UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA CAROLINA DE MELO AMORIM

A IDENTIFICAÇÃO PRÉVIA DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: VIABILIDADE NA REDUÇÃO DE CASOS PRÁTICOS A FÓRMULAS DOUTRINÁRIAS?

Recife
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA CAROLINA DE MELO AMORIM

A IDENTIFICAÇÃO PRÉVIA DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: VIABILIDADE NA REDUÇÃO DE CASOS PRÁTICOS A FÓRMULAS DOUTRINÁRIAS?

Recife
2012

MARIA CAROLINA DE MELO AMORIM

A IDENTIFICAÇÃO DAS CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: VIABILIDADE NA REDUÇÃO DE CASOS PRÁTICOS A FÓRMULAS DOUTRINÁRIAS?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Linha de pesquisa: Teoria da Antijuridicidade e Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Brandão

Recife
2012

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

A524i Amorim, Maria Carolina de Melo
A identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa: viabilidade na redução de casos práticos a fórmulas doutrinárias / Maria Carolina de Melo Amorim. – Recife: O Autor, 2012.
176 f.

Orientador: Cláudio Brandão.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2012.
Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade penal. 2. Culpa (Direito). 3. Inexigibilidade. 4. Culpabilidade - Exigibilidade - FRANK, GOLDSMITH, FREUDENTHAL, MEZGER, MAURACH E WELZEL. 5. Antijuridicidade. 6. Crime. 7. Tribunais estrangeiros - Julgamentos - Doutrina brasileira - Exculpação supralegal - Fato de consciência - Legítima defesa - Desobediência civil - Conflito de deveres. 8. Jurisprudência brasileira - Análise. I. Brandão, Cláudio (Orientador). II. Título.

345. 04 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2012-017)

Maria Carolina de Melo Amorim

“A Identificação das Causas Supralegais de Inexigibilidade de Conduta Diversa: Viabilidade na Redução de Casos Práticos à Fórmulas Doutrinárias?”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Orientador: Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerro Brandão

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professora Drª. **Margarida de Oliveira Cantarelli** (Presidente/UFPE)

Professor Dr. **Alexis Couto de Brito** (1º Examinador/Universidade Mackenzie)

Professor Dr. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (2º Examinador interno/UFPE)

Recife, 27 de fevereiro de 2012.

Coordenador Prof.º Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Esse trabalho é dedicado aos meus pais, Palmira Maria de Melo Amorim e Luiz Augusto Amorim Silva, que me forneceram toda a estrutura emocional e psicológica – utilizada como base do meu crescimento pessoal e profissional –, me ensinaram, desde a infância, a buscar o aprimoramento dos estudos, sempre incentivaram e apoiaram minhas iniciativas e hoje assistem orgulhosos essa conquista. Certa de que, sem eles, eu não teria conseguido, dedico-lhes esse título acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, quem possibilita, a todo momento, nossa existência e nosso aprimoramento pessoal e espiritual.

Em segundo lugar, agradeço a todos aqueles que sentiram minha ausência no decorrer desses últimos dois anos, sabedores de que eu estava me dedicando à elaboração desse trabalho. Nesse ponto, agradeço em especial aos meus pais, meu irmão e meus familiares.

Agradeço, ainda, ao professor Cláudio Brandão, pelo tempo e atenção despendidos com a orientação a esse trabalho. Devo, ainda, a esse professor, muito dos meus conhecimentos no direito penal.

Agradeço aos que me apoiaram no decorrer do estudo, seja discutindo comigo as ideias que permeiam essa dissertação, seja me aconselhando, emprestando livros, ou simplesmente me ouvindo.

Assim, meu muito obrigada às amigas Andrea Walmsley, Camila Mendes, Fernanda Lima, Fernanda Arcoverde e Rejane Strieder, por todo o apoio e carinho, neles incluídos o tempo compartilhado, as infinitas discussões, o empenho e auxílio nos momentos de dificuldade e a participação e comemoração das conquistas;

Ainda, obrigada aos amigos Alessandra Navaes, Aline Curvêlo, André Magalhães, Christiano Calado, João Júnior, Bruna Monteiro, Maria Cláudia Guerra, Renata Bechara Coutinho e Viviane Vilas Boas, por compreenderem as ausências e incentivarem a busca pelo resultado; Obrigada a Ademar Rigueira Neto, Érica Babini Machado, Leonardo Siqueira e Talita Monteiro Caribé, pelas discussões sobre o tema pesquisado; à professora doutora Anamaria Campos Torres, que muito me incentivou na época da graduação, na monitoria de processo penal e na orientação da iniciação científica, bem como, mais recente, na preparação para o curso do mestrado; aos professores doutores Margarida Cantarelli, Ângela Simões Maia, Marília Montenegro, Ricardo de Brito e Teodomiro Noronha Cardoso; ao exemplo da madrinha Dra. Maria Luiza Lins e Silva Pires; e, por fim, obrigada aos colegas e funcionários do escritório de Advocacia Criminal, e aos colegas e funcionários do curso da Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO

AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa: viabilidade na redução de casos práticos a fórmulas doutrinárias?** 2012. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

A exigibilidade de conduta diversa, traduzida na possibilidade de exigir-se do autor de uma conduta típica e antijurídica que se portasse de acordo com a lei, é um dos elementos da culpabilidade, junto à imputabilidade e a consciência de antijuridicidade. Assim, não havendo como se exigir do autor conduta diversa da por ele praticada, exclui-se a culpabilidade e a responsabilização penal pelo fato. Tal forma de exclusão pode ser aplicada em situações não previstas pelo legislador (supralegais), nas quais, em virtude das peculiaridades do caso concreto, não se faz possível elaborar juízo de censura ao indivíduo. Com base em julgamentos dos tribunais estrangeiros, a doutrina brasileira firmou quatro situações de exculpação supralegal, que compreendem (a) o fato de consciência, (b) a provocação da situação de legítima defesa, (c) a desobediência civil e (d) o conflito de deveres. Tais fórmulas, vistas como soluções para delimitar e identificar essas causas de afastamento de culpabilidade, são analisadas no presente trabalho, a partir de coleta de material jurisprudencial e análise já empreendida pela doutrina alemã e brasileira, baseada em casos concretos julgados pelos Tribunais. Passa-se, em seguida, à tentativa de identificação de novas causas que não se enquadram no modelo apresentado, para empreender análise acerca da viabilidade (ou prejudicialidade) de se firmar, ainda que de forma extralegal, limitações às aplicações da causa de exclusão, chegando-se a conclusão de que essas fórmulas doutrinariamente estabelecidas já não se adequam a todos os julgados encontrados. Ao se observar a forma como vem se posicionando o julgador ao admitir a causa supralegal, não seria de se concluir que a identificação e delimitação dessas causas pela doutrina não estariam vinculando o julgador e ceifando sua liberdade de admitir a inexigibilidade de conduta como princípio geral do direito, em hipóteses não previstas dentro os modelos apresentados?

Palavras-chave: Inexigibilidade; Supralegal; Culpabilidade.

ABSTRACT

AMORIM, Maria Carolina de Melo**. The prior identification of supra legal cases regarding the unenforceability capacity of diverse conduct: feasibility in the reduction of practical cases into doctrinary formulas?** 2012. 176 f. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

The demand for diverse conduct, translated into the possibility of demanding from the author of a typical and illegal conduct to behave in accordance with the law, is one of the elements of culpability, alongside imputability and the awareness of unlawfulness. Without the existence of any means for requiring a different conduct from the author than the practiced one, culpability is excluded. Such form of exclusion might be applied in situations not foreseen by the legislator (supra legal), which, in virtue of the concrete case peculiarities, disables the preparation of a censorship judgment to the individual. Based on sentences in foreign courts, Brazilian doctrine established four situations of supra legal exculpation, comprising (a) the awareness fact, (b) forcing the self-defense situation, (c) civil disobedience and (d) duty conflicts. Such formulas, foreseen as solutions to limit and identify those causes of culpability removal, are analyzed in this work, based on jurisprudential material collection and analysis of already undertaken German and Brazilian doctrines, also based in factual cases judged by Courts. Afterwards, we move on to the attempt of identifying new causes that do not fit in the submitted model, in order to undertake a feasibility (or prejudicial capacity) analysis for establishing, although in an extralegal way, limitations to the application of the exclusion cause, concluding that those formulas established by doctrine are not adequate to every sentence found. By observing the position the judge takes when admitting the supra legal cause, shouldn't we conclude that the identification and limitation of those causes by doctrine is bonding the judge and taking away his freedom for admitting an unenforceability conduct as a general rule of the law, in hypothesis which are not foreseen within the submitted models?

Keywords: Unenforceability, Supra legal, Culpability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

1 CULPABILIDADE E O CONCEITO DE EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA 18

1.1 A Construção do conceito científico de culpabilidade e as origens da exigibilidade do atuar conforme a norma: FRANK, GOLDSMITH, FREUDENTHAL, MEZGER, MAURACH e WELZEL..... 18

1.1.1 A influência do finalismo..... 31

1.1.2 A doutrina de Maurach e o estabelecimento material da exigibilidade de outra conduta. Separação da exigibilidade dos demais elementos da culpabilidade..... 36

1.1.3 O papel do livre arbítrio..... 42

1.2 A conceituação e delimitação da exigibilidade de conduta diversa...... 52

1.2.1 A conceituação da exigibilidade de conduta diversa: os fundamentos, bases e teorização que alicerçam o conceito..... 59

1.2.2 Os critérios para determinação do poder atuar de outro modo..... 65

1.2.3 As causas legais de não exigibilidade de conduta diversa no Brasil. Coação irresistível. Obediência hierárquica..... 69

2 CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AS DISCUSSÕES DA DOUTRINA ALEMÃ, ITALIANA, ESPANHOLA E BRASILEIRA. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO, CLÁUSULA GERAL REGULATIVA OU *RATIO* DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO 75

2.1 Sentido supralegal do poder agir de modo diverso: a proporcionalidade no Direito Penal 97

2.2 Catalogação doutrinária das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa 98

2.2.1 Desobediência civil. Movimentos grevistas, ocupações rurais e urbanas, bloqueios em estradas e rebeliões em presídios..... 106

2.2.2 Fato de consciência ou delinquência por convicção 108
2.2.3 Da provocação da situação de legítima defesa 112
2.2.4 Do conflito de deveres. Retomada da ideia de WELZEL, de eleição de um "mal menor" 112
2.2.5 A doutrina de DE LA CUESTA AGUADO. Criação da exigibilidade em três níveis como forma de identificação de causas supralegais 116

3 CRIAÇÃO JUDICIAL, INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA SUPRALEGAL E A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA..... 120
3.1 O princípio da fundamentação das decisões, a criação judicial do direito pelo magistrado e o respaldo do direito penal para a decisão supralegal..... 121
3.2 Da análise jurisprudencial no Brasil..... 137
3.2.1 Primeira análise jurisprudencial. A falibilidade dos modelos de não exigibilidade supralegal apresentados pela doutrina brasileira: verificação de julgados brasileiros que já não se enquadram às quatro hipóteses discutidas..... 142
3.2.2 Segunda análise jurisprudencial. A aplicação da dirimente supralegal no Brasil, a motivação e justificativas utilizadas pelos Tribunais..... 152

CONCLUSÃO 165

REFERÊNCIAS 172

ANEXOS..... 177

INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é a delimitação doutrinária das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, seus fundamentos e sua aplicação na jurisprudência brasileira.

Partindo-se do conceito normativo de culpabilidade, a exigibilidade de comportamento conforme o direito é o terceiro estágio do juízo de reprovação da culpabilidade (junto à imputabilidade e consciência da antijuridicidade), e tem como fundamento concreto a normalidade das circunstâncias do fato[1].

Assim, para que uma ação possa se dizer culpável, não basta que o sujeito seja tido como capaz, imputável, e tenha consciência do injusto que representa seu ato, fazendo-se necessário, ainda, que tenha podido determinar-se normalmente rumo à prática do ato. Tal "determinação normal" não é verificada quando as circunstâncias reais que compõem o atuar do indivíduo forem de tal ordem que tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos[2].

Na sua concepção normativa, a culpabilidade desapareceria quando – dadas as condições e circunstâncias que permeiam a conduta – não se puder exigir do sujeito ativo um comportamento diferente daquele por ele efetivamente adotado.

Como o elemento em discussão é decorrência do próprio conceito de culpabilidade, a exculpação é verificada sempre que não houver liberdade de opção no caso concreto entre se comportar conforme ou contrário ao direito, independentemente de previsão legal[3]. Assim, das causas de exclusão da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa é a única que, dada a sua importância e características, pode ser aplicada em situações não abraçadas pelo legislador, nas quais, em subordinação às peculiaridades do caso concreto, não se faz possível elaborar juízo de censura ao indivíduo.

Dessa forma, com respaldo na construção doutrinária acerca do tema, algumas condutas não podem ser censuradas, dado o contexto fático na qual se encontram, embora não haja previsão dessa exculpação nos preceitos legislados. Em consequência, difundiu-se a ideia

---

[1] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 324.

[2] BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol. II. Tradução brasileira e anotações dos professores Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, p. 139.

[3] BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 02, p. 209-227, abril-junho 2005, Ano 15.

da inexigibilidade de conduta diversa como um fundamento geral de exculpação, insubordinado à lei, por se tratar de dirimente de ampla atuação, relacionada aos próprios princípios do direito penal, legitimando sua aplicação *extra legem.*

Com base nesse entendimento, a doutrina de ASSIS TOLEDO tem a inexigibilidade de outra conduta como um verdadeiro princípio do direito penal, esclarecendo que, quando inexistente a sua previsão na legislação, "deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal", o que justificaria a não exigência de normas expressas a respeito[4].

Um dos obstáculos ao reconhecimento das exculpantes supralegais de culpabilidade é o grande poder conferido aos Juízes de, à revelia da legislação vigente, verificar ou não a reprovabilidade da ação e seu autor. Teme-se, com esse argumento, que o uso dessa tese pela defesa possa conduzir a uma excessiva impunidade dos crimes.

Ora, a partir da compreensão, iniciada por FREUDENTHAL, da inexigibilidade de outra conduta como um conceito geral de exculpação, de inquestionável importância na aplicação do direito mesmo fora dos limites legais, e das inúmeras discussões doutrinárias acerca dos arquétipos de sua utilização, WELZEL[5] desenvolveu um modelo para o reconhecimento das aludidas causas pelos operadores do direito.

A única dirimente supralegal de exigibilidade de conduta diversa discutida por esse autor é o estado de necessidade exculpante, verificado quando o bem sacrificado na situação de risco é de maior valor do que o salvaguardado (fato que afastaria a aplicação do estado de necessidade como excludente da antijuridicidade). O clássico exemplo welzeliano de inexigibilidade de conduta diversa, baseado na jurisprudência alemã, é o reconhecimento da incensurabilidade da conduta dos médicos que praticaram a eutanásia determinada por Hitler[6].

Dada tal aplicação fora dos limites da lei e a tentativa de WELZEL de identificar pressupostos para o reconhecimento dessas causas, urge o primeiro questionamento, (I) se é

---

[4] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328.

[5] WELZEL, **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217.

[6] O chamado "decreto de eutanásia" de Hitler determinou aos agentes de saúde o envio dos doentes mentais aos campos de concentração. Sabedores de que, se não o obedecessem, seriam denunciados por outros médicos complacentes com o regime (o que não evitaria a morte dos mesmos pacientes), alguns médicos optaram por eleger determinados pacientes, atestando-os como aptos ao trabalho ou curáveis, e sacrificar outros, não deixando, assim, de cumprir a ordem ilegal.

possível identificar e delimitar, através de regras abrangentes[7], as hipóteses nas quais se enquadram as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. A resposta a essa primeira indagação encontra-se vinculada à eficácia dos modelos doutrinários apresentados, já que as classificações se tornam inócuas quando se verifica a sua impossibilidade de abarcar todos os casos já conhecidos.

As tentativas outrora firmadas por WELZEL em trazer tal delimitação e as demarcações levantadas pela doutrina atual (CLAUS ROXIN[8], JUAREZ CIRINO DOS SANTOS[9], MUÑOZ CONDE[10], a título exemplificativo), demonstram, *a priori*, ser possível estabelecer preceitos nos quais estariam inseridas as hipóteses supralegais de inexigibilidade de atuação conforme o direito. Tais modelos (de conduta e de circunstâncias) teriam grande valia para guiar os operadores do direito na identificação dessas causas.

Tem-se, assim, que com base em conceitos já trabalhados na doutrina alemã e espanhola, a doutrina brasileira reduziu as hipóteses supralegais em quatro fórmulas específicas, quais sejam, (a) o fato de consciência, (b) a provocação da situação de legítima defesa, (c) a desobediência civil e (d) o conflito de deveres[11].

No entanto, ao contrastar os exemplos welzelianos – que, tendo por pano de fundo as decisões do Tribunal alemão no período pós Segunda Guerra, voltam-se apenas às hipóteses de conflitos de deveres[12] – com as publicações mais recentes sobre o tema, vê-se que os requisitos cunhados por cada autor detêm estrita relação com o direito aplicado à época de sua publicação. Em outras palavras, as incipientes fórmulas para identificar e agrupar as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa têm unicamente por base as decisões já postas pelos Tribunais, cada uma à sua época e contexto histórico. A situação de

---

[7] A ressalva a uma regra abrangente se dá em razão da necessidade de que tal delimitação não crie uma específica situação de exculpação (como a inexigibilidade de recolhimento de contribuições previdenciárias em caso de dificuldades financeiras da empresa), mas apenas pontue regras gerais que auxiliem (e vinculem) o julgador na identificação das causas alegadas nos casos concretos.

[8] ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

[9] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 322-342

[10] MUÑOZ CONDE. **La Objeción de Conciencia en Derecho Penal**. *In*: NDP 96/A, pg. 87-102. Disponível em: < *http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp005.htm>;* Acesso em: 20.11.2009.

[11] Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 322-342.

[12] Tendo por base as decisões do Tribunal alemão, WELZEL definiu, como pressupostos da exculpação supralegal, "(I) Que la acción del autor era el único medio para proteger de una desgracia mayor; (II) Que el autor ha elegido realmente el mal menor e (III) Que ha perseguido subjetivamente el fin de salvación." WELZEL, **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217.

inexigibilidade nasce no plano real, concreto, e, somente depois de acatada pelo direito, passa a ser discutida pela doutrina e colocada dentre os modelos desenvolvidos.

A verificação da jurisprudência brasileira sobre o tema demonstra, também, a fragilidade dessa classificação, refutada por diversos julgados que não se enquadraram a nenhum dos 04 (quatro) modelos doutrinários.

Diante desse contexto, nasce um segundo questionamento, não menos importante, acerca da elaboração de tais "regras gerais": (II) uma vez estabelecidos requisitos e parâmetros de identificação das causas supralegais, a atividade jurisdicional não se veria "sugestionada" a aceitar apenas os modelos pré-estabelecidos?

Para responder essa pergunta, urge verificar, *ab initio*, como o julgador penal pode se portar na decisão que elege uma excludente supralegal e, em seguida, como ele efetivamente vem justificando suas decisões absolutórias que reconhecem a dirimente supralegal. Somente a partir desse exame pode-se estabelecer eventual vinculação entre as causas supralegais já conhecidas e discutidas doutrinariamente e a atividade jurisdicional.

Assim, na pesquisa jurisprudencial sobre o tema, ainda com o intuito de responder ao segundo questionamento, indaga-se: estaria o julgador brasileiro admitindo a hipótese de exclusão da culpabilidade através do reconhecimento de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa? Em sendo positiva essa resposta, que justificativas tem dado às partes para a prolatação de tal sentença absolutória? Tem feito uso dos modelos de excludente supralegal doutrinariamente conhecidos e estabelecidos?

Ora, é certo que as discussões doutrinárias quanto à delimitação e fixação de pressupostos para identificar as exculpantes supralegais de inexigibilidade de conduta diversa auxiliariam o Magistrado quando da aplicação da dirimente supralegal, em razão da inegável abrangência do campo de atuação dessas exculpantes não positivadas, evitando a condenação quando se verificam circunstâncias anormais suficientes a remodelar a atuação do agente no evento típico e antijurídico.

No entanto, a constatação de que determinada conduta não estaria inserida na classificação desenvolvida pela doutrina não deve, a princípio, respaldar o afastamento da dirimente pelo Magistrado, assim como a ausência de previsão legal igualmente não a afasta. Isso porque a adoção ou o afastamento de exculpação – seja qual for o contexto histórico e doutrinário que permear a análise judicial –, não deve fugir à pura percepção do Juiz.

Não há como negar o caráter dinâmico do direito, cuja velocidade a lei não consegue acompanhar. Assim, as discussões do processo penal não estão isentas do aparecimento, a cada vez, de novas ocorrências, as quais podem não se enquadrar nos modelos já conhecidos, apresentados pela legislação, ou, ainda, apresentados pela doutrina como causas supralegais de não exigibilidade.

Se o Magistrado se utilizar dos modelos doutrinariamente estabelecidos para descartar a aplicação da dirimente em suas decisões, corre-se o risco de contrariar as conclusões desenvolvidas ao longo dos anos sobre reprovabilidade, juízo de censura e responsabilização penal, o que questionaria a própria legitimidade de atuação do direito penal, ao autorizar a condenação de um fato não censurável, porém não previsto dentre as "delimitações" discutidas pelos penalistas.

Em se confirmando esse raciocínio, a criação de pressupostos para o reconhecimento judicial das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa estaria negando o próprio caráter principiológico da inexigibilidade, já que limitaria o reconhecimento da exculpação pelo Juiz tão somente às causas já estudadas e previstas, engessando o reconhecimento da inexigibilidade supralegal em novas hipóteses. Ousa-se afirmar que, nesse caso, tornar-se-ão inócuas as férteis discussões doutrinárias sobre o tema – que elevaram a inexigibilidade de conduta diversa a patamar acima do direito positivado, seja como cláusula geral regulativa, como *ratio* comum às causas de exculpação, ou até mesmo como princípio do direito –, discussões essas que embasaram, aliás, a admissão da sua aplicação supralegal.

Busca-se, então, questionar a utilidade e falibilidade dos pressupostos doutrinariamente estabelecidos, confrontando-os com a jurisprudência brasileira e com o caráter principiológico da culpabilidade.

Para a obtenção do objetivo proposto, empreende-se, inicialmente, detalhada análise da evolução do conceito científico de culpabilidade, sob as bases firmadas a partir de FRANK, GOLDSCHMIDT e FREUDENTHAL até o delineamento firmado pelo finalismo, expondo a influência de MEZGER e MAURACH no tocante à construção do conteúdo da culpabilidade e formulação da ideia de exigibilidade de conduta diversa como decorrência daquele conceito, e procurando apresentar, ainda, a importância da construção elaborada por WELZEL sob as bases já referidas.

Nesse ponto (1.1), serão exploradas as influências do finalismo sobre o atual conceito de culpabilidade, trazendo os delineamentos expostos por WELZEL e pela doutrina alemã. Com a ideia de livre-arbítrio vinculada à questão central da culpabilidade para a Teoria Normativa, são feitas breves considerações acerca das críticas doutrinárias às colocações de WELZEL, deixando-se de aprofundar a discussão com relação às teorias que divergem do conceito welzeliano de culpabilidade, para não afastar-se dos objetivos propostos. Assim, por fazer uso do conceito finalista de culpabilidade, olvida-se propositadamente do exame das modernas teorias da culpabilidade, que, se referidas no trabalho, têm por objetivo apenas contextualizar os argumentos desenvolvidos, a exemplo das alusões ao posicionamento de ROXIN. A discussão do livre-arbítrio não se olvida, naturalmente, da posição de outros representantes da doutrina penal moderna, a exemplo de CEREZO MIR e HANS JOACHIM HIRSCH.

Quanto à conceituação da expressão “não exigibilidade de conduta”, a investigação permitirá a identificação das ideias relacionadas ao termo, delimitando-se o objeto, fundamentos e conceitos que dão lastro à formulação do juízo de reprovação. Busca-se, ainda, sob a classificação efetuada por SAINZ CANTERO, discutir os critérios de determinação do “poder atuar de outro modo”, que perpassa a ideia de homem médio e as discussões acerca da subjetividade utilizada na análise do caso concreto. Dentre essa classificação, elege-se como mais acertada a posição perfilhada por HENKEL, que mereceu especial destaque no corpo do texto.

A pesquisa doutrinária e análise dos primeiros julgados sobre o tema – oriundos dos Tribunais alemães – não olvida do contexto histórico do reconhecimento da inexigibilidade supralegal. Tal enfoque histórico ganha importância na medida em que se percebe uma constante evolução na criação dos requisitos que hoje compõem as quatro fórmulas já acima referidas. Assim, parte-se da evolução histórica quanto à aceitação e fundamentação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pelos Tribunais estrangeiros, expondo o entendimento de setores da doutrina alemã, espanhola e italiana a respeito, contra e a favor da aceitação das exculpantes supralegais, antes de se passar à necessária análise das tentativas doutrinárias de identificar e catalogar as causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, no Brasil e no exterior.

Nesse aspecto, as referências à doutrina estrangeira foram selecionadas com o intuito de empreender específica análise das ideias mais vinculadas à aceitação das dirimentes

supralegais, utilizando-se da doutrina alemã, italiana, espanhola e, por último, brasileira (Capítulo 02). Não se pretendeu exaurir as discussões doutrinárias dos três países europeus a respeito do tema, mas apontar as principais teorias que enxergam as hipóteses de inexigibilidade de outra conduta acima dos limites legais. Escolheu-se a análise dos posicionamentos formulados, na Alemanha, por HENKEL (Inexigibilidade como Princípio Regulativo), comparando-as com as bases formuladas por GOLDSMITH E FREUDENTHAL e seu contraponto de MEZGER, em confronto que recebe diferente enfoque das abordagens anteriormente efetuadas para esses autores (abordagem agora relacionada exclusivamente às teorias que acatam ou refutam a supralegalidade do tema).

Quanto à doutrina italiana, são exploradas as obras de BETTIOL e SCARANO, com breve contraposição a ANTOLISEI, já que os primeiros veem a inexigibilidade como *ratio* das causas de exclusão. No tocante à doutrina espanhola, procura-se fazer referência às doutrinas de JIMENEZ DE ASÚA, SAINZ CANTERO e AGUADO CORREA, entre outras. No direito brasileiro, as alusões abraçam a doutrina de FREDERICO MARQUES, HELENO FRAGOSO, NELSON HUNGRIA, ANÍBAL BRUNO e ASSIS TOLEDO.

O elenco das principais teorias que dão substrato à aceitação das causas supralegais de inculpabilidade será *a posteriori* analisado à luz dos precedentes jurisprudenciais brasileiros, motivo pelo qual não se poderia olvidar da importância dessa análise. As discussões acerca do alcance da dirimente de culpabilidade não poderiam ser deixadas de lado, portanto, considerando a necessidade de averiguar, em seguida, a qual corrente se filia o direito brasileiro e que importância a inexigibilidade de conduta supralegal tem exercido nas sentenças penais.

Quando se parte à catalogação dos modelos supralegais doutrinariamente estabelecidos, não se pode deixar de referir-se às colocações de ROXIN, na Alemanha e, na Espanha, de MUÑOZ CONDE e DE LA CUESTA AGUADO, tendo essa última, inclusive, desenvolvido uma classificação própria para essas causas supralegais. No Brasil, a classificação desses modelos foi delineada por CIRINO DOS SANTOS, com base na doutrina estrangeira de ROXIN, e é também encontrada na obra de ARIEL DOTTI. Procura-se, nesse ponto, explicar e delimitar cada hipótese de inexigibilidade supralegal, apontando seus fundamentos e requisitos.

O desenvolvimento dessa análise, encontrada no tópico 2.2 do capítulo segundo, é elaborado sob as causas supralegais aceitas na Alemanha, Espanha e no Brasil, através dos

apontamentos doutrinários sobre tais modelos de conduta, demonstrando os requisitos fixados para cada um desses tipos e as decisões judiciais que ensejaram a sua criação. É trazida, sempre que possível, a legislação dos mencionados países[13].

Tal análise doutrinária também é, *a posteriori*, comparada com os precedentes jurisprudenciais apresentados, com o intuito de aferir se a prévia identificação das causas supralegais tem alcançado o objetivo ao qual se propõe.

Por fim, como forma de responder aos questionamentos formulados, volta-se à vinculação entre a delimitação doutrinária do tema e a atividade jurisdicional.

Nesse aspecto, faz-se interessante, *ab initio*, delinear a atividade de criação judicial do direito (Capítulo 3), bem como os fundamentos de que dispõe o Magistrado, dentro do método atual do direito penal, para julgar adotando uma excludente supralegal. Para esse exame, socorre-se primordialmente da doutrina de RECANSES SICHES, ANDREUCCI, PRADO e BRANDÃO, sendo de verificar-se um ponto de intersecção entre as atuais colocações de HERKENHOFF e os primeiros alertas de FRANK quanto à necessidade de se voltar aos fatos e circunstâncias que circundam o fato, ao se empreender uma apreciação valorativa do caso concreto.

A análise jurisprudencial do trabalho, abordando julgados brasileiros que afastaram a culpabilidade através do reconhecimento de causa de inexigibilidade supralegal, é divida em duas partes. Na primeira (tópico 3.2.1), a escolha dos precedentes tem por intuito comparar a solução encontrada pela jurisprudência com os modelos de causas supralegais pré-fixados pela doutrina, analisando se existe o ajustamento entre ambos. Trata-se de pesquisa exemplificativa, sem o intuito de exaurir o tema, que pretende apenas comprovar se os tipos de causas supralegais atingem a finalidade classificatória a qual se propõem.

Para essa análise, tenta-se enquadrar as hipóteses já julgadas pelos Tribunais brasileiros nos modelos apresentados, buscando falhas na apresentação desses últimos, referentes à eventual inadequação entre o reconhecimento da excludente supralegal pela jurisprudência e a classificação de causas supralegais existente.

Comprovada a insuficiência da tentativa doutrinária em reduzir todas as hipóteses presentes (e futuras) nas quais se haverá de constatar a mencionada excludente de

[13] As referências às previsões da legislação alemã e espanhola encontradas no corpo do texto são trazidas a título de comparação com o direito brasileiro, de forma a possibilitar a análise das ideias principais referentes às causas supralegais atualmente consideradas, no Brasil e nos países mencionados. Não é intuito do trabalho buscar o aprofundado exame da legislação desses países.

culpabilidade aos modelos de causas supralegais já apresentados, parte-se à análise, na segunda parte do último capítulo, da atividade jurisdicional que antecede a adoção da medida supralegal, estudando, a partir da percepção do Magistrado e sob o enfoque do exercício de criação judicial, a viabilidade dos critérios de identificação outrora apresentados e sua influência na decisão jurídica.

A segunda análise jurisprudencial (tópico 3.2.2) tem por objeto, portanto, a observação das justificativas dos Magistrados quando optam pela eleição da excludente supralegal em comento. Desta vez, busca-se comentar se o julgador brasileiro tem ou não se preocupado com a justificativa de sua decisão, quando a mesma baseia-se na hipótese supralegal em discussão.

De tais precedentes jurisprudenciais se indaga qual o raciocínio desenvolvido pelo julgador brasileiro para a adoção das causas supralegais de não exigibilidade, a que teoria vem se filiando a jurisprudência brasileira e qual o alcance da liberdade de decidir e do poder criador do direito quando se trata de decisão penal em desconformidade com a lei.

Dessa análise, amadurecida com as investigações já mencionadas, se extrairão as respostas aos questionamentos inicialmente elaborados acerca da necessidade e viabilidade da redução dos casos práticos de inexigibilidade de conduta diversa supralegal à fórmulas doutrinariamente estabelecidas.

1. CULPABILIDADE E O CONCEITO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A culpabilidade é identificada na doutrina como o juízo de desvalor estendido do ato repudiado ao autor desse ato[14]. Ou, ainda, é o conjunto de pressupostos da pena que fundamenta, frente ao sujeito, a reprovação pessoal da conduta antijurídica[15].

Vista como um juízo que recai sobre o autor do fato, e não sobre a conduta em si, a culpabilidade é tida como um juízo derivado, cuja análise só se verifica após a constatação da tipicidade e antijuridicidade da conduta. Assim, a culpabilidade veio romper definitivamente com a responsabilização objetiva[16], na qual somente se observava o nexo de causalidade entre ato e resultado tido por criminoso, independentemente da análise pessoal sobre o autor do fato.

A reprovabilidade do agente, por sua vez, se dá com a verificação da sua liberdade de atuação, "pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales"[17].

Assim, se o autor não pode, dadas as condições nas quais atuou, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação.

1.1 Construção do conceito científico de culpabilidade e as origens da exigibilidade do atuar conforme a norma: FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER, MAURACH e WELZEL

O conceito científico de culpabilidade, tal como visto hoje, foi construído a partir da obra de REINHART FRANK (*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*), no ano de 1907. Com o intuito de aferir a importância das suas ideias para a dogmática penal, deve-se situar o leitor

---

[14] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo II. Tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 13.
[15] MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo II. Tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 1.
[16] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.
[17] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 437.

para a visão estabelecida da culpabilidade antes do lançamento da obra desse autor alemão, que formulou a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, aperfeiçoada por MEZGER e GOLDSCHMIDT.

É que FRANK empreendeu verdadeiro "giro normativo"[18] nos conceitos de culpabilidade e seus elementos firmados por VON LISZT, RADBRUCH e BELING, defensores da Teoria Psicológica da Culpabilidade.

A concepção psicológica da culpabilidade surgiu na 2ª metade do séc. XIX, respondendo aos anseios do positivismo naturalista. O pensamento mecanicista do "dogma causal" convertia a culpabilidade a uma simples conexão causal subjetiva, simultânea e paralela ao nexo de atribuição objetiva[19].

A teoria psicológica parte de um modelo no qual o delito é separado em elementos objetivos (vínculo material) e subjetivos (vínculo psíquico), situando-os em categorias distintas e sem comunicação entre si, cada um buscando reconstruir o nexo de causalidade capaz de explicar o delito como algo que se percebe cognitivamente através da causalidade (como os fenômenos das ciências naturais)[20].

Assim, a culpabilidade era uma conexão causal de índole psicológica: "é o relacionamento psíquico do autor com o resultado externo de sua conduta"[21] e, dessa forma, se limitava a determinar de modo puramente descritivo as relações entre autor e fato. Para a Teoria Psicológica da Culpabilidade, portanto, a culpabilidade compreendia a relação subjetiva entre autor e fato. Tal relação só poderia ser de caráter psicológico (VON LISZT), mantendo-se a ideia de culpabilidade identificada como a relação entre o autor e o resultado, a vinculação subjetiva de forma estranha e exterior ao tipo objetivo (BELING).

Ao analisar tais ideias, FRANK propõe novos delineamentos à culpabilidade, rechaçando a concepção psicológica que reduz o conceito de culpabilidade a uma relação psíquica entre autor e fato (ou entre autor e resultado), e discordando do conceito de culpabilidade como um conceito de enlace, cujas subespécies sejam tão somente o dolo e a culpa.

---

[18] Expressão cunhada por Gonzalo D. Fernandez, no artigo "A Fundação da Teoria Normativa da Culpabilidade", que abre a tradução a obra de FRANK "Sobre la Estrutura del Concepto de Culpabilidad" para a língua espanhola da coleção "Maestros Del Derecho Penal" *In:* FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004.

[19] *Idem, ibidem*, p. 13.

[20] *Idem, ibidem*, p. 14.

[21] *Idem, ibidem*, p. 16.

Para FRANK[22], o resultado "está localizado fora da sua personalidade [do autor]", devendo-se impugnar o esgotamento da culpabilidade em um conceito genérico e referencial, um conceito de enlace (*Gattungsbegriff*) no qual o dolo e a culpa estariam inseridos na relação psicológica com o resultado. É introduzido, assim, o pensamento normativo no conteúdo subjetivo do ilícito, e passa-se a defender que para a verificação da culpabilidade devem ser observados outros fatores, denominados por FRANK como "circunstâncias concomitantes", para as quais atribui a prerrogativa de diminuir ou até mesmo excluir a culpabilidade. As "circunstâncias concomitantes" seriam o meio de aferir o grau de culpabilidade, junto à imputabilidade e o elemento subjetivo (dolo e culpa).

Nesse sentido, o autor inicia sua análise elaborando críticas a VON LISZT (para quem a culpabilidade é responsabilidade pelo fato realizado de forma ilícita[23]), ao aduzir que o que se deveria indagar era a quais circunstâncias se vincularia a responsabilidade penal.

Assim, FRANK afirma que a doutrina dominante à época encontra na essência da culpabilidade uma relação psíquica do autor com algo que está fora de sua personalidade, e que, ainda, existiria uma equivocada coincidência entre o conceito de culpabilidade e os conceitos de dolo e culpa, sendo esses últimos equivocadamente considerados espécies do primeiro (gênero)[24]. Criticando essa posição, FRANK afirma que "todos los hechos que podrían ser de importancia para la apreciación jurídica de la acción, es decir, las circunstancias concomitantes, están fuera del concepto de culpabilidad"[25].

O primeiro ponto do novo delineamento desse conceito, portanto, toca na limitação do conceito de culpabilidade como simples relação psíquica entre fato e autor.

Nesse sentido, FRANK traz a lume três exemplos. No primeiro, um caixeiro viajante e um portador de valores cometem o mesmo delito, apropriação de dinheiro alheio, mas cada um é movido por circunstâncias diferentes[26]. Enquanto o primeiro (caixeiro) encontra-se em dificuldades financeiras e a sua esposa está doente, o segundo goza de boas condições financeiras e de saúde. Nesse raciocínio, aduz FRANK que qualquer Tribunal, ao

---

[22] FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, *passim.*

[23] "O injusto criminal, como o delito civil, é ação culposa. Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva. Culpa é responsabilidade pelo resultado produzido" (Culpa, nessa frase, tem o conceito de culpabilidade). VON LISTZ, Franz. **Tratado de Direito Penal.** Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003, p. 259.

[24] FRANK, Reinhard. *Op. Cit.*, p. 27.

[25] *Idem*, *ibidem*, p. 27.

[26] *Idem*, *ibidem*, p. 28.

medir a culpabilidade de ambos, diria que a culpabilidade do acusado "se incrementa por su holgada situación económica o disminuye por una situación desfavorable"[27].

O mesmo se pode afirmar a partir de outro exemplo trazido pelo autor, relativo ao delito de homicídio. Embora o Estado proíba o homicídio, o seu interesse na manutenção da vida é menor quando é a vítima quem solicita sua própria morte, e esse fato servirá para graduar uma pena posteriormente aplicada ao autor do homicídio. No terceiro exemplo, afirma o autor que a mãe solteira que mata sua criança recém-nascida imediatamente após o nascimento é tratada de forma mais benigna (menos culpável), apesar de estar presente o mesmo dolo de matar de qualquer outro homicídio[28].

Com base nessas três situações, FRANK se volta à importância das "circunstâncias concomitantes" ao fato como causa de diminuição e até de exclusão da culpabilidade. Dado esse contexto, FRANK enriqueceu o conteúdo subjetivo do ilícito da forma como era visto pelos positivistas, introduzindo o pensamento normativo e afirmando que na medição da culpabilidade deve-se ter em conta outros fatores (aos quais denomina, como já observado, de "circunstâncias concomitantes") que poderiam não só diminuir, mas excluir a culpabilidade. Tais circunstâncias concomitantes seriam o meio de determinar o grau de culpabilidade, ou melhor, o grau de exigibilidade da conduta pelo direito (deve-se frisar que não havia, ainda, referência ao termo inexigibilidade de conduta diversa, expressão cunhada posteriormente, mas nascida dos contornos calcados por FRANK).

Outra questão de grande relevo, nas ideias do autor, é a colocação do conceito de imputabilidade como elemento da culpabilidade, e não como seu pressuposto. O raciocínio de FRANK para se chegar a essa conclusão reveste-se de simplicidade: como a imputabilidade poderia ser um pressuposto da culpabilidade se um doente mental pode, mesmo ostentando essa condição, querer a ação, sabendo-a criminosa, e, assim, representarem-se todos os elementos que a fazem ser considerada ação delitiva (ou seja, estando presente o dolo)?[29]

Nesse sentido, citando RADBRUCH, FRANK afirma que esse autor entende a imputabilidade não como culpabilidade, mas como capacidade de pena, e completa que essa interpretação se assemelha à de VON LISZT, segundo a qual a imputabilidade seria o mesmo que o uso da sensibilidade na motivação da pena. Criticando essa postura, FRANK menciona

---

[27] FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 29.
[28] *Idem*, *ibidem*, p. 30.
[29] *Idem*, *ibidem*, p. 34-36.

que, para os deterministas, o significado da pena se esgotaria na sua influência sobre a personalidade delitiva (e por isso estariam justificando a desnecessidade de aplicação da pena aos inimputáveis, uma vez que a pena aqui não exerceria influência sobre o autor). No entanto, aduz FRANK que, quando se dá à pena um significado maior, não se pode mais extrair essa simples conclusão e relação imediata entre imputabilidade e pena[30].

Assim, FRANK sustenta a existência de uma relação entre imputabilidade e pena, mas essa relação seria a mesma que existe entre culpabilidade e pena, ou seja, aquele que é culpável é punível. A culpabilidade, na verdade, conteria a imputabilidade, que seria um dos elementos daquela.

Portanto, a imputabilidade para FRANK não constitui um pressuposto, mas parte integrante da culpabilidade, devendo ser entendida como qualidade ou estado espiritual normal do autor[31].

