

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
ISABELLA BRITO RODRIGUES**

**EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: uma análise à luz do  
funcionalismo teleológico-sistemático**

**Juiz de Fora  
2017**

**ISABELLA BRITO RODRIGUES**

**EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: uma análise à luz do  
funcionalismo teleológico-sistemático**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora  
2017**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**ISABELLA BRITO RODRIGUES**

## **EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: uma análise à luz do funcionalismo teleológico-sistemático**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva  
UFJF

---

Prof. Dr. Cléverson Raymundo Sbarzi Guedes  
UFJF

---

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago  
UFJF

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 10 de novembro de 2017

## **Resumo**

O presente trabalho objetiva apreciar um dos componentes da culpabilidade, que é a exigibilidade de conduta diversa. O propósito é analisar se a atual compreensão que o sistema penal brasileiro segue encontra legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático Direito. A análise do conceito passa pela evolução histórica, compreensão do modelo do nosso Código Penal, até chegar numa crítica do atual emprego do conceito na prática forense. A discussão gira em torno da subjetividade do julgador ao analisar a possibilidade de condenação do réu. Sendo assim, este estudo traz a perspectiva funcionalista teleológico-sistemática de Claus Roxin como abordagem teórica que guiará a visão crítica desenvolvida. A partir desta ótica, será analisada a maneira como o conceito de exigibilidade de conduta diversa se revela elástico, o que dá margem a diversas interpretações através do mesmo conjunto probatório, revelando que o subjetivismo do julgador atua diretamente na análise deste conceito. Durante o desenvolvimento da análise, será percebido que, por vezes, as sentenças proferidas atendem aos requisitos legitimantes - entre eles a presença da exigibilidade de conduta diversa - apenas por formalismo, sem avaliar a matéria ali discutida a fundo. Neste viés, a conceituação de culpabilidade deve sofrer reestruturação a fim de atender aos objetivos da pena e mitigar a arbitrariedade atribuída à análise da exigibilidade de conduta diversa. A proposta, portanto, sem pretender esgotar o tema, é utilizar a influência funcionalista, tratando de problematizar a dogmática criminal brasileira, com objetivo de não perder de vista a função social de senso de justiça que o Direito se propõe - ou deveria se propor - a concretizar.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Funcionalismo. Exigibilidade de conduta diversa. Arbitrariedade.

## **Abstract**

The present work aims to analyze one of the culpability components, which is the concept of enforceable conduct. The purpose of this analyze was to comprehend if the theory adopted by the Brazilian Criminal Justice System is legitimated in the Rule of Law. The concept analyzed goes through the historical development, the understanding of the model of the Criminal Code, until the major point of a critical analyses of the current use of the concept in praxis. The main point of the critique developed is based on the subjectivity of the decision maker (judge) when analyzing the possibility of sentencing the defendant. Therefore, the following work focus on a theoretical approach constituted by the teleological-systematic functionalism theory developed by Claus Roxin. From this point of view, it will be analyzed the elasticity of enforceable conduct, which often generates arbitrariness in our courts, since the same evidential construction can lead to several conclusions. Thus, it depends directly on the training of the judge and his subjective convictions. During the analysis, it will be demonstrated that on several occasions the sentence of the agent is preconceived, leaving to the judge the duty to write the sentence that must respond to legitimating contents, among them the presence of enforceable conduct. Therefore, the concept of culpability must undergo to a deep restructuring in order to accomplish the objectives of the penalty. The proposal, therefore, without aiming to exhaust the theme, is to use the functionalist influence, trying to problematize the Brazilian criminal system, with the objective of not losing sight of the social function and a sense of justice that the law proposes - or should be propose - to materialize

**Keywords:** Culpability. Functionalism. Enforceable conduct. Arbitrariness.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 CONCEITO DE CULPABILIDADE NAS TEORIAS DO CRIME .....	06
2.1 Teoria Psicológica: liame psicológico entre agente e conduta .....	06
2.2 Teorias Normativas.....	06
2.2.1 Psicológico-normativa: Reinhard Frank, juízo de reprovabilidade .....	06
2.2.2 Normativa pura: finalismo de Welzel, objetivo do agente .....	07
2.3 Funcionalismo: Claus Roxin e a função dos elementos do crime .....	07
2.4 Culpabilidade no Código Penal Brasileiro De 1940.....	09
3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA .....	12
3.1 Subjetivismo aplicado a partir do entendimento de caso concreta.....	14
4 CONCLUSÃO .....	21
REFERÊNCIAS .....	22

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo aqui dissertado tem a proposta de levantar questionamentos acerca da culpabilidade em nosso atual modelo penal, tomando como marco teórico o funcionalismo de Claus Roxin (2002) e analisando exemplos da prática forense. Sem pretender chegar a uma conclusão definitiva, a iniciativa é no sentido de criticar a atual ótica finalista adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo do texto, será analisado que o conceito de culpabilidade sofreu inúmeras alterações durante a evolução do Direito Penal, tendo tido fortes influências do momento histórico em que esteve inserido e buscando a superação das falhas do conceito anterior, sem, contudo, seguir uma linearidade de evolução. Outrossim, será constatado que, não obstante as correntes minoritárias contrárias, a culpabilidade é estudada como componente da teoria tripartite de caracterização do delito, sendo este fato típico, ilícito e culpável, com fortes influências da corrente finalista. Neste contexto, entende-se que a culpabilidade possui elementos fundantes, que, caso sejam retirados, deixa de ser caracterizada e, conseqüentemente, o próprio delito deixa de existir no caso concreto.

Neste contexto, será entendido que a análise do “poder agir de outra forma” tem se revelado bastante subjetiva em decisões judiciais brasileiras, o que permite voltar os olhares para uma política-criminal falha e seletivista, olvidando-se do propósito de prevenção geral e especial da pena, centralizando-se somente no objetivo retributivo de legitimação agasalhada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

Além disso, a amplitude do conceito de exigibilidade de conduta diversa levanta críticas em torno da forma como o finalismo influencia nosso ordenamento jurídico. Desta forma, pretende-se observar a estrutura do Direito Penal através de uma função político-criminal e, a partir disso, compreender como um mesmo caso pode gerar diferentes conclusões, o que culmina na determinação se o crime existe ou não, se o sujeito é culpado ou não.

