

Maurício Stegemann Dieter

**A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal
e as situações supralegais de exculpação**

**CURITIBA
2008**

**Universidade Federal do Paraná
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado**

**A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal
e as situações supralegais de exculpação**

Dissertação apresentada pelo mestrando Maurício Stegemann Dieter ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

Maurício Stegemann Dieter

A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito do Estado e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

Orientador:

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Professor Adjunto do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Juarez Tavares
Professor de Direito Penal da Universidade
Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Katie Silene Cáceres Argüello
Professora Adjunta do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal da
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Curitiba, 20 de maio de 2008.

Para minha querida Sílvia

AGRADECIMENTOS

Durante o curto e intenso período de estudo que resultou neste trabalho, tenho por justo agradecer:

Aos meus pais, Narbal e Carmen Sylvia, porque pilares fundamentais de todo meu desenvolvimento ético e teórico.

Aos meus irmãos, por razões distintas: Gabriel, por me receber em Offenburg naquele que considero o melhor período que passamos juntos; Vitor, por manter viva a tradição revolucionária-emancipatória.

À minha avó Terezinha, pelo tempo e zelo que dedica ao meu bem-estar.

À família Pamplona e Silva, que tão bem me acolhe.

Ao mestre, sócio e amigo Juarez Cirino dos Santos, pelas contínuas lições acadêmicas, profissionais e pessoais.

Ao sócio e amigo Jair Cirino dos Santos, presidente do nosso Curitiba Foot Ball Club.

Às mulheres que participam diuturnamente da minha vida profissional, Gláucia, Helena, Aliana, Mariane, June e Gigi.

Aos professores Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Juarez Tavares, Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, Katie Silene Cáceres Argüello, Luiz Edson Fachin, Luiz Alberto Machado, Eroulths Cortiano Jr., Ricardo Marcelo Fonseca, Abili Lázaro Castro de Lima, Kátya Kozicki e João Gualberto Garcez Ramos, pelo que representam em minha formação acadêmica.

Aos colegas nas várias disciplinas do Programa de Pós-Graduação da UFPR, especialmente Marco Aurélio Nunes, Renata Ceschin Melfi, Fábio Bozza, Maicon Guedes, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Augusto Jobim, Luana de Carvalho Silva, Flávio Bortolozzi, Francisco Bissoli e Lijeane Santos.

Aos amigos André Ribeiro Giamberardino, Melina Girardi Fachin, Miguel Gualano de Godoy e Raphael Wasserman pela específica contribuição bibliográfica no desenvolvimento de algumas das reflexões apresentadas nesta dissertação.

Aos companheiros de pesquisa no Instituto Max Planck, especialmente Pablo Galaín e Athanasios Chouliaras.

Aos demais camaradas com os quais compartilhei esta trajetória acadêmica e os novos desafios da vida profissional, entre os quais destaco expressamente aos amigos Samir, Sérgio, Rodrigo, Noa, Eduardo, Simão, Luis Fernando, Aloísio, Ilton, João, Luiz Ottávio, Gabriel, René, Mikeil, Michel, Helen e Marcos, em nome dos quais agradeço todos os demais.

Muito obrigado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.9
-----------------	-----

PRIMEIRA PARTE

Do princípio da alteridade à inexigibilidade por anormalidade

1. A tentativa de definição material da culpabilidade.....	p.15
2. O princípio da alteridade como base da responsabilidade social.....	p.22
2.1. O reconhecimento da alteridade como exercício da consciência crítica.....	p.25
2.2. Consciência humana e vida em comunidade: o sistema social em questão.....	p.28
2.3. A vulnerabilidade humana.....	p.31
2.4. Resumindo para avançar: o que resta da dirigibilidade normativa após a alteridade?.....	p.33
3. Conseqüências político-criminais da redefinição material da culpabilidade.....	p.34
4. Antecedentes históricos da exigibilidade de um comportamento adequado à norma.	p.38
5. O princípio da inexigibilidade na literatura penal: sucinta revisão doutrinária.....	p.46
5.1. Inexigibilidade como princípio jurídico formal-regulativo: o resgate doutrinário de HENKEL e sua repercussão na teoria penal alemã.....	p.47
5.2. Inexigibilidade como princípio vinculado a uma hipótese legal.....	p.51
5.3. Responsabilidade pelo fato e a antecipação do juízo de exigibilidade.....	p.53
5.4. A teoria da responsabilidade normativa de ROXIN.....	p.55
5.5. Exigibilidade como princípio fundamental e elemento estrutural da culpabilidade.....	p.59
6. A natureza jurídica da exigibilidade: tomada de posição.....	p.62
7. A busca por um critério determinante na definição da anormalidade.....	p.67
7.1. A intensa pressão psíquica e a dependência do “homem médio”.....	p.69
7.2. A necessidade de desenvolvimento das situações supralegais de exculpação.....	p.72

SEGUNDA PARTE
As situações supralegais de exculpação

1. A exceção e a regra: a dimensão supralegal do Direito.....	p.75
2. Princípios fundamentais do Direito Penal e a exculpação supralegal.....	p.79
3. O fato de consciência.....	p.83
3.1. Fundamento constitucional.....	p.85
3.2. A controvérsia sobre as causas de isenção da pena.....	p.90
3.2.1. <i>Ausência de tipicidade de conduta</i>	p.91
3.2.2. <i>Hipótese de exclusão da antijuridicidade</i>	p.92
3.2.3. <i>Exclusão da culpabilidade e ausência de responsabilidade normativa</i>	p.95
3.3. “Identidade ética” e representação de um dever incondicional.....	p.98
3.4. A exculpação de acordo com o modo de realização do tipo de injusto.....	p.100
3.5. A presença de alternativas.....	p.102
3.6. Os casos de lesão periférica.....	p.105
4. Provocação de situação de legítima defesa.....	p.110
4.1. Pressupostos da provocação determinantes da juridicidade da agressão.....	p.111
4.2. Fundamento.....	p.114
4.3. A possibilidade de desvio da agressão.....	p.115
4.4. Exculpação do excesso na legítima defesa provocada.....	p.116
5. Desobediência Civil.....	p.117
5.1. Da definição liberal aos movimentos sociais.....	p.120
5.2. Fundamento constitucional.....	p.124
5.3. Pressupostos e limites da desobediência na doutrina penal.....	p.128

5.4. Critérios relativos à qualidade e quantidade dos indivíduos envolvidos.....	p.130
5.4.1. <i>A relação direta entre a causa da desobediência e aquele que protesta.....</i>	p.130
5.4.2. <i>A disposição para sofrer uma censura oficial.....</i>	p.130
5.4.3. <i>A desobediência como ato coletivo ou solitário.....</i>	p.131
5.5. Critérios relativos ao exercício da resistência.....	p.132
5.5.1. <i>A “não-violência”.....</i>	p.132
5.5.2. <i>A diferenciação entre movimentos revolucionários e desobedientes.....</i>	p.135
5.5.3. <i>Publicidade e finalidade política.....</i>	p.136
5.6. A exculpação supralegal da desobediência.....	p.139
5.7. A desobediência como um comportamento conforme ao Direito.....	p.142
6. Conflito de deveres.....	p.145
6.1. Uma questão preliminar: as teorias do estado de necessidade.....	p.146
6.2. A abordagem tradicional da literatura jurídico-penal.....	p.151
6.3. A possibilidade de exclusão da antijuridicidade.....	p.152
6.4. Exculpação por analogia ao estado de necessidade e o momento fundante do conflito...	p.155
6.5. A exculpação supralegal em autores alemães.....	p.158
6.6. Exculpação em condições sociais adversas.....	p.164
6.7. O fundamento ético.....	p.169
CONCLUSÃO.....	p.172
Referências bibliográficas.....	p.182

RESUMO

Este trabalho tem como referencial teórico as situações supralegais de exculpação. A possibilidade de exculpação supralegal pressupõe a inexigibilidade de um comportamento adequado à norma como causa de exclusão da culpabilidade, o que demanda, por sua vez, uma definição material da culpabilidade capaz de admitir que circunstâncias anormais afastem o juízo normativo de reprovação penal para excluir ou mitigar a censura penal. A força do princípio da exigibilidade na estrutura do conceito analítico do fato punível é evidente desde sua origem, e sua importância como limite ao poder punitivo é evidente em sua trajetória teórica. O atual desenvolvimento do conceito na doutrina penal alemã e em autores críticos capazes de transcender às análises formais revela uma categoria de complexa natureza jurídica, ainda que intrinsecamente vinculada ao exame da culpabilidade. Por seu fundamento material nas condições anormais do fato, a inexigibilidade ingressa como argumento de exceção no discurso jurídico, o que em parte explica a dificuldade da maioria dos penalistas em tratar do tema. Mas sua compatibilidade com os princípios do Direito Penal e a possibilidade de evitar a negação da vida pela afirmação do sistema formal de incriminações torna a exigibilidade uma categoria necessária no Direito Penal vigente. A partir dela, são apresentadas as situações supralegais de exculpação que constituem o principal referencial teórico de análise. A possibilidade de excluir ou reduzir o juízo de exigibilidade realizado no exame da culpabilidade é estudada em relação ao fato de consciência, na provocação de situação de legítima defesa, no quadro da desobediência civil e, finalmente, em situações de conflito de deveres. No fato de consciência, ações ou omissões típicas podem ser exculpadadas pelo fundamento do exercício do direito fundamental de crença e consciência, desde que respeitados os direitos alheios por alternativa neutra ou em casos de lesão irrelevante. Na provocação de situação de legítima defesa, encontramos como limite ao exercício da violência institucional o direito inalienável de defender a própria vida pela relativização do dever de suportar a agressão provocada. Na desobediência civil, abre-se ampla possibilidade de descriminalização dos cidadãos que por razões políticas resistem ao Direito, porque o fundamento de toda ordem democrática é o exercício do poder popular, que deve ser preservado e não punido, exceto em raros casos de violência desmedida. Finalmente, como representante mais amplo da possibilidade de exculpação supralegal, o conflito de deveres impede ou abranda qualquer juízo de reprovação contra indivíduos que realizam um dever ético em situações que antagonizam deveres normativos, especialmente no cenário de países periféricos ao sistema econômico global, marcado por condições sociais adversas.

Palavras-chave: *Exigibilidade de comportamento adequado à norma; situações supralegais de exculpação; fato de consciência; provocação de situação de legítima defesa; desobediência civil; conflito de deveres.*

INTRODUÇÃO

De acordo com a moderna teoria do fato punível¹ o juízo de censura do tipo de injusto é realizado em estágios, seguindo a ordem da estrutura do conceito analítico de culpabilidade.

Em um primeiro momento é preciso saber se o autor ou partícipe é *imputável*, ou seja, se é “portador dos atributos pessoais de *maturidade* e *sanidade psíquica* necessários à constituição da capacidade de culpabilidade”². A demonstração de que o acusado possui desenvolvimento biopsicológico e social mínimo e normalidade psíquica suficiente como para compreender o caráter injusto do fato e orientar-se de acordo com essa compreensão, permite avançar para o segundo estágio na estrutura da culpabilidade³. Neste segundo nível deve-se demonstrar que o sujeito que possui capacidade mínima de culpabilidade conhecia ou teve possibilidade de conhecer concretamente o injusto do fato⁴. Afastadas as hipóteses de *erro de proibição inevitável* e *erro de tipo permissivo* – que determinam a absolvição do acusado – é possível, finalmente, analisar o último estágio na estrutura do conceito de culpabilidade. Chegamos, portanto, ao exame da *exigibilidade de um comportamento conforme ao Direito*, que depende da *normalidade* da situação concreta. Aqui a *inexigibilidade* autoriza o reconhecimento de situações de *exculpação* além de expressa previsão na lei penal, porque seu fundamento material transcende as limitações estritas do discurso jurídico-penal.

O objetivo central deste trabalho consiste em realizar uma análise dogmática desta última etapa do exame da culpabilidade, na qual temos por *referencial teórico* as *situações supralegais de exculpação*.

Ainda que correta, a sucinta explanação recém apresentada constitui uma redução parcial da enorme complexidade deste tema. Fundamentar a

¹ Pela expressão “moderna teoria do fato punível”, que será corrente neste trabalho, nos referimos ao conjunto da atual literatura jurídico-penal de maior prestígio científico, especialmente aquela que incorpora a contribuição de autores alemães – que se destacam no rigor da análise formal do sistema normativo – para transcender pela análise crítica a compreensão do Direito Penal.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.288-294.

⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

possibilidade de excluir ou reduzir a culpabilidade em base a argumentos fora do ordenamento jurídico não é tarefa simples, especialmente por conta da escassa bibliografia na literatura jurídico-penal mundial. Diante dos diversos problemas teóricos presentes no estudo deste tema, utilizamos os critérios metodológicos a seguir descritos.

Inicialmente, dividimos o trabalho em dois grandes segmentos.

A primeira parte tem por objeto a possibilidade de definição da natureza jurídica da exigibilidade e dos critérios determinantes de seu fundamento.

Nossa análise começa pela notícia da crise do conceito de culpabilidade, na tentativa de abandonar pressupostos metafísicos no processo de atribuição de responsabilidade. Rejeitando-se as teorias construídas a partir do pressuposto da *livre decisão individual*, apresentamos brevemente a moderna teoria da *dirigibilidade normativa*, como primeira possibilidade de limitação do poder de punir a partir de critérios materiais. Constatadas inconsistências teóricas nesta última proposta, analisamos a recente identificação do princípio da alteridade como base da responsabilidade social, em relação à qual desenvolvemos algumas breves reflexões para, finalmente, partir da redefinição material da culpabilidade em direção ao estudo da exigibilidade. O desafio é compreendê-la antes de tratar das *situações supralegais de exculpação*.

Aqui nosso estudo parte de uma breve referência histórica, que localiza a origem do *princípio da inexigibilidade* no contexto de um país empobrecido, onde os dilemas sociais transformados em casos penais foram resolvidos em favor da descriminalização de condutas realizadas em circunstâncias anormais. Na tentativa de compreender o processo que envolve o abandono e resgate teórico do conceito durante o século XX, analisamos os autores que tratam do tema durante este período.

Ato seguido, aproximando-nos do marco teórico da doutrina alemã contemporânea, abordamos em análise crítica as mais relevantes teorizações sobre a *inexigibilidade* desde seu ressurgimento dogmático.

As propostas dos autores alemães são confrontadas, então, com contribuições doutrinárias sem restrição geográfica, no intuito de desvelar a real importância e alcance da exigibilidade nas mais diversas realidades sociais.

Após as referidas apreciações retrospectivas e atuais, sintetizamos nossa posição acerca do “lugar teórico”, da complexa natureza jurídica e dos efeitos da *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito* no conceito analítico do fato punível.

Para encerrar a primeira parte do trabalho, enfrenta-se a dificuldade de definir critérios gerais determinantes da *anormalidade*, capazes de indicar a existência de situações de *exculpação* por *inexigibilidade*, concluindo-se pela necessidade de desenvolver estas hipóteses separada e pormenorizadamente.

Ingressa-se, à vista disso, na mais importante metade da dissertação, que trata diretamente do referencial teórico.

Antes de tratar especificamente das *situações supralegais de exculpação*, entretanto, algumas questões preliminares são avaliadas para impedir que o “medo de insegurança jurídica” entrave o reconhecimento da exceção no discurso jurídico, subordinando a redução ou supressão da censura penal pela *inexigibilidade* ao rigor teórico e, principalmente, ao controle constitucional.

Resolvidas as eventuais resistências dogmáticas, definem-se as situações de *exculpação* como hipóteses que excluem ou reduzem a possibilidade de exigir um comportamento que corresponda à previsão legal, determinando a *exclusão* ou a *redução* da culpabilidade. Como traço característico, a maioria delas representa conflitos entre um dever ético, vinculado à necessidade de reprodução e desenvolvimento da vida em comunidade, e um dever normativo, estabelecido pelo ordenamento jurídico.

As *situações supralegais de exculpação*, previstas implicitamente no ordenamento jurídico, desenvolvidas pela doutrina e aqui analisadas são o *fato de consciência*, a *provocação da situação de legítima defesa*, a *desobediência civil* e o *conflito de deveres*.

No *fato de consciência* identifica-se no direito fundamental de crença e consciência o fundamento da *exculpação*, o que condiciona qualquer

possibilidade de reprovação de uma ação ou omissão realizada por motivos de consciência à lesão ou ameaça de bens jurídicos que guardam identidade com direitos constitucionais, individuais ou coletivos. Os tradicionais critérios de existência de alternativa neutra e eficaz ou lesão periférica são vistos à luz dessa limitação, e avaliados em diversos exemplos.

A análise da *provocação de situação de legítima defesa*, a menos complexa entre as situações de *exculpação*, tem por fundamento a impossível obrigação jurídica de renunciar à própria vida ou à integridade física. Sem embargo a legitimidade das ações de defesa contra agressão provocada responde ao critério da possibilidade de desvio, sempre comparado com a natureza da *provocação* realizada.

O fundamento constitucional da *desobediência civil* revela, desde um princípio, uma zona limítrofe entre a *justificação* e a *exculpação*, porque qualquer limitação ao exercício do soberano poder popular atenta contra o cerne democrático do Estado. Mas o problema maior desta *situação supralegal de exculpação*, como veremos, é a tentativa de estabelecer pressupostos ou requisitos, porque as formas de resistência ao Direito são inúmeras e estão em constante mudança. Assim, a prioridade será estabelecer um conteúdo mínimo suficiente para afastar o exercício da violência institucional nestes casos.

O *conflito de deveres* é analisado por último, até porque é a mais abrangente entre todas as situações de *exculpação*. Desde sua aparição na dogmática penal tem causado perplexidade, porque reconhecido em situações absolutamente dramáticas que tornam absurda a aplicação de uma pena, apesar de importantes posições doutrinárias em contrário. O fundamento da *exculpação* por *conflito de deveres* é a *anormalidade das circunstâncias do fato*, no que coincide com o próprio fundamento da *inexigibilidade*, racionalizando assim os mais diversos casos. Situações extremas de vida que antagonizam deveres jurídicos dificilmente legitimam a competência punitiva, mas ainda que o façam, dentro de certos parâmetros, é de se considerar o abrandamento de qualquer juízo de reprovação.

Se bem todas as situações de *exculpação* são aplicáveis ao Brasil, a *desobediência civil* e o *conflito de deveres* parecem destacar-se em importância diante dos processos históricos de criminalização dos movimentos sociais e comunidades marginalizadas e da precária situação de vida concreta da maioria da população brasileira. Portanto, e diante da profundidade teórica da matéria e de sua potencialidade como categoria protetiva dos cidadãos excluídos da sociedade capitalista, há uma maior ênfase nestas duas situações.

Concluir-se-á, nestes termos, o trabalho que ora começa.

Não obstante, antes de ingressar no roteiro de nossas teorizações, é preciso antecipar que nossa análise é tentativa de exercício de uma razão crítica.

Ao compreender as categorias penais pela perspectiva da Criminologia Crítica e Radical entende-se que a luta contra o poder de punir do Estado passa pela defesa intransigente das garantias penais que delimitam a capacidade retributiva do Estado. Torna-se, portanto, tarefa dos pesquisadores comprometidos com as causas democráticas e com a defesa do Direito Penal mínimo apresentar conceitos científicos e demonstráveis das categorias penais com o intuito de conter o poder punitivo⁵.

Diante de um aparelhamento estatal direcionado à manutenção da estrutura de classes fundada na distribuição desigual dos meios de produção e sujeição mediante trabalho assalariado⁶, aqueles que se dedicam ao estudo do Direito Penal têm o dever de identificar limites ao exercício do poder punitivo, especialmente para aqueles que continuam a ser os clientes preferenciais do sistema de justiça criminal.

Neste sentido, a constante revisão conceitual no trabalho busca precisão para somar esforços com a dogmática crítica, definindo conceitos com o objetivo

⁵ “(...) se o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade do capitalismo, a luta por uma sociedade democrática e igualitária seria inseparável da luta pela superação do sistema penal – mas paradoxalmente, também seria inseparável da defesa do direito penal: contra os ataques às garantias legais e processuais; contra o próprio direito penal, para conter e reduzir a área de penalização e os efeitos de marginalização e divisão social; e através do direito penal, ainda uma resposta legítima para solução de determinados problemas”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Anatomia de uma Criminologia Crítica**, p.18.

⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**, p.58.

de garantir o cidadão contra os processos oficiais de criminalização⁷, e não como critério de racionalidade do sistema punitivo⁸. Aprofundar o estudo e ampliar a possibilidade de incidência das hipóteses *supralegais de exculpação* colabora na construção de um discurso dogmático crítico⁹, resistente ao aumento do controle penal do Estado sobre a sociedade, como pretendia BARATTA¹⁰. Assim, “a abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o Direito Penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida social”¹¹.

Com esta reflexão em mente, iniciamos nossa análise.

⁷ Trata-se de tentar invadir com a razão a irracionalidade de violência, para reduzir a dimensão do absurdo, como explica GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.27-32. O alcance crítico do autor, todavia, é limitado, porque não incorpora conquistas teóricas fundamentais construídas pela crítica radical.

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.489-490.

⁹ “Não basta, porém, uma dogmática qualquer, logo transformada ideologicamente a serviço do poder, pela banal razão de que se tende a tentar discursivamente descrever as regras jurídicas postas sem assunção de qualquer posição, de todo impossível. Esse lugar “neutro” não é humano (...) e quem ali se encontra está, sempre, a serviço de alguma ideologia. A dogmática então, precisa ser crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo sua apreensão e, com muito custo, à parcialidade que se chega depende, no seu grau (embora difícil mensurar o quantum), de muitos saberes que não aquele jurídico”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática Crítica e Limites Lingüísticos da Lei: Ainda!**, p.60.

¹⁰ “Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, do direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de direito. Defesa, em segundo lugar, em face do próprio direito penal, no que signifique a contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado, e que contribuem, desta forma, para dividí-lo e para debilitá-lo material e politicamente. Defesa, finalmente, através do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma proposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais, no marco de um modelo integrado”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p.221-222.

¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.342.

PRIMEIRA PARTE

Do princípio da alteridade à inexigibilidade por anormalidade

1. A tentativa de definição material da culpabilidade

A doutrina penal normalmente descreve “crime” como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável¹², diferenciando os elementos da *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade* de forma ordenada¹³, seguindo o sistema tripartido do fato punível desenvolvido pela dogmática com o objetivo de fixar os requisitos teóricos que limitam a possibilidade de exercício da competência punitiva do Estado sobre o indivíduo¹⁴.

Assim, de modo geral, a definição analítica do fato punível é constituída sobre o *tipo de injusto* (integrado pela *tipicidade* e *antijuridicidade*) e de *culpabilidade*¹⁵, considerando aquele seu “objeto de valoração” e este o “juízo de reprovação”¹⁶.

O complexo processo de atribuição pessoal de responsabilidade¹⁷ é reduzido¹⁸ no Direito Penal pelo conceito analítico de *culpabilidade*¹⁹, utilizado

¹² Fórmula que segue o sistema conhecido como “LISZT-BELING”, em referência aos autores aos quais é atribuído o mérito de fundar as bases da moderna teoria do delito, ou do fato punível, conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal, vol.2**, p.15-16, e aos quais pode-se incluir também RADBRUCH, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.75-76. Outros autores indicam o início desta teoria do delito em FEUERBACH, como vemos em TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.145 ou ainda em IHERING, conforme FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.230.

¹³ De modo que a possibilidade de análise do posterior pressupõe a demonstração da existência do anterior.

¹⁴ Conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal, vol.2**, p.15-16.

¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.505.

¹⁶ Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.78-79 e 275. Comparar com WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.151 e 168.

¹⁷ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.376.

¹⁸ Adotamos o seguinte conceito de *redução*: “simplificação que racionaliza os complexos aspectos da realidade e privilegia alguns excluindo outros”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.108. Impossível não perceber a origem material da definição em MARX, Karl. **Contribuições à Crítica da Economia Política**, p.248-250.

¹⁹ A culpabilidade, como terceira categoria da “teoria do delito”, tem ainda uma função integradora, que consiste em trazer para a análise do fato punível todos aqueles elementos que se referem ao autor do delito que, sem pertencer ao tipo de injusto, são também necessários para poder aplicar uma pena, conforme MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.351

para determinar se o fato típico e antijurídico deve ser censurado pessoalmente ao autor²⁰.

A análise do moderno conceito normativo de culpabilidade²¹, como o *juízo de reprovação* do tipo de injusto, revela uma estrutura fundada sobre tríplice vértice, que define o sujeito culpável a partir dos critérios de *capacidade* ou *imputabilidade* (alguém que *pode saber* o que faz), *consciência da antijuridicidade* ou *conhecimento do injusto* (que *sabe realmente* o que faz) e *exigibilidade de conduta diversa* ou *normalidade da situação de ação* (que *tem o poder de não fazê-lo*)²². Entende-se, assim, que apenas um sujeito que tem condições de compreender o injusto, que efetivamente o conhece e podendo não realizá-lo pela ausência de *anormais* circunstâncias, pode receber uma censura penal, cujo objeto é a formação e manifestação de vontade contra bens jurídicos²³.

Apesar da universalidade dessa estrutura analítica²⁴ – que possui a natureza de uma definição *formal* – há enorme dissenso doutrinário sobre o chamado fundamento *ontológico* da culpabilidade, ou seja, sobre o *elemento empírico* que sustenta a atribuição de uma censura penal – o que por sua vez demanda uma definição complementar, só que de natureza *material*²⁵.

²⁰ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.82.

²¹ O conceito normativo rejeita a concepção psicológica que considera a culpabilidade por conta da relação psicológica do autor com o fato, uma conseqüência necessária do *querer* ou *assumir o risco* do resultado, identificando a responsabilidade com base exclusivamente nos elementos subjetivos do próprio fato, como esclarecem TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.145 e MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.352. Na concepção normativa, desenvolvida a partir do finalismo, dolo e consciência pertencem ao tipo de injusto e uma conduta culpável é aquela considerada “reprovável”, redefinindo culpabilidade como reprovabilidade, alteração que, em última análise, é meramente formal pois não explica *porque* o sujeito é culpável, como alerta CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.280. Apesar da crítica, que nos parece correta, o mérito do conceito normativo de diferenciar a atribuição de culpa da relação subjetiva do indivíduo com o tipo justifica sua adoção pela esmagadora maioria dos autores, conforme MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.144 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.276. Face ao referencial teórico proposto neste trabalho, o desenvolvimento da culpabilidade que parte do conceito normativo em busca de uma definição material não será objeto de reflexão, indicando-se ao interessado as sínteses de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.276-281 e de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.798-812.

²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.280.

²³ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.82-83.

²⁴ A universalidade deste modelo não pode ser afirmada sem contrapor sua crítica. Apenas como exemplo, podemos nos referir a posição de WOLTER que, concordando com NAUCKE, afirma que a dogmática orientada pelos critérios de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade está obsoleta. WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática...**, p.32.

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.281.

A identificação do chamado *elemento empírico* da culpabilidade é uma exigência do Estado Democrático de Direito que, exatamente por seu conteúdo democrático, não admite a possibilidade de aplicação de pena a seus cidadãos a partir de um sistema puramente formal, sendo preciso desenvolver um conceito substancial que sirva como garantia individual contra o processo de criminalização secundária: da mesma forma que não é suficiente o reconhecimento formal dos direitos fundamentais – anunciando-os no texto legal sem, porém, efetivá-los – também não é possível considerar um indivíduo culpado por um crime a partir de meras abstrações, sendo necessário indicar o fundamento concreto de qualquer reprovação institucional.

Autores em posição minoritária ainda apresentam a culpabilidade como *pressuposto* da pena²⁶: caracterizado o tipo de injusto pela realização de ação ou omissão típica e antijurídica, a culpabilidade *fundamentaria* a aplicação e determinaria a *intensidade* da sanção penal²⁷. Este entendimento pressupõe, em níveis distintos de acordo com a teoria adotada, a identificação do *livre-arbítrio* como *elemento empírico* da culpabilidade, o que significa afirmar que o ser humano é responsável por suas ações porque *livre*. Conseqüentemente, a diminuição da liberdade humana pela imaturidade ou incapacidade psíquica, pelo desconhecimento da antijuridicidade e pela *anormalidade* da situação de fato, impediria a aplicação da pena ou diminuiria sua intensidade²⁸.

O atual debate científico sobre a culpabilidade, todavia, segue caminho distinto. Rejeitando o *livre-arbítrio* como *fundamento* de reprovação penal²⁹ –

²⁶ Na crítica de TAVARES o enfoque da responsabilidade como mero pressuposto da pena decorre da própria dicotomia proposta pela concepção normativa, que toma o injusto como *objeto de valoração* e a culpabilidade como *juízo de reprovação*, o que retirando a referência direta ao fato da análise da culpabilidade. Sem embargo da crítica, entendemos ser possível manter uma relação de informação entre fato e culpabilidade mesmo sem abrir mão da referida dicotomia e como se pretende demonstrar adiante. Consultar, em todo caso, TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.148.

²⁷ Assim DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.336 e JESÚS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, p.454.

²⁸ Entre os autores que defendem a liberdade como fenômeno ético e pressuposto da responsabilidade penal, WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.153-163 e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Liberdade. Culpa. Direito Penal**, p.206.

²⁹ Um breve comentário de ROXIN a partir de BOCKELMAN acaba com a possibilidade de adotar a liberdade como elemento empírico de toda a culpabilidade: se de fato a liberdade de agir fosse o fundamento material da culpabilidade, teríamos que admitir que um indivíduo absolutamente inimputável (como uma criança) é exculpado porque não tem qualquer liberdade, o que seria absurdo. Comparar com ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.799, n.19. Uma tal refutação obrigou a reformulação do conceito

pois impossível a científica demonstração *a priori* de uma liberdade humana abstrata³⁰ – a melhor doutrina parte da teoria da *dirigibilidade normativa* de ROXIN³¹, segundo a qual a culpabilidade depende da demonstração da possibilidade material de dirigir o processo causal em relação a um determinado objeto de referência, no caso, a norma penal³².

O conceito de culpabilidade seria, portanto, formado por dois elementos: um *empírico*, que se refere à capacidade individual de dirigir o processo causal³³; outro, *normativo*, relacionado a possibilidade de atender ao “apelo da lei” em uma situação concreta³⁴. A teoria atribui, portanto, uma *função motivadora* à lei penal, que ao proibir determinadas ações ou omissões no sentido de preservar a vida em sociedade serviria como referência material de orientação da conduta dos indivíduos com desenvolvimento mental biológico e cultural mínimo³⁵.

A possibilidade de compreender, conhecer e seguir a orientação normativa seria uma característica fundamental na maioria dos homens e casos penais, servindo como fundamento para a atribuição de responsabilidade³⁶. Na linha deste raciocínio, a presença de qualquer *anormalidade* no indivíduo ou em seu entorno determinaria, no máximo, a exclusão da culpabilidade e, no mínimo, a contração da censura.

analítico da culpabilidade para os indeterministas, afirmando a imputabilidade e o erro de proibição como pressupostos da culpabilidade, cujo exame se restringiria à *inexigibilidade*, como se verá adiante.

³⁰ Uma idéia excluída da psicologia e sociologia moderna, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286. Isso não significa, vale notar, que se admita ao contrário a hipótese do absoluto determinismo do comportamento humano, igualmente indemonstrável, ao menos no atual momento científico. Independente disto, todavia, fato é que tanto um extremo como outro traduzem posições marcadamente individualistas e estigmatizantes que renegam a dignidade humana, como adverte BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.373.

³¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.807-812.

³² TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.377.

³³ Em síntese, não se trata de afirmar que o sujeito era livre ou não para atuar conforme a norma, mas de que ausente elementos que produzem pressão psíquica redutores da capacidade (livre ou determinada) de decisão que se atribui na prática aos adultos sãos, o indivíduo deve ser penalmente responsabilizado. Como esclarece ROXIN, não se supõe que o homem é livre, mas de que nestes casos ele pode ser “tratado como livre” e, assim, tornado culpado pelo fato. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.807-808, n.34-35. Além disso, a introdução do elemento normativo elimina o simples poder “atuar de outro modo” até porque, como se verá adiante, nos casos de *conflicto de deveres* é possível atuar de outro modo, ainda que isso não seja suficiente para aplicar uma pena. Neste sentido, em referência a Roxin, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.367.

³⁴ Como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.285, a partir de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.810, n.39.

³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.807, n.34.

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.357-358.

A proposta de ROXIN vincula ainda elementos de política criminal ao conceito de culpabilidade, estabelecendo como critério complementar de *exculpação* a (des)necessidade de pena com fins de prevenção geral, aproximando-se da teoria da culpabilidade como *defeito de motivação jurídica*³⁷ criada em nome da “segurança jurídica”³⁸, ainda que com óbvias e substanciais diferenças nos pressupostos e objetivos político-criminais³⁹.

Neste sentido a teoria da *dirigibilidade normativa* se mostra importante para a dogmática crítica porque indicaria “a gênese da responsabilidade pessoal pelo comportamento anti-social sem necessidade de pressupostos metafísicos indemonstráveis”⁴⁰: o indivíduo não seria mais censurado porque era *livre* no momento da ação mas porque no instante de realização do tipo de injusto tinha *capacidade de comportamento conforme a norma*, um atributo que admitiria prova resultante de pesquisa empírica⁴¹, e a potencial capacidade de resistência às determinações estruturais e psíquicas atribuída ao indivíduo sustentaria, nestes termos, a capacidade de autodireção como *elemento empírico* da culpabilidade⁴².

Todavia, e não obstante o já referido mérito da *dirigibilidade normativa* na construção de uma definição material da culpabilidade, persistem aqui problemas de incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito⁴³ e com a

³⁷ Segundo tradução em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.284. Concepção que não é inédita em sua formulação, pois em parte semelhante à definições clássicas, entre elas a de GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.104-105.

³⁸ Como vemos em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.810, n.40.

³⁹ Opondo-se o funcionalismo autoritário de JAKOBS ao “liberal-democrático” de ROXIN, conforme síntese em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.482-483. Neste sentido, comparar a afirmação com sua crítica anterior em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.811, n.41 e p.806-807, n.32-33.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.285.

⁴¹ Nos campos mais específicos da Psicologia e Psiquiatria para ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.807, n.34.

⁴² Isso supõe, como resume WESSELS, que “quase toda ação se deixa explicar, dentro de uma análise retrospectiva, como uma consequência de forças determinantes, dependentes da constituição e do meio. É certo, porém, que o homem não está indefesamente entregue a estes impulsos”. WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.83.

⁴³ É preciso, segundo TAVARES, avaliar se a concepção normativa de culpabilidade – como puro juízo normativo – é admissível (e em que medida) em um Estado democrático, porque a metodologia de avaliação da culpabilidade a partir do finalismo produziu uma alienação do Direito Penal quanto à realidade objetiva, tornando o problema da responsabilidade um processo de rotulação – ou *etiquetamento* – do indivíduo como *culpado* – logo, *criminoso* – a partir de critérios puramente formais: o indivíduo e o fato concreto são objeto de nova avaliação apenas após a decisão condenatória, no momento de cálculo da pena. TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.150-151.

doutrina contemporânea informada pela contribuição científica transdisciplinar⁴⁴, como se demonstra.

Primeiro, porque mantém a incômoda referência implícita à presunção de *liberdade* (como “capacidade de *autodireção*”⁴⁵) no *elemento empírico* da culpabilidade, ainda que atenuado⁴⁶, como corretamente assinala a crítica determinista⁴⁷.

Segundo, porque tanto ROXIN como os demais autores que defendem essa teoria atribuem à norma uma *função motivadora* que é apenas um pressuposto axiológico, pois não há como comprovar com antecedência a existência geral de um “apelo da norma”⁴⁸. Aceitar tal função significaria incorporar à culpabilidade um outro dogma tão metafísico como o *livre-arbítrio*, mas diante do qual não é razoável alegar que as ciências da experiência⁴⁹ podem demonstrar sua existência empírica⁵⁰.

Terceiro, estabelece a função de prevenção geral positiva atribuída à pena como critério complementar de avaliação da *dirigibilidade normativa*, o que é

⁴⁴ A esse respeito é muito interessante a crítica de GIMBERNAT, assim sintetizada: se um psicanalista, que conta com o esforço de seu paciente para colaborar e tentar superar suas inibições, mesmo depois de vários anos de análise, só pode constatar, de maneira aproximada e insegura (a partir de explicações hipotéticas que nunca serão absolutamente confirmadas) quais os fatores e em que medida determinam certos comportamentos do analisado, como pode querer um juiz que não conta com qualquer um desses elementos afirmar que o sujeito deve ser condenado porque era livre ou tinha capacidade de se motivar na norma? Somente mesmo, como conclui o autor, por meio de um ato de fé, que santifica a teoria e a opção à razão (como ciência). Daí porque, no mínimo, para começar a tentar falar de culpabilidade é preciso transdisciplinariedade. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.8-9.

⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.285

⁴⁶ Como constata BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.369.

⁴⁷ Que aponta a identidade entre “capacidade de autodireção” e liberdade. Para BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE segue existindo a referência a um ser ideal, metafísico, desta vez capaz de dirigibilidade normativa, a partir do qual se realiza o juízo de culpabilidade sobre um sujeito concreto, desaparecendo o sujeito em sua dimensão material como fundamento do juízo. Além disso, implicaria reconhecer o indivíduo como portador de uma “maldade intrínseca”, porque tinha capacidade de motivar-se na norma, mas não o quis, conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal, vol.2**, p.327. Síntese das críticas de deterministas e indeterministas em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.285.

⁴⁸ Afirmando ser incorreto supor que todos os sujeitos imputáveis são acessíveis ao estímulo da pena, ainda que não rejeite absolutamente a idéia de “possibilidade de motivação”, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.68-70. Como nota FABRICIUS, o sistema jurídico pressupõe que os cidadãos tragam consigo o sistema normativo ou o tenham internalizado, mas desconsidera a complexidade desse processo suposto. FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**, p.18.

⁴⁹ Como fez ROXIN no caso da “capacidade de controle” do ser humano, em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.35-36.

⁵⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal, vol.2**, p.327.

cientificamente insustentável⁵¹, principalmente diante do desvelamento de sua *função real de legitimação* da seletividade do Direito Penal⁵² – como programa desigual de controle social⁵³ – e *justificação* da redução ou exclusão de direitos fundamentais em nome de um combate *simbólico* à problemas reais produzidos pelo próprio desenvolvimento do sistema capitalista⁵⁴.

A possibilidade de incorporar à dogmática crítica as contribuições da *dirigibilidade normativa* para a culpabilidade – isto é, tomá-la como ponto de partida e não de chegada – pressupõe superar os problemas apresentados por meio de outras propostas teóricas, das quais dependem a materialização e democratização da culpabilidade, e que serão enfrentadas a seguir.

Enunciado este objetivo – fundamental para futura análise das *situações supralegais de exculpação* – é preciso ainda justificar a especial atenção na análise do *elemento empírico* da culpabilidade, o que se faz pelo seguinte argumento: mesmo que se afaste discursivamente a *função motivadora* da norma penal e o critério preventivo da teoria da *dirigibilidade normativa* (resolvendo teoricamente o segundo e terceiro problemas antes indicados), enquanto permanecer a dúvida sobre o *elemento empírico* da culpabilidade⁵⁵ a reprovação jurídico-penal seguirá oposta à ética material, porque o *juízo oficial de reprovação* do Estado contra o indivíduo seria possível pelo cumprimento de

⁵¹ Pois como atesta FABRICIUS “todas as teorias preventivas dos fins da pena que estabelecem uma relação empírica entre a punição e o comportamento futuro do apenado não encontraram qualquer confirmação através da ciência empírica”. FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**, p.39.

⁵² O Direito Penal é, antes de tudo, uma técnica de controle social, conforme BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, p.21. A pena, como instrumento mais rigoroso para garantir a existência e continuidade desse sistema, explicita a *função real* de controle social do Direito Penal, deslocando a *função declarada* de proteção a direitos fundamentais para um lugar *subsidiário, fragmentário* ou meramente *ilusório*. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.4-14.

⁵³ Como mecanismo estatal de dominação de classe, o objetivo final do Direito Penal é a manutenção da ordem econômica pela gestão diferencial da criminalidade. Ainda que se refira à época imediatamente posterior à Revolução Industrial, *mutatis mutandis* segue absolutamente válida a lição da Criminologia Radical: “O Estado, produto do antagonismo irreconciliável de classes, representa uma força especial de repressão, ou a organização sistemática da violência, para a opressão de uma classe sobre a outra: as classes economicamente dominantes, utilizando o poder concentrado dos aparelhos coercitivos (polícia, prisão, forças armadas), garantem a dominação política e a exploração econômica das classes dominadas, controlando os antagonismos de classe nos limites da ordem burguesa”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**, p.64.

⁵⁴ Como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.483-485. A crítica radical ao sistema de justiça criminal torna evidente a *relação direta* entre as *formas de punição* estabelecidas pelo poder institucional e as *demandas do modelo econômico* de uma sociedade, demonstrada em RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, p.18-21.

⁵⁵ De sua plena existência e demonstração cabal.

meros elementos formais⁵⁶, reduzindo a culpabilidade a um argumento técnico-jurídico a ser referido nas sentenças penais para viabilizar retoricamente metaregras punitivas⁵⁷, racionalizando as práticas de violência oficial ao invés de limitá-las⁵⁸. Por essa razão nosso enfoque estará centrado na discussão crítica acerca do fundamento material da culpabilidade, tratando de definir uma teoria que não entre em conflito com as hipóteses de *exculpação* adiante desenvolvidas.

2. O princípio da alteridade como base da responsabilidade social

Como visto, a atribuição do juízo normativo de censura penal depende de seu princípio material fundante. Assim, enquanto vigorar a idéia de liberdade, mesmo que atenuada, como critério central para determinação do juízo de culpabilidade, a dogmática penal seguirá presa ao imponderável e a reprovação penal estará desvinculada do sujeito concreto⁵⁹.

Necessário, portanto, afastar definitivamente o *livre-arbítrio* da culpabilidade para aterrar seu fundamento, pois “a responsabilidade pelo próprio comportamento não pode ser uma questão metafísica, dependente de pressupostos indemonstráveis, mas um problema prático ligado à realidade da vida social”⁶⁰.

Nesta perspectiva, é preciso considerar o problema da definição material da culpabilidade, antes de tudo, como um problema político⁶¹, afinal, se o Direito é um modo de justificação política da ordem jurídica⁶², determinar se um indivíduo é ou não culpado é, antes de tudo, a realização de um ato político de conveniência⁶³. E para resolver a inconsistência teórica relativa ao *elemento empírico* da culpabilidade a maior contribuição teórica foi introduzida por

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.622.

⁵⁷ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**, p.72-73.

⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.489-490.

⁵⁹ Conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.373.

⁶⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286. No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.377.

⁶¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.374.

⁶² TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.149.

⁶³ TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.155.

CIRINO DOS SANTOS, que substituiu a *presunção de liberdade* pelo *princípio da alteridade* como base da responsabilidade social⁶⁴.

Para o *princípio da alteridade* “o homem é responsável porque *vive em sociedade*, um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter*”⁶⁵, afinal, o ser humano não apenas vive e existe, mas *convive* e *coexiste*⁶⁶.

A culpabilidade (como *qualidade* atribuída) não pode ignorar a vinculação do sujeito (*substantivo* qualificado) à vida em comunidade (marcada pela *diversidade* e *identidade*)⁶⁷, única dimensão a partir da qual pode ser compreendida sua ação típica e antijurídica⁶⁸. Por este caminho o discurso jurídico se abre para a realidade: a culpabilidade traz para a análise do fato punível o indivíduo em toda sua complexidade, imerso em conflitos internos e externos, rejeitando o critério que pretendia julgar o homem a partir de um “exame de consciência” individual, desvinculado de seus óbvios condicionamentos sociais, desenvolvido pelo discurso liberal⁶⁹. A culpabilidade agora é um problema que transcende a mera violência individual, colocando em questão também a violência estrutural.

Além de vincular um sujeito concreto à possibilidade de censura penal⁷⁰ a *alteridade* indica a solução para a inconsistência teórica relativa ao *elemento empírico* da culpabilidade, pois relaciona o *juízo de reprovação* – como juízo normativo – às condições estruturais de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana concreta em comunidade⁷¹, fundamentando a culpabilidade a

⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286-287.

⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.361.

⁶⁷ Conforme BATISTA, Nilo, citado em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286, nota de rodapé n.45.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.373.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.354-355.

⁷⁰ Assim também BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.376.

⁷¹ A possibilidade de produzir, reproduzir e desenvolver uma vida boa em comunidade é o princípio ético-material, ou ainda o critério ético-material fundamental de toda Ética, segundo DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.131-144.

partir dos critérios de *normalidade e anormalidade* de formação da vontade do autor⁷².

O limite da atribuição do juízo de censura penal, portanto, deve ser realizado de acordo com um gradiente que oscila entre a *normalidade* e a *anormalidade* das situações no momento da formação da vontade antijurídica⁷³, com a conseqüente redução ou exclusão da culpabilidade de acordo com a presença e intensidade de circunstâncias capazes de influir ou determinar o comportamento ilícito⁷⁴.

Em última análise, como esclarece novamente CIRINO DOS SANTOS, a demonstração da culpabilidade consiste na pesquisa empírica sobre a existência de *defeitos* na formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto, nas áreas da capacidade de vontade (exame de limitações orgânicas ou funcionais do aparelho psíquico), conhecimento do injusto (identificação da existência e extensão de erro de proibição) e *exigibilidade de comportamento adequado ao Direito* (pesquisa e avaliação de interferências no processo de formação da vontade)⁷⁵.

A óbvia superioridade da proposta de CIRINO DOS SANTOS não evita conflitos e dúvidas. Antes, e exatamente por indicar um outro caminho, desafia o debate crítico coletivo à colaborar na urgente adequação constitucional da dogmática penal brasileira.

Com a explícita intenção de somar esforços neste sentido, sem esquecer o referencial teórico proposto e considerando a repercussão de uma tal alteração principiológica sobre o elemento de exigibilidade e todas as situações de *exculpação*, o que se faz a seguir é promover uma interlocução entre a proposta original do *princípio da alteridade* como fundamento da responsabilidade social e o aporte teórico de alguns autores que, do nosso ponto de vista, podem

⁷² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287.

⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287.

⁷⁴ Em referência a Córdoba Roda, BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.368-369.

⁷⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287. Importante ressaltar que esta proposta de identificação de *defeitos* na formação de vontade em nada se assemelha à uma pesquisa sobre *causas* determinantes do comportamento anti-social, como defendido pela criminologia etiológica individual e social sustentada pelo paradigma científico positivista.

esclarecer e complementar a discussão sobre o *elemento empírico* da culpabilidade.

Evidentemente uma tal iniciativa transdisciplinar é manifestamente incapaz de expor toda a riqueza do pensamento dos autores adiante referidos; a análise será limitada, assim, àquilo que nos parece fundamental para nosso argumento. Seja como for, o tamanho da perplexidade diante de uma proposta assim formulada nos obriga a dividir a reflexão em três momentos.

No primeiro, com o propósito de esclarecer o conteúdo ético do *princípio da alteridade*, centraremos nossa análise em autores que partem do reconhecimento da *exterioridade* na *totalidade* afirmada por qualquer sistema de dominação. No segundo, com o objetivo de definir o lugar das estruturas de poder no *juízo de reprovação* penal, vamos abordar o papel da sociedade organizada na constituição do sujeito. No terceiro, tratar-se-á de resgatar o sujeito sobre o qual se exerce o exame da culpabilidade a partir de sua *vulnerabilidade*, como *elemento empírico* definitivo que fixa a legitimidade da responsabilidade. Finalmente, no quarto e último momento deste brevíssimo exercício crítico, estabelecemos o marco inicial da culpabilidade sobre o qual desenvolvemos o restante do trabalho.

2.1. O reconhecimento da alteridade como exercício da consciência crítica

Como visto, a proposta original de CIRINO DOS SANTOS nega o fundamento metafísico da responsabilidade penal, afirmando que esta só pode ter origem na vida em sociedade, “um lugar marcado pela existência do *outro*, em que o sujeito é, ao mesmo tempo, *ego* e *alter*, de modo que a sobrevivência do *ego* só é possível pelo respeito ao *alter*”⁷⁶. O indivíduo é responsável porque vive em comunidade, não porque é supostamente *livre* para atuar de outro modo. Assim enunciado, o princípio da *alteridade* entende a relação dialética entre o homem e sociedade como constitutiva do indivíduo⁷⁷.

⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286.

⁷⁷ No sentido da afirmação de MARX/ENGELS, de que “quando o homem está frente a si mesmo, então *outro* homem está frente a ele”. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manuscritos econômico-filosóficos**,

Trata-se de uma compreensão radical que encontra o fundamento da responsabilidade no efeito da ação – seu real ou potencial impacto no *outro* e na *comunidade* –, e não em sua hipotética e indemonstrável condição *a priori* de existência. Assim, a *alteridade* funda uma culpabilidade material: é uma responsabilidade que tem em vista uma ética da vida e suas conseqüências, não uma lógica formal e suas abstrações.

Por ser uma questão ética, a realização do *princípio da alteridade* no exame da responsabilidade – ou processo de reconhecimento da *alteridade* daquele que é julgado – é tarefa extremamente complexa, em última instância irrealizável sem distorções⁷⁸. De qualquer forma, como atribuição necessária no propósito de diminuir a abissal distância entre vida e ordenamento, parece oportuno discorrer brevemente sobre o método de acesso possível ao *outro*, capaz de nos aproximar de uma genuína “experiência da diferença”.

O processo de desvelamento do *outro* pressupõe, antes de tudo, o exercício de uma outra racionalidade, denominada “consciência crítica”⁷⁹, responsável por uma inversão de análise: o comportamento alheio não é mais avaliado a partir da *totalidade* do sistema, mas de sua *exterioridade*, na qual encontramos suas *vítimas*, definidas como pessoas “que sofrem as imperfeições, os erros, as exclusões, as dominações, as injustiças, etc. das instituições empíricas não perfeitas, finitas, dos sistemas existentes”⁸⁰. Adotar a perspectiva das *vítimas* do sistema, segundo DUSSEL, é a única forma de realizar o *princípio da alteridade*⁸¹, por dois motivos principais.

Primeiro, porque a produção de *vítimas* na afirmação de um sistema de valores – como o ordenamento jurídico – é inevitável e empiricamente

p.158.

⁷⁸ Diz-se irrealizável porque, como ensina FROMM, só se compreende outra pessoa na medida em que se experimenta o que ela experimentou, sendo esta a mesma experiência humana. Na dificuldade de experiências semelhantes em sociedades complexas, marcadas por crescente individualismo e divisão social, a possibilidade deste critério não sobrevive além da exceção ou de uma perspectiva ideal. FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.70.

⁷⁹ Transformar o “observador” em “crítico” é a única forma de descobrir o que há de perverso nos sistemas normativos que racionalizam uma estrutura de dominação, criando as condições para “reconhecer” a *alteridade* daqueles que são negados por esse sistema. Para DUSSEL essa é a própria realização do mito da modernidade: o encobrimento definitivo do outro em favor de sistemas de redução da complexidade. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.305.

⁸⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.373.

⁸¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.302.

demonstrável: a inevitabilidade das vítimas “deriva do fato de que é *impossível* empiricamente que uma norma, ato, instituição ou sistema de eticidade *sejam perfeitos* em sua vigência e conseqüências”⁸², e sua existência é irrefutável na medida em que a corporalidade dos sujeitos negados não admite prova em contrário⁸³.

Segundo, porque as *vítimas* formam o grupo mais apto a identificar as contradições essenciais da *totalidade* de um sistema⁸⁴. Situadas na *exterioridade* do sistema⁸⁵, a abordagem da vítima nos aproxima das funções reais de qualquer sistema normativo, revelando aquilo que é impossível desde o próprio sistema. Isso se traduz, no exame da culpabilidade, na impossibilidade de censurar alguém exclusivamente a partir de critérios jurídicos, obrigando a doutrina a reconhecer as imperfeições e contradições do Direito Penal para progressivamente ceder espaço às circunstâncias materiais que pertencem ao fato.