A culpabilidade, então, apresentava três elementos: (I) as circunstâncias concomitantes; (II) a imputabilidade; e (III) o dolo e a culpa (a culpa tratada tão somente pela noção de imprudência).

Quanto aos elementos dolo e imprudência, FRANK inicia sua análise refutando a relação de espécie e gênero na qual são tratados diante o conceito de culpabilidade. Segundo a interpretação deste autor, nem tudo o que se diz da culpabilidade encaixa-se no dolo e imprudência, motivo pelo qual a relação desses conceitos não pode ser idêntica àquela estabelecida entre gênero e espécie.

Para exemplificar seu raciocínio, o autor afirma que diferentemente do que traz a doutrina, a relação culpabilidade e dolo/imprudência não se assemelha à comparação entre árvores e frutos, mas deveria assemelhar-se àquela entre árvore e raiz[32]. O dolo é uma manifestação com a qual devem concorrer outras para formar a culpabilidade, e não consequência ou resultado da culpabilidade.

Assim, FRANK também se refere ao dolo e à culpa como elementos da culpabilidade, definindo-os como “una cierta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia)”[33].

---

[30] FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 34-35.
[31] *Idem*, *ibidem*, p. 36.
[32] *Idem*, *ibidem*, p. 37-38.
[33] *Idem*, *ibidem*, p. 41.

Suas afirmações, sem dúvida, contribuíram para uma mudança posterior na localização do dolo, na medida em que associam a uma causa de exclusão da culpabilidade ter o agente se baseado em um erro de fato para o cometimento do delito – ocasião na qual FRANK aborda, também, a teoria dos elementos negativos do tipo.

Assim, assevera FRANK que se o dolo exige a consciência de que todos os elementos positivos do tipo estejam presentes, é lógico que esse conhecimento deve abarcar também estarem ausentes os elementos negativos do tipo, afirmando que "la antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo, pero su ausencia si es negativa"[34]. Quando a lei atribui uma ameaça de pena à ação, essa ação por si é antijurídica, sem que seja necessário que se agregue a ela quaisquer outras circunstâncias. Mas se existe outro preceito legal que exclui a antijuridicidade em casos especiais, essa exclusão suspende a ideia de delito; em outras palavras, só se aplica a *lex generalis* (que tipifica) quando ausente a *lex especialis* (que exclui o crime). A ausência de antijuridicidade seria um elemento negativo do tipo[35].

Ultrapassando a Teoria da Representação do Resultado, para esse autor o dolo é o conhecimento, de forma conjunta com a atuação voluntária, das circunstâncias de fato que pertencem ao tipo legal ou que agravam a punibilidade. Ora, se o dolo (que até então se encontra na culpabilidade) contém o conhecimento da ausência da antijuridicidade (teoria dos elementos negativos do tipo), e a ausência de antijuridicidade exclui a tipicidade, é certo que a concepção de dolo está em mutação, para mais adiante não poder ostentar a definição de VON LISZT de dolo como "a representação da importância do ato voluntário"[36].

A Teoria Psicológico-Normativa, portanto, iniciada por FRANK, homenageia o conceito de dolo dos romanos, e o dolo volta a se ver aliado à consciência da antijuridicidade como seu elemento normativo (ao lado da vontade e previsibilidade)[37].

Mas o maior legado deixado por FRANK baseou-se no conceito de reprovabilidade, repercutindo na discussão futura da Teoria da Culpabilidade.

---

[34] FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 46.
[35] *Idem, ibidem*, p. 51.
[36] VON LISTZ, Franz. **Tratado de Direito Penal.** Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003, p. 275. Sobre o dolo, Von Liszt afirma que "a ideia de dolo compreende: 1º. A representação do ato voluntário mesmo, quando este corresponde à ideia de um crime determinado, quer sob sua forma ordinária, quer sob uma forma mais grave. 2º. A previsão do resultado, quando este é necessário para a ideia do crime. 3º. A previsão de que o resultado será efeito do ato voluntario, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma". Em suas explicações sobre o dolo, o autor complementou que "o *dolus malus* do Direito Romano é intenção antijurídica e nada tem de comum com o moderno dolo".
[37] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 141.

Para ele, culpabilidade é reprovabilidade. A possibilidade de imputação a alguém de uma conduta proibida, portanto, passa pela ideia de lhe poder formular a reprovação do autor. A reprovabilidade é o tronco da culpabilidade e dela surge o perfil normativo da concepção de culpabilidade para FRANK, pois a reprovabilidade seria uma valoração negativa da conduta desaprovada. A imputação da culpabilidade ao sujeito estaria condicionada à possibilidade de censurar-se a conduta transgressora, possibilidade agora vinculada à normalidade das circunstâncias nas quais o autor do delito operou.

O legislador, então, poderia declarar a não incidência da proibição para certas ações cujo contexto indicaria "la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa"[38]*:* nasce a noção de culpabilidade como um juízo de reprovação a um indivíduo dotado de motivação normal. Posteriormente, FRANK alterou os requisitos da normalidade das circunstâncias do fato, passando a falar de "motivação normal", afirmando que a culpabilidade seria menor quanto mais a motivação do autor se visse influenciada pelas circunstâncias do fato[39].

Embora a vinculação entre a ideia de reprovabilidade e culpabilidade seja atribuída a FRANK, faz-se um parêntese para o alerta empreendido pela doutrina de JOSÉ FRANCISCO DA SILVEIRA que, em reconhecimento ao mestre italiano FRANCESCO CARRARA, afirma ter sido esse autor, décadas antes de FRANK, quem já ventilara a necessidade de reprovação do ato como condição à verificação do delito:

> Antes, todavia, de se evocar a brilhante doutrina de FRANK, FREUDENTHAL e outros autores que se dedicaram ao estudo da inexigibilidade de conduta diversa, é conveniente lembrar, em mais um reconhecimento do Direito Penal ao imortal mestre italiano CARRARA, que foi este, FRANCESCO CARRARA, que, por vez primeira, feriu, embora palidamente, o problema. É o que se depreende dos ensinamentos dos parágrafos 8º e 11 do Programa. Na tradução desta obra, feita pelos doutores JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e J. R. PRESTES BARRA, no mencionado parágrafo 11 aparece a expressão – 'ato reprovável'. O parágrafo seguinte é mais claro: 'mais ainda a ação que se queira atribuir ao homem

[38] "Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible; así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar". FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 41.

[39] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 11.

> como delito, além de lhe ser moralmente imputável como ato voluntário deve poder atribuir-se-lhe como ato reprovável'.[40]

Pois bem. A partir das bases estruturadas por FRANK, JAMES GOLDSCHMIDT tenta reduzir "*la incorrección*" da motivação normal à infração de uma "norma de dever", atribuindo à motivação anormal o valor de uma exculpante (junto com o estado de necessidade e o excesso escusável na legítima defesa). A ação, para sua doutrina, apresenta dois aspectos: (I) o de sua conformidade com o direito, sua legalidade, a norma de direito a qual se refere o injusto; e (II) o de sua exigibilidade, que corresponde à verificação se a "norma de dever" obriga ou não o sujeito a impulsionar ("motivação") sua conduta pela representação do dever jurídico, essa relacionada à culpabilidade[41].

A norma de dever teria caracteres de autonomia e independência da norma de direito: enquanto a segunda regula a conduta exterior, a primeira se refere ao dever e ao comportamento interno do agente. Assim, a norma de dever obrigaria o indivíduo a motivar sua conduta interna de maneira a corresponder às exigências estabelecidas pelo ordenamento jurídico. A reprovabilidade, nesse contexto, seria o não se deixar motivar pela representação do dever, dando-se o valor de desculpa com caráter geral à motivação anormal[42].

Assim, o tratadista reconhece a existência de certas situações que impedem a reprovabilidade do agente, em que pese a violação da norma de dever. Essas situações teriam, pois, origem na motivação anormal, e nelas não se poderia exigir que o autor se motive segundo o dever[43]. Vê-se que GOLDSCHMIDT, nesse raciocínio, já fundamentava o juízo de reprovação na exigibilidade, malgrado desse especial relevo à motivação do autor.

---

[40] SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 79.

[41] GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 86. GOLDSCHMIDT recebeu inegável influência da metafísica de KANT, para quem a legislação poderia ser vista sob dois aspectos, um que prescreve a ação que se deve executar como objetivamente necessária – ou seja, que faz da ação um dever – e outra que enlaça subjetivamente a causa determinante do arbítrio com a representação da lei (dever de motivação). Aplicando esse pensamento no direito positivo, frisa Ricardo Nuñez, em prólogo à edição acima referida (págs. 81 e 82), que para GOLDSCHMIDT todo imperativo jurídico teria uma "norma de motivação" a ele atrelado, exigindo que o agente se motive pela representação deste imperativo; e a diferença entre tais colocações com as defendidas por KANT é que a norma de dever de GOLDSCHMIDT não é um imperativo categórico para todas as circunstâncias e o conceito normativo de culpabilidade era buscado entre a *norma de dever* e a *norma de motivação*, ou, ainda, diante da oposição entre a *legalidade* e a *exigibilidade*.

[42] DONNA, Edgardo A. Breve Síntesis del problema de la culpabilidad normativa, *In*: GOLDSCHMIDT, James. *Op. Cit.*, p. 22.

[43] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 12.

Ao se dar relevo à motivação da conduta, as causas de inculpabilidade ganham fundamento e dão lastro à alegação de que a culpabilidade não seria uma mera relação psíquica entre autor e ação antijurídica, mas sim a valoração do fato ante o dever especial de motivar-se em virtude da representação do resultado e da vontade de ir contra o dever. É nesse sentido que GOLDSCHMIDT afirma que não é o fato antijurídico em si, e sim a direção da motivação que seria reprovável:

> (...) se puede afirmar que la 'motivación normal' es un elemento psíquico de la culpabilidad, lo mismo que las demás partes integrantes del 'dominio sobre el hecho'[44]. (...)
> (...) en razón de que FRANK fue el primero que caracterizo la culpabilidad como reprochabilidad, debe considerárselo como el iniciador de la 'moderna doctrina normativa de la culpabilidad', no obstante que la 'motivación normal' siempre ha de ser solo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la 'característica normativa de la culpabilidad'[45].
> (...) Más bien se debe decir que la característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este juicio de desvalor, esto es, la 'relación modal' en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada; y ella (la relación modal) llega a ser, por la admisión del carácter absoluto de esta escala, una calidad de la motivación, precisamente de su censurabilidad.[46]

Comentando o tema, RICARDO NÚNEZ complementa que GOLDSCHMIDT "descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo o la culpa y a la motivación normal, como presupuestos de la culpabilidad". A culpabilidade, então, seria apenas um juízo de reprovação que se compõe da exigibilidade (dever de motivar-se pela representação do dever indicado na norma de direito) e da não motivação pela representação do dever jurídico apesar da exigibilidade[47].

Assim, os elementos da culpabilidade da teoria de MEZGER seriam apenas pressupostos da culpabilidade para GOLDSCHMIDT, porque sobre ela estaria o poder atuar conforme o direito, que pressupõe a exigibilidade. A doutrina de RICARDO NUÑEZ, no entanto, alerta para o fato de que, apesar dessa diferenciação,

> En MEZGER y GOLDSCHMIDT no se puede ver una diferencia real en relación con los resultados, puesto que admitiendo ambos la "no

---

[44] GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 87.
[45] *Idem, ibidem*, p. 88.
[46] *Idem, ibidem*, p. 89.
[47] Afirma NÚÑEZ que, na doutrina de GOLDSCHMIDT, "los elementos de hecho de la culpabilidad de la teoria de MEZGER son sólo presupuestos de la culpabilidad, porque sobre ellos descansa el 'poder' (de actuar en conformidad al deber jurídico) que presupone la exigibilidad". NÚÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de La Culpabilidad. *In:* GOLDSCHMIDT, James. *Op. Cit.*, p. 78.

> exigibilidad" como causa de exclusión de la culpabilidad, sin que importe cómo y dónde, dan entrada al elemento que representa el aporte radicalmente innovador del normativismo, metódica y sustancialmente (...).

A ideia de exigibilidade (*Zumutbarkeit*) no direito penal como elemento central da culpabilidade foi introduzida por BERTHOLD FREUDENTHAL, cujo mérito é reconhecido na doutrina por sua contribuição decisiva na consolidação da teoria normativa da culpabilidade, através da relação "exigibilidade" e "conduta adequada à norma"[48].

Como visto, a partir da nova orientação dada pelo normativismo, a culpabilidade penal deixa de ser vista como uma simples relação psicológica do agente com o resultado da conduta e passa a se converter em uma valoração, a reprovabilidade da conduta, a desaprovação que se sintetiza em um juízo de censura. O antigo "elemento subjetivo" do ilícito penal, calcado em torno do dolo e da culpa e descrito sinteticamente como um nexo psicológico entre o sujeito e o resultado (vontade e previsão), passa a exibir uma fisionomia normativa (consciência da antijuridicidade) e a culpabilidade passa a ser vista como um juízo de censura, elaborado a partir da verificação do elenco de seus elementos, dentre os quais começou a se situar, cada vez com mais relevo, a exigibilidade do agir conforme o direito.

Elaborando críticas à acessibilidade do direito aos cidadãos, FREUDENTHAL afirma a multiplicidade de situações nas quais um sujeito "ha obrado como cualquiera habría hecho en su lugar" para construir sua tese de exigibilidade e poder de atuação alternativa: a base do juízo de censura estaria na exigibilidade penal e nas possibilidades alternativas de atuação, para se calcular quanto o direito estaria exigindo do sujeito[49].

Segundo esse autor, para estabelecer e graduar a exigibilidade penal dever-se-ia levar em conta um juízo subjetivo individual, observando as circunstâncias do caso concreto, o poder individual do sujeito no momento da ação. Quando falta esse poder, não cabe identificá-lo de forma geral, "es cuestión de establecimiento efectivo en el caso individual"[50].

Assim, o contato entre poder de atuação alternativa e exigibilidade se converte na equação central e decisiva para ser formulado o juízo de reprovabilidade, e, para estabelecer a graduação da culpabilidade, deve-se ter em conta o poder individual do agente no momento da ação.

---

[48] FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Culpabilidad Normativa y Exigibilidad (a propósito de la obra de Freudenthal). *In:* FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 23.

[49] FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 64.

[50] *Idem, ibidem*, p. 72.

Quanto ao papel do dolo na culpabilidade, FREUDENTHAL esclarece que a exigibilidade da não execução de um fato só não tocaria o dolo acaso esse fosse visto sob o anterior conceito formal – de representação e vontade –, sem se indagar acerca da reprovação do fato, a partir do que se poderia esperar do autor no momento e circunstâncias nas quais agira[51]. Nesse raciocínio, o poder do autor de agir como pressuposto da reprovabilidade assim o seria, também, com relação ao dolo, e a teoria desenvolvida "no es más que la realización del principio *'impossibilium nulla est obligatio'* en el ámbito de la doctrina jurídicopenal del dolo"[52].

As ideias iniciadas por FRANK receberam importante contorno de EDMUNDO MEZGER, quem considerou a culpabilidade como reprovabilidade pessoal de uma conduta antijurídica contendo, ainda, uma relação subjetiva e psicológica do autor com o fato (dolo e culpa)[53]. Para esse autor, culpabilidade "es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica": a ação aparece como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente[54].

Os elementos da culpabilidade para esse autor são a capacidade de atribuição (imputabilidade), o dolo, a culpa e a não existência prévia de causas que fundamentem a exclusão da culpabilidade[55].

O autor explica, ainda, que a culpabilidade não é só a referência a uma situação de fato, mas essa mesma situação como objeto de reprovação. Assim, em uma palavra, "culpabilidad es reprochabilidad", e o reconhecimento de que a culpabilidade jurídico-penal não é uma situação de fato psicológica, mas sim uma situação fática valorizada normativamente, é o que designa a concepção normativa da culpabilidade[56].

Para MEZGER, a culpabilidade é limite, mas não fundamento independente da pena, de forma que a todo juízo jurídico penal da culpabilidade é indispensável a referência anterior a um injusto realizado[57]. Nesse sentido, o autor critica a teoria de GOLDSCHMIDT que contrapõe "norma de direito" (que condiciona o injusto) à "norma de dever" (que

---

[51] FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 84.
[52] *Idem, ibidem*, p. 98. Grifo constante no original. A expressão em latim é traduzida como "relativamente às coisas impossíveis, não há obrigação".
[53] MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo II. Tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: editorial Revista de Derecho Privado, 1949, *passim.*
[54] *Idem, ibidem*, p. 01-02.
[55] *Idem, ibidem*, p. 37-38.
[56] *Idem, ibidem*, p. 5.
[57] *Idem, ibidem*, p. 13-14.

condiciona a culpabilidade dotando-a de uma independência interna). Esclarece MEZGER, nesse sentido, que "falta a la norma de deber la independencia interna frente al injusto"[58].

Ao criticar o conceito de culpabilidade como referência subjetiva e psicológica entre ato e autor, MEZGER afirma que "toda culpabilidad es culpabilidad del acto aislado"[59], embora, na doutrina moderna, ele reconheça a existência de outros doutrinadores para quem o objeto do juízo de culpabilidade não é o ato, mas o estado total do autor, ou o caráter do autor (culpabilidade de caráter). Nesse sentido, afirma MEZGER que

> En el derecho vigente, el objeto del juicio de culpabilidad es el acto, pero el acto en su relación con el carácter del autor, el acto como expresión de la personalidad del que lo realiza. El concepto de culpabilidad como 'culpabilidad de carácter' debe ser rechazado con arreglo al derecho positivo[60].

A teoria de MEZGER vê na formação da culpabilidade a soma de requisitos que permitem a reprovabilidade baseada na personalidade do autor do fato. A compreensão do conteúdo do juízo de culpabilidade parte dos diferentes pressupostos por ele firmados, do qual enfatiza a vontade na realização do ato, a motivação e a relação entre a ação e a total personalidade do agente[61].

O ato de vontade é representado pela referência psicológica imediata do autor com a ação injusta, dela se ocupa as teorias do dolo e da culpa[62]; quanto às partes motivadoras da culpabilidade, sua importância se deduz das causas de exclusão da culpabilidade reconhecidas pelo direito positivo, já que, não obstante seja doloso o ato, ou seja, mesmo com a referência psicológica do sujeito e sua ação, não haveria culpabilidade se o autor, por exemplo, (I) por "perturbação, medo ou espanto" vá mais além dos limites da defesa necessária (excesso de

---

[59] Aduz MEZGER que, embora GOLDSCHMIDT não pretenda negar a antijuridicidade objetiva, afirma de modo expresso que, "de la misma manera que hay injusto no culpable, existe también culpabilidad sin resultado antijurídico". MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo II. Tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 15-17.

[59] *Idem, ibidem*, p. 17.

[60] *Idem, ibidem*, p. 20.

[61] *Idem, ibidem*, p. 45 e seguintes. Interessante esclarecer que não há contradição nas afirmações de MEZGER ao aduzir que a culpabilidade é "culpabilidade de ato isolado", rechaçando o termo "culpabilidade de caráter" e, ao mesmo tempo, defender para a formação da culpabilidade a soma de requisitos a permitirem uma reprovação baseada na **personalidade** do autor do fato. Embora, a princípio, tais posicionamentos pareçam destoar, a leitura do raciocínio de MEZGER, quando dissociada da visão que a doutrina construiu para suas ideias, demonstra que esse autor alemão não defende (ao contrário do que se acreditava) uma culpabilidade de caráter, tendo, sim, o ato praticado como ponto de partida para a aferição da culpabilidade. No entanto, avançando nesse raciocínio, MEZGER acrescenta outros pressupostos a compor o juízo de culpabilidade, que se relacionam com a personalidade do agente. A leitura que se faz, dessas ideias, é a de que o conjunto de elementos relacionados ao ato (vontade, motivação, por exemplo) e a reiteração da conduta construiriam a ideia de total personalidade do agente, e essa sim, seria utilizada para basear a reprovabilidade.

[62] *Idem, ibidem*, p. 46.

legitima defesa), ou (II) quando forças materiais ou coações irresistíveis, reais ou supostas, envolvem perigo para o autor, e motivaram a realização de sua conduta, ou até mesmo (III) quando presente uma causa de não exigibilidade, etc.

Nesse raciocínio, complementa MEZGER que, mesmo nos casos em que a culpabilidade aparece firme, o processo de motivação tem importância decisiva para aferir a medida da culpabilidade: "así, cuando el autor ha sido 'arrastrado por cólera' o cuando ha cometido el hecho 'por necesidad' o cuando relaciones personales íntimas o fines justos han motivado su acto" [63].

Quanto à referência à personalidade e caráter do autor, relativa à parte integrante e caracteriológica da culpabilidade, MEZGER esclareceu, como já se afirmou, que entende a ação criminosa como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do sujeito. A personalidade do autor deve ser de tal índole que resulte apropriada a imputação a ele dirigida e, da mesma forma, essa personalidade deve ser adequada às exigências sociais. Conclui-se, então, que a própria essência da culpabilidade estaria fundamentada "en la adecuación del acto a la personalidad y en la adecuación social de la personalidad del autor"[64]. Complementa o autor que essa exigência já se encontra expressa no direito vigente na forma de dolo e culpa, na medida em que as leis exigem a referência psicológica entre o sujeito e o fato para a existência da culpabilidade; ademais, tal ponto de vista aparece especialmente claro na exigência da imputabilidade, pois nos casos de inconsciência se produz uma interrupção das referências normais da total personalidade do agente e seu ato concreto, afastando a culpabilidade[65].

A ideia de reprovação da personalidade do agente se relaciona com a noção de "culpabilidade pela condução de vida", segundo a qual o agente forma seu caráter, em algumas circunstâncias, de modo a alcançar uma posição de "inimizade ao direito". Os maus hábitos não permitiriam mais ao agente distinguir o lícito do ilícito, e o direito penal, para não ficar desarmado ante alguns perigosos delinquentes, deveria reconhecer o "agir doloso" mesmo sem a comprovação da consciência do injusto, quando essa falta de consciência puder ser atribuída ao autor do fato pela sua culpa na condução de sua vida[66].

---

[63] MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal:** Tomo II. Tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 49-50.
[64] *Idem, ibidem*, p. 52.
[65] *Idem, ibidem*, p. 52.
[66] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

Para sintetizar as ideias de MEZGER, conclui BITENCOURT que aquele autor considera como núcleo da culpabilidade o autor do fato, e não o fato (culpabilidade pela condução de vida). O que importaria realmente para a censura seria a personalidade do agente, ou o seu caráter, ou a sua conduta social, em última análise, o que ele é, e não *o que faz* e *como faz*[67].

Vê-se, portanto, que a concepção normativa fez dos fundamentos da teoria psicológica apenas um dos elementos da culpabilidade, porque conceitua a culpabilidade através de um juízo valorativo sobre a conduta do agente, como um processo oriundo de uma motivação reprovável do agente[68].

1.1.1 A influência do finalismo

Por volta de 1930, surgem trabalhos que tentam a separação do dolo da culpabilidade, merecendo destaque as ideias de GRAF ZU DOHNA, que rechaça a sistemática tradicional objetivo/subjetivo imposta às diferenças entre ilicitude e culpabilidade.

DOHNA elabora uma diferenciação entre objeto da valoração e valoração do objeto, na Teoria do Delito, remetendo a vontade de agir ao objeto da valoração, de forma a permitir seja ela transportada ao tipo subjetivo, enquanto a valoração do objeto passa a ser o juízo da motivação do agente[69]. Comentando o tema, JESCHECK afirma que WELZEL fez compreensível tal resultado alcançado por ZU DOHNA na Teoria do Injusto, se valendo do dolo como elemento integrante da ação e, com isso, componente do injusto[70].

Em suas próprias conclusões, WELZEL reconhece o passo iniciado por DOHNA para "a compreensão de que, no juízo de culpabilidade, do mesmo modo que na constatação da antijuridicidade, nos encontramos ante um resultado de uma valoração", já que esse autor teria separado taxativamente a valoração (reprovabilidade) e seu objeto (dolo) reduzindo o conceito de culpabilidade à valoração do objeto[71]. Inicia-se, pois, a construção da

---

[67] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 288-289. Alerta o autor brasileiro que tal concepção de MEZGER, por perder um pouco o caráter da objetividade, pode levar – como de fato ocorreu, na Alemanha nazista – a um arbítrio estatal.

[68] SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 26.

[69] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 452.

[70] *Idem, ibidem*, p. 452.

[71] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 98-99.

culpabilidade sem a presença dos elementos psicológicos – os quais seriam apenas objeto da valoração –, enquanto a culpabilidade seria a valoração dos referidos objetos.

Partindo de um exame das condutas tipificadas, VON WEBER teria complementado que, junto aos tipos concebidos em sentido causal, como pura produção de um resultado integrado por modificações exteriores, existem outros tipos nos quais o legislador atendeu a finalidade perseguida pelo sujeito[72]. De tal raciocínio se derivaria, para a dogmática penal, o reconhecimento de que o legislador tem duas possibilidades para configurar um comportamento como antijurídico: (I) limitar a norma ao comportamento exterior e proibir uma conduta causal para o resultado ou (II) tomar por base o querer do sujeito e submeter à punição o comportamento dirigido a um resultado[73]. Desse raciocínio, como esclarece a doutrina de CORDOBA RODA, concluiu WEBER que a conduta poderia ser configurada como antijurídica de modo objetivo e subjetivo, existindo, respectivamente, direito penal de resultado e de vontade[74].

Ainda, explica WEBER que atua culpavelmente quem atua antijuridicamente, e enquanto a culpabilidade se refere ao poder, a antijuridicidade ao dever. A reprovabilidade é dupla: o sujeito não atuou como devia e podia, e o conhecimento da antijuridicidade é separado do dolo e incluído na culpabilidade[75].

Tendo por base essas considerações, WELZEL empreendeu verdadeira transformação no conceito de culpabilidade até então estudado. Com o finalismo, retiraram-se os elementos subjetivos da culpabilidade e essa passou a ser considerada um puro juízo de valor.

No dizer de CORDOBA RODA, a doutrina finalista se baseia em fundamentos metodológicos distintos dos utilizados até então pela doutrina penal; essas novas bases metodológicas permitiram a criação de um sistema que consumou a sua evolução, iniciada no princípio do século XX, em virtude da introdução do elemento subjetivo no tipo e da consideração normativa de culpabilidade[76].

Para WELZEL, a ação humana consiste no exercício de uma atividade final. A finalidade ou o caráter finalista da ação se baseia no fato de que o ser humano, graças a seu

---

[72] VON WEBER, Hellmuth, Zum Aufbau des Strafrechtssystems (Jena, 1935), *apud* CORDOBA RODA, Juan. **Una Nueva Concepción Del delito: La Doctrina Finalista**. Barcelona: Ediciones Abril, 1963, p. 43.
[73] CORDOBA RODA, Juan. **Una Nueva Concepción Del delito: La Doctrina Finalista**. Barcelona: Ediciones Abril, 1963, p. 43.
[74] *Idem*, *ibidem*, p. 43.
[75] *Idem*, *ibidem*, p. 44.
[76] *Idem*, *ibidem*, p. 37.

saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta e atingir fins diversos dirigindo sua atividade conforme um plano para a consecução desses fins.

A atividade finalista, portanto, é uma atividade dirigida conscientemente em função de um fim, ao contrário do puro acontecer causal. Por isso se afirma, como máxima da Teoria Finalista, que a finalidade é vidente e a causalidade é cega.

Nesse raciocínio, se a ação final tem por espinha dorsal a vontade consciente dirigida a um fim, essa vontade, responsável pelo acontecer externo, pertence à ação como fator integrante[77]; para a lógica finalista, a conduta excede o movimento físico em razão de conter uma finalidade, ou seja, o objetivo da realização corpórea. A dirigibilidade do curso causal da ação como atributo humano foi chamada por ZAFFARONI de "antecipação biocibernética" do resultado.

Em consequência a esse raciocínio, pode-se afirmar que (a) o conceito de ação compreendido dentro da Teoria Finalista é a base estrutural do delito e (b) da estrutura final da ação se deduz que o dolo, junto aos elementos subjetivos do injusto, deve integrar o tipo[78].

Assim, o primeiro efeito da Teoria Finalista na culpabilidade foi a retirada do dolo da consciência da ilicitude, decretando-se a morte do *dolus malus* dos romanos. Nesse raciocínio, segundo ASSIS TOLEDO, ao se indagar a um seguidor da Teoria Finalista o que é a culpabilidade e onde ela pode ser encontrada, ele responderá que (I) a culpabilidade é um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso; e (II) esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa[79].

Para explicar tal raciocínio, a doutrina do redator da reforma do Código Penal de 1984 relembra a distinção de GRAF ZU DOHNA entre valoração do objeto e objeto da valoração, esclarecendo que "a culpabilidade é uma valoração; não pode estar, portanto, misturada com o objeto da mesma valoração que lhe é exterior. Assim, a culpabilidade é apenas a censurabilidade, isto é, a valoração; o dolo situa-se no objeto da valoração"[80].

---

[77] "La voluntad finalista puesto que y en la medida en que configura objetivamente el acontecer externo, pertenece a la acción como factor integrante". CEREZO MIR, Jose. **Curso de Derecho Penal Español**: parte general. 5ª ed, Madri: Tecnos, 1996, p. 265.

[78] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 226-227.

[79] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 229-230.

[80] *Idem*, *ibidem*, p. 230.

Complementa ASSIS TOLEDO que, com a saída do dolo e culpa da culpabilidade, essa última pôde ocupar-se verdadeiramente com a evitabilidade e inevitabilidade do fato praticado[81].

Pois bem. Voltando-se à culpabilidade, WELZEL afirma que a mesma não se conforma com a relação de discordância objetiva entre a ação e o ordenamento jurídico, e lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver omitido a ação antijurídica, apesar de tê-la podido omitir[82]. A culpabilidade contém, pois, dupla relação: (I) a ação do autor não é como exige o direito, (II) apesar de o autor ter podido realizá-la conforme a norma. Tal dupla relação, do não dever ser antijurídica com o poder ser lícita (já explicada por WEBER) consistiria, segundo WELZEL, no caráter específico de reprovabilidade da culpabilidade. Assim, fundamentando a culpabilidade na ideia de homem que tem o "poder de atuar de outro modo", o finalismo concebeu a culpabilidade como um juízo de reprovação que recai sobre a resolução da vontade[83].

Ora, se a antijuridicidade é o simples juízo de desvalor ante o comportamento não se apresentar de acordo com o direito – sem levar em conta se o autor podia satisfazer as exigências jurídicas –, o juízo de desvalor da culpabilidade vai mais além, lançando contra o autor a reprovabilidade pessoal pelo seu comportamento apesar de ter podido atuar conforme o direito[84]. Culpabilidade, assim, seria a reprovabilidade da resolução de vontade; toda culpabilidade seria culpabilidade de vontade[85].

As ideias do livre-arbítrio welzeliano reafirmavam que o homem é livre e será culpável quando direcionasse sua vontade para o injusto, tendo a possibilidade de agir de forma distinta.

Assim, o livre-arbítrio e a exigibilidade de outra conduta passaram a constituir os reversos da mesma ideia, já que, sem o primeiro, não se podia exigir que o agente atuasse de outro modo (o tema do livre-arbítrio e suas controvérsias doutrinárias serão melhores abordados em tópico posterior).

---

[81] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 232.
[82] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 94.
[83] MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JUSPODIVM, 2010, p. 158.
[84] WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 94-95.
[85] *Idem, ibidem*, p. 95.

Complementa WELZEL que a culpabilidade é um conceito valorativo negativo e graduável, podendo ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la. Com base nessa colocação, a vontade de ação é portadora de uma culpabilidade maior ou menor, mas ela em si (a vontade) não é a culpabilidade:

> A culpabilidade é uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação, mas não a vontade em si. Por isso é falsa a antiga doutrina, que ainda hoje muitas vezes tem repercussão, de que a culpabilidade é um determinado estado anímico (por exemplo, o estado anímico descrito no tipo subjetivo). Um estado anímico pode ser portador de uma culpabilidade maior ou menor, mas não pode ser uma culpabilidade[86].

Como à culpabilidade pertencem todos os elementos do delito prévios a ela (ação, tipicidade e antijuridicidade), somente uma conduta típica e antijurídica pode ser portadora da reprovabilidade da culpabilidade. Não obstante, ainda que tais elementos sejam constitutivos para o juízo de culpabilidade, não seriam também seus elementos. Com base no fato de que a vontade de ação é um elemento da ação (o dolo é elemento do tipo dos delitos dolosos e com isso um pressuposto material da antijuridicidade desses delitos), o que a culpabilidade examina é até que ponto pode ser reprovada a vontade de ação do autor do comportamento. Esse seria, pois, o problema novo e específico da culpabilidade no conceito de delito:

> O conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivo-anímicos e conserva apenas o critério normativo da reprovabilidade, com base no qual se examina se a vontade de ação é culpável. Nesse processo não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação[87].

Nesse raciocínio, WELZEL permite que a culpabilidade seja entendida como pura reprovabilidade, ao inserir o dolo e a culpa na tipicidade, elaborando significativas mudanças na estrutura do delito a partir do finalismo. Nesse sentido, frise-se a concepção do dolo, que não é mais visto como o *dolus malus* dos romanos, prescindindo do conhecimento da antijuridicidade da conduta: o dolo deixa de ser valorativo para situar-se como objeto da valoração, inserido no tipo penal, enquanto a consciência da antijuridicidade passa a ser encarada como elemento autônomo que integra a culpabilidade. A importância desse elemento, segundo BRANDÃO, é vital, porque é ele que possibilita o juízo de reprovação da

---

[86] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 96.
[87] *Idem*, *ibidem*, p. 97-98.

culpabilidade, já que "o juízo de censurabilidade da culpabilidade repousa no fato de o indivíduo cometer uma conduta, que poderia saber que era contrária ao direito, ou seja, cometer uma conduta com potencial consciência da antijuridicidade"[88].

Ante o exposto, a Teoria Finalista consolidou a culpabilidade como um juízo puramente normativo, a reprovar o autor de um fato típico e antijurídico, verificados de forma concomitante a potencial consciência da antijuridicidade, a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta[89].

Conforme já aludido, com a reestruturação da Teoria do Delito elaborada pela Teoria Finalista e as ideias de dolo e culpa passando a integrar a ação (como elemento subjetivo do tipo), a culpabilidade – articulada por LISZT como relação psicológica entre ato e autor – ganha um conceito eminentemente valorativo, transformando-se em juízo de desvalor e de reprovação pessoal, sob as bases plantadas por FRANK e que receberam, *a posteriori*, contribuições de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL, MEZGER e WELZEL.

O posicionamento finalista, portanto, trouxe significativas modificações na culpabilidade normativa, ante a exclusão de todos os objetos de valoração do conceito de culpabilidade, o qual passou a ser representada efetivamente pela ideia de reprovabilidade[90]. Excluídos os elementos psicológicos da culpabilidade, restavam, tão somente, os elementos de juízo de valor.

1.1.2 A doutrina de MAURACH e o estabelecimento material da exigibilidade de outra conduta. Separação da exigibilidade de conduta dos demais elementos da culpabilidade.

A doutrina de REINHART MAURACH expõe as objeções ao conceito complexo de culpabilidade (o qual inclui a imputabilidade, o dolo e a culpa e a exigibilidade de outra conduta) demonstrando, inicialmente, a incapacidade desse sistema de conceber a culpabilidade como puro juízo de valor. Ora, enquanto de um lado a culpabilidade se relaciona ao elemento psicológico – o dolo –, por outro lado sua caracterização se dá com um simples juízo de desvalor ao autor do fato. A incompatibilidade entre os elementos e a

---

[88] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 143.
[89] *Idem, ibidem*, p. 145.
[90] MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JUSPODIVM, 2010, p. 168-169.

heterogeneidade dos mesmos, agrupados sob o mesmo valor, demonstra que este critério deveria necessariamente fracassar, nas palavras de MAURACH[91].

Acrescenta MAURACH que o grande mérito da doutrina finalista é ter dado realidade à primeira construção normativa de culpabilidade, ao despojá-la das características psicológicas e dos objetos de valoração próprios do mundo de representações do autor, firmando como elementos do juízo de reprovação a (I) imputabilidade, (II) a possibilidade de conhecimento do injusto e (III) a exigibilidade de conduta diversa:

> Sus componentes son puras valoraciones. La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor; de la posibilidad del conocimiento del injusto se deriva que también en el caso concreto, podía el autor imputable conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche. Cada una de estas componentes contiene un juicio desaprobatorio de distinta naturaleza; su concurrencia da constancia de un no responder del autor a las exigencias del derecho, que le debe ser atribuido[92].

Os componentes da culpabilidade, agora, seriam pura valoração[93].

Tal conceito, contudo, ainda não está isento de críticas. Assim, continuando sua análise, MAURACH assevera que o conceito normativo de culpabilidade só seria correto se a pena retributiva da culpabilidade constituísse o único recurso do Juiz penal. No entanto, frisa o autor, a eficácia do direito penal é mais extensa, e a ela estão submetidos tanto aqueles para os quais a punição exige o juízo de reprovação pessoal, como os que não cumprem os pressupostos da culpabilidade mas demonstram sua periculosidade objetiva – e mesmo a esses últimos, se deve concorrer um determinado grau de responsabilidade[94]. Assim, não basta que o autor do crime tenha cometido um injusto típico, esse injusto deve poder lhe ser atribuído pessoalmente, sendo que uma atribuição subjetiva não se equipara à culpabilidade. O princípio "culpabilidad es reprochabilidad" resultaria demasiadamente estreito para a compreensão de todas as categorias de autores submetidos ao direito penal[95].

A outra crítica formulada por MAURACH consiste no fato, por ele observado, de que o conceito normativo de culpabilidade não constitui nenhum distintivo de reprovação pessoal: "para el juicio de desvalor culpabilidad, lo único decisivo es el poder del autor". Em

---

[91] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo II. Tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 22.
[92] *Idem, ibidem*, p. 23-24.
[93] *Idem, ibidem*, p. 24
[94] *Idem, ibidem*, p. 26.
[95] *Idem, ibidem*, p.26.

outras palavras, forma-se o juízo de reprovação do autor quando verificado que o agente tinha o poder decisivo de agir diferente, sem se empreender uma individualização pessoal.

MAURACH complementa que, observando os elementos integrantes do conceito normativo de culpabilidade, a individualização pessoal é permitida pela imputabilidade (cujo exame "es siempre una investigación referente a las potencias psíquicas individuales"[96]) e pelo potencial conhecimento da antijuridicidade (pode-se buscar a medida das faculdades anímicas e morais do autor concreto), mas tal não ocorre com a exigibilidade de conduta adequada à norma, a qual não apresenta processo de individualização algum[97].

Com o conceito de exigibilidade, portanto, não se fixam limites da culpabilidade, e sim da responsabilidade: o que a Teoria Normativa designa como único juízo de reprovação, constitui na verdade um conceito escalonado que, mesmo mostrando uma possibilidade de atribuição subjetiva, não constitui necessariamente culpabilidade[98].

Assim, para a Teoria da Atributividade desenvolvida por MAURACH, a simples observação de que o autor não cumpriu as exigências da lei, embora possa dar lugar à responsabilidade do sujeito por essa inobservância, não origina a reprovação ou juízo de culpabilidade algum.

Isso porque, como conceito graduável, para a atributividade separam-se os critérios de responsabilidade, e o não cumprimento das exigências legais determina, como primeiro grau de atributividade, a responsabilidade do ato. O não responder às exigências impostas ao autor concreto (individualizado) é o que origina o segundo grau, qual seja, o juízo de reprovação da culpabilidade[99]. Nesse juízo de culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa estaria fora.

O primeiro grau consiste na verificação de que o autor, ao cometer a ação típica e antijurídica, não se conduziu pelas regras do direito. Embora seja um juízo de desvalor, não representa necessariamente um juízo de reprovação, já que só se pode haver reprovação àquele de quem cabe esperar uma conduta adequada às normas. A responsabilidade pelo ato, primeiro grau, se contenta com um juízo de desvalor sobre o sujeito. Já a culpabilidade exige a concorrência de uma reprovação pessoal[100].

---

[96] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo II. Tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 27.
[97] *Idem, ibidem,* p. 28.
[98] *Idem, ibidem,* p. 29.
[99] *Idem, ibidem,* p. 31-36.
[100] *Idem, ibidem,* p. 33.

O juízo de desvalor sob o agente, por sua vez, nasce da comparação pessoal entre o autor do injusto e o "termo médio" dos outros indivíduos, para se chegar à conclusão de que o autor se comportou de modo distinto a que qualquer outro teria agido em seu lugar, na mesma situação. Aqui residiria a ideia de exigibilidade de conduta diversa:

> La desaprobación se basa en que el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado. La responsabilidad surge por no haber respondido el autor al poder del 'término medio' presumido por el Derecho[101].

Tal desaprovação, contudo, embora implique em responsabilidade, não enseja, por si, a reprovabilidade: a reprovabilidade necessária à culpabilidade coloca em atenção que o autor, no momento decisivo, agiu de forma distinta da que ele mesmo (sobre a base de sua capacidade de percepção) podia agir:

> (...) Mientras que en la responsabilidad por el hecho el momento desaprobatorio se cimenta en que el autor, en el momento decisivo, se comportó de modo distinto (peor) a los demás, el reproche de culpabilidad pondrá de relieve que el autor, en el momento decisivo, fue distinto a lo que él mismo (sobre la base de su capacidad de enjuiciamiento y dirección) podía ser[102].

