

**EXIGIBILIDADE DE
CONDUTA
DIVERSA
NO PÓS-FINALISMO**

RAFAELA ALBAN



editora
D'PLÁCIDO

**EXIGIBILIDADE DE
CONDUTA
DIVERSA
NO PÓS-FINALISMO**



**EXIGIBILIDADE DE
CONDUTA
DIVERSA
NO PÓS-FINALISMO**

RAFAELA ALBAN



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Rafaela Alban.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

ALBAN, Rafaela.

Exigibilidade de conduta diversa no pós-finalismo -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-823-9

1. Direito 2. Direitos Penal. I. Título.

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



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

NOTA DA AUTORA

O trabalho ora publicado compõe parte da dissertação de Mestrado, defendida em outubro de 2014, na Universidade Federal da Bahia, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello, quem tive a enorme satisfação de conhecer desde a época da graduação e que ainda me acompanha nos meus atuais estudos de doutoramento.

Aliás, foi também na época da graduação que começou o meu interesse pelo estudo da culpabilidade penal, tema da tese do meu orientador, intitulada “O conceito material da Culpabilidade”, escrita em 2008. Na ocasião, eu ainda apresentava o meu trabalho de conclusão de curso sobre “A culpabilidade na moderna doutrina alemã”.

As diversas coincidências e debates inquietos, aliados ao meu encantamento pela matéria e à necessidade de escrever sobre culpabilidade após o vasto enfrentamento do tema feito pelo meu próprio orientador, não poderiam ter gerado um resultado diferente: a necessidade de buscar uma nova perspectiva para a exigibilidade de conduta diversa, que ultrapassasse a chamada “crise da culpabilidade” e os debates neurodeterministas que estavam em ascensão.

De fato, a tarefa a ser enfrentada era árdua, principalmente porque demandava um profundo estudo da evolução da culpabilidade e da exigibilidade penal, a fim de estabe-

lecer uma separação entre dois institutos que nasceram e evoluíram conjuntamente, mas que, principalmente após a crise dogmática acentuada pelos recentes estudos neurocientíficos, não poderiam mais estar relacionados na forma apresentada pela doutrina tradicional.

Apresentado o desafio, os estudos foram delineados por ocasião da *II Escuela de Verano de Göttingen*. Na Alemanha, além de ter tido acesso a um imenso acervo bibliotecário, tive o imenso prazer de conhecer o Prof. Dr. Paulo César Busato, grande responsável por me apresentar ao Prof. Dr. Tomás Salvador Vives Antón, por incentivar meus estudos na Filosofia da Linguagem e, principalmente, por transformar o presente trabalho apenas no primeiro passo para a construção da minha tese de Doutorado.

Foi assim, entre idas e vindas, construções e desconstruções, tão comuns nos estudos e debates acadêmicos, que nasceu a presente obra, a qual visa apresentar o “estado das coisas” em sede de exigibilidade de conduta diversa, para inaugurar uma reflexão crítica e afirmar a impossibilidade – teórica e prática – de manutenção das ideias de exigibilidade e culpabilidade na forma tradicional.

O objetivo aqui é simples: fomentar debates e “plantar a semente da dúvida” nos leitores. Nesse sentido, busca-se a reflexão acerca da necessidade de revisão do próprio conceito analítico de crime, tema que vem sendo desenvolvido na minha tese de doutoramento.

Espero que gostem e que ainda possamos caminhar juntos nessa jornada linguística!

Rafaela Alban
Outubro de 2017

SUMÁRIO

PRÓLOGO: EXIGIBILIDADE, LIBERDADE E SUA RELAÇÃO COM A CULPABILIDADE OU PORQUE A CRÍTICA NEUROCIENTÍFICA ERROU O ALVO.....	13
1. INTRODUÇÃO.....	27
2. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA EXIGIBILIDADE COMO DIMENSÃO MATERIAL-NORMATIVA DA CULPABILIDADE.....	31
2.1. Ausência da noção de exigibilidade na teoria psicológica da culpabilidade.....	31
2.2. Teorias normativas da culpabilidade e o surgimento da exigibilidade como fundamento da culpabilidade.....	40
2.2.1. O surgimento das concepções individualizadoras da exigibilidade através de uma nova dimensão material da culpabilidade.....	42
2.2.2. Um giro generalizante no estudo da culpabilidade e da exigibilidade.....	48
2.2.3. Resistência doutrinária à ideia de exigibilidade inaugurada e à própria culpabilidade normativa.....	51