Em síntese, o exercício da razão crítica constitui o método de aproximação da *alteridade*⁸⁶, porque permite “re-conhecer” o *outro* – sujeito ao processo de criminalização – não simplesmente como *alter ego* (um outro “como eu”), mas como um *outro* ser humano ético e autônomo, com dignidade própria, cuja existência transcende a *totalidade* normativa⁸⁷, e que portanto não pode ser julgado a partir de critérios meramente formais⁸⁸, pois o Direito Penal é, no

⁸² Como sempre existirão vítimas, a crítica será sempre necessária, e por isso não é possível adotar o *princípio da alteridade* como fundamento da responsabilidade sem adotar a perspectiva dos “sujeitos negados”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.373.

⁸³ A vítima, cuja vida é negada pelo sistema, aparece diante deste por meio de uma interpelação: “dá-me de comer!, ou “não me machuque mais!”. Essa interpelação sempre explicita a *vulnerabilidade* da corporalidade do sujeito que sofre. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.529.

⁸⁴ “A alteridade das vítimas descobre como ilegítimo e perverso o sistema material dos valores e a cultura responsável pela dor injustamente sofrida pelos oprimidos”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.315-316.

⁸⁵ Não por outra razão a criminologia sempre se refere às vítimas preferenciais do sistema penal como “marginalizados”. Quem vive à margem, obviamente, vê o sistema penal a partir de sua *exterioridade*.

⁸⁶ Para evitar que a identificação de vítimas se transforme em um poder opressivo, não se pode olvidar a advertência de que “a *diferenciação desigual* é a forma de poder privilegiada no espaço da comunidade e, provavelmente, a mais complexa e ambígua de todas (...) esta forma de podercentra-se em torno do privilégio de definir o Outro (...) os que são definidos como o Outro são também definidos como incapazes de se definirem e representarem a si próprios”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**, p.287.

⁸⁷ A *alteridade* a partir da razão “ético-pré-originária” da proposta de DUSSEL não é mais simplesmente o reconhecimento do “alter-ego” (outro como eu), “mas do ‘outro como outro’, que questiona a auto-referencialidade do sistema”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.466.

⁸⁸ O formalismo aqui criticado consiste no manejo racional instrumental que define um “horizonte abstrato” e o confunde com a realidade da vida, idealizando um “sistema” que é tomado prioritariamente

horizonte de seus argumentos normativos, incapaz de descobrir o indivíduo submetido ao exame da culpabilidade⁸⁹.

A recém esboçada e lacônica referência ao conteúdo ético medular do *princípio da alteridade* obviamente não esgota o tema, até porque seu propósito é apenas problematizar a crise do conceito de culpabilidade⁹⁰. De todos modos, a reflexão até aqui exposta demanda – frente ao referencial teórico deste trabalho – que apresentemos ainda duas derivações imediatas desta concepção. A primeira tem por objetivo evidenciar a responsabilidade da sociedade organizada na realização de condutas criminalizadas, o que é negligenciado pela tradição teórica liberal-individualista. A segunda tenta resolver a inconsistência do *elemento empírico* da culpabilidade a partir do *princípio da alteridade*, novamente em um resgate ético.

2.2. Consciência humana e vida em comunidade: o sistema social em questão

Vimos como a identificação do *princípio da alteridade* como base da responsabilidade social inverte a lógica da tradicional concepção liberal do Direito: não se parte da racionalidade do ordenamento para julgar o comportamento de um cidadão, mas da dignidade humana exterior ao sistema para limitar os critérios normativos de imputação de culpa⁹¹.

Desde o início, o exercício da razão crítica afasta na culpabilidade a posição implícita de “superioridade” do sistema jurídico que inferioriza o

à própria vida: por pura retórica passa a ser mais importante preservar o “sistema” (mera mediação) do que a “vida” (fim último, critério de toda verdade). DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.342.

⁸⁹ A referência à *totalidade* e *exterioridade* não implica, todavia, que a crítica ao sistema deva ser sempre uma crítica total que necessariamente promova uma revolução paradigmática. Pelo contrário, não é apenas possível como muito mais frequente uma crítica parcial, que colabore no complexo processo de superação. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.306 e 342-343. Fazer Direito Penal como limitação do poder de punir situa-se, portanto, neste horizonte, sendo a superação do sistema penal o momento final da superação dialética que começa com sua negação, como ensina BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p.221-222.

⁹⁰ Crise que é atestada por vários autores, entre eles FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**, p.13-15.

⁹¹ Conclusão válida para todos os processos valorativos de imputação de culpa, que não são exclusivos aos tribunais, mas constituem parte da vida social e representa uma característica geral dos processos interativos e comunicativos entre os homens, como lembra BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.441. Do mesmo modo, MUÑOZ CONDE/ARÁN percebem que a culpabilidade, como juízo de um indivíduo que se impõe sobre outro, não é um fenômeno individual, mas social. MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.355.

indivíduo, não apenas porque se abandonam as explicações mais óbvias pela complexidade deste tipo de análise, mas principalmente porque obriga o *juízo de exigibilidade* a responder até que ponto a própria comunidade ou sociedade organizada é igualmente responsável pela realização do tipo de injusto⁹². Ao encontro deste entendimento BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE sustentam que o exame da culpabilidade deve privilegiar a avaliação da capacidade de um sistema social concreto exigir de um indivíduo uma resposta adequada à norma⁹³.

Concordamos, no essencial, com esse raciocínio. Se o objeto da censura penal é a formação e manifestação de vontade antijurídica, evidentemente não se pode negligenciar o fato de que a consciência social do ser é produzida e reproduzida entre a base econômica e a superestrutura⁹⁴. Tendo por premissa que a subjetividade humana – tanto na dimensão consciente como inconsciente – é produto de relações sociais⁹⁵, a reprovação de uma ação ou omissão típica e antijurídica não pode ignorar os critérios de diferenciação impostos pela *totalidade*⁹⁶, até porque em regra servem para prejudicar o indivíduo⁹⁷. Com isso

⁹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.13-14.

⁹³ Porque limitá-la à avaliação de hipotéticos atributos individuais resultaria em desnecessária estigmatização do sujeito, o que vai de encontro à dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. A falta deste juízo estrutural na literatura penal seria sintoma da permanência dos conceitos de “crime como desvio” e “criminoso como desviante”, da ultrapassada criminologia liberal, segundo BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.435 e 440. Em análise menos incisiva, autores como MUÑOZ CONDE/ARÁN sustentam que a sociedade, definida no contexto de uma correlação de forças sociais de um dado momento histórico, torna o Estado competente para definir os limites e realizar a imputação de responsabilidade penal, e por força desse vínculo é preciso rejeitar uma concepção puramente abstrata e *ahistórica* do juízo de censura penal, sobretudo se construída sobre o livre-arbítrio. MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.353-355.

⁹⁴ “(...) na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem as formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência”. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manuscritos econômico-filosóficos**, p.233.

⁹⁵ FROMM sustenta que assim como o consciente, o inconsciente também é um fenômeno social, construído a partir da vida material e determinado pelo “filtro social”, definido pela linguagem, lógica e pelos tabús sociais. O fundamento deste pensamento está no fato de que, para o autor, a causa efetiva da repressão (individual ou social) não é o medo da castração, mas do isolamento absoluto. FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.38-39.

⁹⁶ Assim, por exemplo, operário analfabeto e negro não pode ser censurado da mesma forma que o empresário branco com instrução acadêmica superior, porque isso significaria um juízo de reprovação desvinculado das condições de produção, reprodução e desenvolvimento da vida em comunidade.

⁹⁷ Frequentemente os condicionamentos sociais vitimizam a condição humana como possibilidade de plena realização de todas as suas capacidades; assim no caso de Rigoberta Manchú, que só foi capaz de se

o que se quer dizer é que para o Direito Penal o homem responde por seu comportamento na medida em que têm consciência dele, e como essa consciência é construída socialmente⁹⁸, por seu comportamento responde toda a sociedade⁹⁹. A culpabilidade não pode se resumir a um juízo de reprovação individual pela realização de um tipo de injusto, porque qualquer juízo realizado pelo exame da culpabilidade deve ter em conta o papel social atribuído ao sujeito¹⁰⁰.

Nesse juízo há de se ter em conta especialmente o fator econômico, por ser esta a condição mais importante na possibilidade de satisfação das necessidades vitais em Estados capitalistas. Se a seletividade do poder punitivo é estrutural¹⁰¹, a preferência pela criminalização de sujeitos marginalizados¹⁰² obriga a rigorosa restrição de todo o processo de reprovação contra pessoas carentes, porque a presença de *defeitos* que dificultam ou impedem a orientação de seu comportamento de acordo com a previsão normativa é elementar.

De qualquer forma, admitir estes argumentos não implica – antecipando a provável objeção dos cínicos¹⁰³ – uma sempre maior reprovação para aqueles que ocupam posições privilegiadas em um determinado contexto social, porque o exame da culpabilidade está sempre adstrito ao caso concreto¹⁰⁴.

Apesar do que foi até aqui desenvolvido como consequência do *princípio da alteridade*, a descoberta do *outro* pelo exercício da razão ético-crítica e a resultante exigência de que a conduta do indivíduo seja vista à luz das

emancipar ao compreender os estigmas que determinavam sua inferioridade, sua exclusão, sua miséria diante do sistema dominante. Ao se “descobrir” como mulher, pobre, de origem maia, de pele morena e de um país periférico encontrou as cinco principais formas de dominação que se articulavam sobre ela. Neste momento, segundo seu relato, descobriu sua consciência, para afirmar sua negação em uma sociedade machista, capitalista, de cultura européia, dominada pelos brancos e pelos países do centro do poder econômico mundial, como bem narra DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.417-420.

⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, vol.1, p.153.

⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.376.

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**, p.100.

¹⁰¹ E, sendo estrutural, inevitável, segundo ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.622.

¹⁰² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**, p.58.

¹⁰³ Os cínicos seriam aqueles que justificam a negação da vida e subordinam às ações instrumentais puramente factíveis (o “poder-fazer” em termos tecnológicos e econômicos) às eticamente possíveis ou necessárias, conforme DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.274.

¹⁰⁴ A culpabilidade de um homem que em disputa física produz lesão grave contra uma mulher, por exemplo, não é condição absoluta de uma culpabilidade plena, nem o contrário – sendo a agressora a mulher – determina por si só a redução da reprovação.

determinações estruturais não resolvem a inconsistência do elemento empírico da culpabilidade.

Neste sentido, retornamos à ética para tentar encontrar uma característica individual de demonstrável existência compatível com o roteiro de nossas teorizações.

2.3. A vulnerabilidade humana

A conclusão de que o exame da culpabilidade deve necessariamente compreender o indivíduo como o produto das relações sociais não exclui, por óbvio, a importância do indivíduo neste processo; na verdade, e como prevê o *princípio da alteridade*, o objeto de avaliação é o indivíduo *em relação* com a complexa estrutura de poder à qual está submetido¹⁰⁵.

Uma vez exposta a questão estrutural, para poder encerrar esta digressão basta identificar uma característica humana anterior à vida em sociedade que possa servir de fundamento pessoal para o juízo de reprovação. Descartada a possibilidade de recorrer à liberdade como elemento intrínseco à “natureza humana” voltamos à ética para descobrir na *vulnerabilidade* do ser humano o elemento empírico que precisávamos.

A *vulnerabilidade* da vida humana constitui o próprio critério material universal de toda a ética¹⁰⁶. Ao contrário do *livre-arbítrio* (ou mesmo da *autodeterminação*), a *vulnerabilidade* é absolutamente demonstrável¹⁰⁷. Possui,

¹⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.437.

¹⁰⁶ DUSSEL afirma, a partir de MARX, que o ser humano, tomado em sua concretude, é sobretudo vulnerável. *Ser humano* é igual a *ser vulnerável*, porque a vida humana implica limitações materiais. Em suas palavras, “o ser humano enquanto vivente constitui a realidade como *objetiva* (...) na medida exata em que a determina como mediação da vida humana (...); a vida do sujeito o delimita dentro de certos marcos férreos que não podem ser ultrapassados sob pena de morrer. A vida sobrenada, em sua precisa vulnerabilidade, dentro de certos *limites* e exigindo certos conteúdos (...) A vida humana impõe limites, fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias. Impõe, também, conteúdos: há necessidade de alimentos, casa, segurança, liberdade e soberania, valores e identidade cultural, plenitude espiritual (...) A vida humana é o modo de realidade do ser ético (...) A mesma conclusão é vista em MARX: ‘o ser humano é imediatamente ser natural, (...) com corporalidade, sensível, objetivo, é, como o animal e a planta, um ser vulnerável, condicionado e limitado’” DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.131-132.

¹⁰⁷ O sofrimento é o efeito real da dominação e da exclusão – seja ela material ou formal – sendo também a contradição do sistema de eticidade vigente, visto criticamente como dominante ou dominador.

desde logo, a capacidade para servir como critério para autorizar ou afastar a censura penal em base material¹⁰⁸.

Ao substituir a capacidade de *autodeterminação* como *elemento empírico* da culpabilidade, entretanto, a *vulnerabilidade* não abandona a referência a um comportamento individual. Considerando que a capacidade de dirigir o próprio comportamento está sempre condicionada (até por força do inconsciente) o que importa é definir até que ponto as determinações impostas ao indivíduo podem exculpá-lo por ter realizado um fato contrário ao Direito.

A avaliação da *vulnerabilidade* de cada indivíduo a partir das condições (materiais ou psíquicas) de sua existência é, no fundo, a própria condição imposta pelo *princípio da alteridade* para qualquer *juízo de reprovação*: com o aumento da suscetibilidade individual a condicionamentos internos e/ou exteriores, reduz-se a possibilidade de exigir um comportamento adequado ao Direito. Ora, se consideramos que a partir do *princípio da alteridade* o estudo da culpabilidade consiste na pesquisa por *defeitos* na formação da vontade antijurídica¹⁰⁹, é possível entender por *defeitos* tudo aquilo que aumenta a *vulnerabilidade* humana¹¹⁰. Assim, na medida em que uma determinada condição aumenta a material *vulnerabilidade* do indivíduo – e, em tese, diminui o âmbito de sua autodeterminação – ela atenua o apelo normativo e, conseqüentemente, a reprovação penal.

Não se trata, em todo caso, estritamente de uma *vulnerabilidade* penal produzida pelos desiguais processos de criminalização secundária, no sentido da proposta original de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR¹¹¹. Antes, e em sentido radical, a *vulnerabilidade* é a própria condição de existência humana, porque a

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.306.

¹⁰⁸ A proposta, longe de ser inédita, é implicitamente reconhecida no estudo da culpabilidade. É possível, por exemplo, descobrir como a vulnerabilidade se faz presente na referência de autores à *humana fragilitas*, por exemplo, em MAURACH, Reinhart e ZIPF, Hein. **Derecho Penal**, p.551, n.4, ainda que os autores efetivamente desenvolvam seu pensamento em sentido oposto.

¹⁰⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287.

¹¹⁰ “Detectar empiricamente uma vítima é constatar 'negatividades': pobreza, traumatismo, dor, patologias e muitas outras dimensões da 'negatividade'”. Negatividades, portanto, aumentam a vulnerabilidade humana. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.374.

¹¹¹ Neste sentido, tendo por vulnerabilidade a impotência do sujeito diante dos processos seletivos de criminalização secundária, especialmente agravada pela distância de indivíduos marginalizados das instâncias que orientam a punição, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.623.

vida é definida a partir de suas carências: o homem é vulnerável na medida em que existe, e não apenas porque submetido à seletividade do sistema de justiça criminal.

Em conclusão, o *princípio da alteridade* faz a ponte entre a *vulnerabilidade* humana e a *exigibilidade* pelo Estado – ou qualquer outra estrutura de poder – *de um comportamento normativamente adequado*, porque encontra na *exterioridade* do sistema penal os argumentos decisivos para deslegitimar qualquer censura. Logo, o reconhecimento do *outro* a partir da perspectiva das *vítimas* como sujeito *vulnerável* por condições pessoais ou exteriores, permanentes ou transitórias, reduz ou exclui a culpabilidade.

2.4. Resumindo para avançar: o que resta da dirigibilidade normativa após a alteridade?

Sem dúvida, a alteração do *elemento empírico* da culpabilidade repercute sobre seu *elemento normativo*, não mais definido como a possibilidade individual de atender ao apelo normativo em uma situação concreta¹¹², mas como possibilidade de uma estrutura de poder imputar *culpabilidade* a um indivíduo submetido ao seu poder punitivo, e cuja característica fundamental é a *vulnerabilidade* própria de sua humanidade.

Por essa via o *juízo de reprovação* torna-se definitivamente um *juízo de exigibilidade*, que pressupõe a *normalidade* da situação de fato e se realiza no processo penal como pesquisa por *defeitos* psíquicos ou estruturais que reduzam ou excluam a possibilidade de exigir um comportamento que não viole uma norma penal¹¹³.

Culpabilidade, portanto, é responsabilidade, e responsabilidade é *exigibilidade*¹¹⁴; não como capacidade de uma pessoa agir de uma forma determinada, mas do Estado de exigir essa resposta¹¹⁵.

¹¹² Afastando-se da proposta de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.810, n.39.

¹¹³ Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.246.

¹¹⁴ Para BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE isso redefine toda a culpabilidade, que agora se desdobra em três elementos: exigibilidade sistêmica (imputabilidade), exigibilidade de consciência (consciência da antijuridicidade) e exigibilidade de outra conduta. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán

A presença de defeitos na formação e manifestação de um comportamento adequado à norma retira a legitimidade institucional de poder exigir um comportamento adequado à norma¹¹⁶, permitindo a *exculpação* em casos que eventualmente seriam considerados *culpáveis* pela teoria da *dirigibilidade normativa*¹¹⁷.

Em todo caso, tendo em vista o referencial teórico, não há lugar e oportunidade aqui para desenvolver plenamente esta tese. Importante, agora, é avaliar a repercussão de uma tal concepção na função do conceito de culpabilidade.

3. Conseqüências político-criminais da redefinição material da culpabilidade

A culpabilidade como *exigibilidade* institucional de *dirigibilidade normativa* – atravessada pelo *princípio da alteridade* e pela condição humana de *vulnerabilidade* – deixa de cumprir a *função metafísica* de legitimação da punição, assumindo a democrática *função político-criminal* de *garantia* – e *garantia política*, é bom frisar – da liberdade individual¹¹⁸, como limite da competência punitiva do Estado¹¹⁹, porque a atribuição da *qualidade* de *culpável* a um indivíduo – considerado a partir de seu contexto social e *vulnerabilidade* – pressupõe a demonstração empírica (e não meramente formal) de todos os elementos constitutivos do conceito analítico de culpabilidade, os quais passam a ser interpretados como *condições negativas de punição*¹²⁰ ou *filtros redutores do*

Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, vol.1, p.154.

¹¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.443-445.

¹¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, vol.1, p.154.

¹¹⁷ Vale notar que a redefinição do *juízo de reprovação* como *juízo de exigibilidade*, não altera o *objeto de valoración* do fato punível, que segue sendo o tipo de injusto, ainda que nele se privilegie a análise do bem jurídico violado, como síntese normativa de uma determinada relação social. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.441.

¹¹⁸ BATISTA, Nilo. **Prefácio**. In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, p.XVI.

¹¹⁹ No mesmo sentido, atentando ainda para necessidade de limites à “irracional” seletividade do sistema penal, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.623.

¹²⁰ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.376.

*poder punitivo*¹²¹, com o seguinte sentido: o Estado não está autorizado a aplicar qualquer espécie de pena se não provar a capacidade de compreender as proibições da norma jurídico-penal, o conhecimento real ou possível da proibição concreta do tipo de injusto específico e a *normalidade das circunstâncias do fato*¹²².

Todavia, mais controversa é a possibilidade de cumulativo abandono da culpabilidade como determinante da *intensidade* da pena, especialmente no contexto da *função de garantia política* que lhe é atribuída¹²³. Por uma lado, considerando que a culpabilidade integra o conceito analítico de fato punível como o próprio limite do qual depende a possibilidade de exercício da punição oficial, seria manifestamente equivocado reduzi-la à mera “*circunstância judicial* de informação do juízo de culpabilidade”¹²⁴ equivalente a outros elementos que influem sobre a medida da pena¹²⁵. Por outro, e diante da possibilidade legal de redução da pena em casos de capacidade relativa de culpabilidade e erro de proibição evitável, não há como negar que categorias que integram o conceito analítico de culpabilidade determinam a redução da quantidade de pena aplicável¹²⁶, sem que isso reduza sua dimensão original como elemento constitutivo do *juízo de exigibilidade* – posição compartilhada por autores que chegam a definir a possibilidade de a culpabilidade servir como “condicionante de magnitude” da pena aplicável como elementar em seu conceito¹²⁷.

De qualquer forma, assumindo que o *juízo de exigibilidade* projeta efeitos sobre a *intensidade* da pena, só o faz na medida em que possa diminuí-la, por

¹²¹ Indica-se para uma rápida compreensão da proposta que perpassa toda a teoria construída pelos autores, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.356-358; especificamente em relação a culpabilidade, p.620-621.

¹²² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287.

¹²³ Uma melhor compreensão da repercussão da troca de função da culpabilidade no âmbito da teoria do fato punível para definição da intensidade da pena em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.561-563.

¹²⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.560-563.

¹²⁵ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.378.

¹²⁶ Assim também MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.361.

¹²⁷ Apenas como exemplo, ver a parte final da definição de culpabilidade em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.620. Bastante semelhante, para MESTIERI, o princípio da exigibilidade, como característica dominante da culpabilidade, é o próprio “fiel da balança” que determina a gradação da censura penal, repercutindo inclusive sobre as circunstâncias e causas de agravação e atenuação da pena que se referem ao indivíduo. Assim, MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**, p.235.

razões lógicas: se demonstrada a ausência de qualquer *anormalidade* relacionada ao indivíduo ou aos fatos no momento de realização no tipo de injusto o que se constata é apenas a existência de condições *normais* de *exigibilidade do agir normativo* pelo Estado, o que evidentemente não pode agravar a pena por se tratar exatamente do limite que autoriza a cominação do mínimo legal da pena prevista para o tipo legal¹²⁸, o que torna essa concepção compatível¹²⁹ com a função de garantia política atribuída à culpabilidade.

Não obstante, muito mais importante do que a discussão sobre o cumulativo abandono da culpabilidade como critério de *intensidade* da pena é sua absoluta rejeição como *fundamento* ou *pressuposto* da pena em favor da função de *limitação* do poder estatal¹³⁰, que atende ao reclamado sentido democrático de conter ou reduzir o poder punitivo¹³¹, impedindo intervenções coercitivas não racionalizadas¹³² a partir de um sentido de factibilidade ética¹³³.

No desafio de reconstruir cada elemento do *juízo de exigibilidade* oficial a partir de sua redefinição material podemos afirmar que, entre os componentes estruturais da definição analítica da culpabilidade, a *consciência da antijuridicidade* e a *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito* destacam-se como critérios que melhor atendem à *função de garantia política* atribuída ao princípio da culpabilidade, porque o conhecimento do injusto praticado e a *normalidade* das circunstâncias da ação dependem de uma ampla avaliação das condições de produção, reprodução e desenvolvimento de uma vida em comunidade de um indivíduo reconhecido como *outro*.

Para esclarecer, isso significa que se nosso *alter* lesiona ou ameaça um bem jurídico protegido por uma norma penal – e já descartada sua plena *vulnerabilidade* por imaturidade ou deficiência psíquica – sua censura penal

¹²⁸ Assim, ao seguir a orientação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, deve-se sempre fixar a pena no mínimo legal se materialmente demonstrada a ausência de qualquer defeito (ou anormalidade) na formação de vontade do sujeito, admitindo-se ainda que a pena fique aquém do mínimo previsto nos casos em que a presença de condições anormais não for suficiente para excluir o juízo de reprovação, por meio do artigo 66 do Código Penal e apesar da redação do inciso II do referido artigo 59.

¹²⁹ Ainda que de forma “incômoda”, na expressão de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.561.

¹³⁰ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.376.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.620-625.

¹³² TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.376.

¹³³ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.237.

depende ainda de a) no âmbito da *consciência da antijuridicidade*, determinar se o Estado pode exigir o conhecimento do injusto, fundamentando sua resposta a partir da avaliação de seu contexto socioeconômico¹³⁴, grau de instrução formal¹³⁵ e socialização¹³⁶, entre outros critérios materiais possíveis relacionados ao fato concreto, diante dos quais a constatação de *defeitos* (ou limitações) obriga reduzir ou excluir a reprovação oficial em favor do *erro de proibição*¹³⁷; b) no campo da *exigibilidade de um agir normativo*, colocar em discussão o conflito pessoal entre deveres éticos e normativos, afastando a culpabilidade diante de situações *anormais* características de *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma*.

Sem qualquer dúvida, o estudo da *consciência da antijuridicidade* e o da *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito* são fundamentais para a democratização do conceito de culpabilidade, especialmente a partir de sua redefinição material. Mas se o complexo tema do *conhecimento do injusto e erro de proibição* foi objeto de recente e brilhante resgate teórico na doutrina penal brasileira¹³⁸, fato é que a *exigibilidade de comportamento adequado à norma* permanece ainda distante da maioria da doutrina nacional, especialmente no tocante à descrição das *situações supralegais de exculpação*.

De fato, e apesar de primordial para o Direito Penal de países periféricos, marcados pela *anormalidade* das condições de vida da população, o *princípio da exigibilidade* e as *situações supralegais de exculpação* têm desenvolvimento limitado e incipiente na literatura penal. Contra esta tendência, avançamos em nossa proposta.

¹³⁴ Assumindo, assim, as óbvias diferenças entre a capacidade de compreender as criminalizações a partir de diferentes contextos: não se pode exigir do cristão ocidental que saiba o que é “crime” em países islâmicos da mesma forma que um muçulmano; do trabalhador rural que só anda à cavalo não se exige o conhecimento das leis penais de trânsito como do habitante de uma metrópole.

¹³⁵ Evidentemente, não se exige do analfabeto o mesmo grau de conhecimento da antijuridicidade de um operador do direito e, mesmo apenas entre estes, seria possível identificar diferentes graus de exigibilidade no conhecimento dos tipos de injusto entre criminalistas e especialistas em outras áreas jurídicas, considerando o incrível número de criminalizações primárias em áreas estranhas ao Direito Penal comum, afinal, “os próprios operadores jurídicos especializados não conhecem a totalidade das incriminações respectivas”, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.312.

¹³⁶ A saber, por exemplo, se *alter* participa no processo democrático de criação das leis penais, se está incluído ou excluído da socialização pelo trabalho, se participa da vida política de uma comunidade, etc.

¹³⁷ No sentido do texto, naquilo que lhe é essencial, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.310-322.

¹³⁸ A melhor referência, sem dúvida, em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.298-323.

4. Antecedentes históricos da exigibilidade de um comportamento adequado à norma

O caminho que nos leva em direção às hipóteses *supralegais de exculpação* necessariamente requer a análise do conteúdo da *inexigibilidade de comportamento adequado ao Direito*. Por isso, julgamos ser conveniente apresentar a origem histórica do conceito de *inexigibilidade* no modelo analítico de fato punível, desde o início do desenvolvimento do conceito normativo de culpabilidade, que tem por marco teórico o trabalho de FRANK¹³⁹ “Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade”¹⁴⁰, publicado em 1907.

Em oposição ao conceito psicológico de culpabilidade e preocupado com a distância entre a teoria penal e a vida cotidiana¹⁴¹, FRANK redefiniu culpabilidade como *reprovabilidade*¹⁴², com o objetivo de esclarecer que o juízo de culpabilidade depende da possibilidade de reprovar a realização do fato típico ao autor, não sendo suficiente a mera relação psíquica entre autor e fato. A partir desta premissa os elementos concretos do caso penal capazes de afetar o comportamento do autor assumiram especial relevância¹⁴³, pois se a *anormalidade* das circunstâncias do fato é capaz de influenciar a intensidade da reprovação (expressa na medida da pena), é razoável pelo mesmo argumento que eventualmente ela também possa vir a excluir a culpabilidade¹⁴⁴.

Todavia, o poder de excluir o juízo de reprovação por conta de circunstâncias excepcionais foi negado ao Judiciário, pois o autor reservou ao legislador a possibilidade de definir o grau de *anormalidade* necessário para

¹³⁹ Como reconhecem CIRINO DOS SANTOS; Juarez. **Direito Penal**, p.278-279 e BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, vol.2, p.314-315, entre outros.

¹⁴⁰ No original, FRANK, Reinhard. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**.

¹⁴¹ Como explícito em FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p.28.

¹⁴² FRANK reconhece implicitamente, desde um primeiro momento, que a redefinição de culpabilidade como reprovação (ou reprovabilidade) não é satisfatória, quando afirma que “esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor”. FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p.39.

¹⁴³ Algo que em parte já era reconhecido pelo próprio Tribunal Superior alemão entre os séculos XIX e XX, como demonstra FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p.43-45.

¹⁴⁴ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p.29-30.

excluir a culpabilidade¹⁴⁵, o que impedia, em última análise, que as circunstâncias *anormais* fossem capazes por si mesmas de exculpar o fato, independentemente de previsão legal¹⁴⁶.

Em que pese esta limitação, a redefinição formal operada pelo conceito normativo de culpabilidade de FRANK foi fundamental para o surgimento da proposta de *inexigibilidade de comportamento diverso* na dogmática jurídico-penal¹⁴⁷, que ocorreu ainda no início do século XX por meio da contribuição doutrinária original de FREUDENTHAL¹⁴⁸ no clássico “Culpabilidade e reprovação no juízo penal” de 1922¹⁴⁹.

FREUDENTHAL vincula a idéia de *inexigibilidade* à *culpabilidade* ao afirmar que o poder individual de agir de acordo com a norma¹⁵⁰ seria a própria essência da culpabilidade¹⁵¹ e assim se circunstâncias *anormais* afetam a regular capacidade individual de resistir à violação de uma norma penal é preciso considerá-las para efeito de reduzir a intensidade da reprovação ou mesmo excluir a culpabilidade¹⁵². A *inexigibilidade* seria, portanto, uma causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, além de qualquer previsão normativa¹⁵³, pois sua identificação só é possível a partir do caso concreto. Daí porque em termos dogmáticos a preocupação central do autor é definir a natureza jurídica e adequada localização da *inexigibilidade* na estrutura analítica do fato punível¹⁵⁴, tornando-a viável como elemento da culpabilidade para poder realizar um resgate ético na individualização do processo de imputação de culpa.

¹⁴⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**, p.51.

¹⁴⁶ Ao menos segundo a análise de BUSTOS RAMÍREZ, para quem isto se deve em parte ao fato de que o autor ainda estivesse sob influência da teoria psicológica de culpabilidade. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.386-387.

¹⁴⁷ A *inexigibilidade*, antes de constituir tema da doutrina penal, já era reconhecida pelos tribunais alemães, como explica MACHADO, Luiz Alberto. **Estado de necessidade e inexigibilidade de outra conduta**, p.195-196.

¹⁴⁸ Segundo CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.325.

¹⁴⁹ Referência original, FREUDENTHAL, Berthold. **Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht**.

¹⁵⁰ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.72. O autor, entretanto, fala expressamente do poder “de agir de outro modo” e não “de acordo com a norma”. Sob nosso ponto de vista esta discreta adaptação do discurso original em nada prejudica sua compreensão, sendo inclusive repetida em outras obras de peso, como em WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, p.197.

¹⁵¹ Isso implica também excluir a *inexigibilidade* do campo da *justificação*, porque para o autor estamos diante de um problema relativo às pessoas, e não à lei, como vemos em FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.63-77.

¹⁵² No mesmo sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.277.

¹⁵³ Na análise de CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.12.

¹⁵⁴ Como também percebe FERNANDEZ, Gonzalo D., **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad**, p.34.

Parece-nos indispensável destacar que as teorizações de FREUDENTHAL se desenvolveram no contexto da empobrecida Alemanha da “República de Weimar”¹⁵⁵, e que o autor abordou o tema da *inexigibilidad* a partir de sua origem, identificada na atividade jurisprudencial do Tribunal Supremo Alemão, que em vários casos afastou a censura penal em nome dos princípios do Direito Penal, dando-lhes uma acentuada compreensão social, não menos que humana¹⁵⁶. Aderindo à iniciativa dos magistrados de promover a adequação da ciência penal à realidade social¹⁵⁷ o autor se lançou em defesa da necessidade de *exculpación* por *inexigibilidad*, mostrando uma preocupação em afastar a responsabilidade penal de pessoas vitimizadas por condições materiais desfavoráveis que acabavam sendo selecionadas pelo sistema de justiça criminal, especialmente no caso de empregados ou prestadores de serviço que, por ordem de seus superiores, assumiram determinados riscos ou realizaram ações proibidas por medo de perder seu sustento.

Dentre os vários casos, julgados pelo Tribunal ou retirados do cotidiano, analisados por FREUDENTHAL em seu artigo, julgamos pertinente apresentar aqui ao menos três para demonstrar a importância deste contato entre a teoria e a vida concreta por meio da idéia de *inexigibilidad*.

No primeiro, de “interesse social particularmente alto”¹⁵⁸, o cocheiro havia atrelado um segundo cavalo à carruagem por ordem expressa de seu patrão, ainda que ambos representassem o risco de utilizar este animal, de natureza

¹⁵⁵ Derrotada após a primeira guerra a Alemanha enfrentava gravíssima crise econômica, período em que “testemunhou um espetacular colapso do sistema monetário”. Em 1923 – um ano após a publicação da tese de FREUDENTHAL – “a unidade monetária foi reduzida a um milionésimo de milhão de seu valor de 1913, ou seja, na prática o valor da moeda foi reduzido a zero”. In: HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**, p.94.

¹⁵⁶ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.78.

¹⁵⁷ Como também concorda FERNANDEZ, Gonzalo D., **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad**, p.40. A superação da teoria penal de “fim em si mesma” para “mediação da vida” ainda não foi devidamente aprendida por grande parte dos doutrinadores, que seguem presos à razão moderna puramente instrumental, da qual FREUDENTHAL logrou escapar ainda no início do século XX. Todavia, e evidentemente, sua iniciativa não é idêntica em seus pressupostos à proposta da atual teoria crítica, o que, todavia, em nada reduz seu mérito. Não podemos deixar de perceber que as contribuições decisivas para o Direito Penal têm origem em autores que constroem a dogmática a partir da e para a própria realidade, ou seja, como racionalizações que tem por objetivo resolver os problemas reais que envolvem sua existência e a vida em comunidade, desprezando o dogmatismo elocubrativo e metafísico, pretensamente erudito e que se cultiva como “arte por arte”, segundo GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.12-13.

¹⁵⁸ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.80.

especialmente arredia¹⁵⁹. Ao iniciar o percurso, o comportamento imprevisível do cavalo fez com que o cocheiro perdesse a rédea e o controle da carruagem, que acabou atingindo um pedestre, fraturando-lhe a perna. Neste caso, o Tribunal absolveu o cocheiro da imputação de lesão corporal culposa porque a previsibilidade do resultado não era suficiente para caracterizar a imprudência, mas, e mais importante aqui, admitiu também a *exculpação* pelo fundamento da *inexigibilidade*, porque a desobediência à ordem do patrão produzia o fundado temor de perder o trabalho que constituía sua única forma de subsistência¹⁶⁰.

No segundo, um maquinista produziu uma colisão com outro trem que estava parado na estação porque não fechou completamente a manivela de freio, apesar de tal procedimento constar expressamente no regulamento profissional da atividade. Em sua defesa, o funcionário alegou que a rigorosa observação das normas técnicas tornaria faticamente impossível o cumprimento dos horários previstos pela empresa, e tendo ele sido mais de uma vez advertido por seus superiores por atraso e com a certeza de que novo descumprimento deste critério de eficiência lhe faria perder o emprego, via-se obrigado a adotar um método de frenagem menos seguro, porém, mais rápido¹⁶¹. Neste caso, ainda que sem mais detalhes, o autor sinaliza no sentido de adotar uma solução semelhante ao caso anterior, pelo mesmo fundamento.

O terceiro traduz o esforço de FREUDENTHAL em estender a *exculpação* por *inexigibilidade* também para os fatos típicos dolosos – uma hipótese amplamente rejeitada pela jurisprudência e especialmente pela doutrina – pois se a *exigibilidade* é a própria essência da culpabilidade não havia mais qualquer argumento que justificasse sua arbitrária exclusão dos injustos dolosos¹⁶². Na tentativa de demonstrar este argumento refere-se ao hoje célebre

¹⁵⁹ Trata-se do famoso caso “Leinenfänger”, por ser assim chamado em alemão o cavalo de tiro que, mesmo enganchado a uma carroça, é capaz de controlar as rédeas com a cauda, o que representa uma enorme dificuldade para que o cocheiro o conduza, podendo eventualmente perder o controle, como explica a nota de José Arturo Rodríguez Muñoz em MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, p.220.

¹⁶⁰ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.80-82.

¹⁶¹ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.83.

¹⁶² Nas palavras do autor traduzidas para o espanhol, “Claro es que el elemento *ético* de la culpabilidad no está expresado en la ley. Pero yace en la esencia de la culpabilidad; por consiguiente, en la esencia de *cada una* de sus formas: también, pues, en la del dolo”. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y**

“caso da cegonha”¹⁶³, assim resumido: uma companhia mineradora concedia licença remunerada para os trabalhadores no dia do nascimento de seus filhos, desde que o parto ocorresse em dia útil. Como eventualmente as crianças nasciam no domingo, os pais exigiam que a parteira falsificasse o documento de registro para que nele constasse o aniversário como tendo ocorrido em dia de trabalho, sob pena de dispensá-la e contratar outra, disposta a atender ao pedido. Descoberta a fraude pela empresa e denunciada às autoridades, a parteira foi condenada. Para FREUDENTHAL, entretanto ela deveria ter sido exculpada, mesmo tendo realizado dolosamente o fato típico, porque a ameaça de perder sua única fonte de renda tornava inexigível o descumprimento do requisito dos mineradores¹⁶⁴.

Apesar de demonstrar a importância fundamental da idéia de *inexigibilidad* no Direito Penal, a análise de FREUDENTHAL destes casos não resolveu o problema de sua indefinição e alcance teórico; ao estar condicionada a certos casos particulares a *inexigibilidad* mostrava-se em princípio pouco afim ao rigor técnico associado ao Direito Penal, demandando uma descrição pormenorizada. Esta inconsistência aparentemente foi responsável por conduzir o autor à conclusão de que, embora fosse preciso sempre rejeitar a culpabilidade se inexigível outra conduta, a aplicação judicial da idéia de *inexigibilidad* requeria ainda cuidadoso desenvolvimento doutrinário¹⁶⁵.

O impacto da proposta de FREUDENTHAL da *inexigibilidad* como causa geral e *supralegal* de exclusão da culpabilidade para todos os tipos de injusto (dolosos ou imprudentes) garantiu – ao menos inicialmente – o desenvolvimento teórico que lhe preocupava, mobilizando o ambiente acadêmico e produzindo importantes debates¹⁶⁶.

reproche en el derecho penal, p.85.

¹⁶³ Ou “Klapperstorch”, como é referido na doutrina penal alemã, por exemplo, em MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, p.222-223.

¹⁶⁴ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.86-87.

¹⁶⁵ FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.88.

¹⁶⁶ No que coincidem ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.795-796, n.11 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.325.

Entre os autores que se destacaram neste esforço geralmente faz-se referência à GOLDSCHMIDT¹⁶⁷, para quem a *anormalidade* da motivação que decide pela violação do dever jurídico seria o único e específico pressuposto da *inexigibilidade*¹⁶⁸, um fundamento comum a todas as causas de *exculpação* e válido tanto para fatos dolosos como imprudentes.

Ao defender a *norma de dever* estabelecida pelo ordenamento jurídico-penal como limite material daquilo que se pode exigir do sujeito em uma situação concreta¹⁶⁹ sustentou ainda que as causas de *exculpação* não precisam estar todas tipificadas na lei, sendo suficiente para resguardar a segurança ou previsibilidade das decisões penais que a *exculpação* atenda aos “interesses preponderantes da comunidade jurídica”, sendo assim considerados aqueles que segundo as circunstâncias admitem a superação do dever de obedecer a norma (equivalente à “motivação normal”) do “homem médio”¹⁷⁰. GOLDSCHMIDT não admitiu, entretanto, que características pessoais do indivíduo fundamentem a *anormalidade* de sua motivação e determinem a *exculpação*, afastando a incidência da *inexigibilidade* daqueles que atuam em nome de uma crença ou convicção¹⁷¹. Por este caminho, chega a uma concepção parecida, mas não idêntica, à proposta de FREUDENTHAL¹⁷².

Além de GOLDSCHMIDT, a *exigibilidade* como elemento central da culpabilidade também foi desenvolvida por E. SCHMIDT, que em sua atualização da vigésima-quinta edição do clássico de VON LISZT¹⁷³ anotou que não era possível uma plena reprovação penal se a representação do resultado típico ou do dano produzido não fosse suficientemente forte como para motivar o autor a um comportamento normativamente adequado. Essa avaliação da *anormalidade* deveria ser realizada, segundo SCHMIDT, pelo juiz, que

¹⁶⁷ Que na verdade desenvolveu seus trabalhos paralelamente a FREUDENTHAL. Destaca-se aqui uma obra anterior ao ensaio de FREUDENTHAL, publicada em 1913, a saber, GOLDSCHMIDT, James. **Der Notstand, ein Schuldproblem.**

¹⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.112.

¹⁶⁹ Como também constata em sua análise da obra de GOLDSCHMIDT, CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.13.

¹⁷⁰ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.114-123.

¹⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.122.

¹⁷² Da mesma opinião BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal, vol.2**, p.314.

¹⁷³ No original, VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.**

informado por sua experiência de vida seria capaz de determinar como atuaria o cidadão médio em situação semelhante àquela que julga¹⁷⁴.

Nada obstante o impacto da proposta de FREUDENTHAL e o seu interessante desenvolvimento doutrinário – especialmente em GOLDSCHMIDT e E. SCHMIDT – mesmo antes da segunda guerra mundial a idéia de *inexigibilidade* como causa geral de *exculpação* já havia sido rejeitada pela literatura penal dominante¹⁷⁵, *iluminando fugazmente o horizonte, para voltar a desaparecer na escuridão*¹⁷⁶.

As críticas se concentravam principalmente na falta de um parâmetro seguro para determinar a *exigibilidade* – pela ameaça que a proposta trazia para a “segurança jurídica” – e em sua extensão como causa *supralegal* de *exculpação* – porque caberia ao legislador, e não ao juiz, fixar o que pode ser exigido do homem médio¹⁷⁷. Tais objeções acabaram por soterrar a doutrina da *exigibilidade* e se impuseram majoritariamente¹⁷⁸.

Na análise crítica de MUÑOZ CONDE/ARÁN essa ampla recusa à *inexigibilidade* foi, sobretudo, conseqüência do esforço teórico da doutrina penal que aderiu à proposta nacional-socialista¹⁷⁹, que afirmava ser incompatível o reconhecimento institucional das debilidades ou fraquezas humanas com o rígido e superior senso moral alemão¹⁸⁰, cuja fortaleza de caráter era demonstrada

¹⁷⁴ Como faz referência HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.53 e explica CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.16-17.

¹⁷⁵ Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.325.

¹⁷⁶ Conforme DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**, p.71.

¹⁷⁷ Exemplo e síntese deste pensamento arbitrário em DOHNA, ao sustentar que “no puede aceptarse, en efecto, que cualquiera que se deja llevar por la tentación de defender sus intereses, aun en contra de las prohibiciones del orden jurídico, pueda contar con una disculpa ante los estrados de la justicia, porque han existido circunstancias que despierten en caracteres más débiles la conciencia de que ellos podrían conducirse de igual modo en idéntica situación”. DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**, p.72.

¹⁷⁸ Síntese das críticas em CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.18-21.

¹⁷⁹ Os autores fazem uma explícita referência a Edmund Mezger, que apesar de na década de 30 reconhecer a *inexigibilidade* com causa *supralegal* de *exculpação* – ainda que em uma zona limítrofe extrema – anos depois e em outra obra afastou essa concepção, opondo-se explicitamente a Freudenthal e assumindo uma postura legalista. Interessante, para constatar essa mudança, comparar MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**, p.223 com MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, p.272-273.

¹⁸⁰ Referindo-se especialmente à expressão “humana fragilitas”, bastante citada na época, como vemos em DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**, p.72 e reproduzida, mais recentemente, em MAURACH, Reinhart e ZIPF, Hein. **Derecho Penal**, p.551, n.4.

precisamente nos momentos mais extremos e difíceis da vida¹⁸¹. Paradoxalmente, foi esse mesmo argumento de *inexigibilidade* – rejeitado pelos autores cúmplices do regime nazista – resgatado e utilizado como fundamento da *exculpação* de grande parte dos colaboradores civis do Terceiro Reich após o fim da segunda guerra¹⁸².

De qualquer forma, a retomada teórica da *inexigibilidade* só acontece durante a década de 50, sendo o marco teórico o ensaio de HENKEL, do qual nos ocuparemos fora do âmbito de sucinta revisão histórica proposta por entendermos que seu trabalho representa o momento a partir do qual se desenvolve o atual horizonte compreensivo da *inexigibilidade*.

A sucinta digressão histórica apresentada serve, em todo caso, para deixar claro que no cenário de pobreza e exclusão social dos países periféricos ao capitalismo global a rejeição pura e simples da *inexigibilidade* como fundamento para *exculpação* (legal ou *supralegal*) é, no mínimo, irresponsável¹⁸³.

Neste sentido, parece imperativo que a teoria crítica (re)construa a dogmática penal a partir das condições materiais de vida da população destinatária destas normas – e entre eles especialmente os que compõem sua clientela preferencial – denunciando a origem de movimentos ideológicos que negam a existência ou dignidade da vida por meio do discurso jurídico. Temos por certo que o alarme da crise do sistema penal brasileiro é alto suficiente como para *despertar o problema da inexigibilidade do sono de bela adormecida*¹⁸⁴.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.391-392.

¹⁸² Em especial no famoso “caso da eutanásia”, que será adiante analisado. Crítica em MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.392.

¹⁸³ Quando não sintoma da emergência de um Estado Penal. Comparar a crítica com a posição de BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**, p.160-161.

¹⁸⁴ SCHMIDT, Eberhard. **Süddeutsche Juristische Zeitung** em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.960, §22, n.138 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.325. Para Schmidt o tal “sono” da *inexigibilidade* teria sido provocado pelo “pinchazo del pensamiento jurídico nacional socialista”, como faz referência HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.59.

5. O princípio da inexigibilidade na literatura penal: sucinta revisão doutrinária

Visto o surgimento da *inexigibilidade* como algo fundamentalmente ligado às condições de produção, reprodução e desenvolvimento da vida na empobrecida sociedade alemã nas primeiras décadas do século XX e seu curto mas interessante desdobramento teórico, interessa-nos agora definir a natureza jurídica da *inexigibilidade* em autores contemporâneos¹⁸⁵, um problema marcado por grande controvérsia e que encontra uma série de formas de resistência e dissonância teórica.

Todavia, como a *exigibilidade* é pressuposto das *situações supralegais de exculpação*, não é possível evitar a análise destas questões, muito embora isso seja feito apenas resumidamente.

Contemporaneamente o conceito de *inexigibilidade* é apresentado pela doutrina penal a partir de múltiplas perspectivas, mas podemos generalizá-las da seguinte forma: a) em posição dominante a teoria tradicional filiada à doutrina alemã define a *inexigibilidade* como um *princípio regulativo* na aplicação do Direito, deslocando-a do campo específico da culpabilidade e rejeitando-a como fundamento geral de *exculpação supralegal*; b) em posição ainda minoritária a teoria moderna filiada ao pensamento crítico define a *inexigibilidade* como a própria *essência* do *juízo de exigibilidade* e, portanto, como argumento legítimo para fundamentar todas as formas de *exculpação* – o que inclui todas as situações *supralegais* – especialmente no exame da culpabilidade.

Apresentamos a seguir o desenvolvimento de cada uma das duas propostas, começando pela primeira a partir de seu histórico marco teórico.

¹⁸⁵ Aqui é preciso uma advertência: a dicotomia entre autores “clássicos” e “contemporâneos” no tema da *inexigibilidade* não é definida por um critério temporal linear. O fundamental de tal divisão está na compatibilidade das análises teóricas frente àquilo que temos denominado de “moderna teoria do fato punível”.

5.1. A inexigibilidade como um princípio jurídico formal-regulativo: o resgate doutrinário de HENKEL e sua repercussão na teoria penal alemã

Havíamos mencionado que o resgate do conceito de *inexigibilidade* após seu ocaso na literatura penal entre-guerras é atribuído à HENKEL, por seu artigo “Exigibilidade e inexigibilidade como principio jurídico regulativo”¹⁸⁶.

Consciente do papel da pressão política nazista na rejeição de qualquer possibilidade de “indulgência supralegal” desenvolvida pela doutrina¹⁸⁷, HENKEL partiu de uma visão mais ampla e funcional do ordenamento jurídico para definir a *inexigibilidade* como princípio jurídico formal capaz de regular a aplicação do Direito em situações de conflito. Sua tese, sintetizada no título de seu trabalho, postula que a *inexigibilidade* não é exclusiva do Direito Penal, sendo critério formal de ponderação presente em todo sistema jurídico e, exatamente por isso, necessário e válido também para o Direito Penal¹⁸⁸.

Apesar de deixar claro que o *princípio da exigibilidade* não é exclusivo do Direito Penal, mas intrínseco ao ordenamento jurídico, o autor enfatiza sua importância nesta área. Assim, afirma que a *inexigibilidade* é fundamental na avaliação e julgamento de casos penais, porque parâmetro para delimitar o dever de conduta estabelecido pelos tipos legais¹⁸⁹, influenciando não apenas a culpabilidade, mas toda teoria do delito. O *princípio da inexigibilidade* seria, portanto, equivalente aos demais princípios do Direito Penal, como a culpabilidade e, especialmente, a proporcionalidade¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Publicado em 1954, o artigo fazia parte de um livro em homenagem aos 70 anos de MEZGER, no original HENKEL, Heinrich. **Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip.**

¹⁸⁷ Além da pressão política nazista como motivo material da rejeição da *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação* há referência também a um motivo formal, a saber, uma sentença do Tribunal Superior de 11 de novembro de 1932 que negou que a jurisprudência houvesse reconhecido a *inexigibilidade* como causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade, segundo HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, p.58-60.

¹⁸⁸ Como o Direito Civil, Administrativo e Internacional Privado, como vemos em HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, p.63-73.

¹⁸⁹ Para exemplificar, HENKEL utiliza o princípio da exigibilidade como critério para avaliar a possibilidade de conhecimento do injusto, o que pode ou não afastar o erro de proibição inevitável, como vemos em HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, p.120-122.

¹⁹⁰ Segundo análise de CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.39-47.

Difícil não perceber na análise de HENKEL o predomínio de uma razão estratégica. Isso porque ao transcender a *inexigibilidade* à condição de princípio formal, o autor aproveita a própria lógica da racionalidade jurídica para acabar com o problema de sua “indefinição”, afinal, um princípio sem conteúdo material é algo por natureza pouco suscetível de definições precisas, especialmente realizadas por descrição¹⁹¹. Além disso, a (in)definição da *inexigibilidade* como *princípio* serve simultaneamente ao propósito do autor de rejeitar sua inclusão na estrutura do conceito analítico do fato punível, afastando-a definitivamente da culpabilidade¹⁹².