A reflexão se estabelece, portanto, na adequação à evolução interpretativa do Código Penal e necessidade de harmonização com o modelo constitucional do Estado de Direito. Sendo assim, propõe-se utilizar a ótica funcionalista e tentar entender como o subjetivismo empregado na análise da exigibilidade de conduta diversa pode ser mitigado a fim de evitar algumas situações injustas e arbitrárias que decorrem do vazio da definição deste quesito.

## 2 CONCEITO DE CULPABILIDADE NAS TEORIAS DO CRIME

A culpabilidade vem sendo tratada no Direito Penal como elemento fundamental para caracterização do delito. Com o passar dos anos, a definição deste elemento passou por evolução dogmática até chegar ao atual cenário.

Neste contexto, temos as principais correntes de teorias da ação que definiram culpabilidade a partir de conceituações distintas. Será apreciada a mudança de perspectiva, tendo, desta forma, amplo entendimento sobre a formação da concepção moderna e da forma como vem sendo tratada nos tribunais brasileiros, como elemento fundamental na caracterização do fato típico, ilícito e culpável.

### 2.1 Teoria Psicológica: liame psicológico entre agente e conduta

Nos primórdios do estudo da teoria do crime, a culpabilidade era vista diretamente atrelada ao elemento subjetivo do sujeito, sendo este o único critério adotado como forma de estabelecer o último elemento caracterizador do delito. Trata-se da teoria psicológica, encabeçada por Von Liszt e Beling na Alemanha, por volta de 1900 (PRADO, 2007). Dentro desta corrente, nas palavras de Fernando Capez:

(...) culpabilidade é o liame psicológico que se estabelece entre a conduta e o resultado, por meio do dolo ou da culpa. A conduta é vista desprovida de qualquer valor, como simples causação do resultado. A ação é componente objetivo do crime, enquanto a culpabilidade é o elemento subjetivo (CAPEZ, 2003).

Como se pode perceber, essa teoria trouxe consigo inúmeros problemas que, segundo Luiz Regis Prado, se elencavam em:

(...) não ordenava sistematicamente a imputabilidade, que ora era pressuposto de dolo e da culpa, ora era pressuposto da pena; não explicava convincentemente a culpa inconsciente, onde era inexistente a relação psicológica; não era tampouco capaz de explicar adequadamente o estado de necessidade exculpante, visto que, mesmo presente o dolo, não havia culpabilidade; não compreendia a culpabilidade como conceito graduável, e, por fim, agasalhava uma metodologia científica positivista naturalista e jurídica, já superada pela dimensão axiológica de cunho neokantiano (...) (PRADO, 2007, p. 425).

Portanto, a teoria psicológica, produto do positivismo científico do causalismo naturalista, perdeu força gradualmente, principalmente por não conseguir explicar certas situações reprováveis socialmente que eram despidas de relação subjetiva, sendo que outras situações não reprováveis apresentavam o liame psicológico.

### 2.2 Teorias Normativas

#### 2.2.1 Psicológico-normativa: Reinhard Frank, juízo de reprovabilidade



Neste diapasão, as teorias normativas ganharam força substituindo a antiga definição de culpabilidade. Primeiro, destacou-se a teoria psicológico-normativa, que teve como idealizador Reinhard Frank, salientando que a culpabilidade não se esgotava no nexo psicológico entre o agente e a ação fim, acrescentando juízo de reprovabilidade sobre o resultado, devendo ser levado em consideração a situação em que o agente praticou o ato. Além disso, defendia que a reprovabilidade da conduta, analisada pelo juízo de valoração, dependia das circunstâncias da prática do delito, sendo certo que a possibilidade de agir de maneira diversa imprimia maior reprovabilidade à conduta praticada. Aqui, delinearam-se como elementos da culpabilidade a imputabilidade, o dolo ou culpa e a exigibilidade de conduta diversa.

Note-se que dolo e culpa estão localizados como caracterizadores da última etapa de identificação do delito, sendo usados como reprovação do ato, diferente do que entende-se atualmente, estando presentes como elementos da própria ação. Além do mais, a culpabilidade sai exclusivamente do liame subjetivo do réu e passa a depender do subjetivismo do julgador, sendo necessária análise do fato através dos olhos e concepções de quem julga.

### 2.2.2 Normativa pura: finalismo de Welzel, objetivo do agente

Em seguida, a teoria normativa pura ou finalista, positivista e neokantiana, tendo Welzel como grande expoente, passou a apreciar a culpabilidade de forma exclusivamente valorativa, observando a finalidade da ação humana. Nessa concepção, é importante apreciar o objetivo que o agente teve ao praticar o ato. Desta forma, mesmo as ações típicas e ilícitas podem deixar de ser crimes se não preencherem ao requisito de “finalidade de alcançar o resultado pretendido”. Além disso, dolo e culpa passaram a integrar a ação, dando respostas até então não alcançadas pelas demais teorias.

A culpabilidade passou a ter os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Com esse entendimento, explica-se fenômenos como a culpa inconsciente e o estado de necessidade.

### 2.3 Funcionalismo: Claus Roxin e a função dos elementos do crime

O funcionalismo atualmente é visto como divisor de águas da dogmática criminal. Tido como corrente penalista que inovou no sentido de conferir visão ampla e funcional sobre os aspectos fundantes do delito.

Dentro dessa corrente, a culpabilidade passou por reestruturação que, na concepção funcionalista, é de fundamental importância para o entendimento do sistema penal como um todo integrado aos ramos sociais.

Entre as manifestações funcionalistas, destacou-se as vertentes encabeçadas por Günther Jakobs e por Claus Roxin. Para o primeiro penalista, o transgressor da norma penal é inimigo da sociedade, uma vez que tinha a obrigação de agir conforme a lei e, não agindo, quebrou a expectativa social acerca do pacto de convivência. Jakobs se mostrou extremista ao defender que “o direito penal do inimigo” tem papel importante de restabelecer a harmonia social de expectativa quebrada. Foi extremamente criticado por colocar a paz social acima das garantias individuais do agente, deixando de lado os princípios consolidados posteriormente através da Constituição Federal.

Roxin (2002), por outro lado, deu origem ao garantismo penal, chamado de funcionalismo teleológico-sistemático, que tem por objetivo proteger os bens jurídicos relevantes, que inclui a paz social, sem, contudo, olvidar dos direitos de cada agente transgressor. Sob essa ótica, o criminalista alemão desenvolveu um estudo acerca da função da culpabilidade e seus componentes, a fim de estabelecer relação direta com a política criminal de prevenção, objetivando, dessa forma, também manter intacta a expectativa social.