2.3. Teoria normativa pura da culpabilidade e a exigibilidade como elemento da culpabilidade.....	57
2.3.1. O livre arbítrio como fundamento material da culpabilidade.....	59
2.3.2. Conteúdo da culpabilidade normativa e a inexigibilidade como elemento volitivo da culpabilidade.....	62
2.3.3. Considerações críticas acerca da culpabilidade e da exigibilidade: a necessidade de revisão conceitual.....	65

3. TEORIAS DA CULPABILIDADE E A EXIGIBILIDADE NO PÓS-FINALISMO: INÍCIO DA DISSOCIAÇÃO ENTRE UMA DIMENSÃO MATERIAL DA CULPABILIDADE E O PAPEL DA EXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA..... 77

3.1. Primeiras manifestações doutrinárias no pós-finalismo: reconhecimento de um contrassenso conceitual.....	77
3.2. Subdivisão categorial nas teorias pós-finalistas da culpabilidade.....	84
3.2.1. Claus Roxin, culpabilidade como dirigibilidade normativa e inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilidade.....	84
3.2.2. Günther Jakobs, culpabilidade como dever de fidelidade normativa e inexigibilidade como tipo negativo de culpabilidade.....	92
3.2.3. Santiago Mir Puig, culpabilidade como imputação pessoal e inexigibilidade como causa de afastamento da responsabilidade penal.....	100

3.3. Afastamento da relação visceral entre exigibilidade e substrato material da culpabilidade na doutrina de Urs Kindhäuser.....	107
3.4. Irradiação dos efeitos da exigibilidade para outras categorias delitivas em teorias pós-finalistas da culpabilidade.....	116
3.4.1. Francisco Muñoz Conde, culpabilidade como déficit motivacional frustrador de expectativas sociais e inexigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade e princípio informador.....	116
3.4.2. As contribuições de Eugenio Raúl Zaffaroni.....	120
3.4.2.1. Co-culpabilidade.....	121
3.4.2.2. Culpabilidade pela vulnerabilidade e autodeterminação.....	123
3.4.2.3. Inexigibilidade como denominador comum das causas de inculpabilidade.....	128
3.5. Desvinculação entre exigibilidade e culpabilidade nas teorias da negação.....	130
3.5.1. Enrique Gimbernat Ordeig e a substituição da culpabilidade pela necessidade preventiva com manutenção da ideia de exigibilidade.....	131
3.5.2. Winfried Hassemer e a substituição da culpabilidade pela proporcionalidade com manutenção da ideia de exigibilidade.....	135
3.6. A crise neurocientífica e a premente necessidade de dissociação entre o papel da exigibilidade e a dimensão material de culpabilidade conferida pela doutrina tradicional.....	141

4. NOVA PERSPECTIVA ACERCA DA EXIGIBILIDADE: HEINRICH HENKEL E A EXIGIBILIDADE COMO PRINCÍPIO REGULATIVO.....	153
4.1. Bases dogmáticas e a construção do pensamento de Henkel.....	154
4.2. Problemas fundamentais da concepção de Henkel.....	158
4.3. Exigibilidade de conduta diversa como princípio geral de direito: a real função da exigibilidade e da inexigibilidade no ordenamento jurídico.....	162
CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS.....	177

PRÓLOGO

EXIGIBILIDADE, LIBERDADE E SUA RELAÇÃO COM A CULPABILIDADE OU PORQUE A CRÍTICA NEUROCIENTÍFICA ERROU O ALVO

Sempre pensei que exercício de escrever um prólogo é uma das tarefas mais delicadas do ambiente acadêmico. Em primeiro lugar, porque é uma relação de confiança. Quem pede o prólogo confia que o seu redator seja capaz de apresentar ao leitor a obra e – por que não? – o próprio autor, de maneira fidedigna. Em segundo lugar, porque traduz uma espécie de homenagem que o autor faz ao convidado, reconhecendo afinidades pessoais e acadêmicas e entendendo que quem faz o prólogo deve ter um domínio adequado do tema tratado. Em terceiro lugar porque supõe um compromisso sério de debruçar-se sobre o escrito minuciosamente para poder refletir, na apresentação, as nuances do tema tratado de modo a realizar uma avaliação prévia do trabalho, que é dirigida ao leitor, como informação preliminar.

Por conta destas circunstâncias, tenho por norma somente aceitar esta classe de incumbência de pessoas a quem eu conheço pessoalmente, cujo trabalho eu respeito e gosto. Somente isso me permite atender aos requisitos de um prólogo sem defraudar nem as expectativas do autor, por ser demasiado crítico em relação ao texto, nem do leitor, por não exprimir adequadamente o conteúdo do livro.