O mérito da tese de HENKEL pode ser sintetizado em dois momentos. O primeiro e mais óbvio está no fato de que foi a partir do roteiro de suas teorizações que a maioria da dogmática alemã contemporânea voltou a refletir sobre o tema da *inexigibilidade*. O segundo, é que nos termos de sua proposta a *inexigibilidade* informa por igual todas as categorias constitutivas do conceito analítico do fato punível¹⁹³ o que permite, inclusive, que a partir dela se fundamentem causas de *justificação supralegal*, o que não é possível quando se restringe sua aplicação ao âmbito mais específico da culpabilidade¹⁹⁴.

Todavia não podemos ignorar que a tese de HENKEL é incompatível com o pleno desenvolvimento teórico da *exigibilidade*. Isso porque a análise funcional proposta pelo autor é incapaz de identificar o aspecto material da *inexigibilidade*, o que limita sua teoria à dimensão de uma mera redefinição formal do problema; conseqüentemente, ao permanecer como simples referência abstrata, o *princípio da inexigibilidade* é uma “fórmula vazia”¹⁹⁵, uma idéia insuficiente para reduzir

¹⁹¹ A definição operacional de um conceito requer um cumulativo processo de redução classificatória. A descrição de seus elementos constitutivos recorre à lógica da distinção, analogia e oposição para construir um conceito que “é”, “é como” e “não é” simultaneamente. Assim, no caso aqui tratado, um princípio “é como” uma norma, mas “não é” uma regra, sem que com isso se chegue a uma definição satisfatória por distinção, capaz de dizer o que um princípio “é”, ou seja, descrevê-lo com precisão. Comparar, em relação aos critérios de classificação, DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**, p.3-5 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.71-72.

¹⁹² A síntese da proposta em HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.130.

¹⁹³ HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.73-74.

¹⁹⁴ Assim, FERNANDEZ, Gonzalo D., **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad**, p.34-35, o que pode ser confirmado em HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.78-83.

¹⁹⁵ Na expressão de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §22, n.141, p.961.

as hipóteses exculpantes a um mesmo fundamento, o que por sua vez exclui a *inexigibilidade* como fundamento geral de *exculpação*, restringindo a possibilidade de uma *exculpação supralegal*. Em verdade foi esta inconsistência teórica na proposta de HENKEL sobre a *inexigibilidade* como princípio regulativo o principal argumento das opiniões doutrinárias mais conservadoras desenvolvidas após a publicação de sua tese, que em uníssono rejeitaram a possibilidade de reconhecer a *exculpação* por hipótese não prevista em lei, nada obstante o reconhecimento da existência do *princípio regulativo da inexigibilidade* no Direito Penal.

Entre os autores tributários a esta orientação, a posição mais rigorosa está resumida em BOCKELMANN/VOLK, que em defesa da necessidade de “segurança jurídica” propõe a simples rejeição da *inexigibilidade* como causa de *exculpação supralegal*¹⁹⁶. De forma muito parecida, por medo de fragilizar pela “indefinição conceitual” a “previsibilidade” formal do sistema jurídico, WESSELS não aceita a idéia de *inexigibilidade* como fundamento geral de *exculpação*, sob argumento de que isso abriria “portas e portões para a insegurança jurídica”¹⁹⁷. Em posição semelhante – e de certo modo incomum entre os demais autores brasileiros e latino-americanos do mesmo período – FRAGOSO rejeita a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação* por receio do “abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal”¹⁹⁸.

MAURACH/ZIPF somam argumentos neste sentido, afirmando que renunciar à punição por conta de argumentos que não pertencem ao Direito Penal significaria desconsiderar a advertência de que “tout comprendre, c’est tout pardonner”, o que é inadmissível no rigor do Direito Penal, especialmente em relação aos crimes dolosos¹⁹⁹. Em posição muito similar, JESCHECK/WEIGEND sustentam que a *inexigibilidade* como causa de *exculpação supralegal* é um critério inidôneo, e admiti-lo não apenas diminuiria

¹⁹⁶ BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**, p.160-161.

¹⁹⁷ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.97.

¹⁹⁸ Até porque não é possível defini-lo como “conservador”, no sentido do texto. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p.218.

¹⁹⁹ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.556, n.14.

qualquer efeito preventivo geral possível do Direito Penal como também conduziria à aplicação desigual do Direito²⁰⁰.

Evidentemente, estas posições não se sustentam no cenário científico contemporâneo, informado pelo conhecimento transdisciplinar, especialmente diante da decisiva contribuição da criminologia crítica, que denunciou o caráter meramente ilusório da idéia de segurança jurídica, como signo que oculta formas específicas de dominação incorporadas e reproduzidas na dogmática penal²⁰¹.

Nada obstante, e alheia à crítica, fato é que a doutrina penal alemã dominante rejeita a *inexigibilidade* como fundamento geral de *exculpação supralegal*. Todavia, uma leitura mais atenta descobre uma crescente flexibilização de posturas antes absolutamente intransigentes neste tema. Reflexões menos estritas e algumas concessões em favor da *inexigibilidade* como causa de *exculpação* a partir de argumentos *supralegais* vão se tornando progressivamente mais frequentes e aos poucos sendo desenvolvidas, até para evitar contradições insustentáveis²⁰².

O desenvolvimento destas concessões teóricas é sintoma de uma crise no conceito de culpabilidade que ainda não absorveu os efeitos de sua redefinição material²⁰³, insistindo em manter-se impermeável aos argumentos jurídicos e críticos cuja origem está além da estrutura formal da dogmática penal. Para enfrentar esta incompatibilidade autores contemporâneos recorrem a duas estratégias complementares: primeiro, admitem a *inexigibilidade* como *princípio* capaz de afastar a punibilidade em situações excepcionais, mas simultaneamente negam a *exigibilidade* como um elemento do tipo de culpabilidade, o que lhes obriga a identificá-la em um “outro lugar” na estrutura do conceito analítico de fato punível, variando sua localização de acordo com cada teoria. Segundo, tentam adaptar por analogia aquelas que seriam *situações supralegais de exculpação* à causas de exclusão da culpabilidade já previstas na lei penal, o que

²⁰⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.542.

²⁰¹ Como vemos em ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, 138-167.

²⁰² Concessões que os autores admitem como “exceções”, como vemos, por exemplo, em JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**, p.454, e MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.546, sobretudo para os crimes omissivos.

²⁰³ Como também percebe CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.325.

no caso da doutrina alemã é óbvio na recorrente tentativa de caracterizar qualquer hipótese de *exculpação* não prevista em lei penal como se fosse situação de *estado de necessidade exculpante*.

Diante da frequência deste raciocínio na literatura penal que constitui a *matrix* do pensamento científico do Direito Penal continental-europeu e latino-americano²⁰⁴ é preciso, sob nossa perspectiva, analisá-lo com mais cuidado no intuito de aproveitar aquilo que em princípio seriam objeções substanciais ao propósito de fundamentar dogmaticamente a possibilidade de reconhecer a *exculpação supralegal* pelo argumento da *inexigibilidade*.

Como critério metodológico, escolhemos três diferentes perspectivas sobre o tema, que sob nosso ponto de vista expõe esse conflito e evidenciam o uso das duas estratégias antes referidas. São elas: a) a teoria de JESCHECK/WEIGEND da *inexigibilidade* como *princípio regulativo e causa de exculpação* vinculada a uma situação legal, b) a teoria de MAURACH/ZIPF da *responsabilidade pelo fato*, que antecipa o *juízo de exigibilidade* ao exame da culpabilidade e finalmente, c) a teoria da *responsabilidade normativa* de ROXIN, que melhor traduz a mudança de sentido no âmbito da doutrina penal alemã de permitir a *exculpação supralegal*, chegando a oferecer substrato inédito para sua fundamentação.

5.2. Inexigibilidade como princípio vinculado a uma hipótese legal

Começamos por JESCHECK/WEIGEND, que admitem a tese de existência da *exigibilidade* como um “princípio regulativo”, mas rejeitam a *inexigibilidade* como causa de *exculpação supralegal*. Por esta via os autores seguem tributários ao pensamento conservador que apela à segurança jurídica, afirmando que só é possível a *exculpação* nos casos em que for possível aproximar a situação definida como inexigível da hipótese legal do *estado de*

²⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.iii.

necessidade exculpante. Assim, se admitidas, as hipóteses de *exculpação supralegal* devem constituir exceções de alguma forma vinculadas à lei penal²⁰⁵.

Em relação ao âmbito de incidência deste princípio, e ao contrário de HENKEL, os autores limitam seu alcance apenas à culpabilidade, e não a todos os elementos do delito²⁰⁶, e neste ponto diferenciam causas de *exclusão da culpabilidade* de causas de *exculpação*.

Essa diferenciação, que se refere a primeira estratégia de negação da *inexigibilidade* como fundamento de *exculpação supralegal*, afirma que seriam causas de *exclusão da culpabilidade* somente a *inimputabilidade* e o *erro de proibição inevitável*, porque a possibilidade de compreensão e o conhecimento real do injusto são elementos que fundamentam a culpabilidade, ou seja, são os elementos sobre o qual se exerce a reprovação, e não a reprovação em si. Já a impossibilidade de exigir um comportamento adequado ao Direito por força de circunstâncias excepcionais seria uma causa de *exculpação* de sujeitos *culpáveis*, visto que as hipóteses exculpantes excluem um juízo de censura sobre indivíduos portadores dos atributos da culpabilidade²⁰⁷.

Entendemos, todavia, que a diferenciação entre causas de *exclusão da culpabilidade* e *exculpação* é puramente formal, tratando-se de refinamento dogmático que, neste caso, não se justifica. A culpabilidade, afinal, não é um problema de consciência, mas de responsabilidade, que não pode ser atribuída a sujeitos concretos em situações que limitam sua capacidade de conduta²⁰⁸. A partir da redefinição material da culpabilidade como *juízo de exigibilidade* pelo princípio da *alteridade* e da *vulnerabilidade* os casos de *inexigibilidade* de comportamento adequado a norma excluem qualquer tipo de juízo de reprovação,

²⁰⁵ E no contexto da legislação alemã, essa referência geralmente é feita ao estado de *necessidade exculpante*. Assim, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.514.

²⁰⁶ Como aponta BUSTOS RAMÍREZ, o único objetivo pelo qual JESCHECK/WEIGEND defendem a existência da *exigibilidade* como mero “princípio regulativo” é excluir o conceito do tipo de culpabilidade, evitando assim aceitá-la como *causa geral de exculpação*. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.387.

²⁰⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.512-513. Da mesma forma, entre outros, WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.91. Uma divisão formal ainda mais criteriosa, ainda que sem oferecer substancial vantagem de análise em WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática...**, p.47-85.

²⁰⁸ Comparar com ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.814-815, n.49.

apesar do pleno conhecimento do injusto: se a culpabilidade é o próprio *juízo de exigibilidade*, nos casos em que o Estado não pode exigir do indivíduo um comportamento normativamente adequado simplesmente não há culpabilidade, independentemente de ter sido afastada, desculpada ou excluída.

Torna-se possível portanto, inclusive sustentar o oposto do que defendem JESCHECK/WEIGEND, pois a partir do momento em que se compreende a *inexigibilidade* como essência última²⁰⁹ ou *ratio* de toda as causas que excluem a culpabilidade²¹⁰ ela incorpora a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável. Daí porque se entende que, apesar da diferenciação antes referida – que em última análise pouco ou nada afeta nossa proposta – as situações de *exculpação* excluem ou reduzem a culpabilidade da mesma forma que a ausência de imputabilidade e consciência da antijuridicidade²¹¹. Feita esta análise passamos a teoria de MAURACH/ZIPF, que é objeto de análise por sua especial originalidade.

5.3. Responsabilidade pelo fato e a antecipação do juízo de exigibilidade

Ao igual que a maioria da doutrina MAURACH/ZIPF incorporam a *inexigibilidade* como *princípio regulativo*, seguindo a lição de HENKEL, mas – ao contrário de JESCHECK/WEIGEND – admitem sua aplicação em toda a teoria do fato punível **exceto** na culpabilidade. Isso porque acreditam em um conceito de culpabilidade “fechado em si mesmo”, afirmando que se trata de uma “tarefa especial” do Direito Penal que ao “seguir suas próprias leis” dispensa a incidência de princípios regulativos gerais e o contato com qualquer outra área do ordenamento, até mesmo argumentos de origem jurídico-constitucional²¹². Condicionam, portanto, a validade do *princípio da inexigibilidade* à possibilidade de relacioná-lo a uma hipótese de *exculpação* prevista na lei penal, especialmente o *estado de necessidade exculpante* previsto no Código Penal alemão, rejeitando

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.712.

²¹⁰ Em referência a Scarano, MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.145.

²¹¹ Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.277.

²¹² MAURACH, Reinhart e ZIPF, Hein. **Derecho Penal**, p.557-558, n.15.

a possibilidade de uma teoria da exclusão *supralegal* da culpabilidade, que hoje apresentaria apenas interesse histórico²¹³.

Apesar de não rejeitar a possibilidade de uma *justificação supralegal* pelo argumento da *inexigibilidade* os autores constroem um “lugar teórico” específico para a ponderação do princípio, criando a categoria da *responsabilidade pelo fato*, que estaria localizada entre o tipo de injusto e a culpabilidade. Deste modo, MAURACH/ZIPF antecipam o juízo de responsabilidade (que seria geral e informado pelo *princípio da exigibilidade*) à própria análise da culpabilidade (que deve ser sempre individual e determinada exclusivamente por critérios penais).

Ainda que pouco debatida²¹⁴, a proposta é especialmente interessante em dois aspectos: primeiro, porque torna impune a participação nos casos em que o autor não tem *responsabilidade pelo fato*, pois a categoria se soma ao tipo de injusto como condição de punibilidade do partícipe²¹⁵; segundo, e mais importante, porque – nos termos da versão original – permite que os inimputáveis se beneficiem do *estado de necessidade exculpante* previsto pela lei penal alemã²¹⁶, o que implica reconhecer – no sentido da proposta que estamos a desenhar – que as situações de *exculpação* também afastam a possibilidade de aplicação de medidas de segurança ou sócio-educativas em situações de *inexigibilidade*²¹⁷.

Ainda que em desacordo com a teoria da *responsabilidade pelo fato* é preciso preservar seu mérito destacado, especialmente no segundo aspecto, pois seria absolutamente contrário aos objetivos deste trabalho descartar a possibilidade de *exculpação* para certos tipos de injusto realizados por indivíduos

²¹³ Não se pode esquecer, em todo caso, que há expressa previsão do *estado de necessidade exculpante* no Código Penal alemão, especificamente no seu §35, de tal forma que muitos casos que adiante tratamos como *situações supralegais de exculpação* lá são ralacionados à hipótese legal de *exculpação por estado de necessidade*, sendo esta a regra do moderno “abrandamento” relativo à exigibilidade realizado pela doutrina alemã, como veremos com mais detalhe adiante. MAURACH, Reinhart e ZIPF, Hein. **Derecho Penal**, p.557-558, n.14-15.

²¹⁴ À exceção, especialmente, de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.815-817, n.50-53.

²¹⁵ Comparar com ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.816, §19, n.50 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Derecho Penal**, p.364-365.

²¹⁶ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.528-529, n.37-38.

²¹⁷ Vale notar que mesmo a melhor crítica contra esta segunda derivação da proposta de MAURACH/ZIPF é inconsistente, porque apelando para critérios funcionais, como vemos em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.816-817, §19, n.52-53.

inimputáveis em nome da rigidez sistêmica do conceito analítico de fato punível. Estamos a pensar especialmente no caso dos menores, para os quais em certos casos não é razoável negar o direito de invocar o *erro de proibição* ou *inexigibilidade* para afastar uma medida sócio-educativa, o que fica evidente se tomarmos como exemplo a injustiça de uma intervenção estatal contra estudantes secundaristas que participam de um ato de *desobediência civil* em favor da gratuidade do transporte público, desde que sua ação esteja no marco desta *situação de exculpação supralegal*, adiante definida.

Sucintamente revista a teoria de MAURACH/ZIPF, nos concentramos agora na análise da *inexigibilidade* em ROXIN, cuja perspectiva representa um avanço na doutrina penal alemã no sentido de reconduzir a *inexigibilidade* ao exame da culpabilidade e aproveitá-la como fundamento para novas e *supralegais* situações de *exculpação*.

5.4. A teoria da responsabilidade normativa de ROXIN

O sinal mais evidente da crescente valorização da *inexigibilidade* como conceito necessário ao Direito Penal moderno está em ROXIN, que surge como o teórico responsável pela transição entre a rejeição e aceitação da *inexigibilidade* como fundamento geral de *exculpação* na moderna teoria do fato punível no âmbito da ciência penal alemã.

A aproximação de ROXIN ao tema da *inexigibilidade* se dá a partir de uma lógica sistêmica que privilegia o aspecto funcional e formal do Direito Penal. Para determinar a *inexigibilidade*, o autor parte do conceito de *responsabilidade normativa*, uma categoria superior que integra à culpabilidade um critério de política-criminal definido a partir da desnecessidade de aplicação de pena com fins preventivos²¹⁸. De fato, para ROXIN, a função de prevenção geral atribuída à pena criminal é fundamental como critério determinante da possibilidade de *exculpação*, ainda que a mesma não integre o conceito analítico

²¹⁸ Como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.327.

de culpabilidade²¹⁹. Assim, a *inexigibilidade* seria uma hipótese de *exclusão da responsabilidade* penal, e não propriamente da culpabilidade, que seguiria intacta, vez que o fundamento da *exculpação* não estaria vinculado à *dirigibilidade normativa*, mas à desnecessidade de punição com fins preventivos²²⁰.

Antes de qualquer crítica é preciso perceber a vantagem da teoria da *responsabilidade normativa* no sentido de permitir o afastamento da punibilidade também em situações não previstas expressamente na lei penal, sempre que para estes casos a aplicação de pena não cumpra qualquer função preventiva restauradora da validade do ordenamento²²¹. Sobre esta premissa ROXIN desenvolve as principais formas de *exculpação supralegal* que serão objeto de análise neste trabalho, sendo sua colaboração neste ponto o aspecto mais importante de sua teoria no tema que estamos a tratar.

Mesmo assim, a concepção de ROXIN enfrenta críticas substanciais. Ainda na dimensão da dogmática penal alemã, poderíamos mencionar a oposição de JESCHECK/WEIGEND contra a *exculpação por inexigibilidade* a partir da função de prevenção atribuída à pena criminal, porque não raro a necessidade de aplicação da pena para fins de prevenção constitui apenas uma imprecisa valoração excessivamente subjetiva que atribui equivocadamente ao juiz o poder de definir a orientação do programa de política criminal oficial, cuja competência seria, em última análise, do legislador²²².

Mais importante e contundente, todavia, é a refutação material construída a partir da criminologia crítica, que demonstra que todo fim preventivo atribuído à pena criminal é irrealizável ou incompatível com o Estado Democrático de Direito²²³ e neste sentido jamais poderia servir como parâmetro para definir a *inexigibilidade* sem violentar a dignidade do ser humano²²⁴. Ao assumirmos

²¹⁹ Como explica MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.355.

²²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.897, §22, n.4.

²²¹ Posições descritas de forma mais clara em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.951, §22, n.123-124 ou p.953-954, §22, n.129b.

²²² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.515.

²²³ Ver, por todos, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.458-490.

²²⁴ Comparar com as posições de MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.392 e ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.951, n.123 e 124 – que atribuem grande importância à

como ponto de partida uma ética material temos por certo que é preciso afastar o conceito de Direito Penal como razão instrumental de manutenção da ordem social do conceito analítico de fato punível²²⁵, para que não se prendam as categorias que definem um fato como crime aos interesses estruturais, vez que elas são limite e não justificação do poder punitivo: ou seja, não se está a negar a importância de uma avaliação sobre a (des)necessidade da pena, mas a afirmar que tal avaliação não pode determinar o próprio conteúdo das categorias do fato punível, sobretudo as *situaciones de inexigibilidad*²²⁶. Como explica FRISCH, o funcionalismo do Direito Penal é produto de um forte apelo à razão instrumental que superestima o critério da necessidade da pena²²⁷, especialmente de sua função declarada de prevenção geral positiva, o qual tem servido para afastar ou autorizar a punição de fatos que podem – isto é, devem – ser resolvidos ainda na dimensão mais estrita da teoria do delito²²⁸ ou por meio de critérios mais adequados ao Estado Democrático de Direito, como a principiologia constitucional.

Neste sentido, vincular a promessa de *exculpação* exclusivamente de acordo com os fins atribuídos à pena criminal significaria abandonar o indivíduo ao arbítrio do poder institucional, pois a necessidade de aplicação da pena é definida exclusivamente pelo Estado, e assim a culpabilidade deixaria de cumprir seu critério de garantia do cidadão frente às pretensões punitivas oficiais²²⁹. Mas a esta conclusão é preciso uma ressalva: ainda que os fins *atribuídos* à pena criminal não coincidam com seus fins *reais*, isso não impede que uma avaliação da desnecessidade preventiva da pena possa eventualmente servir como fundamento ou critério complementar para tornar impuníveis ações sobre as quais não seja possível exercer um *juízo de exigibilidad*. Estamos a afirmar,

avaliação de necessidade/desnecessidade preventiva da pena (supondo a prevenção uma função real da pena criminal) com a crítica de BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.372.

²²⁵ Como sinaliza, ainda que não de forma crítica, FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.277.

²²⁶ FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.278.

²²⁷ Segundo FRISCH em detrimento de uma muito mais importante avaliação do “merecimento” da pena, que decorreria da “gravidade” do fato punível analisado como um todo. Ainda que se trate de uma idéia central para o conceito material de delito proposto pelo autor, não aderimos a essa posição descrita em FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.278-279.

²²⁸ Até este ponto no limite da tese de FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.279.

²²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.366.

portanto, que apesar da crítica, a eventual constatação da *desnecessidade funcional* da pena segue sendo argumento válido e legítimo para afastar ou mitigar a censura penal, porque se em qualquer caso uma pena é representada como *desnecessária* ela será também necessariamente *injusta*²³⁰ ou *imerecida*²³¹, além de *ilegal*²³².

Com esta última conclusão consideramos encerrada a revisão do conceito de *inexigibilidade* na perspectiva da posição dominante apresentada pela teoria tradicional que se sustenta sobre as contribuições da doutrina alemã, o que nos permite agora tentar sintetizar o que foi exposto na descrição daquelas que seriam suas principais características: em primeiro lugar, o consenso de que a *exigibilidade* é um *princípio jurídico* capaz de servir como critério para regular a aplicação das categorias penais, mas que por si só não tem aplicação imediata, dependendo de uma referência normativa, o que torna a idéia de *inexigibilidade* incapaz de fundamentar isoladamente a *exculpação supralegal*; segundo, que o *juízo de exigibilidade* não é essencial ao conceito de culpabilidade, mas um critério complementar avaliado antes ou depois do juízo de reprovabilidade, cuja associação com outros argumentos legais autoriza exculpar, excluir a responsabilidade ou tornar desnecessária a pena criminal, de acordo com as três principais teorias contemporâneas.

Isto posto, passamos à análise da perspectiva construída pela teoria mais próxima ao pensamento crítico, que embora compartilhe em sua origem das mesmas obras que informaram a teoria tradicional alcança resultados muito mais democráticos ao definir a *inexigibilidade* como a própria *essência* do *juízo de exigibilidade* e, por isso, fundamento geral de toda *exculpação*.

²³⁰ Pois nada justifica um absolutamente injusto sofrimento “desnecessário” imposto ao indivíduo pelo Estado, como constata até mesmo a visão menos crítica de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.70.

²³¹ A antes mencionada discrepância em relação a proposta original de FRISCH nos aproxima do pensamento de FREUND, que rejeita a idéia de um “merecimento” da pena que independe e transcende sua “necessidade”, até porque não se admite uma pena sem função, como seria o caso de uma pena “merecida” porém “desnecessária”. Assim, conclui pela identidade entre os conceitos de “merecimento” e “necessidade”, contestando a “metafísica” divisão antes proposta por FRISCH. Detalhes em FREUND, Georg. **Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal**, p.101-102.

²³² Pois que nenhum cidadão pode ser vítima de pena criminal que não cumpra simultaneamente as funções de reprobção e prevenção prevista na redação do artigo 59 do Código Penal.

5.5. Exigibilidade como princípio fundamental e elemento estrutural da culpabilidade

Contrastando com as análises de perfil estritamente dogmático ou funcionalistas posições mais democráticas desenvolvidas paralelamente àquelas da doutrina alemã mantiveram um vínculo mais profundo com a proposta original de *inexigibilidade* em FREUDENTHAL – embora não ignorassem a contribuição de HENKEL – para definir a *exigibilidade* simultaneamente como um *princípio fundamental* do Direito Penal e um *elemento estrutural* da culpabilidade. Entre os vários autores que defendem essa posição – ainda que não de forma semelhante – temos por traço comum o fato de estarem além dos limites geográficos ou epistemológicos da doutrina continental européia, e a alguns deles fazemos referência para demonstrar essa posição.

TOLEDO, por exemplo, afirma que a *inexigibilidade* de outra conduta é a primeira e mais importante *causa de exclusão da culpabilidade*, um verdadeiro princípio do Direito Penal que por estar umbilicalmente ligado com a questão da responsabilidade pessoal dispensa normas expressas para ser reconhecido, embora possa vir a “aflorar” de preceitos legislados²³³. BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE entendem que a *inexigibilidade* como fundamento da *exculpação supralegal* é consequência lógica da redefinição do conteúdo material da culpabilidade, porque indica um caminho que leva a considerar o homem em sua totalidade, e não como um dado a mais no fato²³⁴, sendo hoje categoria necessária no Direito positivo vigente, segundo CIRINO DOS SANTOS²³⁵. Em perspectiva semelhante, BRUNO define a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação* por ser um princípio *implícito* do Direito Penal, aplicável a casos não previstos em lei, capaz de realizar um “ajuste humanitário” do sistema de justiça criminal²³⁶, ainda que dele se exija alguma limitação a partir

²³³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, p.328, n.283.

²³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.377.

²³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.326.

²³⁶ Em muito parecida à já referida posição original de FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.78.

de um critério seletivo para evitar uma aplicação indiscriminada²³⁷. Por isso, para TAVARES, o princípio da *exigibilidade* vem sempre associado a outros critérios complementares, que informam sua constituição; ainda segundo o autor, na concepção de uma culpabilidade limitadora própria do Direito Penal de garantia, a *inexigibilidade* cumpre papel fundamental na teoria do delito como *critério regulador* da capacidade real de motivação, especialmente – porém não exclusivamente – em face da lesão aos deveres de cuidado dos delitos culposos, capaz de em certos casos excluir a culpabilidade²³⁸, servindo também como cláusula geral de *exculpação supralegal* para os crimes de omissão²³⁹.

Em MACHADO a *inexigibilidade* de comportamento conforme a norma decorre de um princípio *inerente* ao Direito Penal, sendo causa geral de exclusão da culpabilidade que não admite restrição normativa, podendo exculpar ainda que não específica ou explicitamente prevista, tanto em relação a crimes dolosos como imprudentes²⁴⁰. No mesmo sentido a lição de MESTIERI, para quem a *inexigibilidade* é um *princípio* que se aplica a todas as formas de delito, inclusive dolosos, porque a teoria do fato punível não pode prescindir da culpabilidade, e a *exigibilidade* é sua característica dominante²⁴¹.

Ampliando ainda mais a extensão do *princípio da inexigibilidade* na estrutura do conceito analítico de fato punível, MUÑOZ CONDE/ARÁN afirmam que a idéia de *inexigibilidade* não é privativa da culpabilidade, mas um *princípio geral* que informa e regula todo o ordenamento jurídico nos Estados Democráticos de Direito²⁴², estando também presente no tipo de injusto²⁴³.

²³⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, p.102-103. No mesmo sentido, MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Penal**, p.148.

²³⁸ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.406-407.

²³⁹ TAVARES, Juarez. **A controvérsia em torno dos crimes omissivos**, p.102.

²⁴⁰ MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.148.

²⁴¹ Embora o autor defina a *inexigibilidade* como uma “escusa pessoal” outorgada ao indivíduo a partir da racionalidade do sistema jurídico, em posição muito próxima a de WELZEL, que – ainda na dimensão de uma concepção puramente normativa da culpabilidade – admite a *inexigibilidade* como uma indulgência que o ordenamento jurídico outorga ao autor. Vale notar, entretanto, que para MESTIERI estamos diante de uma causa de exclusão de culpabilidade, o que não reduz a *inexigibilidade* a uma mera “indulgência exculpante” de menor relevância dogmática. Comparar, assim, MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**, p.184 e WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, p.257.

²⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.392. Idéia também presente em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

²⁴³ Porque estaríamos diante de um “conceito relativo” no direito moderno, conforme MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**, p.235 e 238.

Por meio desta revisão, ainda que bastante sucinta²⁴⁴, já fica evidente a enorme influência do pensamento de FREUDENTHAL nestes autores – ao qual a *inexigibilidade* como *princípio regulativo* de HENKEL se agrega de modo complementar e menos intenso – pois o que neles se destaca é a preocupação em afirmar a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação*²⁴⁵, evidente na reiterada definição da *exigibilidade* como *elemento ético essencial* da culpabilidade²⁴⁶, o que torna irrelevante o fato de ela não estar expressamente prevista em lei penal e estende seus efeitos para todas as formas de realização do tipo de injusto, inclusive os dolosos²⁴⁷. Mas mais do que tornar evidente a filiação à uma determinada orientação dogmática o objetivo aqui é valorizar a declarada intenção deste segmento da doutrina de preservar a dignidade individual e limitar o poder punitivo. Reconhecemos, assim, a autoridade e relevância destas ponderações, que serão assumidas como fundantes de um conceito descritivo da *inexigibilidade* capaz de assimilar a redefinição material da culpabilidade e enfrentar as principais refutações à idéia de *exigibilidade de comportamento adequado ao Direito* como *essência* – ou *princípio fundamental* – e *elemento estrutural* da culpabilidade construídas pela dogmática penal contemporânea.

Isso parece ser fundamental porque defender a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação* sem responder às objeções teóricas mais relevantes acabaria por inviabilizar sua existência no Direito Penal e sua aplicação a casos concretos, à semelhança do que aconteceu em sua primeira aparição nas primeiras décadas do século XX. Mas as dificuldades de ontem podem hoje ser superadas, especialmente a partir da redefinição material da culpabilidade, porque segundo BUSTOS RAMÍREZ as opiniões contra a *exigibilidade* como *princípio*

²⁴⁴ Uma revisão pormenorizada do conceito de *inexigibilidade de comportamento adequado à norma* constitui objeto de outros escritos, entre eles YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**, p.41-72.

²⁴⁵ O que está presente na proposta inicial inaugurada por FREUDENTHAL e desenvolvida por seus seguidores, conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.796, n.11.

²⁴⁶ No exato sentido da afirmação de FREUDENTHAL: “Claro es que el elemento *ético* de la culpabilidad no está expresado en la ley. Pero yace en la esencia de la culpabilidad; por consiguiente, en la esencia de *cada una* de sus formas: también, pues, en la del dolo”. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.85.

²⁴⁷ Conforme análise de FERNANDEZ, Gonzalo D., **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad**, p.34.

fundamental e elemento estrutural do conceito analítico de culpabilidade foram desenvolvidas no interior de uma concepção puramente normativo-individual da culpabilidade, absolutamente desinformada sobre a alteração fundamental de seu conteúdo material²⁴⁸.

O desafio, de qualquer forma, é substancial: o comum neste ponto é a polêmica em torno dos critérios utilizados para definir o que são situações *anormais*, qual a natureza jurídica e “correta localização” do conceito, bem como a extensão de seus efeitos além da estrita previsão normativa.

Adentramos, em suma, no campo mais específico da *exigibilidade de comportamento* como terceiro e último componente do conceito normativo de culpabilidade fundado sobre a *alteridade*, no qual vamos tentar resolver inconsistências relativas ao conceito e à natureza jurídica da *exigibilidade* e de seu critério determinante.

6. A natureza jurídica da exigibilidade: tomada de posição

A perplexidade da natureza ambígua da *exigibilidade* no Direito Penal – que sempre teve como objetivo a tentativa de uma teoria do delito como um sistema formal coeso e resistente a contradições – não pode ser ignorada. Por outro lado, tampouco impede seu reconhecimento na estrutura do conceito analítico do fato punível. Para demonstrar esta afirmação, bastaria lembrar que a culpabilidade é simultaneamente princípio e categoria constitutiva do conceito de delito, sem que isso suscite maiores objeções doutrinárias.

À vista disso podemos partir desta premissa: a *exigibilidade* é um *princípio* do Direito Penal que possui especial relação como o *tipo de culpabilidade*, no qual acaba por se revelar verdadeiro elemento estrutural.

Esta definição preliminar não afasta, em todo caso, a possibilidade de incidência do *princípio da exigibilidade* também aos casos de *justificação*, por força da relação dialética necessária entre *tipo de injusto* e *de culpabilidade*, que não podem ser compreendidas como estruturas absolutamente independentes,

²⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. *Manual de Derecho Penal Español*, p.388.

sequer em perspectiva essencialmente formal²⁴⁹. Afinal, como reconhece a doutrina alemã, em uma sociedade democrática cuja ordem jurídica é fundada sobre os direitos fundamentais, o tipo de injusto deve incorporar elementos que estão além do Direito Penal em sentido estrito²⁵⁰.

Isso significa, segundo FRISCH, que o exame do tipo de injusto deve superar a estrita caracterização da tipicidade e verificação da ausência das hipóteses de *justificação*, deslocando para o campo da antijuridicidade uma outra interrogante, a de saber se a realização não *justificada* do tipo está em desconformidade com o ordenamento jurídico constitucional, ou ainda se refere às conhecidas ações socialmente adequadas²⁵¹.

De forma que a identificação da unidade do ordenamento jurídico na Constituição torna dispensável uma enumeração taxativa de todas as causas de *justificação* na legislação penal, admitindo-se a exclusão da antijuridicidade de uma conduta quando a ação típica está autorizada pelo Direito público ou privado²⁵².

Uma tal abertura, que poderia ser descrita como a “constitucionalização” do tipo de injusto (e também do conceito de fato punível, desde um primeiro momento), vincula definitivamente o conteúdo material da antijuridicidade – ou seja, o próprio bem jurídico – aos direitos fundamentais. Assim, se a ação ou omissão típica representa exercício de um direito fundamental é preciso verificar se o bem jurídico violado ou colocado em perigo a) corresponde também a um direito fundamental ou b) trata de um outro valor ou interesse não tutelado pela Constituição como cláusula pétrea. Nestes casos a determinação da existência de tipo de injusto não pode se esgotar com a determinação dos elementos do tipo e a ausência das hipóteses de *justificação*²⁵³.

²⁴⁹ Pois como BUSTOS RAMÍREZ esclarece, mesmo uma análise formal da antijuridicidade deve ter em conta o ordenamento como um todo, especialmente a partir de seu fundamento, isto é, da Constituição. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.186-187.

²⁵⁰ E que se referem ao “âmbito da liberdade geral”, conforme FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.225.

²⁵¹ FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.226.

²⁵² Mas surpreende o fato de que os autores refutem a validade desse mesmo raciocínio na culpabilidade, como visto. MAURACH, Reinhart e ZIPF, Hein. **Derecho Penal**, p.556, n.15.

²⁵³ FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.226.

Em síntese, a avaliação da *antijuridicidade* de um fato típico deve ter em conta a existência de uma possível incompatibilidade entre tipos legais e garantias constitucionais. Consoante este raciocínio, sempre que uma ação ou omissão típica consista na simultânea realização de um direito previsto na Constituição é preciso avaliar se o bem jurídico afetado também pode ser identificado com um direito fundamental, individual ou coletivo. Caso contrário, não haverá antijuridicidade material, porque um sistema jurídico fundado na Constituição não pode definir como “injusta” a preservação daqueles valores que são definidos como o limite mínimo de qualquer possibilidade de “justiça”²⁵⁴, e deste modo a questão sequer alcança o umbral da culpabilidade²⁵⁵.

Não por outra razão as *situações supralegais de exculpação* que encontram em um direito fundamental seu alicerce tangenciam constantemente a possibilidade de *justificação*. Por isso, aparte outras questões mais específicas sobre a adequação constitucional do tipo de injusto – tema esse que embora relacionado ao *princípio da exigibilidade* não é decorrência direta dele – opinião majoritária sustenta que mesmo quando o fato típico efetivamente possui antijuridicidade material a *inexigibilidade* excludente da culpabilidade determina uma necessária redução do conteúdo antijurídico da ação.

Na mesma linha, assumindo que é a conjugada intensidade variável entre *tipo de injusto e culpabilidade* que determina a graduabilidade da censura²⁵⁶, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR admitem o argumento de JESCHECK/WEIGEND de que as situações de *exculpação* – redutoras ou excludentes do juízo de reprovação penal – implicam também uma redução da antijuridicidade, determinada pela “finalidade legítima” perseguida pelo indivíduo²⁵⁷. Por essa razão, estes autores condicionam a existência de *situações*

²⁵⁴ Até porque o Direito Penal é apenas um “subsistema” – ou ainda, o “último subsistema” – do sistema jurídico, conforme opinião de FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.229.

²⁵⁵ Tal entendimento tem grande repercussão na avaliação das *situações supralegais de exculpação*, especialmente no caso do *fato de consciência* e da *desobediência civil*, como veremos adiante. Assim, por exemplo, quem comete um tipo penal que viola a “ordem tributária” para preservar a dignidade de sua vida e de seus familiares não realiza um tipo de injusto, por falta de antijuridicidade material, uma vez que a ação é adequada do ponto de vista da hierarquia dos valores estabelecidos na Constituição da República.

²⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.560-561.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.715.

supralegais de exculpação aos casos em que o conteúdo do injusto e a culpabilidade do fato estejam diminuídos em grau significativo²⁵⁸.

A evidência de uma relação dialética entre *tipo de injusto* e *culpabilidade* para explicar a incidência da *exigibilidade* na antijuridicidade aparentemente supera a proposta inicial de HENKEL da “exigibilidade como um princípio regulativo geral”, igualmente válido no tipo de injusto – com especial ênfase para a avaliação da tipicidade subjetiva nos delitos negligentes – e na *culpabilidade*²⁵⁹, até por conta do avanço dogmático que construiu princípios mais seguros para definir o *desvalor de ação* nos crimes de imprudência²⁶⁰. Ressalvado o mérito, contra esta opinião é razoável sustentar que, embora válido, este entendimento não deve ser absolutizado pois, como veremos adiante em detalhe, mesmo diante de condutas absolutamente contrárias ao Direito – como no homicídio além de qualquer possibilidade de *justificação* – certas circunstâncias podem tornar inexigível um comportamento adequado à norma, caracterizando *situações supralegais de exculpação* que afastam ou reduzem a censura penal.

Seja como for, nada obstante a especial afinidade do *princípio da exigibilidade* na culpabilidade, inegável que as *situações supralegais de exculpação* repercutem na antijuridicidade do fato, porque se aproximam de valores éticos fundamentais que encontram respaldo na ordem constitucional, o que logicamente enfraquece a coerência do ilícito diante do marco jurídico-constitucional²⁶¹.

Do nosso ponto de vista, entretanto, mais do que como princípio capaz de operar uma dupla redução – do *injusto* e da *culpabilidade* – é importante definir a *exigibilidade de um comportamento adequado à norma* como categoria que

Opinião compartilhada, mas sem referência a estes autores, por FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.226-229. Admitindo também a relação injusto e culpabilidade, ainda que em outra abordagem analítica, WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.89.

²⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.514.

²⁵⁹ Especificamente na análise da avaliação do risco permitido HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**, p.96-106

²⁶⁰ Como o princípio da confiança, sintetizado em CIRINO DOS SANTOS, Jurez. **Direito Penal**, p.175-177.

²⁶¹ Em todo caso, ainda que exista uma relação de informação entre culpabilidade e injusto permanece a autonomia conceitual de ambos, primordial para reduzir e diferenciar aquilo que corresponde à análise do fato diante do ordenamento daquilo que caracteriza a relação entre fato e indivíduo. FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito**, p.225-227.

integra o conceito analítico do fato punível, na dimensão específica da culpabilidade.

Neste ponto concordamos com BUSTOS RAMÍREZ, que não deixa dúvida ao definir a *exigibilidade* como elemento da culpabilidade para afastar a perigosa definição da *inexigibilidade* como circunstância excepcional de indulgência²⁶². A já descrita rejeição à *presunção de liberdade* como fundamento material da culpabilidade em favor do *princípio da alteridade*, – e da *vulnerabilidade*, como seu *elemento empírico* último – redefiniu o *juízo de reprovação* como *juízo de exigibilidade* do tipo de injusto, denotando a enorme importância do elemento definido como *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito* e nos aproximando da moderna dogmática penal que mantém a proposta da *normalidade das circunstâncias de ação* como fundamento concreto da *exigibilidade*, identificada como terceiro estágio na avaliação no exame da culpabilidade²⁶³.

Chegamos, em suma, à seguinte conclusão em relação à natureza jurídica da *exigibilidade* de um comportamento adequado à norma: trata-se de princípio necessário ao Direito Penal vigente que tangencia o tipo de injusto mas que se consolida como elemento estrutural da culpabilidade, sendo reconhecido em situações legais e *supralegais de exculpação* que descrevem momentos de *anormalidade* e podendo ser invocado por todo indivíduo vítima de um processo de criminalização²⁶⁴.

Em síntese, a *exigibilidade* integra o conceito analítico do fato punível na dimensão específica da culpabilidade, afastando ou mitigando a possibilidade de censura penal em situações *anormais*, definidas como aquelas que aumentam a *vulnerabilidade* do indivíduo e diante das quais o dever normativo – de agir ou

²⁶² Afinal, sendo o exame da culpabilidade nada mais do que o exercício do *juízo de exigibilidade*, a referência a um sujeito em sua totalidade demanda não apenas a demonstração de uma relação de informação entre indivíduo e injusto, mas de exigência entre o proibido pelo ordenamento e o comportamento de um específico sujeito em uma também específica realidade social. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.388.

²⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

²⁶⁴ Inclusive indivíduos sem capacidade de culpabilidade, dependendo da necessidade ou possibilidade de representação da antijuridicidade, como se verá pormenorizadamente em cada uma das *situações supralegais de exculpação* analisadas.

abster-se – é secundário em relação a um dever ético que é material, discursivamente compreensível e factível.

A possibilidade de *exculpação* de condutas típicas à evidência de circunstâncias *anormais* que tornam inexigível um comportamento adequado à norma nos revela o próximo desafio neste trabalho: trata-se de destrinçar como se define a *normalidade* das condições do fato na apreciação da *exigibilidade*²⁶⁵.

7. A busca por um critério determinante na definição da anormalidade

A definição material da culpabilidade a partir do *princípio da alteridade* estabelece que o juízo de reprovação penal só é possível na ausência de *defeitos* na formação da vontade concretizada em um determinado tipo de injusto, porque à evidência destas é preciso reduzir ou mesmo excluir a culpabilidade. Se a responsabilidade pelo comportamento anti-social depende da “*normalidade* de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto”²⁶⁶, a evidência de condições *anormais* – ou *defeitos* – que antagonizam o agir materialmente possível do formalmente devido exclui ou reduz a possibilidade institucional de reprovar o comportamento realizado, em qualquer situação.

Em relação à *exigibilidade*, isso significa que um indivíduo – em regra imputável e consciente do tipo de injusto – só pode ter sua conduta censurada pelo Direito Penal se agiu em *condições normais*, porque “circunstâncias *anormais* podem constituir *situações de exculpação* que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade* de comportamento conforme o direito”²⁶⁷.

Assim, a busca por *defeitos* não se refere mais especificamente à identificação de elementos condicionantes que reduzem a capacidade do sujeito de motivar seu comportamento de acordo com o Direito, mas de circunstâncias que afastam a legitimidade do poder punitivo de exercer a censura penal.

Essencial certo cuidado na análise deste ponto porque o uso dos significantes *normalidade* e *anormalidade* cobra o preço de uma tradição

²⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

²⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.287.

²⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

positivista que fundou uma criminologia etiológica individual, cuja diferenciação dos seres humanos entre “normais” e “desviantes” justificou o extermínio de milhões de pessoas²⁶⁸. Evidentemente, nada pode estar mais distante de uma teoria crítica que pretende afirmar a vida – como critério prático material de toda norma, ato, instituição, etc. – a partir de sua negação, identificada pela *alteridade* na perspectiva das *vítimas*.

No intuito de afastar o preconceito relativo a esses significantes, é importante esclarecer que *normalidade/anormalidade*, como determinantes de situações de *inexigibilidade*, referem-se às circunstâncias do fato, e não à indivíduos²⁶⁹. Relembrando, o que importa é avaliar se em uma situação concreta uma estrutura de poder pode ou não exigir um comportamento adequado ao Direito de uma pessoa envolvida em situações *anormais* de vida em comunidade.

Vista esta questão menor o próximo e decisivo passo consiste em estabelecer qual será o critério adotado para determinar a *anormalidade* das circunstâncias de ação. Aqui encontramos, novamente, grande dissenso, porque não há acordo relativo à possibilidade ou conveniência de definir um critério geral determinante para todas as situações – legais ou *supralegais* – de *exculpação*. Aqui divisão da doutrina penal conduz a concepções absolutamente diversas, a tal ponto que colocam em risco a viabilidade teórica e prática da *inexigibilidade* na dogmática penal.

A questão principal, em todo caso, é saber se é possível adotar um único critério geral apto a distinguir as mais diversas situações de *anormalidade* excludentes ou redutoras da *exigibilidade*. Em caso de resposta afirmativa, isso asseguraria a possibilidade de *exculpação* além da previsão normativa pelo argumento genérico da *inexigibilidade de comportamento adequado ao Direito*. Sendo negativa, obriga a descrição pormenorizada das hipóteses *supralegais de exculpação*.

²⁶⁸ Interessante neste ponto remeter a resumida porém suficiente crítica de HASSEMER e CONDE em relação às teorias etiológicas individuais de fundamento biológico, como vemos em HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**, p.58-61.

²⁶⁹ O que subsiste, sem embargo da crítica, no exame dos inimputáveis, definidos como pessoas que apresentam defeitos na dimensão biopsicofísica.

A primeira tentativa substancial de atender essa interrogante apresentou como resposta o critério da *intensa pressão psíquica*, como vemos.

7.1. A intensa pressão psíquica e a dependência do “homem médio”

Segundo STRATENWERTH o primeiro critério utilizado para classificar as situações de *anormalidade* na *exigibilidade* foi a *intensa pressão psíquica*, definida como força moral que impedia ou prejudicava a possibilidade de agir diferente, ou seja, uma coação subjetiva da capacidade individual de motivar-se e atuar de acordo com a norma penal²⁷⁰.

O critério da *intensa pressão psíquica* foi construído a partir de casos extremos, reais ou imaginários, cuja referência mais comum na doutrina diz respeito aos exemplos burlescos, que opõem naufragos em luta pela sobrevivência²⁷¹ ou aventureiros²⁷² em circunstâncias terríveis²⁷³. A dramaticidade das situações descritas nestes exemplos tinha por objetivo fixar a exigência de *grande intensidade* no critério da *pressão psíquica*, obrigando normativamente o indivíduo a agüentar uma pressão subjetiva interna “até o limite do insuportável” se, para escapar dela, fosse necessário realizar um ilícito penal²⁷⁴.

Entretanto, o fluir do tempo e a fragilidade do argumento diante da necessidade de fundamentar novas *situações de exculpação* forçou a relativização da idéia de *pressão psíquica irresistível*, que se adotada em termos absolutos limitaria a exclusão de culpabilidade a casos extremos, tão raros que

²⁷⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.263, n.96.

²⁷¹ Por todos o formulado pelo filósofo grego *Carneades* (ou *Karneades*) e reiteradamente apresentados por toda a doutrina, como em STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.263, n.97; JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.517; BOCKELMAN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**, p.157, MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.393 e tantos outros. Informação adicional sobre o famoso exemplo, além da mera referência em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.718.

²⁷² Como alpinistas, balonistas, espeleólogos, remadores em corredeiras, etc.

²⁷³ Como é exemplo a história descrita em de FULLER, Lon Luvois. **O caso dos exploradores de cavernas**.

²⁷⁴ BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**, p.159. No Brasil este critério teve grande repercussão, como vemos na análise de BRUNO, para quem *inexigibilidade* supõe circunstância que excede a “natural capacidade humana de resistência a pressão dos fatos (...) até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal”. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, p.105.

não chegariam a constituir um problema significativo para o Direito Penal a ponto de justificar uma modificação em seu conceito analítico²⁷⁵.

A principal falha do critério da *pressão psíquica*, aparte a questão de sua *intensidade*, é que ele toma por pressuposto um referente abstrato indemonstrável, construído no âmbito da concepção psicológico-normativa da culpabilidade. Estamos a nos referir ao temido “homem médio” como referente daquilo que baliza o que pode ser considerado *anormal* ou *inexigível*.

Ainda que por muitos considerada ultrapassada, a histórica²⁷⁶ proposta do homem médio como parâmetro de determinação da capacidade de comportamento adequado ao Direito é debatida por vários autores²⁷⁷, alcançando, inclusive, aqueles de pensamento mais democrático²⁷⁸. O critério em regra aparece no sentido da proposta de WELZEL, que entrelinhas propõe que o juiz assuma a posição de “homem médio” para poder determinar o “padrão de condutas adequadas à situação”²⁷⁹ e, eventualmente, constatar que é o caso de *inexigibilidade de comportamento adequado à norma*²⁸⁰.

Entendemos, ao contrário, que o critério do “homem médio” colocado em idêntica “posição do autor” é um critério absolutamente arbitrário e inútil. Não apenas porque o juiz é incapaz de por uma figura imaginária acessar aquilo que só se pode compreender na dimensão subjetiva do agente²⁸¹, mas também porque o “homo medius” é a própria negação da *alteridade* e do reconhecimento do *outro* a partir de sua realidade específica, vez que exclui a diversidade e

²⁷⁵ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.263-264, n.98.

²⁷⁶ Principal exemplo, o próprio GOLDSCHMIDT já se referia ao critério do homem médio. GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.120.

²⁷⁷ Apenas como referência, WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.187, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.552, n.8 e MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**, p.392.

²⁷⁸ MESTIERI, por exemplo, está entre aqueles que afirmam que a exigibilidade é medida conforme o critério da normalidade das circunstâncias de ação, definida a partir do “homo medius”, como vemos em MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**, p.235 e **Manual de Direito Penal**, p.184.

²⁷⁹ Da qual há sinais em DIAS, por exemplo: “Com efeito: as normas de direito penal dirigem-se ao ‘homem normal’ e não ao ‘herói moral’ – i. é: não ao homem facticamente identificado com o homem médio (já que então estaria a negar-se ilegitimamente ao direito penal toda a possibilidade de ‘promoção’ de certos valores da personalidade no âmbito social), mas ao homem que se retira daquela média ou se constrói sobre o que é normal”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Liberdade. Culpa. Direito Penal**, p.202.

²⁸⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.187, o que em parte contraria a própria advertência do autor de que a reprovação do fato não deve tomar em conta um “homem qualquer”, mas de forma concreta “esse autor, nessa situação”, como vemos na p.153.

²⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.508.

identidade, como salienta BATISTA²⁸²: é tornar monocromático aquilo que é infinitamente colorido pelas lentes da consciência crítica, sendo a própria negação da *exterioridade* material e afirmação da *totalidade* normativa.

Se para caracterizar a culpabilidade é necessário considerar todas as circunstâncias que efetivamente influem sobre um sujeito que vive e se constitui em sociedade, além de equivocado é absurdamente ingênuo confiar essa missão em um esquema ideal e abstrato construído sobre a base de uma determinada concepção ideológica²⁸³: o homem médio abstrato jamais coincidirá com um homem real, porque não é capaz de compreender a *exterioridade* do sistema no qual é pensado e lhe falta a *vulnerabilidade*. Assim o critério do homem médio tem como “problema principal a dificuldade de definir o *modelo* adequado, em geral influenciado pelas experiências e distorções subjetivas do intérprete, e assim evitar exigências excessivas”²⁸⁴.