O segundo momento da atributividade, portanto, exige uma pessoal reprovação contra o autor que atuou com capacidade de atribuição e possibilidade de conhecimento do injusto, verificando-se se autor teve, por si, a possibilidade de negar o delito e não a aproveitou. Com essa teoria, o autor busca um exame individualizador da possibilidade de motivação dos fatos, em ponto de vista diferente, já que é a responsabilidade que deriva das presunções do poder do autor ante o termo médio dos demais indivíduos, e não a culpabilidade.

Ao desenvolver a Teoria da Responsabilidade pelo Fato, afirma MAURACH que o autor de uma ação típica e antijurídica será responsável quando a ação estiver livre de fatores externos influentes sobre a motivação, cuja relevância seja reconhecida pelo ordenamento jurídico. Assim, o ato será visto como obra de vontade do sujeito, e ele será por aquele responsável[103]. A responsabilidade do fato, repita-se, por si só não pode servir de base a nenhuma reação penal, pois ainda não se fala no cometimento do ato delitivo (assim

---

[101] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**: Tomo II. Tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 35.
[102] *Idem, ibidem*, p. 35-36.
[103] *Idem, ibidem*, p. 34-37.

considerado) e tal conduta só se converterá em delito se concorrer também a culpabilidade como reprovação pessoal da conduta.

A teoria fundada por MAURACH, pois, introduz a "responsabilidade pelo fato" entre a antijuridicidade e a culpabilidade, como categoria própria[104].

Vê-se, então, que a ideia de exigibilidade de outra conduta até então desenvolvida encontrou delimitação nas ideias de MAURACH, ao separá-la do conceito de culpabilidade e reprovabilidade. Sendo essencial, na culpabilidade, a reprovação a título pessoal, essa é vista por MAURACH apenas somente a partir do segundo grau, quando o juízo de desvalor da conduta (primeiro grau, ao se verificar apenas a inobservância à norma) é complementado pelo juízo de reprovação, no qual se exige a capacidade necessária para atuar conforme o direito, ou seja, capacidade de conhecer a antijuridicidade da conduta e a imputabilidade, através da possibilidade de determinar-se de acordo com esse entendimento[105].

Nesse raciocínio, como nas situações de estado de necessidade reconhecidas pelo direito alemão, a lei não pratica individualização alguma, mas limita-se a descrever um estado e estabelecer, através de critério generalizador, em que condições será inexigível o comportamento conforme a norma, tais situações estariam abrangidas pela exclusão da responsabilidade pelo fato, primeira fase da atributividade de MAURACH[106].

Ao comentar essa delimitação da exigibilidade, explicando o raciocínio de MAURACH, aduziu a doutrina de VIAL DEL RIO:

> Por esto Reinhart Maurach expresa que 'el individualizador juicio de reproche no debe ser acoplado a la cuestión de la exigibilidad. Con la acción de necesidad se suprime, no el reproche altamente personal, sino el juicio general de que el autor no se ha conducido conforme al término medio. De concurrir, pues, una situación de necesidad reconocida, quedará excluida la responsabilidad por el hecho. Esta cuestión es anterior a la culpabilidad. También pues, los incapaces de culpabilidad especialmente los inimputables y los que actúan sin conocimiento del injusto, pueden invocar, de concurrir una reconocida situación de necesidad, la exclusión de la responsabilidad por el hecho[107].

---

[104] Acrescenta ROXIN que, em consequência a essa categoria sistemática, MAURACH conhece, junto às causas de exclusão da antijuridicidade e exclusão da culpabilidade, causas específicas de exclusão da responsabilidade pelo fato, dentre as quais teria mencionado o estado de necessidade exculpante do §35 e o excesso de legítima defesa do §33, ambos do CP alemão. Nesses casos, como se observa, se eximiria a responsabilidade a toda e qualquer pessoa que estivesse em determinada situação, sem depreender uma individualização da não exigibilidade. Cf. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.815-816.

[105] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 22-25.

[106] *Idem, ibidem*, p. 24-25.

[107] *Idem, ibidem*, p. 25-26.

Assim, MAURACH percebe a exigibilidade como um elemento autônomo da reprovabilidade, mas pressuposto dela, só que relacionada à constatação da responsabilidade pelo fato.

A doutrina de KAUFMANN, tratada por WELZEL, refere-se à teoria de MAURACH da "responsabilidade pelo fato" como etapa independente na estrutura do delito entre a antijuridicidade e a culpabilidade[108]. É nesse sentido que aduz SAINZ CANTERO, ao explicar que MAURACH propõe um conceito intermediário para fundamento da reação penal, constituído de dois graus, e separa a culpabilidade para o segundo grau, com a reprovação pessoal ao agente do qual se podia esperar o comportamento conforme o direito[109].

Assim, ao separar a *responsabilidade do fato* da *culpabilidade*, MAURACH estaria diferenciando o juízo de desvalor da conduta do juízo de reprovação pessoal. A reprovação é algo mais do que a desaprovação, e pressupõe mais requisitos quanto ao autor do fato: pressupõe a capacidade concreta de atuar de outra forma, a imputabilidade e o conhecimento do injusto.

Suas colocações, delimitando os moldes da reprovação pessoal, exerceram relevante papel na conceituação da exigibilidade, que se viu diferenciada dos demais elementos que hoje compõem a culpabilidade. A não exigibilidade de outra conduta seria vista sob dois aspectos, inicialmente sem análise da individualização do autor concreto e, posteriormente, a partir dessa análise (quando se falaria em reprovação). A não exigibilidade prevista na lei não estaria, portanto, no final da teoria da culpabilidade, mas fora, e anterior a ela[110].

Assim, mediante um exame do poder de agir do autor concreto e verificando que esse, individualmente, não poderia atuar de outra forma, se falaria em ausência de reprovabilidade, e, em consequência, de culpabilidade. Já as causas de exclusão da exigibilidade – que se encontram fora da culpabilidade – importariam na exclusão da

---

[108] WELZEL, **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 116.
[109] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal. Granada: Universidad de Granada**, 1965, p.59-61
[110] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 26.

responsabilidade do fato, não da culpabilidade[111]. Essas causas, como já se elencou, seriam, para MAURACH, o estado de necessidade exculpante do antigo §54 do Código Penal alemão, o estado de coação e o excesso de legítima defesa em determinadas situações de coação psíquica[112].

1.1.3 O papel do livre-arbítrio para a culpabilidade.

A ideia de livre-arbítrio e liberdade de vontade encontra-se atrelada ao problema central da culpabilidade, o seu fundamento ontológico, acentuado pela redefinição de culpabilidade como reprovabilidade[113].

Na esteira das conclusões da doutrina penal alemã, o juízo de reprovação formulado com a culpabilidade encontra-se intimamente relacionado à liberdade de decisão, à livre formação de vontade na condução do agente em seguir ou desatender a norma jurídica. É nesse sentido que JESCHECK, referindo-se ao princípio da culpabilidade como o pressuposto subjetivo decisivo da responsabilidade penal, aduz que o mesmo tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão da pessoa,

> pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales[114].

Ora, se o acontecer estivesse privado das forças da vontade, não teria sentido algum a reprovação da pessoa por seus atos. Sobre o tema, ZAFARONI pontua que o princípio da culpabilidade, entendido como a impossibilidade de aplicar pena se a conduta não for reprovável ao autor, deve ter por base a aceitação "de que o homem é um ente capaz de determinar-se". A culpabilidade, portanto, é construída sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem[115].

---

[111] SAINZ CANTERO, José Antonio. *Op. Cit*., p.62.
[112] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p.14.
[113] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 281.
[114] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal:** parte general. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 452, p. 437.
[115] Afirma ZAFARONI que, ao se retirar essa base, "desaparece a culpabilidade, seja com a sua substituição pela periculosidade – como fazia o positivismo italiano – seja porque é reduzida a uma relação psicológica que não é a culpabilidade, e, sim, o aspecto interno do injusto. Em qualquer dos casos, a culpabilidade como tal

Faz-se um parêntese para esclarecer que a noção de livre-arbítrio do homem e sua relação com os critérios de imputação pessoal e subjetiva já havia sido desenvolvida pela Escola Clássica, no início do séc. XIX, com desenvolvimento das ideias iluministas. Sobre o assunto, afirma SEBÁSTIAN MELLO que CARRARA já construíra seu sistema de imputação a partir da inteligência e da vontade do agente, segundo uma concepção de responsabilidade moral: o ser humano era punido na medida em que, detentor de igual dignidade em relação aos demais, decidiu livremente pela prática do crime; o sujeito é penalmente responsável porque é moralmente responsável[116].

Alerta MELLO que, muito embora até os dias de hoje se discuta a culpabilidade com base nos postulados clássicos do livre-arbítrio, esse apresentava problemas incontornáveis para a construção de um conceito autônomo de culpabilidade, dentre os quais aponta-se a sua (I) indemonstrabilidade (impossibilidade de demonstrar se uma determinada pessoa, em uma situação concreta, cometeu livremente ou não um ato delituoso) e, ainda, (II) o fato de que, por dirigir-se apenas à vontade "livre" do homem, acabava por desconsiderar-se suas condições, particularidades, circunstâncias, enfim, critérios não subjetivos que permitiriam a individualização da imputação[117].

É de se ver, no entanto, a importância do raciocínio iluminista, que, mesmo anterior ao estudo da normalidade das circunstâncias para o exercício do livre-arbítrio (que, como visto, surgiu nos primeiros anos do séc. XX, a partir de FRANK), teve decisiva importância ao conceito de culpabilidade, por ter dado o pontapé inicial às calorosas discussões entre *liberdade* e *determinismo* (que, posterior à Escola Clássica, substituiu a noção de livre-arbítrio clássico pelo positivismo científico e crença na ciência)[118].

Pois bem. No desenvolvimento de sua Teoria Finalista, WELZEL defende que a reprovabilidade da culpabilidade pressupõe a possibilidade de adoção de uma resolução de

---

desaparece". ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, Parte geral. São Paulo: RT, 2005, p. 522.

[116] MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JUSPODIVM, 2010, p.109.

[117] *Idem, ibidem*, p.110-111.

[118] *Idem, ibidem*, p. 111. Conforme esclarece MELLO, em meados do século XIX, a crença na razão e no livre-arbítrio do homem foi paulatinamente substituída pela crença na ciência, no positivismo científico, e o dogma da liberdade iluminista cede espaço ao determinismo, ao mesmo tempo em que o Estado Liberal Clássico vai sucumbindo a um novo modelo de Estado Intervencionista. Concomitantemente, a ideia de um direito penal da culpabilidade, fundamentado no homem livre e consciente de seus atos, construído a partir de um sistema de garantias contra o poder do Estado, dá lugar a um Direito Penal voltado para a defesa social e prevenção efetiva dos delitos.

vontade conforme a norma, não no sentido do homem médio, mas no sentido concreto (do autor do comportamento, na situação a qual ele se viu submetido) e, assim, levanta o problema do livre-arbítrio formulando duas indagações: (I) é teoricamente possível a adoção de uma resolução de vontade correta no lugar da equivocada? e, (II) em se admitindo tal possibilidade, o autor concreto teria essa capacidade? (o problema da imputabilidade ou capacidade concreta de culpabilidade)[119].

Dessa forma, a doutrina welzeliana analisa o problema do livre-arbítrio em três distintos aspectos, o antropológico, o caracteriológico e o categorial.

O primeiro, antropológico, relaciona-se ao fato de que o homem é um ser com disposição à responsabilidade, critério que o separa existencialmente (e não apenas normativamente) dos demais seres do mundo animal. Assim, apenas o homem detém o privilégio de romper a necessidade (indestrutível para outros animais) com sua vontade[120]. Esse raciocínio, da capacidade humana do pensamento racional, revelando o homem como responsável por suas ações e desvinculado dos instintos, rompe com o pensamento mecanicista da época, no qual se basearam as teorias de LOMBROSO, GAROFALO e FERRI.

A doutrina de ZAFARONI, ao colocar o reconhecimento da autodeterminação do homem como pressuposto do direito penal efetivo, alerta para os efeitos de entender-se o direito penal sem uma correlata fundamentação antropológica:

> Quando o direito penal deixa de facilitar a escolha e a realização, converte-se em um elemento frustrante, que deve ser destruído e que acaba se destruindo, porque até agora nenhum direito penal sem fundamento antropológico conseguiu destruir a natureza humana, mas apenas submetê-la temporariamente[121].

O aspecto caracteriológico refere-se à direção dos impulsos anímicos, estudando um conceito mais restrito de vontade. WELZEL definiu no conteúdo da vontade, em sentido amplo, todos os impulsos dirigidos a uma finalidade, inclusive os instintivos, paixões e aspirações, que compunham a direção da ação. Mas os impulsos teriam duplo aspecto, uma determinada força e um determinado conteúdo de finalidade. Tais aspectos poderiam não

---

[119] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 102.
[120] *Idem*, *ibidem*, p. 102-103.
[121] ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, Parte geral. São Paulo: RT, 2005, p. 324.

coincidir: a força ser maior do que o conteúdo de finalidade ou vice-versa[122]. Por se tratar de vivências emotivas, a decisão da ação seria o resultado do impulso dominante. Por outro lado, quando intervêm os atos de direção, de finalidade, do pensamento e da vontade, "não se experimentam impulsos tão somente em sua força emotiva, mas são compreendidos em seu conteúdo de finalidade e em sua significação valorativa para uma configuração correta da vida"; tal finalidade converte-se em motivos, apoiando-se neles a decisão de vontade:

> os atos da função do 'eu' (do próprio) transcorrem por meio da finalidade e não da força causal: os motivos do pensamento e da vontade são as razões objetivas, ou seja, não causais, nas quais se apoiam, conforme um fim, os atos do pensamento e da vontade. Nesse processo, o impulso valioso é permitido e o conteúdo da força do não-valioso destruído.
> (...)
> Apenas aquilo para que nos incita e arrasta um impulso instintivo, uma aspiração, um interesse, pode converter-se em fim de uma decisão da ação, tanto se é adotada de modo instintivo como conforme um fim.[123]

Quanto ao aspecto categorial, em resposta à segunda indagação, WELZEL inicia sua análise tecendo críticas ao monismo causal[124], para aduzir que no acontecer externo da ação já se havia verificado uma subordinação do vínculo causal pelo nexo final, e o que se propõe analisar, agora, é se é possível a direção final dos impulsos anímicos do homem. Nesse sentido, conclui que liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme os fins, ou seja, não é a liberdade de poder atuar de outro modo, mas poder atuar conforme a finalidade. A admissão de uma liberdade sem fundamento (entre o valor e desvalor) "conduziria ao caminho do indeterminismo e destruiria o sujeito da responsabilidade". Assim, enquanto o "não valioso" determina o homem através da pressão causal (ira, inveja, cobiça, agressividade, ambição, apetite sexual e etc.), não se pode dizer ter havido ato de liberdade:

> A liberdade não é um estado, mas um ato: o ato de libertação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação conforme os fins. Na falta deste ato baseia-se o fenômeno da culpabilidade: culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor[125].

---

[122] WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 105.
[123] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 106.
[124] "No monismo causal não é possível, sem dúvida, a reprovabilidade por ter o homem adotado a decisão equivocada no lugar da correta, porque toda decisão – independentemente de ser errada ou certa – deve estar necessariamente predeterminada". *Idem, ibidem*, p. 107.
[125] *Idem, ibidem*, p. 110.

Nesse raciocínio, a culpabilidade não significa ser livre para decidir-se contrário à norma, mas, sendo o agente capaz de autodeterminação conforme os fins, ficar preso pela coação causal aos impulsos. Em outras palavras, não bastaria um ato de livre autodeterminação, mas a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável: a falta cometida pode ser um fracasso único do "eu-centro" responsável da pessoa ou pode basear-se em um estrato permanente da personalidade[126].

Essa decisão, representativa da escolha do sujeito, traduz a ideia de livre-arbítrio a partir da visão do homem como consequência das decisões que elegeu no passado. Em outras palavras, o sujeito é culpável quando pratica um ilícito penal quando poderia, concretamente, ter dirigido sua vontade em conformidade com o direito, o que torna a noção de livre-arbítrio ínsita à conceituação da culpabilidade.

A contraposição à ideia de livre-arbítrio é formulada pelo determinismo, traduzido no entendimento de que o homem é consequência da representação de seu passado, suas história, hereditariedade, fatos e circunstâncias que marcaram e formaram seu ser, gerando seus medos, impulsos, emoções e, consequentemente, suas ações[127]. Inegável o relevo da discussão, pois, como afirma AZUMA, "se o homem, ao agir, o faz por impulsos causais que determinaram a sua ação, logo ele não pode ser responsável ou culpável por suas atitudes"[128].

Segundo SEBÁSTIAN MELLO, do ponto de vista material, a culpabilidade para a doutrina finalista se fundamenta na possibilidade de o homem concreto atuar conforme o direito, quando atuou de maneira contrária a ele; o poder atuar de outro modo, centrado na ideia de liberdade de vontade, sustentaria a reprovabilidade da conduta antijurídica[129].

A noção de livre-arbítrio atrelada à de culpabilidade, tal como concebida por WELZEL, não restou isenta de críticas. Aliás, como esclarece a doutrina de ALEXIS BRITO[130], "depois de um período aparentemente calmo, no qual os partidários do indeterminismo pareciam ter ganhado a batalha, a crise instalou-se no conceito de culpabilidade". Afirma o autor que, desde meados do século XX, setores científicos dedicados ao comportamento humano, a exemplo da psicologia e psicanálise, estariam colocando em

---

[126] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 108-111.
[127] AZUMA, Felipe Cazuo. **Inexigibilidade de Conduta Conforme a Norma.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 54.
[128] *Idem, ibidem*, p. 55.
[129] MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JUSPODIVM, 2010, p. 165.
[130] OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de *et al*. **Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. São Paulo: RT, 2011, p. 440.

dúvida a possibilidade de comprovação do livre-arbítrio, o que questionaria as bases do conceito normativo de culpabilidade. Se muitos penalistas somente encontram fundamento à culpabilidade no livre-arbítrio, a negação deste último elemento poderia representar a negação de todo o sistema penal[131].

As críticas das ciências empíricas consideram que o livre-arbítrio que sustenta a culpabilidade seria de difícil demonstração, ante a inexistência de método científico que esclareça, com certeza, se em seu foro interno o sujeito poderia ter atuado livremente de outro modo no caso concreto[132].

No direito penal, a discussão está longe de se ver pacificada. Ao analisar o tema, a doutrina de FIGUEIREDO DIAS frisa a impossibilidade de admitir uma decisão puramente teórica sobre o problema (de saber se a vontade humana pode ou não considerar-se como livre) sem se olvidar da questão prática de saber *como* e *quando* se está perante uma vontade livre[133].

Assim, FIGUEIREDO DIAS demonstra não se poder, no plano da facticidade real e concreta, decidir a questão de princípio do livre-arbítrio, e muito menos, em seu entender, averiguar o efetivo poder do homem de agir de outra maneira na concreta situação. A pergunta se o agente, em dada situação, poderia ter concretamente agido de outra forma corre o risco de tornar-se "por inteiro destituída de sentido", já que a resposta seria "absolutamente inverificável". Em consequência, analisando a posição trazida por HARTMANN (a liberdade positiva é a liberdade do dever-ser, das exigências que provêm dos valores e que tendem à realização deles) e a tentativa de WELZEL em considerar as investigações antropológicas e caracteriológicas, conclui que a liberdade do concreto ato de vontade e o poder de agir de outra maneira "não pode ser arvorado em critério prático da liberdade e da culpa" (culpabilidade)[134].

No mesmo sentido, CLAUS ROXIN já expusera a dificuldade de constatação científica do "poder atuar de outro modo", aduzindo que, apesar da sua plausibilidade teórico-

---

[131] OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de *et al*. **Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. São Paulo: RT, 2011, p. 441.
[132] *Idem, ibidem*, p. 441.
[133] FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Liberdade, Culpa, Direito Penal.** Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 23.
[134] *Idem, ibidem*, p. 33-34 e 54.

cotidiana, a premissa não demonstrável do livre-arbítrio fracassa por não ser suscetível de constatação[135].

Ao elaborar estudo sobre o tema do livre-arbítrio, ROXIN chega a defender, inclusive, outra classificação para a culpabilidade, tendo-a por inserida no conceito que desenvolve para *responsabilidade*. Para esse autor, a culpabilidade não integra o conceito analítico de crime, mas atua como um limite ao poder punitivo do Estado, relacionado à necessidade de prevenção de novos delitos.

A chamada "responsabilidade" engloba, além da culpabilidade, os critérios de necessidade preventiva da sanção penal. O agente atua culpavelmente quando lhe era alcançável o efeito da norma e, segundo seu estado mental, era-lhe motivável decidir-se por cumpri-la[136]. Isso não implicaria afirmar que o agente teria o poder de agir de outro modo (porque esse poder é indemonstrável), mas que, sendo existente uma capacidade de controle intacta e, com ela, a motivabilidade normativa, deveria esse agente ser tratado como livre.

A imputação subjetiva deve ser influenciada *também* por exigências de prevenção geral, e não somente por ela, esclarece ROXIN. Assim, o autor afirma que sua teoria não se desarmoniza com a teoria dominante na jurisprudência alemã (que vê o livre-arbítrio como elemento fundamental da culpabilidade), embora não dependa dela[137]. Explica o autor alemão, nesse sentido, que se alguém realiza um injusto típico, não havendo dúvidas acerca da sua idoneidade para ser destinatário de normas, deve-se dizer que ele deveria e poderia ter agido de forma diversa e, assim, declará-lo culpável. Essa capacidade ou idoneidade de ser destinatário das normas é passível de verificação empírica, na medida em que se há de verificar se esse mesmo agente estava em condições de compreender o comando normativo e a ilicitude do seu agir, bem como verificar se sua capacidade de autocontrole estava reduzida ou prejudicada naquele momento[138]. Já o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbítrio não

---

[136] ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 799-800. ROXIN defende a culpabilidade como atuação injusta frente à existência de uma dirigibilidade normativa. A culpabilidade estaria presente quando ao agente estava disponível a execução da norma segundo seu estado mental e anímico, sendo, no momento do fato, psiquicamente acessíveis possibilidades de decisão por uma conduta orientada conforme a norma. Ou seja, se buscaria no caso concreto a possibilidade de controle, seja livre ou determinada, que existiria em um adulto são na maioria das situações. Segundo o autor, não se trataria, assim, de uma hipótese indemonstrável, mas de um fenômeno cientifico empírico, para o qual é irrelevante se a vontade do agente orienta-se por uma postura determinista ou indeterminista, já que importante é a possibilidade de decidir por uma conduta de acordo com as normas; a culpabilidade assim, seria um conceito misto, de natureza empírica (demonstrável) e normativa (com possibilidade de atuação apreensível no processo penal concreto a partir dos dados empíricos). Cf. p.807-812.

[136] *Idem, ibidem*, p. 792.

[137] *Idem*. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, *In*: **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal, Parte Geral, Vol. III, Livro II. São Paulo: RT, 2010, p. 200.

[138] *Idem, ibidem*, p. 201.

seriam passíveis de comprovação, portanto deveriam ser vistos como atribuição normativa: diante da idoneidade para ser destinatário das normas, parte-se do reconhecimento recíproco da liberdade de ação[139].

Nesse raciocínio, ao se observar as duas causas de exculpação do Código Penal alemão (estado de necessidade exculpante do §35 e excesso de legítima defesa do §33), haveria de se constatar presente, a princípio, a idoneidade para ser destinatário de normas (ou seja, a culpabilidade). Complementa ROXIN que aquele que fere um terceiro inocente, no intuito de afastar um perigo para a integridade física de um parente seu, continua apto para ser destinatário de normas e, se precisasse, ele poderia, sim, agir de outra maneira, como em situações de guerra, nas quais a pessoa expõe a sua própria vida, ou como acontece em outros ordenamentos jurídicos que não preveem tal tipo de estado de necessidade. No mesmo sentido, o excesso de legítima defesa – mesmo por desorientação, medo ou susto, estados verificados em consequência típica de agressões injustas – é em regra evitável[140]. Assim, sendo reconhecida a idoneidade do agente para receber o comando normativo, e sendo a liberdade de atuar, naquela ocasião, indemonstrável, estaria presente a culpabilidade nos casos do §§ 33 e 35 do Código Penal alemão. Pontua ROXIN, solucionando o impasse, que "se, em tais situações o legislador renuncia a pena, tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo-geral e especial"[141].

ROXIN propõe, então, chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de "culpabilidade", mas de "responsabilidade", já que à teoria da imputação subjetiva devem estar integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos. A culpabilidade é uma condição necessária, mas não suficiente para a imposição de pena.

Para refutar as colocações de ROXIN, traz-se a lume as críticas elaboradas por CEREZO MIR, para quem a tese de que a culpabilidade não deve constituir o fundamento, mas o limite da medida da pena, implica em uma contradição.

Indaga CEREZO MIR que, se a existência da culpabilidade, ou seja, da capacidade individual de atuar de outro modo na situação concreta, é indemonstrável, como essa mesma culpabilidade poderia servir para limite da medida da pena?[142]. Em complemento, aduz não ser possível estabelecer uma separação clara entre a culpabilidade como fundamento da pena e a culpabilidade como limite daquela, já que aspectos a serem considerados como

---

[139] ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, *In*: **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal, Vol. III, Parte Geral, II. São Paulo: RT, 2010, p. 202.
[140] *Idem, ibidem*, p. 204-205.
[141] *Idem, ibidem*, p.205.
[142] CEREZO MIR, Jose. Culpabilidad y Pena. *In:* **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XXXIV, Fascículo II, maio/agosto de 1980. Espanha: Centro de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1980, p. 358.

fundamento da pena (a possibilidade de conhecer o caráter ilícito do fato, o poder atuar de outro modo, por exemplo) não podem deixar de influir na medida da mesma[143]. E, ainda, questiona o autor espanhol, se a medida da pena não pode ultrapassar a da culpabilidade, sendo essa uma condição necessária para a aplicação da pena, ainda que não suficiente, essa mesma culpabilidade seria, pelo menos, um dos fundamentos da pena[144]. Em outras palavras, se a culpabilidade não serve para fundamentar a pena, por basear-se em conceito indemonstrável, como serviria, na mesma medida, para limitar a mesma pena?

Deixa-se de aprofundar a discussão com relação às correntes que veem na culpabilidade as finalidades preventivas, já que as bases firmadas nesse trabalho são aquelas calcadas no ideário finalista – e adotado pelo direito brasileiro – e nascidas da Teoria Normativa da Culpabilidade, quais sejam, da demonstração da exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade, o que pressupõe a admissão do livre-arbítrio como premissa. Pela mesma razão, olvida-se, propositadamente, do registro e abordagem das modernas teorias que discutem o conceito de culpabilidade, o seu conteúdo e sua relevância como categoria dogmática, sob pena de afastar-se dos objetivos propostos.

No entanto, como o ponto de discórdia das teorias modernas passa pelo reconhecimento ou não da existência do livre-arbitrio e sua comprovação empírica[145], impende considerar que, mesmo que se admitisse a dificuldade de comprovação empírica do poder atuar de outro modo, caso se considerasse que o homem não tem o poder de se autodeterminar, ter-se-ia que concordar que todos os atos são limitados e pré-determinados, perdendo sentido assim a reprovabilidade do ato e qualquer finalidade retributiva da pena.

Nesse sentido, como afirma ALEXIS BRITO, "se o homem não pode se autodeterminar, se todos os seus atos são enquadrados e limitados, o certo seria adotarmos um direito penal de medidas de segurança, ou de penas indeterminadas como gostariam LOMBROSO e FERRI"[146].

---

[143] CEREZO MIR, Jose. Culpabilidad y Pena. *In:* **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XXXIV, Fascículo II, maio/agosto de 1980. Espanha: Centro de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1980, p. 352.

[144] *Idem, ibidem*, p. 359.

[145] BRITO, Alexis Augusto Couto. Culpabilidade: Evolução e Análise Crítica Atual. *In* **Direito Penal**: Aspectos Jurídicos Controvertidos. Coordenação de Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 243.

[146] *Idem, ibidem*, p. 244. Esse autor complementa que as modernas discussões caminham para a fundamentação do livre-arbítrio no processo comunicativo. Nesse aspecto, sendo a linguagem meio de expressão comunicativa, reflete a natureza essencial do homem (de ser comunicativo), e a construção da linguagem com voz ativa e passiva, com sujeito atuante e outro objeto da ação comprova a liberdade de ação e a liberdade de vontade na realidade social. Referindo-se às ideias de CHAVES CAMARGO, acrescenta que o homem, como ser livre e racional, acumula em sua experiência de vida sua visão de mundo, o que pressupõe sua liberdade e autodeterminação; nesse sentido, a comprovação empírica do livre-arbítrio em nada influencia a culpabilidade, e a atenção deve estar voltada para os aspectos objetivos de limitação do livre-arbítrio, que estariam na vida

Pois bem. Longe de exaurir tão complexo tema, encerra-se as discussões acerca da demonstrabilidade do livre-arbítrio com a posição conciliadora de HANS JOACHIM HIRSCH, dada sua importância na tentativa de legitimação da noção de livre-arbítrio tal qual é apresentada, como pressuposto do princípio da culpabilidade.

Sobre o tema, acrescenta HANS JOACHIM HIRSCH que, na atualidade, a ciência penal recorre predominantemente à solução segundo a qual tanto o determinismo quanto o indeterminismo não se mostram comprováveis, e, portanto, o sistema jurídico penal deve ser legitimado prescindindo de uma fundamentação baseada na verificação empírica do livre-arbítrio humano[147].

Nesse sentido, destaca HIRSCH que, se algum dia será possível ou não chegar-se ao conhecimento do livre-arbítrio, essa questão deve permanecer em aberto. Até agora, não se apresentou uma prova empírica para a existência do livre-arbítrio humano, e essa prova, talvez, não seja obtida no futuro. Como a ciência jurídica não é uma ciência natural, devendo se orientar segundo as manifestações da vida social, HIRSCH considera que o direito deve servir ao homem, e, para tanto, "deberá tomarlo como él se entiende a sí mismo", para não desembocar no vazio[148].

Assim, dado que o homem se sente fundamentalmente livre, ou seja, se auto define como um ser livre e responsável, é certo que o direito não pode colocar-se em contradição com a imagem que faz de si mesmo o próprio destinatário da norma, o que significa que, ao direito, só restaria aceitar a ideia de liberdade de vontade[149].

Nesse diapasão, a questão decisiva não é se realmente existe o livre-arbítrio, mas a representação real que predomina na sociedade, a visão de mundo que se vive nela. Conclui, assim, o autor, que o princípio da culpabilidade, apesar de todas as hostilidades que enfrenta, permanece insubstituível no direito penal[150].

---

cotidiana, no conhecimento adquirido e no agir comunicativo. A culpabilidade funcionaria apenas como um critério normativo como capacidade de conhecimento do ilícito, uma capacidade de autodeterminação, ou seja, uma das interpretações da expressão *dignidade humana:* só poderia haver punição na quebra do discurso em relação ao agir comunicativo (nesse sentido, conferir páginas 245-248 da obra mencionada).

[147] HIRSCH, Hans Joachim. El principio da culpabilidad y su función en el derecho penal. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Numero 5, janeiro-junho, 1995, p. 186

[148] *Idem, ibidem,* p. 200.

[149] *Idem, ibidem,* p. 200-201.

[150] *Idem, ibidem,* p. 202.

1.2 Construção, conceituação e delimitação da inexigibilidade de conduta diversa

Conforme já analisado, a culpabilidade rompeu definitivamente com a responsabilidade objetiva[151], se caracterizando por um juízo de reprovação pessoal endereçado ao autor de fato típico e antijurídico que, sendo capaz (imputável) e, com a potencial consciência da antijuridicidade da conduta, podendo, naquela situação, obedecer ao comando normativo, optou livremente por contrariá-lo.

Como condição à formulação do juízo de reprovação a esse autor, é necessária a caracterização dos três elementos da culpabilidade.

A imputabilidade, ou capacidade de culpabilidade, baseia-se no fato de o autor da ação penal ostentar as faculdades psíquicas e físicas mínimas requeridas para motivar seus atos de acordo com os preceitos normativos[152]. Quem não dispõe de tal capacidade, por não ter ainda a idade correspondente à maturidade legalmente estabelecida, ou por sofrer de enfermidades psíquicas, não pode ser penalmente culpável, ante a impossibilidade de lhe ser feito juízo de reprovação. No Brasil, a incapacidade de culpabilidade está regulada no artigo 26 do Código Penal, através do reconhecimento da doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao tempo da ação ou omissão, que geraria a incapacidade para entendimento do caráter ilícito do fato ou para determinar-se de acordo com esse entendimento; no artigo 27, que define os menores de 18 anos como inimputáveis; e no artigo 28, §1º, relacionado à embriaguez oriunda de caso fortuito ou força maior. A imputabilidade comporta graduação, de forma que, em grau inferior de afetação da imputabilidade, não há o afastamento da culpabilidade, mas há a redução da pena, conforme previsão do parágrafo único do art. 26 e §2º do art. 28 da mesma lei penal.

Ao lado da imputabilidade, constitui também elemento da culpabilidade a potencial consciência da antijuridicidade da conduta. Na definição de CLÁUDIO BRANDÃO, a consciência da antijuridicidade "é o conhecimento da significação ilícita do comportamento, é, portanto, o conhecimento do desvalor jurídico da ação"[153].

---

[151] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 132.
[152] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 137.
[153] BRANDÃO, Cláudio. *Op. Cit.*, p. 149.

Para tal averiguação, basta que o autor tenha base suficiente para saber que o fato praticado é juridicamente proibido e que se mostra contrário às normas mais elementares que regem a convivência[154], ou seja, a consciência pode ser potencial, bastando que o sujeito tenha tido condições de auferi-la em seu convívio social[155]. No entender de MUÑOZ CONDE, tal elemento se justifica ante a função motivadora da norma penal, que só pode ter eficácia, a nível individual, se o indivíduo a quem ela se dirige, autor de um fato típico e antijurídico, tinha a consciência da proibição, "pois, do contrário, ele não teria motivo para se abster de fazer o que fez"[156]. O erro de proibição, erro quanto ao caráter proibido da conduta, exclui a consciência da ilicitude e, consequentemente, a culpabilidade.

Feito esse breve delineamento acerca da imputabilidade e consciência da ilicitude com o intuito de contextualizá-los como elementos da culpabilidade, faz-se despisciendo (por não ser objeto da presente pesquisa) o aprofundamento das classificações da consciência da antijuridicidade e as teorias do dolo ou discussões doutrinárias acerca dos referidos elementos, permitindo que se passe ao tema do capítulo, o terceiro elemento da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa.

A exigência de que o sujeito atue em conformidade com a legislação estabelecida não se encontra elencada em lei penal, ela é deduzida do próprio imperativo legal.

Tal exigência, contudo, é vinculada à normalidade das circunstâncias do fato, encontrando nessa normalidade seu fundamento concreto. É a anormalidade dessas circunstâncias que tem o condão de definir os casos de exclusão da culpabilidade.

Assim, diz-se que a exigibilidade de conduta diversa, como elemento da culpabilidade, tem como fundamento concreto a normalidade das circunstâncias do fato[157], sem a qual se pode excluir ou reduzir a obrigatoriedade de comportamento conforme o direito, diante da impossibilidade de reprovação da conduta quando constatadas as *situações extraordinárias de motivação*, "en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad (...)"[158].

---

[154] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito.** Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 157-158.
[155] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 149.
[156] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, p. 157.
[157] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 324.
[158] WELZEL, **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 210.

No dizer de VIAL DEL RIO, o mérito de introduzir a exigibilidade no âmbito da culpabilidade é da Teoria Normativa:

> Gracias a esta concepción el Derecho pierde su severo rigorismo, que puede llegar en ciertas circunstancias a ser monstruoso y se evita, por consiguiente, la sanción en aquella situaciones en que es imposible exigir del individuo una conducta diversa de la realizada[159].

É certo que a ideia de inexigibilidade de conduta nasceu com a concepção da Teoria Normativa da Culpabilidade, já que a concepção psicológica não cedia lugar ao reconhecimento da reprovabilidade pela contrariedade ao dever e, em consequência, à negativa dessa reprovabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Os esclarecimentos do momento normativo da culpabilidade relacionavam-se aos conceitos de *exigibilidade* e seu reverso, *inexigibilidade*, assegurando que a discussão dogmático-penal em torno da culpabilidade teria de passar por tal conceituação; a fórmula, explicada pela impossibilidade de se estabelecer a reprovação do autor quando não lhe era possível exigir outra conduta, era vista como elemento conceitual da teoria da culpabilidade penal[160].

Para WELZEL, a exigibilidade de outra conduta é elemento volitivo da culpabilidade. Os elementos constitutivos da reprovabilidade, na conceituação desse autor, seriam todos aqueles necessários para que o autor, capaz de culpabilidade, tivesse podido adotar, em relação ao fato concreto, uma resolução de vontade conforme o direito em lugar de uma vontade antijurídica[161]. Assim, enquanto WELZEL coloca a imputabilidade como capacidade de culpabilidade, define como elemento intelectual da reprovabilidade a consciência da antijuridicidade, e, como elemento volitivo, a exigibilidade de conduta diversa.

A possibilidade de autodeterminação conforme os fins a favor da norma jurídica é, segundo WELZEL, o elemento mais importante da reprovabilidade, ao qual estariam subordinados os elementos intelectuais. Isso porque, nas palavras desse autor, o conteúdo da reprovabilidade consiste precisamente no fato de que o agente podia e devia adotar uma resolução de vontade conforme o direito no lugar de sua resolução de vontade antijurídica[162].

---

[159] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 9.
[160] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 46.
[161] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 120.
[162] *Idem, ibidem*, p. 151.

A partir do momento em que se admite a exigibilidade como um elemento positivo do juízo de culpabilidade, deve-se admitir a existência de hipóteses não contempladas expressamente entre as causas de inculpabilidade, nas quais o juízo de culpabilidade é negativo por faltar a exigibilidade da conduta[163].

Sobre o assunto, DE LA CUESTA AGUADO afirma que, na verdade, no ordenamento jurídico penal espanhol, a responsabilidade penal se constituiria *prima facie* com a realização do fato típico e só excepcionalmente se nega essa responsabilidade, de forma que, nesse raciocínio, o conceito de culpabilidade não tem um conteúdo positivo expresso, mas é derivado das eximentes identificadas como causas de inculpabilidade. Para imposição de pena, portanto, não se teria que comprovar positivamente a exigibilidade (já que essa se pressupõe), mas a inexistência de causa de inexigibilidade[164].

Nesse diapasão, os Tribunais só devem analisar se a conduta era exigível quando a hipótese for questionada no caso concreto, já que, de fato, os Tribunais só afirmam positivamente a exigibilidade quando consideram que não existe em uma hipótese a "não exigibilidade". Frisando que desta conclusão não se pode deduzir a impossibilidade de comprovar positivamente a exigibilidade, nem muito menos reconhecer a impossibilidade de se verificar a exclusão da inexigibilidade em casos não previstos pela lei, afirma a autora, quanto à comprovação da exigibilidade[165]:

> Desde un punto de vista lógico, la afirmación es igual a la negación de su negación; o lo que es lo mismo, la afirmación de la exigibilidad es igual a la negación de su contrario según la fórmula:
>
> X= - (- X)

O conteúdo da culpabilidade, nos moldes estudados no ponto 1.1, acabou sendo tradicionalmente definido como "o poder de evitar o fato" e a consequente responsabilidade do agente ante a reprovabilidade pessoal face sua conduta. A base interna da culpabilidade estaria na autodeterminação moral e livre contrária à norma, motivo pelo qual se ressalta a importância da exigibilidade de outra conduta para a verificação da culpabilidade.

---

[163] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: Exigibilidad y Razones para la Exculpación. Madrid: UCA, 2003, p. 215.
[164] *Idem, ibidem*, p. 217.
[165] *Idem, ibidem*, p. 218-219.

Portanto, para a concepção normativa da culpabilidade, que direciona o presente trabalho, a inexigibilidade é tida como uma causa de exclusão da culpabilidade por ausência de reprovabilidade, e a exigibilidade entendida como elemento imprescindível à formação do juízo de reprovação[166].

Quanto à manifestação da não exigibilidade de conduta diversa nas categorias dos delitos, vê-se que a mesma pode ser observada tanto nos delitos culposos quanto dolosos, e nos delitos de ação e omissão. Nesse sentido, a doutrina cuida de empreender análise individual acerca da exigibilidade em cada categoria de delito, e a diferenciação e as controvérsias inicialmente travadas com relação à ação dolosa demonstram que a aceitação da não exigibilidade foi melhor visualizada, inicialmente, no campo das ações culposas.

Sobre o assunto, a doutrina de HEINRICH HENKEL esclarece que o nascimento da ideia de exigibilidade pareceu mais simples no âmbito dos fatos puníveis culposos, nos quais o uso da fórmula da exigibilidade ou de sua negativa define o juízo de culpabilidade, admitindo-se majoritariamente que a exigibilidade seria um elemento positivo do conceito de culpa, já que "puede imputarse una culpa a aquel que ha realizado sin conciencia ni voluntad un tipo penal solo en caso de que era de exigirle una conducta diferente"[167].

Para os delitos culposos, leva-se em conta, quando se parte para aferir a exigibilidade, os estados de cansaço e excitação não culpáveis, que dificultam ou impedem, mesmo ao autor inteligente, a observância do dever de cuidado objetivo; a inobservância a esse dever de cuidado não é reprovada se o agente atuou de forma imprudente, por exemplo, por consternação, medo, horror, sonolência, cansaço excessivo, etc[168].