Assim, não é infreqüente que eu prefira declinar certos convites para esta tarefa.

Justamente o oposto me anima quanto ao livro de Rafaela Alban. Desde que a conheci, na cidade de Göttingen, Alemanha, sempre percebi em seu discurso e em sua sede de debate a mente inquieta da pesquisadora, a sede de saber mais e a curiosidade, aliadas a uma incomum capacidade de fazer-se clara por escrito.

Estas características fizeram com que desenvolvêssemos rapidamente uma proximidade que transcendeu a Escola de Verão promovida na Georg August Universität e alcançou a banca da sua dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia, estabelecendo um relacionamento duradouro e promissor.

O texto que o autor tem em mãos já tinha sido iniciado quando conheci a Prof. Rafaela. Na oportunidade, o que despertava-lhe especial curiosidade e dificuldade quanto ao tema das situações de exigibilidade/inexigibilidade de condutas conforme o direito, dizia respeito ao renascimento – então latente, hoje já incorporado até mesmo a discursos legislativos¹ – da influência do determinismo na seara da responsabilidade, que chegava pela mão das neurociências.

Então, em meio a palestras de juristas de escol, aproveitávamos os intervalos para ampliar o leque de questões envolvendo o seu tema. De minha parte, o que fiz foi opor, como chave da crítica ao determinismo neurocientífico, a epistemologia da linguagem.

Este ponto de vista, ainda que não incorporado completamente ao texto, encontra vários pontos de conexão com a idéia da autora como se verá a seguir.

Trata-se de uma monografia primorosa que centra sua atenção – como costuma ser em trabalhos de alto nível – em um ponto relativamente olvidado das discussões sobre

¹ Refiro-me à legislação inglesa acerca das chamadas *indeterminate sentence for public protection* (IPP) e à chamada *prisión permanente revisable* do Direito penal espanhol.

a atribuição da responsabilidade penal, para convertê-lo em eixo, em protagonista de um texto, mostrando nuances e conexões que, de outro modo, remanesceriam obscuras. Este eixo é o binômio exigibilidade/inexigibilidade do comportamento conforme o direito.

O texto inicia com uma necessária digressão a respeito da categoria da culpabilidade como elemento do conceito analítico de crime, mostrando sua transformação desde uma teoria psicológica (causal-naturalista), passando por um modelo psicológico-normativo (neokantiano), normativo puro (finalista) e o leque de críticas provenientes do que a autora denomina um pós-finalismo.

Aqui o leitor encontrará uma vasta gama de informações absolutamente precisas a respeito das construções históricas e, principalmente, verificará a capacidade da autora de preservar a centralidade do tema proposto, pois o eixo ao redor do qual ela narra a evolução histórica da tratativa da culpabilidade é a noção de exigibilidade de conduta diversa que nasce precisamente do âmago das fórmulas psicológico-normativas da culpabilidade.

No texto, a superação das teorias ontológicas do delito – incluído o moribundo finalismo, que no Brasil incrivelmente segue tendo defensores – é apresentada de modo absolutamente preciso, demonstrando, contundentemente, *“que o principal erro cometido na formação da dogmática finalista ocorreu na escolha do seu próprio método, pois inexistente uma ação pré-jurídica, esta só se torna penalmente relevante quando é valorada”* (p. 64).

É por demais conhecida na doutrina especializada a barafunda metodológica em que se inseriu o Direito penal na pretensão de sua afirmação científica, o que o levou a terminar de joelhos para condicionamentos ontológicos e pretensões de verdade que nada tem a ver com sua construção.

Porém, no livro, o recurso a esta etapa de construção teórica é sabiamente explorada tão somente como

dado histórico, para mostrar o nascedouro da noção de exibibilidade, que provém das construções *neokantianas*, especialmente das contribuições de Reinhard Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal, sem deixar de alertar para as tendências das teorias normativas a um conteúdo eticizante. Aliás, é precisamente desta etapa que derivam perigosas construções teóricas como a *Lebensführungsschuld* de Mezger² ou a *Charakterschuld* de Welzel³.

No mais, a autora deixa para trás, com facilidade e precisão técnica absoluta as teorias clássicas para explorar mais detidamente a fragmentarização pós-finalista, onde oferece um bom panorama de algumas das principais concepções acerca da culpabilidade e, com elas, da exigibilidade, sem perder de vista que daí eclodiu a normativização da culpabilidade e a formulação de sucessivos intentos de preenchimento de conteúdo material para a exigibilidade.