Merece destaque a conclusão de BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE sobre o apelo ao homem médio para tentar definir o que é uma circunstância anormal, que ironicamente constata que, via de regra, tal expressão aparece na teoria do delito apenas para resolver por uma “canetada” problemas normativos que, por sua complexidade, demandam maior reflexão²⁸⁵.

De fato, o uso de tal expressão serve como ampla concessão retórica para condenar todos os indivíduos, independente de efetiva análise da consciência (histórico-social) individual e de seus absolutamente diferentes contextos. Enfatizando essa posição, a rejeição ao cômodo e equivocado critério do “homem médio” não é apenas necessária para uma culpabilidade construída sobre base democrática, mas também o primeiro passo para afastar a lei do mínimo esforço teórico.

²⁸² BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, p.22, nota de rodapé em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.286.

²⁸³ Conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.388.

²⁸⁴ Em referência ao problema do conceito de *homem prudente* como modelo para determinar o dever de cuidado ou do risco permitido nos crimes imprudentes, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.173.

²⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.485. A ênfase de BUSTOS RAMÍREZ, que nos parece correta, é superação de uma posição anterior, tendo defendido que um juízo prévio sobre o comportamento social de um cidadão médio ou geral nas mesmas circunstâncias é um pressuposto da exigibilidade, como em BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.388-389.

Dada sua falha elementar, o critério da *intensa pressão psíquica* foi abandonado, e substituído por outras variantes.

7.2. A necessidade de desenvolvimento das situações supraleais de exculpação

A superação definitiva do “homem médio” e seguido abandono do critério da *pressão psíquica* obrigou a busca de novos critérios independentes de um ponto de vista essencialmente subjetivo.

Neste sentido, primeiro de forma complementar e depois autônoma à idéia de *pressão psíquica irresistível*, surgiu o *conflito* (ou *colisão*) de *bens* como elemento capaz de identificar e graduar situações de *anormalidade* determinantes da *inexigibilidade*. O conceito de *exigibilidade* foi, portanto, redefinido pelo critério do *conflito de bens*, que o caracteriza como um juízo de ponderação diante do antagonismo entre interesses jurídicos tutelados pelo Direito Penal e momentos excepcionais (ou *anormais*, ainda que não necessariamente extremos) da vida.

Tal conceito apresenta vantagens de análise, não apenas porque amplia o inconveniente limite da explicação exclusivamente “psicológica”²⁸⁶ mas – e sobretudo – porque sintetiza duas idéias fundamentais presentes nas situações exculpantes: de um lado, a idéia de *conflito*, constitutiva do espaço político²⁸⁷ e essencial para a teoria crítica²⁸⁸ e de outro a idéia de *bens* – como *bens jurídicos* – que torna a *exculpação* um problema relativo à defesa de interesses coletivos e à proteção de direitos fundamentais.

A evidente superioridade do *conflito de bens* como critério levou alguns autores a defender que este seria o mais próximo a um denominador comum para

²⁸⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.264, n.99.

²⁸⁷ Especialmente na concepção hoje retomada e descrita em SCHMITT, Carl. **O conceito do político**, p.59-62.

²⁸⁸ Como sintetiza DUSSEL, “diante das simplificações dogmáticas, ergue-se uma crítica contra as concepções acumulativas e lineares da ciência, que não consideram os conflitos, revoluções, pluralidade e incomensurabilidade das diversas teorias chamadas científicas”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.446.

todas as situações de *anormalidade* determinantes de *inexigibilidade*. Entretanto, é preciso constatar que nem mesmo este critério pode ser generalizado.

Primeiro, porque em alguns casos é *desnecessário*, vez que nem todas as situações exculpantes apresentam uma explícita dicotomia entre direitos fundamentais, como na *exculpação* do excesso na *legítima defesa real* ou *putativa*, melhor explicadas por teorias vinculadas à *justificação*²⁸⁹, ou no caso da obediência à ordem não manifestamente ilícita de superior hierárquico, que tem por fundamento exculpante principal a *relação de subordinação*²⁹⁰. Segundo, porque é também *relativo*, vez que a maioria das hipóteses de *exculpação* demanda a presença de requisitos adicionais além de um *conflito de bens*, como nas situações que se desenvolvem no âmbito da *desobediência civil*.

Conseqüentemente, a *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma* definida pelo critério exclusivo do *conflito de bens* é igualmente incapaz de servir como fundamento geral de toda a *exculpação por inexigibilidade*.

Em todo caso, mesmo diante da crítica, à evidência das vantagens comparativas do critério do *conflito de bens* é o caso de reformulá-lo para que atenda melhor ao propósito que lhe é atribuído, pois a avaliação dos momentos de *anormalidade* não pode mais ser realizada a partir de critérios genéricos e abstratos, exigindo uma abordagem material construída a partir da dogmática crítica, que incorpore as contribuições decisivas da pesquisa criminológica e da filosofia política. Assim, vamos assumir que a *anormalidade* é determinada por situações de *conflito entre deveres jurídicos e éticos*, e como estes últimos devem ser também juridicamente reconhecidos, vamos vinculá-los aos direitos fundamentais.

Mas, mesmo após essa tentativa – e embora ela efetivamente ajude a compreender a maioria dos casos *supralegais* de *inexigibilidade* – constatamos que a indefinição persiste. Inegável, a frustração na busca de um critério geral capaz de reconhecer a *anormalidade* nas mais diversas circunstâncias traz à mente a advertência de STRATENWERTH de que qualquer esforço neste

²⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.332-333.

²⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.330.

sentido redundaria em um critério tão geral e abstrato que sobre ele não poderiam ser desenvolvidas causas *supralegais* excludentes da culpabilidade²⁹¹.

Neste caso, seguir buscando um fundamento geral incontestado seria menos vantajoso do que descrever as situações de *exculpação*²⁹². Face à impossibilidade de sustentar um único critério para toda a *exculpação* o mais razoável parece ser mesmo aceitar a *inexigibilidade* como consequência da constatação de situações de *exculpação* – legais ou *supralegais* –, as quais possuem fundamentos variados e específicos²⁹³.

Mais do que discorrer sobre a *inexigibilidade* como fundamento geral de *exculpação* parece-nos importante demonstrar sua presença em situações que pertencem ao contexto de países periféricos, no intuito de antecipá-las ao *juízo de exigibilidade* para reduzir ou afastar sua incidência.

A iniciativa mostra-se coerente com a proposta de um Direito Penal mínimo na medida em que aterra o conceito de *inexigibilidade*, vinculando-o aos processos judiciais que envolvem essas situações, sem, entretanto, negar a possibilidade de aplicá-lo em outros casos, sempre no sentido da descriminalização, mormente as *supralegais*, que por falta de expressa previsão na lei penal causam maior insegurança teórica. Atendemos assim, ao apelo da doutrina que, como já havia feito desde o início FREUDENTHAL, demanda o desenvolvimento cauteloso e preciso no “Direito Penal escrito” para as hipóteses que permitiriam a exclusão da responsabilidade penal sem referência explícita no ordenamento jurídico²⁹⁴.

²⁹¹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.265, n.101, ainda que o autor admita, na mesma direção do parágrafo anterior, que se fosse o caso de encontrar um denominador comum para a *inexigibilidade* este teria que ser mesmo a “colisão de bens”.

²⁹² Motivo pelo qual o autor se limita a definir a *inexigibilidade* a partir de *obstáculos extraordinários* que impedem ou dificultam uma decisão conforme a norma, os quais só podem ser compreendidos a partir do caso concreto, e que conota a presença da concessão teórica a qual recém havíamos nos referido. STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.263, n.94.

²⁹³ Comparar com JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.513.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.961, n.141.

SEGUNDA PARTE

As situações supraleais de exculpação

1. A exceção e a regra: a dimensão supraleal do Direito

O terceiro e último requisito do juízo de culpabilidade informado pelo *princípio da alteridade* é a *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito*, cujo fundamento material é a *normalidade* das circunstâncias da ação²⁹⁵. É nesse estágio em que o sujeito comprovadamente imputável e com conhecimento do caráter ilícito de sua conduta é confrontado com as circunstâncias próprias do fato concreto, que podem ser compreendidas como *normais* ou *anormais* a partir do critério do *conflito de deveres* juridicamente reconhecidos.

A análise das circunstâncias que informam a descrição do fato é fundamental porque certas situações extraordinárias de conflito obrigam ou impelem as pessoas a agir em desacordo ao que representam ser conforme ao Direito. Nesses casos o juízo de culpabilidade deve ser afastado ou mitigado, porque circunstâncias excepcionais excluem ou reduzem a responsabilidade individual, independente de previsão legal.

A *anormalidade* das circunstâncias do fato fundamenta a *inexigibilidade de comportamento adequado ao Direito* não tem origem no discurso jurídico, mas na realidade, que se impõe e justifica o afastamento do sistema normativo. Por esse motivo a *exculpação supraleal* irrompe no discurso jurídico como argumento de *exceção*²⁹⁶, cuja força é capaz de incluir as condições concretas de vida no Direito, apesar da resistência do formalismo jurídico.

²⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324.

²⁹⁶ Como afirmam praticamente todos os autores. Assim, por exemplo, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.546 e MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**, p.184, referem-se à *inexigibilidade* como “situações excepcionais”. Em STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.272, n.122 há referência à exceção produzida por uma “situação especial de conflito”. O *estado de necessidade exculpante* como uma “norma de exceção” no interior do ordenamento em HENKEL, Heinrich, **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, p.108-109. Explicitamente referindo-se as hipóteses *supraleais* de *exculpação* como “exceção”, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.514.

A possibilidade de uma decisão jurídica *supralegal*, isto é, além da estrita previsão normativa, não é e nem poderia constituir a regra em Estados Democráticos de Direito. O ainda recente exemplo fascista europeu é lição de que a *exceção* não pode constituir o paradigma sobre o qual se fundamentam decisões políticas e jurídicas, sob o risco de liquidar a democracia²⁹⁷.

Contudo, pode ser que o próprio conteúdo democrático do Estado de Direito reclame a incidência da exceção para reconhecer a insuficiência ou injustiça da solução jurídico-formal. A dinâmica da realidade transcende a sempre atrasada racionalidade jurídica e faz mister reconhecer que em certas situações o ordenamento deve ceder espaço para o excepcional, pois é incapaz de antecipar ou resolver adequadamente todos os conflitos que surgem na vida concreta²⁹⁸.

À vista disso, para resolver inconsistências teóricas relativas ao argumento da *exceção* – imprescindível para permitir no Direito Penal uma *exculpação supralegal*, mas perigoso enquanto paradigma de governo – será necessário analisar sua trajetória mais recente na racionalidade jurídica ocidental.

Em interessante e recente trabalho AGAMBEN estuda o argumento da *exceção* na tradição jurídica do ocidente a partir da VIII tese sobre a história de BENJAMIN, que afirma que o Estado de Exceção tem se tornado paradigma de governo nas sociedades capitalistas ocidentais²⁹⁹. Sua análise tem como ponto de partida a constatação de que o limite imposto aos poderes institucionais pelo discurso jurídico dos direitos humanos é incapaz de resistir aos interesses estruturais, podendo ser facilmente transposto, o que é muito mais evidente nos períodos de “crise” ou “emergência”, momentos nos quais se “suspende” a ordem jurídica. Enquanto permanece esta ameaça – seja ela real ou imaginária – as mais diversas políticas públicas antijurídicas são executadas sem enfrentar significativa resistência normativa.

²⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.19.

²⁹⁸ Não se trata, em todo caso, de uma novidade, pois mesmo para GOLDSCHMIDT o desafio técnico na avaliação da anormalidade consiste em tentar regular a relação entre regra e exceção. GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**, p.107-108.

²⁹⁹ A referência textual, em todo caso, é “estado de emergência”. Nesta tese BENJAMIN critica a moderna ideologia do progresso afirma a necessidade de luta contra o fascismo a partir da tradição dos oprimidos. BENJAMIN, Walter. **Theses on the Philosophy of History**, p.257.

As vantagens desta estratégia para o poder constituído foram assimiladas a partir da recente experiência do totalitarismo europeu, que ensinou aos governos contemporâneos que a criação voluntária de estados de emergência permite a eliminação de todo aquele rotulado como *inimigo* – do ponto de vista da integração possível ao sistema político e econômico – sem maiores objeções retóricas³⁰⁰. Em todo caso, a criação de um *vazio jurídico* pelo argumento da *exceção* não é propriamente uma invenção fascista – como se poderia pensar em princípio – mas uma criação da própria tradição democrático-revolucionária da ordem política do ocidente, constituída sobre um elemento normativo (jurídico) e um elemento anômico (extra-jurídico ou *supralegal*)³⁰¹. O Estado de Exceção não seria, portanto, nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico: seu problema é, exatamente, sua (in)definição, considerando que a suspensão da norma não significa sua negação³⁰².

Afirmar que o espaço *vazio do direito* é próprio da ordem jurídica só é possível porque o sistema jurídico ocidental se apresenta como uma estrutura dupla, na qual convivem um elemento normativo (jurídico) e um elemento anômico, sendo que a *exceção* representa o ponto de maior tensão entre ambos³⁰³. Para AGAMBEN essa relação dialética necessária entre anomia e norma é, na verdade, a dialética entre vida e Direito³⁰⁴. Por isso, reconhecer uma *situação supralegal de exculpação* ou mesmo *justificação* não significa acabar com o Direito Penal, mas compreender que a lei pode ser suspensa sem prejuízo do sistema normativo³⁰⁵ admitindo-se as circunstâncias materiais de vida como um argumento jurídico³⁰⁶.

³⁰⁰ O Estado de Exceção pode, assim, ser compreendido como uma técnica gerencial de poder cada vez mais freqüente aos Estados contemporâneos, inclusive os denominados “democráticos”. É por isso que AGAMBEN concorda com a afirmação de BENJAMIN antes referida. Ver AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.12-13.

³⁰¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.12-16.

³⁰² Estamos na “zona nebulosa entre a lei e a vida”. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.38-39. Adiante, o autor define o Estado de Exceção pelo oximoro “êxtase-pertencimento”, isto é, é algo que pertence à ordem ao mesmo tempo que existe porque está fora dela, p.57.

³⁰³ E é essa tensão que leva ao conflito; é por isso que ao tornar-se regra, o Estado de Exceção transforma o sistema jurídico-político em uma “máquina letal”. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.130.

³⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.111

³⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.48-49.

³⁰⁶ Conforme ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociales**, p.66.

O argumento da *exceção*, portanto, pertence ao Direito, e pode inclusive ser a forma mais adequada de permitir o ingresso da vida na racionalidade jurídica. A intenção de AGAMBEN ao explicitar esta confusão é exatamente abrir o espaço para essa ação humana que reivindica para si o nome de “política”, isto é, a ação que é capaz de romper o nexo entre violência e Direito³⁰⁷. Se por um lado freqüentemente o afastamento da ordem jurídica é uma estratégia para o adiantamento ou antecipação da tutela penal³⁰⁸ por outro nada obsta seu uso para evitar a criminalização secundária de um determinado caso penal. A absoluta rejeição à exceção impediria a oxigenação do ordenamento³⁰⁹, produzindo injustiças em nome da proteção fetichizada da lei³¹⁰. O reconhecimento da possibilidade e das hipóteses de *exculpação supralegal* significaria, neste contexto, uma conquista política da sociedade contra a violência oficial e estrutural.

Em resumo, pode-se concluir que por um lado o argumento da *exceção* é perigoso para as garantias democráticas do Estado de Direito, na medida em que logra afastar – ou *suspender* – o discurso jurídico para legitimar a violação de direitos fundamentais; por isso, adotar a *exceção* como critério de decisão significa, sempre, assumir um risco. Por outro lado, para o Direito Penal tomado como limitação retórica do poder punitivo, o argumento da *exceção* é fundamental na medida em que afasta a violência penal de certas situações para as quais o Direito não oferece solução adequada – no sentido de realizar os direitos fundamentais – tornando-o necessário para preservação dos valores constitucionais, compreendidos como garantias políticas. A exceção é, assim, inadmissível como pretexto para violar garantias constitucionais, mas razoável –

³⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.132-133.

³⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.14.

³⁰⁹ Como DUSSEL afirma a partir de Rosa Luxemburgo, na história das classes a revolução é o ato de criação política, ao passo que a legislação é a expressão política da vida de uma sociedade que já surgiu. Por isso, podemos dizer, o espaço *supralegal* é o espaço da criação. É por isso que a *inexigibilidade* restrita à legalidade não é uma teoria crítica, porque nela não há mais que valorização da funcionalidade sistêmica. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.542.

³¹⁰ No sentido daquilo que MARX denominou de fetichismo, ou seja, a prioridade das coisas sobre as pessoas, como explica DUSSEL: ao invés de priorizar a vida sobre as mediações, tomam-se as mediações como fins e a vida das pessoas como mediação. O fetichismo do Direito seria tomá-lo como fim em si mesmo, quando na verdade é apenas mediação para a vida humana. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.266.

e até mesmo necessário – como argumento para permitir a plena realização dos direitos fundamentais. Em sua conclusão, AGAMBEN afirma que o caminho que leva à justiça não passa pela anulação do Direito, mas pela sua desativação (inatividade); daí porque o justo pode estar, exatamente, no *supralegal*³¹¹.

Mas para garantir a função democrática do argumento da exceção, será sempre preciso submetê-lo aos princípios constitucionais. No intuito de resolver um eventual problema de compatibilidade, desenvolvemos o tópico a seguir.

2. Princípios fundamentais do Direito Penal e a exculpação supralegal

Considerando, portanto, o risco e a necessidade inerentes ao reconhecimento da *exceção* nos Estados Democráticos de Direito, é preciso ter como ponto de partida para a análise das *situações supralegais de exculpação* os princípios constitucionais que fundamentam o Direito Penal, como diretrizes políticas que orientam e limitam a criminalização primária e secundária. Afinal, ainda que as hipóteses *supralegais* tenham por fundamento argumentos que não pertencem à estrita racionalidade jurídico-penal, a possibilidade de afastar a pena deve ser legítima no interior do discurso penal construído sob esses princípios e, portanto, compatível com os mesmos. Em acréscimo, a compatibilidade do argumento da *exceção* – como *zona livre* do Direito (Penal) – com os valores anunciados pela Constituição da República de 1988 afasta qualquer resquício de oposição teórica contra a *inexigibilidade* como causa *supralegal* de *exculpação* fundada no argumento da ameaça à “segurança jurídica”.

Neste propósito, tendo em vista os princípios mais importantes do Direito Penal e o referencial teórico proposto, concentramos nossa análise no confronto entre a possibilidade *exculpação* por fundamento fora do âmbito normativo penal e os princípios constitucionais da *legalidade* e da *igualdade*, aquele por ser

³¹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.98

considerado fundante do Direito Penal moderno³¹² e este por ser um dos vetores básicos subjacentes à promessa de segurança jurídica³¹³.

Em relação ao princípio da *legalidade* a objeção se sustenta sobre o argumento de que admitir hipóteses *supralegais* (de *justificação* ou *exculpação*) seria incompatível com o critério fundante de racionalidade jurídico-penal: se o discurso penal tem por fundamento a *legalidade* a possibilidade de exculpar em base a um argumento cuja origem não está na lei penal seria a própria negação do Direito Penal como sistema de proteção à bens jurídicos fundamentais e, portanto, sem possibilidade de *exculpação* legal restaria apenas a afirmação do dever de condenar.

Mas tal crítica não resiste a uma análise mais criteriosa, que descobre como meramente aparente a suposta incompatibilidade entre o princípio da legalidade e as *situações supralegais de exculpação*. Isso porque desde sua origem mais óbvia nos escritos dos chamados “penalistas do contratualismo”³¹⁴ – cujo pensamento foi incorporado em praticamente todas as Declarações e Constituições modernas e geralmente apresenta-se na dogmática por meio da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, atribuída à RADBRUCH³¹⁵ – o princípio da legalidade se constitui como garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado em criminalizar, ou seja, opera apenas no sentido de proteger o sujeito criminalizado contra o poder punitivo oficial. Trata-se, em suma, de uma garantia do cidadão, não de simples prerrogativa institucional. Desta forma, o princípio da legalidade apenas impede a relativização da lei penal para prejudicar o acusado em qualquer hipótese, mas não obsta o reconhecimento de alterações legislativas

³¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.19-20.

³¹³ Isso porque, segundo ANDRADE, “teoricamente, é a generalidade da lei, o respeito à legalidade e à igualdade decisórias, obtida no horizonte científico das construções dogmáticas, que garante a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p.142.

³¹⁴ Expressão que pretende compreender todos os autores que, impregnados pela ideologia liberal, defendiam um direito penal humanitário pelo racionalismo, superando a idéia de retribuição pela prevenção como função precípua da pena criminal, como vemos em ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p.251 a 264. Entre eles a referência mais comum é a Cesare Beccaria e seu “Dos delitos e das penas”. Apesar da fama do italiano é preciso destacar a obra de Jean-Paul MARAT, que à esquerda do pensamento estritamente contratualista desenvolve o melhor trabalho desse período, como se pode consultar em MARAT, Jean-Paul. **Plan de legislación criminal**.

³¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.20.

posteriores ao fato favoráveis ao acusado ou a adoção de critérios externos à estrita racionalidade jurídico-penal que beneficiem os indivíduos envolvidos no processo de criminalização secundária. Finalmente, vale notar ainda que boa parte das situações de *exculpação* definidas como “supralegais” são na verdade apenas “extrapenais”, na medida em que vinculadas aos direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas não previstos explicitamente no âmbito específico da legislação jurídico-penal³¹⁶. Em síntese, o princípio da *legalidade* é garantia política fundamental do cidadão contra a discricionariedade do Estado na criminalização de condutas e indivíduos, especialmente sob o argumento da exceção, mas essa mesma garantia não pode impedir que circunstâncias específicas de casos concretos fundamentem a descriminalização, sob pena de inverter a lógica de garantia instituída pela principiologia penal.

Afastada a lesão direta ao princípio da *legalidade* restaria ainda a alegação de que o reconhecimento de situações *supralegais* de *exculpação* pelo argumento da *inexigibilidade* produziria uma violação periférica de outro princípio constitucional, a saber, a *igualdade*, dado que seriam premissas fundamentais do Estado de Direito a previsibilidade e potencial capacidade de generalização das decisões jurídicas³¹⁷.

Em todo caso, este argumento é facilmente rebatido já em uma simples análise formal, pois é exigência do próprio ordenamento a individualização do *juízo de exigibilidade*, a necessidade de um exame individual e específico é exigência de compatibilidade do princípio da culpabilidade com o da igualdade, convergência que só se realiza materialmente com o reconhecimento das situações desiguais e seu tratamento desigual³¹⁸.

Refutada, nestes termos, qualquer objeção significativa do ponto de vista da principiologia constitucional. Uma hipótese *supralegal* de *exculpação* é, portanto *exceção* compatível com a ordem jurídica fundada na Constituição da

³¹⁶ Neste sentido, ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.961, n.141.

³¹⁷ Como menciona CORREIA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal**, p.29.

³¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, vol.1, p.155.

República e nos direitos fundamentais, o que implica reconhecer seu *status* de categoria jurídica cada vez mais necessária ao Direito Penal contemporâneo³¹⁹.

“Assim, a idéia de *inexigibilidade de comportamento diverso* pode fundamentar situações de *exculpação legais e supralegais*, conforme previsão *explícita* ou *implícita* no ordenamento jurídico”³²⁰.

As situações *supralegais* previstas implicitamente no ordenamento jurídico, desenvolvidas pela doutrina penal alemã, apresentadas pela doutrina nacional e em seguida analisadas são o *fato de consciência*, a *provocação da situação de legítima defesa*, a *desobediência civil* e o *conflito de deveres*.

Evidentemente, estas *situações de exculpação supralegal* adiante analisadas não constituem um rol exaustivo. Ao contrário, considerando que “a razão é a astúcia da vida”³²¹ – e nunca o inverso – abre-se a porta para que a realidade tome de assalto a teoria³²², admitindo-se que outras situações de *inexigibilidade* se apresentem, especialmente se fundamentadas nos direitos humanos e demais princípios constitutivos dos Estados Democráticos de Direito. Afinal de contas, o Direito Penal como garantia do cidadão obriga o reconhecimento de todas as formas de exclusão da culpabilidade³²³, desde que com referência a limitações concretas ao poder de agir de acordo de acordo com o Direito, as quais podem efetivamente excluir o *juízo de exigibilidade*³²⁴.

Por último, é preciso advertir que ao nos referirmos aos autores alemães que tratam das *situações supralegais de exculpação* é preciso ter em mente que frequentemente eles estão justificando estas hipóteses na tentativa de torná-las

³¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.326.

³²⁰ Legalmente previstas, para o Direito Penal brasileiro, as hipóteses de *exculpação por inexigibilidade de comportamento adequado à norma* são apenas a *coação irresistível*, a *obediência hierárquica*, o *excesso de legítima defesa* e o *excesso de legítima defesa putativo*. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.326.

³²¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.94.

³²² Pois a ciência jurídica deve ajustar toda e qualquer formulação legal à (tentativa de) compreensão real dos fenômenos, não se confundindo a razão que informa o direito do Estado de punir um crime com os interesses estruturais (de mercado) ou individuais expressos pelo legislador e utilizados pelo juiz, como ensina TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.148.

³²³ TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.407.

³²⁴ Estamos, assim, em franca oposição ao entendimento de ZAFFARONI que, na companhia de PIERANGELI, afirma que é “totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda a sistemática da culpabilidade”, como se lê em ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p.627.

compatíveis com o *estado de necessidade exculpante* previsto no artigo 35 do Código Penal alemão, o qual inclui a possibilidade de *exculpação pelo fato de consciência*³²⁵. Não raro a tentativa de aproximar as situações de *exculpação* a seguir apresentadas a esta causa de *exculpação* legal, como fazem entre outros MAURACH/ZIPF e JESCHECK/WEIGEND, prejudica o mérito da análise ou a possibilidade de adequá-la ao Direito Penal brasileiro³²⁶, até porque, como corretamente percebe MACHADO, o *estado de necessidade exculpante* é continente e não conteúdo da *inexigibilidade de conduta adequada à norma*³²⁷. O tema, em todo caso, voltará a ser analisado com mais detalhe na *situação supralegal de exculpação* definida como *conflito de deveres*. Por ora, ter em mente esta observação é suficiente; passamos, assim, para a análise central de nosso referencial teórico.

3. O fato de consciência

A expressão *fato de consciência* substitui *atos realizados por motivo de consciência* e incorpora a *objeção de consciência* para descrever de modo mais simples e completo as ações ou omissões típicas que podem ser exculpadas porque orientadas por decisões ético-individuais que integram a subjetividade do autor do fato de forma vinculante³²⁸.

³²⁵ “§ 35. Estado de necesidad disculpante: (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso I., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica. (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso I”. **Código Penal Alemán**, p.11-12.

³²⁶ Pois não adota a *teoria diferenciadora*, que, como o nome indica, *diferencia* o *estado de necessidade* em causa de *justificação* ou *exculpação*. No atual Código Penal Brasileiro, que assume a *teoria unitária*, o *estado de necessidade* incorpora as situações que poderiam ser *exculpadas* como *causas de exclusão da antijuridicidade*, como veremos com mais detalhe adiante.

³²⁷ MACHADO, Luiz Alberto. **Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta**, p.185.

³²⁸ Comparar com ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.942, n.100.

Historicamente discutido no polêmico âmbito do *autor* (ou *agente*) por *convicção*³²⁹, o *fato de consciência* pode ser definido, de forma geral, como violação a uma norma penal que se fundamenta sobre motivos ideológicos que – sem manifesto propósito político – tem por finalidade resguardar a “identidade ética” do autor³³⁰. Diante da oposição entre um dever ético-individual – especialmente por força de determinadas crenças religiosas³³¹ – e um jurídico, o indivíduo escolhe conscientemente agir de acordo com a primeira obrigação em detrimento da segunda, violando uma norma penal³³².

A bibliografia que trata de *atos realizados por motivos de crença e consciência* apresenta tantos e tão variados exemplos que seria razoável apresentar este complexo tema por meio de uma “análise de casos”. Não obstante, dado o propósito de reduzir estes casos à critérios gerais que facilitem a identificação e o reconhecimento das situações de *exculpação*, optamos por evitar essa metodologia.

O *fato de consciência* aparece no ordenamento jurídico-penal como *exceção*. Isso porque por um lado – em relação às condutas realizadas a partir de uma convicção pessoal – o poder da ideologia dominante no processo de construção social da personalidade garante que a maioria dos valores pessoais que tem origem na vida em comunidade não se oponham aos valores oficiais e, por outro – nos casos de decisões realizadas em nome de uma crença – a oposição entre deveres jurídicos de obediência ao poder político e religiosos de submissão ao poder divino é incomum, pois a compatibilidade entre os sistemas político e religioso foi ou ainda é uma das condições de existência dos Estados modernos³³³.

³²⁹ A discussão sobre o autor por convicção foi silenciada na dogmática penal e deslocada para o atual debate sobre o *fato de consciência*. Sobre as supostas razões de tal “silenciamento”, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.602-603.

³³⁰ MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.3.

³³¹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.269, n.114.

³³² MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.52. A autora, em todo caso, fala de dever “moral” e não “ético”.

³³³ Realmente, tensão entre Estado e Religião significa um risco para a existência de ambos, de modo que os discursos jurídico e religioso tendem a se mesclar, colonizando mutuamente seus espaços para conviver sem antagonismo, conforme GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.16-17. Para constatar essa mútua colonização discursiva basta lembrar do “Código” Canônico ou de que nossa Constituição da República foi promulgada “sob a

Excepcional, portanto, a possibilidade de afastar a punição de indivíduos que se sentem moralmente obrigados a realizar uma ação proibida ou omitir uma ação mandada por um tipo penal só é possível dentro de certos limites, mas antes de analisá-los o primeiro passo para compreender essa *situação de exculpação*, como momento *anormal de conflito* determinante da *inexigibilidade de comportamento adequado à norma*, é apresentar seu fundamento.

3.1. Fundamento constitucional

Assim como ROXIN e CIRINO DOS SANTOS, identificamos o fundamento da *exculpação supralegal por fato de consciência* no direito fundamental de consciência e crença³³⁴, previsto expressamente na Constituição da República do Brasil³³⁵. Em que pese a força do respaldo constitucional, opinião minoritária resiste em aceitar o direito de consciência e crença como fundamento dessa hipótese *exculpação supralegal*.

A alegação principal desta dissidência em parte da doutrina penal alemã é que se por um lado é verdade que a Constituição garante o exercício da liberdade de crença e consciência, por outro ela limita seu exercício às restrições impostas pela lei, de forma que a violação de um tipo penal em nome de uma crença ou convicção seria sempre a negação – e jamais o exercício – de um direito fundamental. Assim, conforme MAURACH/ZIPF, a liberdade de credo pode apenas servir como “critério de valor”, mas não constituir uma hipótese autônoma de *exculpação*³³⁶. Neste sentido, como resume STRATENWERTH, a *exculpação por fato de consciência* só seria possível por analogia ao *estado de necessidade exculpante*, de acordo com o seguinte raciocínio: o autor só poderá ser exculpado quando a representação da violação de um dever moral puder ser

proteção de Deus”.

³³⁴ Conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.943, n.103 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.335.

³³⁵ No mesmo sentido DOTTI, ao afirmar que a Constituição da República de 1988 “garante a liberdade de consciência (art. 5º, VI), declarando que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica e política, ‘salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’ (art. 5º, VIII)”. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.427.

³³⁶ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.564, n.33.

comparada à *intensa pressão psíquica* que ocorre nos casos de *estado de necessidade*, obrigando o indivíduo a decidir pela violação do dever jurídico³³⁷.

Ainda que seja possível identificar uma semelhança entre o sujeito que atua em *estado de necessidade* e por *motivo de consciência* – dado que em ambos casos seria possível reconhecer sinais de uma *pressão psíquica*, respectivamente externa e interna, sobre o sujeito³³⁸ – não nos parece razoável admitir que a *exculpação por fato de consciência* compartilhe do mesmo fundamento que o *estado de necessidade exculpante*³³⁹, por dois argumentos.

Primeiro, porque ao contrário da legislação penal alemã o Direito Penal brasileiro prevê o *estado de necessidade* apenas como hipótese de *justificação*, e não de *exculpação*, e assim o reconhecimento da validade da analogia entre *fato de consciência* e *estado de necessidade* tornaria aquele uma causa de *justificação* de condutas típicas, fato que – sem ser impossível em termos dogmáticos, como veremos – deslocaria a discussão exclusivamente para o âmbito do tipo de injusto.

Segundo, e mais importante, é preciso notar que à ciência cabe apenas especular sobre as *razões reais* pelas quais decisões individuais são tomadas, de tal forma que a descoberta de *pressões* sobre a motivação humana só é possível no discurso jurídico por meio das *racionalizações* – tomadas como *razões declaradas* ou *presumidas* – que explicam essas decisões³⁴⁰; e como o *juízo de exigibilidade* só tem acesso as *racionalizações* após a realização do fato típico, obrigando a adoção de um ponto de vista exterior ao indivíduo, a *pressão psíquica* é apenas um critério aproximativo – objeto de inúmeras críticas teóricas e, portanto, absolutamente incapaz de servir como fundamento da *exculpação do fato de consciência*.

Igualmente contrário ao direito de crença e consciência como fonte de legitimidade desta *situação supralegal de exculpação*, mas em opinião isolada, FIGUEIREDO DIAS afirma que o fundamento do *fato de consciência* está na

³³⁷ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.270, n.115.

³³⁸ Como faz ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.942, n.100.

³³⁹ Ou mesmo que se sustente exclusivamente a partir do critério geral da *inexigibilidade de comportamento conforme ao Direito*, segundo ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.951-952, n.125-129.

³⁴⁰ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**, p.49-50.

eminente *dignidade do indivíduo*, colocada em risco nos momentos excepcionais de conflito entre um dever ético, representado como incondicional, e um dever jurídico, estabelecido pela norma penal; a possibilidade de violar a *dignidade humana* que se expressa na realização do primeiro garantiria a relevância das decisões tomadas em nome de crenças ou convicções pessoais no Direito Penal, definindo o *fato de consciência* como uma causa excepcional de exclusão da culpa³⁴¹.

A *dignidade da pessoa humana*, ao igual que o *direito de consciência e crença*, é um princípio constitucional³⁴², mas em nosso entender não há qualquer vantagem em substituir este por aquele, pois a relação do *fato de consciência* com a *dignidade do indivíduo* é muito menos evidente, exigindo desdobramentos lógicos adicionais, os quais acabam por tornar inconsistente a proposta de FIGUEIREDO DIAS. Afinal, a distância entre o fundamento indicado e a *situação de exculpação* obriga o autor português a recorrer a uma analogia “material” entre o *erro de proibição direto* sobre a *validade* da lei penal e o *fato de consciência*, afirmando que em ambos casos o autor comete um erro de valoração ao crer que a licitude de seu comportamento é garantida por um valor superior: no primeiro caso, o indivíduo acredita que um princípio jurídico vinculado a sua dignidade pessoal torna nulo ou inválido o tipo de injusto, ao passo em que no segundo uma determinada convicção se revela para o sujeito como um princípio ético maior que autoriza a violação de uma norma penal e, como resultado, só se admitiria a exclusão da culpa por *fato de consciência* nos casos em que essa analogia fosse possível³⁴³. Ainda que constitua uma proposta interessante, porque diferente das demais, a analogia entre o *erro de proibição direto* – na modalidade *validade* da lei penal – e o *fato de consciência* é incompatível com a moderna teoria do fato punível, que estabelece que “a

³⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.612.

³⁴² Não será exagero afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é superior ao próprio direito de crença e consciência na hierarquia constitucional, a tal ponto que é possível entender que a necessidade de garantia do exercício da liberdade de crença e consciência é necessária por ser esta uma das formas de realização da dignidade humana, um dos objetivos fundamentais da República, conforme o artigo 1º, III da Constituição de 1988.

³⁴³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.614-616.

invalidade da lei deve se basear em fundamentos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e não em convicções pessoais, políticas ou religiosas do autor”³⁴⁴.

Entendemos que a análise crítica das opiniões minoritárias apresentadas por parte da doutrina penal alemã e por FIGUEIREDO DIAS acaba por consolidar a proposta de ROXIN e CIRINO DOS SANTOS de identificar no exercício do direito fundamental de consciência e crença o fundamento da *exculpação por fato de consciência*. Ao assegurá-lo a Constituição da República torna legítimo que sobre ele se *racionalizem* ações individuais no Estado Democrático de Direito, independente de previsão expressa na lei penal, pois o exercício do direito à liberdade de consciência e crença, assim como todos os demais direitos fundamentais, não pode ser limitado por qualquer lei, nem tampouco o direito a invocá-lo pode ser negado³⁴⁵, podendo vir a afastar, em certos casos, a *exigibilidade de um comportamento adequado à previsão legal*, desde que não exista lesão relevante ou grave ameaça a direitos fundamentais individuais ou coletivos alheios³⁴⁶.

Na conjuntura social latino-americana este vínculo entre o direito fundamental e a situação de *exculpação* é essencial; em países nos quais o discurso jurídico é distante do cotidiano social e as práticas democráticas são reduzidas à esporádicos sufrágios seria incoerente exigir a racionalização de decisões individuais em momentos de conflito com fundamento na ordem jurídica ou na cidadania, de forma que é mais freqüente que ações ou omissões em situação de *anormalidade* se justifiquem exclusivamente a partir de uma moral individual, sobretudo informada por uma perspectiva religiosa. Assim, por exemplo, é muito mais provável que no debate sobre a eutanásia ou o aborto predominem certas crenças – como a negação de qualquer arbítrio sobre a vida ou o aspecto sagrado da concepção – do que princípios jurídicos – como o princípio da dignidade da pessoa humana ou o direito de interromper uma gestação indesejada.

³⁴⁴ Assim CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.321 e ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.873, §21, n.24

³⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.944, n107.

³⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.335.

Embora seja possível refutar estes argumentos pela lógica do predomínio dos valores jurídicos sobre os individuais³⁴⁷, uma atitude democrática coerente com a realidade reconhece a relevância da *racionalização* das ações políticas a partir do exercício do direito fundamental de acreditar e dirigir seu comportamento sobre valores além da ordem jurídica³⁴⁸.

Admitir o fundamento constitucional do *fato de consciência* não significa, vale notar, afirmar que o exercício desse direito não pode ser censurado pelo Direito Penal, mas estabelecer como limite todos os demais direitos fundamentais individuais e coletivos, que não podem ser negados pelo exercício do direito de definir e orientar as ações por valores próprios³⁴⁹, e que condicionam a possibilidade de *exculpação* ao cumprimento de requisitos específicos, adiante descritos.

Seguindo esta ordem de idéias, o reconhecimento constitucional do direito fundamental de crença e consciência como fundamento da *exculpação* pela situação descrita como *fato de consciência* nos coloca diante de um conflito que se desenvolve primeiro no próprio interior do discurso jurídico, como um problema de adequação constitucional do Direito Penal³⁵⁰. Se o ordenamento jurídico reconhece o direito a atuar conforme a própria consciência é preciso enfrentar os casos em que o exercício deste direito fundamental entra em conflito com um tipo de injusto, porque se por um lado o Direito Penal não pode impedir o exercício dos direitos fundamentais, por outro tampouco pode simplesmente garanti-lo à custa de outros mais ou igualmente importantes.

Adentramos assim, na controvérsia sobre o motivo da isenção de pena para os casos de *fato de consciência*, que para alguns autores pode acontecer por exclusão da *tipicidade* – no caso de alternativa neutra de proteção ao bem jurídico nos tipos de omissão –, da *antijuridicidade* – porque o exercício de um

³⁴⁷ Como faz, por exemplo, MACHADO, Luiz Alberto. **Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta**, p.201-202.

³⁴⁸ No mesmo sentido, mas tratando do desconhecimento da lei como erro de proibição, CIRINO DOS SANTOS constata que em sociedades periféricas, marcadas pela pobreza e ignorância, com elevadas taxas de exclusão de um deficiente sistema escolar, é preciso uma atitude democrática no sentido de compreender que as leis penais estão distantes da compreensão da maioria da população. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.313.

³⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.336-337.

³⁵⁰ No entender de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.603.

direito fundamental não seria contrário ao ordenamento fundado na Constituição – ou por *exculpação* – pela impossibilidade de o Estado exigir um comportamento adequado à norma³⁵¹.

3.2. A controvérsia sobre as causas de isenção da pena

O fundamento constitucional do *fato de consciência* como *situação supralegal* traz toda a complexidade dos direitos fundamentais para a dogmática penal e obriga a adoção de uma determinada orientação ideológica, porque os direitos fundamentais são garantias políticas, cujo conteúdo e alcance dependem do modo pelo qual são compreendidos.

Face a este desafio, alguns autores defendem que é preciso analisar com declarada intenção restritiva o alcance do direito fundamental de crença e consciência dentro do Direito Penal, para limitar qualquer possibilidade de *justificação* ou *exculpação* por este fundamento³⁵².

Posição esta que não nos parece razoável porque inverte a lógica hierárquica entre Constituição e Direito Penal: do ponto de vista jurídico-constitucional o correto é que o limite da competência punitiva sejam os direitos fundamentais, nunca o contrário³⁵³. Não se trata, portanto, de definir o limite e alcance *justificante* ou *exculpante* do direito constitucional de crença e consciência no âmbito de normas penais; antes, e muito pelo contrário, o objetivo deve ser impedir qualquer possibilidade de criminalização do exercício dos direitos fundamentais, pois o Direito Penal não pode se opor à realização da Constituição.

O indispensável logo, é determinar os limites ou restringir o Direito Penal diante dos direitos fundamentais, nunca o oposto: limitação máxima ao Direito Penal; mínima ao exercício dos direitos humanos. Nosso objetivo será, portanto,

³⁵¹ Conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.949-950, §22, n.120-121 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.336.

³⁵² Entre eles, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.605.

³⁵³ A reclamada restrição do alcance de um direito fundamental na dogmática penal só é possível por meio de uma inversão de valores, que compreende o Direito Penal como independente e soberano para aceitar ou não (e com ou sem reservas) a validade de um princípio constitucional no interior de sua hermética teoria.

definir – aí sim com todo rigor possível – em quais hipóteses pode o exercício de um direito fundamental ser de alguma forma punido pelo Estado.

E aqui avançamos sobre uma questão complexa, a saber, em que lugar na arquitetônica do conceito analítico do fato punível incide a *inexigibilidade* por *fato de consciência*³⁵⁴. Para facilitar a análise das causas que afastam a legitimidade da censura penal por exercício de um direito fundamental, apresentamos por ordem a questão relativa à possibilidade de exclusão da *tipicidade*, da *antijuridicidade* e da *culpabilidade*.

3.2.1. Ausência de tipicidade de conduta

Para ROXIN os tipos de omissão realizados por *fato de consciência* nos quais o Estado dispõe de *alternativa* igualmente eficaz para garantia de proteção do bem jurídico objeto do tipo legal constituiriam casos de atipicidade de conduta³⁵⁵, por falta do elemento definido como *situação de perigo para o bem jurídico*, comum à *omissão própria e imprópria*³⁵⁶. Em todo caso, isso implica que o indivíduo desconheça que o bem jurídico dispõe de outra opção igualmente eficaz para sua proteção, pois quando consciente a exclusão da tipicidade se dá também por falta de dolo e do *dever jurídico de atuar*³⁵⁷. Como conclusão, a proposta de ROXIN de exclusão da tipicidade do *fato de consciência* para os casos de omissão só é plenamente válida diante da material ausência de perigo para o bem jurídico por existência de *alternativa* independente (ou neutra) e igualmente *eficaz*, não sendo suficiente a expectativa de tal alternativa, especialmente nos casos de omissão imprópria.

Em todo caso, estamos na verdade diante de um caso em que o fundamento constitucional do *fato de consciência* é praticamente irrelevante, porque a *atipicidade* é determinada por ausência dos requisitos teóricos da

³⁵⁴ Como atesta CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338.

³⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.949-950, §22, n.120.

³⁵⁶ Ver análise de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.204.

³⁵⁷ Conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.949-950, §22, n.120, aqui no óbvio, até porque o dever de agir só existe a partir da existência da situação de perigo. Comparar com CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.204-205.

omissão de ação³⁵⁸. Muito mais relevante, como se verá, é a questão atinente a possibilidade de *justificação* para as condutas racionalizadas por motivos de consciência.

3.2.2. *Hipótese de exclusão da antijuridicidade*

O *fato de consciência* como hipótese de exclusão da antijuridicidade ou causa de *justificação* é embasado no seguinte argumento: se o que fundamenta a não incidência de uma pena sobre a realização do tipo legal é o exercício de um direito fundamental, parece legítimo ponderar que tal ação ou omissão não pode ser ilícita, pois o comportamento é adequado ao ordenamento jurídico fundado pela Constituição. Assim compreendido, o *fato de consciência* excluiria a antijuridicidade, sendo muito mais do que uma *situação de exculpação*.

Sem embargo, o *fato de consciência* como hipótese de exclusão da *antijuridicidade* enfrenta significativa resistência doutrinária, por conta de diversos problemas teóricos. Consoante esta lógica, no entender de ROXIN não se deve admitir a possibilidade de *justificação* por *fato de consciência*, por dois motivos: primeiro, porque a obrigatoriedade geral da lei não admite exceção em nome de convicções pessoais, pois a consciência individual não tem competência para tornar o que é ilícito em lícito, sendo essa uma atribuição exclusiva da lei, definida pelo autor alemão como uma expressão do princípio democrático da maioria³⁵⁹; segundo, porque a garantia de inviolabilidade do direito a crença e consciência possui apenas sentido negativo, ou seja, existe para proteger o indivíduo contra qualquer tentativa de controle ideológico indesejado, mas não para *justificar* suas ações supondo a identidade entre seus princípios e os valores que devem ser protegidos pelo Estado³⁶⁰. Nestes termos, a realização de qualquer conduta típica por motivo de consciência seria sempre antijurídica.

³⁵⁸ E relembrando que, especialmente nos tipos de omissão, o *princípio da inexigibilidade* vale como *cláusula geral de exculpação*, conforme TAVARES, Juárez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**, p.100-102.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.950, n.122.

³⁶⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.950, n.121.

Em resumo, uma conduta típica *racionalizada por motivos de consciência* seria sempre *antijurídica* porque a) contrária à vontade da maioria sintetizada na lei penal e b) fundamentada por uma garantia que tem apenas sentido negativo.

Discordamos, todavia, deste pensamento. Primeiro, porque não é possível sustentar uma correspondência real entre as leis a aquilo que se denomina “vontade popular”³⁶¹. Como ensina a teoria crítica do Estado, a *seletividade* da atividade legislativa estatal de *regulação e repressão* – especialmente por meio de normas penais – é orientada de acordo com interesses estruturais definidos por uma racionalidade sistêmica, que transforma a dominação política em dominação de classe no Estado capitalista e exclui a capacidade real de deliberação legislativa da população³⁶². Segundo, porque o direito fundamental de crença e consciência não garante apenas a liberdade de formar as próprias convicções e crer no que quiser, mas também a possibilidade de orientar seu comportamento conforme esses princípios e dogmas³⁶³, cujo exercício é limitado pela preservação dos demais direitos fundamentais, mas não pela lei penal³⁶⁴. De acordo com esta perspectiva material, o fundamento da situação de *fato de consciência* não tem apenas sentido negativo, pois a Constituição garante expressamente o direito de manifestação exterior de crenças e convicções pessoais, desde que não coloque em risco os demais direitos fundamentais, afastando assim a incidência da sanção penal nos casos em que a representação da ameaça de pena possa vir a inibir seu exercício³⁶⁵.

Em síntese, se não é possível limitar o exercício de um direito fundamental pela lei penal, a realização do tipo de injusto em nome de um dever moral só constituirá ilícito nos casos em que o bem jurídico lesionado ou ameaçado coincidir com um direito fundamental.

E aqui fica evidente a principal origem da resistência doutrinária em relação ao *fato de consciência*, resumida em FIGUEIREDO DIAS. Ao supor que

³⁶¹ DUSSEL descreve essa falta de identidade intrínseca às democracias plebiscitárias de “corrupção original” da democracia. DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**, p.16-17.

³⁶² OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.154.

³⁶³ Paradoxalmente, o próprio ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.943-944, n.105.

³⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juez. **Direito Penal**, p.335.

³⁶⁵ Comparar esta posição com a crítica e posição final de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.608-611.

o Direito Penal tutela apenas e subsidiariamente bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, os fatos típicos realizados em nome de um dever de consciência sempre violariam outros direitos fundamentais, o que exigiria uma ponderação que acabaria por excluir a possibilidade de *justificação* e restringir a de *exculpação*³⁶⁶.

A identidade entre ilícito penal e violação de bens jurídicos fundamentais proposta não logra chegar a outra conclusão que “sempre que o fato de consciência se traduz na realização de um ilícito-típico, aí se depara com um limite imanente da liberdade de consciência jurídico-constitucionalmente assegurada”³⁶⁷, e assim nenhum fato que preenche um tipo legal pode ser amparado pelo argumento jurídico-constitucional da liberdade de crença e consciência³⁶⁸. Evidentemente, a validade deste raciocínio é bastante limitada, dada a falibilidade de seu pressuposto face às inúmeras hipóteses de criminalização contemporâneas, nas quais raramente os tipos penais incriminam a violação de direitos fundamentais individuais e sociais. Nos casos em que o *fato de consciência* não afeta bens jurídicos fundamentais, a solução penal é absolutamente inadequada. Mais: sempre que não for evidente a identidade entre bem jurídico e direitos fundamentais em um tipo penal, a conclusão de FIGUEIREDO DIAS e também de ROXIN, de que não é possível *justificação* para os casos de *fato de consciência*, é equivocada³⁶⁹.

Este interessante debate, negligenciado pela vasta maioria dos autores, obriga uma reflexão adicional que será realizada nos exemplos recorrentes em trabalhos sobre este tema, nos quais dentro de certos limites, é possível pensar na *justificação supralegal dos fatos de consciência*³⁷⁰, desde que o tipo legal violado

³⁶⁶ Opondo o Direito Penal – como representante das “condições mínimas de funcionamento da sociedade” – ao direito fundamental de crença e consciência – como “o mais livre desenvolvimento possível da personalidade de cada um” – o autor conclui a necessidade de preservar sempre o primeiro valor em lugar do segundo, por ser um dos fundamentos de toda a ordem democrática. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.609-610.

³⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.611.

³⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.611-612.

³⁶⁹ Em todo caso, para os tipos penais que efetivamente incriminam a violação de direitos fundamentais, como o homicídio, a lesão corporal, o estupro, etc. pode-se aproveitar esse raciocínio.

³⁷⁰ Especialmente quando configurem expressões críticas não violentas contra leis ou atos considerados injustos, conforme ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.614. Assim, por exemplo, a recusa a pagar impostos usados para financiar uma guerra que

não tenha por objeto de proteção e critério de criminalização um direito fundamental.

De qualquer forma, seguindo a orientação da dogmática contemporânea³⁷¹, fato é que parece ser mesmo a culpabilidade o lugar mais adequado para tratar o *fato de consciência*, compreendido em regra como *situação supralegal de exculpação*, especialmente porque é no *juízo de exigibilidade* que as *racionalizações* do indivíduo assumem maior relevância. Portanto, deste ponto em diante, ao nos referirmos à violação do tipo legal estaremos tratando daqueles nos quais há identidade entre bem jurídico e direitos fundamentais; suposta a tipicidade a antijuridicidade destes fatos, avançamos sobre a possibilidade de *exculpação*, e as eventuais possibilidade de *justificação* pelo mesmo argumento serão referidas apenas quando necessário e oportuno.

