerca da capacidade de resistência do coacto é indispensável verificar também a relação entre os bens jurídicos postos em conflito. Normalmente, toda vez em que a ameaça represente para o coacto uma lesão de bem jurídico a que ele não estava obrigado a suportar haverá uma coação irresistível. Essa regra não vale, porém, diante de crassa desproporção entre o bem jurídico lesado pelo coacto e

aquele que irá proteger, cedendo à ameaça. O Código Penal não impõe essa restrição, mas ela decorre da própria ordem jurídica, que está estruturada sob o princípio da proporcionalidade, que se aplica também ao âmbito da culpabilidade. Por exemplo, alguém, sob ameaça de revelação do fato de que frequenta casa de prostituição, acolhe o comando de matar uma pessoa. Aqui, a relevância da proteção da vida diante da reputação impede que a coação se caracterize como irresistível.

A coação pode ser exercida por vários meios e formas. Pode ser feita com arma própria ou imprópria; pode ser direta, quando contra o coacto, ou indireta, quando seja dirigida a pessoas que lhe são próximas. Igualmente, é variado seu conteúdo: qualquer mal relevante ou grave pode servir de motivo para reduzir a capacidade de resistência do coacto. Pode expressar ameaça de morte ou lesões, bem como a divulgação de fato desonroso ou prejudicial à liberdade ou convivência. Assim, a ameaça de divulgar fotos íntimas da pessoa ou o conteúdo de algum documento que lhe afete a reputação, ou de contar acerca de fato grave que lhe seja imputado é relevante para caracterizar um estado de coação. Para caracterizar a coação é irrelevante a veracidade do fato que se ameaça revelar. Por exemplo, o coactor ameaça contar à polícia acerca da prática de ato criminoso efetuado pelo coacto. Ainda que o fato tenha realmente ocorrido, o uso do argumento é eficiente para coagir.

De acordo com os termos do Código Penal, na coação deve haver um agente coactor e um coacto. Não se admite que o agente coactor seja indeterminado, como, por exemplo, a coletividade ou a sociedade ou o chamado clamor social. A coação pode ser exercida, porém, por grupo de pessoas, desde que determinado ou determinável. A questão da determinabilidade do agente coactor induz a que não se deve confundir entre o ato de coação e sua prova. A coação pode existir, mas não ser possível sua comprovação. A questão da prova não interfere na caracterização da coação. Claro que uma vez não provada, desaparecem suas consequências.

A coação irresistível constitui uma hipótese de autoria mediata. Nesse caso, responde pelo fato apenas o agente coactor. Em contrapartida, haverá exclusão da culpabilidade do ato praticado pelo coacto.

3. A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Da mesma forma como ocorre com a coação irresistível, o Código Penal também disciplina o ato cometido em obediência à ordem de superior hierárquico (art. 22).

Mediante uma interpretação particular da relação entre funcionário e Estado, a doutrina penal tem divergido acerca dos efeitos ou da natureza jurídica da obediência hierárquica. Sob o enfoque do positivismo, de que a norma jurídica legitima-se a partir de um ato de autoridade, tem-se entendido, por extensão, que a ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, tem que ser executada pelo funcionário subordinado, sem que se lhe faculte discutir sua legalidade ou legitimidade. Diante disso, a execução dessa ordem estaria acobertada por uma norma permissiva de conduta, que lhe retiraria a suposta ilicitude. Sob o enfoque, porém, de um Estado democrático de direito, subordinado a preceitos de garantia e que só se legitima pela participação de todos, as ordens de superior hierárquico, ainda que não manifestamente ilegais, devem estar em consonância com a ordem jurídica, o que as torna passíveis de contestação. Em consequência, uma vez que sua execução configure um ato criminoso, mantém-se hígida sua antijuridicidade, caso inexistente uma causa de justificação reconhecida. O Código Penal brasileiro seguiu essa última linha, incluindo seu tratamento no âmbito da culpabilidade.[557]

Na obediência hierárquica devem estar presentes os seguintes elementos: a) um funcionário superior, com competência para emitir ordens administrativas a seus subordinados; b) um funcionário subordinado, com competência para executar a ordem; c) a emissão de uma ordem não manifestamente ilegal; d) a execução da ordem nos estritos termos do comando recebido e dentro da competência do executor; e) o desconhecimento por parte do executor acerca da ilegalidade da ordem.