Escolhe, outra vez com notável intuição para o que resulta realmente importante, analisar a exigibilidade/ineixigibilidade do comportamento conforme o direito sob a ótica classificatória das concepções individualizadoras e generalizantes, pois esta é a chave determinante de um caminho para conclusões mais ajustadas acerca do tema, qual seja o de evidenciar que a exigibilidade não pode

² MEZGER, Edmund. *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*. 3a ed., Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1943, pp. 84 e 86; MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1933, p. 258 e MEZGER, Edmund. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik: eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1950, p. 45.

³ Veja-se, WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*. 4a Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1947, pp. 75 e ss. Para uma crítica ao trabalho de Welzel, claramente comprometido com um Direito penal autoritário, de corte nazista, veja-se a excelente monografia de Javier Llobet Rodríguez, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015, pp. 363 e ss.

estar contida – talvez, melhor dito, encaixotada – dentro da culpabilidade.

Dentro das construções posteriores ao processo de normatização da culpabilidade, aparece, com distintos disfarces, uma concepção de reprovabilidade, tremendamente influenciada pela questão normativa da exigibilidade, apontando para um conteúdo que remete a algo situado fora do agente, portanto, fora de uma reprovação pessoal, especialmente porque, no plano individual, como bem anota a autora (p. 40), a reprovação por poder agir de outro modo é empiricamente indemonstrável.

Com efeito, já Maurach *reconhecia a contradição existente entre as noções de exigibilidade e culpabilidade [...] e advertia que culpabilidade e exigibilidade não têm que seguir necessariamente unidas* (p. 53), propondo a substituição desta pelo critério de “atributividade”, que compreendia, por um lado, uma “responsabilidade pelo fato” vinculada à idéia de exigibilidade, que deveria ser um filtro prévio, e por outro, de culpabilidade, composta pela imputabilidade e a consciência da ilicitude.

A percepção de Maurach era de que a análise de imputabilidade precedendo à exigibilidade levaria à tremenda injustiça de que o inimputável sofresse um tratamento penal mais rigoroso do que o imputável. Com sua proposta de antecipação do juízo de reprovação da exigibilidade, reduzia-se consideravelmente este potencial.

O livro trata então de expor várias teses pós-finalistas que tentaram oferecer uma solução melhor para a relação culpabilidade/exigibilidade.

Começa pela proposta de Roxin, onde a culpabilidade é substituída pela *responsabilidade*, e a exigibilidade é vinculada aos fins da pena sob forma de *dirigibilidade normativa* (pp. 84-92). A autora procede correta crítica, apontando que *as alterações dogmáticas introduzidas por Roxin* não são suficientes para suprir as falhas do sistema finalista (p. 92), especialmente porque o vínculo de *necessidade preventiva* da

pena não encontra lastro nem posição dogmática, gerando ampla possibilidade de arbítrio judicial.

Às teses de Jakobs (pp. 92-100), a autora impõe de entrada fortes objeções por sua flexibilidade político-criminal e esvaziamento material da culpabilidade, já que para este autor, ela é substituída pela mera formalidade de comportamento que preserva a fidelidade comunitária ao direito, e portanto, é desnaturada completamente como reprovação pessoal.

Ainda que a isso o texto não faça menção, o trabalho de Jakobs serve para evidenciar um dado de evidente afastamento entre a exigibilidade e os demais elementos componentes do juízo de culpabilidade: o fato de que o sujeito recebe *das circunstâncias* uma contramotivação mais forte do que a motivação geral para o cumprimento da norma. Este dado faz denotar a fonte exógena da exclusão da reprovação, que difere completamente das fontes endógenas da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude.

O mesmo se aplica (ainda que a isso não refira a autora, quando de sua análise – pp. 100-107) ao eufemismo de Mir Puig denominado *motivabilidade racional*, que outra coisa não é do que o recurso conjugado à concepção normativa do homem médio, associada ao impulso externo das circunstâncias.

Em sua análise da tese de Kindhäuser (pp. 107-116), Rafaela Alban expõe detalhadamente o *approach* que o autor faz da teoria da ação comunicativa de Habermas, como fundamento de sua concepção acerca do tema discutido no livro (culpabilidade/exigibilidade), concluindo que em sua proposta *a pessoa deixa de ser considerada como objeto do processo de imputação*, para converter-se em sujeito. Este objetivo é alcançado na produção do conceito discursivo de culpabilidade, que oferece um fundamento material para a culpabilidade e desatreia desta a idéia de exigibilidade, o que é visto com bons olhos pela autora. A crítica fica

reservada apenas ao fato de que a partir daí não se desvincula formalmente a análise de exigibilidade como um dos elementos da culpabilidade, revelando uma *necessidade de revisão sistêmica* (p. 116).