Inicialmente, se faz imprescindível breve explicação sobre as funções da pena, abrangendo a prevenção, retribuição e ressocialização do agente. A pena se propõe a evitar a reiteração da prática delituosa, socialmente e individualmente, além de possuir aspecto retributivo ao indivíduo causador da desordem social e, por fim, de ressocializar o transgressor.

A ressocialização é vista manifestamente na fase de execução penal e a retribuição pode ser identificada na dosimetria da pena do réu, nos termos do artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940). Entretanto, o aspecto preventivo da pena restou, de certa forma, prejudicado em nosso sistema, uma vez que a lei se furta de apreciar a necessidade de aplicação da sanção penal, deixando, portanto, de avaliar o contexto em que o agente processado está inserido e qual é a sua construção social.

Com o fito de reorganizar a última fase caracterizadora do crime, Claus Roxin (2002) propôs que este último aspecto seja observado como responsabilidade, no qual se inclui a culpabilidade e acrescenta a necessidade. Nos termos de Paulo Busato:

Portanto, a culpabilidade, para Roxin, estará funcionalizada em razão dos fins da pena. Somente a partir da existência de um fundamento punitivo no caso concreto, será possível afirmar a existência de responsabilidade.

Roxin, então, inova em seu conceito de categoria que representa a reprovação ao autor, propondo que a categoria culpabilidade seja substituída pela categoria

denominada responsabilidade, que deve incluir a culpabilidade, com os elementos que lhe são conhecidos, e somar-se à necessidade de pena. O resultado desta fórmula é que onde não há necessidade de pena, ou seja, onde a aplicação da pena não resta justificada, mesmo estando presentes a correta compreensão do fato praticado por parte do autor, não se justifica o reconhecimento da existência do crime. (BUSATO, 2011, p. 61).

A explicação dada pelo jurista alemão é que a culpabilidade deve ser vista não somente como elemento permissor, mas também limitador da pena, sendo que possui funcionalidade garantista na aplicação da sanção, impedindo que o Estado exceda limites previstos nos direitos constitucionais.

Nesta interpretação, caso seja retirado o componente “necessidade” de aplicação da pena, retira-se a própria existência do delito. A ideia é estabelecer íntima ligação entre a ciência criminal dogmática e os estudos de política criminal.

Portanto, o fim de prevenção da pena, à luz do funcionalismo teleológico-sistemático, deve ser observado de maneira a atender a critérios sociais em que o agente e sua ação estão inseridos.

Existe a necessidade de retirar das mãos do magistrado todo o poder subjetivo, revestido de impressões pessoais, ao julgar se era exigível do réu que agisse de maneira diversa. Sendo assim, impõe-se urgente ampliar o último degrau da teoria tripartite, objetivando atender à função político-criminal da pena, até mesmo porque a reprovação social sobre o fato exige medidas para que tais condutas sejam evitadas.

#### **2.4 Culpabilidade no Código Penal Brasileiro de 1940**

Para entender a postura do Decreto Lei nº 2.848 de 1940 - o Código Penal, é necessário analisar o contexto histórico que o Brasil vivia à época. Em 1938, deveria ter ocorrido eleições presidenciais, o que foi impedido pelo golpe de Estado aplicado por Getúlio Vargas.

No mesmo ano, foi criada a Lei de Segurança Nacional, era um período em que se prometia segurança pública à nação, segurança essa que, muitas vezes, se revestia de arbitrariedade, sendo a liberdade o preço altíssimo para o combate à criminalidade.

Pois bem, dois anos depois, em 1940, o Brasil era governado por um presidente não eleito que assumiu políticas públicas de segurança nacional, criando inclusive alianças durante a Segunda Guerra Mundial. Neste contexto, em 07 de dezembro de 1940, o Código Penal foi assinado por Getúlio Vargas.

O Decreto Lei apresentou uma exposição de motivos, analisando vários pontos legislativos, buscando, dessa forma, justificar o Código de modo a legitimá-lo. Chama a atenção o seguinte trecho da exposição de motivos da prefalada lei:

Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século(...) (BRASIL, 1940).

Trata-se de texto redigido em 1983, pelo então Ministro de Estado da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel. É notório o objetivo de demonstrar à população uma resposta à crescente criminalidade. O foco se desloca, portanto, da análise puramente científica da ação delituosa e passa a ser revestida de objetivo social de “resposta” aos cidadãos.

Neste contexto, a definição de culpabilidade se transmuda a fim de responder anseios sociais e é entendida das mais diversas formas dentro do nosso ordenamento, objetivando justificar a aplicação da sanção penal aos réus, sendo que o índice de prisões se apresenta como combate à violência.

É interessante saber que se estabeleceram duas correntes distintas sobre a definição de crime, quais sejam, a bipartite e a tripartite. Ambas ainda se sustentam, todavia, certo é que a teoria tripartite ganhou grande peso na doutrina pátria, sendo mais defendida pelos autores brasileiros.

Os simpatizantes da teoria bipartite, tendo Damásio de Jesus (1980) como grande expoente, entendem que a culpabilidade não integra o conceito do crime, não sendo esta condicionante para a existência do delito. Roberto Carvalho Veloso, citando Damásio de Jesus, que se posiciona em conformidade com o conceito bipartite de crime, explica que: “a culpabilidade não integra o conceito de crime, sendo mero pressuposto da pena” (DAMASIO *apud* VELOSO, 2000, P. 01) e acrescenta ainda que: “o Código Penal ao disciplinar as causas de exclusão da ilicitude, determina que “não há crime” (art. 23), ao passo que, ao tratar as causas de exclusão da culpabilidade, considera que o agente é isento de pena (arts. 26, caput, e 28, §1º)” (DAMASIO *apud* VELOSO, 2000, P. 01). Assim entende Damásio de Jesus:

(...) os penalistas filiados a essa corrente afirmam que a razão dessa diferença é clara: o crime existe por si mesmo com requisitos “fato típico” e “ilicitude”. Mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável. É por isso que a legislação penal substantiva recorre às expressões “não há crime” ou é “isento de pena”, quando trata das causas de exclusão de antijuridicidade e excludentes de imputabilidade, respectivamente, uma vez, que as primeiras excluem o crime e nas últimas o delito existe, havendo apenas a exclusão da punibilidade (...) (FONTES, 2012, p.27).