A relação de subordinação entre superior e inferior decorre da estrutura administrativa do respectivo órgão do Estado. Não há obediência hierárquica entre particulares. A relação entre particulares é regulada pelas leis trabalhistas e sua subordinação se limita aos termos do contrato de trabalho. O mesmo vale para diretores de empresas, que estão submetidos às normas do contrato social.[558] Há que se ressalvar,

557. HEINRICH, Bernd. (Nota 379), p. 217.
558. PRADO, Luiz Regis. (Nota 530), p. 489; admitindo entre particulares, BUSATO, Paulo. (Nota 45),

inclusive em conformidade com o art. 327 do Código Penal, que a regra da obediência hierárquica se aplica, todavia, aos funcionários de entidades paraestatais, empresas públicas, sociedades de economia mista e até mesmo de empresas privadas, quando exerçam função delegada ou atividade típica do poder público.

Por seu turno, a competência do funcionário superior e do inferior, respectivamente, para emitir e executar a ordem, deve estar consignada na lei ou em atos administrativos internos, como portarias, resoluções, ordens de serviço e congêneres, desde que editados nos limites da lei. Uma resolução administrativa, por exemplo, ainda que seja editada pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal do Júri ou mesmo por seu Órgão Especial, não pode dispor sobre a subordinação de um jurado. Órgãos de determinadas carreiras, como da magistratura e do Ministério Público, são dotados de autonomia funcional e não estão vinculados, no exercício de suas funções, a nenhuma outra autoridade, salvo dentro dos limites e das regras do processo. No que toca às Forças Armadas, a subordinação hierárquica é mais rigorosa, mas isso não pode impedir o exercício de direitos fundamentais por parte do subordinado, por exemplo, de não ser submetido a tortura ou a condições degradantes.

A ordem emitida, no âmbito dessas competências, deve ter a aparência de legalidade. Não terão aparência de legalidade as ordens que impliquem grave violação de direitos, por exemplo, a prática de delitos contra a vida, a integridade corporal ou a dignidade sexual. Há delitos de notória repercussão internacional, como a tortura, o genocídio, a execução, o massacre ou o extermínio de pessoas ou grupos, a esterilização forçada, a expropriação coletiva de bens, a desaparição ou sequestro de pessoas, os quais não podem ser ignorados pelos portadores de função pública.

Na execução da ordem, o funcionário deve observar sua estrita competência e não pode exceder os limites nela fixados. Como o executor da ordem está também vinculado a deveres funcionais, não poderá ignorá-los. O cumprimento desses deveres, que são impostos por lei, é prevalente em relação ao cumprimento da ordem. Nenhum

p. 507; BRANDÃO, Claudio. *Teoria jurídica do crime*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

funcionário pode ser, assim, punido, administrativamente quando deixe de executar ordem de seu superior, ainda que não manifestamente ilegal, quando ela contrastar com deveres legais.

Não vigora a regra do art. 22, quando a ordem for manifestamente ilegal ou quando o funcionário conhecer perfeitamente a ilegalidade da ordem recebida. Ainda que o Código nada explicite sobre essa circunstância, é inerente ao exercício funcional a execução de ordens legais. O princípio que rege na administração pública, no que toca à relação entre superior e inferior, é o da confiança, ou seja, o subordinado pode confiar que as ordens emitidas não são ilegais. Uma vez conhecida a ilegalidade da ordem, o funcionário não a deve cumprir.

Uma vez executada a ordem nos limites de seus termos e conforme sua competência, exclui-se a culpabilidade do executor da ordem. Responde pelo fato, porém, seu emissor.

4. O ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

O estado de necessidade exculpante decorre, por analogia, da configuração do estado de necessidade justificante (art. 24, CP), quando o bem sacrificado seja de valor maior do que o bem protegido pelo agente. O Código Penal da Alemanha impõe algumas restrições em sua definição quanto à relação das pessoas vinculadas ao círculo do autor e também à qualidade dos bens postos em conflito. No Código Penal brasileiro, não há essa restrição, o que implica que seus elementos sejam apenas aqueles que possam ser equiparados aos elementos do estado de necessidade justificante.

Assim, devem existir uma situação de necessidade e uma ação necessária. A situação de necessidade expressa-se por meio da subsistência de um perigo atual para direito ou bem do agente ou de terceiro, não evitável de outro modo e que não tenha sido por ele intencionalmente provocado. São, aqui, aplicáveis todas as considerações acerca dessa situação de perigo dispostas na análise do estado de necessidade justificante (Capítulo IV, SEÇÃO II, I). A ação necessária se estende ao sacrifício de um direito ou bem da vítima, o qual, em face da ordem jurídica, é de maior valor do que o bem protegido. Seguindo a interpretação de ASSIS TOLEDO, quando os bens forem de igual valor, haverá estado de necessidade justificante e não

apenas exculpante.[559] O exemplo, sempre citado, da Tábua de Carneadas, de dois náufragos que disputam a mesma tábua de salvamento e, com isso, um deles mata o outro, pode ser enquadrado como estado de necessidade justificante. Diversa deve ser a solução do famoso caso do naufrágio do navio Mignonette (1884), em que o camareiro Parker foi vítima de atos de canibalismo por parte de outros três sobreviventes, os quais, depois de dias em um bote salva-vidas, resolveram sacrificá-lo para saciar a fome, com sua carne e a sede, com seu sangue. Na verdade, não havia um perigo atual para a vida dos três sobreviventes. Tratava-se de uma oposição entre a vida do camareiro e a saúde dos sobreviventes, esta, sim, exposta a perigo, o que caracteriza um estado de necessidade exculpante e não justificante.