WELZEL exemplifica a hipótese referindo-se à decisão do Tribunal Supremo Alemão (*Bundesgerichtshof*) em hipótese na qual um motorista, numa situação imprevista, não faz uso do meio adequado para afastar o perigo[169]. O autor acrescenta que o direito não

---

[166] AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 55.

[167] *Idem, ibidem*, p. 46-47.

[168] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 152.

[169] "(...) Assim, por exemplo, se um motorista numa situação de perigo, que surge de repente, sem culpa sua e que exige reação imediata, por horror ou confusão não faz uso do meio adequado para afastar o perigo. BGH VRS 5, 368; 6, 451; 10, 213; vide também RG 58,30 – A respeito da culpabilidade quando se dorme ao volante, vide OLG, Hamm, NJW 53, 1.077." Cf. WELZEL, Hans. *Op. Cit.*, p. 152.

pode reprovar ao autor a falta de observância ao dever de cuidado quando o perigo ao bem jurídico era tão remoto que não se poderia exigir a omissão da conduta imprudente quando essa omissão, por outro lado, ocasionaria grandes danos ao agente[170]. Tal hipótese foi bem visualizada na Alemanha em razão do famoso caso do cocheiro que, seguindo ordens do patrão que, para não ser despedido, coloca para guiar a carruagem um cavalo arisco que vem a machucar terceiros.

Explica WELZEL que, para saber se era exigível ao autor a observância do cuidado objetivamente devido, deve-se relacionar a distância entre o perigo e a importância do dano que resultaria da omissão da conduta imprudente, de forma que, quanto mais próximo e maior for o perigo e mais significante for o dano, menos escusável seria a infringência ao dever de cuidado. Nesses casos, o decisivo seria a valoração objetiva por parte do ordenamento jurídico, e não a valoração individual dos motivos do autor[171].

Quanto aos delitos dolosos, as controvérsias acerca da aplicação da dirimente da culpabilidade deram origem a inúmeras discussões doutrinárias. Os que defendiam sua aplicação utilizavam como base a decisão do caso da parteira da cidade mineira (*Klapperstorch*), na qual se absolveu uma conduta evidentemente dolosa aplicando o princípio na não exigibilidade[172].

Dois pontos de partida introduziram a discussão em torno da ideia da exigibilidade no campo das condutas dolosas, um especial e outro geral. O primeiro se baseava no descontentamento com a regulação penal do estado de necessidade exculpante, cuja estreiteza era sentida e dava azo ao pensamento de reformas para sua ampliação; nesta situação, afirma HENKEL, "se propuso como fórmula mágica la muy controvertida 'no exigibilidad' "[173].

Assim, enquanto o estado de necessidade (como excludente da antijuridicidade) só oferecia a possibilidade de ter em consideração um perigo iminente para a integridade de bens jurídicos, com referência ao juízo de culpabilidade se pensava em um sentido muito mais amplo, sob a influência de outras circunstâncias fáticas ou motivações anormais[174].

---

[170] Nesse caso, WELZEL refere-se à decisão do RG 30, 65 (*Reichsgericht*), do Tribunal do Império Alemão referente ao caso do cocheiro (*Leinenfänger*).
[171] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 153.
[172] Cf. VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 31. As decisões do Tribunal do Império Alemão serão analisadas no capítulo 2.
[173] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Jurídico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 49.
[174] *Idem, ibidem*, p. 50.

Questionava-se acerca das causas legais de exculpação (na Alemanha, representadas pelo estado de necessidade exculpante do §54), na mesma medida em que se questionou, antes, se as causas legais de justificação continham uma regulação esgotadora da exclusão do injusto.

Nesse sentido, no aspecto geral, a tarefa de deduzir do conceito normativo de culpabilidade as possibilidades de exculpação (sem o apoio da regulação legal), seja buscando um novo conceito de culpabilidade na sombra da fórmula do estado de necessidade, seja mediante uma aplicação analógica da lei, acabava por tornar óbvia a fórmula da exigibilidade[175]. Tal discussão foi aprofundada na aceitação/rejeição da dirimente como causa supralegal, e na consideração da exigibilidade nas outras áreas do direito (HENKEL), temas tratados adiante com melhor detalhamento.

Não se há de olvidar, ainda, que tais conclusões só puderam ser formuladas a partir das colocações de FRANK de que outros elementos do fato (as chamadas circunstâncias concomitantes) deveriam ser analisados na aferição da culpabilidade.

Quanto aos crimes omissivos, o papel que se dá à inexigibilidade é maior do que nos delitos de ação[176]. Admite-se que, nos casos em que a execução de uma ação colocaria em risco interesses próprios relevantes do agente, a não exigibilidade exerce importante papel, esclarecendo a doutrina de AGUADO CORREA que a própria legislação espanhola já traria, nos delitos de omissão pura, a ressalva do princípio da não exigibilidade quando prevê a expressão "... sem risco próprio nem a terceiros", ou "sem risco próprio ou alheio"[177]. Ousa-se afirmar, no entanto, que em tais específicos casos nos quais o próprio tipo prevê a não exigibilidade, a observância desse instituto não exclui a culpabilidade, mas a própria tipicidade.

No direito brasileiro, o princípio da não exigibilidade é homenageado na previsão do artigo 13, §2º do Código Penal, quando a omissão relevante é condicionada às hipóteses nas quais o omitente "devia e **podia** agir para evitar o resultado".

---

[175] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 51 e 52.

[176] AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Número 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 74.

[177] "En la actualidad, la discusión doctrinal se centra en el papel que las cláusulas '...sin risco propio ni de terceros' o 'sin riego propio o ajeno' – expresiones del principio de no exigibilidad de otra conducta – juegan en los delitos de omisión propia en los que han sido incluidas: en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP) y en el de omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución (art. 450 CP), respectivamente." *Idem, ibidem,* p. 74.

1.2.1 A conceituação da exigibilidade de conduta diversa: os fundamentos, bases e teorização que alicerçam o conceito

A expressão "inexigibilidade de conduta diversa" goza hoje de unicidade de sentido na doutrina, muito embora tenha sido justificada de múltiplas e diferentes formas, ao longo dos anos e do desenvolvimento da doutrina penal, e ainda apresente, na atualidade, multiplicidade de alcance quanto a seus efeitos. Para se chegar a um conceito da expressão, deve-se se ater, inicialmente, ao que pode ser tido por conceito, definido por KOSELLECK como "vocábulos nos quais se concentra uma multiplicidade de significados"[178].

Segundo esse autor, o significado e o significante de uma palavra podem ser pensados separadamente; mas no conceito eles coincidem na mesma medida em que a multiplicidade da realidade e da experiência histórica se agrega à capacidade de plurisignificação de uma palavra, de forma que seu significado só possa ser conservado e compreendido por meio dessa palavra[179].

Em outras palavras, o conceito reúne em si a diversidade da experiência histórica, como se tratasse da soma de todas as características em uma única circunstância, a qual só pode ser dada como tal e realmente experimentada por meio do mesmo conceito – enquanto o sentido de uma palavra é determinado pelo seu uso, o conceito norteia o sentido, não sendo apenas o indicador do conteúdo por ele compreendido, mas o seu fator, atuando como limitador das experiências possíveis e das teorias[180].

Dessa primeira análise, indaga-se a partir de quando, e em que contexto, o direito passou a admitir a negação do próprio direito, ao deixar de exigir do agente o cumprimento da lei em certos casos. É certo que a conceituação da expressão "inexigibilidade de conduta diversa" encerra inegável contexto de excepcionalidade no direito. Sua adoção atual passou por longo processo de teorização, calcado em específicas situações históricas – casos concretos, submetidos aos Tribunais – que antecederam as discussões doutrinárias. A busca da conceituação da expressão, através do passado da doutrina penal e das discussões acerca da

---

[178] KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos.** Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006, p. 109.
[179] *Idem, ibidem*, p. 109.
[180] *Idem, ibidem*, p. 109.

culpabilidade e seus elementos – no intuito de explicar, inclusive, a sua aplicação supralegal – também se insere na problemática da história dos conceitos[181].

Todo conceito, indicativo de algo que se situa para além da linguagem, relaciona-se a um conjunto de perguntas e respostas, contextos e experiências. Não é diferente quando se atém aos conceitos de culpabilidade e dos seus elementos – construídos, como se viu, ao longo de décadas de debates e embates jurídicos – e dentre os quais se situa a exigibilidade de conduta diversa.

O conceito de exigibilidade de conduta diversa hoje discutido nasceu a partir das considerações de FRANK, com a verificação de que, para se aferir a culpabilidade do agente, não se poderia descuidar de analisar, também, as circunstâncias nas quais se deu o fato e sua influência sobre a conduta do indivíduo. As análises históricas são importantes não apenas para situar o significado da expressão na atualidade, mas para fornecer as bases de sua conceituação, formulada a partir da demonstração do seu conteúdo, construído sob a experiência dos Tribunais. A contextualização histórica da culpabilidade, já acima delineada através das ideias iniciadas por FRANK, GOLDSCHMIDT e FREUDENTHAL, demonstrou que a conceituação de exigibilidade de conduta diversa já nasceu atrelada à ideia de reprovabilidade e censura, inserida que estava (e sempre esteve) no conceito de culpabilidade.

Com o desenvolvimento das discussões, a ideia de contrariedade ao dever (exigibilidade e ausência de motivação, de GOLDSCHMIDT) foi sendo definitivamente estabelecida, galgando-se diversos degraus – dentre os quais se aponta o estudo do processo de motivação para aferição da culpabilidade (MEZGER) e a defesa da formulação de um juízo de individualização pessoal para diferenciar culpabilidade de responsabilidade (MAURACH, Teoria da Atributividade) – para se firmar, definitivamente, os contornos da inexigibilidade de conduta diversa.

Aspecto interessante no estudo do tema diz respeito ao fato de que a origem da conceituação da inexigibilidade de conduta diversa não resultou das discussões doutrinárias, mas o termo se viu orientado a partir de decisões firmadas pelo Tribunal do Império Alemão. A sua concepção, nesse sentido, foi imposta pela verificação concreta de casos submetidos à

[181] "A história dos conceitos coloca como problemática indagar a partir de quando determinados conceitos são resultados de um processo de teorização. Essa problemática é possível de ser empiricamente tratada, objetivando essa constatação, por meio do trabalho com as fontes". KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *In:* **Estudos históricos**. Rio de Janeiro, vol.5, n. 10, 1992, p. 134-146.

análise desse Tribunal, antes mesmo da definição formal e teorizada da inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade[182].

No dizer de YAROCHEWSKY, a mais conhecida e provavelmente a primeira decisão do Tribunal alemão negando a culpabilidade pela inexigência de outro comportamento data de 23.05.1897[183]. No mesmo ano foi editada a primeira edição do livro de REINHARD FRANK, "Comentário sobre el Código Penal Imperial", que apresentou 18 edições até o ano de 1931[184].

É certo afirmar, portanto, que o conceito de exigibilidade de conduta diversa atrela-se à experiência prática, vivida pelos Tribunais através dos casos nos quais se eximiu o agente da reprovação pelo descumprimento da lei. Nesse diapasão, o significado da expressão foi encarado, ao longo dos tempos, de forma distinta: a dimensão ao termo dada por FRANK e posteriormente com WELZEL, quando dispunha de parcos exemplos do Tribunal alemão, era bem mais restrita da hoje verificada nos julgados brasileiros e no direito comparado.

Como a aplicação da inexigibilidade como dirimente da culpabilidade era calcada na experiência prática, suas hipóteses não se limitavam àquelas previstas em lei, e, como já se disse, eram calcadas com base nos fatos apresentados ao julgador. Não havia como firmar preceitos rígidos identificadores para sua positivação no direito, já que apenas diante da situação concreta se poderia aferir se ao direito era facultado exigir ou não do autor o cumprimento da norma.

A doutrina, acompanhando essa evolução, se dividia entre a aceitação e o rechace à adoção das situações de absolvição fora das causas de inculpabilidade previstas em lei, chegando a dar ao tema da inexigibilidade, inclusive, a classificação de princípio de direito penal. Ora, entender a (in)exigibilidade de conduta diversa como princípio do direito (BETTIOL), como cláusula geral regulativa, que não se limita à culpabilidade (HENKEL), fundamento geral de exculpação ou pressuposto da reprovabilidade (WELZEL) ou *ratio* das causas de exclusão da culpabilidade, com possibilidade de aplicação supralegal (SCARANO),

---

[182] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 36.

[183] Trata-se do famoso caso *del leinenfünger* (o caso do cavalo que não obedecia às rédeas). YAROCHEWSKY, Leornado Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 37. As decisões do Tribunal do Império Alemão serão analisadas no capítulo 02.

[184] Informação obtida no artigo "La Fundación de La Teoría Normativa de La Culpabilidad", de Gonzalo D. Fernandez *In*: FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 16.

define a sua aplicabilidade (se de alcance supralegal ou não) no direito[185]. Como a definição da exigibilidade encontra-se firmemente vinculada à sua aplicação prática, baseada, repita-se, nos julgados dos Tribunais, a denominação e conceituação do termo não encontrava – como a grande maioria dos vocábulos que se tenta conceituar – unanimidade doutrinária.

Seja qual for a denominação utilizada, no entanto, é certo que a conceituação da expressão "exigibilidade de conduta diversa", da forma inicial como pensada pelo Tribunal alemão (independentemente da teorização do assunto para adoção da não exigibilidade como instrumento de exculpação) concretiza a ideia de Justiça vinculada ao direito natural contraposta ao direito positivado. Se o agente, dadas as condições nas quais se encontrava, se viu compelido a descumprir a norma de forma a restar afetada sua liberdade de agir, não se faria justa a responsabilização penal, ainda que o fato não se encontrasse inserido em causa justificante ou desculpante legal. Se, repita-se, dadas as circunstâncias, outro comportamento não lhe poderia ser exigido e a motivação de sua conduta encontrava-se adequada à do homem médio, ou, ainda, se o poder individual do sujeito não permitisse a determinação da ação de acordo com a norma, imperiosa (e mais justa) se faria a absolvição do agente. Se o ato cometido encontra-se desprovido de reprovação, sem a formulação de um juízo de censura, a responsabilização penal do autor fugiria, igualmente, ao senso de justiça da decisão.

O conceito de inexigibilidade de conduta diversa se viu norteado pela necessidade de se evitar decisões incoerentes ao direito e a sua noção de justiça, na medida em que o direito não pode exigir do agente uma conduta que fira a natureza humana, e o direito positivado não pode contrariar uma lei natural. A lei natural de seguir sua crença e consciência; de garantir seu direito à vida, liberdade, incolumidade, evitar o mal que lhe parecer mais grave; de defender a manutenção de suas necessidades e sua dignidade e, ainda, de agir impulsionado pelas circunstâncias, sem que o direito lhe possa exigir atos de heroísmo.

Nesse sentido, vide as conclusões de YAROCHEWSKY, para quem "é evidente que do homem não se pode exigir um comportamento conforme o direito se este fere a natureza humana. Um direito positivo não pode e nem deve ir de encontro à lei natural"[186]. No mesmo sentido, Aristóteles, no século II a.C., já afirmava que:

---

[185] Todas essas teorias serão objeto de estudo no capítulo terceiro.

[186] YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 62.

> uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação (...) porque enquanto uma lei da natureza é imutável e tem a mesma validade em todos os lugares, como o fogo que queima tanto aqui como na Pérsia, observa-se que as regras da justiça variam. (...)[187]

Em seguida, explicando a diferença entre "aquilo que é injusto e a conduta injusta" e "aquilo que é justo e a conduta justa", complementa ARISTÓTELES:

> se, portanto, uma ação é ou não um ato de injustiça, ou de justiça, depende de seu cunho voluntário ou involuntário. Quando é voluntária, o agente é culpado e somente nesse caso é a ação um ato de justiça, de sorte que é possível a um ato ser injusto sem ser um ato de injustiça se a qualificação da voluntariedade estiver ausente (...). Por outro lado, alguém que comete uma ofensa intencionalmente não está agindo na ignorância; mas se um homem faz uma ofensa com um propósito estabelecido [por livre escolha] é culpado de injustiça e injustiça do tipo que torna seu agente um homem injusto, se tratar-se de um ato que viola a proporção ou a igualdade. Similarmente, alguém que age justamente de propósito [por livre escolha] é um indivíduo justo, mas considerando-se que ele age justamente somente se agir voluntariamente[188].

A possibilidade de livre escolha, antes já delineada por ARISTÓTELES, também integra a conceituação do termo estudado, na medida em que se admite que as circunstâncias concomitantes (previstas por FRANK) possam interferir na liberdade de agir do homem quando da conduta, a evitar a sua determinação em conformidade com a lei penal. A carência de liberdade de atuação é facilmente verificada nas causas legais de não exigibilidade de conduta diversa (coação irresistível, obediência hierárquica) e, da mesma forma, orienta a escolha das causas supralegais.

Em discussão acerca da vontade, ação moral e a responsabilidade moral, KANT já defendia que sem vontade livre a ação moral não é possível e não haveria lugar para a responsabilidade moral[189]. Para esse autor, o princípio da autonomia (de vontade) é tratado como um princípio supremo da moralidade.

A ideia de liberdade associa-se ao conceito de vontade e livre-arbítrio. Eliminando a autonomia da vontade, eliminar-se-ia o poder de escolha, de atuação diferente, de autodeterminação do agente, a capacidade de firmar-se contra ou a favor da norma jurídica.

Tem-se, portanto, junto à noção de busca pela decisão justa, a segunda ideia diretamente associada à conceituação da inexigibilidade de conduta diversa: o livre-arbítrio.

---

[187] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Livro V. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009, p. 163.
[188] *Idem, ibidem.* p. 165 e 167.
[189] WALKER, Ralph. **Kant.** São Paulo: UNESP, 1999, p. 44.

No dizer de LOPES DE ARAÚJO[190], "no interior da linguagem os conceitos são os objetos de maior efetividade histórica", por fazerem a mediação entre experiência e expectativa, individual e social, o lingüístico e o extra-linguístico. Conceituar, para esse autor, é deparar-se com o resultado de um conjunto experiencial, visto de forma material e não abstrata, não como uma mera representação mental: "um conceito histórico é tão material quanto um processo produtivo, por isso não pode ser tratado como mera representação"[191].

Assim, diferenciamos "conceito histórico" de "definição". Enquanto cada autor traz sua definição acerca do alcance do termo "exigibilidade de conduta diversa", a pretensão desse tópico foi a de apresentar uma conceituação da expressão, tendo por base a ideia de conceito como "instrumento cognitivo produzido na existência concreta", incluídos os vocábulos aos quais o objeto conceituado se associa, se organiza e se concretiza na experiência real, ao longo do tempo e derivado da situação contextual no qual está inserido:

> Embora um conceito quase sempre esteja associado a um vocábulo, ele não se reduz a uma palavra. Um conceito é uma forma específica de lidar com campos da realidade, ao mesmo tempo em que os organiza, tornando-os instrumentais, ele nos faz cegos para fenômenos desses mesmos campos que extravasam ou contradizem a estrutura lógico/semântica que o conceito impõe. Por isso, uma mudança conceitual envolve, na maioria das vezes, a abertura de uma nova experiência do real[192].

Nesse sentido, conceituar exigibilidade de conduta diversa não se cinge à simples explicação das causas de não exigibilidade já verificadas, positivadas ou não. Muito embora o termo esteja diretamente relacionado aos casos práticos, sua conceituação perpassa a verdadeira ideia que fundamenta sua aplicação, qual seja, a de culpabilidade, livre-arbítrio, busca da justiça (decisão justa), de reprovabilidade e valoração da conduta e de capacidade de agir frente às circunstâncias apresentadas (situações extraordinárias de motivação) e individualização (discussão do homem médio ou poder individual do agente no momento da ação). Todos esses termos, intimamente associados ao conceito de impossibilidade de agir conforme a norma, se viram a eles relacionados em diferentes contextos da discussão penal, inclusive a justificar a denominação principiológica do tema, base para a aplicação supralegal dessa exclusão da culpabilidade.

---

[190] ARAÚJO, Valdei Lopes. História dos Conceitos: problemas e desafios para uma releitura da modernidade ibérica. *In:* **Almanack Braziliense**, n. 7. São Paulo, maio de 2008. p. 47-55. Disponível em: <http://www.ichs.ufop.br/pgh/images/stories/07_forum-02.pdf>; Acesso em: 21.05.2011.
[191] *Idem, ibidem.* p. 48.
[192] *Idem, ibidem*, p. 49

Por outro lado, o termo “inexigibilidade de conduta diversa” conecta-se à ideia de excepcionalidade no direito: sua aplicação só se dá em casos extraordinários, anômalos e circunstanciais, dado que a regra é sempre exigir-se o cumprimento da lei. Para se reputar como uma situação eivada de excepcionalidade, imprescindível se faz a valoração das circunstâncias da ação e sua relação com o autor. Aliás, tal valoração é o cerne da culpabilidade, porque atrelada ao juízo de censura e reprovação. Pensa-se, no entanto, que a ideia mais importante associada ao conceito de inexigibilidade de conduta diversa, a despeito das diversas teorias já abordadas, ainda é a de livre-arbítrio associada à concretude da situação posta a julgamento.

Por fim, tendo por base que, nas palavras de REINHART KOSELLECK, o sentido de uma palavra é determinado pelo seu uso, e o conceito, como já se disse, atua como limitador das experiências possíveis e das teorias[193], tem-se que é a experiência prática, e não a doutrina, quem tem dado sentido às situações de inexigibilidade (legal ou supralegal) hoje postas em discussão, iniciando a construção de seu conceito dentro da culpabilidade. Com esteio no sentido dado à tal exclusão da culpabilidade (pela jurisprudência), calcado nas ideias de livre-arbítrio, justiça e valoração da conduta, a doutrina passou à conceituação da dirimente, esculpindo seus limites e posicionando-a na Teoria do Delito. Dessa conclusão se extrai que o conceito, estudo e construção da inexigibilidade de conduta diversa atrela-se à experiência prática da submissão dos casos concretos à análise judicial.

Tendo por delineadas, embora timidamente, as bases que sustentaram a ideia de exigibilidade de outra conduta e seu reverso, passa-se ao ponto seguinte.

1.2.2 Os critérios para determinação do poder atuar de outro modo

A doutrina de SAINZ CANTERO adverte que a questão de maior controvérsia para a exigibilidade e a não exigibilidade de conduta adequada a norma é a de sua determinação. Nesse sentido, esclarece o autor espanhol que esse tema não detém a atenção merecida pela grande maioria dos autores, já que a doutrina se olvida de abordar um critério de determinação útil que sane a alta indeterminação e vagueza do pensamento da não

[193] KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado:** Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006, p. 109.

exigibilidade[194]. Assim, o autor aponta três direções para essa análise, o critério objetivo, o subjetivo e o misto.

Explica SAINZ CANTERO que a direção subjetiva se deve a FREUDENTHAL e constitui a lógica consequência de seu pensamento sobre a exigibilidade de conduta conforme a norma. Para ele, quando não existe poder de agir do sujeito, desapareceria o dever de cumprir a norma, e tal dever era determinado segundo as circunstâncias de cada situação. Entenda-se, assim, a análise de cada situação segundo a regra ético-individual puramente subjetiva, com apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, tanto as externas quanto as qualidades e demais características do autor, incluindo o ambiente social e as particulares condições morais e familiares que concorrem ao agente, que, aliás, teria notável peso na determinação da exigibilidade[195]. Esse dito "radicalismo" de FREUDENTHAL, classificado como uma regra de medir a exigibilidade através da valoração ética da motivação do agente segundo seu poder psíquico e físico nas circunstâncias do caso concreto, teria sido duramente rechaçado pela doutrina, que ponderou que o critério subjetivo poderia deixar sem penalização os delinquentes convictos, e configuraria um atentado à certeza do ordenamento jurídico[196]. Para SAINZ CANTERO, a doutrina de FREUDENTHAL não poderia ser aceita porque ela parte de uma concepção da culpabilidade como reprovabilidade ético-individual da motivação, e a culpabilidade jurídico-penal não deve se identificar com a da ética, nem o conceito de culpabilidade moral pode ser aceito como critério determinador de consequências no campo jurídico penal. Reconhece o autor, no entanto, que apesar de se utilizar de um caminho que pressupõe um perigo para a certeza e a manutenção do ordenamento jurídico, a aspiração de FREUDENTHAL representa uma Justiça mais perfeita, mais próxima do homem e mais individualizada[197].

O critério objetivo recorre à consideração do poder psíquico e físico do "cidadão médio". Em outras palavras, se naquelas circunstâncias agiria qualquer homem, exclui-se a exigibilidade de conduta distinta, deduzindo a exigibilidade da conduta média dos comportamentos humanos nas mesmas circunstâncias[198]. O maior defensor dessa teoria foi

---

[194] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 97.
[195] *Idem, ibidem*, p. 98.
[196] *Idem, ibidem*, p. 99.
[197] "Hay que reconocer sin embargo a FREUDENTHAL la aspiración a una justicia más perfecta, más cerca del hombre, más individualizada, pero el camino que utiliza para llegar a ella, supone un peligro para la certeza y el mantenimiento del ordenamiento jurídico". *Idem, ibidem*, p. 99.
[198] *Idem, ibidem*, p. 100.

GOLDSCHMIDT, que defende que o poder fundado na motivação normal não se determinaria subjetivamente, e só se deveria reconhecer os motivos que, segundo as circunstâncias dadas, corresponderiam aos motivos de um "homem médio".

Assim, voltando-se à obra de GOLDSCHMIDT, tem-se que o mesmo empreende críticas a FREUDENTHAL no que tange à verificação das qualidades e capacidades pessoais do autor da conduta, aduzindo que o poder fundado na "motivação normal" não se determina subjetivamente segundo aquelas capacidades e qualidades, mas segundo uma medida objetiva, da mesma forma que ocorre em relação à imputabilidade. Os motivos preponderantes, portanto, seriam aqueles levados em conta por um homem médio para superar o descumprimento da norma[199].

Nesse raciocínio, não se castigaria um autor porque as circunstâncias externas e internas de seu atuar poderiam ter se baseado no direito, mas porque outro sujeito, "el tipo medio de homem" nas mesmas circunstâncias, poderia se comportar de acordo com a norma[200]. Esse critério também encerraria uma certa individualização, pois a medida objetiva da exigibilidade não deixa de ser limitada pela individualização das circunstâncias concomitantes, enquanto apenas no que se refere ao autor do fato é empreendida uma generalização para o "homem médio": a determinação do juízo de exigibilidade partiria do modo de agir de uma pessoa normal (critério generalizador), contudo submetida às mesmas circunstâncias particulares nas quais agiu o autor (critério individualizador)[201].

O critério objetivo é o defendido pela doutrina de SAINZ CANTERO, embora o autor esclareça que o mesmo ainda estaria sujeito a objeções, dentre elas o fato de que o conceito de homem médio não é mais do que uma abstração[202]. Nesse sentido, o professor da Universidade de Granada insiste que o Direito Penal não pode prescindir da contemplação do homem médio, pois todo o ordenamento jurídico positivo já estaria levantado sob o nível psíquico e moral da maioria dos cidadãos, para os quais a lei não exigiria mais do que se abster de realizar as condutas das quais a maioria também se abstinha de realizar[203]. O comportamento a ser comparado com o do autor do fato, portanto, deve ser aquele que a maioria realizaria, o que enseja a utilização do critério do homem médio.

---

[199] GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 121-122.
[200] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 100.
[201] *Idem, ibidem*, p. 101/102.
[202] *Idem, ibidem*, p. 103.
[203] *Idem, ibidem*, p. 108.

Dentre a doutrina que defende que a inexigibilidade deva ser tomada *objetivamente*, pelas valorações elaboradas pelo ordenamento jurídico, pela lei e pelas circunstâncias constatadas em seu mundo de vida e o mundo real no qual se comunica, e não pelas valorações individuais feitas pelo autor – sejam essas religiosas, ideológicas, politicas, culturais, dentre outras –, sustenta-se que, caso se permita que a valoração subjetiva do autor autorize o agente a não se comportar conforme o direito, deixar-se-ia novamente o plano normativo exigido à culpabilidade[204]. Nesse sentido, complementa BRITO que, ainda que o Direito e seu aplicador tenham que respeitar as convicções éticas, morais, religiosas e outras, "não é neste plano que atuam", e, se fosse o caso de adotar valorações exclusivamente subjetivas dos autores da situação fática, não se poderia exigir conduta conforme o direito no caso hipotético de pais religiosos que não permitem o atendimento médico de seu filho a não se por um líder religioso, e o mesmo poderia ser dito do médico que, por convicções religiosas, recusa-se a fazer um aborto para salvar a vida da gestante[205].

Continuando, afirma SAINZ CANTERO que o "critério misto" corresponde à concepção de exigibilidade empreendida por HENKEL, que desmembra o conceito de exigibilidade em duas partes, a primeira objetiva – referindo-se ao cidadão médio, para a qual se exige que a forma na qual o indivíduo operou seja semelhante à qual tivesse agido qualquer homem na mesma conduta – e a segunda subjetiva, na qual se busca constatar a determinação subjetiva da exigibilidade, verificando a conduta e as condições do autor concreto, bem como as condições pessoais do autor e sua capacidade, mas não da forma de valoração subjetiva prescrita por FREUDENTHAL, e sim tendo-se em conta uma valoração objetiva do ordenamento jurídico[206]. Essa última, a valoração objetiva do ordenamento jurídico, não seria como a valoração subjetiva do autor, sob o ponto de vista dele (do autor), mas a valoração das condições pessoais, qualidades e capacidade do autor sob o ponto de vista do ordenamento jurídico, de forma objetiva.

Acredita-se mais acertada a posição defendida no critério misto. É que, por se tratar de um conceito muito abstrato, o critério de homem médio não pode ser aplicado, por exemplo, no Brasil, quando realidades muito distintas convivem lado a lado. Melhor

---

[204] BRITO, Alexis Augusto Couto. Culpabilidade: Evolução e Análise Crítica Atual. *In* **Direito Penal**: Aspectos Jurídicos Controvertidos. Coordenação de Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 256.
[205] *Idem, ibidem*, p. 256.
[206] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 102.

esclarecendo, dificilmente se pode comparar, a um mesmo modelo de cidadão médio, pessoas que vieram de condições sociais e culturais completamente diferentes. Um mesmo crime cometido por analfabeto da zona rural nordestina, por um abastado empresário residente em metrópoles brasileiras, ou por um indivíduo que nasceu e conviveu nas favelas cariocas não pode receber o mesmo parâmetro de comparação, como se o desenvolvimento pessoal de cada um desses agentes fosse desconsiderado para se analisar, tão somente, os fatos e circunstâncias externas que permeiam as suas condutas em comparação a um cidadão tido por "normal" ou "médio". Ora, qual o guia de comparação para se chegar à conceituação e definição de um modelo de cidadão normal? A pessoa que vive no mesmo meio, com mesmo grau de instrução, ou que detém o mesmo padrão social do acusado? Tal modelo de "cidadão" acabaria por ser definido caso a caso, levando-se em consideração a personalidade e crença do próprio Juiz que analisa a situação concreta. Insta registrar, contudo, que na maioria dos casos, a pessoa do Magistrado sempre esteve inserido em um contexto bem diferente do que o vivido, em geral, pelos acusados em processos criminais, dados os requisitos para se alcançar o alto cargo por aquele ostentado no Poder Judiciário. O que pode ser considerado "homem médio", levando-se em consideração o ambiente cultural do julgador, pode não se coadunar com a figura de um cidadão comum ante a realidade das regiões desprivilegiadas. Por essas razões, o critério puramente objetivo não seria, salvo melhor juízo, o mais eficiente.

1.2.3 As causas legais de não exigibilidade de conduta diversa no Brasil. Coação irresistível. Obediência hierárquica

Na legislação penal brasileira, a inexigibilidade de conduta diversa é reconhecida através da coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22 do CP).

A coação irresistível consiste no constrangimento a alguém, através do emprego de violência física ou ameaça, a praticar uma ação ou omissão[207].

Diferentemente do constrangimento físico (*vis absoluta*) – que impede, decisivamente, a manifestação volitiva do coagido, sem a qual não há fato típico[208] – a coação irresistível do artigo 22 do Código Penal brasileiro refere-se à coação moral, na qual o coator,

[207] SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 67.
[208] *Idem, ibidem*, p. 68.

para alcançar o resultado ilícito desejado, ameaça o coagido e esse, por medo, realiza a conduta criminosa.

O fundamento dessa causa de inexigibilidade reside na impossibilidade de a lei impor às pessoas atos de heroísmo, não sendo razoável que, presente uma ameaça grave ou circunstâncias sérias, exija-se do indivíduo o cumprimento literal das regras do direito[209]. Assim, a *vis compulsiva*, como é chamada essa forma de coação, exclui a culpabilidade do coagido, por não lhe poder ser exigida, na hipótese, conduta diversa da que realizou[210].

A doutrina espanhola fala, com argumentos semelhantes, do medo insuperável. Ensina MUÑOZ CONDE que, sendo o medo um estado psíquico que pode levar o agente à total paralisação de seus atos, o medo como causa legal exculpante deixa ao agente apenas uma opção ou possibilidade de atuação – como uma ameaça ou situação de perigo de vida, por exemplo – e é chamado de insuperável por se classificar como superior à exigência média de suportar males e perigos[211].

Quanto à obediência hierárquica, segunda causa legal de inexigibilidade de conduta diversa prevista no direito brasileiro, a exposição de motivos do Código Penal de 1940, assinada pelo Min. Francisco Campos, já delineava seus fundamentos:

> A ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, pressupondo uma relação de Direito Administrativo) só isenta de pena o executor, se não é manifestamente ilegal. Outorga-se, assim, ao inferior hierárquico, tal como no direito vigente, uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem. Como observa DE MÁRSICO, se o princípio fundamental do Estado Moderno é a autoridade, não menos certo que o Estado é uma organização jurídica, e não pode autorizar a obediência cega do inferior hierárquico. De um lado, um excesso de poder na indagação da legalidade da ordem quebraria o princípio da autoridade, mas, de outro, um excesso de dever de obediência quebraria o princípio do direito[212].

Trata-se da causa de exclusão da culpabilidade, com fulcro na inexigibilidade de conduta diversa, presente quando um servidor público subordinado pratica conduta típica e antijurídica em atendimento à ordem de superior hierárquico, sendo essa ordem não

---

[209] Como ensina a doutrina de CIRINO DOS SANTOS, "o perigo representado pelo emprego de força ou pela realização da ameaça deve ser irresistível, ou seja, significar certo grau de dano temível (...)" e a coação irresistível pressupõe perigo atual (imediato e durável) e inevitável de outro modo (ausência de proteção alternativa razoável). CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 328-329. A coação moral resistível não exclui a culpabilidade, mas o coagido terá sua pena atenuada em conformidade com o art. 65, III, "c", primeira parte, do CP.

[210] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 338.

[211] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 391.

[212] Exposição de motivos do Código Penal de 1940, Cf. SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 70.

manifestamente ilegal. O fundamento dessa situação de exculpação é a relação de subordinação de direito público, que institui competências relacionadas ao poder de ordenar e ao dever de obedecer do funcionário público[213]. Como explica a doutrina de CIRINO DOS SANTOS, tratando-se de ordem legal, a sua execução é justificada como estrito cumprimento do dever legal; em caso dessa ordem manifestar-se de forma ilegal, tendo por objeto a prática de ato definido como crime, passa-se a indagar se a natureza da ordem ilegal do superior hierárquico é "aparente" ou "oculta" e, somente no último caso, quando existe dúvida sobre a legalidade da ordem, é que o seu cumprimento é exculpado pela dirimente da obediência hierárquica[214]. A doutrina de ASSIS TOLEDO explica o assunto fazendo distinção entre a obediência à ordem ilegítima e a obediência à ordem legítima, aduzindo que a primeira exclui a culpabilidade, enquanto a segunda exclui a ilicitude[215].

De qualquer forma, a ordem manifestamente ilegal não autoriza o uso da dirimente. É certo, outrossim, que a execução da conduta deve-se ater aos limites da ordem, ou seja, deve haver a estrita observância às formas contidas no comando do superior hierárquico para se excluir a culpabilidade.

A pontual situação do crime de favorecimento pessoal (art. 348, parágrafo 2º do CP)[216], não foi considerada pelo código brasileiro como excludente de culpabilidade, mas escusa absolutória, ou seja, o fato permanece típico, antijurídico e culpável, não se aplicando a pena por razões de utilidade pública aos ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso. Deve-se ter em conta, no entanto, que o fundamento dessa não aplicação é o não se poder exigir, do parente próximo, que entregue seu familiar às autoridades públicas para ser punido por fato delitivo (não exigibilidade de outra conduta).

O Código Penal espanhol também prevê tratamento semelhante (art. 454)[217], explicando MUÑOZ CONDE que aquelas pessoas não são consideradas responsáveis pelo

---

[213] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 330.
[214] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 331.
[215] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 342.
[216] "Art. 348 do Código Penal - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. (...) § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena."
[217] "Artículo 454. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º del artículo 451". Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>; Acesso em: 13.19.2011.

favorecimento pessoal porque, devido a seu parentesco com o autor do crime, não devem estar obrigadas a delatá-lo ou impedidas de ajudá-lo em situação de adversidade, ou seja, não lhes pode ser exigida a delação ou a negação de ajuda aos criminosos[218]. Impende registrar as considerações da doutrina de MUÑOZ CONDE no sentido de que, mesmo estando o art. 454 espanhol relacionado à ideia de não exigibilidade, sua regulação concreta se estende a todos os parentes referidos, tenham ou não vínculo afetivo com o criminoso. Assim, tal isenção de pena representaria uma ponte entre a causa de exculpação e as escusas absolutórias[219].

CIRINO DOS SANTOS coloca, ainda, dentre as causas legais de exculpação, o excesso de legítima defesa real e o excesso de legítima de defesa putativa[220].

O primeiro constituiria uma situação de exculpação "por defeito na dimensão emocional do tipo de injusto, determinado por medo, susto ou perturbação na pessoa do autor", que explicariam a redução dos controles, a anormalidade psicológica, a redução da culpabilidade ou a desnecessidade de prevenção (a depender da teoria que a justifique), de toda forma a fundamentar a exculpação nesses casos[221]. Explicando o tema, aduz CIRINO DOS SANTOS que, do ponto de vista objetivo, o excesso de legítima defesa pode ser intensivo, que se caracteriza pela utilização de meio de defesa *desnecessário*; ou extensivo, verificado pela não coincidência temporal entre defesa e agressão[222].

Trata-se de causa legal excludente da culpabilidade no direito alemão (§33), que dispõe que "ultrapassando o agente os limites da legítima defesa por perturbação (*verwirrung*), medo ou susto, não será ele punido"[223]. Cuida-se de excesso intensivo (o que decorre de o agente ter imprimido intensidade superior à necessária para a defesa), aceito pela doutrina, jurisprudência e legislação alemãs como causa de exclusão da culpabilidade:

> Se o agredido se defender, na figura da legítima defesa, mais intensivamente do que o "necessário (excesso "intensivo" da legítima defesa), agirá, por seu lado, ilicitamente (RGSt 66,288). Sua conduta será, contudo, desculpada segundo o §33, se ele ultrapassou inconsciente ou conscientemente os limites da legítima

---

[218] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 392

[219] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 392.

[220] Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 332-335.

[221] *Idem, ibidem,* p. 332-333.

[222] *Idem, ibidem,* p. 334.

[223] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330. Acrescenta esse autor que o direito alemão rejeita o excesso extensivo (no qual faltaria a atualidade da agressão injusta) como causa de exclusão da culpabilidade.

> defesa "por motivo de confusão, erro ou susto" (RGSt 21,190; 56,34; BGH NJW 62,308; instrutivo Rudolphi, JuS 69,461)[224].

Quanto ao excesso de legítima defesa putativa, existe quando há a representação, para o agente, da existência de agressão inexistente, atual ou iminente, a bem jurídico próprio ou de terceiro[225].

Afirma CIRINO DOS SANTOS, ao tratar do excesso de legítima defesa, que "a lei penal brasileira, ao exigir o *uso moderado dos meios necessários* (art. 25, CP), admite o excesso *extensivo* de legítima defesa, caracterizado pelo uso *imoderado* de meio necessário, especialmente claro no excesso extensivo posterior"[226].

Discorda-se desse autor brasileiro quanto à classificação de ambos os excessos de legítima defesa como causas legais de não exigibilidade no Brasil. Inicialmente, porque não se localiza, no Código Penal brasileiro, a exclusão da culpabilidade para o excesso de legítima defesa, muito pelo contrário, a previsão é de punição pelo excesso doloso ou culposo (art. 23, parágrafo único); em segundo lugar, porque o legislador não faz diferença entre os excessos, deixando de reputá-los "crassos" ou "leves", "imoderados" ou "posteriores", e a exculpante putativa do art. 20, §1º do CP relaciona-se ao erro, não a uma situação de inexigibilidade de outra conduta.

Esclarece ASSIS TOLEDO, sobre esse assunto, que embora o legislador pátrio silencie acerca do excesso exculpante, nada impede a sua admissibilidade e adequado tratamento, por aplicação do principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*[227], ou seja, embora o legislador não tenha abrangido a possibilidade de excesso no art. 25 do CP, o seu silêncio permite a retomada do tema quando da formulação do juízo de culpabilidade, quando se irá pesquisar o conjunto das circunstâncias fáticas e emocionais do evento para averiguar se o agente agiu ou não culpavelmente, se podia ter evitado o excesso ou se, ao contrário, era-lhe humanamente impossível, naquele quadro emocional, "medir e pesar, racionalmente, a agressão e a reação para ajustar a última, em peso e tamanho, à primeira"[228].