Por outro lado, ainda há o entendimento de que a culpabilidade integra a caracterização do delito, sendo condicionante para o reconhecimento do crime e permissor para a aplicação da pena, compreendida como princípio limitador ao direito de punir do Estado, como pressuposto apreciado pelo julgador no momento da fixação ou não da pena. O magistrado se aterá à análise dos três elementos essenciais da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A ausência de algum desses elementos implica em exclusão da culpabilidade e do próprio crime, retirando a possibilidade de punição ao fato típico e ilícito.

Apesar de divergentes posicionamentos, a doutrina majoritária se filia à teoria tripartite, até mesmo porque, entende-se que não seria concebível que uma ação identificada como crime - definido como fato típico e ilícito - não pudesse ser passível de punição penal.

Entenda-se a culpabilidade como elemento do conceito analítico do crime - sendo que, caso inexista, não há crime - e também como limitador da imposição da pena na seara retributiva.

É compreensível que, no Estado de Direito, prezando pelas garantias constitucionais, a culpabilidade como princípio é uma exigência em respeito à dignidade humana do agente, uma vez que a imposição de pena a indivíduo sem culpabilidade ou a aplicação de pena desmedida implica em utilização do ser humano como instrumento para persecução dos fins da comunidade.

Ademais, apesar da intenção de dar resposta à sociedade, o conceito de culpabilidade se revelou, ao longo dos anos, dissociado da política criminal, isto porque os objetivos da pena de retribuição, prevenção e ressocialização não foram abarcados pela atribuição da culpabilidade.

Desta maneira, a culpabilidade se manteve na última fase de apreciação do delito, sem, contudo, englobar os objetivos de prevenção e ressocialização, restringindo-se à retribuição, a partir da reprovação social do ato antijurídico.

Sendo assim, é necessário abandonar o ideal de alcance da paz social a qualquer custo. Apesar de todo o contexto histórico de inserção do Código Penal, não se pode olvidar da evolução principiológica do ordenamento e, principalmente, da promulgação da Constituição Federal em 1988. Neste cenário, necessária se faz a análise constitucional do Código Penal que, apesar de não ter evoluído em demasia nos últimos anos, sua interpretação deve acompanhar as mudanças na conjuntura jurídica.

Sob esta ótica, é importante compreender a culpabilidade como elemento de caracterização do delito e como pressuposto da aplicação da pena, sendo uma forma de

garantia constitucional à dignidade do réu, impondo limites à atuação estatal sobre o agente. Além disso, os componentes da culpabilidade (imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) devem ser apreciados em detida análise, a fim de legitimar a aplicação da pena sem ultrapassar os limites legais de garantias individuais, prezando pela integridade do agente que praticou fato típico, ilícito e culpável, deixando um pouco de lado a ótica punitivista de resposta aos anseios sociais antes aplaudida e, por fim, e de extrema relevância, atender a objetivos de políticas sociais criminais.

### **3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**

É sabido que a culpabilidade possui três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Apesar da importância dos outros dois quesitos, o presente estudo objetiva apreciar este último elemento, com o intuito de compreender a reflexão político-social acerca da aplicação da lei penal.

A exigibilidade de conduta diversa funda-se principalmente na expectativa social criada em torno das ações humanas. O homem, como ser social, necessita de regras de convívio a fim de pacificar e regulamentar a vida em sociedade. Sob esta ótica, o sistema penal estabelece regras que devem ser respeitadas para que haja harmonia na vida coletiva.

A idealização das regras pressupõe estrito cumprimento do que “não deve ser feito”, todavia, em determinadas situações essas normas mandamentais são descumpridas em virtude de motivos de força maior, que fogem até mesmo da esfera de controle do agente.

Essa situação de desrespeito à norma penal deu origem a duas correntes a respeito da autodeterminação do indivíduo, gerando uma “crise” no conceito de culpabilidade que, posteriormente, foi desmistificada pela doutrina.

Neste contexto, diversos autores desenvolveram teses contrapondo o determinismo ao livre arbítrio a fim de dar ou não sentido a este componente da culpabilidade. Entretanto, essa crise do conceito foi falsamente construída, sendo certo que ambas as teses revelam-se extremistas ao apreciar o conceito, conforme bem apontado por Paulo Busato:

O beco sem saída a que conduz o impasse do determinismo em face do livre arbítrio deve conduzir o jurista, sem dúvida, a uma redução de pretensões. A aporia colocada guarda evidente relação com os dilemas filosóficos a respeito da afirmação de verdades absolutas. Esta classe de afirmações, porém, não pertence ao direito. O direito não se pode arvorar em afirmar verdades, mas sim em produzir resultados sociológicos pretendidamente justos.

Esta redução faz colocar a questão jurídica do princípio de culpabilidade em seus devidos termos, ou seja, na consideração de que a criação de normas é algo que pertence à própria forma de vida do homem, e esta forma de vida está ancorada no pressuposto de que podemos atuar do modo como fazemos. (BUSATO, 2011, p. 77).

Torna-se notório, portanto, que não é aplicável o determinismo, já que a sua aceitação implicaria na própria ausência de razão de ser do Direito Penal, uma vez que as ações já estão pré-determinadas; nem tampouco o livre arbítrio, pois não se deve ser cego ao ponto de ignorar o contexto social, familiar, afetivo, etc. em que o agente se encontra inserido.

O ordenamento jurídico admite, portanto, uma ideia de livre arbítrio mitigado, haja vista as causas legais de exclusão de culpabilidade, fornecendo ao indivíduo a compreensão do contexto em que esteve inserido no momento da prática do crime.

Em situações como essa, o ordenamento jurídico admite que não era exigível do indivíduo que agisse de maneira diversa, por isso a benesse da exclusão da culpabilidade. Nestes casos, será feita uma detida análise do contexto em que o delito foi cometido, sendo possível a exclusão do crime, caso haja algum motivo, relevante o suficiente, que faça o juiz entender que era inexigível que o réu agisse de modo diferente.