Pelos termos do art. 24, o estado de necessidade estará configurado quando o sacrifício do bem protegido não puder ser exigido ao agente, o que significa que ordem jurídica não impõe condições restritivas ao salvamento do bem quando este se nivele com o bem sacrificado. Sobre essa interpretação incide, de qualquer modo, o princípio da proporcionalidade. Quando a lesão de bem jurídico for de idêntica proporção à de sua proteção, não importam as condições pessoais do agente, apenas sua avaliação objetiva segundo os dados da ordem jurídica.

5. O EXCESSO ESCUSÁVEL DE LEGÍTIMA DEFESA

Ao regular o excesso nas causas de justificação, o Código Penal (art. 23, parágrafo único) reafirmou sua punibilidade como ato doloso ou culposo. Não obstante, em determinadas situações em que o agente se situe em condição idêntica ou semelhante a um quadro de constrangimento ou sob medo ou perplexidade, que lhe tornem impossível agir como pessoa deliberativa, poder-se-á reconhecer uma causa de exclusão da culpabilidade.

Diante da norma expressa no Código Penal alemão, a doutrina tem, contudo, apresentado divergência no que toca aos seus fundamentos. Uma parte da doutrina (*teoria restritiva*) entende que apenas o excesso intensivo seria desculpado, mas não o extensivo. Haverá *excesso intensivo* quando no uso dos meios necessários a repelir uma agressão antijurídica, o agente, por força de confusão, medo ou susto,

559. TOLEDO, Francisco de Assis. (Nota 311), p. 182.

portanto, sob influência dos estados astênicos, veja-se impossibilitado de reagir de outra forma, ou seja, moderadamente. Haverá, por sua vez, *excesso extensivo* quando o agente estende sua reação para além dos limites típicos da legítima defesa, o que caracteriza uma atuação antijurídica. Por exemplo, o dono da casa atira contra o ladrão em fuga, apesar de não levar consigo qualquer objeto. Outra parte da doutrina (*teoria extensiva*) admite, no entanto, uma equiparação de consequências nos dois excessos, assegurando também a exclusão da culpabilidade no excesso extensivo, porque o assemelha aos efeitos de uma legítima defesa putativa. Uma terceira via (*teoria diferenciadora*) faz a distinção quanto ao momento da atuação antijurídica no excesso extensivo. Quando a atuação antijurídica de agressão ao bem jurídico está configurada desde o início e a partir de certo momento deixa de existir, a reação do agente, em excesso extensivo, pode ser levada em conta, para, nas condições determinadas, excluir a culpabilidade. Isso porque é razoável admitir que o agente, por medo diante de uma recidiva da agressão, possa ser conduzido a buscar uma segurança para seus bens jurídicos. No exemplo citado, o ladrão estava subtraindo as coisas, mas, diante da presença do proprietário, abandona-as, e, mesmo assim, o proprietário o agride. Quando, porém, a agressão ao bem jurídico não é desde o início antijurídica e assim se mantém, não haverá exculpação, porquanto lhe falta o pressuposto de que esteja se defendendo de uma agressão antijurídica.

Igualmente, costuma-se fazer uma diferenciação entre estados astênicos e estênicos. Estados astênicos correspondem ao quadro de emoções passivas, como a confusão mental, o medo, a angústia, o susto e o choro. Estados estênicos estão vinculados à energia e, normalmente, referem-se a emoções agressivas, como o ódio, a raiva, a indignação e a fúria.

Seguindo o critério do Código Penal alemão, apenas os estados astênicos de confusão, medo e susto seriam relevantes como condição determinante de exculpação. Há, porém, que se relativizar essa diferenciação. Se os estados estênicos advierem de outros fatores diversos da agressão antijurídica sofrida pelo agente, podem também produzir uma confusão mental capaz de impedir uma decisão por comportamento alternativo. Por exemplo, a crise de gargalhada é classificada, pela psicologia, como estado estênico e pode, perfeitamente, perturbar a reflexão

do agente e produzir os mesmos efeitos dos estados astênicos.[560]

Uma vez que se trata de excesso escusável, não importa que tenha sido produzido dolosa ou culposamente. Assim, verificadas as condições de exclusão da culpabilidade, torna-se inaplicável a norma referente à sua punibilidade (art. 23, parágrafo único).