A respeito desta tese, gostaria de permitir-me acrescentar outras críticas que não foram esgrimidas pela autora.

O faço especialmente pelo apreço que tenho pela base teórica em que a tese de Kindhäuser procura apoiar-se, qual seja, a *Teoria da Ação Comunicativa* (*Theorie des kommunikativen Handelns*) de Jürgen Habermas⁴.

Com efeito, seguindo a esteira de Vives Antón⁵, entendendo que este conceito é tremendamente útil para a compreensão da idéia de ação significativa com a qual estruturo a ideia de ação em meus escritos, mas oponho-me com veemência ao uso que faz Kindhäuser do conceito *habermasiano*.

Para Kindhäuser o *Direito Penal procura a integração social mediante a adequada coordenação do “espaço livre comunicativo” e do reconhecimento da “autonomia comunicativa” dos indivíduos; de modo que a infração normativa significa uma violação à “lealdade comunicativa”, uma ruptura à comunicação e uma negação da integração social realizada, sem violência, por meio do entendimento legal*⁶.

Este discurso apoia-se em duas ideias a meu ver, insustentáveis. A primeira, de uma suposta *neutralidade normativa* que decorreria do processo discursivo de formação das normas. A segunda, que tal consenso discursivo derivaria dos fundamentos teóricos da ação comunicativa.

⁴ Veja-se HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt A.M.: Suhrkamp, 1995.

⁵ Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 513-515.

⁶ KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Tradução de Percy García Caveró. In: UREBA, Alberto Alonso (org.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1999, p. XXXIII, citado por Rafaela Alban, p. 52.

A pretensão de sustentar a força social integradora do Direito sobre uma legitimidade normativa decorrente da “autonomia comunicativa” dos participantes no processo de integração social que compõe as normas discursivamente é levar a um extremo a idéia de comunicação que, conquanto esteja presente tanto na ação quanto na norma, certamente não o faz pelo discurso.

Neste plano, adoto o conceito de ação comunicativa como base para a formação da idéia de ação significativa, mas distancio-me metodologicamente de Habermas no que tange ao sentido que possui a comunicação na formação da norma.

Na verdade, não estou de acordo em que se possa usar a teoria da ação comunicativa para a formulação de uma teoria da norma, precisamente porque a norma contém uma decisão sobre o que é normal e o que não é que, como tal, não pode ser anódina como pretendido, mas contempla um juízo de valor, uma pretensão. O conjunto de normas que imputam responsabilidade penal, portanto, tem uma pretensão geral orientada ao valor justiça e não são mera construção discursivo-comunicativa.

A meu ver, a relação entre a fórmula comunicacional, ação e norma é estabelecida através da *possibilidade* e não da *neutralidade*. Comunicativamente, do mesmo modo que distingo a ação dos acontecimentos como algo que pode ser atribuído a um autor, como expressão de sentido daquilo que ele realiza, a norma também só pode ser expressão daquilo que se possa ou não fazer. Vale dizer, não existe espaço normativo dentro do que se fará obrigatoriamente ou do que não se pode fazer de modo algum. Assim, o eixo comunicacional permite identificar a liberdade de ação tanto como pressuposto da norma quanto como pressuposto da ação⁷.

⁷ Sobre o tema, veja-se VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 325-350.

Daí que a concepção significativa da ação permite desenvolver a idéia de liberdade de ação como pressuposto da ação e da norma, mas jamais uma idéia de que ambas possam ser formadas por um discurso anódino derivado da participação dos agentes no processo comunicativo de formação deliberativa da norma.

Esta postura, conquanto seja o que inspira Habermas em sua construção de uma concepção de direito enquanto discurso não é, a meu ver, o que de melhor se pode extrair da *teoria da ação comunicativa*.

Portanto, tomaria a liberdade de deixar assentada aqui uma crítica adicional à concepção de Kindhäuser, para além do que menciona a autora, residente na debilidade da idéia de “lealdade comunicativa” como fundamento legitimador das normas penais.

Rafaela Alban ainda apresenta as construções de Muñoz Conde e Zaffaroni, como modelos de uma culpabilidade social cujas vantagens estariam na transcendência da exigibilidade em face da culpabilidade.