3.2.3. *Exclusão da culpabilidade e ausência de responsabilidade normativa*

Ainda que se limite o *fato de consciência* à possibilidade de *exculpação*, aqui tampouco existe consenso³⁷², sendo no mais relevante a proposta que estamos a descrever em parte conflitante com a teoria da *responsabilidade normativa* de ROXIN, como se demonstra.

Segundo ROXIN, além de ilícito o *fato de consciência* é sempre *culpável*, pois que o agente detém plena *dirigibilidade normativa*³⁷³ na medida em que suas convicções – políticas, religiosas, etc. – aparecem diante dele como legitimação para a prática de condutas sabidamente criminalizadas, atuando assim com pleno conhecimento da antijuridicidade³⁷⁴. Restaria, nestes termos, tão somente uma residual possibilidade de *exculpação* – ou exclusão da *responsabilidade penal*,

afronta a consciência do indivíduo não poderia ser antijurídica, ainda que prevista a tipicidade da conduta como independente de elemento subjetivo especial.

³⁷¹ Assim ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.950, §22, n.122 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.336.

³⁷² Quando não explícita oposição, como em MACHADO, que afirma que realização de deveres morais que violam normas penais (como deveres jurídicos) não podem ser exculpadas, em nenhuma hipótese, afinal, a ordem jurídica deve se sobrepor a todos os demais valores morais e religiosos, sendo sempre exigível uma conduta adequada ao direito. MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.148-149.

³⁷³ Aqui se somam os argumentos de FIGUEIREDO DIAS aos de ROXIN, como vemos em FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.608.

³⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.601.

para ROXIN³⁷⁵ – por conta da desnecessidade político-criminal de pena com fins preventivos para quem atua por força de um imperativo de consciência, até porque para estas pessoas a função de motivação atribuída a norma penal não produz qualquer efeito³⁷⁶ e nestes casos o Estado deve ser especialmente indulgente, em nome da preservação da liberdade individual – descrita como força motriz da evolução social –, desde que o comportamento em questão não coloque em risco os princípios basilares do Estado e o direito fundamental alheio³⁷⁷. Em resumo, todo tipo de injusto racionalizado pelo *fato de consciência* seria culpável, pois realizado por indivíduo dotado de plena *dirigibilidade normativa*, simultaneamente imputável³⁷⁸ e consciente³⁷⁹ da norma incriminadora. Assim, quando a força de uma crença ou convicção específica supera a possibilidade de omitir a ação proibida ou realizar a ação mandada a *exculpação* só é possível pelo argumento da *inexigibilidade* nos casos de manifesta desnecessidade preventiva da pena.

Em nosso juízo divergimos deste raciocínio, que restringe a possibilidade de *exculpação* à constatação empírica da falta de necessidade preventiva da pena. Primeiro porque os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição da República são universais, isto é, garantidos a todo e sem qualquer exceção, o que neste caso significa que não se pode negar aos inimputáveis – no limite de suas capacidades individuais – o direito de *racionalizar* seu comportamento por motivos de crença e consciência, até porque a lei penal não pode transformar o exercício de um direito fundamental em privilégio de uma determinada categoria de indivíduos, no caso aqueles que julga imputáveis. Isso exclui a suposição de

³⁷⁵ Para nós, em todo caso, se não caracterizar uma *justificação*, o *fato de consciência* é uma situação de *exculpação*, no sentido de que exclui a culpabilidade, cujo critério material é a vulnerabilidade do indivíduo, evidentemente aumentada em situações de conflito entre deveres éticos e normativos.

³⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.398.

³⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.951, n.123 e 124. Mas aqui FIGUEIREDO DIAS se opõe a ROXIN, rejeitando a exclusão da responsabilidade penal para casos de *fato de consciência* por falta de função preventiva da pena. Para o autor português, que como visto fundamenta a *exculpação* na afronta à *dignidade humana*, os casos de *fato de consciência* demandariam, pelo contrário, um especial efeito preventivo, considerando que a divergência entre motivações individuais e jurídicas “encerra em si perigos potenciados e particularmente intensos de repetição e de abalo da validade e da força de vigência comunitárias da norma violada”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.612.

³⁷⁸ Pois ainda que se reconheça a existência de uma intensa pressão psíquica esta não se assemelha a uma doença mental, conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.950, n.122.

³⁷⁹ Até mesmo “especialmente” consciente.

que todos os casos de *fato de consciência* são plenamente *culpáveis*, pois eventualmente os agentes não possuem *dirigibilidade normativa*.

Segundo, porque o *juízo de exigibilidade* não se esgota na existência de *dirigibilidade normativa*, exigindo-se no exame da culpabilidade à luz do *princípio da alteridade* uma avaliação ampla que, partindo da material *vulnerabilidade* humana, reconhece a personalidade como produto de desenvolvimento da vida em comunidade. É preciso ter em conta que em uma sociedade marcada pela diversidade é inevitável um certo grau de discrepância e mesmo de rebeldia em relação a certas normas, porque a coexistência de diferentes sistemas de valores não raro produz contradições³⁸⁰. A própria dinâmica social e o atual momento de globalização, que aproxima culturas antagônicas, opõe cada vez mais frequentemente conflitos morais em um mesmo ambiente, sendo preciso buscar soluções que não redundem em indiscriminada resposta penal³⁸¹.

Nestes termos, e absolutamente descrentes da pena como solução para o problema do crime e da criminalidade, defendemos que o *fato de consciência* é *situação supralegal de exculpação* por *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma*. Esta proposta parece ser mais compatível com o Estado Democrático de Direito, que supõe a valorização do pluralismo e manifestação pública dos juízos pessoais para afastar a censura penal.

Em conclusão deste segmento, o *fato de consciência* tem por fundamento *supralegal* – em relação à expressa previsão normativa penal – o direito fundamental de crença e consciência reconhecido pela Constituição da República. O exercício deste direito fundamental pode, dentro de certos limites, caracterizar *situação de exculpação* nos casos em que o bem jurídico coincide com um direito fundamental individual ou coletivo.

Identificado e descrito o fundamento constitucional do *fato de consciência* e avaliada preliminarmente suas conseqüências no discurso jurídico-penal, é preciso agora analisar seus limites, como condições para o reconhecimento

³⁸⁰ MUNÓZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.398.

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.399-400.

jurídico desta *situação supralegal de exculpação*. Seguindo estas premissas, podemos reduzir os critérios de *exculpação* por *fato de consciência* em relação à qualidade ou existência da representação do dever moral no autor do fato e na extensão da lesão produzida de acordo com o modo de realização da conduta típica.

3.3. “Identidade ética” e representação de um dever incondicional

O primeiro requisito do *fato de consciência* como *situação supralegal de exculpação* é que o dever moral invocado pelo autor guarde relação íntima com sua personalidade, sendo por ele incorporado como incondicional e vinculante de conduta³⁸², o que impede a *exculpação* por este argumento quando invocado de forma genérica³⁸³. Exclui-se assim, por exemplo, a possibilidade de que o indivíduo sabidamente budista alegue ter violado um tipo legal pela necessidade de garantir a vida eterna no paraíso muçulmano, ou que o cristão não praticante recuse a transfusão de sangue para o filho alegando a crença das testemunhas de Jeová.

Com o propósito de identificar na personalidade do indivíduo a existência e relevância deste dever que tem origem em convicção ou crença pessoal a doutrina recorre a diferentes parâmetros.

Em FIGUEIREDO DIAS o *dever incondicional* é aquele que tem origem no *cerne da subjetividade* do indivíduo e cujo descumprimento produziria um *dano irreparável à sua personalidade*³⁸⁴. Já STRATENWERTH exige que o dever de conduta imposto pela consciência ou crença do indivíduo corresponda ao máximo grau de intensidade da *pressão psíquica*, e que a realização do dever jurídico em detrimento ao dever ético-individual represente para o autor a *destruição da própria personalidade* ou a *perda da dignidade*³⁸⁵. Menos rigoroso, JESCHECK/WEIGEND sustentam que basta que o resultado do

³⁸² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.334-335.

³⁸³ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.270, n.116.

³⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.611.

³⁸⁵ Ainda na esteira do pensamento que tem por objetivo aproximar o *fato de consciência* do *estado de necessidade exculpante*, como vemos em STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.271, n.116.

descumprimento do dever moral venha a produzir uma *grave crise de consciência*³⁸⁶, posição esta muito próxima da paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 20 de dezembro de 1960, que definiu a *objeção de consciência* como “toda decisão séria de caráter moral, isto é, orientada pelas categorias ‘bem’ e ‘mal’ que o indivíduo experimenta internamente em uma determinada situação como vinculante e incondicionalmente obrigatória, de tal forma que não poderia atuar contra ela sem violentar seriamente sua consciência”³⁸⁷.

Contrastando especialmente com as duas primeiras propostas, ROXIN afirma que não é necessário ser tão exigente em relação a intensidade ou conseqüência hipotética da representação do dever cuja origem está na subjetivismo individual. Duas razões fundamentais concorrem para essa menor exigência: a primeira é que a obediência a certos dogmas independe da intensidade de sua incorporação, e normalmente as pessoas sequer se questionam seriamente porque realizam este ou aquele comportamento vinculado a um dever moral, sendo que tais comportamentos não estão excluídos do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de crença garantido pela Constituição da República. A segunda é que tal critério pouco ajuda quando se trata de estabelecer um limite para *exculpação*, porque a realização de certos fatos típicos – ainda que em nome da preservação da própria subjetividade – seguiria sendo absolutamente *culpável*³⁸⁸.

Em resumo, para ROXIN, o mais importante é o caráter transcendental do dever moral para o indivíduo, excluindo-se do âmbito da *exculpação* os fatos realizados por motivos que não são *constitutivos da personalidade do sujeito*³⁸⁹. Assim, o que cabe averiguar em relação ao sujeito que alega a existência do *fato de consciência* se o preceito moral é incorporado por ele como um *imperativo de conduta*³⁹⁰ ou, segundo CIRINO DOS SANTOS, como um *dever incondicional*

³⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.543.

³⁸⁷ MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.47.

³⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.942, n.101, lembrando aqui que por *exculpação* o autor está a se referir a ausência de *responsabilidade normativa*.

³⁸⁹ Ainda que, mesmo sem ser suficiente para exculpar, tal circunstância possa eventualmente vir a diminuir a pena, como vemos em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.943, n.103.

³⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.943, n.104.

*vinculante de conduta*³⁹¹, algo que só é possível se colocamos em perspectiva a vida do indivíduo. Como conclusão, o primeiro requisito do *fato de consciência* é que a racionalização invocada pelo sujeito possa ser identificada como algo que integra sua “identidade ética”, resultado do processo de construção social da própria personalidade.

Por este raciocínio, ao qual nos filiamos, o reconhecimento do *fato de consciência* não implica um juízo de valor sobre a crença ou consciência invocada pelo indivíduo como determinante da realização do tipo de injusto, limitando-se à identificar a “correspondência entre *condutas* e *mandamentos* morais ou religiosos da personalidade”³⁹², até porque ao tornar inviolável o direito de acreditar no que quiser a Constituição proíbe que se julgue o motivo alegado por meio de critérios como *certo* ou *errado* evitando qualquer tentativa de uniformização ideológica³⁹³. De forma que ao Judiciário não cabe dizer se a convicção defendida pelo autor é *boa* ou *má*, *razoável* ou *absurda*³⁹⁴, mas apenas tentar identificar se de fato a *racionalização* do dever ético-individual alegado guarda relação com a vida do sujeito concreto³⁹⁵: qualquer outra exigência denotaria a presença de uma *crença* ou *moral oficial*, fato necessariamente incompatível com o Estado Democrático de Direito e, neste sentido, a garantia do ateu é também a tolerância pública ao crente.

3.4. A exculpação de acordo com o modo de realização do tipo de injusto

Para a maior parte dos autores a possibilidade de *exculpação* por *fato de consciência* estaria restrita aos tipos de omissão³⁹⁶, redefinidos e analisados como casos de *objeção de consciência*. JESCHECK/WEIGEND, por exemplo, estão

³⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.334-335.

³⁹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.335.

³⁹³ Como, aliás, expressamente previsto na Constituição da República do Brasil: “Art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

³⁹⁴ O que fica mais óbvio no caso de um dever que tem origem na religião, que não sobrevive pela lógica, exigindo sempre um “salto de fé” do indivíduo, que por isso se torna “crente”.

³⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**, p.604-605.

³⁹⁶ Para STRATENWERTH, por exemplo, é impossível a *exculpação* por *fato de consciência* nos tipos de ação. STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.270, n.114.

entre aqueles que aceitam apenas esta hipótese, afirmando que a *exculpação* é razoável tão somente nestes casos, pois não se pode obrigar um cidadão a realizar uma ação contra sua fé ou consciência por pura força da ameaça da pena³⁹⁷. Rejeitam, portanto, o reconhecimento da *inexigibilidade* nas hipóteses em que o *fato de consciência* determina a realização de uma ação típica e antijurídica, afirmando que qualquer outro entendimento deixaria o cidadão em evidente desvantagem diante de crentes ou convictos, o que não seria razoável porque o direito de crença e consciência não é capaz de simplesmente anular parcialmente o ordenamento jurídico para exculpar ações ilegais³⁹⁸.

Entretanto, em atenção ao já anunciado fundamento constitucional desta hipótese de *exculpação*, posições mais flexíveis da doutrina admitem que, em certos casos, o *fato de consciência* pode excluir a censura penal em tipos de ação³⁹⁹, porque se *situações supraleais de exculpação* constituem casos concretos de *inexigibilidade de comportamento adequado à norma* em *anormais* momentos de *conflito*, não é possível excluir a extensão do efeito exculpante para os tipos de ação, ainda que os casos de omissão de ação constituam a maioria dos exemplos referidos pela doutrina⁴⁰⁰.

Em conclusão, não se afasta a possibilidade de *exculpação* por *fato de consciência* diante de uma ação realizada em nome de um dever representado como incondicional para o indivíduo, mas é importante perceber que o rigor na avaliação destes casos é superior àquele que ocorre com os tipos omissivos, seguindo a orientação geral de uma análise mais criteriosa para a *exculpação* por *inexigibilidade de comportamento adequado à norma* nos tipos dolosos de ação. Assim, alguns limites da *exculpação* por *fato de consciência* são mais estritos de acordo com o modo de realização do tipo de injusto e, desde um princípio, a *exculpação supraleal* por *fato de consciência* não inclui qualquer forma de violência que coloque em risco ou elimine vidas alheias, especialmente rituais religiosos que atentem contra direitos fundamentais⁴⁰¹.

³⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.544.

³⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.545.

³⁹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.944, §22, n.106.

⁴⁰⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.943, n.106.

⁴⁰¹ Afastando-se inclusive a possibilidade de atenuação, na maioria dos casos, conforme MUÑOZ

3.5. A presença de alternativas

Os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, fundamento e limite da *exculpação* por *fato de consciência*, porque o exercício da liberdade de consciência e crença pressupõe, evidentemente, o respeito a todos os demais direitos individuais⁴⁰² e coletivos, bem como aos fundamentos da República, definidos como condições para garantia destes direitos⁴⁰³.

Isso torna o *fato de consciência* um problema relativo à ponderação entre princípios constitucionais. Aqui a doutrina não hesita em afirmar que sempre deve prevalecer o direito fundamental violado, o que condiciona a *exculpação* à proteção do bem jurídico por uma *alternativa neutra* (ou *independente*)⁴⁰⁴.

Por *alternativa neutra* entende-se aquela ação que, *independente* do *fato realizado por motivos de consciência*, impede efetivamente a lesão do direito fundamental incluso na norma penal. Assim, por exemplo, sendo o homicídio um tipo penal que protege o direito fundamental à vida, não é possível a *exculpação* da lesão ou ameaça a esse bem jurídico sob alegação de cumprimento de uma ordem imperativa de consciência, exceto naqueles casos em que existe uma alternativa independente que efetivamente protege a vida. Neste sentido o exemplo mais comum trata dos pais que por motivos religiosos não autorizam transfusão sanguínea necessária para o filho. A possibilidade de *exculpação* do comportamento dos progenitores que coloca em risco a existência do filho só é possível se não ocorre a lesão à sua vida ou integridade física, o que pode acontecer pela substituição de seu consentimento por terceiro⁴⁰⁵ ou pela ação do médico contrária à vontade dos pais, amparado pelo *estado de necessidade*⁴⁰⁶.

CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.399.

⁴⁰² Especialmente a vida, integridade física e liberdade. Outros autores incluem também a propriedade, como MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.398.

⁴⁰³ Como ações contrárias a existência e segurança do Estado e seus cidadãos. Assim ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.944, n.108 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338. Ainda que os autores incluam aqui os “atos terroristas”, vale notar que mesmo a definição acadêmica do termo não vai além de “crime político” ou “ideológico” o que torna sua análise mais adequada no âmbito da *desobediência civil*. Para mais detalhes sobre a possibilidade de definição científica do terrorismo, CHOMSKY, Noam. **Poder e Terrorismo**, p.104.

⁴⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁴⁰⁵ Como o Curador de Menores, na explicação de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.944, n.109.

Mas note-se: se os pais se recusam a permitir determinado tratamento hospitalar para o filho e por ausência de uma alternativa o menor morre ou sofre dano irreparável, é impossível a *exculpação* dos mesmos alegando-se o exercício de um direito fundamental, porque a omissão da ação salvadora priva a vítima de todos direitos⁴⁰⁷. Afinal, a liberdade de crença é um entre vários outros direitos fundamentais, e não pode ser exercido de forma absoluta, sendo, aliás, em qualquer caso, sempre subsidiária ao direito à vida – condição material de todos os direitos⁴⁰⁸.

Ainda, não basta a mera existência de uma *alternativa neutra*, mas esta deve ser igualmente *eficaz*: o médico que se recusa a efetuar o emergencial aborto necessário por força de um dogma e limita-se a indicar tratamento alternativo com reduzidas chances de sucesso em comparação ao aborto negado, não poderá alegar em seu favor *fato de consciência* se o procedimento resultar em morte ou lesão da gestante.

Ao Estado é atribuído papel de destaque na produção de *alternativas*, até porque tem por missão declarada disponibilizar a maior quantidade e variedade de recursos capazes de proteger e permitir o exercício de todos os direitos fundamentais⁴⁰⁹. Ao realizar com diligência sua função precípua, logra resolver a maioria dos momentos de *anormalidade* característicos do *fato de consciência*, oferecendo soluções *alternativas* que preservam simultaneamente o exercício do direito à crença e consciência e a proteção dos demais direitos fundamentais: o médico deixa de realizar o aborto terapêutico por imposição da própria fé, mas o hospital dispõe de vários médicos igualmente competentes para realizar o procedimento sem risco para a gestante; a recusa do pai de autorizar a transfusão

⁴⁰⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁴⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.947-948, n.116.

⁴⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.398. Em todo caso isso não suprime a possibilidade de organização social independente da ingerência estatal para criar alternativas. Temos exemplo dessa possibilidade entre as testemunhas de Jeová “que mantém uma rede de médicos especializados em buscar um contexto de não necessidade de utilização de sangue e com isso fica mais fácil interagir no momento em que se faz necessária uma decisão de risco”, como vemos em SILVA, Robson. **Transfusão de sangue e testemunhas de Jeová**, p.185.

de sangue para o filho em risco de vida é resolvida pela imediata substituição temporária do poder paterno ou atuação *justificada* do médico⁴¹⁰.

O dever do Estado de oferecer uma *alternativa* é, mais do que importante, essencial nos casos em que a realização do dever moral não implica na violação de um direito fundamental. Nestes casos – que, como vimos, estão ainda no plano da juridicidade da conduta –, a falta de *alternativas* exclui a contrariedade ao Direito, até porque a *antijuridicidade* supõe a possibilidade de comportamento jurídico alternativo⁴¹¹. Condição esta que, diga-se de passagem, está expressamente prevista no texto constitucional que trata dos limites do exercício da crença ou consciência⁴¹². Seguindo este raciocínio se compreende melhor a *exculpação* do recorrente exemplo da recusa ao serviço militar, quando tipificada. Em princípio, trata-se de conduta *justificada* independente de *alternativa*, pois não existe o direito fundamental de ir à guerra e a oposição é uma expressão crítica e não violenta contra ato ou lei considerado injusto⁴¹³. Avançando no exemplo, caso exista uma *alternativa* oferecida para aquele que se nega ao alistamento que seja compatível com suas crenças e nunca superior em termos de sacrifício individual – como prestar serviço voluntário em um hospital público ou prestar ajuda humanitária em país fora de conflito pelo mesmo período – exclui-se a *antijuridicidade*, por força de mandamento constitucional⁴¹⁴, permanecendo apenas a possibilidade de *exculpação*⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Neste sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p.337 e MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.398.

⁴¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.255.

⁴¹² Artigo 5, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e **recusar-se a cumprir prestação alternativa**, fixada em lei;

⁴¹³ Evidentemente, uma posição que não é pacífica. Admitindo a possibilidade de *justificação*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.614.

⁴¹⁴ Novamente aqui, o disposto no artigo 5, VIII da Constituição da República, somado ao seu artigo 143, que assim dispõe: “O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativos de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”. A regulamentação está prevista na lei 8.239/91, e mesmo o descumprimento da prestação alternativa não pressupõe uma pena criminal, mas apenas administrativa, relativa à suspensão de certos direitos políticos.

⁴¹⁵ Mas vale notar aqui a tendência mundial nesta matéria: mesmo nos casos de simultâneo descumprimento de alistamento militar e recusa à prestação alternativa, não só os tribunais têm deixado de aplicar pena criminal de qualquer espécie, recorrendo a sações civis, como têm-se revogado a legislação penal neste sentido, como afirmam MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.399 e MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.29-

A possibilidade de alternativas também está, como percebe ROXIN, limitada por circunstâncias exteriores, que influenciam diretamente na avaliação jurídica do caso concreto, como se explica por meio de um exemplo: no contexto de uma campanha nacional de vacinação obrigatória, se um integrante de congregação religiosa sectária se nega a receber a vacina em nome de uma crença e a falta da inocuização não coloca em risco a vida de outras pessoas, o Estado não poderia aplicar uma pena ao indivíduo, supondo a criminalização primária da recusa. Se por outro lado há emergência de uma epidemia que por razões científicas não admite exceções, o Estado pode submeter a pena aqueles que pelo mesmo motivo de consciência colocaram em risco a vida e a integridade física dos demais⁴¹⁶. O sujeito que, no contexto do último cenário, se esconde para não receber a imunização, realiza conduta absolutamente antijurídica.

3.6. Os casos de lesão periférica

Como se concluiu no tópico anterior, a presença de *alternativas* no momento em que se realiza uma ação proibida ou se omite uma ação mandada por um tipo penal que tem por objeto de proteção um direito fundamental é a questão central relativa a *exculpação supralegal por fato de consciência*.

Em situações sem *alternativa* ou com *alternativa ineficaz* o exercício da liberdade de consciência e crença não pode afetar diretamente os demais direitos fundamentais, protegidos direta ou indiretamente pela Constituição da República. Para ilustrar com um exemplo de ROXIN, aquele que arranca um raro livro “pecaminoso” das mãos de um ateu e o destrói não pode ser exculpado pelo dano por *fato de consciência*, porque o faz negando os direitos constitucionais de liberdade e propriedade de terceiro⁴¹⁷.

Ausente uma saída alternativa que respeite a liberdade de crença e violando-se bens jurídicos que apresentam identidade com direitos fundamentais não se pode dar relevância jurídica à alegação moral de *fato de consciência* no

30.

⁴¹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.946-947, n.113.

⁴¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.984, n.117.

conceito analítico do fato punível, porque o exercício individual de um direito fundamental não pode ser realizado a custa de outros mais importantes para a produção e desenvolvimento da vida⁴¹⁸, ainda que razoável eventual atenuação da pena.

A exceção à regra ocorreria apenas nos casos de *lesão periférica* a bens jurídicos alheios, que preservam a livre decisão da vítima⁴¹⁹, como explica a doutrina a partir de dois exemplos apreciados pelo Tribunal Constitucional alemão⁴²⁰.

No primeiro, o Tribunal decidiu exculpar a imputação de tentativa de homicídio por omissão de um médico que, agindo de acordo com sua consciência e em respeito à expressa decisão de paciente que tentou o suicídio, negligenciou atendimento até o início do “processo de morte”, para só então submetê-lo ao tratamento intensivo⁴²¹.

No segundo, o marido de um casal membro de uma determinada comunidade religiosa foi processado por omissão de socorro ao não levar sua mulher após o parto para o hospital para que realizasse uma transfusão de sangue. Vinculados a certos dogmas, e em comum acordo, ele e sua esposa decidiram ficar onde estavam, tendo por certo que a melhor ação para sua recuperação era rezar. Sem a devida assistência médica, a mulher faleceu. Em julgamento, o Tribunal considerou que o descumprimento do dever de ação do marido de conduzir a mulher ao hospital era, sem dúvida, contrário ao Direito. Nada obstante, entendeu ser exculpável a conduta do agora viúvo, na medida em que, exercendo um comportamento determinado por sua crença, preservou o direito de autodeterminação da esposa que rejeitou por sua própria vontade a possibilidade de uma transfusão sanguínea⁴²².

Como vemos por estes exemplos, nem mesmo a vida é limite absoluto. Note-se, em todo caso, que *exculpação* exige que a vítima afetada pela omissão

⁴¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.399.

⁴¹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337-338.

⁴²⁰ Também referidos por FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**, p.80 e HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo**, p.104-105.

⁴²¹ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.544.

⁴²² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.544.

do autor recuse expressamente o benefício da ação mandada. A ausência de tal pressuposto permitiria excessos, permitindo, por exemplo, que uma pessoa seja exculpada ao abandonar sujeito inconsciente em acidente de trânsito por considerar tal fato a realização de um merecido “castigo divino”⁴²³. Esta exigência é ainda maior nos tipos de ação, nos quais a necessidade de consentimento é absoluta. Exclui-se, assim, a *eutanásia* sem consentimento real ou com consentimento presumido⁴²⁴ da esfera da *situação supralegal* definida como *fato de consciência*, mas não a morte produzida por terceiros a pedido de paciente em estágio terminal ou incapaz de suicidar-se. Em último caso, face a polêmica do tema e com o propósito de afastar ou mitigar a resposta penal contra a interrupção de situações dramáticas de grande sofrimento, MUÑOZ CONDE/ARÁN propõem que estes casos sejam resolvidos no âmbito da *exculpação por conflito de deveres*⁴²⁵.

A regra, portanto, no conflito entre a liberdade de consciência e crença e qualquer outro direito fundamental é que não se admite a *exculpação* quando não existem *alternativas* e há efetiva lesão do bem jurídico, sendo exceção apenas os casos de *lesões periféricas* que preservam o arbítrio do afetado. Opinião respeitável inclui ainda na expressão *lesão periférica* os casos em que o injusto é mínimo, próximo do insignificante. Com isso amplia a oportunidade de *exculpação* nos tipos de ação, como se explica por um exemplo: crendo que a única forma de salvar a própria alma é participando de uma cerimônia específica, com data e hora certa, o sujeito representa no atraso iminente a danação perpétua, e movido pelo dever de garantir sua salvação viola o domicílio alheio e subtrai uma bicicleta para chegar em tempo. Considerando a restituição do bem e eventual indenização por qualquer dano, a *lesão periférica* à propriedade alheia

⁴²³ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.544.

⁴²⁴ O *consentimento real* é ineficaz como causa de *justificação* em relação à bens jurídicos indisponíveis, como a vida, e o *consentimento presumido* é questionável como hipótese *supralegal* de *justificação* mesmo para direitos disponíveis, como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.265-271.

⁴²⁵ O importante, neste sentido, é evitar que o Direito Penal sirva como instrumento para impor pela ameaça de coerção um determinado sistema de valores, como explicam MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.400.

também tornaria razoável a *exculpação por fato de consciência*⁴²⁶. Situação semelhante exculparia o sacerdote que, ao ser chamado para a emergência de realizar a “extrema unção”, dirige sem habilitação para garantir a vida eterna do moribundo⁴²⁷.

Para concluir nossa exposição sobre esta *situação supralegal de exculpação* analisamos a partir do fundamento e dos critérios do *fato de consciência* um exemplo mais recente.

A mutilação genital feminina, tradicional em certos países da África – nos quais é conhecida como “Irua” –, tem se tornado um dos principais pontos de debate na agenda política relativa aos direitos humanos internacionais⁴²⁸. A prática consiste em uma lesão permanente do órgão genital feminino, geralmente com a remoção completa do clitóris e parte exterior da vulva, realizado antes da puberdade, independente da idade⁴²⁹. Considerada perigosa e prejudicial à saúde da mulher, a prática apresenta justificativas variadas de acordo com a cultura em que é realizada, sendo sua associação com uma determinada forma de islamismo verdadeira, porém, não absoluta, vez que constitui uma prática milenar em várias comunidades⁴³⁰. O estudo do tema na literatura especializada acaba inevitavelmente no debate relativo ao caráter *universal* ou *culturalmente relativo* dos direitos humanos⁴³¹. De um lado, e principalmente a partir de aproximações antropológicas, adeptos da perspectiva *relativista* argumentam que, ao menos em algumas comunidades, as mulheres que não se submetem ao processo de mutilação são vistas como “impuras”, e em alguns casos excluídas do grupo

⁴²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.949, n.119.

⁴²⁷ A excepcional *exculpação por fato de consciência* no caso de *lesões periféricas* de bens jurídicos fundamentais que preservam a liberdade de decisão da vítima ou com lesão praticamente irrelevante não se faz presente na doutrina sem resistência. Para MACHADO, ao contrário das decisões do Tribunal Constitucional alemão e demais exemplos doutrinários, estes casos não devem ser considerados situações de *inexigibilidade* porque a obrigatoriedade dos deveres cívicos de solidariedade e responsabilidade antecedem qualquer dever moral de fundo religioso, especialmente em Estados laicos. Sem negar a legitimidade deste argumento, por conta do fundamento constitucional desta situação de *exculpação*, discordamos desta restrição, como também a maioria da doutrina. Para mais detalhes, recomenda-se a leitura de MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**, p.148-149.

⁴²⁸ LEWIS, Hope. **Between Irua and “Female Genital Mutilation”**, p.392-393.

⁴²⁹ Detalhes sobre o procedimento no relatório da Organização Mundial da Saúde, referido em STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**, p.409.

⁴³⁰ E também presente em comunidades Cristãs, Judias e Politeístas da África, conforme LEWIS, Hope. **Between Irua and “Female Genital Mutilation”**, p.393.

⁴³¹ Excelente síntese sobre as premissas de cada perspectiva em STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**, p.366-368.

social que lhe garante a própria existência⁴³², ao passo em que as que o fazem participam de um evento descrito quase que como uma celebração⁴³³, marcada muito mais pela alegria do que pela dor. Neste sentido, criminalizar uma tradição cultural por força da pretensão universal de direitos humanos desenvolvidos pela lógica ocidental seria um erro, pois resultaria apenas na troca da forma de dominação: da patriarcal (incompreendida) pela ocidental (devidamente justificada na ótica do opressor)⁴³⁴. Sob outro enfoque, defensores da *universalidade* dos direitos humanos alegam em base a vários depoimentos pessoais e estudos sociológicos que a “circuncisão feminina” é uma prática cruel cujo único objetivo é reproduzir um opressor modelo de dominação machista⁴³⁵.

Aparte a polêmica no âmbito mais específico do debate sobre a natureza local ou global dos direitos humanos e considerando as racionalizações até aqui desenvolvidas pode-se formular a seguinte pergunta: para o Direito Penal brasileiro o *fato de consciência* autoriza a *exculpação* de autor de mutilação genital feminina quando este a realiza por conta de um dever religioso representado como incondicional?

A resposta, em sintonia com a tendência internacional nesta matéria⁴³⁶, é negativa, porque a *exculpação* do exercício da crença dos pais está condicionado à preservação dos direitos fundamentais da filha por meio de *alternativa neutra e eficaz, lesão periférica expressamente consentida ou praticamente insignificante*⁴³⁷. Excluída a possibilidade de produzir lesão relevante ou violenta em nome de um dever moral além destes limites, aquele que realiza a mutilação feminina não pode ser exculpado, o que torna punível também os responsáveis

⁴³² LEWIS, Hope. **Between Irua and “Female Genital Mutilation”**, p.393.

⁴³³ Conforme referência de GIFFORD, Eugenie Anne. **“The Courage to Blaspheme”**, p.395.

⁴³⁴ LEWIS, Hope. **Between Irua and “Female Genital Mutilation”**, p.394.

⁴³⁵ STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**, p.410-412.

⁴³⁶ Em alguns países, inclusive, por meio da tipificação específica, como Suécia, Bélgica, Inglaterra e vários estados dos Estados Unidos da América, segundo STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**, p.413.

⁴³⁷ A “circuncisão masculina”, ao contrário da mutilação genital feminina, em regra não alcança o exame da culpabilidade, sendo considerada fato atípico – por ser ação socialmente adequada ou que produz lesão insignificante – ou justificado – por falta de antijuridicidade material. Em todo caso, se o procedimento ultrapassa a dimensão do injusto mínimo ele se submete ao princípio da exigibilidade. Assim, por exemplo, uma circuncisão realizada em recém-nascido com hemofilia ou por pessoa sabidamente não habilitada apresenta o conteúdo proibido pelo injusto, ainda que seja possível exculpar a ação típica e antijurídica sob fundamento de *inexigibilidade* de comportamento adequado à norma por *fato de consciência*, desde que não ocorra a lesão a bem jurídico fundamental da criança.

legais pela menor submetida ao procedimento, que geralmente participam do fato⁴³⁸.

Encerramos, assim, nossa análise do *fato de consciência*.

4. Provocação de situação de legítima defesa

A *provocação de situação de legítima defesa* foi apresentada na literatura penal brasileira como uma *situação supralegal de exculpação* por CIRINO DOS SANTOS⁴³⁹, em lição rapidamente assimilada pela doutrina nacional⁴⁴⁰. A origem recente dessa *situação de exculpação* provavelmente está relacionada ao desenvolvimento doutrinário da *ação justificada* na *legítima defesa*, especialmente por ROXIN⁴⁴¹.

A *exculpação da legítima defesa provocada* pressupõe a *antijuridicidade* do fato, o que nos remete ao texto legal. A exegese do artigo 25 do Código Penal condiciona a *justificação* da conduta típica ao uso *moderado* de meios *necessários* para repelir agressão *injusta, atual* ou *iminente*, contra direito próprio ou alheio⁴⁴², excluindo assim a *juridicidade* da *ação de defesa* contra agressões *provocadas*⁴⁴³, por simultânea ausência do caráter *injusto* da agressão – necessário para configurar a *situação justificante* – e restrição adicional no âmbito da *permissibilidade* da *ação de defesa necessária*, aumentando consideravelmente a exigência de moderação, especialmente no caso de provocações intencionais, isto é realizadas com o propósito de “agredir o agressor”⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Conforme STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**, p.409.

⁴³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338-339.

⁴⁴⁰ Como vemos em DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.428.

⁴⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.59-70, p.639-646 e §22, n.93, p.937-938

⁴⁴² “Art.25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

⁴⁴³ Ainda que, como bem percebem ZAFFARONI/PIERANGELI, o texto legal não faz expressa referência à “ausência de provocação”, e por isso entender a *provocação* como agressão injusta seria analogia em prejuízo do acusado, proibida pelo princípio da legalidade. ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p.552-553.

⁴⁴⁴ De qualquer forma vale notar que essa idéia, correta *prima facie*, não é pacífica entre os doutrinadores, que afirmam que mesmo nestes casos seria possível excluir a *legítima defesa*, como vemos na referência de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.230-231 e 237.

Todavia, seguindo tratamento semelhante nos casos de *excesso de legítima defesa*⁴⁴⁵, a moderna dogmática tem se mostrado bastante tolerante ao considerar a possibilidade de *exculpação* nestes casos⁴⁴⁶, suprindo-se a falta de previsão legal pela incidência da *inexigibilidade de comportamento adequado à norma*.

Entre as *situações de exculpação* que constituem o referencial teórico deste trabalho a *provocação de situação de legítima defesa* é, sem dúvida, a menos complexa em seu fundamento e pressupostos. Mesmo assim, julgamos ser preciso analisá-la com cuidado, para resolver eventuais imprecisões que podem dificultar sua identificação como circunstância *anormal* capaz afastar ou mitigar o *juízo de exigibilidade*. Neste sentido, o primeiro problema se situa na ação precedente à situação de *inexigibilidade*, pois necessário definir que tipo de *provocação* é capaz de excluir a *antijuridicidade* da *agressão* contra a qual se defende, pois é este o elemento determinante do início da *situação de exculpação*.

4.1. Pressupostos da provocação determinantes da juridicidade da agressão

A *provocação* excludente da *justificação por legítima defesa* responde a certos critérios. O primeiro se refere à representação da *provocação* no autor do fato, diferenciando-se a *intencional* da *imprudente*.

De difícil comprovação⁴⁴⁷, a *provocação intencional de situação de legítima defesa* é aquela em que o *provocador* tem por objetivo dar início a uma situação justificante para poder, sob amparo da *legítima defesa*, realizar uma ação predeterminada de lesão à bens jurídicos do agressor⁴⁴⁸. Para ROXIN, na mesma linha da doutrina dominante⁴⁴⁹, nestes casos a *legítima defesa* está excluída, por

⁴⁴⁵ Para comprová-lo, basta consultar a doutrina, em particular ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p.934-936, §22, n.84-90, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p.332-336, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*, §45, p.527-531 e STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, p.205-206, §9, n.92-93 e p.272, §10, n.121.

⁴⁴⁶ Em oposição à jurisprudência, como alerta DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, p.428.

⁴⁴⁷ Na verdade, “praticamente indemonstrável”, como alerta ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, §15, n.59, p.639.

⁴⁴⁸ Um indivíduo injuria outro com a intenção de provocar uma agressão; ao iniciar a agressão provocada, o provocador reage atirando. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, §15, n.59, p.639.

⁴⁴⁹ Entre os quais são exemplo STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, p.201-202, §9, n.83 e

se tratar de um abuso da *causa de justificação*: quem provoca outrem a realizar uma agressão com a intenção de produzir-lhe dano não pode amparar-se na *legítima defesa*, admitindo-se exceção apenas quando a *provocação* se circunscrever a uma conduta adequada ao Direito⁴⁵⁰. Existe, em todo caso, dissenso doutrinário neste ponto. Para certos autores, não há de se excluir o direito à *legítima defesa* mesmo nesse caso, porque a) a *provocação* não elimina a *antijuridicidade* da agressão⁴⁵¹, b) não pode ser ilícito realizar a *ação de defesa* nos casos de substancial perigo para sua vida e integridade, descritas como situações “sem saída”⁴⁵² e, finalmente, c) que estes seriam casos de *actio illicita in causa* e não de *legítima defesa*⁴⁵³.

Na *provocação imprudente* o *provocador* está consciente de sua ação, mas com ela não tem a vontade de despertar uma reação agressiva no sujeito provocado⁴⁵⁴. Para ROXIN, se bem o provocador não deve perder o direito de *legítima defesa*, é o caso de restringi-la, pois o direito pleno à *justificação* só estaria garantido em agressões imotivadas⁴⁵⁵. A restrição, nestes casos, é similar àquela exigida em agressões de incapazes, que por sua condição de *vulnerabilidade* determinam limitações *ético-sociais* da *legítima defesa*⁴⁵⁶:

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, §32, III, 3, a, p.371-372.

⁴⁵⁰ Como no exemplo do policial que, atuando nos limites do estrito cumprimento do dever legal, sabe poder provocar uma agressão, segundo ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.59, p.640.

⁴⁵¹ Com referência a LENCKNER, SCHRÖDER e KÜHL, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, §32, III, 3, a, p.372 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.237. A esta “respeitável opinião minoritária” ROXIN contesta com a alegação de que isso tampouco é suficiente como para *justificar* a manipulação operada pelo provocador. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.60, p.640.

⁴⁵² Novamente aqui, parece decisiva a crítica de ROXIN, que constata que não há sentido em preservar a *legítima defesa* só porque o provocador não pode fazer o que em verdade não quer fazer. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.61, p.640-641.

⁴⁵³ A *actio illicita in causa* é uma teoria que entende que a ação de defesa típica do provocador está amparada pela *legítima defesa*, mas que o provocador responde como autor doloso do resultado ao qual deu origem com sua *provocação*. O problema desta teoria é que, além de confusa, é contraditória, ao afirmar a simultânea juridicidade e antijuridicidade de uma ação, com conseqüências semelhantes à simples exclusão da *justificação*, de acordo com ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.62, p.641. Além disso, a *actio illicita in causa* seria paralela à *actio libera in causa* e, portanto, sujeita às mesmas críticas, conforme ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p.553.

⁴⁵⁴ O que, por óbvio, inclui a *provocação* por imprudência inconsciente na *justificação*, sendo manifestamente injusta a agressão dela resultante.

⁴⁵⁵ Pelo raciocínio de ROXIN, se a existência de *provocação* torna a agressão socialmente menos censurável, ela também reduz o direito de defesa do provocador, como vemos em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.63, p.641-642.

⁴⁵⁶ Nestas hipóteses, em que a agressão injusta é perpetrada por crianças, doentes mentais, bêbados, etc., o

somente nestes casos a agressão provocada de forma culposa poderia ser rechaçada com ação de defesa *justificada* pela *legítima defesa*⁴⁵⁷.

Além de ter em conta a avaliação subjetiva da *provocação* no agredido – para definir se *intencional* ou *imprudente* – também é preciso qualificar a própria *provocação*⁴⁵⁸, para poder concluir se ela foi ou não suficiente na realização do propósito de despertar reações agressivas, pois caso contrário seguimos no âmbito da *justificação*. A solução doutrinária para este ponto é menos controversa, ainda que não pacífica. De modo geral vale o seguinte raciocínio: só é *provocação relevante* aquela que pode ser objetivamente apreciada como um comportamento antijurídico, potencialmente lesivo de bem jurídico⁴⁵⁹. Afinal, não parece razoável que um comentário mais ácido, gozações, pilhérias, ou outras formas de expressão próprias do convívio social sejam suficientes como para caracterizar a *provocação* a que estamos a nos referir, mesmo que realizadas intencionalmente⁴⁶⁰.

Em conclusão, a *provocação* que exclui a possibilidade de *justificação* por *legítima defesa* e obriga o *provocador* a suportar a *agressão provocada* só ocorre nos casos em que existe comprovada a intenção prévia de produzir lesão no agressor ou por violação das limitações *ético-sociais possíveis* na *provocação imprudente*. Além disso, em qualquer caso, a *provocação* deve poder ser considerada suficiente como para despertar a reação agressiva do provocado, o

agredido deve, antes de poder atuar em *legítima defesa* a) esquivar a agressão ou empregar métodos de defesa que não impliquem a produção de danos graves, b) pedir socorro a terceiros, se com sua ajuda for possível abrandar a violência da agressão ou c) suportar danos leves se a *ação de defesa* representar um dano muito maior. Comparar a síntese de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.236 com a análise de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.56, p.638.

⁴⁵⁷ Como confirma a recente jurisprudência alemã, apresentada em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.64, p.642-643.

⁴⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.237.

⁴⁵⁹ Comparar CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.237 com os critérios de BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.267-268. Para os últimos, ainda que com potencial antijurídico, não é necessário que ela caracterize ao menos tentativa de delito.

⁴⁶⁰ A antijuridicidade material, como critério que determina o gradiente do injusto, pode *justificar* condutas típicas formalmente antijurídicas porque socialmente adequadas ou insignificantes, conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.220-221. Como conclui JESCHECK/WEIGEND, não basta, em todo caso, a mera antijuridicidade formal, porque ações sem conteúdo injusto material estão *justificadas* como adequadas ao Direito. JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.511.

que não acontece em ações lesivas de valores ético-sociais de *antijuridicidade* menor, indefinida ou inexistente⁴⁶¹.

4.2. Fundamento da exculpação e a dependência de saídas alternativas

Ao afirmarmos que a *provocação* – dentro dos parâmetros recém traçados – exclui o caráter *injusto* da agressão, concluímos que ela obriga o provocador a suportar a reação do provocado⁴⁶². Sem embargo, evidentemente isso responde a um limite, até porque frequentemente as reações alheias nos surpreendem, ainda mais quando ocorrem em ambientes sociais, cada vez mais marcados por rápidas e esparsas interações⁴⁶³. Portanto, o dever de suportar a agressão, consequência da *antijuridicidade* da *provocação*, não é um dever absoluto⁴⁶⁴.

Esta relativização do dever traduz a dinâmica entre a exigibilidade jurídica e material. Para a primeira, o ordenamento jurídico fixa os níveis de exigência do dever de obediência para que sejam cumpridos por qualquer pessoa: trata-se de uma exigibilidade objetiva, geral ou normal, além da qual o ordenamento não está autorizado a censurar um indivíduo, porque não se pode exigir dele atitudes de herói ou mártir⁴⁶⁵.

Na segunda, existe um critério subjetivo-individual de *normalidade* que complementa o critério objetivo estabelecido genericamente pela lei, informando-o a partir da realidade e caracterizando a *inexigibilidade* nos casos

⁴⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.237.

⁴⁶² Para parte da doutrina, é razoável comparar o *provocador* com o *garante*, porque por sua ação precedente – a *provocação* – criou risco de resultado típico, obrigando-o a enfrentar o perigo de forma especial. Ainda que possível, não aderimos a esta tese, pelas dificuldades de sustentá-la de forma geral. Assim, por exemplo, STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.269, §10, 109-110.

⁴⁶³ Como ressalta BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.267.

⁴⁶⁴ Como atesta STRATENWERTH, não há dúvida de que em certos casos há um especial dever de suportar o perigo criado, ou seja, o dever de suportar o perigo é bem maior. De qualquer modo, isto implica reconhecer, necessariamente, que nenhum dever de suportar o perigo é absoluto. Assim, entre outros, STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.268, n.108.

⁴⁶⁵ A exceção a essa normal exigibilidade existe apenas no caso de deveres especiais atribuídos a certas pessoas ou profissões, mas mesmo nestes casos nunca de forma absoluta. No sentido do texto, MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**, p.184 e MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.391.

em que um comportamento adequado a norma traduz-se como absolutamente inadequado para indivíduos envolvidos em situações *anormais*⁴⁶⁶.

Por esta lógica o dever jurídico de suportar a agressão provocada é afastado em casos de material *inexigibilidade*, definidos a partir de situações de *anormalidade*, sobretudo naquelas em que a própria existência do indivíduo está em risco. Por isso, acerta a doutrina ao estabelecer como fundamento da *exculpação* na *provocação de situação de legítima defesa* a impossibilidade de exigir do cidadão, em qualquer hipótese, a “renúncia ao direito de viver”⁴⁶⁷, pois o sistema formal do Direito Penal, como regra da vida, não pode exigir que se suporte o risco de morte ou grave dano à integridade física em situações extremas, nas quais não é razoável qualquer *juízo de exigibilidade*. Para JESCHECK/WEIGEND, isso se traduz na afirmação de que a censura penal deve ser afastada em situações “sem saída”, que opõe a preservação da vida e da integridade corporal ao medo de ser punido⁴⁶⁸.

Ao permitirmos que a *faticidade* condicione a *validade* do ordenamento jurídico, fica evidente a que estamos a tratar de uma situação de *exculpação supralegal*, ou seja, além da estrita dimensão normativa. Como consequência direta desta reflexão a *provocação de situação de legítima defesa* é, à semelhança das demais, aplicável àqueles que não possuem capacidade de culpabilidade, não apenas porque no limite da *legítima defesa* como causa legal de *justificação*, mas principalmente porque não se pode exigir de inimputáveis o que é inexigível para os demais: o direito de salvar a própria vida em situações “sem saída” não pode constituir um privilégio fundado na capacidade de culpabilidade.

4.3. A possibilidade de desvio da agressão

Uma vez compreendido que a *provocação* pode gerar situações de *anormalidade* além de qualquer previsão razoável, e que o dever ético fundamental do indivíduo de reproduzir e desenvolver sua vida se sobrepõe à

⁴⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.391.

⁴⁶⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.339.

⁴⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, §32, III, 3, a, p.372.

obrigação de suportar uma ação de defesa que signifique sério risco para sua integridade corporal ou existência, é preciso identificar um critério capaz de avaliar com precisão estas situações excepcionais, para evitar injustiças.

O elemento central utilizado para avaliar estas situações é a identificação da existência de uma alternativa para o agredido, definida como possibilidade de *desvio da ação de defesa provocada*: sempre que for considerado que no caso concreto era possível evitar a ação provocada no agressor – por exemplo, fugindo do local, chamando a polícia, etc. – afasta-se a contingência de *exculpação*⁴⁶⁹, porque nestes casos subsiste a possibilidade de exigir um outro comportamento, adequado ao Direito; logo, não se trata de material *inexigibilidade*, estando ausente o fundamento exculpante da situação.

Em todo caso, como bem percebe STRATENWERTH, estamos aqui envolvidos em um “jogo” de avaliação sobre responsabilidades de cada indivíduo no fato típico, algo que não pode ser resolvido satisfatoriamente por uma pura construção dogmática, vez que envolve excessivos critérios valorativos⁴⁷⁰. A existência de um desvio, portanto, deve ser observada no contexto do caso concreto, seguindo a orientação da jurisprudência penal alemã, que avalia a reação do agressor à natureza objetiva e subjetiva da *provocação*, com maior rigor para a *provocação intencional* e especial tolerância para a *imprudente*⁴⁷¹.

4.4. Exculpação do excesso na legítima defesa provocada

Uma última questão relativa a essa *situação supralegal* diz respeito à possibilidade de *exculpação* do excesso intensivo ou extensivo na *ação de defesa provocada*⁴⁷².

Como ensina ROXIN, em um primeiro momento não parece razoável aceitar a *exculpação* do excesso em uma *ação de defesa* que foi provocada pelo

⁴⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338-339.

⁴⁷⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.202, §9, n.84.

⁴⁷¹ Citada em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §15, n.64, p.642.

⁴⁷² A análise de ROXIN parte de precedente jurisprudencial que rejeitava a possibilidade de *exculpação* do excesso daquele que provoca, de maneira imprudente, a *situação justificante* Assim, ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §22, n.93, p.937.

agente⁴⁷³. Trata-se de argumento relevante, sobretudo quando se tem em conta que, ao contrário do Código Penal alemão⁴⁷⁴, a lei penal brasileira sequer prevê explicitamente a *exculpação* do *excesso* da *legítima defesa* por medo, susto ou perturbação⁴⁷⁵, quanto mais de extensão dessa hipótese nos casos em que a situação de *legítima defesa* foi *provocada*.

Todavia, sendo a realidade infinitamente mais complexa do que a teoria, a doutrina é obrigada a fazer certas concessões para preservar qualquer sistema formal normativo, e neste sentido o próprio ROXIN acaba por reconhecer a *exculpação* do excesso de *legítima defesa* no caso de provocações culposas, por falta de restrição legal explícita neste sentido⁴⁷⁶. Outra não poderia ser nossa conclusão diante do fundamento desta *situação supralegal de exculpação*.

Isto termina o estudo da *provocação de situação de legítima defesa* neste trabalho.

5. Desobediência Civil

A expressão *desobediência civil* descreve *situações de anormalidade* por *conflito* entre o dever jurídico de obediência ao poder institucional e atos de protesto que, motivados por questões éticas e praticados de forma individual ou coletiva, possuem declarado objetivo político⁴⁷⁷. Para a sociologia contemporânea a *desobediência civil* constitui o tipo mais comum de “atividade política não-ortodoxa”⁴⁷⁸, o que no plano jurídico se traduz como um contínuo

⁴⁷³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §22, n.93, p.937-938.