6. CAUSA GERAL DE EXCULPAÇÃO

As hipóteses citadas, que se vêm consagrando na doutrina como causas de exclusão da culpabilidade, não impedem, todavia, o reconhecimento de uma causa geral de exculpação amparada no princípio do poder agir de outro modo. Assim, desde que não enquadrada a situação em qualquer das hipóteses precedentes, de coação irresistível, obediência hierárquica, estado de necessidade exculpante ou excesso escusável de legítima defesa, será sempre possível submeter a conduta a uma verificação final, se o agente poderia ter exercido outra opção de comportamento, justamente, um comportamento de conformidade com o direito.

Na avaliação dessa conduta devem ser levados em conta os seguintes elementos: a) uma situação semelhante à de estado de necessidade ou de coação; b) um perigo atual de lesão de bem jurídico do agente ou de terceiro; c) a necessidade de atuação para debelar o perigo e evitar, assim, a lesão de bem jurídico; d) a execução da ação, atendendo ao princípio de proporcionalidade em relação aos bens em conflito; e) o contexto da atuação do agente e sua disponibilidade para executar uma conduta conforme o direito; f) o confronto entre a lesão de bem jurídico e a finalidade do ato no sentido de salvar bem equivalente.

Essas condições ou pressupostos do reconhecimento de uma causa geral de exculpação correspondem aos princípios básicos da ordem jurídica, a qual admite a analogia *in bonam partem* quando se destina a excluir a responsabilidade do agente.

A situação que afeta o poder agir de outro modo se assemelha, em geral, a uma situação de necessidade ou de coação, na qual a opção por comportamento alternativo está seriamente comprometida, o que desconfigura a capacidade do agente de atuar conforme o direito. Diversamente, no entanto, do que se dá na coação irresistível, aqui não

560. WEHOFSITS, Anna. *Antropologie und Moral*. Berlin: De Gruyter, 2016, p. 58.

se exige a presença de agente coactor. Podem ser fontes dessa situação assemelhada ao estado de necessidade ou de coação a pressão exercida por grupos difusos ou até mesmo pela sociedade, sem identificação precisa de seus protagonistas.

Tal como ocorre no estado de necessidade ou na coação, é indispensável que o agente se situe diante de um perigo atual a seu bem jurídico ou de terceiro, que não pode de outro modo evitar, senão praticando a ação antijurídica. A existência de um perigo atual pode se expressar, também, como um estado antijurídico de caráter permanente ou transitório. A aplicação, aqui, do princípio da proporcionalidade serve para delimitar a ação do agente, evitando crassa disparidade entre os bens em conflito. Da mesma forma que não cabe legítima defesa diante de agressões insignificantes, igualmente, não cabe invocar uma causa geral de exculpação em favor do agente que mata outrem para proteger uma bola de tênis de mesa.

Assemelha-se também a uma atuação em estado de necessidade ou de coação, aquela em que o agente se situe em um contexto no qual se torne impossível ou dificultosa uma atuação conforme o direito, quando postos em conflito a lesão de bem jurídico e a finalidade do ato para salvar bem ou interesse equivalente. O caso se aproxima de um conflito de deveres, embora de forma ativa e não omissiva. O conflito entre os bens não se apresenta, aqui, de modo objetivo, como ocorre nos estados diretos de coação ou na clássica colisão de deveres, mas de acordo com as expectativas finalistas da conduta, de um lado, e a proibição da ordem jurídica, de outro. Justamente, a finalidade de atuação do agente condiciona a relevância da proteção do bem jurídico e daí se origina o conflito. A ordem jurídica comporta, ao lado das normas criminalizadoras e permissivas, que implicam a configuração do injusto, outros preceitos que dizem respeito à organização e à eficiência da administração, os quais devem também ser atendidos conforme dispõe o art. 37 da Constituição. À medida que esses preceitos entram em choque com as normas proibitivas e ainda que não impliquem os mesmos efeitos das normas permissivas, podem gerar situação de constrangimento incidente sobre o poder agir de outro modo. Por exemplo, para evitar que uma universidade tenha que devolver verbas destinadas à compra de livros, o que causaria prejuízo irrecuperável à

instituição, o reitor, diante do prazo exíguo para solucionar a questão, resolve mudar, sem aviso prévio aos concorrentes já inscritos, a forma de licitação, substituindo-a pela aquisição direta das respectivas editoras. Ainda que essa atuação prejudique os participantes inscritos no certame ou viole a exigência de licitação, a compra direta das editoras será benéfica para a universidade. A condição do agente no contexto desculpa a atuação antijurídica, porque necessária para manter o equilíbrio orçamentário da instituição, levando o administrador a optar por preencher a finalidade de eficiência de sua gestão e, assim, a determinação constitucional em detrimento da formalidade da lei. Diante das opções realmente amparadas na ordem jurídica, a escolha de uma delas, ainda que contrariando a norma proibitiva, não pode implicar ao agente o reconhecimento de sua conduta como culpável.