Para a autora, a contribuição de Muñoz Conde consiste em propor que *a culpabilidade deixa de atrelar-se à ideia de reprovação e passa a ser concebida no âmbito de um processo socializador* (p. 120) consistente em analisar a efetiva possibilidade do sujeito se abster da co, o que faz derivar que ele exija que o critério de exigibilidade se espraie para todos os elementos da culpabilidade, propondo uma verificação de *não-exigibilidade de outra conduta* em todos eles.

Zaffaroni, a seu ver (pp. 121-128), com as estruturas de co-culpabilidade e vulnerabilidade, estaria também propondo uma transcendência da idéia de exigibilidade não apenas para outros elementos da culpabilidade, mas como um filtro do próprio injusto.

Este espriar de efeitos da idéia de exigibilidade é visto por Rafaela Alban como algo ainda mais presente no que ela denomina *teorias da negação* (pp. 132-142),

querendo significar, com isso, a pretensão de negar a idéia de culpabilidade, propondo sua substituição por outra categoria, como fazem Gimbernat Ordeig com as funções de prevenção geral e especial da pena e Hassemer com o princípio de proporcionalidade.

Em seguida, o livro apresenta um excelente resumo das oposições que tem brotado do determinismo neurocientífico a um Direito penal baseado na idéia de culpabilidade, a qual é identificada pelos neurocientistas como estrutura fulcrada no livre arbítrio.

Para Rafaela Alban, a crise da culpabilidade deflagrada pelas neurociências é um sintoma claro da necessidade de dissociação da idéia do fundamento material da culpabilidade e os critérios de exigibilidade. Tem toda a razão. Vejo como bastante claro que o enfrentamento proposto pelas neurociências somente tem algum sentido frente a concepções ultrapassadas que vinculam o fundamento da culpabilidade à idéia de poder agir de outro modo.

A crise do princípio da culpabilidade no âmbito teórico, tal como leciona Vives⁸, na verdade, carece de justificação. Em termos teóricos trata-se tão somente de uma crise de uma dogmática que não se contenta com provas e verdades processuais, isto é, históricas e contingentes, mas exige soluções pautadas por pretensões científicas absolutas.

A culpabilidade afirmada pelo uso comum da linguagem é identificada na Constituição através do direito à presunção de inocência.

Como bem refere Vives, *“deixar de lado alguns preconceitos filosóficos e começar a valer-se do uso comum da linguagem e do senso comum nos colocaria, talvez, diante dos autênticos*

⁸ Veja-se VIVES ANTÓN, Tomás S. O princípio da culpabilidade. **Justiça e Sistema Criminal**, v. 2, n. 1, jan.-jul., 2010. Curitiba: FAE, 2010, p. 61.

problemas que afetam o princípio da culpabilidade, que não são tanto conceituais quanto de vigência e realização”⁹.

A culpabilidade é simples pretensão normativa de reprovação pessoal, em cuja análise se discute tão somente a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude, pelo que, os postulados neurocientíficos, quando muito, podem funcionar como ciência auxiliar, a oferecer indicadores clínicos para aferição de um dos possíveis elementos causadores de inimputabilidade, relacionados ao desenvolvimento ou enfermidade mentais.

Assim parece claro – e aqui vai minha concordância mais veemente com o texto – que a idéia de exigibilidade efetivamente cumpre um papel no sistema de imputação, mas ele não se encontra adstrito, de modo algum, à culpabilidade.

Poderia subscrever a menção da autora às fls. 81, no sentido de que *“a categoria da culpabilidade representa uma imputação pessoal, ou seja, um juízo, pautado em critérios normativos, que permite justificar a reprovação decorrente da conduta praticada a uma pessoa; um juízo que recai, portanto, sobre o autor, não sobre o fato em si. A ideia de exigibilidade, por sua vez, possui influxos em ambos os âmbitos, tanto do autor, quanto do fato”*.

Aqui, no entanto, seguimos caminhos distintos.

A propositura do texto, como o leitor verá, segue a senda inaugurada por Heinrich Henkel¹⁰ no sentido de que a exigibilidade não poderia ser mero fundamento normativo da culpabilidade, tampouco um dos seus elementos,

⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. O princípio da culpabilidade. **Justiça e Sistema Criminal**, v. 2, n. 1, jan.-jul., 2010. Curitiba: FAE, 2010, p. 62.