⁴⁷⁴ O §33 do Código Penal alemão prevê que “Se o autor excede os limites da legítima defesa por confusão, medo ou susto, não será castigado”. Trad. livre de “Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft”.

⁴⁷⁵ O que não quer dizer que não seja reconhecida pelo ordenamento, como vemos na síntese de CIRINO DOS SANTOS, “(...) estados afetivos de medo, susto ou perturbação podem explicar a redução dos controles, a anormalidade psicológica, a redução da culpabilidade ou a desnecessidade de prevenção indicadas pelas diferentes teorias e, assim, como emoções insuscetíveis de controle consciente fundamentam a *exculpação* do *excesso* de *legítima defesa*, independente de previsão legal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.333.

⁴⁷⁶ Aplicando-se por analogia o excesso previsto para a *justificação*, sendo assim avaliado como situação própria do *estado de necessidade exculpante*, como vemos ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §22, n.93, p.938.

⁴⁷⁷ Comparar com a definição de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁴⁷⁸ Porque definida como tentativa de “promover um interesse comum por meio de uma ação fora da esfera das instituições estabelecidas”, como sugere a leitura sociológica de GIDDENS, Anthony.

trânsito entre a legalidade e a ilegalidade destas ações⁴⁷⁹. Tendo em vista esta consideração, é fundamental compreender a relação entre *desobediência civil* e Direito Penal, porque não raro a realização destas *ações* ou *demonstrações públicas* corresponde à descrição de um *tipo legal*, o que por sua vez nos obriga a compreender a repercussão deste fenômeno no conceito analítico do fato punível.

É escassa a análise penal do tema, seja na bibliografia nacional ou estrangeira, e mesmo quando presente salta aos olhos a inconsistência da resposta dogmática e jurisprudencial em relação ao complexo fenômeno das manifestações populares, marcada por uma notória “pobreza” teórica, fruto de abordagens simplistas desvinculadas de uma sólida referência constitucional mas que, sem embargo de seus defeitos, decidem sobre problemas fundamentais – de vida e morte – da vida social⁴⁸⁰.

Podemos atribuir a falta de referência ao tema e a dificuldade teórica em analisá-lo à diversos fatores, entre os quais nos parece ser mais relevante a falta de literatura atual e crítica sobre a *desobediência civil* nas mais diversas áreas científicas – da filosofia ao direito constitucional –, que obriga os penalistas a se reportarem a autores clássicos ou liberais, o que resulta em uma concepção atrasada ou superficial das diversas formas de exercício político do direito de resistência. Essa constatação nos obriga a uma redefinição da *desobediência civil* no cenário contemporâneo, que será realizada na discussão sobre os limites da *justificação* ou *exculpação supralegal* a partir de autores críticos.

Assim como o *fato de consciência*, a *desobediência civil* aparece como *exceção* no discurso jurídico, dado o antagonismo necessário entre ambos⁴⁸¹: a idéia de que a obediência é a máxima virtude e a desobediência é um vício é

Sociologia, p.357.

⁴⁷⁹ Obediência e desobediência possuem uma relação dialética e nem sempre podem ser polarizadas como opostos absolutos, como vemos em FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.12.

⁴⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. **Carta Abierta sobre la Intolerancia**, p.12-14.

⁴⁸¹ Não há como negar o conflito permanente entre a *desobediência civil* e a ordem jurídica; tal conflito acontece pelo problema enfrentado pelo direito de dar significado jurídico a uma esfera que em si é extrajurídica. Essa dificuldade de incorporar no ordenamento jurídico algo que está simultaneamente “dentro e fora” da norma é equivalente ao problema da tentativa de regulamentação do “Estado de Exceção”, como visto pela análise de AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.23-24.

essencial para fundar uma ordem que se legitima pela opressão⁴⁸², evitando dissonâncias na implementação dos interesses dominantes⁴⁸³.

Contemporaneamente, a marginalização da desobediência é reforçada pelo desenvolvimento de métodos mais sutis de dominação ideológica, que alcançam níveis quase subliminares⁴⁸⁴. Diante do panorama global de exclusão social, a teoria crítica sustenta que é exatamente esta pulverizada capacidade de duvidar, contestar e resistir que pode garantir um futuro para a humanidade⁴⁸⁵, resgatando o ser humano como protagonista da própria história, na medida em que rompe a servidão e, desobediente, desafia as regras impostas por qualquer autoridade⁴⁸⁶. Em relação à análise da *desobediência civil* como *situação supralegal de exculpação* isso demanda perceber, antes de tudo, que o Direito Penal reproduz essa lógica, associando o sentimento de culpa à desobediência, o que é especialmente visível em autores funcionalistas, que definem a culpabilidade como “falta de fidelidade” ou “deslealdade ao direito”⁴⁸⁷. Esta posição, que compactua com os objetivos *reais* do Direito Penal e do sistema de justiça criminal, nos obriga a abordar o tema de forma a permitir o mais amplo reconhecimento destes momentos excepcionais no interior do discurso jurídico.

De qualquer forma, antes de avançar na compreensão dessa *situação de exculpação* como momento *anormal de conflito* determinante da *inexigibilidade de comportamento adequado à norma*, e antes mesmo de apresentar seu fundamento constitucional, é preciso apresentar – ainda que apenas em linhas gerais – o atual estágio da discussão acadêmica sobre a definição do direito de resistir ao Direito. A reflexão a seguir desenvolvida vai no sentido de reconhecer que muito do que se afirma hoje sobre a *desobediência civil* a partir do

⁴⁸² O que pode ser comprovado em perspectiva histórica, já que a relação entre desobediência e pecado garantiu, por exemplo, a manutenção do poder da Igreja durante séculos, como constata FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.18.

⁴⁸³ Assim quando uma pessoa se sente “culpada” na verdade o que lhe acomete é o medo por ter desobedecido, segundo FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.51-52. A lucidez desta perspectiva é impressionante, até porque no Direito Penal concebido como sistema formal a culpabilidade implica uma reprovação individual por conta da deslealdade do indivíduo.

⁴⁸⁴ FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.16-17.

⁴⁸⁵ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.574.

⁴⁸⁶ Assim, por exemplo, testemunham os vários mitos que ilustram o início da humanidade, resumidos em FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.9-12 e 54-55.

⁴⁸⁷ Em crítica específica ao funcionalismo de JAKOBS, ver TAVARES, **Culpabilidade**, p.153.

paradigma liberal é insustentável, sendo fundamental uma reflexão crítica sobre o problema das reações populares ao poder público no atual momento histórico⁴⁸⁸.

5.1. Da definição liberal aos movimentos sociais

Tradicionalmente vinculada ao desenvolvimento teórico inicial de THOREAU⁴⁸⁹, a origem liberal da definição de *desobediência civil*⁴⁹⁰ explica sua vinculação ao *contratualismo*, como teoria política que pretende explicar a gênese do poder estatal a partir de um pacto fundante que, por retirar o homem da barbárie para garantir seus direitos mais básicos, autoriza a ingerência estatal sobre parte de sua liberdade. A partir desta abstração, a defesa e limitação dos atos de desobediência é evidente: a não realização dos direitos fundamentais, pela lei ou outra ação política, autoriza manifestações públicas contrárias ao poder institucional no sentido de incluir no contrato certos direitos ou lutar pela sua efetivação, desde que não se comprometa a estrutura fundamental do Estado, representadas como condições de garantia do contrato social. Entre as margens deste pensamento a luta por direitos realizada por aqueles que estão excluídos do pacto não é um ato de desobediência, mas uma tentativa de subversão e, assim, a desobediência serviria apenas para reafirmar a legitimidade do poder estatal.

Por esta perspectiva, o dever de obediência ao Estado é reduzido ao mero “respeito às leis”, uma vez que as normas constituiriam expressão legítima do poder popular delegado ao Estado pela maioria⁴⁹¹. Tal confusão limita a possibilidade de definição de *desobediência civil* à luta pela legalidade diante de uma injustiça, no sentido de afirmar uma lei ou alterá-la⁴⁹². Esta definição decorre da descrição dos principais atos de protesto e demais formas de

⁴⁸⁸ GARGARELLA, Roberto. Carta Abierta sobre la Intolerancia, p.11.

⁴⁸⁹ THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*.

⁴⁹⁰ Interessante perceber que o termo “*desobediência civil*” não foi originariamente usado por THOREAU, mas só postumamente incorporado à sua obra, como explica COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.29. O primeiro nome do célebre ensaio de THOREAU teria sido “Resistance to civil government”, segundo anotação em THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*, p.13, nota de rodapé n.1.

⁴⁹¹ O que é aceito e defendido, por exemplo, por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.950, n.122.

⁴⁹² Neste sentido estrito, BOBBIO, Norberto. **Desobediência civil**, p.335. No mesmo sentido, COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.144.

resistência da Modernidade, que tinham por reivindicação fundamental a inclusão oficial de suas demandas no discurso jurídico, momento histórico no qual a luta por inclusão social demandava primeiro o reconhecimento legal⁴⁹³. Neste horizonte podemos compreender as greves por direitos trabalhistas e os movimentos civis pelo fim da discriminação oficial de mulheres e negros, por exemplo.

Sem negligenciar o fato de que as antigas lutas sociais efetivamente lograram ampliar o espaço oficial para contestação do poder pela via democrática⁴⁹⁴, o que não deixa de ser verdade mesmo em países periféricos ao sistema econômico global⁴⁹⁵, a *desobediência civil* contemporânea é muito mais uma luta pela realização de direitos já reconhecidos, até porque a inscrição destes direitos na moldura jurídica constitucional foi a conquista dos movimentos passados.

Por esse motivo autores mais recentes afirmam que este conceito histórico de *desobediência civil* produzido pela ciência moderna é insuficiente em relação às demandas específicas do atual momento histórico. A especialização das várias frentes e formas de opressão conseguiu tornar mais difícil a identificação do opressor, pulverizando a unidade popular contra um inimigo comum e, conseqüentemente, enfraquecendo teoria e prática do direito de resistência⁴⁹⁶. Além disso, a própria idéia de “unidade popular” recém mencionada não se sustenta em uma sociedade imersa em contradições que não tangenciam os espaços de mercado e do Estado⁴⁹⁷, e que pode ser compreendida como resultado de uma extrema divisão do trabalho social⁴⁹⁸, que impede vínculos significativos

⁴⁹³ Um exemplo típico são os protestos das mulheres que lutavam por ser incluídas no discurso jurídico como iguais, ou dos negros que demandavam o fim da discriminação oficial.

⁴⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.29.

⁴⁹⁵ Poderíamos citar, como exemplo, a periodicidade do sufrágio universal e as formas judiciais de contestação à arbitrariedade, como mandados de segurança, ações populares e outros mecanismos jurídicos previstos na Constituição de 1988.

⁴⁹⁶ “Não há emancipação em si, mas antes relações emancipatórias” que se desenvolvem “no interior das relações de poder”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**, p.269. No mesmo sentido, GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.27-28.

⁴⁹⁷ GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.28.

⁴⁹⁸ Expressão que resgata a proposta de DURKHEIM, para quem a divisão do trabalho é uma lei da sociedade que foi extremada pela tendência massificante da indústria moderna; na sociedade moderna seria possível identificar a crescente multiplicidade das funções realizadas pelos diferentes indivíduos que

de solidariedade⁴⁹⁹. Fatos que, sem dúvida, podem ajudar a entender a razão de uma “lacuna” na teoria da *desobediência civil* nas últimas décadas, mas que nada dizem sobre a “razoabilidade”, “oportunidade” ou “conveniência” de continuar a resistir coletivamente contra toda forma de opressão⁵⁰⁰.

Assim, a tendência geral dos atuais movimentos de desobediência é partir da constatação de que o reconhecimento formal de direitos fundamentais é absolutamente insuficiente. Em síntese, o problema fundamental da *desobediência civil* estaria na simultânea negação/afirmação dos direitos fundamentais pelo Estado Capitalista, sintetizada pelo seguinte paradoxo: o Estado cuja legitimidade depende da proteção aos direitos fundamentais é o principal violador destes direitos.

Evidentemente essa contradição está além dos autores liberais, clássicos ou contemporâneos, que pressupõem condições ideais para definição da *desobediência civil*, impossíveis em relação à realidade social de países periféricos ao centro do poder capitalista mundial⁵⁰¹. Neles a mobilização perene na luta por direitos fundamentais a partir de atos de desobediência deu origem aos movimentos sociais⁵⁰², como grupo organizado e dirigido que tem por objetivo transformação da realidade social pela realização de um projeto coletivo, orientado por uma matriz ideológica⁵⁰³.

Da mesma forma, por identificar a luta além do marco legal, outras e atuais formas de resistência ao Direito rejeitam a própria dominação política, e

compõem a sociedade, sendo, inclusive, a complexidade desta divisão de funções um fator determinante na definição de seu estágio de “evolução”. Melhor síntese em DURKHEIM, Émile. **Divisão do Trabalho Social e Direito**, p.121-130.

⁴⁹⁹ Assim, por exemplo, uma greve dos funcionários da previdência social por reajuste salarial não se relaciona ou solidariza com a luta pelo direito de acesso à propriedade dos camponeses sem-terra, nem tampouco o movimento ambientalista se identifica com uma greve dos policiais militares.

⁵⁰⁰ GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.29.

⁵⁰¹ Nas palavras de COSTA: “Os estudos sobre *desobediência civil* desenvolveram-se (...) basicamente na Europa e nos Estados Unidos. (...) A problemática argüida difere bastante da que encontramos na América Latina, onde o poder é controlado por elites restritas. A simples tentativa de transposição dos mecanismos de *desobediência civil* para estes países seria equivocada e inútil”. COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.XVII.

⁵⁰² Referindo-se especialmente aos movimentos populares rurais, GRZYBOWSKI afirma que “os movimentos são expressões de contradições não resolvidas e de interesses sociais não atendidos”. GRZYBOWSKI, Cândido. **Movimentos populares rurais no Brasil**, p.288

⁵⁰³ No sentido da definição, ARENDT, Hannah. **Desobediência civil**, p.87.

não apenas um ato específico ou uma lei particular⁵⁰⁴. Neste sentido têm-se diferenciado a *desobediência civil* do atual *direito de resistência*, na medida em que a aquela não supõe “a reorganização do poder político como um todo”⁵⁰⁵, mas apenas “modificar práticas e leis injustas sem colocar à prova a legitimidade da ordem jurídica em sua totalidade”⁵⁰⁶, restringindo-se portanto à dimensão reformista⁵⁰⁷.

Estamos, por óbvio, em um momento de indefinição conceitual da *desobediência civil*, que no horizonte liberal de sua concepção original se descobre insuficiente diante dos movimentos sociais e do direito de resistência. Em que pese o tema possuir grande relevância para os países latino-americanos nas últimas décadas⁵⁰⁸, é por conta deste “lapso” que a doutrina penal, em regra pouco informada desta crise teórica à velha bibliografia que oferece um aporte muito limitado no auxílio à compreensão de novas formas de resistência ao Direito, especialmente os movimentos sociais, que se opõe a um poder descentralizado, múltiplo ou “atomizado”⁵⁰⁹. Perceber as limitações da visão idealista é condição para permitir o exercício da *desobediência civil* para além dos limites impostos pelo liberalismo, flexibilizando os critérios sobre a *exculpação por inexigibilidade de comportamento conforme ao Direito*, a partir de seu fundamento constitucional.

⁵⁰⁴ O conflito começa, segundo DUSSEL, quando vítimas de um sistema formal vigente tomam consciência de sua negação, se organizam, identificam as causas de sua exclusão e formulam propostas para superar sua condição, como uma “agenda”. Trata-se, portanto, de uma “organização com uma certa disciplina interna”. Para esses grupos, do momento em que percebem o sistema como causa de sua exclusão, a coação deixa de ser legítima, e passa a ser violenta, o que é verdade a partir do momento em que tomam consciência de não ter participado do acordo original do sistema e de que nos termos deste “contrato” sua vida não é possível. Isso é fundamental para perceber no que os movimentos sociais são diferentes dos atos de desobediência. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*, p.546-547 e 552.

⁵⁰⁵ LUCAS, Douglas Cesar. *Desobediência civil*, p.205-206.

⁵⁰⁶ ALEGRE detalla a diferença entre a resistência da desobediência dizendo que a segunda não é contrária ao sistema jurídico como um todo, antes, e pelo contrário, é uma luta dentro do sistema, que envolve a luta por inclusão na moldura jurídica oficial, sendo assim uma forma de afirmação do direito. ALEGRE, Marcelo. *Protestas sociales*, p.75.

⁵⁰⁷ DUSSEL define o reformista como aquele que atua segundo os critérios do sistema hegemônico, isto é, utiliza argumentos que transitam pelo interior do próprio sistema para justificá-lo. Em suas palavras: “reformistas são os que, parecendo críticos, adotaram os critérios do sistema formal que pretendem criticar”. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*, p.536-537.

⁵⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. *El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema*, p.11-13.

⁵⁰⁹ GARGARELLA, Roberto. *El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema*, p.27.

5.2. Fundamento constitucional

A resistência ou *desobediência civil* ao Estado, é reconhecida no ordenamento jurídico como direito fundamental desde a Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 1776⁵¹⁰, sendo ratificada como garantia contra qualquer forma de opressão contra os direitos humanos pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁵¹¹ e prevista, via de regra, na maioria das Constituições que tem por referência estes documentos históricos⁵¹².

A Constituição da República do Brasil de 1988 prevê timidamente a *desobediência civil* no artigo 5º, inciso XVI, aludindo ao direito de reunião e expressão pública⁵¹³. Pode-se dizer que o tema foi em grande medida negligenciado pela atenção preferencial ao direito à greve e a reunião sindical. Ainda que a aproximação entre o direito de greve e de resistência pareça em princípio equivocada – vez que a greve supõe uma relação de emprego que depende de subordinação, periodicidade e remuneração – se considerarmos a greve como o direito de contestar decisões orientadas por interesses estruturais hegemônicos em favor de direitos fundamentais, então a semelhança é mais óbvia que a diferença⁵¹⁴. Ao contrário do caso brasileiro, Constituições mais recentes incorporaram a superação do paradigma liberal na abordagem da *desobediência civil* e incluíram no texto fundante da ordem jurídica a

⁵¹⁰ Em que pese a constante referência à Constituição dos EUA para identificar a gênese de vários direitos constitucionais não se trata aqui de idelizá-la, pois não se pode esquecer o fracasso histórico deste documento, no sentido de que foi sob o amparo deste mesmo texto legal os Estados Unidos mantiveram inalterada a escravidão e construíram as mais diversas formas oficiais de discriminação racista e política, como lembra GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.172.

⁵¹¹ GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.17-18.

⁵¹² A origem da desobediência na dimensão do contratualismo reforça esta idéia, legítima desde um primeiro momento, inclusive com alcance revolucionário, como vemos em THOUREAU, Henry david. **Desobediência civil**, p.17-18.

⁵¹³ Com a seguinte redação; “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

⁵¹⁴ De onde podemos concluir, sem maior dúvida, que a possibilidade de *exculpação* que serve às pessoas que participam de atos de *desobediência civil* esporádicos ou integrados por um movimento social devem ser estendidas para aqueles que integram o movimento grevista, seja ou não sindicalizado. Neste sentido, ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociales**, p.72.

possibilidade de resistência contra os regimes e as legislações que contrariam os valores princípios e garantias democráticas ou que violem os direitos humanos⁵¹⁵.

Nada obstante, a insuficiência do texto constitucional brasileiro, nos termos do artigo 5º, inciso XVI, não pode servir de argumento para restringir o exercício da *desobediência civil*, porque os direitos fundamentais não se esgotam nem estão limitados apenas ao que está expressamente previsto⁵¹⁶, bem como pelo fato de que o direito de desobediência ou resistência está íntima e verticalmente ligado à possibilidade de democracia, princípio fundamental da República⁵¹⁷, porque se todo o poder emana do povo viabilizar o exercício direto deste poder por meio das mais diversas formas de protesto é condição de existência do Estado Democrático de Direito. Assim, e especialmente nos casos em que as manifestações têm por objetivo reivindicar um direito fundamental, é obrigação do Judiciário permitir a continuidade dessa luta, porque limitá-la significa contrariar o próprio fundamento de todo o poder oficial, sendo esta uma tarefa especialmente relevante quando as pessoas que participam destes atos enfrentam as enormes dificuldades de acesso às vias institucionais⁵¹⁸. E a necessidade de proteção a quem se opõe ao poder não é apenas de garantir sua visibilidade, mas permitir seu amplo exercício⁵¹⁹, até porque a visibilidade (publicidade) é característica dos atos de desobediência, e não seu objetivo final. O Judiciário é visto, assim, como o poder que deve garantir a voz dos críticos contra toda forma de exercício de poder⁵²⁰.

A vinculação dos atos de desobediência ao exercício de um direito fundamental não é gratuita, afinal, o desrespeito aos direitos fundamentais são a principal motivação para atos de desobediência⁵²¹. Não reconhecer o direito de

⁵¹⁵ Assim, por exemplo, a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, promulgada em 24 de Março de 2000, prevê em seu artigo 350 que “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

⁵¹⁶ COHEN, Joshua. **Sufrir em silêncio?**, p.81.

⁵¹⁷ “Art.1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁵¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.26-27.

⁵¹⁹ GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.25.

⁵²⁰ GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.23.

⁵²¹ Como reconhece o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja

protestar e resistir como direito fundamental é negar o próprio fundamento histórico de todos os demais direitos fundamentais. Ainda que a eficácia da ação coletiva organizada de alterar leis e políticas públicas dependa de vários e complexos fatores é evidente o impacto da força dos movimentos de desobediência na luta pelos direitos humanos. Exemplos recentes de novas formas de resistência – como o movimento feminista e o ativismo ambiental⁵²² – são apenas a expressão contemporânea de outros grandes movimentos populares do início do século XX⁵²³, que compartilham do mesmo objetivo de afirmar a ética sobre as mais diversas formas de negação da vida. Por isso não é exagero afirmar que a crescente criminalização dos movimentos populares traduz o que há de mais arbitrário no modelo de dominação capitalista contemporâneo, porque nega aquilo que é o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito⁵²⁴.

Por isso GARGARELLA afirma que os direitos vinculados ao exercício democrático da liberdade de expressão devem ser objeto de uma proteção especial, seguindo aquilo que já faz há muito tempo a jurisprudência estadunidense⁵²⁵. Afinal, o Estado não pode assumir uma posição meramente passiva na proteção à liberdade de expressão, pois a idéia de direitos humanos envolve também a idéia de “inclusão” nestes direitos, sendo dever estatal garantir e facilitar o acesso popular ao poder público, compensando absurda desigualdade no exercício do direito de crítica⁵²⁶ e aqui chegamos a uma conclusão definitiva:

compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão (...)”

⁵²² Segundo GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, p.358.

⁵²³ Tais como o sindicalismo e a luta pelo fim do colonialismo britânico na Índia, cuja analogia na atualidade em termos de dimensão e importância só pode ser encontrada na luta camponesa pela reforma agrária na América Latina e, especialmente, no Brasil.

⁵²⁴ Atualmente, sendo evidente o alto custo de legitimidade na criminalização de grandes grupos organizados na luta por um direito, o Estado tem alterado o foco de repressão e dado preferência à criminalização individual de sujeitos envolvidos em lutas sociais (geralmente identificados como “líderes” ou “organizadores”), o que não apenas reduz o referido “custo de legitimidade” como também facilita a canalização dos impulsos autoritários contra um alvo específico. A estratégia de identificar conflitos em conflitos criminais também é indício dessa racionalidade, como vemos em ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**, p.125-151.

⁵²⁵ O autor se refere especificamente ao paradigmático caso “*New York Times Vs. Sullivan*”, que reconheceu e garantiu a preferência ao direito de crítica do jornal sobre a honra pessoal de um chefe de polícia. Mais detalhes em GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.23-24.

⁵²⁶ Como sintetiza, em crítica, TAVARES: “O Estado democrático, voltado à proteção da dignidade da pessoa humana e orientado no sentido da proteção ao pluralismo político, deve ser entendido juridicamente como um Estado garantidor e incrementador tanto das liberdades individuais e das características diversificadas de cada um de seus cidadãos, quanto da realização integral das potencialidades humanas e de sua concreta execução dentro de uma política de integração e de

quanto maior a dificuldade de um indivíduo ou grupo em ter acesso às instâncias oficiais de poder, maior a necessidade de proteção especial de seu direito à liberdade de expressão por meio de atos de protesto⁵²⁷, o que no âmbito do Direito Penal se traduz como uma maior tolerância na avaliação e incidência da *inexigibilidade de comportamento adequado à norma* para os fatos típicos realizados nas situações de *desobediência civil* para afastar a possibilidade de criminalizar estes atos⁵²⁸.

Por esta via, reconhecido o direito de *desobediência civil* ou resistência como um direito fundamental a questão que agora enfrentamos trata dos limites que se impõe ao seu exercício. E neste ponto, novamente à semelhança do que ocorre com o *fato de consciência*, enfrenta-se a objeção óbvia de que o exercício de um direito fundamental possui limites. Premissa que, embora correta, como tal segue sendo apenas uma premissa, que demanda ainda uma complexa e profunda discussão para fundamentar a negação do exercício de um direito fundamental. Simplesmente afirmar que existem limites ou identificá-los em fórmulas vazias como “interesse geral” ou “segurança jurídica” não é suficiente para impedir e muito menos criminalizar o exercício de um direito fundamental, até porque um direito constitucional não pode ser afastado a partir de fórmulas vagas e imprecisas⁵²⁹, vez que não são os direitos humanos que encontram limite no interesse geral, mas o interesse geral que tem como barreira intransponível os direitos humanos⁵³⁰.

participação. Não é suficiente a uma verdadeira democracia que se limite a conceder participação política a todos, nem que se lhe assegure, na qualidade de cidadãos, a capacidade de deliberar acerca da produção legislativa. É indispensável que se estenda a garantia no sentido de eliminar do todo o processo democrático todas as formas de discriminação pessoal, principalmente através da inclusão dos desajustes e da exclusão da violência institucionalizada”. TAVARES, Juarez. **Culpabilidade**, p.151.

⁵²⁷ GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.28.

⁵²⁸ A pobreza é a principal forma de exclusão nas sociedades capitalistas, condição que nega o acesso praticamente todos os direitos fundamentais. Assim, a pobreza é uma forma de negação sistemática dos direitos fundamentais. Se o dever de obediência depende de uma contraprestação estatal, então os pobres, por definição, tem o mais amplo direito de resistência. Soa risível, assim, a tentativa de disfarçar retoricamente a negação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que implicam políticas sociais, como concordam COHEN, Joshua. **Sufrir em silêncio?**, p.81-84 e GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.175.

⁵²⁹ Segundo o autor, estas idéias vagas têm servido como “Cavalo de Tróia” para “canalizar” ou “infiltrar” impulsos autoritários, normalmente por meio de sentenças judiciais, sobretudo as penais. Assim, GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.18.

⁵³⁰ GARGARELLA, Roberto. **Carta Abierta sobre la Intolerancia**, p.15-17.

De todos modos, as formas de resistência são tantas e tão variadas que tentar definir critérios gerais implica transitar por uma certa superficialidade de análise⁵³¹. Mesmo assim, tendo em vista que os juristas seguem tendo que lidar com esses fenômenos a partir de categorias absolutamente inadequadas ao atual contexto e que a sociedade está discursivamente desarmada contra o poder de criminalização estatal neste âmbito, parece ser necessário um esforço neste sentido⁵³². Afinal, a reflexão ética sem técnica pode até ser inútil, mas a reflexão técnica sem ética é uma ameaça⁵³³.

5.3. Pressupostos e limites da desobediência na doutrina penal

Considerando, portanto, que o direito à desobediência é um direito fundamental, a doutrina penal contemporânea tem se mostrado favorável à *exculpação* nestes casos⁵³⁴, ainda que em oposição à refratária opinião dominante.

Tal como havíamos mencionado, aceitar a *desobediência civil* como *situação supralegal de exculpação* envolve a descrição mais detalhada dos elementos que constituem seu conceito, que coincidem com os limites que tornam razoável ou necessária a redução ou o afastamento do *juízo de exigibilidade* da culpabilidade. Com este propósito os penalistas que se dedicam a esta tarefa indicam aqueles que seriam os pressupostos que garantem a legitimidade do exercício da *desobediência civil*. ROXIN, por exemplo, admite a *desobediência civil* como causa de *exculpação supralegal* a partir dos direitos fundamentais, mas com declarada intenção restritiva⁵³⁵, apresenta os seguintes requisitos: a) os atos de desobediência devem ser motivados por questões fundamentais para o conjunto da população; b) o sujeito que integra os atos de desobediência deve fazê-lo em nome do bem comum, e não para lograr qualquer

⁵³¹ Como também percebe GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.184.

⁵³² GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.177.

⁵³³ Referência à frase original de Karl Llewellyn citada em GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.177.

⁵³⁴ Como vemos em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.953-955, §22, n.129 (a,b,c e d) e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337-338, reproduzido em DOTTI, René Ariel. **Direito Penal**, p.428.

⁵³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.953, n.129a.

benefício pessoal; c) o tipo de injusto realizado deve guardar alguma relação com o destinatário das reivindicações; d) os integrantes do movimento de protesto devem reconhecer a legitimidade do sistema democrático institucional, excluído portanto para ROXIN os movimentos revolucionários; e) o recurso à violência deve ser rigorosamente evitado e, finalmente, f) os danos e inconvenientes sociais devem ser temporários e permanecer próximos ao limite da insignificância⁵³⁶.

Ainda que não se afaste o mérito e a força dos critérios apresentados pelo conhecido professor de Munique⁵³⁷, fato é que eles ainda estão presos ao antigo modelo de *desobediência civil*, cujas inconsistências teóricas antes problematizadas demandam uma reavaliação crítica de seus pressupostos. Além disso, em contraste com a intenção restritiva do autor alemão, uma definição da *desobediência civil* mais atenta ao seu fundamento constitucional não pode ter por objetivo sua “regulamentação”, no sentido de determinar limites estritos que, não observados, tornam o fato punível, pois uma tal medida, neutra em sua aparência, teria como resultado a inviabilização da *desobediência civil* pela colonização sistêmica de sua espontaneidade⁵³⁸.

Em conclusão, face ao desafio de incorporar o conflito presente nestes casos para afastar ou mitigar o *juízo de exigibilidade* e ampliar a compreensão do fenômeno que estamos a descrever, apresentaremos em linhas gerais aqueles que seriam os mais importantes elementos constitutivos da *desobediência civil*, bem como sua crítica, necessária para adequação do conceito tradicional às demandas do atual contexto histórico e social dos países periféricos. Como última ressalva, vale notar que com isso não se pretende uma análise exaustiva ou definitiva de todos os elementos mencionados pelos autores que tratam do tema, mesmo porque entre eles a regra é o dissenso.

⁵³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.954-955, n.129d.

⁵³⁷ Comparar com a síntese de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁵³⁸ A verdade é que o exercício do direito de desobediência não convive bem com limitações de qualquer espécie. Apenas como exemplo, limitar o exercício da desobediência ao horário comercial impediria a maioria dos trabalhadores de comparecer ao ato, o que esvaziaria seu poder de mobilização, tornando inviável pela possibilidade de reação violenta, o exercício do direito fundamental destas pessoas.

5.4. Critérios relativos à qualidade e quantidade dos indivíduos envolvidos

5.4.1. *A relação direta entre a causa da desobediência e aquele que protesta*

A exigência de que os autores de *desobediência civil* sejam diretamente afetados pelo ato de injustiça contra o qual se protesta seria um dos primeiros requisitos da legitimidade constitucional dos atos ou manifestações definidos como *desobediência civil*. Nos termos deste requisito, aqueles que participam das manifestações devem poder ser reconhecidos como vítimas diretas da injustiça contra a qual se insurgem ou destinatários dos direitos que reclamam.

Entendemos, entretanto, que é preciso rejeitar este vínculo de identidade entre a vítima e a injustiça contra a qual se protesta, e não apenas por conta da universalidade dos direitos fundamentais; mais do que isso, partimos aqui da constatação óbvia de que não é preciso sofrer uma agressão para condená-la. Restringir o direito de desobediência a certas pessoas por este critério equivale a proibir a possibilidade de que outras pessoas não diretamente afetadas possam se unir a uma causa considerada justa, castigando a solidariedade⁵³⁹. Uma limitação desta natureza nos obrigaria a ser cúmplices da “criminosa” negação da vida alheia⁵⁴⁰. Assim, do ponto de vista pessoal, exige-se apenas que aquele que participa do ato de protesto tenha um vínculo de convicção pessoal com as ações ou manifestações, no sentido de pactuar ideologicamente com a causa pela qual se resiste contra o Direito, excluindo assim pessoas que integram a desobediência com outro propósito.

5.4.2. *A disposição para sofrer uma censura oficial*

Uma outra idéia presente desde o início do desenvolvimento da *desobediência civil* é de que aqueles que se resistem à autoridade estatal

⁵³⁹ ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociais**, p.76.

⁵⁴⁰ Conforme COHEN, Joshua. **Sufrir em silêncio?**, p.85-86.

necessariamente devem estar dispostos a sofrer uma sanção, especialmente penal⁵⁴¹.

Sob nosso olhar, entretanto, este requisito também deve ser afastado, pois não há de se admitir como pressuposto da legitimidade da desobediência que os indivíduos estejam ou devam estar dispostos a ser punidos. Em verdade, ainda que se opor à ordem não deixe de ser um ato de coragem, exigir dos autores da *desobediência civil* que se predisponham a sofrer uma sanção oficial não faz o menor sentido, porque se o poder de protestar e resistir é um direito fundamental seu exercício não pode, por si só, constituir um ilícito⁵⁴².

Além disso, o Estado Democrático de Direito deve ser especialmente tolerante com estas manifestações, que são expressão direta do soberano poder popular, a ponto de a possibilidade de manifestação individual ou coletiva servir como indicador do grau de democracia material de uma sociedade⁵⁴³.

5.4.3. A desobediência como ato coletivo ou solitário

Finalmente, existem autores que a *desobediência civil* só existe como ação coletiva, tornando a presença de um número mínimo de participantes um requisito. Mas nos parece que a discussão sobre a quantidade de pessoas envolvidas nas ações de desobediência é irrelevante, ainda que em oposição à respeitável opinião contrária⁵⁴⁴.

Isso porque ainda que as ações de desobediência geralmente envolvam participação coletiva, na forma de passeatas, ocupações, bloqueios, etc., não há muita dificuldade em vê-la caracterizada em ações individuais, como no caso daquele que não paga os impostos com o objetivo de se opor a uma guerra financiada com seu dinheiro⁵⁴⁵ ou de quem entra em greve de fome para se opor

⁵⁴¹ Como vemos em THOREAU, Henry David. **Desobediência civil**, p.24-26.

⁵⁴² ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociais**, p.77.

⁵⁴³ Porque, segundo FROMM, a capacidade de desobedecer torna o homem livre, mas também a liberdade é condição para desobedecer. FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.15-16.

⁵⁴⁴ ARENDT, Hannah. **Desobediência civil**, p.68.

⁵⁴⁵ Como foi o caso, aliás, do próprio “pai” da desobediência, como vemos em THOREAU, Henry David. **Desobediência civil**, p.29-30.

ao sistema capitalista, na medida em que a recusa à alimentação esvazia a ameaça de que “quem não trabalha não come”, fundamental para garantir a submissão do homem ao trabalho⁵⁴⁶.

Em síntese, dos três requisitos relativos às pessoas envolvidas nos atos de desobediência que são geralmente apontados para definir seu conteúdo e limite, apenas o primeiro se mantém em análise mais apurada, mas redefinido para não atentar contra a solidariedade. Em todo caso, mesmo que não constituam critérios definitivos, todos estes elementos podem seguir servindo como indicadores ou referência para identificação de uma situação compreendida como *desobediência civil*.

5.5. Critérios relativos ao exercício da resistência

5.5.1. A “não-violência”

De acordo com a maioria dos autores, e sem dúvida em parte por força da referência histórica, um requisito fundamental para legitimidade do exercício da *desobediência civil* é a renúncia à violência como método⁵⁴⁷, o que em termos penais significa que o limite para *exculpação* do tipo de injusto é a ausência de violência nas ações ou demonstrações da *desobediência civil*⁵⁴⁸. Ainda que não rejeitemos esta afirmação, entendemos que é preciso examiná-la com mais cuidado do que normalmente se faz na doutrina.

Primeiro, seria prudente lembrar que a orientação explicitamente não-violenta de certos movimentos do século XX é exceção na história da *desobediência civil*, estando muito mais relacionada a uma estratégia política do que com a necessidade de garantia ou reconhecimento de um determinado direito; a rejeição a violência, tinha por objetivo deslegitimar qualquer forma de

⁵⁴⁶ FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.130.

⁵⁴⁷ Entre eles, RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p.404. A “não-violência” foi característica de grande destaque nos processos de independência da Índia e de conquista de reconhecimento dos direitos civis pelos negros estadunidenses, servindo quase que de paradigma para as ações ou manifestações de desobediência de massa posteriores.

⁵⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.339.

repressão estatal, obrigando ao reconhecimento da dignidade do oprimido, que por sua passividade amplia a possibilidade de diálogo a partir do reconhecimento mútuo de subjetividade⁵⁴⁹.

Segundo, não se pode confundir a “violência” com certas “demonstrações de força” típicas de atos de protesto, como queimar pneus, obstruir vias, ocupar espaços públicos, invadir terras improdutivas, etc., pois o objetivo destas ações é criar uma tensão que rompa a letargia e desperte atenção da maioria da opinião pública, e não propriamente “promover a violência”⁵⁵⁰.

Terceiro, geralmente é a própria reação estatal oficial à *desobediência civil* a principal responsável pela escalada da violência⁵⁵¹: o uso do aparato policial para confrontar ou impedir as manifestações, mais do que detonar ações violentas esporádicas, é assimilado com o passar do tempo pela população, que incorpora após várias experiências a expectativa de intensa e violenta repressão oficial, adaptando-se à ela no próximo caso. Assim, um nível de agressão antecede ao outro, em uma escala progressiva⁵⁵². Não há como negar a responsabilidade do Estado, portanto, especialmente quando se pondera que, ao contrário dos indivíduos, dispõe de múltiplas formas não-violentas para atuar nestes casos⁵⁵³.

Quarto, a maioria dos casos de *desobediência civil* tem origem na negação estatal aos direitos humanos, que como forma de violência estrutural acaba sendo fonte das demais formas de violência⁵⁵⁴; assim, dependendo da violência estrutural exercida contra determinado grupo social – como negação das condições mínimas de vida digna – é necessário que o Estado suporte o exercício de um certo grau de violência em atos de protesto⁵⁵⁵.

⁵⁴⁹ LUCAS, Douglas Cesar. **Desobediência civil**, p.206.

⁵⁵⁰ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.54.

⁵⁵¹ Segundo Nelson Nery Costa, geralmente nos atos de protesto a violência só começa “quando o Estado é envolvido para executar as leis de propriedade para por fim a uma ação ilegal, mas não violenta. A polícia, e não os manifestantes, causa as mortes e as lesões corporais em maior número”. COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.50.

⁵⁵² CHOMSKY, Noam. **Piratas e Imperadores**, p.15.

⁵⁵³ Argumento que pode ser reforçado pela lógica de que “(...) o conceito de poder deve assentar numa ideia de emancipação relativamente às relações de poder. A emancipação é tão relacional como o poder contra o qual se insurge”, sendo assim a violência responsabilidade mútua e não exclusiva daqueles que protestam, o que se deduz a partir de SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**, p.269.

⁵⁵⁴ Cf. BARATTA, Alessandro. **Direitos Humanos**, p.47;48.

⁵⁵⁵ Como diz DUSSEL, “a crítica que se origina da ordem material das vítimas deslegitima a validade

Finalmente, proibir a violência como “método” de exercício da *desobediência civil* é bem diferente de afirmá-la como limite absoluto, e o problema central passa a ser, portanto, definir a extensão da violência permitida nestes atos. Como primeira condição negativa está a proibição de ameaça ou lesão à direitos fundamentais alheios de hierarquia constitucional igual ou superior ao direito de resistência, porque – como havíamos mencionado no *fato de consciência* –, o exercício de um direito fundamental não pode ser realizado à custa de outros, mais importantes. Assim, por exemplo, certos danos patrimoniais (como rompimento de obstáculos, destruição de bens insignificantes ou ilícitos, etc.) produzidos por meios que não envolvam risco significativo para a vida e a integridade física alheia podem ser exculpados, desde que inseridos no contexto de uma ação de desobediência que tem por objetivo a luta pela subsistência de uma vida minimamente digna⁵⁵⁶. Em outra direção, não se poderia exculpar pelo mesmo argumento o seqüestro de um inimigo político ou a explosão de uma bomba que coloca em risco a vida de terceiros.

Em síntese, entendemos que a “não-violência” serve como critério – e não requisito – da *desobediência civil*. O objetivo é, essencialmente, estabelecer com ponderação aquilo que seria uma violência desproporcional, tendo em vista a regra de que a violência dos atos de protesto é proporcional à violência da negação do direito reclamado⁵⁵⁷. Mantém-se, em todo caso, como limite absoluto o respeito à vida, integridade física e liberdade alheia, tanto para a ação ou manifestação popular como para a reação oficial.

formal e aparentemente democrática e as ações desses movimentos sociais, suas práxis de libertação, nunca podem ser consideradas como violentas, mas significam uma coação legítima, embora frequentemente ilegal”. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.553.

⁵⁵⁶ Assim, por exemplo, não se considera culpável a destruição manual de plantas transgênicas por integrantes de um movimento social na medida em que inserida no contexto de uma manifestação coletiva contra os organismos geneticamente modificados cultivados ilegalmente por empresa multinacional no estado do Paraná. Da mesma forma, o rompimento da cerca que limitava a plantação ilegal e a destruição de parte das instalações de um laboratório da empresa que se situava no local não admitem o juízo de reprovação penal porque cumprem os requisitos adicionais de insignificância ou ilicitude da propriedade atingida e de ausência de risco contra a integridade física ou liberdade de funcionários ou dirigentes, exigidos pela situação exculpante. Comparar este exemplo retirado de um processo de criminalização contra o movimento sem-terra no Paraná com os citados por COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.51.

⁵⁵⁷ Como percebe GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.35-36.

5.5.2. A diferenciação entre movimentos revolucionários e desobedientes

Além da “não-violência”, outro pressuposto da *desobediência civil*, apresentado pelos autores que tratam do tema e incorporado pela doutrina penal, se refere ao fato de estes atos ou manifestações não devem constituir uma forma de “resistência ativa” contra a ordem vigente⁵⁵⁸, no sentido de traçar uma distinção entre o exercício do direito de resistência e os movimentos revolucionários⁵⁵⁹.

A diferença da desobediência para os movimentos revolucionários existiria porque a primeira não tem por objetivo substituir a ordem jurídica, identificada, fundamentalmente, na Constituição⁵⁶⁰: “a *desobediência civil* tem reivindicações parciais e específicas, não totais e revolucionárias”⁵⁶¹. A definição destes elementos, por um lado, atribui “legitimidade” aos atos de desobediência, identificando como revolucionários (e, portanto, necessariamente “criminosos”) aqueles que se situam além da moldura constitucional. Este requisito, em princípio absolutamente razoável, é menos evidente na redefinição contemporânea da *desobediência civil*, que absorve em sua definição o chamado *direito de resistência*.

Primeiro, porque dizer que a *desobediência civil* respeita a ordem constitucional e político-jurídica significa que esses atos, manifestações ou movimentos estariam a aceitar, pois, a legitimidade da dominação política, que em sociedades capitalistas é sempre uma dominação de classe⁵⁶². A *desobediência civil* estaria, assim, fora do âmbito revolucionário e pactuaria com o sistema capitalista, e por isso está muito mais próxima da luta contra formas de

⁵⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁵⁵⁹ Sem embargo da fonte, esta diferenciação entre *desobediência civil* e “resistência ativa” não encontra respaldo na teoria contemporânea do direito de resistência. GARGARELLA, usa o termo resistência ativa como sinônimo de “confrontação”, no sentido de uma ação que vai de encontro à proibição legal afirmando que está é uma característica da *desobediência civil*, exercida por meio de passeatas, ocupações, bloqueios, etc., ao passo que *resistência passiva*, ou não-cooperação, consiste no descumprimento uma ordem legal, o que é mais evidente no *fato de consciência*. GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.37-39.

⁵⁶⁰ Conforme RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p.406-407. Da mesma forma, DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p.323-329.

⁵⁶¹ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.51.

⁵⁶² OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.122-163.

dominação política e ideológica do que contra a opressão econômica. Todavia, isto não é verdade no caso do exercício do direito de resistência de diversos movimentos sociais, que se opõe às formas de opressão econômica realizadas pelo Estado, sem que por isso devem ou possam ser rotuladas como revolucionárias.

Segundo, porque o limite imposto, ainda que vinculado ao texto constitucional, contrasta com a evidência de que em alguns casos a realização de direitos fundamentais pode ter como óbice os próprios princípios da ordem constitucional. Assim, por exemplo, a luta pelo direito fundamental de autodeterminação e constituição política de uma minoria étnica⁵⁶³ certamente vai de encontro à Constituição que estabelece a unidade e indivisibilidade territorial do domínio ao qual está submetida; se o texto constitucional constituir limite absoluto para o exercício da desobediência, isso impediria a luta por um direito fundamental no âmbito democrático, obrigando uma solução violenta para renúncia ou afirmação deste direito⁵⁶⁴.

Assim, e em resumo, tanto a “não-violência” como a distinção entre movimentos “revolucionários” e de “desobediência ou resistência” só tem sentido para excluir a legitimidade – e conseqüentemente qualquer perspectiva de *exculpação* – para os atos *terroristas*, que são realizados com violência desproporcional a direitos fundamentais alheios mais importantes do que o exercício da expressão do poder popular.

5.5.3. Publicidade e finalidade política

Um último pressuposto comumente referido como essencial da *desobediência civil* seria seu propósito político evidente, representado no caráter

⁵⁶³ A autodeterminação como direito fundamental está reconhecida pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 das Nações Unidas, como vemos em seu artigo primeiro: "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural".

⁵⁶⁴ No mesmo sentido, em relação à necessidade de afirmação dos direitos sociais, ainda que não previstos explicitamente na Constituição, GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.48-49.

“público e aberto” ou “visível” de suas manifestações⁵⁶⁵, que em princípio buscam interagir com a população para apresentar ou esclarecer o conteúdo político de suas reivindicações, persuadindo os cidadãos a participar ou, ao menos, convencendo-os a tolerar suas demonstrações públicas. A publicidade das ações facilita a identificação de uma luta coletiva – não egoísta – relacionada à uma injustiça concreta, como tentativa de “universalizar” sua demanda em favor de vários outros compatriotas⁵⁶⁶.

Todavia, ao contrário do que sustentam alguns autores, a visibilidade dos atos de protesto não é sempre motivada pela busca de aceitação popular coletiva. Antes, e mais importante, é preciso notar que a visibilidade é o que garante o confronto na arena pública, o obrigando qualquer forma de repressão a respeitar as regras do jogo político democrático⁵⁶⁷. A visibilidade dos atos de desobediência coloca o poder institucional em xeque: se reage pela força contra os manifestantes torna explícita a injustiça reclamada, e se não atua reconhece implicitamente sua falta de legitimidade para fazê-lo⁵⁶⁸. Os atos de resistência que tem finalidade política são sempre visíveis, exatamente porque a luta política é sempre pública, e essa seria a principal razão pela qual tais ações tendem a ser realizadas coletivamente, em grupos organizados⁵⁶⁹. Assim, os atos de desobediência são marcados pela busca de visibilidade, tanto para afastar o estigma da clandestinidade como para tornar presente no espaço político suas reivindicações, o que torna evidente a relação essencial entre a finalidade política⁵⁷⁰.

Consideramos que é a finalidade política associada à visibilidade é a principal característica da *desobediência civil*, tratando-se do melhor critério a partir do qual se pode avaliar a existência desta *situação supralegal* capaz de afastar ou reduzir o juízo de *exigibilidade por conflito* determinante da

⁵⁶⁵ LUCAS, Douglas Cesar. **Desobediência civil**, p.206.

⁵⁶⁶ No sentido do texto de GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia**, p.44.

⁵⁶⁷ DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**, p.21-22.

⁵⁶⁸ COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência civil**, p.54.

⁵⁶⁹ MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.22. Inverte-se, por esta compreensão, o pressuposto da “quantidade de pessoas”, que deixa de ser requisito para tornar-se consequência lógica do exercício da *desobediência civil*.

⁵⁷⁰ ARENDT, Hannah. **Desobediência civil**, p.69-90.

anormalidade das circunstâncias do fato, diferenciando-a das demais formas de “resistência ao Direito”.

Para compreender esta última afirmação é preciso aqui explicar que, ao menos para parte da doutrina, a expressão “direito de resistência” é gênero que incorpora praticamente todas as espécies de conflito jurídico fundado em questões ideológicas. Consoante este pensamento, a *desobediência civil*, o *fato de consciência* e até mesmo o *conflito de deveres* seriam bastante similares em seu fundamento, tratando-se de formas específicas de exercício do mesmo direito de resistência⁵⁷¹. Para este segmento da literatura jurídica⁵⁷² a diferença fundamental entre estas três situações de *exculpação* está no fato de que na *desobediência civil* há uma finalidade política evidente, que transcende a mera repercussão no espaço da própria ação ou omissão individual. Ainda que não pactuemos com essa definição genérica do “direito de resistência”, entendemos que a distinção traçada entre as variadas formas de resistência ao direito por razões ideológicas confirma a importância do pressuposto e critério da finalidade política associada à visibilidade para identificar a *desobediência civil*. Afinal, este é o principal caminho pelo qual se diferenciam situações aparentemente idênticas⁵⁷³, que, no entanto, possuem fundamento exculpante diverso: o jovem que se recusa a cumprir o serviço militar obrigatório pode estar agindo em nome de uma crença – passível, portanto, de *exculpação* por *fato de consciência* – ou como parte de uma ação política organizada que tem por objetivo a desmilitarização do Estado – um típico caso de *desobediência civil*⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Segundo classificação de GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.30.

⁵⁷² Tendo em vista a exaustiva análise de MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.3-46.

⁵⁷³ Outra diferença que poderíamos apontar é que, em regra, a oposição entre o poder institucional e os atos de desobediência é muito mais intensa e violenta do que na relação entre *fato de consciência* e poder oficial, mas isso não é tão óbvio e também pode ser considerado como consequência do fundamento da oposição que resiste a autoridade oficial.

⁵⁷⁴ Como acontece, por exemplo, na Espanha, onde jovens integram um movimento de ampla recusa ao serviço militar e qualquer tipo de prestação alternativa, contestando a autoridade do Estado em “qualificar” o fundamento de sua convicção como válida ou inválida. MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**, p.29-31.

5.6. A exculpação supralegal da desobediência

Segundo ROXIN a *exculpação* dos autores de condutas típicas no contexto da *desobediência civil* é autorizada por uma dupla e drástica redução do *tipo de injusto* e de *culpabilidade*: objetivamente, porque os atos de *desobediência civil* constituem o exercício de um direito fundamental e raramente ultrapassam o limite imediatamente superior à insignificância; subjetivamente, porque o que orienta a conduta do indivíduo é a luta por um direito violado ou não reconhecido pelo Estado, o que integra a dinâmica específica dos Estados Democráticos de Direito e não pode ser simplesmente criminalizado pela lei penal⁵⁷⁵. Assim, na maioria dos casos de *desobediência civil* estaríamos diante de questões irrelevantes do ponto de vista jurídico penal, e portanto a falta de necessidade de aplicação de pena com função preventiva especial ou geral seria suficiente para fundamentar a isenção de pena nos casos eventualmente criminalizados pelo poder público, permanecendo apenas a possibilidade de uma sanção no âmbito do Direito civil ou administrativo. ROXIN ressalta que, além de desnecessária, a punição nestes casos seria desaconselhada ao poder estatal: não raro a aplicação de pena nestas situações tem como efeito individual mais provável a radicalização do discurso de resistência, o que pode favorecer o argumento de ilegitimidade oposto contra o Estado pelos autores dos atos de desobediência e atrair a antipatia da população em geral⁵⁷⁶.