Podem também enquadrar-se numa causa geral de exculpação os atos de desobediência civil, que não se incluam no âmbito do exercício regular de um direito.[561] Em situações de extrema pobreza, sem casa e sem teto, o sujeito pode não ter outra opção senão a de ocupar, por exemplo, terreno improdutivo, ou imóvel urbano abandonado.

IV. A RESPONSABILIDADE

O significado da subsidiariedade do direito penal tem sido discutido em diversos aspectos. A doutrina tradicional, desde BINDING, tem entendido a subsidiariedade como um critério ativo na elaboração jurídica, ou seja, na criminalização de condutas. Segundo esse critério, determinado comportamento só pode ser disciplinado pelo direito penal quando outros ramos do direito forem insuficientes para a proteção do bem jurídico. No plano da elaboração jurídica, vigora junto a esse critério o princípio da proporcionalidade, segundo o qual a ordem jurídica, no exercício do poder de intervenção, deve atender à intensidade do dano social produzido com o fato. O critério da subsidiariedade pode ser apreciado negativa e positivamente. De acordo com seu viés negativo, a intervenção do direito penal só será legítima se a proteção do bem jurídico não puder ser efetuada de forma mais branda salvo por meio da pena criminal. No sentido positivo,

561. MELO, Rafael Fonseca de. *Desobediência civil e culpabilidade*, Olinda: LivroRápido, 2015, p. 185 e ss.

compreende-se que o direito penal deve deter o recurso de impor um dever jurídico de auxílio quando não haja também alternativa menos rigorosa.[562] O caráter subsidiário do direito penal, negativo ou positivo, deve ser observado no seu momento legislativo, quando se deverá escolher o meio mais adequado para a proteção de bem jurídico.

O apelo ao direito penal como instrumento de proteção corresponde a uma velha fórmula positivista, segundo a qual o Estado estrutura, hierarquicamente, a ordem jurídica, primeiro, com uma norma fundamental e, depois, com as demais normas que visam a disciplinar os diversos setores da vida humana em sociedade. A finalidade de proteção é inerente a essa construção, porque sem ela não se poderia legitimar a intervenção do Estado no domínio privado da liberdade. De acordo com os fundamentos do contrato social, principalmente aqueles propostos por LOCKE e acolhidos por BECCARIA, os próprios indivíduos cederam ao Estado parte de sua liberdade, justamente para, em contrapartida, merecerem dele a máxima proteção. Como a decisão acerca dos meios de proteção pertence ao poder político, aos juristas só lhes cabe argumentar em termos de aplicação do direito e não de sua elaboração a cargo dos respectivos parlamentos.

A extensão do critério da subsidiariedade ao âmbito de aplicação do direito, ainda que defendida pela doutrina, nunca chegou a influir diretamente na culpabilidade. Primeiro, por força da herança positivista, que só poderia compreender a culpabilidade sob o enfoque causal e não valorativo. Segundo, pelo compromissivo do neokantismo axiológico com a higidez do poder. Terceiro, pela subordinação da culpabilidade a categorias lógico-objetivas situadas fora da análise jurídica. Por último, com a proposta de ROXIN, de a vincular aos fins preventivos da pena. Mesmo TIEDEMANN, que buscou enfrentar esse problema, sempre se mostrou céptico quanto ao sucesso de se valer do critério da subsidiariedade para delimitar a incidência de tipos penais.[563]

Antes mesmo de se discutir a presença desse critério na culpabilidade, já era possível antevê-lo no âmbito da aplicação das normas por força do princípio da proibição de dupla incriminação. Seguindo

562. WAGNER, Markus. *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, Heidelberg: C. F. Müller, 2016, p. 66.
563. TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen: Mohr, 1969, p. 485.

esse princípio, a doutrina penal sempre postulou a absorção dos tipos menores ou subsidiários pelos tipos principais, evitando, com isso, a extensão das normas criminalizadoras. Essa, porém, não é a fonte primária da extensão do critério de subsidiariedade, porque na relação entre tipo principal e tipo subsidiário, o critério é empregado em sentido diverso, ainda que venha a limitar a incidência da criminalização. Então, o princípio, aqui, é aplicado como mera referência, mais no sentido do *ne bis in idem* do que, propriamente, da subsidiariedade.