Atualmente, existem duas causas legais de exclusão de culpabilidade, quais sejam, coação moral irresistível e obediência hierárquica. Ademais, é ampla a aceitação das causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se depreende do seguinte julgado proferido em 2005:

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUNAL A QUO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. **CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. RECONHECIMENTO.** MOMENTO OPORTUNO. SENTENÇA. CRIME SOCIETÁRIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Na fase de recebimento da denúncia, em que há um mero juízo de prelibação, tem-se como totalmente impertinente a exigência de que se demonstre a "real possibilidade de cumprimento da obrigação", e não o seu mero inadimplemento, haja vista que dificuldades financeiras da empresa, se e quando caracterizadas, impõem o reconhecimento da causa supralegal de exclusão da culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa, a qual deve ser comprovada pelo acusado ao longo da instrução criminal e reconhecida no momento próprio, qual seja, a sentença.

2. Nos crimes societários admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, notadamente nas hipóteses em que, pelo pequeno porte da empresa, todos os diretores, via de regra, participam com mais presença do dia-a-dia da atividade empresarial. Precedentes.

3. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, 2005. *grifos nossos*).

Ressalte-se que o posicionamento do STJ revela consonância com o sistema constitucionalizado, sendo certo que o posicionamento puramente positivista entra em desacordo com as garantias e preceitos fundamentais, principalmente se for considerado o quão arcaico é o Código Penal Brasileiro.

Neste diapasão, a exigibilidade de conduta diversa é, como o nome deixa claro, a possibilidade que o agente tinha de agir de modo diferente. É importante entender que o tema é de grande análise em nossos tribunais, uma vez que é pressuposto de aplicação da pena. Entretanto, é também banalizado de certa forma, sendo elemento de conceito vago, não tendo análise aprofundada em cada caso concreto julgado.

Isto ocorre porque a análise dos elementos da culpabilidade é indispensável em uma condenação criminal e, sendo requisito essencial para condenação, as sentenças proferidas em tribunais brasileiros apreciam a exigibilidade de conduta diversa de modo a justificar a aplicação da pena, mesmo que de maneira inócua. Todavia, o que se observa é grande maleabilidade do instituto, gerando incertezas jurídicas. O que se tem notado é que este elemento é analisado conforme íntima convicção do julgador, podendo lançar mão de entendimentos próprios para concluir a sentença.

Sendo assim, a apreciação da questão gira em torno do subjetivismo do julgador, cabendo ao mesmo entender se houve ou não inexigibilidade de conduta diversa em cada caso. Não há no Código Penal elementos objetivos que permitam analisar os casos concretos à luz de uma certeza dogmática ou processual e, apesar de prever causas legais de exclusão de exigibilidade de conduta diversa, não fornece elementos que façam concluir ou não por uma coação moral irresistível ou obediência hierárquica.

Em rápida pesquisa jurisprudencial, já pode se notar a dificuldade de encontrar uma absolvição do réu por inexigibilidade de conduta diversa, sendo um pouco mais recorrente no Tribunal do Júri. Percebe-se que o réu argui com grande frequência a tese de defesa para excluir a culpabilidade, muitas vezes devido à coação moral irresistível, mas a exigência dos julgados tem sido no sentido de produção de prova cabal acerca do alegado.

### **3.1 Subjetivismo aplicado a partir do entendimento de casos concretos**

A exigibilidade de conduta diversa, sendo elemento correspondente aos anseios sociais, deve considerar a ação humana passível de reprovação, quando praticada dentro da normalidade. Equivale a dizer que uma situação anormal impõe ao indivíduo reações inesperadas. Dentro dessa lógica, o magistrado possui grande maleabilidade para empregar seu subjetivismo ao apreciar as provas carreadas ao processo, cabendo-lhe chegar à sentença conclusiva a partir de sua ótica.

A princípio, parece bem delineado o entendimento sobre a conduta do agente, se era exigível agir em conformidade com a norma ou não. Nesta ótica, o julgador precisa compreender o contexto do crime, a conduta e a personalidade do agente. Depois, aprecia-se



as causas legais de inexigibilidade de conduta diversa: obediência hierárquica e coação moral irresistível. Por fim, é observado se o caso impõe alguma anormalidade que leve ao entendimento da existência de causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

Ora, é óbvio que a análise desses elementos é um emaranhado complexo e profundo. Não parece razoável exigir que o magistrado compreenda a situação em que o delito foi cometido. Primeiro porque o contexto não pode ser reproduzido com todos os seus detalhes, sentimentos e ações. Segundo que, mesmo que cumprisse ao primeiro requisito, não é possível que o julgador adentre na *psique* do réu e compreenda a visão de mundo deste.

Neste cenário, torna-se evidente que o julgador deve seguir convicções íntimas para apreciar a conduta do réu, admitindo a situação lógica que lhe parece mais plausível, o que cria um mecanismo muito poderoso e, ao mesmo tempo perigoso, sendo certo que se abre espaço para arbitrariedades que, caso a caso, podem ser usadas como ferramentas controladoras de camadas sociais estigmatizadas.

A partir dessas premissas, passa-se à análise de um caso concreto em que a exigibilidade de conduta diversa foi apreciada a fim de condenar o réu: Rafael Braga, pobre, negro e reincidente. Em cumprimento de pena em regime aberto, o jovem foi abordado ostensivamente quando entrava em uma padaria na comunidade em que morava, sob acusações de portar drogas ilícitas com fins de venda.

Segundo relatos do acusado e de moradores do local, o mesmo foi pressionado a indicar chefes e controladores do tráfico da região que, segundo os policiais militares, era liderado pela facção Comando Vermelho. Se negando a fornecer informações, o jovem foi conduzido à delegacia sob acusação de porte de substâncias ilícitas e, posteriormente, foi condenado por tráfico de drogas e associação para tal fim.

Para além da estigmatização de camada social, a questão central na presente análise é a forma como os fatos apresentados nos autos foram percebidos. O julgador apreciou unicamente os depoimentos dos policiais militares e justificou sua postura em “súmula da jurisprudência predominante”, conforme se extrai do seguinte trecho:

Súmula no 70 PROCESSO PENAL PROVA ORAL TESTEMUNHO EXCLUSIVAMENTE POLICIAL VALIDADE.

"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante no 2002.203.00001 - Julgamento em 04/08/2003 - 752 ROGERIOJUNIOR Votação unânime - Relator: Desembargador J. C. Murta Ribeiro - Registro de Acórdão em 05/03/2004.