A exculpação de qualquer excesso na legítima defesa no Brasil teria, pois, caráter supralegal.

---

[224] WESSELS, Johannes. **Direito Penal:** parte geral (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por TAVARES, Juarez. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p.94.
[225] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 335.
[226] *Idem, ibidem*, p. 335.
[227] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 330.
[228] *Idem, ibidem*, p. 330-331.

Por fim, insta acrescentar, ainda nas discussões das causas legais de não exigibilidade no Brasil, que a doutrina de HELENO FRAGOSO aponta como dirimente legal de culpabilidade o estado de necessidade exculpante, definindo-o como a situação de necessidade que implica no sacrifício de bem de igual ou maior valor do que o salvaguardado, na qual não era razoavelmente exigível o comportamento diverso, de forma a excluir, pois, a culpabilidade[229]. No mesmo sentido aduz a obra de ARIEL DOTTI, acrescentando no rol de causas legais do Código Penal brasileiro o estado de necessidade exculpante[230]. Ousa-se discordar de ambos os respeitáveis autores, porque, desde a revogação do Código Penal de 1969 (Decreto Lei 1.004/69), que adotava a teoria diferenciadora, contemplando separadamente as duas espécies de estado de necessidade[231], a redação do artigo relacionado ao estado de necessidade não prevê mais a modalidade exculpante, tendo-se adotado a teoria unitária. Nada impede, também, que da mesma forma que o excesso de legítima defesa, tal excludente de culpabilidade seja adotada como forma supralegal de não exigibilidade de conduta diversa, a se enquadrar, se for o caso, dentre as hipóteses classificadas como "conflito de deveres", formuladas como modelo para identificação de comportamentos exculpantes supralegais. Não se há de concordar, contudo, que a mesma caracterize dirimente legalmente prevista.

---

[229] Afirma FRAGOSO que, "o estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso". Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 211.

[230] Segundo DOTTI, "as hipóteses de inexigibilidade previstas no CP são as seguintes: a) coação moral irresistível, (art. 22), b) estado de necessidade exculpante (art. 24); c) obediência hierárquica (art. 22, *in fine*)". Cf. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010, p. 511-512.

[231] "Segundo dispunha o art. 25 [do CP de 1969], não seria culpado quem 'para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa". FRAGOSO, Heleno. *Op. Cit.*, p. 211.

2 CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AS DISCUSSÕES DA DOUTRINA ESTRANGEIRA. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA COMO PRINCÍPIO DO DIREITO, CLÁUSULA GERAL REGULATIVA OU *RATIO* DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO.

Foi o Tribunal do Império Alemão, em 27 de maio de 1897, através do caso do "cavalo que não obedecia às rédeas", quem trouxe a lume a discussão da inexigibilidade de conduta diversa ao negar a culpabilidade do cocheiro que, por ordem de seu patrão, selou um cavalo de caça a uma carruagem[232], vindo a causar lesão corporal em terceiros.

A decisão do Tribunal do Império despertou a doutrina alemã, e o assunto foi alvo das teses penais já analisadas no capítulo primeiro.

JAMES GOLDSCHMIDT foi o primeiro a preocupar-se com a possibilidade de a inexigibilidade de conduta diversa estar ou não prevista em lei anterior ao fato. Segundo seu raciocínio, muito mais importante do que a questão de se a exigibilidade constitui uma restrição a norma de dever, e se a não exigibilidade constitui uma exceção a ela, "es la cuestión de si los casos de no exigibilidad han sido taxativamente tipificados, o si la no exigibilidad es un concepto que necesita ser complementado valorativamente"[233].

A esse respeito, analisando se a livre admissão das causas de exculpação conduziria a uma tautologia do direito penal, e referindo-se à ideia de interesse preponderante para a comunidade jurídica, GOLDSCHMIDT afirma que o reconhecimento das causas de exculpação supralegais firma-se no conceito básico de que existem motivos de agir que o

---

[232] SILVEIRA, José Francisco Oliosi. José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 78: "Em 23 de maio de 1897, a Quarta Sala Penal do Tribunal do Império absolveu, negando a culpabilidade, ao acusado do famoso caso conhecido com do 'cavalo que não obedecia às rédeas'. Em síntese, o fato é o seguinte: o dono de uma cocheira ordenou a um de seus empregados que atrelasse determinado cavalo a uma carruagem para efetuar os serviços habituais. No entanto, o animal indicado pelo empregador era rebelde e não obedecia, com presteza, ao comando do seu condutor. Com base nesse fato, o cocheiro negou-se a obedecer, temeroso, com justa razão, de que o animal, desobedecendo, pudesse causar algum acidente. O proprietário, no entanto, reiterou, energicamente, a ordem, informando ao seu empregado de que se não obedecesse seria imediatamente despedido. Certo de que sua desobediência o levaria ao desemprego, resolveu o cocheiro obedecer. Como foi previsto, durante o trabalho o cavalo desobedeceu às rédeas, e, a despeito dos esforços de seu condutor, saiu em desabalada carreira quando bateu contra um ferreiro, que estava sobre a calçada, fraturando-lhe uma perna. O Tribunal entendeu que não se podia exigir do cocheiro que 'perdesse seu emprego e seu pão'."

[233] GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 112-113.

ordenamento jurídico deve reconhecer como superiores àqueles que obrigam o agente ao dever de cumprir a norma, em relação a um homem médio[234].

Uma observação deve ser feita, nas discussões históricas em torno da exigibilidade de outra conduta como elemento integrante da culpabilidade, para situar as dificuldades de alcance quanto à aplicação desse elemento. É que, diferentemente do que ocorre com a imputabilidade e consciência da ilicitude, a positivação dos conceitos é incapaz de abranger todas as situações nas quais deve se perceber seu aproveitamento. Na realidade, cada caso concreto deve ser apreciado com suas particulares circunstâncias, motivo pelo qual sempre se há de verificar situações nas quais, embora ausente a previsão legal, não se poderia exigir do agente a atitude conforme a lei.

Atentando para esse problema, FREUDENTHAL reivindicou a aplicação da excludente por analogia, fazendo, inclusive, referências à possibilidade de se criar um estatuto supralegal da inexigibilidade. A criação de uma fórmula ampla de inculpabilidade, para ele, poderia abarcar todos os casos não definidos como estado de necessidade ou outras excludentes legais, mas nos quais do sujeito, pelas circunstâncias de sua atuação, não se poderia exigir um comportamento conforme os preceitos penais[235].

Sob esse entendimento, FREUDENTHAL aduziu que o verdadeiro alcance dessa excludente de culpabilidade não pode se restringir às causas de exclusão enunciadas no texto legal, pretendendo o reconhecimento de uma forma ampla de inculpabilidade, na qual se amparam todos os casos que não se enquadram no estado de necessidade nem em outras excludentes previstas na lei, mas que, pelas circunstâncias em que atuou o agente, não lhe poderia ser exigido um comportamento de acordo com o preceito legal[236].

Pois bem. Dadas as condições semeadas por FREUDENTHAL, a não exigibilidade de comportamento conforme o direito passou a ser vista por alguns como princípio do direito penal, ou, ainda, como causa geral de exclusão da culpabilidade, contrapondo-se à posição de simples dirimente de exclusão da culpabilidade para as hipóteses legais. A adoção de uma ou outra conceituação associa-se ao uso e alcance da inexigibilidade nas experiências da prática jurídica.

---

[234] GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 119-120.
[235] FERNANDEZ, Gonzalo D. Culpabilidad Normativa y Exigibilidad (a propósito de la obra de Freudenthal). *In*: FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 34-36.
[236] *Idem, ibidem*, p. 35.

Assim, da mesma forma que a Teoria da Antijuridicidade – que, se antes se limitava às escassas hipóteses legais, depois experimentou um processo evolutivo no qual se recorreu a princípios jurídicos para justificar o ato praticado, baseando-se na ponderação de bens e aceitação de um princípio supralegal do estado de necessidade justificante – a Teoria da Exigibilidade enfrentou uma tendência à admissão da exclusão supralegal da responsabilidade pelo fato, elevando a exigibilidade à categoria de regra geral de exclusão da pena[237].

MEZGER também se ocupou do tema das causas supralegais, atentando, no entanto, para que se utilizasse de cautela e precauções nessa aplicação. Nesse sentido, MEZGER afirma, inicialmente, que a Teoria da Culpabilidade Jurídico-penal exige um delineamento individualizador, e a essa exigência corresponde à inexigibilidade como uma causa geral de exclusão da culpabilidade. Em nota de rodapé de sua obra[238], no entanto, o autor ressalta que, embora no Código Penal alemão não exista obstáculo legal que impeça o funcionamento da não exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, o seu manejo deve cercar-se das necessárias precauções, e seu reconhecimento deve ser visto apenas nos excepcionalíssimos casos.

Assim, em análise a outro caso do Tribunal alemão, conhecido como "Klapperstorch ante los jurados" ou da "parteira que fornece indicações falsas do registro de nascimento"[239], MEZGER critica a opinião de FREUDENTHAL, quando este defende a absolvição por falta de conduta dolosa da parteira, já que, para FREUDENTHAL, não se poderia exigir da parteira, naquela situação, que a mesma se abstivesse de realizar os atos que em outras condições deveriam ser puníveis.

Nesse diapasão, MEZGER afirma que FREUDENTHAL olvidou-se "demasiadamente" de que a não exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade estaria reservada a uma zona relativamente pequena de livre apreciação valorativa, e que, no resto, em nada se modifica a índole positiva da valoração de bens jurídicos. Dito de outro

---

[237] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 50.

[238] MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 204.

[239] A expressão *Klapperstoch* significa "cegonha que traz as crianças", na linguagem popular alemã; ou parteira, no português coloquial. Trata-se de caso ocorrido em distrito mineiro alemão. A empresa exploradora da mina havia deliberado que quando a esposa de um mineiro viesse a dar a luz em dia da semana, o marido estava dispensado de trabalhar naquele dia. Quando a criança nascia em dia de domingo, os mineiros solicitavam à parteira que declarasse o nascimento em um dia de semana, ameaçando-a que, se assim não fizesse, não voltariam a requerer seus serviços. Temendo ficar sem trabalho, a parteira se viu autora de diversas inscrições falsas em registros de nascimentos. MEZGER, Edmundo. *Op. Cit.*, p. 209 (nota de rodapé).

modo, pelo mesmo autor, a adequação individual da valoração que deve ser garantida pela causa especial de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade), não tem por missão alterar as valorações derivadas da lei positiva, mas, tão somente, completá-las[240]:

> Ahora bien, una tal correcta valoración del bien jurídico lesionado no aparece, por lo menos en el caso del 'Klapperstorch ante los jurados' (*), en el que FREUDENTHAL (18) considera oportuna la absolución de la procesada; la ley exige precisamente a veces sacrificios personales en evitación de acciones punibles, y la comadrona no puede, por ello, invocar como excusa de las falsas indicaciones en el Registro de nacimientos los perjuicios económicos que se la irrogarían en caso de no haberlo hecho así.[241]

Completa EDMUNDO MEZGER que a exclusão da culpabilidade pela não exigibilidade de outra conduta é vista como última possibilidade de se negar a culpabilidade do agente por sua ação; nessa fase, domina o pensamento da consideração valorativa, **mas em todo caso orientado pela lei.** Da mesma forma da Teoria da Justificação, a Teoria das Causas de Exculpação refere-se a um princípio genérico no qual é possível a adaptação individual *da lei* ao caso concreto[242]. Não se estaria, assim, renunciando à natureza positiva do direito.

Na realidade, como explica a doutrina de VIAL DEL RIO, inicialmente MEZGER teria aderido com entusiasmo em favor de um conceito de inexigibilidade como causa geral e supralegal de inculpabilidade, modificando, no entanto, esse entendimento com o advento do regime nacional socialista alemão, quando mudou radicalmente de opinião[243].

Sobre o assunto, registre-se que o discurso da não exigibilidade no período nacional socialista alemão (1933-1945) foi duramente rechaçado porque, segundo alguns penalistas nazistas, tal tese representava o reconhecimento das debilidades e fraquezas do ser humano, incompatíveis com o modelo de homem forte e de caráter superior da raça ariana[244].

Assim, esclarece SAINZ CANTERO[245] que MEZGER, em seu manual (*Lehrbuch*), se declara partidário da doutrina da não exigibilidade, configurando-a como causa genérica e supralegal de exclusão da culpabilidade, tanto na área do dolo, quanto da culpa,

---

[240] MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, p. 209.
[241] *Idem, ibidem*, p. 209-210.
[242] *Idem, ibidem*, p. 210.
[243] VIAL DEL RIO, **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 27.
[244] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal:** Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 387.
[245] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 25.

sem, contudo, depender da valoração individual do autor particular, mas sim da valoração objetiva do ordenamento jurídico e em todo caso orientado pela lei. Posteriormente (no *Grundriss*), o autor teria passado a sustentar que a consideração da não exigibilidade como causa supralegal pode conduzir a excessos insustentáveis, motivo pelo qual deveria ser evitada. Nesse entendimento, MEZGER teria aduzido que alguns conhecidos casos de inexigibilidade poderiam encontrar solução em outros princípios, tais como a colisão de deveres e o estado de necessidade, não havendo a necessidade de recorrer-se às causas supralegais[246].

A Teoria da Não Exigibilidade de FREUDENTHAL também foi duramente criticada por MAURACH, para quem deve ser rechaçada toda causa de exclusão que está além da lei, já que a lei exige fundamentalmente o resultado de seu mandato. Sustenta esse autor que, diferentemente da antijuridicidade, que poderia ser afastada quando a ação típica é permitida por outro ramo do direito, para a responsabilidade pelo fato ou para a culpabilidade se deve atender tão só ao direito penal e ao código penal[247], ou seja, o que é exigível é declarado nos preceitos positivos dos parágrafos 52, 54 e 53 do Código Penal alemão[248]. MAURACH sustenta, ainda, que quando o *Reichgericht*, na fundamental resolução RG 66, 399, esclareceu a impossibilidade da aplicação supralegal da não exigibilidade[249], essas teorias perderam terreno e foram sendo excluídas.

A doutrina alemã mais recente, de JESCHECK (1996), também refuta o entendimento outrora desposado por FREUDENTHAL, criticando o reconhecimento de uma causa de exclusão supralegal tendo por base "la capacidad de motivación del ciudadano

---

[246] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 26-27.

[247] MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 50-52.

[248] Aduzia o Código Penal Alemão: "§54 - não existe ação punível, se a ação, além do caso de legítima defesa, foi cometida em um estado de necessidade não culpável, irremovível de outra forma, para a salvação de um perigo atual, para o corpo ou a vida do autor ou de um parente". "§53 – Não existe ação punível se esta foi praticada em legítima defesa. Legítima defesa é o meio necessário para fazer cessar contra si ou contra outros, um ataque atual, antijurídico. O excesso de legítima defesa não é punível se o autor ultrapassou os limites de defesa por aturdimento, medo ou terror". "§52 – Não existe ação punível se o autor foi obrigado a praticá-la por meio de força irresistível ou por meio de uma ameaça, que estava ligada a um perigo atual, inevitável de outra maneira, para sua integridade física ou a vida, ou para a vida ou o corpo de um parente. Como parente, para efeito desta lei penal, devem considerar-se: consangüíneos e afins em linha descendente ou ascendente, pais ou filhos adotivos ou ligados por uma relação de criança, cônjuges, irmãos e seus cônjuges e noivos". Cf. SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, p. 80 e 84.

[249] O *Reichgericht*, Tribunal Supremo do Império Alemão, teria afirmado que "por el recurrir al término de la exigibilidad... no debe reconocerse de modo alguno una causa de disculpa supralegal de la no exigibilidad transcendente a los casos descritos en la ley". MAURACH, Reinhart. *Op. Cit,* p. 51.

médio" verificada nas decisões jurisprudenciais, ao aduzir que a aplicação da não exigibilidade supralegal conduziria à desigualdades na aplicação do direito, pois não se consubstancia em critério idôneo, ao tempo em que as causas de exculpação "constituyen disposiciones excepcionales que non son susceptibles de aplicación extensiva"[250]. Por outro lado, acrescenta o autor que também em situações difíceis da vida em comunidade deve se poder exigir a obediência jurídica do agente, ainda que isso represente um importante sacrifício à pessoa afetada[251].

A ideia de inexigibilidade de conduta diversa, desenvolvida a partir da proposta de FREUDENTHAL e relacionada ao conceito normativo de culpabilidade no início do séc. XX, embora tenha ensejado acaloradas discussões durantes as décadas seguintes, como alerta CIRINO DOS SANTOS, tem o seu fundamento *supralegal* de exculpação rejeitado antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, ideia que mais recentemente foi retomada, seja para a aceitação da referida exculpação como cláusula geral, seja como dedução do princípio da culpabilidade ou do princípio de justiça do Estado de Direito[252].

Pois bem. WELZEL defendeu a aplicação supralegal da dirimente através de exemplos do estado de necessidade exculpante no direito penal alemão. Esse autor reconhece o princípio da não exigibilidade, na medida em que entende correta a defesa da exculpação nas situações extraordinárias de motivação, observadas após a culpabilidade já estar materialmente estabelecida[253]. No entanto, o mesmo autor crê na conveniência de que o ordenamento traga limitações expressas às tais situações de excludentes, pois, de outra forma, estar-se-ia admitindo a perda do vigor das normas jurídicas. As causas de exclusão, portanto, seriam exceções trazidas pelo próprio legislador e, para o reconhecimento das causas supralegais, alguns critérios deveriam ser observados, sempre na caracterização de existência

---

[250] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 542.

[251] *Idem, ibidem*, p. 542.

[252] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 325.

[253] Para WELZEL, a presença dos dois primeiros elementos já se faz suficiente a estabelecer materialmente a culpabilidade, porém o ordenamento jurídico ainda pode ter, dadas as situações extraordinárias (que importem na inexigibilidade de conduta diversa), razões para desculpar o agente, absolvendo-o: "con la confirmación tanto de la imputabilidad como también de la posibilidad de conocimiento del injusto se encuentra establecida materialmente la culpabilidad, el 'poder en lugar de ello' del autor en relación a su acción típica antijurídica. Sin embargo, esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. Más bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida 'exculparlo' y absolverlo de pena. Al respecto se consideran situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fortemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad (...)" WELZEL, **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª Edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 210.

de um conflito de deveres para o autor do fato. Nesse sentido, embora WELZEL se coloque, *a priori*, contra a admissão das causas supralegais, acaba elaborando "condições" ou "pressupostos" para sua aceitação, através de modelos que serão tratados no ponto seguinte.

Um novo enfoque à discussão trazida por WELZEL sobre o tema foi conferido por HENKEL, na década de 50 do século passado, ao aduzir que no princípio da não exigibilidade há um poderoso meio de auxílio ao legislador e aplicador do direito, que transcende o direito penal para outras áreas do direito. A função exculpante da inexigibilidade não deve limitar-se à culpabilidade, devendo ser reconhecida no campo da antijuridicidade e tipicidade; para isso, deve abandonar-se o dogma de que a exigibilidade seria um elemento da culpabilidade e sua inexistência uma causa de exclusão desse elemento do crime[254].

Nesse entendimento, defende HEINRICH HENKEL que o princípio da não exigibilidade deve ser reconhecido como *cláusula geral regulativa* e, para isso, não seria preciso o seu reconhecimento através de dispositivo legal. Assim, faz-se imperioso seu uso como meio a orientar o Juiz em suas decisões, merecendo aplicação especial nos tipos penais imprecisos ou nas normas penais em branco[255].

Na realidade, HENKEL esclarece que os conceitos de exigibilidade e inexigibilidade cumprem seu papel (e sua função unitária) também em outros ramos do ordenamento jurídico. Assim, explica o autor, no âmbito do direito civil, por exemplo, a própria lei fundamenta a ideia de inexigibilidade, na medida em que submete os deveres e as pretensões aos limites da "boa fé" e invoca a fórmula da inexigibilidade como um princípio inerente às relações obrigacionais (que limita o dever e relativiza a rígida validade da máxima *pacta sunt servanda*, derrogando-a em situações extraordinárias para buscar uma solução justa entre as partes)[256]:

> Así surgió, en la doctrina y en la jurisprudencia, la reconocida regla de que si entre la celebración del contrato e la fecha del cumplimiento de una obligación en curso se produce una alteración radical de la base real del contrato, por ejemplo, a raíz de una guerra, una revolución, un trastorno económico, una subida extraordinaria de precios el deber de prestación del deudor tendría que ser limitado o francamente negado, cuando e hasta el punto en que el contenido de la prestación debido al cambio imprevisible del vínculo, se considere como inexigible[257].

---

[254] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965. p. 36.
[255] *Idem, ibidem,* p. 37.
[256] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 63-64
[257] *Idem, ibidem,* p. 64.

Ao acrescentar ao raciocínio desenvolvido exemplos relacionados ao direito administrativo e direito internacional, complementa HENKEL que esses exemplos facilmente se multiplicam em todos os ramos do ordenamento jurídico, e, portanto, deveriam ser suficientes a demonstrar que o conceito de exigibilidade está presente em todo o Direito, por meio de um princípio regulativo, que não indica o conteúdo preciso da decisão judicial, mas o caminho que leva a essa decisão. A conceituação da exigibilidade ganhou, nesse momento, para a doutrina alemã, seus maiores contornos principiológicos[258].

Abrindo um parêntese para comentar o alcance do assunto sob os três elementos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – e, inclusive até, da punibilidade, a doutrina de AGUADO CORREA esclarece que o princípio da não exigibilidade, embora atinja maior proporção na culpabilidade, deve ser tido em conta pelo legislador no momento de tipificar a conduta (tipicidade), e também exerce relevante papel na antijuridicidade, sobretudo no âmbito das causas de justificação (nos casos de estado de necessidade e legítima defesa entram em jogo as considerações da exigibilidade, que pode até inspirar a aplicação por analogia destas causas)[259]. Na punibilidade, acrescenta a autora não se poder olvidar de que a exigibilidade estaria presente na escusa absolutória de favorecimento de parentes[260].

Tendo por base a natureza da não exigibilidade como "cláusula geral regulativa", HENKEL afirma que a mesma não seria causa supralegal de exclusão de culpabilidade, simplesmente porque o seu campo transcende a culpabilidade para estender-se, também, à tipicidade e antijuridicidade.

A solução de HENKEL seria a de reconhecer a possibilidade de uma exculpação supralegal, mas, em troca, negar à inexigibilidade a hierarquia de uma causa supralegal de exculpação[261]. Explica-se.

Como afirma esse autor alemão, por mais que se invoquem os trabalhos preparatórios e as tentativas da lei em apoiar o caráter exaustivo da regulação das causas de exculpação (para assim não admitir outras exceções), a vontade do legislador em regular sem brechas todas as possibilidades de inculpabilidade já não tem força vinculante alguma, porque

---

[258] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 73.
[259] AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**, nº. 17, 2005, p. 53-84.
[260] *Idem, ibidem*, p. 62.
[261] HENKEL, *Op. Cit.*, p. 115.

a lei deve ser interpretada a luz das mutáveis circunstâncias e concepções de cada época, além do que, as concepções decisivas das situações de exculpação teriam experimentado fundamentais transformações com o desenvolvimento do conceito de culpabilidade[262].

Esclarece HENKEL, ainda, que as causas legais de exclusão da culpabilidade não significavam mais do que o destaque de figuras típicas que o legislador, levado por experiências repetitivas, configurou na lei, e que o Juiz, em tais casos, haveria necessariamente de negar a culpabilidade da conduta. Em momento algum, no entanto, essa positivação tornaria improcedente a consideração de outros fatores exculpantes, pois fora dos casos legais haveria hipóteses nas quais também se veria desvirtuada a reprovação da culpabilidade, hipóteses tão múltiplas, aduz HENKEL, que se subtrairia, de antemão, todo o intento de tipificá-las legalmente[263].

A despeito de tão firme posicionamento, HENKEL refuta o uso da expressão *inculpabilidade supralegal*, pois, para esse autor, considerar a exigibilidade como causa supralegal de inculpabilidade seria "escurecer" consideravelmente o real significado do processo judicial, posto que não se trata de corrigir uma "lacuna da lei" ou de preencher um "vazio jurídico", mas sim de aplicar uma consequência extraída do conceito de culpabilidade que a lei pressupõe, conceito esse tido por incompleto quando faltasse a contrariedade ao dever ou a reprovabilidade da conduta interna do agente. O sentido da "inculpabilidade supralegal" não era outro senão a negação, baseada na essência da culpabilidade (material), do elemento normativo indispensável para o estabelecimento desta[264]. A não exigibilidade, pois, como cláusula geral regulativa, transcenderia a necessidade de positivação.

Analisando tais colocações, SAINZ CANTERO explica a distinção trazida pelo próprio HENKEL entre os princípios normativos e regulativos, classificando de normativa uma cláusula que apresenta conteúdo valorativo e que, portanto, encerraria uma regra de medida em si mesma, enquanto a fórmula geral regulativa não antecipa o juízo de valor do caso particular, contentando-se em dar ao Juiz uma orientação. Nesse raciocínio, ao conceber a exigibilidade e inexigibilidade como "cláusula geral regulativa", desnecessário se faria o seu expresso reconhecimento em uma fórmula legal, e, ao mesmo tempo, tal cláusula seria o meio

---

[262] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 116.
[263] *Idem, ibidem*, p. 117.
[264] *Idem, ibidem*, p. 118-119.

indispensável ao Juiz como elemento orientador de suas decisões e mereceria aplicação essencialmente interessante no complemento dos tipos penais com contornos imprecisos[265].

Voltando-se ao assunto na obra do próprio HENKEL, vê-se que o mesmo define como cláusulas normativas aquelas que encerram um conteúdo de valor e uma medida de julgamento, oferecendo como diretriz legislativa uma premissa maior de decisão e antecipando, por isso, a sentença judicial que aplicará aquela norma. Nesse sentido, esclarece que até mesmo as fórmulas gerais "de boa fé" e "bons costumes" poderiam ser classificadas como normativas[266]. Já o princípio regulativo contrastaria inteiramente com essas cláusulas normativas, uma vez que não traz conteúdo valorativo algum, sendo de todo neutro e, por isso, não procura normas para dar lastro à decisão do Juiz. Como princípio puramente formal, afirma HENKEL, ele não dá condições de antecipar a resolução do caso individual, contendo apenas uma instrução de que se deve recorrer a outro fenômeno para ser desenvolvida a própria norma de julgamento. Sua aplicação reside justamente na negação da norma legislativa, acompanhada da instrução de que se desenvolva a norma judicial a partir do caso concreto submetido a julgamento. Em consequência, o emprego do princípio regulativo pelo Juiz não corresponde à aplicação de uma norma, nem obtenção da sentença por subsunção a uma premissa maior decisória, mas sim à criação normativa, servindo-se de um conceito que não põe à disposição do Juiz conteúdo de decisão algum, mas só lhe indica que determine autonomamente, com a ajuda do elemento regulativo, os limites das esferas do direito e do dever no caso[267]. Pelo exposto, "a inexigibilidade não é uma causa supralegal de exculpação", mas sua função é muito mais ampla, "posto que se estende por igual sobre os âmbitos da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade"[268].

Sobre o tema, complementa SAINZ CANTERO que, para HENKEL, ao admitir-se que o princípio da não exigibilidade se aplica tanto na antijuridicidade e tipicidade quanto na culpabilidade, sua aplicação se daria, na área do injusto, através de cálculos objetivos, sem observar somente a conduta do autor no caso concreto, mas a conduta que teria realizado qualquer outro homem naquelas circunstâncias. Ao revés, na área da culpabilidade, a

---

[265] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 37.
[266] HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008, p. 126.
[267] *Idem, ibidem,* p. 126-127.
[268] *Idem, ibidem,* p. 130.

aplicação da inexigibilidade deveria medir-se segundo a conduta do autor determinado, subjetivamente, sem referência alguma de outro indivíduo[269].

A moderna doutrina alemã, de CLAUS ROXIN, se firma contra a adoção das causas supralegais de não exigibilidade, iniciando o debate com a ressalva de que não se trata de uma questão de culpabilidade, mas de responsabilidade. Para esse autor, não se deve discutir se o sujeito podia atuar de outro modo, mas se sua atuação antijurídica e de modo evitável precisa de pena. Esclarece, também, que as considerações político-criminais relativas à finalidade da pena deveriam se reservar, em princípio, ao legislador, e se essa consideração e decisão couber ao Juiz, se estaria atentando contra a divisão de poderes, assim como contra o princípio constitucional (alemão) de precisão ou concreção[270]. Dessa forma, seria inadmissível que o Juiz eximisse o agente de pena sem base na lei, com uma fórmula "vazia" como a da inexigibilidade. Para o mencionado autor, isso não implicaria na impossibilidade de, em casos precisos e com o desenvolvimento cauteloso do direito escrito, excluir-se a responsabilidade quando os parâmetros valorativos que se extraem da lei vigente permitem reconhecer com segurança a falta de necessidade preventiva da pena[271].

Se na doutrina alemã a aplicação supralegal da não exigibilidade foi alvo de críticas e as discussões atingiram certa estagnação com as influências do nazismo, o mesmo não se pode dizer com relação à doutrina italiana, ante as influências de SCARANO e BETTIOL, que passaram a se ocupar de outros aspectos das teorias até então desenvolvidas. Crescia novamente na doutrina a ideia de aceitação da causa de inexigibilidade supralegal.

Em 1948, LUIGI SCARANO publicou na Itália uma monografia com o tema *La Non Esigibilità Nel Diritto Penale*, na qual, ao examinar a jurisprudência alemã e italiana, observou que aquelas decisões aplicavam, a certos fatos não previstos na lei, disposições que já estavam contidas em normas, utilizando-se do recurso da analogia. Mediante esse uso da analogia, ter-se-ia extraído, no entender de SCARANO, um princípio que se constituiria em uma entidade normativa[272].

---

[269] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p. 38.

[270] ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 961.

[271] *Idem, ibidem,* p. 961.

[272] Em SCARANO: "E in questo modo ha introdotto arditamente il ricorso all'analogia in relazione alle cause che escludono la punibilità, estraendo un principio, che costituisce esso stesso, poi, per i case non espressamente previsti, un'entità normativa". SCARANO, Luigi. **La non Esigibilità nel Diritto Penale**. Napoli: Casa Editrice Libraria Humus, 1948, p. 64.

Esse princípio, da forma como pensava SCARANO, seria captado pela *ratio* comum às causas de exclusão da culpabilidade (a não exigibilidade), e teria adquirido entidade normativa em razão da validade da analogia e da possibilidade de sua aplicação aos casos semelhantes não previstos pela legislação[273]. SCARANO sustenta, assim, que a não exigibilidade de outra conduta foi reconhecida pelo legislador de forma indireta, já que a "ratio" das normas que excluem a culpabilidade é a impossibilidade de o ordenamento jurídico exigir do indivíduo um comportamento conforme a norma, citando como exemplo os casos de força maior, coação moral e estado de necessidade.

Laborando em defesa da aplicação do princípio da não exigibilidade mesmo fora da expressão legal, propõe SCARANO, assim, a aplicação desse princípio por analogia a casos similares. Comentando o raciocínio desse renomado autor italiano, esclarece BETTIOL[274], no mesmo sentido, que a não exigibilidade constituiria a *ratio* das causas de exclusão da culpabilidade, e, para hipóteses semelhantes poderia essa *ratio*, nos casos não expressamente previstos em lei, adquirir entidade normativa.

Dessa forma, BETTIOL esclarece que quando se parte do pressuposto de que um comportamento é culpável enquanto o sujeito capaz tenha previsto e querido o fato lesivo, "deve-se necessariamente admitir que tal comportamento não possa mais ser considerado culpável sempre que, em virtude de uma circunstância de fato, o processo psíquico de representação e de motivação se formou de modo anormal*";* assim, caem as objeções sobre a ausência do expresso reconhecimento no direito positivo do princípio da não exigibilidade[275]. Não se haveria de falar, para esse autor italiano, em um abrandamento do direito penal em contraste com sua concepção autoritária, porque o direito penal enfraquecido "é apenas o que não pune quando existam todos os pressupostos de uma punição, entre os quais o da culpabilidade"; em casos na qual a culpabilidade não subsiste porque não se podia esperar do agente uma motivação normal, "seria uma heresia falar ainda de culpa e aplicar uma pena"[276].

---

[273] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965, p.40.
[274] BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol. II. Tradução brasileira e anotações dos professores Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, p. 140-142.
[275] *Idem, ibidem,* p. 141/142.
[276] *Idem, ibidem,* p. 143/144.

O autor rebate, também, as críticas de que o uso do princípio ameaçaria a certeza jurídica, aduzindo que essa certeza não deve constituir-se em um obstáculo ao processo de individualização e de humanização da culpa penal[277].

Esclarece a doutrina de VIAL DEL RIO[278] que, apesar da forte defesa empreendida pela doutrina de BETTIOL e SCARANO, a opinião dominante na Itália não seria favorável à aceitação da não exigibilidade fora das hipóteses legais (nesse sentido, PETROCELLI e ANTOLISEI).

Interessante registrar, então, as colocações de FRANCESCO ANTOLISEI, aduzindo que a teoria exposta por SCARANO adoeceria de uma falta de clareza e concretude, justamente por não conseguir determinar e identificar quais as circunstâncias cuja presença viesse a tornar inexigível a norma ao agente da conduta. Como consequência dessa "obscuridade", registra ANTOLISEI a ausência de um critério unitário que congregasse as numerosas e variadas hipóteses a serem consideradas[279].

Assim, explica ANTOLISEI que a tese de BETTIOL, derivada do critério da própria essência da não exigibilidade, não é convincente, seja porque não pode ser provada, seja porque se olvida de indicar e definir condições e limites para as regras ou modelos de sua aplicação. Quanto ao conceito de SCARANO, a fórmula de não exigibilidade de conduta diferente não representaria, para ANTOLISEI, uma *ratio* que a torna suscetível de aplicação analógica, tratando-se de um critério vago, que não possui a concretude necessária a estabelecer um princípio jurídico superior legal que solucionasse os casos não expressamente previstos na lei[280].

Afirma, ainda, esse autor, que a teoria envolveria um grande risco de permitir a impunidade, passando a combater, inclusive, a expressão "homem médio", tendo-a por incerta

---

[277] BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol. II. Tradução brasileira e anotações dos professores Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, p. 142-143.

[278] VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusión de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1969, p. 18-19

[279] ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: Parte generale. Milano: Dott A. Giuffre Editore, 1957, p. 304.

[280] Tradução livre: "(...) la tesi del bettiol, secondo cui criterio dell'inesigibilità deriverebbe dall'essenza stessa del diritto, non convince, sia perchè non ne è fornita alcuna dimostrazione, sia perchè dimentica che le condizioni e i limiti dell'aplicazione delle norme sono posti dalle norme stesse. Quanto alla concezione dello Scarano - come è stato dimostrato nel modo più esauriente dal Petrocelli - la formula "non si può in quelle circostanze umanamente esigere una condotta diversa" non rappresenta una ratio che sia suscettibile di applicazione analogica, tratandosi di un criterio vago, di per sè ovvio, il quale manca della concretezza che sarebbe necessario per costituire un principio giuridico superiore a cui possano ricondursi casi non espressamente contemplati dalla legge". ANTOLISEI, Francesco. *Op. Cit.*, p. 303-304.

e ensejadora de soluções contraditórias[281]. Em continuidade, acrescenta o professor italiano que excepcionalmente podem se apresentar situações nas quais o Juiz se encontre em dúvida entre a lei que impõe a condenação e sua consciência que clame pela absolvição, possibilidade a ser solucionada com a aplicação mais ampla da eximente do estado de necessidade, e não com a aceitação do princípio da inexigibilidade[282]. Isso porque, qualquer que seja a fórmula adotada para abraçar todos os casos possíveis de inexigibilidade, essa fórmula seria tão ampla e tão vaga que acabaria se prestando não só a interpretações muito diversas, mas também a escandalosas soluções[283].

As discussões da dogmática alemã sobre a inexigibilidade e a teoria normativa da culpabilidade foram levadas à Espanha através da obra de RODRIGUEZ MUÑOZ, mostrando que o direito espanhol apresentava preceitos semelhantes ao direito alemão para se formular com viabilidade o conceito normativo de culpabilidade. Tais preceitos eram encontradas no *encubrimiento entre parientes* e no *miedo insuperable*[284]. Lembra SAINZ CANTERO, no entanto, que o mérito de ter sido o difusor da culpabilidade normativa na Espanha seria de JIMENEZ DE ASÚA, cuja considerável influência na doutrina espanhola (juntamente com RODRIGUEZ MUÑOZ) fez com que a concepção normativa seja hoje dominante naquele país[285].

A partir da aceitação da concepção normativa da culpabilidade trazida como princípio inspirador de algumas eximentes por RODRIGUEZ MUÑOZ, passa-se a crer na inexistência de obstáculos legais que impeçam o funcionamento da exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade, acreditando-se, contudo, que seu manejo deve ser cauteloso e reconhecido somente em excepcionais casos[286].

---

[281] "(...) Se, invece, si adotta il criterio dell'uomo medio, del citadino leale, secondo l'opinione dela maggioranza dei seguaci dela teoria, si naviga nell'incertezza, perchè il quesito se un dato comportamento si possa pretendere da questa evanescente figura dà luogo alle maggiori perplessità ed è sempre suscettible di soluzioni disparate". ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: Parte generale. Milano: Dott A. Giuffre Editore, 1957, p. 304.

[282] "(...) Ora, a noi sembra che i primi due casi si possano risolvere agevolmente sulla base dela norma che prevede lo stato di necessità senza bisogno di ricorrere ad altri critério, mentre per il terzo non si scorge perchè mai esso dovrebbe restare del tutto impunito." *Idem, ibidem*, p. 305.

[283] "(...) Qualunque formula si escogiti, infatti, essa, per abbracciare tutti i casi possibili, dovrebbe essere così ampia e vaga che si presterebbe non solo ad interpretazioni diversissime, ma anche ad assoluzioni scandalose". *Idem, ibidem*, p. 304.

[284] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta adecuada a la norma en derecho penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965. p. 110.

[285] *Idem, ibidem*, p. 111.

[286] *Idem, ibidem*, p. 115.

Pretendendo ampliar o tratamento dado a esse princípio, JIMENEZ DE ASÚA concebeu a não exigibilidade como causa geral e supralegal de culpabilidade, admitindo que todos os grandes caracteres do delito – a antijuridicidade e a culpabilidade – teriam como suas fases negativas, respectivamente, as causas de justificação e as causas de inculpabilidade, ainda que a lei não as tivesse previsto de forma taxativa, mas que assim fosse reconhecido pelo Direito[287].

JIMENEZ DE ASÚA vê o princípio da não exigibilidade tal qual o via MEZGER em seu primeiro momento (1931-1933), como uma causa geral e supralegal de inculpabilidade[288]. Passa então, esse autor espanhol, a refutar as críticas a essa teoria – baseadas (I) no prejuízo à certeza jurídica e (II) no enfraquecimento da estrutura do direito penal –, explicando não haver prejuízo à certeza jurídica "porque si bien cierto que esa certidumbre es esencial en todas las ramas jurídicas y, más aún en la nuestra si se llegara a forzala en forma tal que no permitiera el proceso de individualización, la certeza seria injusticia"[289]. Complementa, ainda, que esse princípio não representa o enfraquecimento do direito punitivo, já que esse enfraquecimento só se verifica quando, mesmo existentes todas as características do delito, deixa-se de apená-lo, e não quando lhe falta um requisito[290].

Criticando o posterior posicionamento de MEZGER e as colocações de MAURACH, ASÚA registra a contradição no posicionamento desses autores, aduzindo que, se se define a culpabilidade como reprovabilidade e considera-se o exigível como base dessa reprovabilidade – posto que, se não se pode exigir outra conduta, não se pode censurar a conduta praticada – como não reconhecer que, com independência dos casos expressamente estabelecidos em lei, ao se provar a inexigibilidade de conduta no caso concreto, é impossível afirmar a culpabilidade, já que essa é reprovabilidade e só se reprova o que pode ser exigido[291]?

Assim, o autor espanhol refuta as ideias de PETROCELLI – para quem a inexigibilidade seria a negação da exatidão jurídica e a negação do próprio direito –

---

[287] JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**: La culpabilidad y su exclusión. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962, p. 983.
[288] *Idem, Ibidem*, p. 983. Complementa ASÚA que as sentenças do Tribunal alemão e o rigor punitivo do *Tercer Reich* destruíram a harmoniosa construção de MEZGER, em sua fase anterior. Assim, ASÚA chama de exageradas as precauções desse autor quando critica as colocações de FREUDENTHAL, e defende que não devem ser tão excessivas as exigências das causas de inculpabilidiade (p. 983-984).
[289] *Idem, ibidem*, p. 984-985.
[290] *Idem, ibidem*, p. 985.
[291] *Idem, ibidem*, p. 984.

explicitando que não se pode fazer da certeza uma injustiça se, em certos casos, ela se apresentar como tal[292].