Por outro lado, como lembra WAGNER, e ao contrário do que se propõe pela doutrina penal para o conflito de normas criminalizadoras, a estrutura constitucional, muitas vezes, visa a solucionar os conflitos em favor das soluções contidas em normas secundárias em detrimento de normas de nível superior. No conflito entre a solução federal e estadual, por exemplo, a Constituição da Alemanha opta pela solução apresentada pela norma estadual.[564] De modo semelhante é esse conflito disciplinado pela Constituição italiana, que, consagrando o princípio da subsidiariedade, privilegia as soluções apresentadas pelos cidadãos ao desenvolvimento de atividades gerais (art. 118). Caso essa sistemática fosse aplicada pela doutrina penal, o desfecho seria diverso do que vem sendo tradicionalmente aventado: em vez de o tipo principal absorver o tipo subsidiário, o último excluiria a aplicação do primeiro, porque implicaria uma consequência menos rigorosa e, portanto, de menor restrição de direito.

O modelo paradigmático legislativo de redução da incidência penal, também invocado por WAGNER, e que induz à adoção do critério da subsidiariedade na culpabilidade é representado pelo art. 14 do Código Suíço: "*Quem atue de acordo com o que lei autorize ou permita, comporta-se licitamente, ainda que ao fato se lhe comine, nesta ou em outra lei, uma pena*". Aparentemente, a regra do Código Penal suíço diz respeito ao confronto entre norma permissiva e proibitiva, mas seu significado implica a consideração de que, quando se trate de fato ilícito, sempre será possível invocar uma solução mais favorável, o que corresponde ao sistema da ordem jurídica escalonada. Se uma lei pode autorizar uma conduta, mesmo que a essa conduta se comine

564. WAGNER, Markus. (Nota 562), p. 68.

uma pena criminal, da mesma forma, pode-se excluir a culpabilidade de uma conduta típica e antijurídica, quando se lhe imponha uma consequência menos rigorosa e que satisfaça, por inteiro, o conflito gerado por essa conduta. Essa foi a consequência que a doutrina extraiu da norma do Código suíço, ainda que esta não fosse tão explícita. Por outro lado, mais recentemente, o Decreto Legislativo italiano, de 25/01/2016, conhecido como Lei da Despenalização, institui no art. 32 uma norma típica de subsidiariedade, na qual se prevê expressamente a substituição da imputação de um delito, previsto no código penal, pela imputação de uma infração administrativa quando a pena cominada ao crime for pecuniária. Com isso, o legislador italiano inaugura uma inversão de perspectiva da doutrina penal no sentido de aplicar a solução menos rigorosa ao mesmo fato quando tratado, simultaneamente, pelo direito penal e pelo direito administrativo. Seguindo o espírito dessa reforma despenalizadora, a Sessão Unida da Suprema Corte de Cassação italiana decidiu que no concurso entre infração penal e infração administrativa, quando se trate de mesmo conteúdo de ilícito, deve ser imputada ao sujeito apenas a infração administrativa.[565] Esse é o sentido acolhido por MOCCIA para enfrentar as repressões penais absolutamente irracionais da pós-modernidade, a demonstrar que, uma vez superada a sanha punitivista, possa sempre se abrir o caminho da utilização preferencial das soluções alternativas extrapenais, menos gravosas aos direitos individuais.[566]

Não obstante a lei brasileira silencie quanto à execução do princípio da subsidiariedade prevista no decreto legislativo italiano, é possível

565. Sezioni Unite Penali, Suprema Corte di Cassazione, Sentenza n. 1963: "Os elementos especiais estão todos contidos no art. 213, inciso 4, do código de trânsito e, assim, essa norma deve ser considerada especial no sentido do art. 9, inciso primeiro, da lei de 24 de novembro de 1981, nº 689 (mas não o seria ainda que com a aplicação do art. 15 do código penal), com a consequência de que o concurso com o art. 334 do código penal, limitada a conduta de quem circula abusivamente com o veículo submetido a sequestro administrativo na base da mesma norma, deve ser considerado aparente. Deve-se, assim, concluir que no caso examinado o concurso entre a norma referida é só aparente e que deve se aplicar à hipótese em exame apenas a violação administrativa prevista no art. 213 do código de trânsito". ("gli elementi specializzanti sono tutti contenuti nell'art. 213, comma 4, cod. strada e dunque questa norma deve essere ritenuta speciale ai sensi dell'art. 9, comma primo, legge 24 novembre 1981, n. 689 (ma lo sarebbe anche con l'applicazione dell'art. 15 cod. pen.) con la conseguenza che il concorso con l'art. 334 cod. pen. – limitatamente alla condotta di chi circola abusivamente con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo in base alla medesima norma, deve essere ritenuto apparente. Deve dunque concludersi che nel caso esaminato il concorso tra le norme ricordate sia solo apparente e che sia applicabile all'ipotesi in esame soltanto la violazione amministrativa prevista dall'art. 213 C.d.S., comma.").