É certo que algumas contradições são perfeitamente previsíveis em depoimentos de policiais militares que participam de várias ocorrências policiais, porém, na essência os depoimentos prestados pelos policiais militares neste Juízo são convergentes. (RIO DE JANEIRO, 2017).

A apreciação da exigibilidade de conduta diversa, como é feita na maioria dos julgados, foi constatada através da ótica do magistrado, sem o trabalho de inserção no *psique* do agente, sem considerar suas características pessoais. Além disso, a fundamentação da condenação gira em torno das provas carreadas pela acusação, tratando a prova testemunhal da defesa desprovida de credibilidade, como pode ser notado a partir do seguinte trecho:

**É certo que algumas contradições são perfeitamente previsíveis em depoimentos de policiais militares que participam de várias ocorrências policiais**, porém, na essência os depoimentos prestados pelos policiais militares neste Juízo são convergentes. Por outro lado, a testemunha Evelyn Barbara Pinto Silva, vizinha do réu, ouvida neste Juízo, consoante termos de fl. 194, disse que era amiga e frequentava a casa da genitora do acusado por muitos anos. **Segundo a aludida testemunha Evelyn Barbara, foi possível observar da varanda de sua casa o réu RAFAEL BRAGA sozinho, sem qualquer objeto em suas mãos, sendo abordado e agredido pelos policiais militares.** Ato contínuo, narrou a aludida testemunha Evelyn que o acusado foi arrastado por um policial até a parte baixa da rua, o que comprometeu a sua visão. **Ao meu sentir, as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado RAFAEL BRAGA em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo "por muitos anos" como vizinho.** Embora a testemunha Evelyn Barbara (fl. 194) tenha afirmado em seu depoimento que o réu RAFAEL BRAGA foi vítima de agressão por parte dos policiais militares que o abordaram, fato este também sustentado pelo acusado quando interrogado neste Juízo (fl. 250), o exame de integridade física a que se submeteu o réu RAFAEL BRAGA VIEIRA não constatou "vestígios de lesões filiáveis ao evento alegado", consoante laudo de fl. 136. Dessa forma, por ser isolada do acervo probatório, não há como acolher a versão apresentada pelo réu RAFAEL BRAGA VIEIRA em ato de autodefesa. (RIO DE JANEIRO, 2017 *grifos nossos*).

O trecho destacado permite concluir que o magistrado possui o aval da subjetividade empregada ao caso concreto para selecionar a forma de análise das provas colacionadas aos autos. É permitido desqualificar totalmente as testemunhas de defesa com o único intuito de condenar o agente. Tendo o elemento de culpabilidade como limite da ação do Estado sobre a vida do sujeito, a pergunta que se faz é: “houve limitação para a atuação do Estado no caso concreto?”. A conclusão pela culpabilidade do jovem nos revela a reiteração do discurso falsamente legitimado:

Culpável, por fim, é o acusado, eis que imputável e estava ciente do seu ilícito agir, **devendo e podendo dele ser exigida conduta de acordo com a norma proibitiva implicitamente contida nos tipos por ele praticado**, inexistindo qualquer causa de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade aplicável ao caso presente. (RIO DE JANEIRO, 2017 *grifos nossos*).

A sentença considera a possibilidade de agir de modo distinto, totalmente através de elementos subjetivos. Fato é que inexistente uma maneira de o magistrado entrar no psicológico do réu e, mesmo que possível fosse, a situação do delito com todos os seus componentes não poderia ser reproduzida. Desta maneira, entender a culpabilidade como autorizador e, ao

mesmo tempo, limitador da pena, é medida que se impõe para a compreensão global dos casos apreciados nos tribunais pátrios, buscando elementos que mitiguem essa análise puramente subjetiva, apesar da dificuldade de anular essa prática.

Além disso, é muito importante a análise da segunda condenação atribuída ao réu Rafael Braga - associação para o tráfico - e, a partir da mesma, os elementos subjetivos serão colocados em xeque.

Também processado por associação para o tráfico, a sentença conclui que numa região dominada pela facção Comando Vermelho, não seria crível que um morador aja de maneira independente da organização criminosa e, nas suas palavras, diz que:

No caso presente a posse do material entorpecente (maconha e cocaína) embalado em saco plástico (vide laudo de exame de entorpecente de fls. 99/100), fracionado, inclusive, contendo inscrições "CV", que sabidamente destinava-se à venda, evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa "COMANDO VERMELHO" que controla a venda de drogas no local dos fatos.

Ademais, com o réu houve a apreensão de um rojão (fl. 17), sendo certo que no momento da prisão em flagrante do réu RAFAEL BRAGA, conforme relato dos próprios policiais neste Juízo, havia inúmeros elementos que se evadiram.

Dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa "Comando Vermelho" é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como "sem terra", em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro.

**Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida.**

Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa "Comando Vermelho" daquela localidade. (RIO DE JANEIRO, 2017 *grifos nossos*).

O magistrado revela, portanto, grande carga de subjetivismo, fazendo suposições quanto às situações julgadas. Observa-se uma sequência lógica criada pelo julgador, mas partindo de premissas, no mínimo, falhas.

Neste contexto, Rafael Braga foi condenado por tráfico e associação para o tráfico a partir de provas unilateralmente apreciadas, sem que tenha havido análise detida acerca da necessidade da pena. Não se pretende aqui fazer juízo de valor sobre a condenação do jovem, tampouco defender sua inocência, a ideia é analisar a culpabilidade para além da forma com que foi estabelecida em nosso ordenamento.

Interessante é que, diante da situação, há várias conclusões que poderiam ser tiradas. Apesar de não ser a intenção analisar a culpa do réu, sendo tido apenas como um exemplo, ao analisar as provas consideradas pelo magistrado, várias interpretações são cabíveis, dependendo única e exclusivamente do subjetivismo do julgador.

Observe: através da leitura da sentença condenatória, pode-se perceber que o material ilícito apreendido com o jovem tinha as inscrições "CV" e o local onde a prisão em

flagrante foi efetuada era região aparentemente dominada pela facção criminosa Comando Vermelho.