¹⁰ Confira-se HENKEL, Heinrich. Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo. Montevideo: B de F, 2008, p. 63-65, que é a tradução para o espanhol de seu trabalho publicado em 1954, no *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag* com o título “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als Regulatives Rechtsprinzip.

mas sim um “princípio regulativo”, que incide em todos os setores do ordenamento e reclama aplicação nos âmbitos fronteiriços em que a determinação dos deveres jurídicos não pode ser alcançada mediante aplicação de norma geral (p. 179).

Rafaela Alban adiciona à tese de Henkel uma correção de rumos, pois aponta, com base em teorias das normas, a impossibilidade de se estabelecer uma divisão categórica entre princípios regulativos e normativos, o que conduziria ao reconhecimento da exigibilidade como um princípio geral de direito, de caráter normativo, que constituiria o marco para repensar a relação existente entre exigibilidade e culpabilidade.

Portanto, o caminho proposto pela autora é o de mostrar que a exigibilidade *surgiu como a dimensão material-normativa da categoria da culpabilidade, passou a ser considerada como elemento da culpabilidade, foi concebida como causa supralegal de exculpação e, atualmente, deve ser compreendida como um princípio geral do Direito, com influxos em todas as categorias delitivas* (Introdução, p. 25).

Tendendo a concordar com a verdadeira “carta de alforria” proposta à idéia de exigibilidade, em relação à culpabilidade, divirjo apenas na sua proposição de um princípio geral de exigibilidade, porque parece que a idéia compreende duas coisas diferentes: por um lado, o argumento de exclusão da responsabilidade penal frente a situações cujas circunstâncias impedem o sujeito de optar por outra coisa que não uma desobediência normativa; por outra, a ideia fundante – já não da culpabilidade, mas do próprio direito – de liberdade de ação.

Desde o ponto de vista que defendo¹¹ as situações concretas de inexigibilidade são circunstâncias fáticas tratadas como permissões fracas, funcionando como exclusão

¹¹ Para detalhes remeto a BUSATO, **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. GEN-Atlas, 2017, pp. 499-552.

da pretensão de ilicitude no plano dogmático. A liberdade, por outro lado, como possibilidade de optar por realizar ou não alguma coisa é elemento fundante da própria estrutura lógica do direito, pressuposto das concepções significativas de ação e de norma. Onde não há liberdade, não se trata de uma ausência de culpabilidade, mas de uma ausência da própria ação, como também, de um espaço onde não é possível incidir qualquer norma. Desta forma, a falta de liberdade é a falta do próprio direito pela simples razão de que o pressuposto de liberdade é a forma lógica como nos organizamos socialmente. Liberdade é concebida não como apenas uma possibilidade de escolha, mas como o modo pelo qual concebemos o mundo.

Se ela não está, nós não somos.

Enfim, o leitor pode estar certo de ter diante de si um livro muito bem escrito, cuja proposição é absolutamente clara e representa uma evidente evolução do “estado da arte” na matéria, e que certamente poderá, pelas mãos habilidosas e perspicazes da autora, ser conduzido pela senda da evolução da exigibilidade em Direito penal.

Fica o alvitre de que esta investigação vá ainda mais longe e que a autora possa, debruçando-se mais de perto sobre os fundamentos de Direito penal que podem emanar da filosofia da linguagem, avançar na produção de um Direito penal inovador e democrático, ousando, onde outros se omitiram.

Curitiba, outubro de 2017.

Paulo César Busato

INTRODUÇÃO

A ideia de exigibilidade de conduta diversa – no seu aspecto positivo e negativo – sofreu diversas modificações na dogmática penal, já que surgiu como a dimensão material-normativa da categoria da culpabilidade, passou a ser considerada como elemento da culpabilidade, foi concebida como causa supralegal de exculpação e, atualmente, deve ser compreendida como um princípio geral do Direito, com influxos em todas as categorias delitivas.

Note-se, inicialmente, que, apesar dos termos “exigibilidade” e “inexigibilidade” serem utilizados desde as Teorias Psicológico-normativas da Culpabilidade, não há um reconhecimento pacífico na doutrina sequer quanto à sua adequação terminológica, notadamente em face da possibilidade de uma equivocada interpretação no sentido de que condutas inexigíveis não seriam almejadas pelo Direito.

Realmente, não se pode negar que, como a categoria da antijuridicidade assinala o que é almejado pelo Direito Penal, tecnicamente, não poderia ser fundamentada uma isenção de pena por falta de culpabilidade ante a ocorrência de inexigibilidade da conduta. Entretanto, a suposta inapropriação conceitual encontra-se vinculada a uma visão tradicional das “causas de exculpação”, à qual não se perfilha.