566. MOCCIA, Sergio. "A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade", in Luís Greco/Antonio Martins (org.), *Direito Penal como crítica da pena, Livro-Homenagem a Juarez Tavares*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 405 e ss.

aqui adotá-la.

Em primeiro lugar, pode ser adotada como fundamento para a transação penal. Conforme o sentido da própria Constituição (art. 98, I) e por disposição expressa da Lei 9.099/90 (art. 74), a conduta típica e ilícita tem suas consequências convertidas em reparação de dano, quando se trate de infração de menor potencial ofensivo, o que implica excluir a responsabilidade penal do agente quanto à imposição da pena criminal. A reparação do dano é típica medida de direito civil, embora tratada no processo penal. Sua natureza jurídica não é de pena criminal. Já em relação às infrações de menor potencial ofensivo, o princípio da subsidiariedade atua para excluir a culpabilidade do agente diante da possibilidade de solucionar o conflito de modo menos rigoroso, ou seja, com a reparação do dano. A substituição da pena criminal pela reparação do dano implica uma alteração substancial na pretensão punitiva, a qual faz antecipar o juízo de culpabilidade para momento anterior à propositura da ação penal. Como, porém, todo acusado tem direito ao devido processo legal com base na presunção de inocência, no contraditório e na ampla defesa, o juízo de culpabilidade só pode ser negativo. Viola o devido processo legal antecipar o juízo positivo de culpabilidade. Uma vez excluída a culpabilidade nessas condições, o agente não está mais sujeito à lei penal, senão aos preceitos do direito civil. Caso descumpra as obrigações ajustadas, o fato não pode ser objeto de novo julgamento, porque isso implicaria violação do princípio da proibição de dupla incriminação, contido na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, inciso 4) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, inciso 7), os quais têm hierarquia superior à lei penal. A doutrina processual penal tem articulado em torno da proibição de dupla incriminação, ora aduzindo ocorrer uma sentença condenatória imprópria, ora uma sentença condenatória sumária, ora uma sentença homologatória.[567] Se se trata de caso de exclusão da culpabilidade e nem poderia ser de outro modo, porque a sentença condenatória exigiria uma antecipação de um juízo positivo de culpabilidade, o que violaria o devido processo legal, a sentença só poderá ser absolutória imprópria. Em qualquer caso, no

567. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de/PRADO, Geraldo. *Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 76.

entanto, é incabível novo procedimento pelo mesmo fato. Nesse sentido, são absolutamente inadequadas as decisões judiciais brasileiras, que mandam restaurar o procedimento penal de acordo com o Súmula Vinculante 35, do STF. Desde que a proposta do Ministério Público foi aceita pelo imputado e, mediante transação, convertida a suposta pena em reparação do dano, o processo está findo. Enfrentando o mesmo tema, assim decidiu o Supremo Tribunal da Alemanha: "Uma vez firmada uma transação com a concordância do acusado e do Ministério Público, em face da proposta do juízo (§ 257c, 3, 4, StPO), não pode o Ministério Público trazer, posteriormente, por sua própria iniciativa, o fato a julgamento".[568]

Em segundo lugar, sob a sistemática constitucional e mediante uma aplicação analógica das disposições da Lei 9.099/90, pode-se dizer que a culpabilidade pode ser também excluída em relação a outras infrações penais, quando estiver disponível solução jurídica menos rigorosa do que a sanção criminal. Nesse ponto, deve-se considerar que a culpabilidade não pode estar divorciada da incidência dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, os quais implicam sua exclusão quando o conflito puder ser satisfeito por medida menos rigorosa do que aquela cominada ao delito. A fim de evitar decisionismo judicial, haverá satisfação objetiva do conflito, quando a infração administrativa tiver o mesmo conteúdo de injusto da infração penal. Se se tratar de mesmo conteúdo de injusto, a não exclusão da culpabilidade, nesse caso, viola os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima. Para se chegar a essa configuração da culpabilidade, não é preciso, portanto, vincular seus efeitos às finalidades protetivas da pena, senão aos preceitos constitucionais.