A presença do princípio da "não exigibilidade" no ordenamento positivo espanhol é, no dizer de SAINZ CANTERO, uma evidência que não pode ser negada, já que o mesmo encontra-se implicitamente reconhecido como *ratio* ou fundamento da eximente do estado de necessidade (quando se trata de bens jurídicos de igual valor), do favorecimento de parentes, do medo insuperável e alguns casos de obediência devida[293]. Por outro lado, o princípio estaria expressamente reconhecido nos artigos que incriminam a omissão de dever de socorro (*489 bis*) e a omissão de dever de impedir determinados delitos (*338 bis*). Isto posto, sem fórmula expressa que se refira à exigibilidade ou à inexigibilidade, tampouco conexão com dispositivo do Código Penal espanhol que aluda à relação poder-dever na qual se insere a essência da exigibilidade, afirma SAINZ CANTERO que as eximentes acima mencionadas teriam no princípio da não exigibilidade o seu fundamento de excludente[294].

No mesmo sentido, afirma MUÑOZ CONDE que "a ideia de inexigibilidade de outra conduta não é privativa da culpabilidade, mas um princípio regular e informador de todo ordenamento jurídico"[295].

A doutrina de AGUADO CORREA tece interessantes observações sobre a posição de HENKEL em considerar a não exigibilidade um princípio jurídico regulativo, ressalvando essa autora da Universidade de Sevilha que a inexigibilidade seria um princípio geral do ordenamento jurídico, mas de caráter normativo. Para sustentar sua colocação, AGUADO CORREA esclarece que sobre o princípio da não exigibilidade se pode dizer o mesmo que afirmou o Tribunal Constitucional Espanhol sobre o princípio da proporcionalidade: "es un principio general de Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un grado de apreciación"[296]. Esse princípio, pretendendo a proteção do indivíduo frente às ingerências estatais, velaria pelo valor da justiça no próprio estado de

---

[292] JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**: La culpabilidad y su exclusión. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962, p. 985.
[293] SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidad de Conducta adecuada a la norma en derecho penal.** Granada: Universidad de Granada, 1965. p.122-123.
[294] *Idem, ibidem*, p. 123.
[295] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 388.
[296] A decisão citada tem numeração sentença 62/1982, de 15 de outubro. AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In:* **Revista Peruana de Ciencias Penales**, número 17, 2005, pag. 53-84. Lima, IDEMSA, 2005. p. 56-57.

Direito, pela dignidade da pessoa e, por último, pelos direitos fundamentais[297]. No tópico seguinte é melhor explorada a relação entre a não exigibilidade e o princípio da proporcionalidade.

Essas teorias germinaram no Brasil, passando a ter boa aceitação pela doutrina e, de forma mais lenta e gradual, pela jurisprudência. Nesse sentido aduz o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça e relator da reforma do Código Penal de 1984, ASSIS TOLEDO, que a inexigibilidade de outra conduta "constitui um verdadeiro princípio do direito penal" e, quando não aflora dos preceitos legislados, "deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a exigência de normas expressas a respeito"[298].

Em caminho convergente se posiciona a doutrina de FREDERICO MARQUES, ao aduzir que a inexigibilidade de outra conduta pode ser invocada "como forma genérica de exclusão da culpabilidade", apesar de não haver texto expresso em lei, "visto que se trata de um princípio imanente do direito penal"[299]. Acrescenta esse autor que tal entendimento não representa o amolecimento na repressão e na aplicação das normas punitivas, já que "quando a conduta não é culpável, a punição é iníqua, pois a ninguém se pune na ausência de culpa; e, afirmar que existe culpa diante da anormalidade do ato volitivo, é verdadeira heresia"[300].

Para se chegar a essa conclusão, concordando com a doutrina de BETTIOL, o autor brasileiro lembra que o caráter retributivo da pena só torna imperiosa sua aplicação quando o fato penalmente ilícito é praticado de maneira reprovável, não se justificando a punição a certas situações anormais do ato volitivo, e que "o sentido ético da pena, como retribuição do mal praticado, não poderia permitir ou sufragar orientação diversa"[301]. Nesse raciocínio, nada impede que se afaste a culpabilidade diante de situações não previstas taxativamente na lei penal, nas quais não se vislumbra a normalidade das circunstâncias do ato volitivo, até porque, pretender que o legislador previsse os múltiplos aspectos que essas condutas típicas possam apresentar *in concreto* seria contrariar frontalmente o postulado da ciência jurídica de que essa previsibilidade é impossível, postulado esse relacionado aos

---

[297] AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 57.
[298] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 328.
[299] MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Penal**. V. II. Campinas: Bookseller, 1997. p. 297.
[300] *Idem, ibidem*, p. 297-298.
[301] *Idem, ibidem*, p. 295-296.

métodos para integração das lacunas e omissões. Complementando a doutrina estrangeira, mas trazendo delineamento próprio, baseado na função da pena e na integração de lacunas das leis, conclui MARQUES que cortar, *a priori*, uma forma genérica de inexigibilidade de conduta, é supor que o legislador penal tem uma onisciência inexistente em outros setores do direito, ou, ainda, é considerar o Direito Penal uma espécie *sui generis* da ciência jurídica, na qual não haveria nem omissões nem lacunas e o sentido finalístico da norma deveria ser de todo riscado[302].

A doutrina de ANÍBAL BRUNO já afirmava a admissão do caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade para a não exigibilidade de conduta diversa, afirmando que tal princípio "está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema". O autor trata a questão como "casos de verdadeiras lacunas na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal", considerando a aplicação da não exigibilidade supralegal como analogia *in bonan partem*[303].

Em seguida, em posição parecida com a de MEZGER (no seu primeiro momento, da edição de seu Manual [*Lehrbuch*], quando defendia a não exigibilidade como causa geral e supralegal de exclusão, mas em todo caso orientado pela lei, dependendo da valoração objetiva do ordenamento jurídico, e não da valoração individual do autor do fato), ANÍBAL BRUNO esclarece que o emprego do princípio da não exigibilidade com o caráter de causa geral de exclusão exige um critério seletivo, já que, se por um lado, abre espaço no sistema penal ao ajuste entre a prática punitiva e as exigências da humanidade da consciência jurídica, por outro lado "uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime, por onde viriam a passar casos onde evidentemente a punibilidade se impõe"[304]. Nesses segundos casos, acrescenta o autor, estaria enfraquecida a necessária firmeza do Direito Penal, devendo ser considerado, também, que os casos que justificam de maneira mais clara a aplicação do princípio já estariam tipificados e, fora dessas hipóteses, o poder de exculpação deve ser admitido com rigorosa cautela[305].

Afirmando-se contrário a essa posição, o professor HELENO FRAGOSO aduz que a inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de

---

[302] MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Penal**. V. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 297.
[303] BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** Parte Geral. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 102.
[304] *Idem, ibidem*, p. 103.
[305] *Idem, ibidem*, p. 103.

exclusão da culpabilidade, "pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal"[306]. No entanto, o mesmo autor ressalva que as causas de inexigibilidade previstas em lei "permitem aplicação analógica", entendimento que, na verdade, amplia sobremaneira as hipóteses de sua admissão fora dos casos legais.

Ora, admitir o uso da analogia para atingir hipóteses não previstas em lei (mas nas quais a conduta legal não pode ser exigida) é o mesmo que admitir a não reprovabilidade fora dos casos positivados. Inevitável observar, portanto, que se chega a resultado parecido àqueles propostos pelos autores que admitem a inexigibilidade como causa supralegal, pelo que não se pode afirmar que HELENO FRAGOSO é contra a absolvição por ausência de reprovabilidade da conduta em hipóteses supralegais. Robustecendo esse argumento, veja-se o que já fora afirmado pela doutrina de SCARANO acerca do uso da analogia para justificar a não exigibilidade como *ratio* das causas de exclusão da culpabilidade, harmonizando as hipóteses semelhantes não expressamente previstas em lei com o princípio da exigibilidade, para o qual é dado, mediante o uso da analogia àquelas hipóteses semelhantes, entidade normativa.

É de se observar que a doutrina de ARIEL DOTTI, ao referir-se à posição de FRAGOSO admitindo a aplicação analógica, acrescenta que o rol de causas de inexigibilidade de outra conduta não é taxativo, devendo-se reconhecer tal causa sempre que o caso concreto assim o permitir concluir[307].

Já que se está abordando as influências das discussões doutrinárias estrangeiras sobre o tema no direito brasileiro, deve-se registrar a categórica posição de NELSON HUNGRIA em admitir como causas de exclusão apenas aquelas previstas na lei[308], sendo certo que esse autor tece críticas ao que ele chama de "supralegalismo", quando se refere à impossibilidade de admissão de causas "supra, extra ou meta legais de exclusão de crime" ao tratar da antijuridicidade[309].

---

[306] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 210.

[307] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010, p. 513.

[308] Para o autor, em obra cuja primeira edição data do ano de 1948, as causas excludentes de culpabilidade são, exclusivamente, (I) o escusável erro de fato (eliminativo da consciência de antijuridicidade), (II) a obediência legítima (tida como excepcional relevância do erro de direito, no sentido de excluir o dolo como elemento da culpabilidade), e (III) a coação irresistível (que excluiria a vontade livre). HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, V. I, T. II, p 25.

[309] Acrescenta HUNGRIA, nesse sentido, que "não há direito rondando fora, acima ou *a latere* da esfera legal. (...) O que está acima do *hortus clausus* das leis é um 'nada jurídico'." *Idem, ibidem,* p. 23 e 24.

Como já se afirmou, o receio dos que refutam as exculpantes supralegais de culpabilidade é a insegurança jurídica e eventual impunidade dos crimes que tal aplicação pode vir a causar já que calcada no abandono de um critério objetivo na sua apreciação.

Tal apreciação do tema é elaborada sob prisma equivocado, já que, dada a não reprovabilidade, pelo Juiz, do agente e sua conduta, seria inconveniente – para se dizer o mínimo – a prolatação de decreto condenatório. Nesse sentido, frisou ASSIS TOLEDO não haver razão para o temor da impunidade, desde que se considere a não exigibilidade como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme salienta o autor, "compete ao Juiz do processo e a mais ninguém"[310].

Todos os argumentos no sentido de aceitar as causas excludentes de não exigibilidade fora das hipóteses legais, embora trilhem caminhos diversos – seja através da adoção de uma supralegalidade do instituto, seja pela aplicação da analogia, ou concedendo ao tema caráter principiológico – chegam ao mesmo resultado, homenageando a importância das circunstâncias concomitantes pensadas por FRANK e trazendo-as para análise do julgador, no claro intuito de evitar a condenação de conduta que, dadas as suas características, não pode ser reprovada. Assim, não se pode reputar equivocada a solução encontrada por HENKEL, da mesma forma que não merece reparos as colocações da doutrina italiana de SCARANO, seguida por BETTIOL, e as pontuações de ASÚA.

Cabe expor, por fim, que a não aceitação da inexigibilidade fora das estritas causas previstas pelo legislador, quando verificado que as circunstâncias do fato alteraram de forma decisiva o poder e a liberdade do agente em executar o comando legal, acaba por contrariar o próprio sentido de aplicação da pena ao condenado.

É que, mesmo sem entrar na seara da finalidade da sanção penal – se meramente retributiva, aflitiva, ou de caráter preventivo – é certo que não há sentido algum na cominação de pena ao agente quando se tornou impossível censurar a sua conduta. Sejam quais forem os meios pelos quais se percebeu tal impossibilidade de censura – porque o agente foi comparado ao homem médio, percebendo que qualquer um agiria da mesma forma no seu lugar, seja de forma individualizada e subjetiva, vendo-se que naquelas circunstâncias específicas, aquele agente, com as suas limitações, não poderia agir diferente – o fato é que, **dada tal ausência de reprovação**, a aplicação da pena perde o seu sentido[311].

---

[310]TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329.

[311] Faz-se um parêntese para esclarecer que não se está defendendo a exigibilidade de conduta diversa como pressuposto autônomo para aplicação da pena, mas considerando que a ausência de censura decorrente da

A inocuidade da aplicação da punição deslegitima a *persecutio* do direito penal naquele caso específico, clamando por uma resposta diferente do ordenamento jurídico, ainda que essa resposta não estivesse autorizada pelos diplomas penais escritos. Como penalizar aquele que o direito penal não pode censurar, ainda que as leis escritas do mesmo direito não o possam absolver? Essa pena, se aplicada, decerto deve ser vista como iníqua, injusta, como bem lembrou FREDERICO MARQUES. Assim, a justificativa do princípio da exigibilidade também tocaria a relação meios e finalidade trazida no princípio da proporcionalidade, entre o objetivo da norma e os benefícios da pena, buscando não ocorrer desequilíbrio entre eles.

Inadmissível, portanto, o entendimento de HUNGRIA, que acaba por autorizar inegável injustiça na aplicação do direito. Por outro lado, reputam-se precárias as críticas da doutrina estrangeira à adoção da supralegalidade do tema, já que a preocupação com o resguardo da certeza jurídica não poderia, jamais, se sobrepor ao próprio sentido e escopo da estrutura judiciária, que é busca pela solução mais adequada e justa. Além do que, a certeza jurídica, como bem lembrou BETTIOL, não pode obstaculizar o processo de individualização na análise da conduta em julgamento, sob pena de a mesma certeza vir a transformar-se em injustiça. Em continuidade, a absolvição com base em excludente não prevista em lei não poderia representar o enfraquecimento do direito punitivo, já que esse enfraquecimento se relaciona à impunidade, assim considerada quando verificados, em tempo anterior, todos os elementos do crime. A ausência de pena ante a não verificação da culpabilidade como elemento do crime não representa, pois, violação ao direito punitivo (como bem pontuou ASÚA), tampouco impunidade.

Possível, portanto, a adoção da não exigibilidade fora dos casos elencados em legislação anterior.

Quanto às justificativas de tal adoção, mesmo se admitindo, como já se afirmou, que a maior importância do tema reside no resultado obtido – em aceitar-se a maior amplitude da dirimente, extrapolando os limites da lei, independentemente de seu fundamento – elege-se como mais acertada a posição perfilhada pela doutrina de HENKEL, de que se trata de um princípio do direito, princípio que, por se fazer desprovido de conteúdo valorativo, não

---

verificação da inexigibilidade supralegal, ainda que fosse desconsiderada (sob a justificativa do caráter supralegal da causa) para reconhecer-se uma reprovação formal da conduta, ensejaria a aplicação de pena desprovida de sentido, dada a inexistência material da exigibilidade de outra conduta como elemento da culpabilidade. Assim, não se está defendendo a posição de ROXIN – que vê, nesses casos, a inocuidade da aplicação da pena ante a sua finalidade preventiva – mas colocando que a aplicação da pena perderia seu sentido ante a própria ausência de reprovabilidade da conduta, enxergando essa reprovabilidade como próprio fundamento daquela pena.

anteciparia a resolução do caso individual, concedendo ao Magistrado a liberdade de criação normativa nesses casos.

Em acréscimo às colocações de HENKEL, entendemos que o fundamento da não exigibilidade como princípio jurídico residiria na necessidade de consecução da justiça e iniquidade na aplicação de pena, pena que fugiria a sua função, ressalte-se, justamente ante a ausência de censura ou reprovação ao agente.

Nesse sentido, ganhando contornos de princípio do direito, a não exigibilidade tem função mais ampla do que simples causa supralegal de exculpação, pois autorizaria não apenas uma causa supralegal, mas o próprio desenvolvimento de novas causas da excludente. Não se há de concordar, assim, com o posicionamento da doutrina italiana – não obstante a firmeza e desenvoltura do raciocínio empreendido – de que a não exigibilidade seria a *ratio* das causas de exclusão da culpabilidade, mas sua entidade normativa seria admitida através do uso da analogia. Isso porque, a analogia é aceita para dirimir casos de lacunas na legislação, hipótese afastada quando se percebe a não exigibilidade como princípio que já autoriza sejam extrapolados os limites das excludentes já escritas na lei. Ao admitir-se a ascensão da causa excludente ao patamar de princípio, despisciendo se faz falar em causa de excludente não prevista ou omissão da lei, porque o caráter principiológico, ao dar ao tema o alcance de vetor do ordenamento, já legitima a adoção da causa independentemente de previsão legal.

De qualquer forma, ostentando ou não o caráter de princípio do direito, para se admitir a não exigibilidade de conduta em hipótese não prevista em lei, urge, inicialmente, o afastamento do exacerbado dogmatismo, para se enxergar o direito penal mais perto do fato e das partes, mais sensível às causas e motivos do fato, bem como consequências e função da pena. Dessa forma, o julgamento penal estará mais próximo da análise das razões e da vontade do agente no momento da conduta, o que o torna instrumento para concretizar o seu verdadeiro escopo, qual seja, o de atingir a melhor solução ao conflito penal. E, em sendo a melhor solução a que exclui a culpabilidade pela impossibilidade de exigir-se do agente, no caso concreto, o cumprimento das normas, arbitrar a pena por ausência de previsibilidade legal dessa forma de dirimente representaria, inevitavelmente, a concretização de uma decisão injusta. Menos importante é a nomenclatura dada ao tema, se relacionada à opção de aplicação da analogia, da causa supralegal, do princípio jurídico regulativo autorizador da criação normativa, ou do princípio geral do direito. Importante é que o direito penal se

aproxime do réu, de sua defesa, consiga executar a relevante individualização do fato, e passe a ver a imputação penal endereçada ao homem, sujeito a todas as influências externas e a ele interiorizadas, e não a um simples nome elencado no rol de denunciados.

2.1 Sentido supralegal do poder agir de modo diverso: a proporcionalidade no Direito Penal

O Tribunal Constitucional Espanhol, nas poucas vezes nas quais se referiu à exigibilidade, a mencionou junto ao critério de proporcionalidade, tendo reconhecido a estreita relação entre ambos os conceitos na STC 53/1985 e outras decisões, nas quais faz referência à necessidade de que o legislador deveria ter sempre presente, na elaboração das leis, a razoável exigibilidade de uma conduta e a proporcionalidade da pena em caso de seu descumprimento[312].

É certo que cada um dos princípios – da exigibilidade e da proporcionalidade – apresenta conteúdo distinto: enquanto a proporcionalidade busca o equilíbrio entre a sanção e finalidade da norma (consistindo, no dizer de AGUADO CORREA, no tratamento jurídico dos direitos fundamentais do ponto de vista da relação meio e fim), a exigibilidade traz ao ordenamento o dever de comportar-se tendo em conta a situação pessoal do agente, funcionando como um limite do dever jurídico de comportamento dos cidadãos.

A doutrina de AGUADO CORREA, analisando a estreita relação entre ambos os princípios, aduz que o Alto Tribunal Espanhol, em sede do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, tem seu controle de constitucionalidade centrado na relação final entre o resguardo da magnitude dos benefícios obtidos pela norma penal e a magnitude da pena, para não concorrer desequilíbrio excessivo ou irrazoável entre a sanção e a finalidade da norma. E, do que se extrai das afirmações do mesmo Tribunal, no que tange ao critério da exigibilidade, o controle constitucional é centrado na preocupação de se o legislador está empregando corretamente a sanção para impor a conduta que normalmente seria exigível mas que não o é em alguns casos específicos, de forma a existirem situações nas quais a aplicação da pena seria inadequada[313].

---

[312] STC 55/1996 e ATC 262/1998, além da já mencionada STC 53/1985. Nas decisões da Corte Constitucional espanhola: "el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidade de uma conducta y la proporcionalidade de la pena em caso de incumplimiento (...)" Cf. AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 57-58.

[313] *Idem, ibidem*, p. 58.

Assim, ambos os conceitos acabam demonstrando certas semelhanças, que servem ao fato de que a ideia de exigibilidade, assim como a de proporcionalidade, deriva do valor de justiça próprio do Estado de Direito[314].

Ademais, ambas as ideias adquirem relevância em dois momentos: (I) perante o legislativo, no qual o legislador seleciona as condutas a serem incriminadas, e (II) quando da aplicação da lei, de imposição da pena, momento no qual o Juiz só poderá impor uma pena se era exigível ao agente o cumprimento da norma. Acrescenta a professora da Universidade de Sevilha que a exigibilidade de conduta deve ser levada em conta quando se estuda a proporcionalidade em sentido estrito, tanto em sua forma abstrata, quanto concreta[315].

Existiria, pois, uma relação de total interdependência entre a exigibilidade e a proporcionalidade em abstrato e a exigibilidade e a proporcionalidade em concreto, já que "si la conducta no es exigible en abstracto, la pena no es proporcionada en abstracto; y si la conducta no es exigible al sujeto concreto, la pena no será proporcionada en concreto"[316].

2.2 Catalogação doutrinária das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa

Não são de hoje as tentativas da doutrina de catalogar as hipóteses de não exigibilidade de conduta diversa que não encontram amparo na lei.

Registre-se que, na crítica empreendida pela doutrina de ANTOLISEI à admissão das exculpantes supralegais, já se mencionava a ausência de um critério unitário que se pudesse recorrer para delimitar todo tipo de causa de não exigibilidade, explicando o professor da Universidade de Torino, como já se expôs, que qualquer fórmula que tentasse

---

[314]AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 58-59.

[315] Na proporcionalidade abstrata, deve-se ter em conta que só se pode ameaçar com pena as condutas cujo reverso possa ser exigido do cidadão médio, de forma que se o legislador exige comportamentos heróicos em um determinado preceito penal, este será considerado desproporcional, podendo-se falar em falta de proporcionalidade abstrata devido à inexigibilidade abstrata ou geral. Quanto ao juízo de proporcionalidade concreta, o Juiz ou Tribunal deve levar em conta a exigibilidade individual ou concreta, ou seja, se ao indivíduo concreto na situação na qual se encontrava lhe era exigível o cumprimento do estabelecido no preceito penal. Cf. AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005, p. 59.

[316] *Idem, ibidem*, p. 59.

abraçar os casos possíveis seria tão ampla e vaga que poderia dar margem a interpretações diversas e "soluções escandalosas"[317].

Em se admitindo a possibilidade de exculpar fora dos casos legais e inexistindo uma fórmula na qual se elencassem circunstâncias comuns a todas essas causas de exculpação, natural que fossem firmados modelos de conduta para o reconhecimento daquelas hipóteses, a partir da catalogação das situações já reconhecidas pela jurisprudência.

A tentativa teria por escopo a orientação dos Magistrados na solução dos conflitos, o que, também, refutaria as críticas à incerteza jurídica trazida pela admissão das exculpantes supralegais.

Afirma WELZEL que o caso mais importante de inexigibilidade de conduta jurídica, no direito penal alemão, seria o estado de necessidade penal dos artigos §54 e §52 (hoje já revogados) do Código Penal alemão.

É que o direito, segundo WELZEL, não poderia justificar os atentados à integridade corporal ou à vida de terceiros como meio para salvação da vida, mas poderia escusá-lo, porque não se poderia exigir ao autor uma conduta que importasse na debilidade humana: o estado de necessidade dos antigos §54 (exculpante) e 52 (justificante) do Código Penal alemão[318], como causa de exclusão da culpabilidade, baseava-se na ideia de debilidade humana[319].

Esclarece ASSIS TOLEDO que tais hipóteses de estado de necessidade, por referirem-se apenas à salvaguarda de direitos próprios ou de parentes, foram consideradas muito restritas, levando a doutrina e jurisprudência da Alemanha a construir, diante de casos concretos insolúveis perante o dispositivo mencionado, o estado de necessidade supralegal, apoiado no princípio da ponderação de bens e deveres[320]. Assim teria surgido, para ASSIS

---

[317]ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: Parte generale. Milano: Dott A. Giuffre Editore, 1957, p. 304-305.

[318] Redação antiga do Código Penal alemão, §52: "No existe acción punible, si el autor ha sido obligado a la acción por medio de una amenaza, la que estaba ligada con un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o vida de sí mismo o de un pariente"; já o antigo §54 do mesmo código, rezava que "no existe acción punible, si la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no removible de otra manera, para la salvación de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente". Cf. apêndice "códigos y proyectos de códigos citados en el texto" da obra GOLDSCHMIDT, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad.** Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. Atualmente, o estado de necessidade está regulado nos artigos §34 e §35 do CP alemão, e a legítima defesa no §32 e §33.

[319] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 154.

[320] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 177.

TOLEDO, as discussões que precederam a Teoria Diferenciadora (estado de necessidade justificante e exculpante) e a reforma dos dispositivos penais.

É digno de nota, contudo, que WELZEL já trata do referido dispositivo (§54) como causa de exclusão da culpabilidade (estado de necessidade exculpante), especificando as situações nas quais ocorria a lesão para salvaguarda da vida ou integridade física do autor sem que a ação estivesse justificada. Buscando o assunto na obra de WESSELS[321], tem-se a confirmação de que o antigo §54 do CP alemão tratava, como bem afirmou WELZEL, da previsão do estado de necessidade exculpante, hoje elencado no §35, I da mesma legislação. Não se pode dizer, portanto, como o faz ASSIS TOLEDO, que o estado de necessidade exculpante teria sido admitido na legislação alemã apenas com a incorporação dos novos §§ 34 e 35, mas é certo que, com esses dispositivos, passou-se a admitir a diferenciação entre ambos os estados de necessidade no que tange à ponderação de bens em conflito, já que os novos dispositivos abordam, ao contrário dos artigos revogados, a condição dos bens jurídicos afetados com a conduta, e é justamente a prevalência dos interesses protegidos sobre os prejudicados com a conduta que diferencia a ação justificada da desculpada[322].

Em obra publicada no ano de 1922, FREUDENTHAL já descrevia alguns casos submetidos à análise do Tribunal Supremo Alemão, referindo-se ao julgamento que absolveu um pai da acusação de não promover o socorro de sua filha doente a um hospital, omissão adotada em razão do conflito de obrigações éticas em atender aos pedidos da menina e de sua

---

[321] WESSELS, Johannes. **Direito penal.** Parte geral (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por TAVARES, Juarez. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 89 e s.

[322] Já transcritos, na nota de rodapé nº. 318, os dispositivos dos antigos §§ 52 e 54 do Código Penal alemão, urge trazer, para comparação, os novos dispositivos dos §§ 34 e 35, em comprovação às assertivas trazidas no corpo do texto: "**§ 34. Estado de necesidad justificante:** Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro" / "**§ 35. Estado de necesidad disculpante:** (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso l., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica. (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1". Cf. Código Penal alemão, traduzido para a língua espanhola. Disponível em: <http://juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 03.12.2011.

mulher, manifestados no leito de morte desta última, sempre com o intuito de causar menos sofrimento à criança com a submissão ao tratamento médico[323].

Um outro interessante exemplo de julgado, também referido por esse autor alemão, trata de caso semelhante ao do cocheiro que sela o cavalo de caça. O caso é ocorrido com o capitão de um barco cargueiro de pólvora, que, após descarregar o material na fábrica, pretendeu lavá-lo antes de receber um novo embarque. No entanto, o gerente da fábrica o ordenou que regressasse imediatamente ao rio para atender a um rebocador que acabara de chegar, recebendo a carga sem efetuar a limpeza da carga anterior, de pólvora. A ordem foi mantida mesmo após o barqueiro alertar o patrão dos riscos de um incêndio no barco, oportunidade em que o barqueiro foi ameaçado de cancelamento de seu contrato caso não obedecesse as ordens daquele. O navio veio a explodir após uma combustão espontânea, tendo o Tribunal julgador entendido que não se podia exigir do capitão do barco que deixasse sem cumprimento a ordem do agente da fábrica, evitando o resultado que havia previsto, e aceitar a perda do emprego do qual dependia sua subsistência[324]. Todos esses exemplos tratavam de hipóteses de conflitos de deveres e/ou interesses.

É em análise aos dispositivos legais já previstos no direito alemão, bem como à ideia de ponderação de interesses, presente nos julgados dos Tribunais, que WELZEL passa a admitir e desenvolver hipóteses para aceitação das dirimentes supralegais.

Inicialmente, afirma esse autor que o estado de necessidade penal ali elencado, como excludente de culpabilidade, baseia-se na ideia de que, em uma tal situação de perigo, a obediência ao direito demandaria do autor um sacrifício tão grande que a conduta jurídica não poderia lhe ser exigida, em atenção ao instinto humano de conservação. Aduz que, embora os mencionados dispositivos limitem a hipótese de exclusão da culpabilidade às situações nas quais o próprio autor ou seus parentes próximos se encontrassem naquelas situações de perigo (antigos §§ 52 e 54), haveria outras situações nas quais o autor também se encontraria ante um conflito de deveres ou conflito de consciência, muito embora não relacionado à sua vida ou

---

[323] Nesse caso, o Tribunal parte do entendimento de que a omissão do objetivamente necessário, mesmo sendo assim reconhecido, não fundamenta uma violação ao dever inerente à culpa, já que o pai estava em conflito de obrigações éticas, "a pesar de su mejor voluntad de obrar en pro del bienestar del niño, no ha podido tomar a tempo la decisión correcta sólo a causa de su propia falta de las deseables determinación firme y energía". O Tribunal negou, então, a existência da "culpabilidade culposa", já que considerações morais, associadas à indecisão do autor, tornaram impossível a ele a observância da norma. FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 80.

[324] FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el derecho penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 82.

integridade, bem como vida e integridade de seus parentes[325]. Estava WELZEL admitindo, portanto, que as hipóteses legais não contemplavam necessariamente todas as hipóteses reais.

Assim, WELZEL desenvolveu um modelo para o reconhecimento das causas de exculpação fora dos limites legais, baseado na dirimente do estado de necessidade exculpante, verificada quando o bem sacrificado na situação de risco é de maior valor do que o salvaguardado (fato que afastaria a aplicação do estado de necessidade como excludente da antijuridicidade)[326]. O clássico exemplo welzeliano de inexigibilidade de conduta diversa, baseado na jurisprudência alemã, é o reconhecimento da incensurabilidade da conduta dos médicos que praticaram a eutanásia determinada pelo regime nazista[327]. Muito embora os médicos tenham se utilizado da morte de pessoas inocentes para, na verdade, proteger outras vidas, não havia de se negar a tipicidade e antijuridicidade das suas condutas. Apesar de delineados tais elementos do crime, expõe WELZEL, para o caso mencionado, que o ordenamento, sem embargo, não pode formular uma reprovabilidade ao agente por ter ele praticado um injusto menor para proteger e evitar um injusto maior (a morte de mais pacientes), devendo ser dispensada a indulgência, já que qualquer outro cidadão no lugar do autor tenderia a agir exatamente do mesmo modo[328].

Outro exemplo trazido pelo autor alemão é o caso do médico que retira a máscara cardiopulmonar de um paciente gravemente ferido, para ceder a outro, cujas chances de sobrevivência são maiores. Quando o primeiro paciente vem a falecer, defende-se que seu ato também não poderia, dada a situação, ser reprovado.

Vê-se, dos dois exemplos mencionados, que as hipóteses a ensejar a dirimente extra legal eram, à época, limitadas a situações de conflito de deveres, nos quais se teria de realizar a opção de preservação de um bem jurídico em detrimento de outro. Nesse quadro fático e jurídico, WELZEL definiu, como pressupostos para reconhecimento das causas supralegais de exculpação:

---

[325] WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 155.

[326] *Idem.* **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217.

[327] Sobre o chamado "decreto de eutanásia" de Hitler, vide a nota de rodapé n. 06.

[328] "El ordenamiento, sin embargo, no le puede formular un reproche de culpabilidad por haber asumido lo injusto menor para proteger de lo injusto mayor. Tiene que dispensar indulgencia, porque cualquier otro ciudadano en el lugar de autor tendría que haber actuado exactamente del mismo modo que el autor". WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217.

(a) Que a ação do autor era o único meio para evitar uma desgraça maior;
(b) Que o autor elegeu realmente o mal menor, e
(c) Que ele perseguiu subjetivamente a finalidade de salvação[329].

Não pode passar despercebido que as hipóteses firmadas pelo autor coincidiam com os poucos casos apreciados pelo Tribunal alemão à época, todos intimamente relacionados a situações de conflito de deveres.

Era possível, então, reconhecer-se uma exculpação supralegal, desde que a conduta eleita pelo agente fosse o único meio de se evitar uma desgraça maior, que o autor da conduta realmente tivesse buscado o mal menor e que sua intenção fosse relacionada a fins de salvação.

Ante o exposto, tem-se que, para WELZEL, na primeira metade do séc. XX e dispondo da jurisprudência do Tribunal alemão, as causas de não exigibilidade supralegal se caracterizavam como uma extensão do estado de necessidade exculpante. Não se vislumbravam, à época, novos e diferentes delineamentos.

Mais recentemente, ao dissertar acerca das hipóteses de não exigibilidade presentes no Direito Penal Alemão, CLAUS ROXIN[330] ressalta que, além do estado de necessidade exculpante e do excesso da legítima defesa, ambos previstos no Código Penal alemão (atuais artigos §33 e §35)[331], o Tribunal Constitucional Federal daquele país acata as hipóteses de (a) desobediência civil e (b) o fato realizado por motivo de consciência, que, embora não tenham previsão na lei penal, têm sua base no art. 4 GG (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

Interessante frisar que esse autor alemão posiciona-se contra a adoção das causas supralegais de inexigibilidade, conforme já exposto no corpo desse trabalho. No entanto, as

---

[329] WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 217-218.

[330] ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General, Tomo I. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, 942-943.

[331] Enquanto o §34 do prevê o estado de necessidade justificante, o §35 trata do exculpante, seguindo a teoria diferenciadora do estado de necessidade. ROXIN, no entanto, esclarece que o caso do estado de necessidade exculpante, apesar do sujeito eximir-se da pena, não implica a falta de desaprovação de seu ato pelo ordenamento jurídico, mas sim que sua conduta, em que pese a desaprovação, não se julga necessitada de aplicação da pena. Acrescenta o autor que o uso da linguagem da lei (ao falar em exclusão da culpabilidade) é impreciso já que o §35 não exclui a culpabilidade no sentido estrito da palavra, mas sim a responsabilidade jurídico penal, "pues el §35 sólo posee trascendencia práctica cuando el amenazado era aún asequible a la norma y habría podido actuar de otro modo, de manera que existe una culpabilidad (aunque sea notablemente reducida)". ROXIN, *Op. Cit.*, p. 897. Em acréscimo, esclarece ROXIN que o §33 se trata de uma causa de exculpação na qual o sujeito que se excede se comporta culpavelmente, ainda que com culpabilidade reduzida, e o legislador renuncia a punição porque a pena não se torna necessária para fins de prevenção especial ou prevenção geral (p. 927).

duas formas de exclusão da responsabilidade acima apontadas teriam para ROXIN fundamento diverso, derivados da Constituição alemã.

As causas exculpantes expressamente previstas no Código Penal alemão seriam o estado de necessidade exculpante do §35, o excesso de legítima defesa do §33 e, na parte especial, a omissão de denúncia contra parentes (§139, III, 1)[332], o incesto entre menores de idade (§173, III) e o favorecimento pessoal ou frustração da pena em proveito de outrem quando se pretende evitar uma pena a si mesmo (§258, V) ou a um parente (§258, VI)[333]. Fora dessas hipóteses, a possibilidade de exculpação estaria vinculada a permissões de direitos fundamentais, através das modalidades de (a) a desobediência civil e (b) o fato realizado por motivo de consciência.

Já o Código Penal Espanhol prevê duas hipóteses de isenção de pena pela inexigibilidade de conduta diversa: o medo insuperável e o favorecimento entre parentes[334].

O estado de necessidade entre bens de igual valor, previsto no art. 20, numero 5º. do Código Penal espanhol, apresenta uma problemática específica, discutindo os autores se se trata de estado de necessidade justificante ou exculpante. Pela própria descrição do dispositivo penal espanhol[335], no entanto, vê-se se tratar de estado de necessidade justificante, já que a condição "que el mal causado no sea mayor que el que se trate evitar" (ou seja, aceita-se, no conflito de bens, o sacrifício de bens de valor menor e igual ao protegido) é elencada junto às outras condições do estado de necessidade, dentre elas a de que a situação de necessidade não tenha sido provocada intencionalmente pelo sujeito e que ele não tenha, por seu ofício ou cargo, o dever de enfrentar o perigo. Não há porque admitir-se, assim, a diferenciação entre o

---

[332] Estaria isenta de pena a omissão em denunciar determinados delitos praticados por parentes se o indivíduo esforçara-se, de todo modo, a evitar o cometimento do crime ou evitar o seu resultado. O conflito do dever de denunciar e a solidariedade com os parentes diminuiria a liberdade de decisão do agente, sem suprimi-la, e os esforços anteriores do agente o mostram como uma pessoa fiel ao Direito, que não precisaria da intervenção penal. ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General, Tomo I. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 955-956.

[333] Não se castiga por favorecimento pessoal ou frustração da pena quem, com esse fato, pretende evitar que outra pena lhe seja dirigida; não se obriga o sujeito a colocar a corda no próprio pescoço. No caso de favorecimento a um parente, concorre a situação de conflito interno que dificulta a motivação do agente, com a circunstância de que a punição a esse agente não parece imprescindível à prevenção, já que quem frustra a pena em proveito de um parente não se mostra de todo hostil ao Direito. ROXIN, *Op. Cit.*, p. 957.

[334] Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 388.

[335] Código Penal espanhol: "Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: (...)5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada; intencionadamente por el sujeto; Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse". Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>; Acesso em: 13.19.2011.

estado de necessidade exculpante para sacrifício de bens de igual valor e o justificante para sacrifício de bens de menor valor ante a lei espanhola, já que o próprio legislador resolveu dar o mesmo tratamento a ambos, tratando-os de forma conjunta, no mesmo artigo e com os mesmos requisitos.

De qualquer sorte, acaso se entenda que todo conflito de bens de igual valor tem correspondência com o estado de necessidade exculpante, enquanto o estado de necessidade justificante refere-se tão somente ao sacrifício de bens de menor valor do que o salvaguardado, deve-se afirmar que a legislação espanhola prevê também essa modalidade de exculpante.

Deixando-se de lado as controvérsias sobre a previsão legal do estado de necessidade exculpante no direito espanhol, defende-se, em consonância com MUÑOZ CONDE, que o Código Penal espanhol trata como causa de não exigibilidade de conduta diversa apenas o *miedo insuperable*, do número 6º do artigo 20[336], e o *encubrimiento entre parientes*, previsto no artigo 454 da mesma lei. Qualquer outra forma de exclusão da culpabilidade reconhecida pelos Tribunais daquele país se consubstanciaria em causa supralegal.

Para desenvolver o tema, a doutrina espanhola de MUÑOZ CONDE empreende minuciosa análise, em diversos artigos e capítulos específicos, sobre a *delincuencia por convicción o por consciência*. Já DE LA CUESTA AGUADO divide a possibilidade de reconhecimento da não exigibilidade supralegal em três níveis, todos adiante abordados.

Como já se afirmou no capítulo primeiro, o Código Penal brasileiro prevê, na parte geral, apenas duas modalidades de causas de não exigibilidade (coação irresistível e obediência hierárquica)[337].

Partindo da previsão do Código Penal brasileiro e dos modelos já desenvolvidos na doutrina estrangeira, CIRINO DOS SANTOS [338] divide as situações de exculpação supralegal no Brasil em quatro fórmulas, ou modelos, que compreendem (a) o fato de consciência, (b) a

---

[336] "Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: (...)6º. El que obre impulsado por miedo insuperable. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>; Acesso em: 13.09.2011.

[337] Pelos motivos já expostos no capítulo 01, não se admite como causas legais de não exigibilidade no CP brasileiro o estado de necessidade exculpante, pedindo vênia às colocações de ARIEL DOTTI e HELENO FRAGOSO. O favorecimento entre parentes, da mesma forma, embora aceito como excludente de culpabilidade nos Códigos Penais alemão e espanhol, é tido no Brasil como escusa absolutória.

[338] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 322-342.

provocação da situação de legítima defesa, (c) a desobediência civil e (d) o conflito de deveres.

Passa-se a abordar, a partir desse momento, cada uma dessas quatro situações de exculpação supralegal para o direito brasileiro, empreendendo análise acerca da previsão das mesmas na legislação e doutrina comparadas.

2.2.1 A desobediência civil. Movimentos grevistas, ocupações rurais e urbanas, bloqueios em estradas e rebeliões em presídios

A situação de exculpação definida como "desobediência civil" tem por objeto ações ou demonstrações públicas de bloqueios e ocupações realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população, lutas coletivas em defesa de direitos, greves de trabalhadores, protestos, passeatas, etc[339]. Os exemplos brasileiros são as invasões e bloqueios liderados pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), as ocupações de prédios públicos organizadas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), as rebeliões em presídios diante de situações de desrespeito aos direitos humanos e movimentos grevistas nos vários setores de trabalho.

É tida como uma forma particular de rebeldia, na medida em que é praticada visando a demonstração de uma injustiça da lei para induzir os legisladores a modificá-la[340]. Difere da desobediência comum porque objetiva, em última instância, a mudança do *status quo*, em geral para o bem coletivo.

Para a caracterização da exculpação, as condutas praticadas não devem estar vinculadas a ações ou manifestações violentas ou de resistência à ordem pública vigente, bem como apresentar relação reconhecível com os destinatários do movimento[341].

A exculpação pode se basear na "existência objetiva de um injusto mínimo" e na "existência subjetiva de motivação pública ou coletiva relevante", ou na desnecessidade de punição, tendo em vista que os autores do comportamento não são voltados à prática de crimes (perdendo o sentido a retribuição da pena) e a solução de conflitos civis não se

---

[339] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 339.
[340] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010, p. 514.
[341] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 339.

resolveria – muito pelo contrário – através do critério de prevenção geral e especial da pena[342].

Seja qual for o fundamento utilizado, é fato que resta excluída a culpabilidade do agente, considerando que seu comportamento rebelde é tutelado por uma causa supralegal de não exigibilidade de conduta diversa. Exigir-se que o cidadão se cale, se omita ou se conforme com a violação de seus direitos por parte do próprio ordenamento jurídico não condiz com os ditames do Estado Democrático. A lei não pode exigir do indivíduo, pois, que acate o *status quo* que lhe é prejudicial para resguardar a manutenção da ordem social.