A partir destes dados, a conclusão do magistrado Ricardo Coronha Pinheiro foi que cabia ao réu agir em conformidade com a norma. Além disso, extrapolando os limites do bom senso, condenou uma pessoa presa sozinha por associação para o tráfico. A sequência lógica foi a seguinte: o agente foi preso em local dominado pelo Comando Vermelho; lá o sujeito traficava; a facção criminosa cobra com a vida quem concorre na “sua área”; logo, o réu é traficante e, naquele local, só poderia fazer parte do grupo criminoso.

As premissas são elencadas de modo a concluir pela condenação. Desta forma, a exigibilidade de conduta diversa é apreciada à luz da arbitrariedade do julgador que, neste caso, optou pela sua existência.

Agora, tentemos fazer um trabalho reflexivo, invertendo as conclusões lógicas das premissas extraídas dos autos: o rapaz é pobre e morador de um local dominado por traficantes organizados e perigosos, que cobram com a vida de quem não colabora pra a prática delituosa na comunidade; sua história de vida revela que jamais teve condições de sair daquele local; logo, a prática da mercancia de substâncias entorpecentes ilícitas foi produto de uma coação moral irresistível, sendo causa legal de exclusão de culpabilidade, uma vez que era inexigível que agisse de modo diverso. Ora, um morador de comunidade dominada por uma facção criminosa está inserido num contexto descolado da normalidade, sendo visível que suas condições de vida se destoam do “asfalto”, além disso, a premissa de que poderia pagar com a própria vida também se encaixa perfeitamente em uma definição de coação moral irresistível, de tal sorte que, ao invés de condenar por associação para o tráfico, o juiz entendesse pela inexigibilidade de conduta diversa. Um magistrado que teve formação com bases sociológicas, por exemplo, poderia concluir de maneira diversa no caso concreto.

A intenção não é analisar a inocência ou a culpa de Rafael Braga. O foco é demonstrar que um mesmo conjunto probatório pode produzir diferentes resultados, alterando única e exclusivamente a mentalidade do julgador.

Passa-se ainda à análise de outra sentença, proferida em julgamento de primeira instância em Ribeirão das Neves, Minas Gerais, onde a magistrada apreciou a tese defensiva de coação moral irresistível. A ré, neste caso, é Jaqueline de Castro, acusada de tráfico de drogas, tendo afirmado em seu depoimento pessoal que sua integridade física era ameaçada para que ela praticasse o ilícito, sendo certo que só cedeu às chantagens por medo de perder a própria vida. Ao apreciar a tese defensiva de coação moral irresistível, a magistrada se pronunciou da seguinte forma:

Finalmente, no que tange à alegação da defesa de exclusão da culpabilidade por coação moral irresistível, nos termos do art. 22 do CP, em que pese a relevante tese formulada pelas defesas, entendo que razão não lhe assiste, senão vejamos.

Inicialmente, destaca-se que a própria ré Jacqueline aduziu que “*Rafael fazia ameaças a depoente*”, não havendo como no presente caso afirmar categoricamente que Rafael estava ameaçando efetivamente a ré. O que há é apenas uma afirmação genérica de que “*consistia em ameaças de morte da depoente e sua família*”, não havendo como perceber sequer o grau de ameaça e o temor que Rafael supostamente exercia em Jacqueline mesmo porque ela nem registrou boletim de ocorrência da ameaça que teria sofrido, ou mesmo procurou familiares para relatar os fatos. (RIBEIRÃO DAS NEVES, 2016).

É sabido que, levantada a tese defensiva, inverte-se o ônus da prova sobre aquele fato e passa a ser da defesa a responsabilidade de demonstrar sua alegação, neste caso, de coação moral irresistível. Claro que não é razoável que a simples afirmação do réu em juízo de que era ameaçado seja suficiente para excluir a culpabilidade. Entretanto, no primeiro caso analisado, as simples inferências lógicas não demonstradas foram suficientes para a condenação. Por outro lado, por que esses mesmos elementos não são suficientes para uma absolvição? Qual é o parâmetro para entendermos que essa opção não tenha sido eivada por tendências protecionistas ou acusatórias?

São perguntas que não têm respostas, e a conclusão sobre os casos – se realmente existiu coação moral irresistível, por exemplo – fica a critério do público leigo que assiste, imprimindo opiniões de senso comum. Enquanto a exigibilidade de conduta diversa e a culpabilidade forem analisadas descoladas de um contexto político-criminal, não teremos conclusões demonstráveis e lógicas quanto a este aspecto, ao analisar uma sentença criminal.

Sob esta ótica, é perceptível que o conceito de exigibilidade de conduta diversa é vazio, dando margem para perigosa arbitrariedade, fazendo com que o julgador tenha maleabilidade para decidir de acordo com suas convicções que, inevitavelmente, estarão influenciadas por pensamentos íntimos.

Inegável é que tal subjetivismo produz situações que fogem da proteção constitucional e principiológica do Estado de Direito. Caso haja, no julgador, a intenção de reproduzir estigmas sociais, mesmo que inconscientemente, não há elementos limitadores para o emprego deste poder.

Apesar de reconhecermos que é praticamente inevitável o subjetivismo conferido a esta fase de caracterização do delito, há meios de mitigar o poder do judiciário quando aprecia a conduta do réu. Neste cenário, é importante considerar que a sistemática funcionalista teleológica é de fundamental importância, analisando o Direito Penal diretamente atrelado às

políticas criminais, sem perder de vista a função da pena e da reprovação social diante do delito. Nas palavras de Claus Roxin:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas uma unidade dialética (...) (ROXIN, 2002, p. 20).

A partir dessa ótica funcionalista, torna-se claro que as sentenças criminais devem voltar-se para uma visão sociológica e político-criminal. Não há dúvidas de que a formação do magistrado deve se ampliar para além do campo restritamente jurídico-penal. Cada sentença, seja condenatória ou não, deve se atentar para o contexto em que a situação está inserida.

Ademais, deve ser analisado o Direito Penal do fato, deixando para trás definitivamente o Direito Penal do autor, sempre prezando pela conformidade com os preceitos fundamentais constitucionais.

Esta proposta de ampliação da visão do julgador diante dos casos é uma forma eficiente de mitigar a arbitrariedade permitida na análise da exigibilidade de conduta diversa. Desta maneira, ampliar o conceito de culpabilidade para o de responsabilidade, incluindo a apreciação da necessidade da pena, é um meio de conferir outra análise para elementos como a coação moral irresistível.