Deste modo, inclusive com o escopo de evitar confusões desnecessárias, não é efetuada substituição terminológica,

mas apenas revisões conceituais. São aqui adotados os termos “exigibilidade” e “inexigibilidade” para a elaboração de um debate sobre a necessidade de desvinculação de tais noções com o instituto da culpabilidade, em decorrência das incompatibilidades existentes entre esses conceitos e da infravalorização do âmbito de alcance da exigibilidade no ordenamento jurídico.

Para demonstrar que, apesar de existir um nascimento e desenvolvimento conjunto das noções de exigibilidade e de culpabilidade, tais institutos não possuem uma relação simbiótica, parte-se da apresentação do desenvolvimento do conceito de exigibilidade como a dimensão material-normativa da culpabilidade, com indicação das incongruências percebidas no âmbito das Teorias Psicológico-normativas e da tradicional Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

Em seguida, é efetuado um exame das principais teorias pós-finalistas da culpabilidade e, principalmente, dos esforços empregados pela doutrina internacional para manutenção da exigibilidade na estrutura da culpabilidade, mesmo ante a reconhecida necessidade de revisão do substrato material da culpabilidade – ao qual esta nasceu vinculada –, pela sua indemonstrabilidade ou, quiçá, inexistência, conforme defendido radicalmente por adeptos deterministas da atual “revolução neurocientífica”.

Verifica-se, assim, mediante o exame das doutrinas pós-finalistas da culpabilidade, o início de uma dissociação conceitual entre as ideias de exigibilidade e a dimensão material da culpabilidade na forma tradicional, seja por meio da instituição de subdivisões categóricas, do afastamento do caráter generalizador do exame da exigibilidade ou do reconhecimento dos seus efeitos em outras categorias delitivas.

Ao constatar que os esforços empregados pela maioria das doutrinas pós-finalistas da culpabilidade não resolvem a questão das incompatibilidades incorridas na tentativa

de conservação da exigibilidade na estrutura daquele instituto e não denotam um reconhecimento explícito da infravalorização do seu âmbito de incidência, são resgatadas as contribuições de Heinrich Henkel, sobre princípio regulativo, para a inauguração de questionamentos acerca da inadequação da função e da localização sistêmica da exigibilidade no Direito Penal.

Apresentando as falhas e insuficiências do modelo henkeliano, defende-se um posicionamento de que a noção de exigibilidade compõe a definição de um princípio geral do ordenamento jurídico, de caráter normativo, desatrelado ao substrato material da culpabilidade finalista.

Nota-se que, além das incongruências dogmáticas incorridas, a relação existente entre exigibilidade e culpabilidade não pode ser uma relação entre “todo” e “parte”, notadamente se considerado que, ordinariamente, a “parte” se submete à fundamentação e ao destino conferido ao “todo”, altamente incerto e conflituoso.

Com efeito, pretende-se demonstrar que não se pode negar incidência a um princípio geral de direito em decorrência de questionamentos acerca do pressuposto material da culpabilidade de uma teoria que apenas contribuiu para o seu reconhecimento e desenvolvimento no Direito Penal, mas da qual não possui qualquer dependência.

Objetiva-se, portanto, incentivar o debate e novas reflexões relativas à infravalorização do âmbito de aplicação da exigibilidade no ordenamento jurídico. Principalmente, demonstrar a necessidade – e possibilidade – de desvincular a exigibilidade de conduta diversa do elemento normativo da culpabilidade, seja pelas incoerências existentes, seja pelas dificuldades dogmáticas estabelecidas no âmbito da definição do substrato material da culpabilidade, considerada, atualmente, como um dos problemas fundamentais do Direito Penal.



[...] o leitor pode estar certo de ter diante de si um livro muito bem escrito, cuja proposição é absolutamente clara e representa uma evidente evolução do “estado da arte” na matéria, e que certamente poderá, pelas mãos habilidosas e perspicazes da autora, ser conduzido pela senda da evolução da exigibilidade em Direito penal. Fica o alvitre de que esta investigação vá ainda mais longe e que a autora possa, debruçando-se mais de perto sobre os fundamentos de Direito penal que podem emanar da filosofia da linguagem, avançar na produção de um Direito penal inovador e democrático, ousando, onde outros se omitiram.

PAULO CÉSAR BUSATO ”



ISBN 978-85-8425-823-9



9 788584 258239