Afirma ROXIN que na desobediência civil – também não prevista expressamente no texto penal alemão, assim como não o é na legislação brasileira – a exclusão da responsabilidade não se consubstanciaria em causa de exculpação supralegal, mas estaria relacionada aos direitos fundamentais, já que as ações de protesto infratoras de regras, desde que guiadas pela preocupação de um bem comum, se encaixariam na proteção dos artigos 5 e 8 GG (Lei Fundamental da República Alemã), quando servem à formação da opinião pública em questões de interesse vital e não ameaçam ou apresentam dificuldades a nenhum outro interesse coletivo. Nesse caso, o sujeito não atuaria sem culpabilidade, a norma lhe era acessível e ele podia atuar de outro modo, mas tal culpabilidade se veria reduzida, e a pequena reprovabilidade não autorizaria a punição. Tal raciocínio deriva do fato de que, como já se disse, esse doutrinador alemão posiciona-se contra a admissão das exculpantes supralegais e elabora um conceito diferenciado de culpabilidade, relacionado à ideia de prevenção punitiva.

Como há a ponderação entre interesses individuais e coletivos na desobediência civil, ROXIN define, ainda, algumas restrições para o seu reconhecimento, quais sejam, (I) o protesto que acabou por infringir as normas deve referir-se a questões que interessem ao conjunto da população; (II) o sujeito deve atuar pelo bem comum; (III) a infração das regras deve mostrar uma conexão com o destinatário do protesto; (IV) o protestante deve declarar-se partidário da democracia parlamentar, ou seja, os revolucionários não poderiam ser absolvidos; (V) a desobediência civil deve evitar violência e resistência ativa às forças de ordem e, por fim, (VI) os impedimentos e infortúnios do protesto devem se manter reduzidos e limitados[343].

---

[342] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 339-340.

[343] ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General, Tomo I. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p.953-955.

É digno de nota que, mesmo já tendo por definido que os danos causados através dos protestos em defesa dos direitos coletivos não importariam em responsabilidade penal (em razão da tutela constitucional), ROXIN se empenhou em fixar requisitos à dirimente como forma de delimitar ainda mais a sua aplicação. Tal feito só denota a efetiva preocupação da doutrina na fixação dos parâmetros de aplicação da excludente de culpabilidade nos casos não previstos em lei, refutando qualquer alegação de que a adoção dessa exculpante supralegal representaria insegurança ou incerteza jurídicas.

2.2.2 Fato de consciência ou delinquência por convicção

O fato de consciência, segundo a doutrina de CIRINO DOS SANTOS, tem por objeto decisões morais ou religiosas representativas de deveres incondicionais vinculantes da conduta, "asseguradas pela garantia constitucional de liberdade de crença e de consciência" e limitadas, apenas, por outros direitos fundamentais individuais ou coletivos, mas não pela lei penal[344]. Corresponderia à *delincuencia por convicción o por conciencia* tratada por MUÑOZ CONDE, ou ao fato realizado por motivo de consciência, de CLAUS ROXIN ou, ainda, ao dissenso normativo de DE LA CUESTA AGUADO.

Por se tratar de causa de exculpação não prevista na legislação espanhola, a doutrina de MUÑOZ CONDE[345] desenvolveu minuciosa abordagem à chamada *delincuencia por convicción o por conciencia,* constituída através de uma valoração diferente elaborada pelo indivíduo frente à valoração do fato pretendida pela norma: ainda que o agente conheça a proibição, não lhe reconhece eficácia para motivar, através dela, seus atos. O exemplo mencionado pelo próprio autor relaciona-se à negativa de transfusão de sangue por adeptos da religião Testemunhas de Jeová (o que poderia vir a comprometer a saúde do paciente).

Em suas obras, o autor espanhol se atém ao estudo do tema, fundamentando e exemplificando o que entende por delinquência por convicção. Explica que, em uma sociedade democrática e plural, torna-se inevitável um certo grau de discrepância e de rebeldia do indivíduo frente a uma norma concreta ou a um setor do Ordenamento Jurídico,

---

[344] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 337.

[345] MUÑOZ CONDE. La Objeción de Conciencia en Derecho Penal. *In*: **Nova Doutrina Penal NDP 96/A**, pg. 87-102. Disponível em: <*http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp005.htm*>; Acesso em: 12.05.2010.

discrepância que se deve a conflitos de consciência[346]. É o caso do agente que tem uma atitude valorativa diferente daquela contida na norma infringida e, ainda que reconheça o âmbito proibitivo da norma, não lhe reconhece eficácia motivadora de seus atos[347]. É de se registrar que muitas vezes o conflito de consciência evidencia uma ausência de legitimação da própria norma infringida, já que muitas vezes a formulação de um tipo nem sempre representa um conflito entre o agente e a sociedade, mas entre distintos sistemas sociais e distintas formas de entender a vida. Assim, pontua MUÑOZ CONDE que o que caracteriza uma sociedade democrática e pluralista é a possibilidade de coexistência pacífica desses distintos sistemas de valores, baseados em razões religiosas, morais e políticas, os quais, às vezes, são tidos por contraditórios[348].

Outro exemplo dessa situação (além do clássico exemplo da transfusão de sangue) é a recusa do médico em realizar o aborto na gestante que corre sério risco de vida, não concordando em retirar a vida do feto por razões religiosas ou morais, mesmo que tal ato implique na efetiva lesão à vida ou saúde da gestante.

Esclarece a doutrina de CIRINO DOS SANTOS que o fato de consciência constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impediria sua valoração como "certo" ou "errado", devendo ser verificado tão somente o poder do mandamento moral ou religioso à personalidade do agente. Seguindo a linha de raciocínio de ROXIN, aduz o autor brasileiro que essa dirimente seria amparada na norma constitucional que tutela a liberdade de crença e a manifestação de pensamento[349].

Na realidade, explica o autor alemão que, como decisão relacionada ao "motivo de consciência" se há de entender toda decisão moral orientada pelas categorias de "bom" ou "mau" que o indivíduo experimenta de forma interior, em uma determinada situação que, para ele, tornou-se vinculante ou incondicionalmente obrigatória "de modo que no podría actuar en contra de ella sin cargo o conflicto serio de conciencia". Assim, a valoração jurídico penal do fato realizado por motivo de consciência deve derivar do próprio artigo 4 GG da Constituição alemã, que reza serem invioláveis a liberdade de crença e de consciência. Nesse raciocínio,

---

[346] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 393.
[347] *Idem, ibidem*, p. 393.
[348] *Idem, ibidem*, p. 393.
[349] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 337.

um fato realizado por motivo de consciência deve resultar necessariamente impune quando seu castigo atentaria contra a liberdade constitucionalmente assegurada, considerando, ainda, que o mencionado dispositivo constitucional tem efeito imediato no direito vigente e maior hierarquia do que as normas penais[350].

Explica ROXIN que a decisão de consciência não pressupõe uma determinada qualidade quanto a seu conteúdo, cabendo ao Juiz examinar apenas se essa decisão possui verdadeiramente um caráter de "imperativo moral irredutível", ou seja, a seriedade de um imperativo moral que domina a personalidade do agente para fazê-lo descumprir a norma. Por outro lado, tal decisão não pode ser valorada como equivocada, errada, ou correta, o que iria vulnerar a neutralidade ideológica do Estado e anular a liberdade de decisão de consciência em favor de uma determinada ideologia ou crença[351].

Faz-se um parêntese para registrar, novamente, que, em sendo ROXIN contrário à adoção das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, como já se afirmou, esse autor trata de esclarecer que o fato realizado por motivo de consciência fundamenta-se em uma "causa extrapenal" mas não "supralegal" de exclusão da responsabilidade, pois tal exculpação, como já se afirmou, seria baseada no artigo 4 da Constituição alemã[352]. Da mesma forma que no caso da desobediência civil, não se trataria de uma questão de culpabilidade, mas de responsabilidade: não se trataria do debate se o sujeito poderia atuar de outro modo, mas se sua atuação antijurídica precisaria de pena. A despeito desse posicionamento, mesmo restando claro que ROXIN é contrário à adoção da não exigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, impende, pela relevância do tema, o registro de sua tentativa de legitimar, ainda que sob diverso fundamento (a derivação da norma constitucional alemã), a aplicação do "motivo de consciência" e da "desobediência civil".

Pois bem. Uma interessante observação é trazida por JUAREZ CIRINO DOS SANTOS quando analisa o conhecido exemplo dessa causa exculpante, a recusa do pai à transfusão de sangue de um filho menor. Esclarece CIRINO DOS SANTOS que no caso de tipos penais que protegem direitos humanos fundamentais, tal exculpação é condicionada à existência de uma alternativa neutra que dê efetiva proteção ao bem jurídico tutelado pela

---

[350] ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General, Tomo I. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 943.
[351] *Idem, ibidem*, p. 943.
[352] *Idem, ibidem*, p. 961.

norma, ou seja, com a negativa do genitor por motivos religiosos, uma ação do médico movida por estado de necessidade ou uma determinação do Conselho Tutelar supririam a recusa, de forma que "em nenhuma hipótese o fato de consciência exculpa a efetiva lesão de bens jurídicos individuais fundamentais"[353]. É de se ver, no entanto, que no caso de a recusa motivada por fato de consciência ser facilmente suprível e inocorrer a lesão, sequer se haveria de falar em conduta típica, ante a ausência de ofensividade na conduta a causar lesão no bem jurídico tutelado[354]. Como é óbvio, um pai que recusasse a transfusão sanguínea de um filho, sabedor de que essa transfusão seria realizada de qualquer forma, mesmo sem seu consentimento, não pode ter sua conduta sequer enquadrada nas normas típicas, a ensejar uma posterior exculpação, simplesmente porque sua conduta, ineficiente a causar lesão, representou apenas a manifestação de seu pensamento e crença, sem efeito jurídico algum. A própria doutrina de CIRINO DOS SANTOS reconhece que a matéria é controvertida, aduzindo que o fato de consciência, "por um lado, exclui a tipicidade, se existe alternativa neutra de proteção do bem jurídico"[355].

O raciocínio utilizado por CIRINO DOS SANTOS condicionando a isenção de pena à proteção concreta do bem jurídico através de uma alternativa neutra, no caso de possibilidade de ofensa a bens jurídicos fundamentais, também foi desenvolvido por MUÑOZ CONDE, ao explicar que, quando o bem jurídico ameaçado pela delinquência por convicção classifica-se como bem jurídico individual (vida, integridade, liberdade e propriedade), não se pode dar nenhuma relevância à decisão de consciência que o viole, já que aqueles bens jurídicos seriam mais importantes do que a liberdade de consciência constitucionalmente abalizada[356]. Assim, não só os casos de terrorismo político, mas os rituais de assassinatos

---

[353] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 337.

[354]A doutrina penal alerta para algumas incoerências do direito ao tipificar condutas incapazes de ofender a bens jurídicos, apontando algumas vezes construções deontológicas perfeitas, mas inadequadas à aplicações concretas. Assim, tanto é possível uma conduta ofender determinado bem jurídico relevante e não ser sancionada pela lei penal (como determinados crimes de informática, ainda não regulados), como pode ocorrer a adequação do comportamento à letra da lei e tal comportamento não se revelar materialmente ofensivo ao bem jurídico protegido pela norma. Para resolver a antinomia, alguns autores vêm se firmando pela necessidade da adequação da conduta ao conceito material (e não simplesmente formal) de delito. Não bastaria, pois, para a caracterização do delito, que o sujeito realizasse formalmente a descrição legal, mas que afetasse o bem jurídico por trás do enunciado legal, que ofendesse a essência da norma valorativa, tendo-se que "a tipicidade não se esgota na adequação literal ou gramatical da conduta, sendo mister, sempre, o plus da afetação concreta do bem jurídico (delito em sentido material)". Cf. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 114).

[355] CIRINO DOS SANTOS, *Op. Cit.*, p. 338.

[356] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 394.

praticados dentro de uma seita, ou a objeção de consciência fanática que acaba por deixar morrer, sem assistência, uma mulher que sofre as sequelas de um aborto ilegal, devem estar fora de toda consideração exculpatória, até mesmo a atenuante[357].

Conjugando o entendimento dos autores, só haveria exculpação quando o bem jurídico atingido fosse de menor importância e não houvesse, naquele caso específico, uma solução alheia, de terceira pessoa, que neutralizasse a delinquência do indivíduo. Isso porque, como já se disse, nesses últimos casos não haveria ofensa alguma ao bem jurídico.

2.2.3 Da provocação da situação de legítima defesa

Quanto à provocação da situação de legítima defesa, trata-se do caso do agente que, embora tenha provocado a agressão (o que faz o revide deixar de ser injusto, afastando a possibilidade de excluir-se a antijuridicidade), não consiga desviar a ação de defesa do ofendido (fugindo, por exemplo). Nesses casos, admitir-se-ia a situação de exculpação, "porque o Estado não pode exigir de ninguém a renúncia ao direito de viver, nem criar situações sem saída, nas quais as alternativas são ou deixar-se matar ou sofrer uma pena rigorosa"[358].

ZAFARONI refere-se à situação de *provocación de la necessidad*, quando a provocação da situação de necessidade por parte do agente impede o afastamento do injusto (em razão de ter sido o próprio agente quem pôs em perigo o bem jurídico), lembrando que embora presente a antijuridicidade, nem sempre encontra-se presente a culpabilidade, "pues no puede imponerse a nadie el deber jurídico de dejarse matar, mutilar o lesionar gravísimamente"[359].

2.2.4 Do Conflito de Deveres. Retomada da ideia de WELZEL, de eleição de um "mal menor". Equiparação com o estado de necessidade exculpante

[357] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 394.
[358] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 337.
[359] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Estructura Basica del Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 227.

Quanto ao conflito de deveres, CIRINO DOS SANTOS faz uso dos exemplos expostos por WELZEL para o estado de necessidade exculpante, referindo-se ao exemplo da eutanásia de doentes mentais durante o regime nazista[360].

A hipótese de conflito de deveres, como já aduzido, quando na ponderação de bens é sacrificado o bem jurídico mais relevante, se enquadra no chamado estado de necessidade exculpante, previsto na legislação alemã como causa legal de exclusão da culpabilidade. O Código Penal brasileiro, por adotar a Teoria Unitária do Estado de Necessidade, não prevê tal possibilidade de exculpação[361], motivo pelo qual a colisão de deveres não enquadrada no estado de necessidade justificante pode ser vista como causa supralegal de não exigibilidade de conduta diversa, se, dadas as circunstâncias do fato, é inexigível que o agente suporte o sacrifício.

Pois bem. CIRINO DOS SANTOS traz alguns exemplos tidos como controvertidos, nos quais apresenta a problemática do conflito de deveres para o agente, por ocasião da conduta. Interessante observar esses exemplos, para entender a sistemática do conflito de deveres e, assim, delimitar as suas hipóteses e classificá-las – como se pretende – nos casos de estado de necessidade exculpante, tal qual empreendia WELZEL.

Explica o autor brasileiro que, para evitar uma colisão com um trem de passageiros, determinando a morte de muitos, um funcionário da ferrovia desvia o trem de carga desgovernado para um trilho diferente, causando a morte certa de alguns trabalhadores. Haveria claro conflito de deveres, tendo o agente optado, da mesma forma que os médicos, pelo mal menor, sendo aquela ação o único meio de esse evitar um mal maior, e com o intuito de salvação (vide WELZEL).

Outro exemplo de conflito de deveres seria a escolha, pelo médico, dos pacientes que receberão a máquina de respiração/circulação artificial, considerando uma situação na qual sobram pacientes e falta o referido maquinário. Assim, a escolha do mal menor representaria a retirada da máquina do paciente com menor chance de sobrevivência para dar ao paciente com maior chance. O fundamento da exculpação seria o de que qualquer pessoa, no lugar do médico, poderia agir da mesma forma, e esse, no conflito do dever de salvar

[360] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 390.
[361] Como já exposto no item 1.2.3 do capítulo 1.

ambos os pacientes, mas tendo que eleger a proteção de um bem jurídico em detrimento de outro, agiu conforme sua consciência para perseguição do fim de salvação[362].

Um outro exemplo atual seria o abate de uma aeronave de passageiros sequestrada por terroristas, que estivesse prestes a ser usada como arma para ataques terroristas. Derrubar o referido avião, embora implicasse na morte de muitos passageiros inocentes, evitaria uma tragédia ainda maior, que seria o choque daquele avião com locais habitados.

Tem-se em comum, nos exemplos apresentados, que ao agente é dada uma escolha de comportamento antijurídico, sabedor que de, a depender de sua escolha, bens jurídicos de maior ou menor importância serão atingidos.

Para ARIEL DOTTI, se encaixa na situação de conflito de deveres os inúmeros precedentes brasileiros no sentido de reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa no caso do empresário que omite o pagamento de contribuições previdenciárias em face das dificuldades financeiras de sua empresa[363]. É o caso, pois, no qual se contrapõem o dever de recolher a contribuição previdenciária e o dever de pagar os salários dos mesmos funcionários ou outras despesas inevitáveis ao funcionamento da empresa em graves dificuldades financeiras. Há, na hipótese, real conflito do autor em eleger um tipo de comportamento, que importe na escolha do mal menor.

Como já se disse, por o Brasil adotar, no Código Penal comum, a Teoria Unitária do Estado de Necessidade, as hipóteses classificadas no §35 do Código Penal alemão (estado de necessidade desculpante) são aqui adotadas como causas supralegais de não exigibilidade. Dos próprios exemplos explicitados, vê-se que tais hipóteses, classificadas pela doutrina apontada sob o título de “conflito de deveres”, estariam diretamente relacionadas à exculpante do estado de necessidade.

O estado de necessidade exculpante do direito penal alemão é aquele no qual, em situação de perigo para a vida, corpo, liberdade, honra, propriedade ou outro bem jurídico, sendo essa situação não evitável, se comete um fato antijurídico para evitar um perigo para si, um parente ou outrem (§35). Nesse caso, a alusão da lei ao “fato antijurídico” já pressupõe que, na ponderação dos bens jurídicos em conflito, foram sacrificados bens de maior importância do que os resguardados com a conduta.

---

[362] Nesse sentido, vide WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, p. 156.
[363] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010, p. 515.

Assim, o estado de necessidade exculpante ocorre quando o agente sacrifica bem de maior valor para salvar outro de menor valor, mas naquela ocasião não lhe é possível exigir outro comportamento. A sua diferença ao estado de necessidade justificante se baseia, portanto, na ponderação de bens, já que, para caracterizar-se esse último e o direito aprovar a conduta do agente, afastando a ilicitude, deve o bem sacrificado ser de valor menor do que o salvo com o comportamento.

Explica BITENCOURT que, no Brasil, pela adoção da Teoria Unitária, quando há desproporcionalidade entre os bens em conflito e perece o mais valioso, afasta-se legalmente não só o estado de necessidade justificante, mas o exculpante[364]. Nada impediria, ressalta o autor brasileiro, que se caracterizasse a *inexigibilidade de conduta diversa*, através do exemplo típico da colisão de deveres, "onde o agente deve optar por uma alternativa, isto é, pelo cumprimento de um dever em detrimento de outro, e a sua escolha não recair exatamente naquela mais adequada aos fins do direito"[365]. Nesse raciocínio, "a colisão de deveres configura uma espécie de estado de necessidade, na medida em que todo dever está vinculado a um determinado bem jurídico"[366].

Imagine-se o quadro de um naufrágio, com mar revolto, no qual quatro crianças estão à deriva, afogando-se, três delas juntas, e uma mais afastada, que não poderá alcançar o grupo em tempo de não se afogar. Com a aproximação do bote para ajudá-las, o marinheiro prefere jogar a única boia salva-vidas para o lado do garoto isolado, salvando apenas uma criança, ao tempo em que as outras se afogavam, enquanto poderia ter salvo três vidas, içando, através da boia, as três crianças que estavam mais próximas. No caso do conflito de deveres, escolheu-se indevidamente o sacrifício do mal maior – três vidas – para salvar-se apenas uma vida, o que já afastaria a hipótese de estado de necessidade justificante. No entanto, imagine-se que o garoto salvo era filho do marinheiro, fato que o motivou a salvá-lo em detrimento das outras crianças. Diante desse fato, sua conduta não pode ser reprovável pelo direito, ante a impossibilidade de exigir-lhe o sacrifício de ver seu filho afogar-se, para salvar crianças desconhecidas. Esse exemplo, no direito alemão, se enquadraria no estado de necessidade desculpante do §35. No direito brasileiro, é causa supralegal de não exigibilidade.

---

[364] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 252.
[365] *Idem, ibidem*, p. 253.
[366] *Idem, ibidem*, p. 253.

Estaria inserida, na classificação da doutrina, como causa supralegal de inexigibilidade prevista como “conflito de deveres”.

Qualquer escolha do autor, nesse caso, atingiria um bem jurídico. Qualquer escolha do autor, por sua vez, sacrificaria um dever, violando o outro bem jurídico. A escolha final, por tratar-se de sacrifício do bem maior, excluiria a hipótese de estado de necessidade justificante, mas ao mesmo tempo o direito não poderia exigir do agente o sacrifício do bem eleito para ser salvo.

Observe a já mencionada hipótese de não exigibilidade ante o não recolhimento de contribuições previdenciárias. O agente poderia pagar o salário dos funcionários e manter a empresa funcionando, mas para isso teria que deixar de recolher as contribuições previdenciárias, já que não dispunha de capital a honrar ambas as obrigações financeiras. Qualquer escolha que fizesse representaria o descumprimento de um dever legal para honrar outro.

Ocorre, entretanto, que há casos nos quais não se verificam os requisitos comuns ao estado de necessidade – e portanto já não se poderia classificá-lo de justificante ou exculpante pela ponderação dos bens jurídicos afetados – e a hipótese não representa ponderação de deveres, mas necessidade de auto proteção. Essas hipóteses, analisadas adiante, seriam capazes de refutar a classificação já descrita.

2.2.5 A doutrina de DE LA CUESTA AGUADO. Criação da exigibilidade em três níveis como formas de identificação de causas supralegais

Partindo do pressuposto de que o legislador não poderia prever todos os possíveis casos de não exigibilidade, e que para se impor uma pena era necessário verificar que a conduta imposta pela norma era exigível ao agente também por razões lógicas derivadas da validez racional da norma primária (e não meramente por razões de imposição coercitiva do Estado), a doutrina espanhola de DE LA CUESTA AGUADO criou três níveis para que o julgador, em dúvida plantada pelo destinatário da norma, pudesse verificar se a conduta conforme a norma era exigível ou não ao agente[367].

[367] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: Exigibilidad y Razones para la Exculpación. Madrid: UCA, 2003, p. 229-230.

Tais níveis, embora apresentados com roupagem diferente dos modelos de comportamento já estudados, também são vistos como meios de identificação de causas supralegais, e alguns deles se assemelham às causas já nominadas.

O primeiro nível do juízo de exigibilidade encontra sua base nas situações nas quais o destinatário não reconhece a racionalidade da norma para gerar a ele um dever de conduta. É o denominado "dissenso normativo", que pode ser, segundo a professora da Universidade de Cádiz, ideológico ou prático[368].

No dissenso prático, o destinatário da norma reconhece o valor defendido pela lei, mas se vê forçado a descumpri-la. No dissenso ideológico, o agente não admite a norma como válida por reputá-la irracional, no sentido de ser a mesma destoante do valor que o agente considera preeminente[369]. Em um direito penal democrático, explica a autora, deve-se levar em conta o número de pessoas tidas por "dissidentes", para ensejar a inclusão expressa de novas causas de exclusão da culpabilidade ou, ainda, a adoção de um conceito de culpabilidade material que parta de um conceito de destinatário da norma (modelo ideal de pessoa), adequado a um sistema democrático, plural e complexo[370].

A ideia central desse primeiro nível é entendida como o respeito à diversidade humana, ideia que se pode reputar semelhante à que MUÑOZ CONDE trabalhou como "fato de consciência". DE LA CUESTA AGUADO vai um pouco mais além, definindo para essa ideia central a classificação em duas formas (dissenso ideológico e prático).

É claro que o julgador enfrentará dificuldades em identificar quem admite a racionalidade da norma mas não lhe interessa cumpri-la (ou se vê impelido a descumpri-la) e quem não admite essa racionalidade, motivando nessa inadmissão o descumprimento da norma. No entanto, a mesma dificuldade já teria o Magistrado em identificar se em casos específicos se aplicaria ou não a inexigibilidade supralegal, sendo justamente a dificuldade de constatação das causas supralegais o que motiva a determinação dos modelos ora abordados.

O segundo nível do juízo de exigibilidade estaria baseado no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio através do qual todas as pessoas deveriam receber o mesmo tratamento, e a toda pessoa deve ser endereçado um conjunto de direitos e deveres internacionalmente reconhecidos, expressando a obrigação que têm os poderes públicos e os

---

[368] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: Exigibilidad y Razones para la Exculpación. Madrid: UCA, 2003, p. 232.
[369] *Idem, ibidem*, p. 232.
[370] *Idem, ibidem*, p. 233.

indivíduos de respeitar esse conjunto de direitos e deveres[371]. Como decorrência desse princípio, o *ius puninendi* não pode exigir condutas que signifiquem um desprezo dos direitos e faculdades da pessoa humana, e esse critério permitiria a exculpação de condutas que fossem reflexos da anterior infringência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse segundo nível, DE LA CUESTA AGUADO afirma que seria possível exculpar a mulher que decide praticar o aborto, quando essa mesma mulher havia sido objeto de técnicas de reprodução assistida sem seu consentimento (nesse caso, o aborto não estaria autorizado por nenhuma das hipóteses que tratam do aborto não punível, e nem a mãe nem a criança padeceriam de enfermidades). A conduta, embora típica e antijurídica, não poderia ser culpável já que obrigar a gestante a seguir adiante com a gravidez significaria nada menos do que a lesão aos direitos fundamentais da pessoa[372].

Ousa-se afirmar que dentro dessa hipótese estaria o conhecido caso da siciliana de dezenove anos que, tendo sido abusada durante anos por seu tio, com a conivência da tia, e após perder o esposo quando o fato veio a público, praticou homicídio contra ambos os tios. O júri popular a absolveu entendendo pela impossibilidade de reprová-la já que, em sua rudimentar instrução, não opôs resistência à concepção imperante na sua cidade natal, executando a morte daqueles que haviam lhe roubado a honra e a alegria do casamento[373].

Verificando o Magistrado que a norma penal regulava conduta dentro do âmbito de competência do *ius puniendi* e seu cumprimento não significava desrespeito por parte do destinatário da norma (primeiro nível) ou sacrifício intolerável ante o desrespeito à dignidade da pessoa (segundo nível), a norma ainda poderia ser tida por inexigível quando, dadas as circunstâncias, a comparação entre o modelo de pessoa e o caso concreto se desprendessem (diferenciassem), de forma que, embora a norma pudesse ser exigida a outras pessoas, exigir-se o cumprimento da norma por aquele agente, naquelas circunstâncias, infringiria o princípio de igualdade diante da lei[374]. É o caso do terceiro nível do juízo de exigibilidade.

DE LA CUESTA AGUADO esclarece que, da mesma forma que se deve admitir distinto tratamento jurídico entre pessoas normais ante o reconhecimento de que não é

---

[371] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: Exigibilidad y Razones para la Exculpación. Madrid: UCA, 2003, p. 237-238.
[372] *Idem, ibidem*, p. 238.
[373] Trata-se do caso da siciliana que teria vindo da Sicília para Nova York aos sete anos, para residir com um casal de tios. Durante anos, a menina foi abusada sexualmente pelo tio, com o conhecimento da tia. Um jovem italiano a desposou, e ambos estavam felizes até que a tia revelou ao esposo que a moça mantivera relações sexuais com o tio. Após se abandonada pelo consorte, a jovem resolveu vingar-se dos tios, seguindo a concepção popular siciliana, matando-os para restaurar sua honra perdida.
[374] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Op. Cit.*, p. 239.

idêntica a situação de quem sabe da obrigação advinda norma e de quem desconhece ou crê que naquele caso concreto não havia um dever de atuação (teoria do erro), a análise da exigibilidade também deve ser tida através da valoração do caso concreto individual.

É que, posto que a culpabilidade é o elemento do delito no qual se valora o caso concreto e o agente individualmente considerado, bem como a medida da adequação de seu comportamento ao mandato normativo, o aprofundamento na diferenciação das circunstâncias revelantes ao caso especificamente considerado, ainda que sejam circunstâncias minimamente relevantes, significará o aprofundamento do princípio da igualdade ante a lei e do sistema democrático baseado no respeito ao indivíduo[375]. Assim, se na sociedade nem todas as posições sociais são idênticas, ao lado das razões biológicas, existiriam também razões de caráter social que fazem com que todos os destinatários da norma jurídico-penal não se encontrem em idêntica situação frente à norma[376].

Esse modelo proposto, em três níveis, tem por objetivo delimitar os casos de não exigibilidade supralegal, a partir da conferência de conteúdo normativo ao conceito jurídico de integridade moral e ao princípio da dignidade da pessoa humana (primeiro e segundo níveis) empreendendo-se uma interpretação do princípio da igualdade ante a lei (terceiro nível de exigibilidade).

Nesse último ponto, ao definir o terceiro nível, a autora espanhola tratou menos de uma forma de identificação de causa supralegal e mais de um critério para determinação da aplicação da não exigibilidade (vide, no capítulo primeiro, os critérios para determinação do poder atuar de outro modo).

---

[375] DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: Exigibilidad y Razones para la Exculpación. Madrid: UCA, 2003, p. 240.
[376] *Idem, ibidem*, p. 241.

3 CRIAÇÃO JUDICIAL, INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA SUPRALEGAL E A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Ao tratar do juízo de culpabilidade, a doutrina de ASÚA já fazia referência ao papel do Juiz na formulação da valoração do fato, ensinando que, mesmo para os que admitem que o juízo de culpabilidade se inicia no fato concreto psicológico e, assim, estaria da cabeça do autor, é certo que a valoração para a reprovação tem que partir do Magistrado, no mesmo raciocínio de que "el pecado está en el pecador, pero quien lo enjuicia y perdona es el sacerdote que representa a Dios"[377].

A doutrina de BETTIOL, quando respondia as críticas à ampliação do princípio da não exigibilidade aos casos fora do direito positivado, bem lembrou que, nessa aplicação, não se trata de fazer referência a um juízo puramente "subjetivo" e "pessoal" do agente a respeito de ser ou não exigível a ele o comportamento, nem da remissão à figura do "homem médio" (o que poderia significar verdadeiro individualismo anárquico, em virtude do qual qualquer ação poderia ser escusada ou ensejar uma abstração inconcludente ou vazia, nas palavras desse autor), mas, na realidade, caberia ao Juiz, quem exprime o juízo de reprovação, "valorar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito atua, no contexto do espírito de todo o sistema penalístico" [378].

Tal sistema penalístico, complementa o autor italiano, não prescinde de uma vinculação com a realidade histórica na qual o indivíduo age, "cuja influencia sobre a exigibilidade da ação conforme o direito cabe ùnicamente ao Magistrado julgar"[379].

Vê-se uma inegável preocupação com a valoração do fato pelo Magistrado, a quem cabe a decisão, no caso concreto, da tradução da fórmula negativa (a verificação da causa de exclusão da culpabilidade pela não exigibilidade de outra conduta) e sua redução aos termos da sentença que exprimem a existência ou não do juízo de reprovação do agente.

O assunto ganha mais complexidade quando se trata de analisar a adoção, pelo Juiz, de causa supralegal de não exigibilidade, já que o contexto tido por suficiente a excluir a reprovação do agente não encontrou guarida no direito positivado. Enquanto a legitimidade da decisão judicial fora das hipóteses legais é questionada por parte da doutrina, a aceitação

---

[377] JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo V, Terceira parte. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, p. 228.
[378] BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal:** Parte Geral. Vol. II. Tradução brasileira e anotações dos professores Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, p.144-145.
[379] *Idem, ibidem*, p. 144-145. Redação conforme o original.

dessa mesma supralegalidade pelo Magistrado passa a ser vinculada à constatação de alguns requisitos, a serem verificados no caso concreto. Por exemplo, as invasões do Movimento Sem Terra só são consideradas incidentes na hipótese supralegal de excludente da culpabilidade denominada "desobediência civil" porque almejam o interesse coletivo (que acaba por se transformar em um requisito à constatação da referida hipótese de supralegalidade). Se outra manifestação que atinja direito alheio não tem por pano de fundo interesse coletivo, mas individual, não há que se falar nessa causa excludente de culpabilidade, segundo as construções doutrinárias já estudadas.

Assim, mesmo admitindo a possibilidade de o Juiz julgar, nesses casos, sem o apoio do direito positivado, a doutrina demonstrou inequívoca preocupação com a segurança da fundamentação e motivação judicial, quando firmou modelos – e respectivas condições – a identificar e enquadrar as hipóteses de julgamento supralegal.

Por outro lado, se a decisão acerca da aplicação desses modelos cabe unicamente ao Magistrado, responsável pela elaboração do juízo de reprovação no caso concreto, o estudo apresentado não prescinde da verificação do tema na atividade jurisdicional, seja para atestar (ou refutar) a viabilidade da redução das hipóteses de não exigibilidade de outra conduta às fórmulas doutrinárias, seja para, a partir das decisões judiciais já conhecidas, entender a aplicação (e sua legitimidade, através das justificativas judiciais) das referidas dirimentes supralegais.

3.1 O princípio da fundamentação das decisões, a criação judicial do direito pelo Magistrado e o respaldo do direito penal para a decisão supralegal.

O sistema jurídico brasileiro é categórico a respeito da indispensabilidade da fundamentação das decisões, inclusive no patamar constitucional (art. 93, IX)[380].

[380] "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)". A legislação processual civil, a qual é aplicada subsidiariamente ao Código de Processo Penal, também exige a fundamentação de todas as decisões (e não apenas das sentenças), a teor do art. 165, segunda parte, do Código de Processo Civil: *"as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso"* e o Código de Processo Penal prevê expressamente a motivação da decisão que decretar a prisão preventiva, em seu art. 315. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>; Acesso em: 29.11.2011.

Mesmo se admitindo, de forma excepcional, a fundamentação concisa para a generalidade das decisões interlocutórias, a exigência de motivação abrange todas as decisões no processo penal, principalmente se restringirem direitos individuais. Mantém-se, no Brasil, a exceção da não obrigatoriedade de motivação da sentença do júri popular, ante a garantia do sigilo das votações (CF/88, art. 5º, XXXVIII, b).

A garantia da motivação das decisões era antes vista como uma garantia técnica, com objetivo de proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão, permitindo que os órgãos judiciários de segunda instância pudessem examinar a legalidade da decisão. Hoje, no entanto, se fala em garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição, e os destinatários da motivação não são apenas as partes, mas toda a comunidade (e a própria justiça) que assim pode verificar se o Juiz decide com imparcialidade e com conhecimento de causa[381].

Nesse sentido, afirma a doutrina de SCARANCE FERNANDES que "é por meio da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional"[382], enquanto esclarece FERRAJOLI que o princípio da motivação das decisões "exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias"[383].

No Brasil, tida como garantia da própria jurisdição, a motivação ganhou *status* constitucional em 1988, passando-se a admitir, de forma expressa, que a liberdade de decidir do Juiz encontra óbice na necessidade de fundamentação de seu *decisum*.

Como se sabe, a falta de motivação da decisão penal é causa de nulidade absoluta[384], assim como as provas obtidas através de decisões penais não fundamentadas são consideradas provas ilícitas[385].

---

[381] SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 135.
[382] *Idem, ibidem*, p. 135.
[383] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2ª edição. São Paulo: RT, 2006, p. 573.
[384] A título exemplificativo: "A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes" (STJ - RESP 200700474537 – 931151 Rel. Hamilton Carvalhido – Sexta Turma - DJE data: 29/09/2008).
[385] "Ausente qualquer fundamentação na decisão que decretou a busca e a apreensão, determinando-se simplesmente a 'expedição do mandado solicitado', é de reconhecer a ilicitude da prova produzida com a medida. (...) 4. Ordem concedida, em parte, apenas para declarar a ilicitude da prova produzida a partir da busca e da apreensão" (STJ - HC nº 51.586/PE - 2005/0211467-6 – Sexta Turma – data 12.11.2007).

A motivação da sentença pode ser vista sob diversos aspectos, dos quais a doutrina destaca a necessidade de demonstração do exercício da lógica e atividade intelectual do Magistrado, a submissão da decisão ao Estado de Direito e às garantias constitucionais[386], e, principalmente, a possibilidade de que seja constatada a legalidade e legitimidade[387] dessa decisão.

Segundo FERRAJOLI, as sentenças penais, por força das garantias da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, exigem uma motivação que deve ser fundada sobre argumentos "cognitivos de fato e re-cognitivos de direito"[388].

Indaga SCARANCE FERNANDES qual o conteúdo mínimo e essencial da decisão para ver cumprida a garantia de motivação, referindo-se à doutrina italiana para a qual a garantia da motivação compreenderia, em síntese, (I) o enunciado das escolhas do Juiz, com relação à individualização das normas aplicáveis, à análise dos fatos, à sua qualificação jurídica e às consequências jurídicas desta decorrentes e (II) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados[389].

Em outras palavras, a decisão estaria motivada quando houvesse coerência entre o enunciado do fato, sua qualificação jurídica e a indicação das normas a ele aplicáveis.

Ora, se a necessidade de justificação da decisão relaciona-se à submissão de suas razões à legalidade, e se o conteúdo mínimo dessa motivação inclui a individualização das normas aplicáveis, o que dizer, então, das decisões que afastam a aplicação da lei penal para eleger entendimento ou causa supralegal acerca do fato analisado?

Segundo RICARDO ANDREUCCI, o direito penal, por sua natureza, impossibilita o rigorismo tipológico a que se propõe, ensejando larga margem de apreciação judicial sobre lacunas, antinomias, elementos do crime e da pena[390].

---

[386] Enumera a doutrina de NELSON NERY JUNIOR, no âmbito do processo civil, que a garantia da fundamentação das decisões abarca (I) a necessidade de comunicação visual; (II) o exercício da lógica e atividade intelectual do Juiz; (III) a submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais; (IV) a exigência de imparcialidade do Juiz; a (V) publicidade das decisões judiciais; (VI) a legalidade das decisões judiciais e a (VII) independência jurídica do Magistrado. NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 7ª Ed., São Paulo: RT, 2002, p. 182-183.

[387] Cf. FERRAJOLI, "a legitimação interna, ou jurídica, ou formal dos provimentos jurisdicionais é condicionada normativamente pela existência e pelo valor de suas motivações (...)". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2ª edição. São Paulo: RT, 2006, p. 500.

[388] *Idem, ibidem*, p. 499.

[389] SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 136.

[390] ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo: RT, 1999, p. 57.

As limitações à discricionariedade do poder judicial, portanto, não impedem a ampla margem de apreciação do Juiz penal acerca do fato, o que não dispensa, obviamente, a necessidade de o Juiz tomar por base a legislação já posta e demonstrar os fundamentos de sua decisão.

A problemática da discricionariedade judicial não é nova, e muito já se questionou sobre a livre escolha de motivos por parte do Juiz, a sua ilimitada liberdade de decisão, o seu atrelamento aos pressupostos legais, dentre outras questões[391].

Verificada a impossibilidade de o direito prever todas as situações e particularidades de cada situação concreta, a criação do direito através da atividade judicial não apenas deflui em razão da autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, mas busca a exata proporção que supera o conflito entre a forma e a realidade[392].

Se a lei foi pensada de forma genérica, não se ajustando ao particular, caberia ao Juiz adequá-la ao caso concreto.

A criação judicial do direito seria necessária, então, para que o direito seja orientado pela ideia de justiça. Para RECASÉNS SICHES, as únicas normas jurídicas perfeitas seriam as normas individualizadas – as únicas capazes de serem impostas inexoravelmente, executadas coercitivamente e que teriam plenitude de sentido, porque articulam a diretriz da norma geral com a realidade da vida –, já que as leis, por essencial necessidade, são sempre "obras inconclusas", se expressando através de "termos gerais e abstratos"[393].

Difunde-se, na atualidade, a ideia de que a decisão judicial traz sempre algo novo, antes não contido na norma geral, e isso ocorre mesmo quando a decisão calca-se em norma expressa, vigente e de interpretação inequívoca[394]. Nesse sentido, a atividade judicante não se restringe à aplicação de direito preexistente, e o órgão judicial também executa uma função criadora, formulando regras jurídicas de diversas naturezas[395].

Inquestionável concluir que tal poder de criação acaba por relativizar o rigorismo do princípio da legalidade, mas, ao mesmo tempo, concilia o crime e a resposta judicial

---

[391] ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo: RT, 1999, p. 59.
[392] *Idem, ibidem*, p. 62.
[393] SICHES, Luis Recaséns. **Introduccion al Estudio del Derecho**. Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 197 e 208.
[394] PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas, SP: Millenium, 2005, p. 13.
[395] TEIXEIRA, Sérgio Torres. A criação do direito no exercício da atividade judicante. *In:* **Revista da ESMAPE.** Vol. 3, Jul/Dez 1998, p. 383.

através da interpretação do Magistrado, que funciona em busca da concretização da justiça. Ou, para ANDREUCCI, "a certeza e a segurança do Direito sobrevivem, conjuntamente, com o princípio da legalidade, mas humanizadas, e não mais no âmbito irreparável das abstrações teoréticas"[396].