Sendo assim, a apreciação da fase da culpabilidade deve abranger outros aspectos através da dogmática penal. Ao enxergar a aplicação da pena como ferramenta para a política criminal, conforme a ótica funcionalista teleológico-sistêmica de Claus Roxin, o subjetivismo da exigibilidade de conduta diversa acaba, em certo grau, sendo mitigado. Isto porque a concentração de análise da culpabilidade se estende através de outros componentes, buscando a utilização do delito e aplicação da pena como garantidores de alcance de todas as finalidades da sanção criminal.

Neste sentido, não se busca a eliminação da exigibilidade de conduta diversa na análise do delito, mas sua reconstrução no campo jurídico a fim de ser elemento garantidor dos direitos individuais do réu, até mesmo porque uma das principais premissas da área criminológica é "*in dubio pro reo*". É claro que o agente processado deve ter sua conduta apreciada a partir dos elementos trazidos aos autos, mas a forma como tais elementos são

analisados imprimem a ideia de perseguição social deslegitimada no Estado de Direito. Como no exemplo de Rafael Braga, onde premissas não comprovadas nos autos são condicionantes para a condenação por outro crime e, por outro lado, no exemplo de Jaqueline, a tese defensiva é desqualificada por ausência de prova. Parece, no mínimo, desproporcional a atuação jurídica dando o aval a condenações sem provas e afastando teses defensivas justamente por ausência de demonstração.

Desta forma, sem pretender apresentar critérios objetivos à exigibilidade de conduta diversa, deve-se acolhê-lo num contexto fático-probatório convincente e bem elaborado, deixando de se restringir às provas unilaterais.

Acrescente-se a isso o fato de que as políticas criminais devem estar associadas à dogmática penal, dando estrutura de funcionalidade e objetivo à imposição da pena, bem como à própria construção da definição de delito.

Assim, é importante repensar a subjetividade que o magistrado imprime em suas decisões, deixando margens para questionamentos e levantando dúvidas acerca da própria legitimação de tal conceito amplo e vago em Estado de Direito, onde o indivíduo possui ampla proteção contra os poderes estatais. A ideia é produzir sentenças mais contextualizadas e formuladas à luz de uma política criminal, sempre pretendendo acolher a visão constitucional no sentido de a culpabilidade permitir e também limitar a imposição da pena.

#### **4 CONCLUSÃO**

Nota-se, portanto, que a evolução do conceito de culpabilidade se revelou não-linear, atravessando os períodos históricos e absorvendo suas características. Por conseguinte, apesar das divergências doutrinárias, os penalistas brasileiros defendem majoritariamente a teoria finalista da ação, justificando a reprovação do ato a partir da finalidade da ação praticada pelo agente.

Sendo assim, a exigibilidade de conduta diversa, entendida como reprovação social sobre a conduta praticada, se revela componente importante na apreciação da culpabilidade e, neste contexto, o funcionalismo é ferramenta de grande relevância para nortear a discussão sobre o próprio papel do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que leva em consideração as funções da pena e inclui a culpabilidade no conceito de responsabilidade penal, apreciando a necessidade da pena.

Através dessa visão crítica do papel da pena imposta, a análise das estruturas das condenações exaradas é de fundamental importância. Por isso, a culpabilidade – que é

elemento fundante do crime – deve ser apreciada para além dos moldes pré-concebidos e, como se pôde notar, a exigibilidade de conduta diversa é um aspecto muito importante, uma vez que permite análise subjetiva sobre a conduta do agente processado.

Apesar do perigo que a elasticidade e subjetivismo da análise da exigibilidade de conduta diversa imprime nos julgados proferidos nos tribunais, não se vislumbra sugerir apreciação objetiva deste elemento, mas pretende-se chamar a atenção para a importância de se analisar com cautela essa característica do delito, não descartando de imediato as teses defensivas, mas atrelar o papel do judiciário à política criminal, com a pretensão de contextualizar a atuação do judiciário às Ciências Sociais, objetivando alcançar efetivamente todas as funções da pena, com ênfase especial à ressocialização e prevenção. As sentenças, portanto, devem incorporar a tendência de se justificar dentro da análise constitucional e político-criminal, buscando sempre possuir quesitos justificadores internos e externos, com o propósito de atender às finalidades da pena e evitar arbitrariedades e injustiças.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dez. de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 de out. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 327.738/RJ, Recorrente: Ministério Público Federal, Recorridos: José Maria de Castro, Frederico José Andrade de Castro e Antônio César Andrade de Castro. 5ª Turma, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 14 de junho de 2005. Lex: LEG:FED LEI:008212 ANO:1991, LEG:FED DEL:002848 ANO:1940, LEG:FED LEI:009983 ANO:2000.

BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. Revista Liberdades nº08, IBCCRIM, set-dez (2011), p. 45-92.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**, Antônio Luis Chaves Camargo - São Paulo: Saraiva, Sugestões Literárias, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral.5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 267-299.

EMIDIO, Cristina Fernanda. **A culpabilidade no direito penal brasileiro**. Disponível em <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro.htm>>. Acesso em 02 de outubro de 2017.

FONTES, Luciano da Silva. **Culpabilidade: Pressuposto da Pena ou característica do crime?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5047/culpabilidade-pressuposto-da-pena-ou-caracteristica-do-crime>> Acesso em 10/10/2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal** .2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002 p. 421-467.

JESUS, Damásio Evangelista de. 1935 – **Direito Penal Parte Geral**. 5. ed. rev. e ampl. / Damásio J56d E. de Jesus – São Paulo: Saraiva, 1980 p. 410-429.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: volume 1. 24. São Paulo: Atlas, 2007 p. 195-224.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 p. 419-457.

RIBEIRÃO DAS NEVES. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Penal nº 0231.09.136.698-0. Autor: Ministério Público de Minas Gerais. Réus: Jacqueline Julia de Castro e Jaime Alves Ferreira. Juiz de Direito: Mariana Siani. DJ, 06 dez. 2016. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Ribeirão das Neves, dez. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Penal nº 0008566-71.2016.8.19.0001. Autor: Ministério Público do Rio de Janeiro. Réu: Rafael Braga Vieira. 39ª Vara Criminal, Juiz de Direito: Ricardo Coronha Pinheiro. DJ, 20 abr. 2017. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Rio de Janeiro, abr. 2017.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002 p. 01-99.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 199 p. 216-253 e 310-343.