Ainda que não se refira, expressamente, à culpabilidade, a doutrina brasileira tem se posicionado, em relação a alguns crimes, no sentido de aplicar, substancialmente, o princípio da subsidiariedade. Assim, NELSON HUNGRIA já afirmava que a imputação pelo delito de desobediência (art. 330, CP) só poderia ocorrer caso não houvesse uma norma subsidiária que sancionasse o fato como infração

568. BGH 3 StR 331/16, 01/12/2016.

administrativa.[569] Esse ensinamento foi incorporado pela doutrina que lhe foi posterior, constituindo, hoje, o entendimento dominante, salvo quando haja, na norma administrativa, a ressalva da aplicação da norma penal.[570] Também a jurisprudência tem acolhido o mesmo entendimento, estabelecendo que "não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal".[571]

Sob outro aspecto, a jurisprudência brasileira tem se orientado no sentido de excluir a responsabilidade penal diante da irrelevância ou não punibilidade de infração administrativa, e *vice-versa*, quando ambas apresentem o mesmo conteúdo de injusto. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela ausência de "justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal".[572] Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, apesar da independência de esferas, "não pode subsistir o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave decorrente de suposto cometimento de crime diante de posterior absolvição".[573] Tomadas essas decisões *a contrario sensu*, pode-se concluir que estará excluída a responsabilidade criminal do agente: a) se diante da irrelevância da infração administrativa, pelo mesmo fato, igualmente se afirmar a irrelevância da infração penal (STF); b) se a absolvição criminal implicar a absolvição administrativa (STJ); c) se a punição administrativa for suficiente para resolver o conflito e, pois, satisfazer, como resposta pública, à lesão ou ao perigo de lesão de bem jurídico. Essa é uma conclusão lógica.

A exclusão da culpabilidade pelo reconhecimento da incidência do princípio da intervenção mínima também se aplica a casos em que a solução do conflito tenha sido obtida de outro modo, ainda sem que a imputação penal seja substituída pela infração administrativa. Isso ocorre no arrependimento eficaz após consumação, quando o bem jurídico tenha sido reposto em sua condição originária por ato espontâneo

569. HUNGRIA, Nelson. (Nota 232), volume IX, p. 420.
570. PRADO, Luiz Regis. (Nota 530), volume 7, p. 236; BITENCOURT, Cezar Roberto. (Nota 71), volume 5, p. 205.
571. STF, HC 88452/RS, 2ª Turma, Relator, Ministro Eros Grau, Acórdão de 02/05/2006.
572. STF, HC 92.438-7/PR, 2ª Turma, Relator, Min. Joaquim Barbosa, decisão de 19/08/1998.
573. STJ, HC 265.284/SP, 5ª Turma, Relator, Min. Moura Ribeiro, decisão de 27/05/2014.

do próprio agente. O Código Penal brasileiro só admite que o arrependimento eficaz produza o efeito de desconstituir o injusto, quando tenha o agente impedido a consumação (art. 15). Isso não impede, porém, que o fato possa ter outro tratamento no âmbito da culpabilidade. Se em muitos casos, como se dá nas infrações de menor potencial ofensivo, a própria lei autoriza a substituição da sanção penal pela reparação civil de danos, por não vislumbrar uma lesão mais grave de bem jurídico, o mesmo deve se dar quando, nos crimes patrimoniais, o bem jurídico seja recomposto pelo agente, sem que tenha sofrido outro dano, senão aquele único da ruptura de sua disponibilidade por parte de seu titular. Se o agente devolve a coisa subtraída ao próprio dono, sem que este último tenha sofrido qualquer percalço no seu poder de disposição da coisa, até por não haver percebido a subtração, o conflito já foi solucionado pelo próprio agente, sendo, então, desnecessária uma atuação penal. A doutrina sempre claudicou no enquadramento jurídico de tal fato, ora situando-o no âmbito da exclusão da pena, ora na ausência de dolo ou mesmo na ausência de responsabilidade por desnecessidade da pena. Para seu tratamento, porém, é prescindível vincular sua solução às finalidades da pena. Basta assinalar a desnecessidade da incidência penal, simplesmente, por haver sido o conflito solucionado, suficientemente, por ato do próprio agente, tal como seria pelo legislador que lhe previsse uma consequência no âmbito do direito civil, a qual, inclusive, não fica, aqui, descartada. Portanto, é possível a exclusão da responsabilidade diante de métodos alternativos de solução de conflito, independentemente da pena cominada à infração

A ordem jurídica, como já se disse, estrutura-se em escalas, as quais devem ser observadas inclusive na determinação das qualidades da conduta. Desde que essas escalas sejam fielmente atendidas, altera-se também o significado da culpabilidade, que de juízo de reprovação se transforma em juízo de contenção.