O entendimento de ROXIN está em sintonia com aquilo que havíamos descrito como funcionalismo teórico, porque ao definir a culpabilidade a partir de um horizonte sistêmico e formal é incapaz de compreender a *resistência* ou *desobediência* ao Direito como atividade legítima⁵⁷⁷, e daí porque a possibilidade de *exculpação* para estes casos seria possível apenas se a falta de punição não provocasse uma frustração da suposta confiança geral no sistema penal⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.954, n.129b.

⁵⁷⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.954, n.129c.

⁵⁷⁷ Em crítica específica ao funcionalismo de JAKOBS, ver TAVARES, **Culpabilidade**, p.153.

⁵⁷⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.954, n.129c.

De modo muito semelhante, WOLTER afirma que a *desobediência civil* é, em regra, típica, antijurídica e culpável – independentemente de ser pacífica e movida por interesse de proteção ao bem público –, devendo ser punida porque significa um atuar contra uma decisão legal que é legítima, pois produto do processo democrático formal⁵⁷⁹. Não obstante, e de acordo com a mudança de sentido que contemporaneamente afeta o Direito Penal, o mesmo autor atenua o rigor de sua posição inicial para, em evidente concessão teórica, admitir que em certos casos excepcionais a *desobediência civil* pode vir a caracterizar uma *causa pessoal de exclusão da responsabilidade de natureza jurídico-constitucional*, por conta de uma simultânea redução do conteúdo do injusto e da culpabilidade⁵⁸⁰, respectivamente por sua defesa de valores que são também objeto de tutela do Direito Penal e pela sua “proximidade” com o exercício de um direito fundamental⁵⁸¹. Ainda que nos pareça equivocada a redução da eventualidade de *exculpação* por conta de desnecessidade ou inconveniência da pena, vale notar que a posição de ROXIN e WOLTER destoa da maioria dos autores alemães ou europeus, que simplesmente rejeitam a desobediência como hipótese de *exculpação*, admitindo apenas a redução da pena no momento de individualização.

Diferentemente das opiniões mais freqüentes, em nosso parecer a *desobediência civil* constitui em regra uma *situação supralegal de exculpação* de fundamento constitucional, porque o exercício do direito fundamental de resistir ou protestar é condição de existência do Estado Democrático de Direito, que demanda especial proteção para impedir a possibilidade de criminalização de legítimas manifestações diretas do soberano poder popular.

⁵⁷⁹ Ao menos de acordo com o Direito Penal alemão, segundo WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática...**, p.56.

⁵⁸⁰ De acordo com a análise de WOLTER o que entendemos aqui como análise da culpabilidade corresponderia ao “segundo nível do delito”, definido a partir da necessidade de aplicação da pena para um injusto culpável. Para melhor compreensão consultar WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática...**, p.47-63 e síntese nas p.81-85.

⁵⁸¹ Se bem a flexibilização de sua posição original não significa a imediata extensão deste raciocínio para o *fato de consciência* ou demais formas de resistência além do horizonte liberal de compreensão da *desobediência civil*, casos em que não haveria qualquer redução do tipo de injusto ou de culpabilidade. Assim, WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática...**, p.56-61.

Conseqüentemente, a *exculpação* não deve ser limitada por estritos e artificiosos limites construídos por uma teoria hoje insuficiente ou sustentada como uma espécie de indulgência estatal que afasta a incidência da pena em nome de uma razão estratégica de pura conveniência.

Da mesma forma, tampouco a evidência de plena *dirigibilidade normativa*⁵⁸² nestes casos pode reduzir a possibilidade de *exculpação* ao critério da desnecessidade preventiva da pena. Afinal, como resultado da redefinição material operada pelo *princípio da alteridade* o *tipo de culpabilidade* só se realiza com o pleno *juízo de exigibilidade*, que exige a *normalidade* das circunstâncias do fato, inexistentes nos casos de *desobediência civil*, pois aqueles que integram os atos de protesto estão em situação de *anormalidade* por absoluta *vulnerabilidade política e social*⁵⁸³. Por óbvio, isso inclui pessoas que em princípio podem ser definidas como incapazes de culpabilidade, até porque sendo esta uma *exculpação* na qual incide o especial efeito de dupla redução do injusto do *princípio da inexigibilidade* elas devem ser incorporadas à oportunidade de *exculpação*, claro que no limite da representação de seu ato como exercício da cidadania.

Finalmente, em relação aos critérios utilizados para determinar a redução ou exclusão da culpabilidade, vale lembrar que a finalidade política publicamente perseguida é a principal característica da *desobediência civil*, de forma que a análise do *juízo de exigibilidade* no caso concreto deve privilegiar a avaliação da responsabilidade do poder oficial na criação das situações de conflito determinantes da *anormalidade*, relativizando os demais pressupostos para afastar a censura penal em nome do exercício dos direitos fundamentais, adequando-se assim ao propósito maior de constitucionalização do autoritário Direito Penal brasileiro.

⁵⁸² No sentido da afirmação de ROXIN, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.337.

⁵⁸³ Vez que identificados como inimigos do poder dominante e vitimados por uma perseguição que se realiza por todos os setores de influência da dominação capitalista, especialmente pela mídia, como constata a teoria crítica. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**, p.130-135.

5.7. A desobediência como um comportamento conforme ao Direito

A mesma doutrina penal contemporânea que diverge sobre os motivos determinantes da *exculpação* por *desobediência civil* não tem qualquer dúvida em relação à possibilidade de *justificação* de condutas típicas pelo mesmo argumento: a resposta aqui sempre é negativa⁵⁸⁴.

Para ROXIN, a *desobediência civil* não pode caracterizar uma causa de exclusão da antijuridicidade porque as ações políticas estatais contra as quais se insurgem as manifestações públicas estão amparadas pelo argumento de legitimidade: se os atos oficiais de poder são expressão da vontade democrática da maioria da população todo ato que a ela se opõe é antijurídico, porque contraria a ordem jurídica fundada sobre a soberania popular. Ainda segundo o autor, a partir do momento em que o Estado decide implementar uma determinada política – como por exemplo a construção de uma usina nuclear ou a transposição de um rio – não pode reconhecer a juridicidade do comportamento daqueles que resistem a essa política por meio da realização de tipos legais no contexto dos protestos⁵⁸⁵, pois ao fazê-lo estaria atribuindo ao interesse de grupos minoritários um valor superior ao interesse público, do qual seria expressão. Em síntese, negar a chance de *justificação*, nestes casos, seria uma necessidade do Estado para evitar uma contradição insustentável: ao reconhecer a juridicidade dos atos de desobediência admitiria que não atua em nome do bem comum⁵⁸⁶.

O problema fundamental deste raciocínio é que o argumento da legitimidade democrática das políticas públicas demanda uma identidade entre as ações oficiais e o interesse coletivo. Todavia, a correspondência necessária entre políticas estatais e “vontade popular” é uma ficção insustentável, especialmente nos Estados capitalistas contemporâneos, cujo objetivo da dominação política não é promover o “bem público”, mas realizar preferencialmente os interesses de mercado.

⁵⁸⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.953, n.129a.

⁵⁸⁵ Tais como os crimes de dano ou sabotagem, respectivamente previstos nos art.163 e 202 do Código Penal Brasileiro.

⁵⁸⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.697, n.49.

Sendo essencial para refutar a identidade entre ações políticas e interesse público o desvelamento do caráter classista do Estado, encontramos como óbice o fato de que se trata de tarefa das mais complexas, que demandaria uma reflexão exaustiva, que nos levaria muito além de nosso referencial teórico. De todos modos – e até para evitar a inconsistência absoluta da crítica contra a posição da dogmática penal em relação à *justificação da desobediência civil* – dedicamos algumas linhas para rejeitar a idéia de que as políticas públicas sintetizam a expressão democrática da maioria da sociedade. Para tanto, remetemos à análise material e negativa do Estado desenvolvida por OFFE, que define a “dominação política em sociedades industriais capitalistas” como “o método da dominação de classes que não se revela como tal”⁵⁸⁷.

Para sustentar esta afirmação, OFFE destaca que o desenvolvimento paralelo da democracia representativa e do capitalismo industrial não é fortuito, mas resultado de diversos condicionantes estruturais, pelos quais a racionalidade estatal originária é colonizada pelos interesses sistêmicos de Mercado. Ao estabelecer sua racionalidade como condição de existência e validade das normas estatais⁵⁸⁸, o Mercado transforma o “Estado inserido em um sistema capitalista” em um próprio “Estado capitalista”⁵⁸⁹, incorporando a legalidade como forma preferencial de legitimação de seus interesses. Neste sentido, se por um lado o Estado⁵⁹⁰ – por meio das atividades de *regulação*⁵⁹¹ e *repressão*⁵⁹² – efetivamente

⁵⁸⁷ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.162-164.

⁵⁸⁸ E não apenas fixando-lhe os limites de atuação. Para clarificar, OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. p.145-146.

⁵⁸⁹ Idem, p.146-151.

⁵⁹⁰ O Estado é definido por OFFE como um “sistema de regulamentação seletivo”. A “seletividade”, por sua vez, é descrita como “restrição não-aleatória (isto é, sistêmica) de um espaço de possibilidades”, o que em muito se assemelha ao conceito de “redução” antes apresentado. Comparar, neste sentido, OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.151 com DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**, p.108.

⁵⁹¹ Trata-se do aspecto *positivo* da intervenção estatal, que disciplina o desenvolvimento da atividade capitalista de acordo com os interesses capitalistas “globais”, protegendo o mercado de sua autofagia, identificando aqueles que seriam os “fins gerais do mercado”. Trata-se de atribuição das mais complexas porque os objetivos da classe capitalista são heterogêneos e, não raro, conflitantes. As ações de *regulação* (ou *coordenação*) cumprem essa difícil atribuição seguindo *regras de exclusão* responsáveis pela adequação dos fins das ações estatais aos fins do mercado. OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.151-154.

⁵⁹² Sendo este o aspecto *negativo* da intervenção estatal, como sanção ou ameaça de sanção para toda atividade que se opõe à implementação dos interesses gerais do mercado. A reserva estatal do poder de repressão é fundamental porque a efetiva implementação dos fins capitalistas “globais” opõe os interesses da sociedade – ou interesse público – aos de mercado. OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado**

atende aos objetivos capitalistas de médio e longo prazo, por outro oculta este fato invocando o argumento da legitimidade democrática – como respeito aos procedimentos formais – porque a “funcionalização da soberania exige que o aparelho estatal assuma funções de classe sob pretexto da neutralidade (...) e invoque o alibi do universal para o exercício do poder particular”⁵⁹³. O *ocultamento* do sentido real de valorização das ações estatais é a condição para manter a base do poder político preservada, diferenciado o Estado do Mercado e disfarçando seu caráter classista, de modo a seguir legitimando suas ações como síntese da “vontade coletiva”⁵⁹⁴.

Esta breve e incompleta revisão do pensamento de OFFE sobre os problemas estruturais do Estado capitalista não tem qualquer pretensão além de demonstrar que mesmo em uma análise superficial o argumento de ROXIN de que as ações políticas oficiais são a expressão democrática do interesse público é, além de absurdamente ingênuo, equivocado. Isso significa, em relação a este tema, que não subsistem argumentos na doutrina penal contemporânea capazes de impedir, aprioristicamente, que se aceite a possibilidade de que a *desobediência civil* possa vir a excluir da antijuridicidade de certas condutas típicas.

A possibilidade de *justificar* ações ou omissões típicas pelo argumento *supralegal* da *desobediência civil* está sujeita a todos os requisitos e critérios antes referidos para a *exculpação*, só que aqui avaliados como maior rigor. Por este caminho, parece ser relativamente fácil *justificar* condutas ilícitas pelo argumento da *desobediência civil* quando: a) o indivíduo que participa dos atos de desobediência apresenta uma profunda convicção pessoal em relação à causa pela qual protesta b) a tal ponto que está disposto a sofrer uma sanção em nome desta convicção, c) rejeita qualquer ação violenta, adotando práticas

capitalista, p.153-154.

⁵⁹³ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.163.

⁵⁹⁴ Como sintetiza o autor: “O problema estrutural do Estado capitalista é que ele precisa simultaneamente praticar e tornar invisível o seu caráter de classe. As operações de seleção e direcionamento de caráter coordenador e repressor, que constituem conteúdo de seu caráter classista, precisam ser desmentidas por uma terceira categoria de operações seletivas de caráter ocultador: as operações divergentes, isto é, as que seguem direções opostas. Somente a preservação da aparência da neutralidade da classe permite o exercício da dominação de classe”. OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.163.

manifestamente pacíficas de expressão, d) não tem propósito revolucionário, vez que não se opõe à ordem jurídica fundada na Constituição e, finalmente, e) suas reivindicações políticas tem por objetivo a promoção do “bem comum”⁵⁹⁵ e não um privilégio egoísta.

Para encerrar, ainda que em nossa perspectiva pareça de fato bastante razoável a exclusão da *antijuridicidade* em casos de *desobediência civil*, evidentemente trata-se de uma proposta que não se julga definitiva e que pela complexidade do tema demanda reflexões adicionais, a serem desenvolvidas no âmbito do debate acadêmico e coletivo. Distinto é o caso da possibilidade de *exculpação* pelo exercício do direito fundamental de resistência – nos termos aqui sustentados ou pelos argumentos desenvolvidos pela doutrina penal alemã –, cujo desenvolvimento teórico é mais do que suficiente para sustentar o afastamento ou diminuição do *juízo de exigibilidade* no Direito Penal brasileiro, faltando apenas compromisso político e científico para tornar-se *práxis* comum entre os operadores jurídicos.

Finalizado este ponto, vamos agora tratar da mais ampla entre as *situações supralegais de exculpação*.

6. Conflito de deveres

A *situação supralegal de exculpação* descrita como *conflito de deveres* tem por objetivo condutas típicas realizadas em momentos de *anormalidade* sob amparo do argumento da *escolha do mal menor*⁵⁹⁶, que não devem sofrer censura penal por conta da material *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma*. Trata-se de uma *situação de exculpação* construída a partir de casos que antagonizam interesses juridicamente reconhecidos e diante dos quais o sistema formal de criminalizações se descobre insuficiente, a ponto de admitir a validade do princípio ético-material como elemento determinante da escolha realizada. Esta hipótese de *exculpação* nos parece tremendamente importante porque

⁵⁹⁵ especialmente aqueles relacionados a uma necessidade vital entre os setores mais carentes da sociedade, como sustenta ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociais**, p.70.

⁵⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338.

situações de conflito são muito mais comuns em ambientes marcados pela desigualdade social, característico de regiões periféricas aos centros dos sistemas econômicos global e local, que produzem estruturalmente contextos de *anormalidade* que opõe a vida à legalidade.

O fundamento do *conflito de deveres*, ao contrário das demais *situações de exculpação*, tem por referência essencial um argumento ético e não jurídico⁵⁹⁷. É exatamente por conta deste conteúdo essencialmente não normativo que a recusa em aceitar a dimensão *supralegal* no Direito Penal pela *exceção* atinge seu apogeu na doutrina que rejeita a *inexigibilidade*. Assim, as posições ideologicamente mais conservadoras seguem recorrendo à analogia do *conflito de deveres* com o *estado de necessidade* legalmente previsto. O caso aqui, todavia, é ainda mais grave, porque não raro o *conflito de deveres* é apresentado pela doutrina como espécie do gênero *estado de necessidade*⁵⁹⁸.

Diante desta confusão, para resolver eventuais inconsistências teóricas no desenvolvimento do *conflito de deveres* como *situação supralegal de exculpação*, é preciso um exame mais detalhado de sua relação com o *estado de necessidade*, especialmente a partir da polêmica entre as teorias *unitária* e *diferenciadora*. É o que se faz a seguir.

6.1. Uma questão preliminar: as teorias do estado de necessidade

De acordo com a moderna teoria do fato punível o *estado de necessidade* tem como *situação justificante* a existência de perigo, atual e involuntário, para um bem jurídico próprio ou alheio, que não pode ser superado sem o sacrifício de outro bem jurídico, e como *ação justificada* aquela considerada *necessária* e *apropriada* para evitar tal perigo sem lesões inúteis ou desproporcionais⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Como se verifica na relação entre o artigo 23, II e 25 do Código Penal, na *provocação de situação de legítima defesa*, o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição para o *fato de consciência* e os artigos 1º, parágrafo único e 5º, inciso XVI também da Constituição na *desobediência civil*.

⁵⁹⁸ Apresentado assim, por exemplo, por DOTTI, Rene Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.391.

⁵⁹⁹ Assim CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.240-243, em análise compatível com a redação do art.24 do Código Penal Brasileiro: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O histórico e tormentoso debate sobre a natureza jurídica do *estado de necessidade*⁶⁰⁰, determinante de sua posição na estrutura do conceito analítico do fato punível, está sintetizado na atual controvérsia que contradiz duas teorias⁶⁰¹.

A primeira, conhecida como *teoria diferenciadora*, postula que o *estado de necessidade* é uma causa de *justificação* de condutas típicas em situações de perigo atual e involuntário, que exigem inevitável sacrifício de um bem jurídico *inferior* para proteção de um interesse *superior* próprio ou alheio, e uma *situação de exculpação* nos casos de bens jurídicos *equivalentes*⁶⁰². Assim, por exemplo, quem viola a propriedade alheia para salvar a vida de uma pessoa em incêndio tem a violação de domicílio *justificada*, porque a propriedade é inferior à vida e integridade física, ao passo em que aquele que salva a própria vida provocando a morte de uma pessoa inocente pode apenas ser *exculpado* pelo homicídio.

A segunda é denominada *teoria unitária*, porque prevê o *estado de necessidade* exclusivamente como causa de *justificação* ou *exculpação*, independente de ser o bem jurídico protegido *superior* ou *equivalente* ao sacrificado⁶⁰³. Assim, em qualquer dos dois exemplos anteriores, haveria apenas a possibilidade de *justificação* ou *exculpação*, conforme a variante adotada.

No caso da lei penal brasileira, a opção foi pela *teoria unitária* do *estado de necessidade* exclusivamente como *causa de justificação*⁶⁰⁴, o que se sustenta a partir de dois argumentos: primeiro, por expressa referência legal ao *estado de necessidade* como *excludente da ilicitude* do fato, conforme comprova a leitura do artigo 23, inciso I do Código Penal⁶⁰⁵; segundo, por ausência de referência explícita no artigo 24 estabelecendo que o interesse jurídico preservado possua valor *superior* ao sacrificado, o que por lógica inclui na *justificação* os bens

⁶⁰⁰ Até porque, mesmo a “dogmática alemã considera o estado de necessidade como um dos mais tormentosos assuntos penais (...) e sobre o qual não se pode fazer afirmação com caráter de definitiva”, como percebeu MACHADO, Luiz Alberto. **Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta**, p.187.

⁶⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, p.239-240.

⁶⁰² Ver melhor síntese em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.239.

⁶⁰³ Em todo caso, nunca inferior, como vemos em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.240.

⁶⁰⁴ Sem qualquer dúvida, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.240 e 248 e TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.363.

⁶⁰⁵ *In verbis*: “Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade;”.

jurídicos considerados *equivalentes*, como no caso de conflito entre vida humanas.

Ainda assim, parcela considerável da doutrina penal brasileira mantém a crítica à *teoria unitária*⁶⁰⁶, e na contínua defesa da proposta *diferenciadora*⁶⁰⁷ frequentemente faz referência ao Código Penal de 1969⁶⁰⁸, que previa expressamente em seu artigo 25 o *estado de necessidade exculpante*⁶⁰⁹.

Estas posições, que incorporam e utilizam o contestado critério da *ponderação de bens*⁶¹⁰, podem ser resumidas em três correntes.

Para a primeira, representada por DOTTI, o Direito Penal pátrio inclui o *estado de necessidade exculpante* como uma hipótese *legal* de *exculpação* se o bem violado era de valor *igual* ou *superior* ao protegido⁶¹¹.

Na segunda e principal corrente de pensamento, o *estado de necessidade* é *causa legal de justificação* sempre que a proteção de bens jurídicos se realizar por meio do sacrifício de outros “consideravelmente inferiores” e *situação supralegal de exculpação* em todos os demais casos⁶¹².

Muito próxima deste entendimento, terceira e mais prudente opinião doutrinária afirma que a *exclusão da antijuridicidade* promovida pelo *estado de necessidade* se estende tanto para os casos de sacrifício de bem jurídico *inferior* como *equivalente* ao preservado, mas diante da lesão a bens jurídicos de valor

⁶⁰⁶ Ainda que a melhor crítica esteja na doutrina alemã, como na síntese de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.2, p.671.

⁶⁰⁷ Como vemos, por exemplo, em FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p.195-196.

⁶⁰⁸ Normalmente referido como “natimorto”. Como explica FRAGOSO, um anteprojeto solicitado a Nelson Hungria foi apresentado em 1963 e “promulgado, por decreto, em 1969, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970. O prazo de vacância foi, no entanto, sucessivamente prorrogado, por várias vezes, inclusive após a introdução de numerosas emendas, em 1973. Após longa vacância, de quase dez anos, o CP de 1969 foi finalmente revogado pela Lei 6.578 de 11 de novembro de 1978”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, p.67.

⁶⁰⁹ O Decreto Lei n.1.004, de 21 de outubro de 1969 previa que “Art.25 - Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa”. **Código Penal de 1969**, p.72. Atualmente, apenas a legislação penal militar brasileira admite a *teoria diferenciadora* do *estado de necessidade*, respectivamente *justificante* e *exculpante*, conforme os artigos 43 e 39 do Código Penal Militar, na lição de TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.363.

⁶¹⁰ Cf. TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**, p.363, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.243-248 e ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.17, p.671-674.

⁶¹¹ Entre eles, DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.391 e 427.

⁶¹² Por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p.559-565 e 619-623.

superior ao protegido existiria a possibilidade de reconhecer um *supralegal estado de necessidade exculpante*⁶¹³, diretamente informado pelo *princípio da exigibilidade*, que demanda uma avaliação judicial do caso concreto realizada com “grande prudência”⁶¹⁴.

Sem avançar na análise da primeira opinião, à qual rejeitamos de plano, as duas últimas propostas devem vistas com mais cuidado, porque ao comungar na defesa do *supralegal estado de necessidade exculpante* contribuem decisivamente na fundamentação do *conflito de deveres* como *situação supralegal de exculpação* por *inexigibilidade* de comportamento adequado à norma, independente da específica discussão sobre a hierarquia do bem jurídico violado⁶¹⁵.

Todavia, em que pese o decisivo aporte mencionado, não nos parece correto insistir na defesa do *estado de necessidade exculpante* no Direito Penal brasileiro, pelos motivos a seguir aduzidos. Primeiro, e como já havíamos mencionado, entendemos que tal posição é *incompatível* com a literalidade dos artigos 23, I, e 24 do Código Penal. Segundo, trata-se de posição desfavorável ao cidadão⁶¹⁶: admitir a existência no Direito Penal brasileiro da *exculpação* por *estado de necessidade* significaria mutilar o alcance da *justificação legal* em favor de uma hipotética *exculpação supralegal*, o que é evidentemente prejudicial ao acusado⁶¹⁷, que em nome do rigor técnico é vitimado por um alargamento do horizonte da criminalização possível, o que é contrastante com um Direito Penal que se propõe garantia do indivíduo diante da competência punitiva do Estado⁶¹⁸ sendo, portanto, *desaconselhada* sua adoção. Finalmente, e

⁶¹³ Assim MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**, p.154.

⁶¹⁴ MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**, p.238.

⁶¹⁵ Comparar com ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**, p.715.

⁶¹⁶ Apenas para ilustrar como a adoção da *teoria diferenciadora* – e conseqüentemente a hipótese *supralegal* de *exculpação* por *estado de necessidade exculpante* – pode vir a ser prejudicial para o acusado, basta notar que sendo um dos requisitos de admissibilidade da ação penal a aparente tipicidade e antijuridicidade, conforme o 43, inciso I, do Código de Processo Penal, no caso de lesão à bem jurídico equivalente ao protegido o sujeito denunciado deveria se submeter a toda instrução penal para eventualmente ser exculpado, ao passo que pela teoria unitária a mesma denúncia é imediatamente rejeitada.

⁶¹⁷ Assim, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.240 e 248.

⁶¹⁸ O que, diga-se de passagem, é incompatível com o declarado pensamento crítico de ZAFFARONI, de que a dogmática penal não pode apenas servir de critério de racionalidade do poder punitivo, como vemos

como terceiro argumento contrário a admissibilidade do *estado de necessidade* como *situação supralegal de exculpação*, constatamos que se trata de hipótese de incidência muito restrita, pois exige a presença de todos os pressupostos legais do *estado de necessidade*, o que a torna *desnecessária* face ao contemporâneo desenvolvimento das *situações supralegais de exculpação*, sobretudo do *conflito de deveres* que, como veremos, é mais adequado a resolver os problemas relativos ao sacrifício de bens jurídicos *equivalentes* e até mesmo *superiores* por meio de argumentos mais convincentes e não menos precisos.

Em síntese, a adoção do *estado de necessidade exculpante* como *situação supralegal de exculpação* parece ser *incompatível*, *desaconselhada* ou *desnecessária* no Direito Penal brasileiro: *incompatível* porque oposta à previsão legal; *desaconselhada*, porque desfavorável ao acusado, limitando o alcance da *justificação* legal e, finalmente, *desnecessária*, porque as mesmas situações paradigmáticas podem ser resolvidas no âmbito das demais hipóteses exculpantes – e entre elas, principalmente o *conflito de deveres*.

Sem embargo de nossa crítica, não se pode esquecer que a referência ao *estado de necessidade* será constante na revisão doutrinária do *conflito de deveres* que estamos por iniciar, até porque se trata de etapa indispensável na tentativa de superação da concepção clássica do *conflito de deveres* e afirmação plena desta situação de *exculpação* no Direito Penal brasileiro.

Afastando-nos nestes termos do *estado de necessidade*, centramos nossa atenção no *conflito* ou *colisão de deveres*, normalmente apresentado a partir da discussão sobre o fundamento da *exculpação* operada em um polêmico episódio histórico e de um complexo exemplo construído por WELZEL para indicar incompletudes e deficiências no exame formal da culpabilidade.

em diversas obras, como por exemplo BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, p.44-46.

6.2. A abordagem tradicional da literatura jurídico-penal

O *conflito de deveres*, como *situação supralegal de exculpação* por material *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma*, é frequentemente apresentado pela doutrina alemã a partir de um caso histórico e de um exemplo paradigmático. Longe de ser pacífico, o modo pelo qual se abordam estes clássicos da literatura penal revela as raízes da compreensão do *conflito de deveres* e da *inexigibilidade* em cada autor.

O precedente histórico se refere a uma situação excepcional no contexto do regime nazista: trata-se do conhecido “caso da eutanásia”, no qual médicos de clínicas responsáveis por indivíduos portadores de doenças mentais receberam ordens de Hitler de enviar para serem eliminados todos os pacientes que pudessem ser qualificados como “inúteis” ou “incuráveis”. Face a esta situação, vários médicos decidiram colaborar com a ordem de execução dos internos, incluindo apenas os casos mais graves nas “listas de transferência” para os campos de extermínio, preservando a maioria dos pacientes ao falsamente declará-los como “aptos para o trabalho” ou “curáveis”, argumentando que assim conseguiram salvar um maior número de pessoas, pois a opção de renúncia por descumprimento da ordem seria seguida de sua substituição por outros médicos mais fiéis ao regime, com o conseqüente aumento substancial no número de vítimas⁶¹⁹.

Além do célebre “caso da eutanásia”, é muito comum na doutrina referência e análise do paradigmático “caso da ferrovia”⁶²⁰, assim descrito por WELZEL: um vagão de carga que durante uma subida íngreme se desacopla da locomotiva e desce com grande velocidade em direção a uma estação na qual está

⁶¹⁹ Assim STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.273, n.123, ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.687-688, n.31, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.540, WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.97, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.473, n.26 e p.559, n.19, entre outros.

⁶²⁰ Por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.966, n.152, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.559, n.19, STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, §9, n.106 e §10, n.125, p.211-212 e 273. O que aqui chamamos de “caso da ferrovia” é referido em espanhol como “caso del guardaagujas”, em relação à profissão do “Weichensteller”, sujeito responsável por controlar os carris dos trens na saída e chegada das estações. Em parte por conta da falta do transporte ferroviário no cotidiano da vida dos brasileiros e latino-americanos em geral, não se faz aqui

estacionado um trem de passageiros. De seguir seu curso, o vagão vai colidir com o trem parado e provocar inúmeras mortes. Ao compreender esta situação, no último instante um empregado da ferrovia antecipa o desastre anunciado e muda a direção dos carris, desviando o compartimento para uma via lateral onde trabalham alguns operários, três dos quais morrem por conta do impacto do vagão descontrolado⁶²¹.

O fundamental nos casos “da ferrovia” e “da eutanásia” é que eles trazem à luz uma situação em que qualquer decisão é violadora de *deveres* jurídicos: para o ferroviário desviar o trem é realizar o tipo de homicídio por ação, mas não desviá-lo cumpre o mesmo tipo, só que por omissão; para os médicos, cumprir as ordens viola a proibição de não matar alguém da mesma forma que se recusar colide com o dever – como garante – de não expor seus pacientes ao perigo concreto de morte, já que pode eventualmente salvá-los⁶²². Evidentemente, estamos diante de situações excepcionais de *anormalidade* que caracterizam a *inexigibilidade*, mas mesmo esta constatação não é suficiente para pacificar o entendimento relativo aos motivos de isenção de pena para estes casos, segundo a doutrina penal contemporânea. Neste sentido, e de forma geral, podemos separar as soluções para o triste episódio do terceiro Reich e o exemplo de WELZEL como sendo casos de *justificação* ou de *exculpação*, por diferentes argumentos⁶²³.

6.3. A possibilidade de exclusão da antijuridicidade

Para opinião minoritária da dogmática penal alemã a conduta dos médicos no “caso da eutanásia” e do funcionário no “caso da ferrovia” não deveriam ser

⁶²¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.186. Veremos, ainda, o hipotético caso de troca de aparelho de respiração artificial para paciente com maior chance de sobrevivência, que aqui não se menciona por razões que não envolvem sua falta de prestígio junto à doutrina penal.

⁶²² Como vemos na lição de STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.273, n.123. Além disso, como sustenta E. SCHMIDT, os pacientes com doença mental não estão com o destino de morte tão certo como o do “caso dos alpinistas”, por exemplo, assim citado em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.32, p.688

⁶²³ Ainda que, como ficará claro adiante, toda isenção de pena para estes casos compartilhem do mesmo fundamento, a saber, a *escolha do mal menor* (ou *redução do mal maior*), como explica CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338.

julgadas como *antijurídicas*, caracterizando casos de estado *de necessidade justificante*, vez que o Direito não poderia proibir a salvação de alguns indivíduos se impossível salvar a todos⁶²⁴ ou tornar ilícita a *escolha do mal menor*, se inevitável o mal maior⁶²⁵, especialmente diante da *irracionalidade* destas situações⁶²⁶.

A opinião absolutamente dominante⁶²⁷, entretanto, entende de modo diverso, refutando a juridicidade do *conflito de deveres* com argumentos poderosos.

Em primeiro lugar, porque a morte dos pacientes e dos passageiros não é senão *representada* como inevitável, pois como percebe ROXIN, mesmo os juízos mais cuidadosos sobre a inevitabilidade da morte alheia não ultrapassam a condição de meros juízos, que – como construções intelectuais que apostam na racionalidade e experiência – não raro estão equivocados⁶²⁸. Em relação a nossos exemplos, ainda que se aceite que a ordem superior de eliminação física dos doentes mentais os transforma em uma *comunidade de perigo*⁶²⁹ – um grupo no qual todos estão igualmente ameaçados de morte –, não se pode ter certeza que a suposição dos médicos (de que sua recusa seria suprida por higienistas nazistas, com a conseqüente morte de todos ou de um maior número de pacientes) se concretizaria. Já no “caso da ferrovia”, ainda que muito mais improvável, o descarrilamento do vagão no último segundo evitaria as inúmeras mortes representadas como certas pelo funcionário. Isso significa, em poucas palavras, que o sacrifício de alguns em nome da vida das demais em base a uma suposição indemonstrável – ainda que absolutamente provável – é sempre uma redução arbitrária do direito à vida, juridicamente inadmissível⁶³⁰.

⁶²⁴ Referindo-se à proposta de WEBER, ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.32, p.688 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.247.

⁶²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338.

⁶²⁶ Conforme a proposta de MANGAKIS, em ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.32, p.688 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.248.

⁶²⁷ Segundo ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.33, p.688-689.

⁶²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.689-690, §16, n.35. No mesmo sentido, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338.

⁶²⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.961-962, n.143.

⁶³⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.690, n.37.

Segundo, o ordenamento jurídico não pode admitir oficialmente uma diferença quantitativa⁶³¹ ou qualitativa entre vidas humanas⁶³², mesmo que inevitavelmente condenadas à morte⁶³³: ainda que a proteção simultânea a ambos os deveres seja materialmente impossível, aquele que à custa de algumas vidas salva tantas outras, não atua conforme ao Direito porque, em que pese a tentativa de defesa de um valor jurídico – no caso, o direito fundamental à vida – o faz em detrimento desse mesmo valor⁶³⁴; além disso, independentemente de sua decisão o indivíduo atuará em desacordo ao Direito⁶³⁵, pois *justificar* a morte de um indivíduo a partir de critérios meramente utilitários de “duração” ou “valor” constitui explícita afronta à dignidade humana, fundamento de toda ordem jurídica.

Por conta de ambos argumentos não nos parece razoável *prima facie* sustentar a juridicidade do *conflito de deveres* como regra, até porque aqui estamos a defender o ordenamento jurídico como mediação para a vida, sendo contraditório que o sistema formal construído para este propósito admita no interior do próprio discurso uma tal arbitrariedade da seleção humana⁶³⁶. Assim, tanto o “caso da eutanásia” como o “da ferrovia” traduzem situações de *conflito de deveres* insolúveis por ponderação lógico-jurídica de hierarquia dos interesses envolvidos⁶³⁷ que só pode ser resolvida no *tipo de culpabilidade*. Existem, evidentemente, exceções, vez que há casos que se desenvolvem em uma “zona cinzenta” entre a *justificação* e a *exculpação*⁶³⁸, até porque o *princípio da inexigibilidade*, como visto, incide também sobre o *tipo de injusto*⁶³⁹.

⁶³¹ Como reconheceu o tribunal alemão no “caso da eutanásia”. Vide MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.473, n.26.

⁶³² JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.539.

⁶³³ Bastaria lembrar que a vida dos condenados à morte em países que admitem a pena capital também está juridicamente assegurada, até a execução, como menciona ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.34, p.689.

⁶³⁴ Segundo JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.539. Inclusive porque, de acordo com MAURACH/ZIPF, a vida representa um “valor superior absoluto”. MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.559-560, n.20-21.

⁶³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.540.

⁶³⁶ Em posição semelhante, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.473, n.26 e p.562, n.29.

⁶³⁷ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.97. É preciso considerar também os critérios de *justificação* relativos ao dever do garante de suportar o perigo, que não envolvem diferença qualitativa ou quantitativa entre vidas humanas, sintetizados por CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.255.

⁶³⁸ Assim, existem hipóteses nas quais é possível uma convergência entre as situações de *exculpação* e

Considerando, portanto, que a *antijuridicidade* é regra nestes casos, passamos à análise dos argumentos que sustentam a possibilidade de *exculpação* por *conflito de deveres*. Seguindo a tendência da tradicional doutrina penal alemã, e, como certamente não será surpresa para o leitor, aqui também as análises privilegiam a tentativa de definir estas situações como sendo casos típicos de *estado de necessidade*, desta vez em sua modalidade *exculpante*, inexistente no Direito Penal brasileiro.

6.4. Exculpação por analogia ao estado de necessidade exculpante e o momento fundante do conflito

Como já tivemos oportunidade de mencionar, o argumento da necessidade de “segurança jurídica” está enraizado no senso comum teórico dos penalistas⁶⁴⁰, que entre todos os juristas são provavelmente os mais sofisticados na arte de construir esquemas formais com pretensão de reduzir a vida à previsibilidade das soluções teóricas. Seguindo esta lógica, as situações descritas como *conflito de deveres* demandam uma resposta formal a partir do modelo descritivo apresentado pela dogmática penal. Mas o medo da “insegurança” impede, em princípio, identificar alternativas além do expressamente previsto pelo ordenamento, e conseqüentemente os autores optam por buscar uma analogia possível entre estes momentos de *anormalidade* e as hipóteses já desenhadas pela lei. Em relação aos autores alemães, isso se comprova pela reiterada tentativa de definir o *conflito de deveres* como caso particular de *estado de necessidade exculpante*; e – por conta de um efeito que demandaria uma reflexão mais

justificação: em outro exemplo, um funcionário da ferrovia percebe falha nos trilhos que certamente produzirá o descarrilamento do trem e corre para avisar pelo rádio para que o maquinista do trem de passageiros se detenha, mas no caminho é avisado que seu filho caiu no lago e corre o risco de afogar-se. O conflito do dever profissional com o de família, em situações que opõem vida contra a vida, é caso de *estado de necessidade*, mas é também *conflito de deveres*, porque se por um lado o círculo familiar é íntimo e autoriza a situação exculpante, por outro a solução é explicada pela *escolha do mal menor* em situação na qual o funcionário está fora da *comunidade de perigo*. MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.564, n.34.

⁶³⁹ E especialmente nos crimes omissivos, como ensina TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**, p.101.

⁶⁴⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, p.135-141.

extensa, inadequada neste trabalho⁶⁴¹ – aquilo que é pensado como solução normativa no Direito Penal alemão migra para a teoria nacional como panacéia prática para as situações excepcionais de conflito. Mas existem barreiras teóricas elementares que tornam impossível a compatibilidade das propostas, de tal forma que o transplante por analogia dos critérios *estado de necessidade exculpante* – seja *legal* na lei penal alemã ou *supralegal* na brasileira – para o *conflito de deveres* é rejeitado sem muito esforço, pois não é difícil diferenciar o “caso da eutanásia” e o “da ferrovia” dos recorrentes exemplos de *perigo comum* – utilizados para compreender os critérios que indicam a natureza *necessária* e *apropriada* da *ação de proteção exculpada*⁶⁴² – tais como os hipotéticos casos “dos alpinistas”, “do balão” e “do *ferry*”, ou ainda o conhecido episódio “do veleiro Mignonnette”⁶⁴³. A distinção decorre da análise comparativa entre a situação conflitante dos médicos e do funcionário da ferrovia incriminados em relação aos protagonistas dos demais exemplos. A diferença seria que, ao menos até onde nos é dado a conhecer, a vida do operador dos carris e dos médicos não estava sujeita a sérios riscos em caso de não realização do desvio ou descumprimento das ordens do governo alemão, de modo que eles não integravam a *comunidade de perigo*. Tampouco os pacientes, passageiros ou trabalhadores coadjuvantes destas histórias são identificados como familiares ou integrantes do círculo íntimo dos médicos e do funcionário. Logo, se a

⁶⁴¹ O desenvolvimento original da necessidade de *exculpação* por *conflito de deveres* é muito clara em WELZEL, ao tratar dos casos do *estado de necessidade exculpante* da legislação alemã nos casos em que o indivíduo não pode se abster de uma decisão em que pese não estar em perigo a própria vida ou de familiares próximos. O peso da doutrina de WELZEL no Direito Penal brasileiro não pode ser desconsiderado quando se avaliam os motivos determinantes da grande aceitação e defesa da analogia ao *estado de necessidade* para os casos de *conflito de deveres* na literatura penal brasileira. Para detalhes da proposta original, WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.186.

⁶⁴² Ainda que contemplado na análise destes, tanto por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.31, p.687-688 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.246-247.

⁶⁴³ Tratam-se de situações de perigo comum frequentemente referidas na doutrina e aqui sintetizadas a partir de CIRINO DOS SANTOS, pela ordem; “caso dos alpinistas”: dois alpinistas ficam pendurados em corda capaz de sustentar apenas um deles, e o alpinista em posição superior corta a corda abaixo de si provocando a morte do companheiro para salvar-se; “caso do “balão”: em balão defeituoso capaz de sustentar apenas um homem dois indivíduos disputam o direito de sobrevivência e um deles lança o outro para fora do cesto de verga; “caso do *ferry*”: em barco cheio de crianças que está por afundar por excesso de peso o capitão decide jogar algumas delas na água para salvar a maioria, não podendo sacrificar-se porque sua habilidade é crucial para garantir a sobrevivência das demais; finalmente, o “caso Mignonnette”, cujo nome deriva do iate inglês que naufragou, deixando à deriva três indivíduos, dos quais dois decidem sacrificar o mais enfraquecido para, alimentando-se dele, garantir uma sobrevivida. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.246; comparar com a descrição de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, §16, n.31, p.687-688

desobediência à ordem de execução dos doentes mentais ou qualquer conduta realizada pelo funcionário da ferrovia não implicava necessariamente na representação da própria morte ou de “terceiros próximos”⁶⁴⁴, não se caracteriza a *situação de perigo* necessária para caracterizar o *estado de necessidade* exculpante nos termos da legislação penal alemã⁶⁴⁵, que demanda a conjugação do argumento da *escolha do mal menor* com a teoria da *comunidade de perigo*, algo impossível nestes casos, mas evidente nos outros exemplos⁶⁴⁶.

Em síntese, estes casos explicitam, ao contrário dos demais, a existência de um momento de *anormalidade* determinante de um *conflito de deveres* juridicamente incomensurável, em que o sujeito ou pessoas de seu “círculo íntimo” estão fora da *comunidade de perigo*, e a decisão em favor de um mandado jurídico em detrimento de outro é orientada pelo argumento da *escolha do mal menor*⁶⁴⁷. Daí porque a grande questão do *conflito de deveres* é, como percebe ROXIN, responder se o argumento da *escolha do mal menor* pode servir como único fundamento da exclusão da culpabilidade por *inexigibilidade* fora dos casos de *comunidade de perigo*⁶⁴⁸.

A evidência de que estamos diante de uma situação de *conflito* entre interesses jurídicos de valor *equivalente*, de sacrifício do bem *superior* ao protegido ou de valores juridicamente *imponderáveis*, resolvidos pelo argumento da *escolha do mal menor* em prejuízo de pessoas fora da *comunidade de perigo*, constitui o ponto de partida da tradicional análise doutrinária sobre o tema, excluindo definitivamente qualquer possibilidade de analogia ou socorro ao *estado de necessidade legal* ou *supralegal*.

⁶⁴⁴ Na expressão de TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**, p.102

⁶⁴⁵ Que no artigo 35 prevê expressamente que só existe *exculpação* por *estado de necessidade* quando os bens jurídicos ameaçados e protegidos por meio da violação da vida, corpo e liberdade deve pertencer ao próprio autor, a um parente ou a uma pessoa muito próxima. Ver nota de rodapé n.325.

⁶⁴⁶ Persistindo para eles apenas o argumento da *escolha do mal menor*, como explicam MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.559, n.19.

⁶⁴⁷ Problema de especial reflexão para a doutrina alemã porque exclui a possibilidade de remeter ao *estado de necessidade exculpante*, como vemos, por exemplo, em MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.558-559, n18.

⁶⁴⁸ Ainda que, como veremos, o autor se refere a responsabilidade penal, seguindo sua teoria de incluir no exame da culpabilidade criterios de política criminal. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.965, n.152.

Com isso, avançamos sobre o tema do *conflito de deveres* naquilo que é próprio de nosso referencial teórico, isto é como *situação de exculpação* por *inexigibilidade* com fundamento *supralegal*⁶⁴⁹.

6.5. A exculpação supralegal em autores alemães

O *conflito de deveres* eleva o problema do antagonismo entre a racionalidade jurídica e ética à tensão máxima: é o momento em que a afirmação da vida significa a negação do Direito, e vice-versa. Não por outra razão, o estudo deste tema na doutrina penal é o que melhor revela a matriz ideológica enraizada nas propostas teóricas de cada autor. Sem demérito, constata-se que este é o momento em que a maior parte deles abre mão de uma pretensão formal universalizante, abrindo espaço para a *exceção* no sentido de legitimar uma *exculpação* fundada na *inexigibilidade*, como fica claro em nova e breve revisão da doutrina penal alemã.

WESSELS, por exemplo – nada obstante sua posição contrária a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação* – admite que em casos excepcionais e estreitamente limitados de *conflito de deveres* é razoável afastar a censura penal⁶⁵⁰. Menos relutante, STRATENWERTH considera que em “certas situações especiais” – como a possibilidade de salvar várias vidas provocando a morte de outras, em menor quantidade⁶⁵¹ – não se pode negar a existência e legitimidade de uma *exculpação supralegal* por *inexigibilidade*, porque não existem parâmetros decisivos ou uma solução jurídica que possa ter validade geral⁶⁵². Isso significa que o ordenamento jurídico-penal deve reconhecer *situações supralegais de exculpação*, as quais por sua vez devem ser devidamente formuladas pela dogmática, incorporando critérios restritivos, de

⁶⁴⁹ Ao menos de acordo com a opinião majoritária, segundo JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.539. Sem embargo, evidentemente enfrentamos aqui tema polêmico; realmente, o “caso da eutanásia” constitui zona limítrofe onde colidem as mais diversas posições. Para melhor compreendê-las, sugere-se a síntese de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.246-248.

⁶⁵⁰ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, p.97.

⁶⁵¹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, §10, n.122, p.272.

⁶⁵² STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, §10, n.127, p.273.

modo a evitar que a ação exculpada ultrapasse o limite do “univocamente proibido”⁶⁵³.

Esta última ressalva de STRATENWERTH, à semelhança de outros autores, constitui o ponto de partida para a definição dos pressupostos exculpantes do *conflito de deveres*, iniciada por WELZEL⁶⁵⁴. Pioneiro no desenvolvimento teórico do *conflito de deveres*, WELZEL pormenoriza em análise a legitimidade do argumento da *escolha do mal menor* como determinante da situação de *inexigibilidade*, estabelecendo como pressupostos a) que a ação do indivíduo seja a única capaz de evitar o mal maior, b) que o autor efetivamente tenha escolhido o *mal menor* e c) que no plano subjetivo tenha atuado com a intenção de realização do *mal menor*⁶⁵⁵.

Estes requisitos serviriam tanto para *exculpação* do autor do fato em *conflito de deveres* como do partícipe, o que o próprio autor demonstra por um exemplo: em uma nova versão do “caso dos alpinistas”, A e B estão pendurados sobre um abismo, e o peso acumulado de ambos tem por efeito certo o rompimento da corda de segurança. Sobre o penhasco e fora de perigo, X passa sua faca para que A – em *estado de necessidade* – corte a corda, produzindo a morte de B. Para WELZEL, a ação de X está exculpada, porque cumpre os três pressupostos: X evita o mal maior (morte de ambos alpinistas) pela realização do *mal menor* (a morte de apenas um deles) tendo por objetivo salvar a vida em condições de ser salva (e não aproveitar a situação para produzir a morte de B, seu grande inimigo)⁶⁵⁶.

Os critérios de WELZEL, como toda contribuição original, repercutiram na doutrina. Análises posteriores, entretanto, colocaram em dúvida a

⁶⁵³ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, p.273, n.127.

⁶⁵⁴ Lembrando que, para WELZEL, por seu caráter exclusivamente negativo, a exigibilidade serve para afastar a reprovação penal, mas não exclui, em última análise, a culpabilidade, como ensina BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**, p.387.

⁶⁵⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.187.

⁶⁵⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.188. MAURACH/ZIPF apresentam solução interessante para o caso, afirmando que aquele que presta ajuda material para realização de ação *justificada* não pode ser considerado partícipe de fato punível. Assim, MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.566, n.40.

universalidade destes pressupostos, mas sempre admitindo o fato de que a *exculpação* é válida tanto para autores como partícipes⁶⁵⁷.

Neste sentido, seguindo a opinião dominante, MAURACH/ZIPF afirmam que diante da *necessidade* de cumprir várias obrigações mas *possibilidade* de cumprir apenas uma⁶⁵⁸, é forçoso reconhecer um “direito de escolha livre”⁶⁵⁹ capaz de “silenciar o juízo de reprovação”⁶⁶⁰, impossível de ser reduzido a uma fórmula geral ou critérios absolutos⁶⁶¹. Por isso, afastam os demais critérios de WELZEL por considerá-los excessivos, ao concluir que o único que pode ser exigido nesses casos é a existência de um elemento subjetivo especial no indivíduo, de atuar com “fins de socorro”⁶⁶².

Conclusão esta que está muito próxima do pensamento de JESCHECK/WEIGEND, que sustentam que não se pode exigir nos casos de um insolúvel *conflito de deveres* mais do que um *agir refletido*, no sentido de preservar um direito fundamental, sendo este o critério determinante da legitimidade do argumento da *escolha do mal menor* que, por si só, seria suficiente para livrar o autor da reprovação jurídico-penal. Afinal, ao menos em regra, a possibilidade de identificar o suposto *mal menor* só é possível em análise retrospectiva, sendo inexigível para o indivíduo no momento exato em que é confrontado em uma situação desta natureza, não sendo razoável formular um

⁶⁵⁷ Assim, a *exculpação* seguiria válida se A pede para X cortar ele mesmo a corda, provocando a morte de B. Existe também o exemplo de MAURACH/ZIPF, no qual um dos sujeitos sobre a tábua de *Carneades* (vide nota de rodapé 271) pede para terceiro em navio distante (incapaz de resgatá-los) que dispare no outro naufrago que disputa a tábua. O sujeito acata o pedido, atira e o sujeito alvejado morre, salvando-se o outro: aquele que atira realiza o fato doloso principal, e o que pediu é seu instigador. Seguindo a mesma lógica, mas menos rigorosos na avaliação do caso, os autores concordam que também estamos diante de um caso de *escolha do mal menor*, que deve exculpar tanto o autor como o partícipe, pois se a intenção é de atuar com fins de socorro em situação de conflito, não se deve punir qualquer um dos dois. MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.567, n.42.

⁶⁵⁸ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.562, n.29.

⁶⁵⁹ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.563, n.32, “cc”.

⁶⁶⁰ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.560, n.21.

⁶⁶¹ MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.564, n.33. Paradoxalmente, mesmo tendo assim concluído, MAURACH/ZIPF rejeitam a autonomia da *exculpação supralegal* definida como *conflito de deveres*, remetendo a causa de exclusão da culpabilidade a uma derivação da hipótese legal de *estado de necessidade exculpante*, como vemos na p.564, n.32.

⁶⁶² Vale notar que para manter a coerência de sua teoria da “responsabilidade pelo fato” a representação psíquica desta intenção de “socorro” não pressupõe, para os autores, a capacidade de culpabilidade ou consciência da antijuridicidade. Detalhes em MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**, p.561-562, n.21 e 27.

juízo de censura em uma avaliação posterior que sustente que o *mal menor* estava na conduta não realizada⁶⁶³.

Do nosso ponto de vista, este é o melhor entendimento doutrinário na dogmática alemã sobre a legitimidade do argumento da *escolha do mal menor* determinante da *exculpação* do *conflito de deveres* por *inexigibilidade*, motivo pelo qual o adotamos como núcleo de nosso raciocínio sobre o tema. Antes, todavia, vale notar que a opinião dominante entre os autores alemães sobre a possibilidade e necessidade de *exculpação* destes casos não é pacífica, como vemos em ROXIN, que ao contrário dos demais autores evita qualquer concessão teórica em seu esquema formal, mesmo neste complexo tema.

Em síntese, ROXIN sustenta que se não for possível a *exculpação* por analogia ao *estado de necessidade*, o *conflito de deveres* não pode excluir a culpabilidade, restando-lhe apenas a possibilidade de afastar a *responsabilidade normativa*. Em outras palavras, isso significa que o *conflito de deveres*, independente da decisão tomada do indivíduo, é sempre plenamente culpável, ainda que se possa afastar a imposição de pena por critérios político-criminais de conveniência.

Nestes termos, o autor absolve os médicos do “caso da eutanásia” por falta de necessidade preventiva pena⁶⁶⁴, considerando-os sujeitos integrados à sociedade que demonstraram atitude com fins de proteção ao bem jurídico dentro do marco possível estabelecido pela situação extrema na qual se encontravam⁶⁶⁵. Paradoxalmente, entretanto, não estende essa mesma lógica para o funcionário do “caso da ferrovia” narrado por WELZEL, afastando qualquer possibilidade de *justificação* ou *exculpação* neste caso. Mais: afirma categoricamente que o funcionário deve ser punido, em atenção à necessidade de prevenção geral. Isso porque, em sua opinião, a ação do ferroviário prejudicou o sentimento de “segurança jurídica” da coletividade; afinal, ao produzir a morte de pessoas que estavam fora de uma situação inicial de perigo, o responsável pelos carris rompeu a confiança dos cidadãos de que o Direito lhes garante a vida contra qualquer

⁶⁶³ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.541.

⁶⁶⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.960-961, n.140.

⁶⁶⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.960-962, n.144.

decisão “utilitária”⁶⁶⁶. Para esclarecer o significado de sua posição, assemelha a conduta do funcionário da ferrovia ao médico que decide desconectar o aparelho respiratório que mantém vivo um paciente com praticamente nenhuma capacidade de recuperação para usá-lo em outro, recém-chegado ao hospital, mais jovem e com chances muito maiores de sobrevivência⁶⁶⁷. Esta ação do médico, segundo ROXIN, acabaria com a expectativa do paciente e da sociedade de que não será interrompido o tratamento iniciado a um ser humano enquanto ainda exista a menor possibilidade sobrevivência. Afinal, conclui o professor de Munique, pessoas não envolvidas em uma *comunidade de perigo* “devem poder confiar que o Direito as proteja em qualquer circunstância da destruição violenta de sua vida e saúde”⁶⁶⁸.

Em um primeiro momento entendemos que o raciocínio de ROXIN parece incapaz de superar a óbvia constatação de WELZEL, de que a omissão no caso “da ferrovia” é comportamento “mais reprovável”, pois a eventual omissão do funcionário, deixando o vagão desacoplado seguir seu curso permitiria a evitável morte de um número muito maior de pessoas, resultando em uma “culpabilidade ainda maior”⁶⁶⁹.

Em outra perspectiva, e considerando também o exemplo da desconexão do aparelho de respiração artificial em favor de outro paciente, compreendemos que o maior problema na análise de ROXIN está na recusa à admissão da *escolha do mal menor* como fundamento comum à todas as hipóteses de isenção de pena nos casos de conflito que envolvem a inclusão de pessoas fora da *comunidade de perigo*. Ao privilegiar o aspecto funcional e formal do Direito Penal, o autor afasta o imponderável ou anômico de sua análise para reafirmar o predomínio do sistema normativo sobre a vida, oferecendo uma solução antiética para o “caso da ferrovia”, defendendo que a conduta do funcionário mais adequada ao Direito

⁶⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.967, n.154-155.

⁶⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.966, n.152.

⁶⁶⁸ Trad. livre de ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.967, p.155.

⁶⁶⁹ É importante notar que para WELZEL a morte dos três operários é igualmente antijurídica e culpável, porque não é possível afastar a culpabilidade quando vidas humanas são pensadas como meios e não fins, como se lê em WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.186. Vale ressaltar, apesar de elementar, que em nosso entendimento mesmo que seja de fato considerada “mais reprovável”, a omissão do funcionário também deve ser exculpada, dada a material *inexigibilidade* orientada com o fim de proteção de um direito fundamental, como visto.

seria mesmo a ausência de ação, deixando o vagão de carga colidir com o trem de passageiros, porque o ser humano não pode ser responsabilizado pelo que o destino impõe aos demais (!)⁶⁷⁰; nestas situações, em que a intervenção de um indivíduo inclui pessoas inicialmente fora de perigo com o objetivo de salvar outras vidas, ROXIN aconselha que o sujeito se abstenha e permita o devir do triste destino alheio, porque corrigi-lo a custo de inocentes não escolhidos pelo acaso perturbaria a “paz jurídica”⁶⁷¹.

Evidentemente, não nos é possível concordar com a posição de ROXIN, parecendo-nos mesmo lamentável sustentar eticamente uma atitude meramente contemplativa diante da iminente desgraça alheia, especialmente quando esta pode ser reduzida, de qualquer forma.

Constatadas as limitações de uma análise puramente funcional-formal e a eventual vitimização desnecessária produzida por essa lógica, encerramos a breve revisão doutrinária sobre o *conflito de deveres* na doutrina penal alemã como *situação supralegal de exculpação*.

Nosso objetivo principal, neste ponto, foi demonstrar que o tema do *conflito de deveres* produz uma crise na dogmática contemporânea, que em regra admite a *exceção* no discurso jurídico-penal para reconhecer a *inexigibilidade* como *causa geral de exculpação*, identificada pela incidência do argumento da *escolha do mal menor*, cuja legitimidade oscila no marco de certos critérios, mais ou menos rigorosos, e entre os quais merece destaque a proposta de JESCHECK/WEIGEND de um *agir refletido* com fins de proteção a um direito fundamental.

Exposta e analisada a doutrina alemã, em seus avanços e retrocessos, voltamos nossa atenção para o particular e emancipatório desenvolvimento em relação à *exculpação* pelo argumento *supralegal* da *escolha do mal menor* em situações de *conflito de deveres* no horizonte da realidade latino-americana e demais regiões economicamente marginalizadas, nas quais as *condições sociais*

⁶⁷⁰ Raciocínio estendido também para o caso da troca de aparelho de respiração artificial, conforme ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.968, n.156.

⁶⁷¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, p.968, n.156.

adversas produzem situações de conflito mais relevantes e comuns do que os excepcionais casos abordados pelos autores europeus⁶⁷².

Face a esta assertiva, avançamos na complexa tentativa de compatibilizar o *conflito de deveres* com a redefinição material da culpabilidade, que reconhece nas *condições sociais adversas* a máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade*⁶⁷³, porque julgamos que a “abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o Direito Penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos penalizados pelas condições de vida social”⁶⁷⁴.

6.6. Exculpação em condições sociais adversas

Como visto, as situações de *anormalidade* que antagonizam deveres juridicamente reconhecidos colocam em xeque o sistema formal construído pela doutrina para disciplinar os fatos puníveis, provocando inúmeras divergências. Por um lado, a opinião majoritária admite a *exculpação* nestes casos, porque inexigível um comportamento adequado à norma, limitando-se tão somente indicar alguns critérios gerais de avaliação. Por outro, opinião minoritária representada por ROXIN afirma ser insuscetível de *exculpação* a vitimização de terceiros fora da comunidade de perigo, em qualquer hipótese, porque sempre deve prevalecer a “segurança jurídica”, identificada na sociedade pela expectativa de proteção incondicional do Direito Penal contra lesões à vida e ao corpo de inocentes⁶⁷⁵.

Estas duas orientações pertencem ao pensamento doutrinário alemão que, sem dúvida, é a principal fonte das modernas contribuições teóricas que auxiliam o Direito Penal brasileiro a limitar a competência punitiva do Estado a partir de rigorosos critérios científicos. Todavia, não é possível a simples importação de conceitos e entendimentos doutrinários estrangeiros sem a devida crítica, sob

⁶⁷² Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.339.

⁶⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.339.

⁶⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.340.

⁶⁷⁵ Comparar com CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.338-339.

pena de construir um esquema formal legítimo para o horizonte eurocêntrico, mas incompatível com a realidade latino-americana à qual se pretende aplicar.

Repassada a origem e o atual desenvolvimento da *exculpação* no *conflito de deveres* na literatura penal e definida como a situação mais abrangente entre as situações de *exculpação* com fundamento *supralegal*, mudamos o sentido de nossa exposição para construir uma proposta que, incorporando estas lições, amplie o horizonte de incidência do *princípio da inexigibilidade*, o que é especialmente importante no contexto de países periféricos, nos quais situações *anormais* – como momentos de negação da dignidade humana – são mais frequentes, pois estruturalmente produzidas.

Como já se explicou, o momento fundante das situações de *conflito de deveres* envolve pessoas em circunstâncias *anormais*, que não podem ser normativamente resolvidas e cuja origem está desvinculada da participação daquele que é obrigado a decidir entre as possibilidades que violam deveres jurídicos: o comportamento antijurídico não decorre da criação de uma situação de perigo criada pelo próprio sujeito. Ao se refletir sobre a origem destas situações excepcionais – em que qualquer decisão é antijurídica – descobrimos que mais do que “fatalidades do destino” elas são resultado de políticas públicas que criam risco para o cumprimento dos deveres de proteção de direitos fundamentais⁶⁷⁶. Assim, por exemplo, no “caso da eutanásia” o risco para a vida dos pacientes e o *conflito de deveres* imposto aos médicos foi resultado de uma ordem legal, independente de sua vontade. Da mesma forma, na referência de ROXIN ao médico que troca o único aparelho de respiração artificial para paciente com maiores chances de sobrevivência, é a ausência de mais aparelhos para realizar a mesma função em casos de emergência que obriga a uma decisão, e a falta de recursos adequados no hospital é um problema estrutural.

Não há como negar que a pobreza, como descrição da principal forma de negação estrutural da vida, constitui uma violação de direitos humanos⁶⁷⁷,

⁶⁷⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, §10, n.122, p.272-273.

⁶⁷⁷ Em alguns casos uma “absurda violência”, representada pela escandalosa desigualdade em países periféricos ao capitalismo global GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.14.

produzindo recorrentes situações de conflito, ainda que eventualmente atenuadas por políticas públicas de assistência social⁶⁷⁸.

Diante deste quadro de sistemática negação da vida, surge como poderoso argumento determinante da exclusão ou a redução da culpabilidade a tese da *co-culpabilidade* do Estado⁶⁷⁹. O argumento central da *exculpação*, portanto, não é mais a *escolha do mal menor*, mas a falta de legitimidade de o Estado punir as pessoas que só conhecem o direito como suas vítimas⁶⁸⁰.

Como explicam MUÑOZ CONDE/ARÁN, o Estado Democrático de Direito não deve castigar quem não possui condições de participar da vida social em igualdade, definida a partir de critérios biopsicofísicos e sociológicos, porque a capacidade de uma conduta de acordo com a norma pressupõe um desenvolvimento biológico, mental e social (econômico e cultural) mínimo, que deve ser garantido pelo Estado⁶⁸¹. Deixando de cumprir seus deveres essenciais de garantir à toda população o direito ao consumo individual ótimo⁶⁸², o Estado perde a legitimidade para punir seus cidadãos⁶⁸³.

⁶⁷⁸ GARGARELLA, Roberto. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema**, p.14.

⁶⁷⁹ A teoria da *co-culpabilidade* do Estado foi inicialmente desenvolvida por ZAFFARONI, e dela temos síntese em ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, p 580.

⁶⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. **Comentarios y respuestas finales**, p.173. Assim, para o filósofo argentino, não é democrático censurar um indivíduo pela violação de determinados bens jurídicos quando sua vida se desenvolve na própria negação destes bens como direitos fundamentais: o que significa o dever de respeito à propriedade alheia – estabelecido pela lei penal – como bem jurídico, para quem não tem acesso à propriedade – garantida pela Constituição – como direito fundamental?

⁶⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**, p.356-358.

⁶⁸² FROMM diferencia o consumo ótimo do máximo, sendo o primeiro aquele que se refere à satisfação de necessidades genuínas, identificadas como aquelas que tornam a vida humana mais plena e sensível, e o segundo aquele que busca o apaziguamento da angústia produzida por necessidades sintéticas, isto é, fabricadas pelo mercado. O dever do Estado, depois de garantir a todos o consumo individual ótimo, é dirigir todos os seus recursos para ampliação e melhoramento dos meios sociais que permitem o consumo social ótimo, diversificando e ampliando a oferta de escolas, hospitais, teatros, museus, transporte público, etc, pois esse incentivo público oferece a base para o desenvolvimento humano pleno e nunca de estimular o consumo máximo. FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.33-34 e 138.

⁶⁸³ Neste sentido, DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, p.429. Em oposição a esta tese pode-se alegar – como normalmente o fazem as autoridades políticas – que a pobreza não é produto do espaço estatal, mas de circunstâncias externas, que por seu poder condicionante tornam impossível intervenções estatais ou jurídicas capazes de resolver esta situação. Por esse motivo, racionalizam os burocratas do Estado, o direito de exigir a obediência às normas segue intacto, autorizando inclusive a punição daqueles que violam suas regras. Todavia, este argumento só seria válido em sociedades em que toda a população vive em condições semelhantes – inclusive e especialmente as lideranças políticas – o que obviamente não é o caso da maioria dos países periféricos, exceto, talvez, Cuba, que identifica no embargo estadunidense as causas de eventuais deficiências nas políticas públicas de atenção aos direitos fundamentais, como explica COHEN, Joshua. **Sufrir em silencio?**, p.88. Mais do que isso, ele é facilmente refutado pela observação da sistemática negação dos direitos fundamentais em favor de ações que favorecem os interesses de mercado, que desmascaram definitivamente esse discurso, conforme

Em sentido oposto a esse dever fundamental, os Estados capitalistas negligenciam as necessidades humanas básicas ao mesmo tempo em que estimulam o consumo máximo, o que favorece apenas o individualismo e a disputa por bens inúteis⁶⁸⁴, produzindo uma intensa pressão sobre o indivíduo para consumir. Evidentemente, sujeitos marginalizados produzem e reproduzem o mesmo “caráter social” – até porque submetidos ao mesmo processo de formação social da consciência – e sofrem da mesma angustia dessa “falta sintética”, com uma negação adicional; submetidos a precárias condições materiais, sofrem pelo *não ter* e também pelo explícito *não poder ter*. Por essa perspectiva, considerando a grande pressão exercida por este modelo, pode-se cogitar a *exculpação* ou redução do *juízo de exigibilidade* diante de ações não violentas para realização dos objetivos do “caráter social” construído pela própria sociedade capitalista. Assim o furto de um objeto de luxo, cujo fetiche transborda nos meios de comunicação, poderia ser exculpado por *inexigibilidade* dado o *conflito de deveres* entre o que é juridicamente proibido e estruturalmente imposto, faltando ao Estado a legitimidade para punir, neste caso.

Apesar da histórica lição de FREUDENTHAL e seus seguidores de que graves problemas de existência econômica e social deveriam considerados exculpantes, esta posição encontra resistências na teoria vinculada á doutrina penal alemã. Assim, por exemplo, a possibilidade de que limitações sócio-econômicas venham a ser consideradas como *defeitos* no processo de formação de vontade é rejeitada por JESCHECK/WEIGEND, que consideram que mesmo em situações difíceis da vida em comunidade o sujeito deve obediência jurídica, ainda que isto signifique relevante sacrifício individual⁶⁸⁵. Evidentemente, os autores estão presos ao contexto sócio-econômico alemão e vinculados a uma perspectiva eurocêntrica que os torna incapazes de perceber que, se limitações materiais – expressas em relações sócio-econômicas de pobreza e marginalidade

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**, p.154-158. Finalmente, mesmo em um raciocínio formal-contratualista se o Estado não é capaz de nos garantir o mínimo, sendo também vítima de condições estruturais, não tem mais razão de existir, porque não cumpre seu objetivo elementar de proteção dos direitos fundamentais.

⁶⁸⁴ FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos**, p.34.

⁶⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, p.541-542.

– não representam *defeitos* no processo de formação de vontade então este processo é absolutamente etéreo e desvinculado de qualquer condicionante empírico, o que vai de encontro a toda pesquisa sociológica científica⁶⁸⁶.

Sem críticas suficientes ou substanciais como para colocar em dúvida sua legitimidade, a tese da *co-culpabilidade institucional* é importante como critério de “valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas”⁶⁸⁷, absolutamente compatível com a redefinição da culpabilidade como *juízo de exigibilidade*⁶⁸⁸.

Nada obstante, podemos indicar três críticas menores questionam a possibilidade de ser este o fundamento último da *exculpação supralegal* por *inexigibilidade no conflito de deveres*: primeiro, o fato de que todo o exame da culpabilidade deve ser realizado tendo em conta a responsabilidade coletiva sobre as ações individuais, pois o *juízo de exigibilidade* confronta a sociedade, em suas contradições, para negar-lhe o poder de condenar um indivíduo⁶⁸⁹; segundo, a co-responsabilidade da sociedade organizada não pode ser generalizada como fundamento de todos os casos de conflito, sobretudo os que não tem origem em situações de vida produzidas pela desigualdade econômica e social, como os analisados pela doutrina alemã; terceiro, o argumento da *escolha do mal menor* não apenas incorpora estes casos como também serve para fundamentar a *exculpação* em situações de conflito produzidas por condições sociais adversas, tendo por referência um princípio ético-material formalmente irrefutável.

Assim, o momento seguinte e final deste trabalho consiste em apresentar o fundamento *supralegal* da *exculpação* por *conflito de deveres* a partir do argumento da *escolha do mal menor*, capaz de excluir ou reduzir o *juízo de*

⁶⁸⁶ Decisivo e fundamental, MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, p.86-95.

⁶⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.340.

⁶⁸⁸ Conforme BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**, p.437, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?**, p.13-14 e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.324, entre outros.

⁶⁸⁹ Incluindo-se, por exemplo, um menor rigor no exame da consciência da antijuridicidade, para reconhecer em pessoas com pouca instrução formal uma maior incidência do erro de proibição, como demanda CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.311.

exigibilidade, resultado do reconhecimento jurídico do inafastável princípio ético-material.

6.7. O fundamento ético

Como início de análise, para demonstrar que o fundamento ético do *conflito de deveres* não é idéia inédita, parece válido resgatar algo que aparentemente passou despercebido para a doutrina penal alemã, pois apenas implícito na original análise de WELZEL. Estamos a nos referir à percepção de que a decisão do empregado no “caso da ferrovia” é, antes de tudo, “eticamente correta”⁶⁹⁰.

Se nos concentrarmos neste aspecto, podemos concluir que todo conflito normativo que antagoniza direitos fundamentais, quando decidido em nome de um dever ético, não deve ser reprovado pelo ordenamento com a imposição de uma pena, porta pela qual se ingressa em uma nova dimensão para o *conflito de deveres*.

Por essa lógica, a *exculpação* é necessária sempre que em condições de *anormalidade* o indivíduo decide atuar eticamente, isto é, afirmando a vida sobre sua negação, tanto quanto possível. Afinal, situações excepcionais de risco para a reprodução e o desenvolvimento da vida em comunidade não podem ser censuradas pelo Direito, que só se justifica enquanto mediação necessária para a vida.

Isso não significa que esta ação pode ser *justificada*, até porque uma decisão ética sem exposto respaldo normativo viola um comando legal não logra ser racionalizada pelos argumentos do sistema jurídico que está a negar⁶⁹¹. Além disso, e aqui é preciso em parte dar razão à doutrina alemã, realmente o ordenamento não pode permitir qualquer critério “utilitário” em relação à vida; diferenciá-la, a ponto de realizar ou negar os direitos humanos fundamentais em termos de quantidade e qualidade significa estabelecer uma discriminação oficial

⁶⁹⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**, p.186-187.

⁶⁹¹ E daí porque, como vimos, é possível a exclusão da antijuridicidade nas situações de *desobediência civil* e de *fato de consciência*, dado seu fundamento constitucional.

que atenta contra a dignidade intrínseca de toda vida humana e, portanto, contrária à ordem constitucional. Diferenciar, *vida de sobrevida, vida digna de indigna* ou avaliar a existência humana em critérios utilitários é tarefa vedada ao Direito, que se constitui exatamente como sistema normativo com objetivo de mediar a produção, reprodução e desenvolvimento da vida⁶⁹².

Mas se por um lado a situação de *inexigibilidade* resolvida pela *escolha do mal menor* segue sendo antijurídica, por outro isso não significa que seja menos justa ou que mereça punição, como quer ROXIN, pois a falta de capacidade de o ordenamento jurídico lidar com esses casos não pode simplesmente redundar em punição. Em síntese: às deficiências teóricas do discurso jurídico não socorre a punição com fins preventivos (até porque apenas aparentes), pois a afirmação do sistema (como validade geral da norma) diante de sua contradição (ao enfrentar fatos que não pode resolver por seus argumentos) não é possível por sua negação (a produção de uma vítima adicional que por sua condenação é “imolada”) em nome da “segurança jurídica”.

De forma que a avaliação subjetiva proibida ao ordenamento não pode ser negada ao sujeito em situações de *anormalidade*, até porque em alguns casos é a única forma de orientar uma ação ética. Em outras palavras, o argumento da *escolha do mal menor* não pode ser negado ao sujeito pelo Direito, porque está vinculado ao princípio ético material. E se o fundamento da *exculpação* no *conflito de deveres* é ético, logicamente esta discussão pertence ao âmbito da *inexigibilidade de um comportamento adequado à norma*, em qualquer situação. Esta conclusão é fundamental para compreender porque o exame da culpabilidade deve ser menos rigoroso para indivíduos marginalizados, que vivem em condições de material e sistemática *anormalidade*, que incrementam a *vulnerabilidade* de sua existência.

⁶⁹² É o caso de lembrar, para ilustrar o perigo que se quer evitar, como a diferença juridicamente reconhecida para os semitas no Estado nazista foi decisiva para a negação material de inúmeras vidas. Como ensina AGAMBEN, ao ser incorporada no ordenamento jurídico formal a exceção se transforma em regra e o Estado Democrático de Direito se transforma em Estado de Exceção, onde os direitos fundamentais são mera referência sujeita à análise custo-benefício, com funestas consequências. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p.13-15.

Se cidadãos que vivem em condições sociais adversas enfrentam com maior frequência momentos de *anormalidade* o dever de realizar a ação mandada ou omitir a ação proibida pela norma penal precisa ser afastado ou abrandado quando se opõe ao agir ético que tem por objetivo preservar a vida e garantir seu desenvolvimento: em contextos de sistemática negação da vida sua afirmação deve ser valorizada, o que é especialmente relevante nos casos em que as condições de existência social da população transformam a eventual ou recorrente negação do Direito uma necessidade⁶⁹³, pois estamos a considerar que o economicamente desfavorecido é também juridicamente marginalizado. Estrutural e sistematicamente excluído do marco constitucional que garante o direito à alimentação, moradia, educação, cuidado médico, lazer, etc., o *marginalizado* é incluído ao ordenamento apenas por meio dos processos de criminalização secundária: fora da proteção constitucional, mas dentro do sistema oficial de repressão; Direito é, para ele, sinônimo de violência.

E na medida em que o Direito está envolvido em seu sofrimento a violação de deveres jurídicos de omissão de ações proibidas pode significar afirmação ética da vida sobre qualquer norma ou instituição, uma ação justa ainda que contrária ao Direito. E em conclusão, se a oposição entre a vida e a legalidade configura situação de conflito entre deveres jurídicos, o *princípio da inexigibilidade* encontra, “no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e dos bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de *exculpação supralegal*, igualmente definível como escolha do mal menor”⁶⁹⁴, desta vez sustentada pelo fundamento ético que obriga a afirmação da vida, excluindo ou reduzindo o *juízo de exigibilidade* realizado pelo exame da culpabilidade, com o afastamento ou redução de qualquer censura penal.

⁶⁹³ Também, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.340.

⁶⁹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, p.341.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber, analisamos as *situações supralegais de exculpação* na ordem inversa de seu enunciado.

Ao começarmos pela *exculpação* – no sentido de *exclusão da culpabilidade* – descobrimos a necessidade de uma definição material para a culpabilidade, porque sustentá-la a partir de critérios exclusivamente formais impediria o pleno reconhecimento das situações *supralegais* exculpantes.

Ao assumirmos o *princípio da alteridade* como base da responsabilidade social, acabamos identificando desdobramentos adicionais que, em nosso entendimento, transformaram radicalmente o *juízo de reprovação*, atribuindo ao exame da culpabilidade a tarefa de realizar um exame crítico que parte da *exterioridade* das vítimas negadas pela *totalidade* do sistema para desvelar a responsabilidade social na realização de condutas típicas e permitir a pesquisa de defeitos na empírica *vulnerabilidade* humana. Não houve, neste ponto, qualquer pretensão de resolver em poucas linhas o complexo problema da culpabilidade no Direito Penal, mas apenas de indicar sintomas de uma crise que não deve servir como óbice para a tentativa de limitar o poder punitivo em favor de práticas mais democráticas.

Ainda que bastante breve, a compreensão resultante desse raciocínio foi de fundamental importância, permeando todas as nossas reflexões posteriores, e desde um princípio reafirmando o papel de limitação atribuído às categorias penais.

Municiados pela redefinição material da culpabilidade, partimos para a análise da *exigibilidade de comportamento adequado à norma*. A decisão de começar o estudo por uma revisão histórica foi, em nosso juízo, mais do que acertada. Ao descobrirmos a origem do *princípio da inexigibilidade* – como algo essencialmente vinculado à realidade social adversa da Alemanha – compreendemos radicalmente o conteúdo material do conceito. Essa análise retrospectiva revelou, também, que a influência decisiva do interesse estrutural sobre doutrina e jurisprudência. A pressão política determinante da rejeição ao

princípio da inexigibilidade é mais uma evidência do compromisso ideológico do Direito Penal, e desde aquele momento nos posicionamos a favor do reconhecimento da *inexigibilidade* no contexto de países periféricos, em muito semelhante à conjuntura que lhe deu origem – primeiro como criação jurisprudencial, depois como inovação teórica.

Com o passado como referência, percorremos algumas obras de Direito Penal de autores alemães para identificar o atual estágio do debate sobre o fundamento e a natureza jurídica da *inexigibilidade*. Partimos da análise de HENKEL da *inexigibilidade* como um *princípio formal* com função de “regular” as mais diversas categorias jurídicas, por ser esta concepção constantemente reproduzida em diversos livros que tratam do tema. Mesmo tendo o mérito de resgatar o tema, o problema dessa análise é que ela “esvazia” o *princípio da exigibilidade* de conteúdo, priorizando sua análise formal, o que acaba por diminuir sua importância.

Em seguida, analisamos aquela que é provavelmente a opinião majoritária na bibliografia teutônica: a *inexigibilidade* como *princípio regulativo* e *causa de exculpação*, desde que relacionado a uma hipótese legal. Do nosso ponto de vista aqui está a origem da maior parte das incongruências na análise da *inexigibilidade*, porque os autores frequentemente remetem ao *estado de necessidade exculpante* da lei penal alemã para explicar as *situações supralegais de exculpação*, o que resulta em argumentos pouco convincentes. Esta proposta também revela a força da idéia de “segurança jurídica”, que acredita no formalismo para conter a discricionariedade e aumentar a previsibilidade dos tribunais, e por isso é por nós descartada.

A apreciação crítica da teoria da responsabilidade pelo fato e sua proposta de antecipação do *juízo de exigibilidade* ao exame da culpabilidade revelou a possibilidade de extensão das situações de *exculpação* para indivíduos sem capacidade de culpabilidade. Apenas por esta conclusão, que em princípio nos parece correta, o pensamento de MAURACH/ZIPF mereceria uma análise mais cuidadosa na doutrina penal, ao que vale agregar também o reconhecimento dos autores da incidência do *princípio da inexigibilidade* como excludente da

antijuridicidade, permitindo a *justificação supralegal*. Todavia, a posição isolada de seu pensamento, sua incompatibilidade com a fixação da *exigibilidade* como *elemento estrutural* da culpabilidade além de outros problemas teóricos, impediram que nos filiássemos integralmente a essa posição.

Muito mais célebre, sendo continuamente reproduzida, a comentada teoria da *responsabilidade normativa* de ROXIN inclui critérios de política criminal no exame da culpabilidade para sustentar a *exculpação* por *inexigibilidade* em situações que não necessitam uma pena com fins preventivos. A vantagem de análise aqui está no fato de que ela permite a *exculpação* por fundamentos não previstos na lei, desde que desnecessária a pena, o que rompe com a recalcitrante referência da doutrina alemã ao *estado de necessidade exculpante*. Graças a essa lógica, desenvolveram-se as *situações supraleais de exculpação* que analisamos em detalhe, razão pela qual devemos destacar o mérito do professor de Munique. Por outro lado, sua abordagem funcionalista do Direito Penal e crença nas funções declaradas da pena criminal acabam por fragilizar todo o arcabouço teórico construído com seu habitual rigor dogmático. Tendo em vista o atual desenvolvimento científico da Criminologia isso nos afasta de sua proposta, até porque ela é incapaz de desenvolver plenamente a própria proposta das *situações supraleais de exculpação*.

A sucinta revisão da *inexigibilidade* entre penalistas alemães, longe de resolver as instabilidades do conceito, nos obrigou ao estudo de outros autores. Entretanto, aquilo que no começo parecia ser tarefa árdua, acabou se revelando relativamente simples, porque a maioria deles apenas reproduz o pensamento alemão já visto. Mesmo assim, descobrimos em autores latinos várias posições de vanguarda em relação à *inexigibilidade*, entre as quais são exemplo as propostas de BUSTOS RAMÍREZ/MALARÉE, CIRINO DOS SANTOS, MACHADO, MUÑOZ CONDE/ARÁN, MESTIERI e TAVARES. Comungando do pensamento destes autores, (re)descobrimos a *inexigibilidade* como *princípio essencial e elemento estrutural* da culpabilidade, capaz de afastá-la ou reduzi-la mesmo sem previsão legal. À exceção de BUSTOS RAMÍREZ, uma crítica talvez pertinente a estas propostas é que, mesmo sendo estes autores de grande

expressão, suas análises sobre a *exigibilidade* são bastante curtas, o que dificultou nossa busca por fundamentação teórica e pode ter produzido falhas na análise que fizemos das situações de *exculpação*.

Ainda como consequência da última ressalva, nossa tomada de posição acerca da natureza jurídica da *exigibilidade* se dedicou principalmente a compreender como pode a *inexigibilidade*, sendo *princípio* e *elemento cardeal* da culpabilidade, aproximar-se tanto das *causas de justificação*. Como procuramos expor, isso só é possível se compreendermos a relação dialética entre *tipo de injusto* e *culpabilidade*. Em acréscimo voltou a cobrar relevo em nossa definição o fundamento material da *exigibilidade*, e na coincidência entre *normalidade* e *exigibilidade* pudemos compreender qual é o ponto central neste tema: a relação entre norma e vida.

O problema que nos ocupou a partir de então foi a tentativa de fixar critérios normativos universais capazes de identificar circunstâncias anormais de vida, definidas em atenção à definição material da culpabilidade como *defeitos* – no sentido de *negatividades* – que incrementam a *vulnerabilidade* no processo de formação e manifestação de um comportamento. Aqui a fragilidade da habitual análise doutrinária salta aos olhos, especialmente quando se estuda o critério da *intensa pressão psíquica*. Aparte seu excessivo subjetivismo, que seria por si só suficiente como para abandoná-la, a *pressão psíquica* depende ainda da abstrata referência ao *homem médio*, que vai de encontro a proposta de aterrar os fundamentos da atribuição de responsabilidade penal.

A superação dessa proposta subjetiva veio pelo critério do conflito ou colisão entre bens, interesses, deveres, etc. Sem dúvida, para uma análise crítica os critérios que partem de situações de conflito são muito melhores como regras de avaliação, até porque os momentos de *anormalidade* indicam rupturas que tem origem em incompatibilidades *intra* ou *extra* sistêmicas. Mesmo assim, já em rápida análise, vimos como não se pode generalizá-lo, e à falta de parâmetros inequívocos e universais – e apesar de termos proposto o critério do conflito entre deveres normativos como medular na identificação de momentos de

anormalidade – concordamos com a maioria da doutrina no sentido de priorizar o desenvolvimento das *situações supralegais de exculpação*.

Chegamos, portanto, na segunda parte do trabalho.

Sendo o referencial teórico as *situações supralegais de exculpação*, e seguindo novamente nossa ordem inversa, antes de tratar propriamente das situações apreciamos abreviadamente a legitimidade do *supralegal* no ordenamento, demonstrando pela comparação do histórico Estado de Exceção com a possibilidade de reconhecer o argumento da *exceção* sem com isso negar a *totalidade* da ordem jurídica. No entanto, considerando os perigos dessa referência – porque em nada se assemelham as situações exculpantes da ideologia fascista – subordina-se o argumento da *exceção* à toda principiologia constitucional e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Comprovada a compatibilidade entre ambos, fez-se necessário apenas lembrar mais uma vez o permanente apelo da doutrina ao *estado de necessidade exculpante* e o fato de que as hipóteses analisadas não constituem um rol taxativo, incentivando-se o desenvolvimento de outras e novas *situações supralegais de exculpação*.

O *fato de consciência* foi a primeira *situação supralegal de exculpação* analisada. Seu fundamento está na liberdade de crença e consciência garantida pela Constituição da República, o que nos parece tão claro que não houve dificuldades em rejeitar as fundamentações divergentes. A controvérsia acerca da causa de isenção de pena no *fato de consciência* só pode ser resolvida em análise detalhada: nos tipos de omissão com alternativa não existiria situação de risco e, portanto, a realização do *fato de consciência* sequer seria típica; no caso da violação de tipos penais cujo bem jurídico é dessemelhante a um direito fundamental, existe a possibilidade de excluir a antijuridicidade da conduta; finalmente, mais freqüente, as ações ou omissões motivadas por motivo de crença e consciência podem ser exculpadas quando violam direitos fundamentais alheios, individuais ou coletivos, podendo também ser invocado por inimputáveis, desde que sua capacidade de representação permita a assimilação de motivações religiosas, filosóficas, políticas, etc. Uma das exigências do *fato*

de consciência é a correlação da crença ou convicção invocada com a personalidade do indivíduo, no que concluímos que é irrelevante, em regra, a intensidade, mas primordial a sua existência na identidade ética do agente, capaz de caracterizar o dever moral como incondicional. A *exculpação* por *fato de consciência* não é privilégio dos tipos omissivos, mas geralmente essa restrição aparece na doutrina por conta do seu histórico estudo no âmbito da objeção de consciência. Atualmente, entretanto, estende-se também as tipos de ação, com a única diferença de um maior rigor na avaliação destes casos. Vimos também que a questão básica na *exculpação* por *fato de consciência* está na existência de uma alternativa, que independente da vontade manifestada na conduta do autor, salva de modo eficaz o bem jurídico violado. Exceções a essa regra seriam possíveis apenas em casos de lesão periférica, próximas da insignificância.

A segunda *situação suprallegal de exculpação* analisada foi a *provocação de situação de legítima defesa*. De fato, como havíamos antecipado, é a mais simples entre as quatro. Insistimos na avaliação do momento em que se exclui a juridicidade da ação de defesa, porque parece essencial compreender que tipo de *provocação* é capaz de excluir a juridicidade da ação de defesa, tornando-a absolutamente culpável. Os critérios objetivos e subjetivos auxiliam nessa tarefa e indicam também onde se faz necessária uma maior tolerância para *exculpação*. O fundamento da *exculpação*, neste caso, está vinculado ao direito de preservar a própria vida e defender-se contra agressão que coloque em grave risco a integridade corporal sem que isso signifique a aplicação posterior de uma pena. Por isso, aproxima-se muito do próprio fundamento legal da *justificação* da *legítima defesa*. A possibilidade de desvio da agressão provocada é, em relação a estes critérios, condição da *exculpação*, mas é preciso ter em conta que é comum que estas situações ocorram em curtos e conturbados espaços de tempo. Finalmente, agregamos ainda a possibilidade de *exculpação* do *excesso* nesses casos, porque na defesa da própria vida em situações sem saída também estão presentes os elementos subjetivos exculpantes dos outros excessos. Mas a verdade é que a *provocação de situação de legítima defesa*, ao contrário das

demais, é uma hipótese de rara comprovação, e que não desperta maior interesse teórica além de uma avaliação dogmática como a que fizemos.

Muito diferente da anterior, a *desobediência civil* acabou sendo o maior desafio no estudo das *situações supralegais de exculpação*. Considerando a grande bibliografia disponível sobre o tema, tivemos que fazer um recorte para poder definir um conceito. E nesse propósito identificamos a matriz da ideologia liberal nas definições do direito de resistência à norma. Dada a incompatibilidade dessas definições com o atual panorama dos atos de protesto e dos movimentos sociais, recorremos a autores críticos para apresentar uma outra idéia do direito de resistir ao Direito. Com isso acabamos identificando o fundamento da *desobediência civil* em outro lugar que o mais óbvio direito à liberdade de expressão. De fato, o verdadeiro e mais importante fundamento da *desobediência civil* está no exercício do soberano poder popular, que mais do que um direito fundamental é a base de toda estrutura democrática que se constitui para proteger esses direitos. Não é por outra razão que isso significa uma inversão na lógica tradicional, para impedir a própria criminalização da democracia. Em resposta ao argumento de que a desobediência atende a certos limites, e visto que os apresentados pela doutrina não escapam do rejeitado horizonte liberal, identificamos requisitos relativos a certas qualidades e à quantidade dos indivíduos envolvidos e referentes a forma de exercício das ações de desobediência. A tendência, neste ponto, foi relativizar os critérios tradicionais para permitir a *exculpação* dos desobedientes, especialmente os que dizem respeito a questões pessoais. Sendo colocada em dúvida mesmo a violência como limite absoluto, restou apenas a publicidade vinculada a uma finalidade política das ações de protesto como característica essencial. Diante de tudo que foi exposto nesta interessante pesquisa sobre a desobediência, percebemos quão próxima está a situação de *exculpação* de converter-se em causa de *justificação*. Na verdade, mesmo nos casos em que é apenas exculpante, por conta da finalidade legítima dos atos de *desobediência civil*, sempre estamos diante daquele especial efeito do *princípio da inexigibilidade*, isto é, a dupla redução do injusto e da culpabilidade. Mas aqui, em todo caso, considerando que o

fundamento da desobediência é medular em qualquer democracia, é mais provável que se trate de casos de exclusão da antijuridicidade. O debate coletivo e crítico poderá incluir ainda mais elementos à essa discussão, no sentido de promover a urgente adequação constitucional do Direito Penal.

Finalmente, podemos agora apresentar nossas conclusões sobre o *conflito de deveres*, como última das situações de *exculpação supralegal* analisadas. Infelizmente tivemos que retornar ao cansativo tema do *estado de necessidade exculpante*, e aqui com mais atenção, porque não diferenciar com clareza o *conflito de deveres* da hipótese legal de *exculpação* da lei penal alemã prejudica uma genuína compreensão do fenômeno. Adotada a teoria *unitária* prevista em nosso Código Penal e rechaçada a *diferenciadora* – por ser *incompatível, desnecessária* ou *desaconselhada* – apresentamos a maneira tradicional pela qual os penalistas que tratam do tema apresentam o *conflito de deveres*. O “caso da eutanásia” e “da ferrovia” são, mais que exemplos, paradigmas que obrigam a constatar os limites do ordenamento jurídico-penal. A força do argumento da *escolha do mal menor* – de profundo significado ético-material – é tamanha que parte minoritária da doutrina cogita a exclusão da antijuridicidade destes casos, embora não resista as refutações doutrinárias, que evidenciam que o conflito se dá exatamente porque qualquer decisão nestes casos é antijurídica e sobretudo diante da impossibilidade de nos valermos de pensamento meramente instrumental para resolver conflitos que envolvem a vida, por sua eminente dignidade. Concluímos, assim, que o *conflito de deveres* é realmente melhor analisado no *juízo de exigibilidade*. Seguindo a orientação dos autores alemães, parte da doutrina exculpa os casos de conflito entre deveres contrários ao Direito como situações de *estado de necessidade*, mas a ausência manifesta de certos pressupostos – especialmente no que toca à *comunidade de perigo* – transforma essa possibilidade em impasse. Impasse esse que leva os autores a decidir entre admitir a suspensão do Direito Penal para absolver as pessoas envolvidas nesse caso ou afirmar o sistema normativo às custas daquilo que é eticamente justo. Este dilema está evidente na análise de ROXIN, que em nota negativa decide contrariar a absoluta *anormalidade* das circunstâncias para sustentar o

predomínio do ordenamento jurídico. Do nosso ponto de vista, entendemos que qualquer decisão no *conflito de deveres racionalizada* pelo argumento da *escolha do mal menor* deve ser exculpada, porque uma decisão com conteúdo ético que tenha por objetivo preservar as condições para reprodução e desenvolvimento da vida deve prevalecer sobre qualquer norma, instituição, sistema, etc. Evidentemente, até como forma de atenuar as críticas à concepção funcionalista e formal da maioria dos autores europeus que tratam do tema, vale notar que eles realizam suas teorizações a partir de casos dramáticos absolutamente excepcionais. Tanto é verdade, que como vimos a referência a dois deles praticamente exaure o tema para a maioria da doutrina. Para nós, entretanto, que vivemos em um país cuja marca mais evidente é a desigualdade social, explícita na contradição favela-cidade dos grandes centros urbanos, situações de conflito que opõe interesses jurídicos a deveres ético-materiais são muito mais comuns, e demandam uma resposta mais segura para estes casos. Vale destacar neste ponto a habilidade de CIRINO DOS SANTOS de compreender a chave para *exculpação* por *inexigibilidade* nas condições sociais adversas pela *anormalidade* das circunstâncias de vida. Isso porque mesmo que a miséria faça parte do cotidiano da maioria da população, a falta de condições de vida digna representa um aumento da *vulnerabilidade* das vítimas negadas pela *totalidade* da estrutura de poder. Portanto, a pobreza é um defeito sistêmico – ou ainda, uma negatividade estrutural – que necessariamente exclui ou reduz qualquer *juízo de exigibilidade*. Nossa conclusão, portanto, é que o dever de não violar uma norma está subordinado a não ser a própria norma a impossibilidade de produzir, reproduzir e desenvolver uma vida *boa* em comunidade.

Como conclusão geral, tendo todo o trabalho realizado em perspectiva, julgamos ser possível afirmar que o desenvolvimento doutrinário com o objetivo de definir a culpabilidade a partir de elementos empíricos demonstráveis, de compreender a importância do *princípio da exigibilidade* no conceito analítico do fato punível e de fundamentar pelos direitos fundamentais e pela ética as *situações supralegais de exculpação* é por demais importante para ficar nas mãos de autores funcionalistas ou ideologicamente comprometidos com os objetivos

reais do Direito Penal. Por isso, acreditamos ter contribuído na democratização material que limita – mesmo que apenas retoricamente – o poder de criminalização institucional.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGUIAR, Fernando. **Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión**. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho*. Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em Direito Penal**. Coimbra (Portugal): Almedina, 1994.

ALEGRE, Marcelo. **Protestas sociales: violación o reivindicación de un derecho?** In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho*. Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANYAR DE CASTRO, Lola. **A Criminologia da Reação Social**. Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARENDT, Hannah. **Desobediência Civil**. In: *Crises da República*. 2. reimp. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.

_____. **Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal**. In: *Fascículos de Ciências Penais*. n.2. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENJAMIN, Walter. **Theses on the Philosophy of History**. In: *Illuminations*. Trad. Harry Zohn. Nova Iorque (EUA): Schocken Books, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Desobediência Civil**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. João Ferreira (Coord.). Brasília: UNB, 1993.

BOCKELMANN, Paul e VOLK, Klaus. **Direito Penal**: Parte Geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: Parte Geral. Tomo 2. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Manual de Derecho Penal Español**: Parte General. Barcelona (Espanha): Ariel, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal**: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. **Vol.1**. Madri (Espanha): Trotta, 1997.

_____. **Lecciones de Derecho Penal**: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito. **Vol.2**. Madri (Espanha): Trotta, 1999.

_____. **Lecciones de Derecho Penal**: Parte General. *Colección Estructuras y Procesos: Serie Derecho*. Madri (Espanha): Editorial Trotta, 2006.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. Trad. de Eliana Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOMSKY, Noam. **Para entender o Poder**: o melhor de Noam Chomsky. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **Piratas e Imperadores, Antigos e Modernos**: o terrorismo internacional no mundo real. Trad. Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. **Poder e Terrorismo**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record. 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. Curitiba:

ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Fórum, 2004.

_____. **Anatomia de uma Criminologia Crítica.** In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. **As Raízes do Crime:** um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Penal:** Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

_____. **Teoria de Pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

COHEN, Joshua. **Sufrir em silêncio?** In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho.* Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

CORREA, Teresa Aguado. **Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal:** manifestaciones del principio de inexigibilidad en la categorías del delito. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2004.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal.** Coimbra (Portugal). Livraria Almedina, 1968.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal:** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e Realidade da Desobediência Civil:** de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

COURTIS, Christian. **Marginación y violación de derechos sociales.** In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho.* Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei:** o “fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOHNA, Alexander Graf zu. **La estructura de la teoria del delito**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires (Argentina): Abeledo-Perrot, 1958.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Divisão do Trabalho Social e Direito**. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia do Direito*: leituras básicas de sociologia. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis, 2002.

_____. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. M. Guastavino. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1997.

FABRICIUS, Dirk. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá, 2006.

FERNANDEZ, Gonzalo D., **Culpabilidad Normativa y Exigibilidad**. In: FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Reimp. Col. Maestros del Derecho Penal, n.11. Montevideo (Uruguai): B de F, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: Parte Geral. Tomo I. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004.

_____. **Liberdade. Culpa. Direito Penal**. 3. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra, 1995.

_____. **O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal**. 4. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Col. Maestros del Derecho Penal, n.1. 2. reimp. Montevidéo (Uruguai): B de F, 2004.

_____. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**. Giessen (Alemanha): Alfred Töpelmann, 1907.

FREUND, Georg. **Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal.** In: WOLTER, Jürgen e FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal.* Madri (Espanha): Marcial Pons, 2004.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal.** Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Reimp. Col. Maestros del Derecho Penal, n.11. Montevideu (Uruguai): B de F, 2006.

_____. **Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht:** zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfes zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Tübingen (Alemanha): Mohr, 1922.

FRISCH, Wolfgang. **Delito y sistema del delito.** In: WOLTER, Jürgen e FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal.* Madri (Espanha): Marcial Pons, 2004.

FROMM, Erich. **Sobre la desobediencia y otros ensayos.** Barcelona (Espanha): Ediciones Paidós Ibérica, 2004.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas.** Trad. Ivo de Paula H. M. São Paulo: Leud, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **Carta Abierta sobre la Intolerancia:** apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires (Argentina): Siglo XXI Editores, 2006.

_____. **Comentarios y respuestas finales:** pensar y repensar el derecho de resistencia. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho.* Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

_____. **El Derecho de Resistencia em situaciones de carencia extrema.** In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El Derecho de Resisitir al Derecho.* Buenos Aires (Argentina): Miño y Dávila Editores, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 4. ed. Trad. Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIFFORD, Eugenie Anne. **“The Courage to Blaspheme”:** Confronting Barriers to Resisting Female Genital Mutilation. In: HENKIN, Louis *et alli.* *Human Rights.* New York (EUA): New York Foundation Press, 1999, p. 394-395.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene futuro la dogmática penal?** Bogotá (Colômbia): Temis, 1983.

GOLDSCHMIDT, James. **Der Notstand, ein Schuldproblem**. Viena (Áustria): 1903.

_____. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2. ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez. Col. Maestros del Derecho Penal, n.7. Montevideo (Uruguai): B de F, 2002.

GRZYBOWSKI, Cândido. **Movimentos populares rurais no Brasil: desafios e perspectivas**. In: STÉDILE, João Pedro (Org.). *A questão agrária hoje*. 3. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología**. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 2001.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e inexigibilidad como princípio jurídico regulativo**. Trad. José Luiz Guzmán Dalbora. Col. Maestros del Derecho Penal, n.17. Montevideo (Uruguai): B de F, 2005.

_____. **Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip**. In: ENGISCH, Karl e MAURACH, Reinhart (Org.). *Festschrift für Edmund Mezger: zum 70. Geburtstag*. Munique (Alemanha): C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, p.249-309.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX - 1914-1991**. 2. ed. Trad. 25. reimpr. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras.

JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Madri (Espanha): Civitas, 1997.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. de. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEWIS, Hope. **Between Irua and "Female Genital Mutilation": Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide**. In: HENKIN, Louis *et alli*. *Human Rights*. New York (EUA): New York Foundation Press, 1999, p.392-394

LUCAS, Douglas Cesar. **Desobediência Civil**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta**. In: Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, anos 7 e 8, 1972.

MARAT, Jean-Paul. **Plan de legislación criminal**. Trad. A.E.L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000

MARQUES, Allana Campos. **Uma análise crítica do juízo de censura penal**. Dissertação [Mestrado]. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. 3. ed. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos**: trabalho alienado e superação positivista da auto-alienação humana. In: FERNANDES, Florestan (org.). Marx/Engels – História, Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1989.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. In: *Sobre a Religião*. Textos escolhidos por G. Badia, P. Bange e E. Bottigelli. Trad. de Raquel Silva. Lisboa (Portugal): Edições 70, 1972.

MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**: parte general. v. 1. 7. ed. alemã. Trad. de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 1994.

MENDOZA, Fátima Flores. **La objeción de conciencia en derecho penal**. Granada (Espanha): Comares, 2001.

MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**: Parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Teoria Elementar do Direito Criminal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: J.Mestieri, 1990.

MEZGER, Edmund(o). **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Trad. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madri (Espanha): Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

_____. **Derecho Penal**: Parte General. Libro de Estudio. Trad. Conrado A. Finzi. Córdoba (Argentina): Cardenas Editor y Distribuidor, 1957

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 7. ed. Buenos Aires (Argentina): Euro Editores, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco e ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 6. ed. rev. e atual. Valencia (Espanha): Tirant lo blanc, 2004.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remersal. Madri (Espanha): Thomson Civitas, 2006.

_____. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa (Portugal): Vega, 1986.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol.1. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Álvaro L.M. Valis, Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA, Robson. **Transusão de sangue e testemunhas de Jeová: convicção religiosa ou risco de vida**. In: *Recrie: arte e ciência*: Revista crítica estudantil. Ano 1, n.2. Março de 2005. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

STEINER, Henry J. e ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**. 2. ed. Oxford University Press, 2006.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. Parte General I: El Hecho Punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Thomson Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. **Culpabilidade**: a incongruência dos métodos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.24, out-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Teorias do Delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a lei n.7209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal**: (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 25. ed. Leipzig (Alemanha): Walter de Gruyter & Co, 1927.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: Parte General. Trad. de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires (Argentina): Roque de Palma, 1956.

_____. **Derecho Penal Alemán**. 11. ed. alemã. 2. ed. em castelhano. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____. **Direito penal**. Trad. de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona (Espanha): Ariel, 1964.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: Parte Geral (Aspectos Fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WOLTER, Jürgen. **Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobresamiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma:** estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Trad. Guillermo Benlloch Petit In: WOLTER, Jürgen e FREUND, Georg. *El sistema integral del Derecho Penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madri (Espanha): Marcial Pons, 2004.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:** Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Bibliografia dos textos legais

Código Penal Alemán: del 15 de mayo 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998. Trad. de Cláudia Lopez Diaz. Bogotá (Colômbia): Universidad externado de Colombia, 1999.

Código Penal: decreto lei n.1.004 de 21 de outubro de 1969. Coleção Legislações Brasileiras. Coord. Carlos Eduardo Barreto. Organização, remissões e índice alfabético por Emeric Levai. São Paulo: Saraiva, 1970.

Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.