Esse exercício de criação do direito pelo Juiz é o que garante a integridade do sistema jurídico, concretizado mesmo na ausência de legislação aplicável ao caso, quando o Juiz (em outros ramos do direito, que não o penal) se socorreria da aplicação da analogia ou dos princípios gerais do direito[397].

Nesse raciocínio, para a Teoria do Direito, ao constatar a lacuna na legislação para dar solução à lide, o Juiz deveria fazer uso, inicialmente, da analogia, e, em não obtendo êxito, dos costumes, e, por fim, novamente sem sucesso na resolução do caso, haveria de identificar os fatos segundo os princípios gerais do direito, para resguardar a integridade do sistema jurídico[398]. O direito penal, no entanto, tem a preservação da liberdade humana como pano de fundo da busca pela decisão justa e equilíbrio social. Os interesses por ele protegidos revestem-se de *animus* coletivo, destacando-se a garantia do livre-arbítrio dos cidadãos, bem como a necessidade de limitação do poder estatal, e, por outro lado, a manutenção da ordem pública atingida pela atividade criminosa.

A diferença na base estrutural do ordenamento penal demonstra o seu menor rigor formal, já que as lacunas, antinomias e dúvidas conduziriam a dogmáticas soluções sempre em favor do réu, jamais contra ele. Tal característica demonstra que essas soluções são vistas sob outro prisma, benéfico ao acusado, a fazer parecer intocado o princípio da legalidade[399] (analogia *in bonam partem*, costume e princípios do direito como elemento de interpretação apenas em favor do réu).

---

[396] ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo: RT, 1999, p. 89.

[397] Para o processualista civil ARRUDA ALVIM, "Nos casos de aplicação analógica de um dispositivo legal ou dos princípios gerais de direito, em que, lacunosa a lei, mas não lacunoso o sistema, que é, por definição, pleno, há o Juiz de, igualmente, explicar, dentro do sistema, a forma mediante a qual se deverá solucionar o caso concreto. No entanto, nesse passo, o trabalho do Juiz, ao invés de se basear numa lei, identificada à luz dos fatos jurídicos que lhe foram trazidos, constituir-se-á, diante da lacunosidade da lei, em buscar no sistema qual o meio através de cujo parâmetro resolverá a lide, mercê de cujo mecanismo se constata que o sistema é íntegro". **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2006, p. 565.

[398] A legislação processual civil tutela a integridade do sistema jurídico com a previsão, no artigo 126 do Código de Processo Civil, da aplicação da analogia, costumes e princípios gerais do direito (nessa ordem) para suprir a omissão da lei.

[399] ANDREUCCI, Ricardo. *Op. Cit*, p. 82. O autor lembra, contudo, a hipótese na qual a situação do réu pode ser agravada pela criação judicial, como no exemplo em que a arma de brinquedo com aparência de arma de fogo enseja a qualificação no crime de roubo (p. 84).

Tal diferente visão justifica a ampla aceitação no direito penal das decisões supralegais, seja porque a "não exigibilidade" é vista como base estrutural da ideia de reprovação inserida na culpabilidade, seja pela simples justificativa de aplicação da decisão justa, já que o ordenamento penal, guiado pelo princípio da culpabilidade, verdade real e outros correlatos, apresenta uma roupagem menos formalista quando se trata da proteção ao réu (nesse sentido, conjuga-se o princípio da inocência e ampla defesa).

É certo, no entanto, que ao longo da história a decisão judicial nem sempre se viu representada pela liberdade de atuação do Magistrado na criação do direito em busca do ideal de justiça. O formalismo do positivismo concebia o direito como o distanciamento da realidade através da separação exagerada entre o mundo dos conceitos e o mundo dos fatos, de forma que a sistematização dedutiva era o ideal de toda ciência[400] e, nesta concepção, se acreditava na plenitude, unicidade e coesão do direito, negando-se a existência de lacunas e de antinomias jurídicas. Sob essas bases, com o advento do positivismo, acreditava-se que a ciência do direito deveria, para que permanecesse científica e pudesse se preocupar com condições de legalidade, validade dos atos jurídicos e com sua conformidade às normas que os autorizam, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, à ideia de justiça, ao direito natural e a tudo que concerne à moral, política ou ideologia[401]. Embora fosse claro que o Juiz não era mero autômato, já que escolhia, dentre as diversas interpretações, a que lhe parecia mais acertada, a obediência à lei recusava a referência a juízos de valor, separando o direito do fato e tornando noções de justiça e equidade alheias ao direito. Registre-se, sobre o assunto, que a ideologia da lei e o método silogístico exerceram importante papel na consagração da legalidade como limitação ao poder de punir estatal, representando a primeira garantia do homem em face desse poder de punir[402].

Hoje esse cenário foi alterado e o raciocínio jurídico não é mais uma simples aplicação dedutiva da lei ao fato, o que abriu inegável campo à aplicação de um direito supra ou extralegal. Nesse sentido, como frisa LÍDIA PRADO, viu-se a preconização de um alargamento do campo da lógica jurídica para abranger outros processos de conhecimento que correspondem à vida real do direito[403].

---

[400] PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção:** aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 12.
[401] PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 92-93.
[402] BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 02, p. 209-227, abril-junho 2005, Ano 15.
[403] PRADO, Lídia Reis de Almeida. *Op. Cit.*, p. 12.

Sobre o assunto, PERELMAN observou que enquanto a prática jurídica não se distanciava dos costumes, hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista do direito expressava satisfatoriamente a realidade do fenômeno jurídico. Os fatos que sucederam na Alemanha depois de 1933, no entanto, demonstraram a impossibilidade de se identificar o direito com a pura lei, ante as dificuldades de se defender a tese de que a "lei é lei" e que o Juiz deve, em qualquer caso, conformar-se com ela. Chamava-se a atenção para princípios que, mesmo não sendo objeto de uma lei expressa, deveriam se impor como consectários da justiça[404].

Enquanto o século XIX se caracterizava pelo formalismo jurídico e por uma concepção legalista do direito, o século seguinte é marcado pelo realismo e pluralismo jurídicos, nos quais os princípios gerais do direito ganham uma importância maior, sob a influência de considerações de índole sociológica e metodológica:

> (...) o Juiz não pode considerar-se satisfeito se pôde motivar sua decisão de modo aceitável; deve também apreciar o valor desta decisão, e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata.
> (...)
> Se o raciocínio jurídico é um instrumento de justificação, indispensável desde a Revolução Francesa em todo sistema moderno de direito, ainda assim o primado é atribuído ao dispositivo. Deverá este tão-somente conformar-se à lei ou terá de satisfazer também nossa necessidade de justiça e de equidade?[405]

Tal transformação, acelerada após o contexto legalista das decisões dos Tribunais alemães na resolução dos conflitos da Alemanha nazista, teria ocorrido em razão da crítica às concepções que encaravam a sentença como um silogismo, afirmando-se ser impossível a perfeita regulação normativa para a complexa vida social, razão pela qual inexistiria uma regra jurídica adequada a cada específica circunstância concreta[406].

Para SICHES, a sentença, longe de ser um silogismo (que se decompõe nos três juízos que integram suas premissas e conclusões), é um ato mental, uma estrutura, e na verdade somente após a decisão ser tomada é que a mesma poderia adotar uma apresentação de silogismo[407]. Segundo esse autor, a determinação da norma a ser aplicada e a constatação dos fatos, junto com o ato de qualificação jurídica desses fatos, não se caracterizam em dois

---

[404] PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 94-95.
[405] *Idem, ibidem*, p. 96.
[406] PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas, SP: Millenium, 2005, p. 13.
[407] SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 202.

momentos diferentes e sucessivos do processo jurisdicional, mas se mostram como o anverso e reverso de uma mesma operação mental[408].

Esclarece SICHES que, dentre os equívocos da teoria e prática jurídicas do século XIX, se encontrava (I) a suposição de que as normas jurídicas, principalmente as legislativas, eram proposições que deviam ser qualificadas como verdadeiras ou falsas e (II) o erro de conceber a sentença judicial como um silogismo. Assim, esclarece o professor titular da Universidade Nacional do México que as normas jurídicas poderiam ser analisadas sob diversos pontos de vista e valores, tais como justiça, dignidade da pessoa humana, autonomia do indivíduo, bem estar geral, etc., mas não poderiam ser qualificadas simplesmente do ponto de vista da verdade, já que as normas jurídicas não são enunciados de ideias puras ou enunciados de fatos, mas sim preceitos imperativos, mandatos de conduta[409]. Tal equivocada concepção levava ao outro erro, o de conceber a sentença como um silogismo, na qual a premissa maior estaria representada pelo dispositivo legal, a premissa menor pelo enunciado dos fatos provados e juridicamente qualificados, e a conclusão, pela aplicação da norma ao caso concreto. O uso dessa lógica formalista nas sentenças teria dado origem à "frenética mania de um dedutismo ilimitado no campo da jurisprudência"[410].

Em suas críticas a esse sistema, SICHES concluiu que o processo de decisão judicial não se baseava em um processo mental que empregava a constatação da norma pertinente, seguido dos enunciados dos fatos provados e juridicamente qualificados, terminando com a conclusão. Não se tratava de um processo psíquico progressivo, com três etapas, mas a conclusão vinha ao julgador a partir do nada, ainda que se fizesse integrada por três dimensões inseparáveis, três momentos que estariam reciprocamente vinculados à antecipação mental da conclusão[411]. Dentre as críticas formuladas, SICHES atenta para o fato de que as dificuldades da função judicial não estariam na dedução da conclusão – já que a operação de extrair a consequência das premissas poderia ser realizada corretamente por um menino de dez anos, ou por uma trabalhadora analfabeta, segundo o autor –, mas residiria na tarefa, algumas vezes dificílima, de escolher as premissas corretas[412]. Ressalta, também, que o jurista nunca maneja fatos puros e simples, mas um composto de ingredientes fáticos e enfoques normativos, o que destruiria a hipótese de a premissa menor conter a representação dos fatos, e desconsidera, ainda, que a prova dos fatos não poderia jamais expressar-se como

---

[408] SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 196.
[409] *Idem, ibidem,* p. 198.
[410] *Idem, ibidem,* p. 198.
[411] *Idem, ibidem,* p. 202.
[412] *Idem, ibidem,* p. 199.

um simples enunciado, já que ela é sempre e necessariamente uma valoração, um juízo estimativo[413].

Concluiu, nesse raciocínio, que a sentença judicial não é um silogismo, mas, psicologicamente, é uma intuição intelectiva de uma estrutura total complexa, cujos componentes são inseparáveis, e, objetivamente, a sentença constitui um complexo ideal orgânico, um ato mental indiviso, um conjunto com três lados interligados entre si[414].

A premissa maior (lei), a premissa menor (fatos qualificados juridicamente) e a dedução seriam as três dimensões de um complexo indivisível, que o Juiz não pode (nem deve) escolher de forma sucessiva, ainda que, após conceber a sentença, possa estruturá-la na forma fictícia de um silogismo[415].

O Magistrado decide, portanto, por intuição, pela convicção; o impulso que motiva sua decisão é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito do caso particular que lhe é apresentado. Depois dessa decisão (mental) é que se busca justificar a intuição diante da própria razão, seja para respaldar sua decisão no direito positivado, seja para defender-se das críticas que serão direcionadas a sua sentença, seja para cumprir os requisitos legais de motivação do ato judicial.

Embora não se possa aprofundar o assunto, ante o risco de fugir à problemática do trabalho, impende trazer à colação a doutrina de ADEODATO, que esclarece que o silogismo não é o meio retórico, nem o lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão no processo estatal, e, quando muito, é apenas uma forma de apresentar uma decisão que já fora criada por outros meios[416]. Acrescenta o referido autor que, se há uma ordem cronológica a ser seguida na elaboração da decisão, a norma geral viria depois, porque a estrutura discursiva judicial mostra-se entimemática e não silogística. Ainda, deve-se ter em conta que nem todas as normas utilizadas no raciocínio judicial são mostradas de forma explícita, já que muitas delas

---

[413] SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 200.

[414] "(...) primero no había nada; después, súbitamente, aparecía un triángulo; pero un triángulo ya constituido como tal, y no habiéndose formado por la adición sucesiva de sus tres lados. Por el contrario, habiéndose presentado ya como triángulo constituido, cuyos componentes son mutuamente indivisibles, inseparables". Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Op. Cit.* p. 202.

[415] *Idem, ibidem,* p. 203. Interessante deixar consignado que, a despeito das críticas à decisão baseada no processo silogístico, SICHES registra que não comunga da intenção de desligar o Juiz de seu dever de obedecer ao ordenamento jurídico positivo, tampouco de colocar o Juiz acima da lei, embora reconheça que ele é essencialmente uma peça integrante do ordenamento jurídico positivo, peça sem a qual esse ordenamento não poderia funcionar, nem apresentar eficácia (nesse sentido, ver p. 204).

[416] ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** para a teoria de uma dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261-262.

permanecem ocultas e, muitas vezes, "o que de fato importa é deixado de lado, é até por vezes inconfessável"[417].

Segundo ADEODATO, os entimemas são silogismos retóricos que se apresentam formal ou logicamente imperfeitos, e "suas conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas", enquanto "são pragmaticamente úteis se o objetivo é persuadir sem as exigências de rígida coerência lógica, quando esta não é possível ou mesmo estrategicamente desejável"[418].

Ora, muitas vezes a norma geral não dá origem à decisão, servindo apenas de justificação posterior para a eleição da conclusão afeta ao caso. Nesse sentido, o processo de julgar raramente se inicia com a premissa da qual se extrai a conclusão, e comumente o Juiz labora em sentido contrário, formando uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais a fundamenta[419]. A motivação da decisão parece ser, para ADEODATO, "um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores individuais constituem frequentemente as causas mais importantes dos resultados de julgamentos"[420].

Não se há de olvidar que a percepção da sentença como um ato de valoração, e não de simples aplicação da lei e dedução da conclusão a partir das premissas já postas, abriu espaço para o crescimento da importância da função judicial, fundamentalmente no que tange ao seu poder criador e na liberdade de firmar o seu convencimento, inclusive, fora das hipóteses legais. Esse caminho não seria percorrido se a atividade de julgar cingisse-se ao ato automático pensado pelo silogismo.

Veja-se que, embora faça questão de registrar a necessidade de que a decisão judicial comungue com a lei positivada, é o próprio SICHES quem, ao tratar da "plenitude hermética do ordenamento jurídico positivo"[421] como princípio essencial e necessário a todo ordenamento jurídico, simplifica a discussão acerca dos critérios nos quais deve o Juiz inspirar-se para preencher as lacunas e decidir o caso apresentado, firmando-se que, em tais hipóteses, nas quais não há normas expressas ou tácitas a resolver o problema, o Juiz deve

---

[417] ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** para a teoria de uma dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262.
[418] *Idem, ibidem,* p. 265
[419] *Idem, ibidem,* p. 278.
[420] *Idem, ibidem,* p. 278-279.
[421] Refere-se ao princípio de que os Tribunais não poderão em nenhum caso recusar o julgamento ante a inexistência prévia de norma concernente ao assunto, devendo resolver segundo os princípios gerais do Direito SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 205.

"resolver de acordo com os critérios de valor que estime como justos e adequados"[422]. Inevitável consignar a inexistência de tal liberdade no critério silogístico.

A compreensão silogística, portanto, não atende por completo as atuais exigências do direito penal, mormente nas hipóteses nas quais a lei não se apresenta cabível à resolução do caso, como no exemplo trazido pela doutrina de BRANDÃO, referente ao julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de apelação criminal que afastou a prática do crime previsto no revogado artigo 229 do Código Penal (manter casa de prostituição ou local destino à prática de atos libidinosos)[423], por entender que não se pode fechar os olhos para a drástica modificação dos costumes da sociedade, que hoje aceita e tolera a existência de motéis[424]. Como afirmou o autor, ao tratar do exemplo referido, "por óbvio, para dar tal decisão, não se utilizou o silogismo, que conduziria inevitavelmente à condenação"[425].

A doutrina de BRANDÃO esclarece que a filosofia pós-positivista utiliza, no método penal, a lei e a compreensão do caso, ao buscar um equilíbrio entre o silogismo e a tópica[426]. Reconhece-se, assim, que o direito admite uma superposição entre a esfera da compreensão da lei e a esfera da compreensão do fato (método tópico-hermenêutico), sendo a lei o limite negativo (não se admite a incriminação do que está fora dela) e o fato o limite positivo[427].

Faz-se possível, assim, a prolatação de decisões não baseadas no silogismo, o que representaria o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana: "só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz sua história real, que é única e irrepetível"[428].

É a análise e compreensão do fato e das circunstâncias a ele relacionadas (e não a norma) quem dá as condições ao nascimento da decisão judicial. Para a tópica, o Juiz, no

---

[422] SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985, p. 206.
[423] Artigo revogado pela lei 12.015/2009. A nova redação do artigo 299 do CP passou a exigir, para a tipificação penal, a prática de exploração sexual.
[424] Cf. BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 02, abril-junho 2005, Ano 15, p. 216-217. O julgamento referido trata-se da apelação criminal nº. 98.873, analisada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob relatoria do Des. Luiz Betanho.
[425] *Idem, ibidem*, p. 217.
[426] Cf. BRANDÃO, "Foi nos anos cinquenta do século vinte que um jusfilósofo alemão, chamado Teodore Viehweg, chama-nos a atenção para a tópica. Tópica é a compreensão dos fatos. Segundo a tópica, a decisão tem que ser tomada a partir de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, ou seja, de uma história compreendida. (...) a tópica defende, pois, que a decisão deve brotar sempre do caso em si." *Idem, ibidem*, p. 217.
[427] *Idem, ibidem*, p. 218.
[428] *Idem, ibidem*, p. 219.

processo de decisão, deve pautar-se essencialmente sobre o fato (já que dele brota a decisão), estejam ou não presentes normas positivadas disponíveis.

É nesse sentido que BRANDÃO aduz que o princípio da culpabilidade condiciona o método do direito penal, por ser um dos mecanismos de sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, a possibilitar a própria realização da tópica, que, para garantir o respeito à dignidade humana, pode superar o silogismo e assegurar, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*[429].

É o caso, frisa BRANDÃO, das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, nas quais "reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal"[430].

Ante o exposto, pode-se afirmar que a função criadora da atividade jurisdicional, que pode legitimar a adoção da decisão fora das hipóteses legais e, até mesmo, contra a lei, se vê influenciada pelo método da ciência penal.

Inegável, ainda, observar a influência de atributos psicológicos do Magistrado sob sua decisão, o que explica, aliás, decisões completamente díspares em casos idênticos.

Sobre o tema, MIGUEL REALE pondera que, sendo a sentença um juízo valorativo, e estando o Magistrado inserido na condição de ser humano e partícipe da vida comum, no ato de sentenciar o Magistrado "sofre uma tensão ético-psicológica que lhe vem de si mesmo, do que ele sente e sabe por experiência própria e dos valores sociais que incidem sobre sua personalidade"[431]. A sentença, portanto, não pode ser um ato rotineiro de aplicação silogística a partir de premissas que levam a uma inexorável conclusão, "mas um momento culminante de uma experiência de caráter dialético"[432]. REALE acrescenta, ainda, que a imparcialidade do Juiz não impede que o mesmo se coloque na posição do outro, e a neutralidade não consistiria em ausentar-se das pessoas, fugindo ou afastando-se das pessoas em litígio, "mas sim em se colocar compreensivamente na posição delas"[433].

Ante esse raciocínio, o Juiz não poderia estar adstrito aos textos e deduções lógico-formais da legislação, uma vez que, na execução de sua atividade de criação do direito, encontra-se inserido e vinculado à realidade humana.

---

[429] BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 02, abril-junho 2005, Ano 15, p. 219.
[430] *Idem, ibidem*, p. 219.
[431] REALE, Miguel. A ética do Juiz na cultura contemporânea *In*: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, jan-março de 1994, p. 67.
[432] *Idem, ibidem*, p. 67.
[433] *Idem, ibidem*, p. 67.

Complementa LÍDIA PRADO que a natureza normativa, embora básica para marcar a autonomia epistemológica do direito, não esgota o complexo mundo jurídico:

> (...) Além de ser examinado sob o enfoque normativo, entende-se que o direito deve ser tratado numa perspectiva valorativa e numa dimensão fática, para cuja compreensão são úteis as disciplinas citadas [sociologia, política, economia e antropologia], inclusive a psicologia.[434]

No mesmo sentido, ao tratar da subjetividade do conhecimento judicial, FERRAJOLI frisou que o Juiz, "por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores éticos-políticos"[435].

Pois bem. A atividade de aplicação do direito pelo Juiz, segundo HERKENHOFF, deve obedecer a três perspectivas: axiológica, fenomenológica e sociológico-política[436].

Através da primeira delas, o Juiz ajustaria a lei a seus valores, sua consciência e seu mundo. Essa perspectiva, segundo o autor, rechaça a ideia de que os valores do Juiz resumem-se à lei, e somente à lei ele deve se ater. A partir das constatações de que (I) o Magistrado é portador de valores, e suas sentenças são impregnadas de conteúdo valorativo; (II) os critérios axiológicos acompanham o seu ofício e (III) a sentença judicial, em qualquer situação, tem conteúdo político; chega-se, também, a conclusões de que (IV) é falsa a ideia de que quanto mais se busca penetrar na inteligência da norma, mas o Juiz foge de um julgamento subjetivo, pois a fixação na norma também é um posicionamento conservador (portanto subjetivo) por parte do mesmo operador do direito e (V) o Juiz, quando aprisionado à lei, acaba servindo às forças da conservação e estabilização das relações sociais, já que as mudanças sociais todas antecedem as leis[437]. HERKENHOFF alega, assim, que a aplicação axiológica do direito, pelo Juiz, é inevitável e pode se fazer humana e socialmente útil.

Nesse raciocínio, complementa o referido autor que a aplicação axiológica do direito não nega que o Juiz deve manter-se dentro do sistema jurídico, já que desapareceria o mínimo de segurança jurídica se cada julgador pudesse, "a seu talante", agir como legislador, situação que representaria o regime da arbitrariedade judicial. O que se afirma é "uma grande cota de arbítrio" ao Juiz, enquanto a norma seria a linha de referência, o núcleo central do

---

[434] PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas, SP: Millenium, 2005, p. 24.
[435] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2ª edição. São Paulo: RT, 2006, p. 58.
[436] HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.
[437] *Idem, ibidem*, p. 82-83.

ordenamento jurídico, considerado como "matéria-prima do labor sistematizador do cientista do direito"[438].

Em conclusão, esclarece HERKENHOFF que em nenhuma hipótese estará o julgador obrigado a sentenciar conforme a norma, ainda que isso lhe causasse "drama íntimo", pois há sempre recursos para que o mesmo, sem se afastar do sistema jurídico, "sentencie em paz de consciência usando, com criatividade, sua cota de arbítrio e seu poder jurisdicional em homenagem à primazia dos valores humanos, que lhe cabe preservar."[439]

A aplicação do direito em uma perspectiva fenomenológica tenta compreender o homem a partir de sua condição humana, comprometida com uma situação não escolhida, a qual ele foi submetido. Ao interrogar o acusado, o Juiz deve pesquisar sua vida, seu mundo, suas circunstâncias, compreender seu ato à luz de seus valores, descer às motivações do réu, e, somente assim, ingressará no campo fenomenal, já que "uma justiça que pretenda servir ao homem, e não esmagá-lo, que pretenda libertar, que se negue a sustentar privilégios, terá de penetrar no campo fenomenal", e "só o Juiz, assumindo uma perspectiva fenomenológica, pode vencer a insensibilidade da lei" [440].

Assim, se um indivíduo que vai ser julgado furtou o toca-fitas de um carro, quebrando o vidro do veículo, e o Magistrado enquadra sua conduta no Código Penal brasileiro (art. 155, §4º, I do CP), o estará observando sob a descrição da lei: não houve ingresso no campo fenomenal. Mas, se ao interrogar o acusado, o Juiz procura pesquisar sua vida, seu mundo, suas circunstâncias, e busca, a partir dessas informações, compreender o ato praticado, descendo às motivações do acusado, estará entrando no campo fenomenal[441]:

> O indivíduo que está sendo julgado é uma matriz de percepções e sentimentos: o julgador vê os motivos que operam nele.
> (...)
> O toca-fitas que, legalmente, foi furtado, fenomenologicamente pode pertencer ao menino rico, sem carinho, ou ao menino pobre, agredido pela publicidade comercial. Num caso ou no outro, a conduta praticada não encontra correspondência com aquela friamente descrita pela lei.

Não pode passar despercebida a semelhança do exemplo trazido pela doutrina de HERKENHOFF para definir a necessidade de análise do contexto no qual se insere o fato e

---

[438] HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 93-94.
[439] *Idem, ibidem*, p. 93/94.
[440] *Idem, ibidem*, p. 162.
[441] *Idem, ibidem*, p. 92.

seu autor, com as explicações de FRANK[442] acerca das circunstâncias concomitantes ao fato, no exemplo do caixeiro viajante e do portador de valores que cometem o mesmo delito, mas cada um é movido por circunstâncias diferentes.

Ora, o campo fenomenal de HERKENHOFF autoriza o Juiz a, no julgamento da causa, voltar-se a todas as condições que permeiam o fato julgado, dentre elas a situação do acusado, seus anseios, sua condição de vida, seu passado, buscando a compreensão para sua conduta antijurídica e a motivação do impulso da ação. Tal aproximação do Magistrado com o fato imputado relaciona-se à análise do delito como um todo, inserido que está no contexto fático e social apresentado à análise judicial e, por isso, apresenta os mesmos fundamentos da laboração da reprovação inerente à configuração da culpabilidade.

O conjunto de elementos fáticos e sociais no qual se insere o ato típico e antijurídico seriam as circunstâncias concomitantes aludidas por FRANK, representativas da necessidade de se analisar o fato conjugado a outros fatores, que poderiam não só diminuir, mas excluir a culpabilidade, determinando o grau de culpabilidade e de exigibilidade da conduta pelo direito.

Tanto que, ao exemplificar sua tese, FRANK alude à menor culpabilidade do caixeiro viajante que cometeu o crime de apropriação de bens alheios, quando comparada com a culpabilidade do portador de valores que cometeu o mesmo delito. Isso porque, o primeiro (caixeiro), ao contrário do segundo, encontrava-se em graves dificuldades financeiras e a sua esposa encontrava-se doente, carecendo de cuidados, fato a ser levado em conta quando da medição da sua culpabilidade. Os fatos e circunstâncias que circundam o delito – dentre eles a análise da vida do agente, seu mundo, sua motivação e suas necessidades, que correspondem ao campo fenomenal tratado por HERKENHOFF – não poderiam ser ignorados quando da apreciação da culpabilidade.

Através da terceira perspectiva (sociológico-política), considera-se que o Juiz atua não apenas no subsistema jurídico, mas de forma mais ampla, no sistema social. Ou a aplicação do direito será uma aplicação sociológica e política, "ou será uma aplicação extremamente nociva ao homem julgado e à comunidade regida por tal jurisdição"[443].

Isso porque, a aplicação sociológico-política do direito pressupõe uma interpretação também sociológico-política da norma que regerá o caso concreto. A

---

[442] FRANK, Reinhart. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. 2ª edição. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 28.
[443] HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 162.

interpretação abstrata da norma não pode se igualada à interpretação do fato concreto, que envolve o homem e a dramaticidade da vida, à luz da norma e das diretrizes do sistema legal. Em face ao caso concreto, a aplicação da lei deve fazer frente a diversos fatores, tais como o atendimento das demandas sociais de justiça, o desafio de ajustar a lei à justiça, a mutação social, o surgimento de novas necessidades humanas, a conveniência de adaptar a lei à realidade local e à sua pauta de valores, etc[444].

As observações acima delineadas conduzem à aceitação da liberdade judicial na adoção das causas supralegais, já que calcada não apenas na busca dos ideais de justiça, mas na análise concreta do fato, das circunstâncias a ele concomitantes (sejam culturais, sociais ou simplesmente acidentais) e das particularidades relacionadas ao autor da conduta (perspectiva fenomenológica).

A aplicação da lei pura e desprovida da valoração e individualização do caso concreto limita o poder criador do Magistrado, contrastando com a mutabilidade e dinamismo do direito.

Por outro lado, enxergar a atividade jurisdicional mais próxima do réu, na qual o Juiz coloca-se no lugar do sentenciado (tal como vislumbrou REALE) e é visto como pessoa inserida no contexto social e por ele influenciado, assegura ao Magistrado a liberdade de arbitrar a solução do caso conforme as circunstâncias a ele (ao fato) inerentes – e não simplesmente conforme a norma –, possibilitando a eleição de medidas extra ou supralegais, mas que representem a busca pela solução mais adequada.

Nota-se hoje na filosofia do direito uma postura de moderação, na qual se abandonou o método de aplicação das leis abstratas de forma automática e passou-se a ver o Juiz (e suas decisões) como inserido no contexto da realidade. É nesse contexto que se afirma que a restrição do direito à norma, seja de caráter abstrato ou geral, não consegue conviver com a nova ideia de justiça, pois essa implicaria na grande confiança no poder criativo do julgador de quem se espera uma "sensibilidade muito refinada" para lidar com as constantes mudanças do contexto social[445].

Dentro dessa nova visão do direito, passou-se a admitir a aplicação de raciocínios baseados em contextos extralegais[446]na persecução da solução justa, seja de forma direta e

---

[444] HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101.
[445] PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas, SP: Millenium, 2005, p. 93.
[446] Quando se refere a possibilidade de decisão supralegal no direito penal, tenha-se em mente que tal possibilidade cinge-se ao beneficiamento do réu, nunca contra seus interesses.

expressa, seja de forma indireta, na qual se dá ao dispositivo legal interpretação distinta daquela já abalizada pela doutrina e jurisprudência. No caso da inexigibilidade de conduta diversa, a aceitação pelos Tribunais dessas causas supralegais demonstra a relativização da postura positivista e racionalista do passado, dando lugar a um novo contexto permissivo do crescimento da intuição do Magistrado e, em consequência, da maior liberdade do julgador através de seu poder criativo.

É a sensibilidade do Juiz que vai determinar as mudanças nas diretrizes de prestação jurisdicional, que busca agora não só a aplicação da lei, mas o contexto da melhor solução para as importantes questões levadas ao judiciário. Assim, a motivação da decisão, como formalidade exigida para redução do raciocínio jurídico do Magistrado a sua forma concreta, demonstrável, deixa de se fazer obrigatoriamente submissa à legislação posta para ganhar contornos de subordinação e obediência a sentimentos como o de justiça.

Em consequência, tem-se que o fato de a decisão judicial ser adotada sob critérios de supralegalidade, afastando-se da rigidez das normas postas, não a torna desfundamentada do ponto de vista da necessidade de justificação e motivação do raciocínio do julgador. Na realidade, os novos parâmetros que dão o pano de fundo à atividade de julgar como poder criador, incluindo-se as influências valorativas que incidem diretamente sob o julgador, advindas da psicologia, sociologia, política e etc., deram causa à significativas mudanças na ideia de neutralidade, permitindo ao Juiz não apenas afastar a aplicação fria da letra da lei, mas julgar contra a lei, quando em favor do réu.

No direito penal, essas ideias ganham ainda mais força por estarem autorizadas pela relativização do princípio da reserva legal em benefício do réu e pelas características próprias do princípio da culpabilidade. Dá-se, assim, maior espaço à atuação do Juiz como criador do direito e próximo à realidade das partes, dos fatos e de todas as circunstâncias a ele relativas, para a busca da decisão mais justa e adequada. Essa nova visão da aplicação do direito fornece as condições necessárias à adoção das causas supralegais de não exigibilidade de conduta diversa.

3.2 Da análise jurisprudencial no Brasil.

A análise jurisprudencial do trabalho, abordando julgados brasileiros que afastaram a culpabilidade através da adoção da tese de inexigibilidade supralegal, é divida em duas partes. Na primeira, a escolha dos precedentes tem por intuito comparar a solução

encontrada pela jurisprudência com os modelos de causas supralegais pré-fixados pela doutrina, analisando se existe o ajustamento entre ambos.

Como se sabe, o assunto foi pouco tratado pelos Tribunais superiores[447], embora devam existir, em maior número, decisões monocráticas e dos Tribunais estaduais reconhecendo a excludente supralegal. Dada a impossibilidade de exaurimento do tema através da busca em todos os Tribunais brasileiros e varas criminais, até porque alguns desses julgados estaduais já se encontram, há muito tempo, em arquivos públicos e não estão, em razão da suas datas, disponibilizados na *internet*, escolheu-se comentar os julgados obtidos através de duas fontes, quais sejam (I) aqueles oriundos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cujos inteiros teores se encontram acessíveis, independentemente da data de julgamento, e (II) aqueles já comentados pela doutrina em artigos e livros relacionados ao tema, bem como julgados que criaram jurisprudência acerca de um determinado tema específico, ganhando notoriedade pública, a exemplo do que ocorreu nas acusações de não recolhimento de contribuições previdenciárias e de falsidade de passaporte para ingressar nos Estados Unidos.

É digno de nota a impossibilidade de repetição, aqui, dos comentários doutrinários acerca dos julgados obtidos através do item II, uma vez que a abordagem ora apresentada – de comparação com os 04 (quatro) modelos doutrinários apresentados – não se encontra registrada na doutrina pesquisada.

Deve-se registrar, também, a desnecessidade de exaurimento de todos os julgados, uma vez que o intuito inicial – buscar precedentes que já não se mostrem em conformidade com os modelos doutrinários pré-fixados, para testar a eficácia desses modelos – legitimou a escolha de julgados pontuais, dentre a jurisprudência analisada. Portanto, tratou-se de pesquisa meramente retórica, sem o intuito de identificar todos os julgados sobre o assunto.

Assim, nessa primeira análise, busca-se demonstrar que, muito embora a tentativa de identificação das causas supralegais na doutrina brasileira (e sua redução em fórmulas) seja recente, ela já não contempla julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo datados do final da década de 80 do século passado, bem como não contempla decisão relativamente recente (datada do ano de 2007) do Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº. 460.880-4/RS, de onde se conclui a falibilidade dos 04 (quatro) modelos

[447] Até mesmo pela impossibilidade de reexame da matéria fática pelos Tribunais superiores, em razão da proibição das súmulas 07/STJ e 279/STF.

trazidos pela doutrina brasileira (CIRINO DOS SANTOS), firmados com base nas discussões da recente doutrina europeia de ROXIN e MUÑOZ CONDE.

No Superior Tribunal de Justiça, embora 113 (cento e treze) julgados[448] já tenham feito referência à expressão "inexigibilidade de conduta diversa", apenas 11 (onze) acórdãos conjugam a matéria com a possibilidade de absolvição, e, desses, nenhum adentra no exame fático para adotar a não exigibilidade na hipótese concreta. A dificuldade de encontrar o exame do assunto voltado a um caso concreto no STJ se dá ante o fato de tratar-se de um Tribunal que tem como foco a tutela da lei federal, sendo-lhe vedado o pleito de revolvimento da matéria fática dos autos, a teor da proibição da Súmula 07/STJ[449], bem como da inviabilidade de análise de prova na via estreita do *Habeas Corpus*[450]. Assim, as alegações de mérito afetas ao caso concreto, como é o caso da arguição da excludente da culpabilidade, não seriam, a rigor (com exceção dos poucos casos tratados em sede de ação penal originária), analisadas pelos Tribunais superiores (ao STF aplica-se o mesmo raciocínio, de vedação ao reexame de prova em recurso extraordinário, desta vez por força da súmula 279/STF[451]). É de se registrar, no entanto, que ambos os Tribunais referidos já admitem a possibilidade de absolvição do acusado pela verificação da inexigibilidade como dirimente supralegal, fato constatado através de julgados que, embora não analisem o mérito da acusação, garantem hoje a possibilidade de quesitação da tese aos jurados no Tribunal do júri[452].

Observe-se que, no ano de 1988, a orientação do Supremo Tribunal Federal se caracterizava pela inadmissão no sistema jurídico brasileiro da teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade, defendendo ser correta, na formulação de quesitação do júri, a alusão ao estado de necessidade e não à inexigibilidade de conduta

---

[448] Pesquisa atualizada até novembro/2011.

[449] Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". A título exemplificativo, tem-se o entendimento jurisprudencial: "(...) Para que reste configurada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade do omitente, que não faz o recolhimento em decorrência de problemas econômicos ou financeiros, é necessário que o julgador vislumbre a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cujo reexame seria inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe o enunciado sumular nº. 7 do Superior Tribunal de Justiça" (STJ - RESP 761.907 / MG).

[450] A título exemplificativo: "(...) A existência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é questão que só poderá ser resolvida por meio de regular instrução criminal, observados o contraditório e a ampla defesa, à luz do contexto probatório dos autos, providência esta incabível na via estreita do *habeas-corpus*" (RHC 9196 / RS).

[451] Súmula 279/STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

[452] Nesse sentido, no STJ: "(...) Esta Corte firmou entendimento no sentido da possibilidade de quesito referente à causa supralegal de excludente de culpabilidade, desde que apresentada pela defesa nos debates perante o Tribunal do Júri." (RESP 509766/RS), e "(...) Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal" (HC 12917/RJ).

diversa (HC 66.192/MS)[453]. Importante frisar, portanto, que todas as decisões do TACRIM/SP pesquisadas e abordadas na primeira análise jurisprudencial contrariavam a orientação do STF, e somente após a famosa decisão do STJ no recurso especial nº. 2492/RS, datada do ano de 1990 e da qual foi relator o Min. ASSIS TOLEDO, os Tribunais passaram a acatar a tese com maior liberdade.

Ainda na primeira abordagem, tratou-se de um dos poucos precedentes do Supremo Tribunal Federal que chega a empreender análise de mérito sobre o assunto, já que, dos 15 (quinze) julgados apontados na pesquisa jurisprudencial[454], 05 (cinco) não abordam o mérito da acusação, em razão da já mencionada proibição de análise fática (seja através da súmula 279/STF, seja através da impossibilidade de aprofundamento da matéria em sede de *Habeas Corpus*), outros 06 (seis) não se referem especificamente ao tema, 02 (dois) afastam a tese por tê-la inaplicável ao caso concreto, sem empreender discussão acerca do assunto, e apenas 02 (dois), os mais antigos, analisam a possibilidade concreta de aplicação da inexigibilidade de conduta. Desses dois, apenas um (HC 69.614/SP) admite a possibilidade de inexigibilidade supralegal, afastando, porém, sua aplicação no caso concreto. O último acórdão (HC 66.192/MS) trata-se do primeiro julgado do STF que aborda diretamente a possibilidade de adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, quando ainda não se admitia a possibilidade de indagar-se, no Tribunal do júri, acerca da tese de inexigibilidade supralegal.

Não se pode deixar de fazer referência, contudo, ao "Recurso Ordinário Criminal" número 1.162-Guanabara, datado de 26.11.1974, o qual foi recentemente (em janeiro de 2012) digitalizado e lançado nos arquivos do sítio do STF, possibilitando-nos o acesso ao inteiro teor do mesmo.

Por fim, embora o acórdão do recurso extraordinário nº. 460.880-4/RS não tenha aparecido na procura informatizada sobre o tema – por não se fazer menção ao assunto na ementa e acórdão do julgado[455]–, da análise do seu inteiro teor vê-se que o voto do Relator é pautado pelo reconhecimento de situação de inexigibilidade de conduta diversa, o que o tornou relevante para comentários.

---

[453] HC 66.192/MS, Rel. Moreira Alves, DJ. 25.11.1988. Inteiro teor do acórdão colacionado nos Anexos, Acórdão I.

[454] Pesquisa atualizada até novembro de 2011, utilizando-se, na indexação das palavras comentadas em julgamento, a busca pelas expressões "exigibilidade de conduta diversa" ou "inexigibilidade de conduta diversa".

[455] Acórdão localizado através de pesquisa doutrinária, por ter sido apontado no artigo ARAÚJO, Karina Silva de. Inviolabilidade noturna de domicílio e inexigibilidade de conduta diversa, *In* **DE JURE**, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, número 09, julho/dezembro de 2007. p. 146-149.

Nos Tribunais Regionais Federais, a última década mostrou uma grande incidência de julgados que reconhecem a inexigibilidade de conduta diversa na apuração da conduta do artigo 168-A do Código Penal brasileiro (não recolhimento de contribuições previdenciárias), dando conta do conflito de dever, do empresário, entre o pagamento da contribuição previdenciária e de outras despesas cujo inadimplemento importassem no encerramento das atividades da empresa[456]. Como já demonstrado, tais hipóteses se enquadram perfeitamente no modelo supralegal intitulado "conflito de deveres", motivo pelo qual esses precedentes não serão mais abordados na primeira análise jurisprudencial empreendida.

Pois bem. A segunda análise jurisprudencial tem por objeto a observação das justificativas dos Magistrados quando optam pela eleição da excludente supralegal em comento. Desta vez, buscou-se comentar se o julgador brasileiro tem ou não se preocupado com a justificativa de sua decisão, quando a mesma baseia-se na hipótese supralegal em discussão.

As fontes de pesquisa dos precedentes jurisprudenciais são as mesmas utilizadas na primeira análise (jurisprudência dos Tribunais superiores que mencionam o tema e julgados comentados pela doutrina), acrescida da pesquisa nos arquivos digitais dos cinco Tribunais regionais federais, bem como do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, escolhido por ter sido o que mais apresentou referências ao tema, nas pesquisas realizadas.

Obviamente, o resultado encontrado demonstrou farto material para análise, quando comparado à jurisprudência dos Tribunais superiores.

---

[456] É de conhecimento notório a tendência jurisprudencial brasileira em acatar a tese de não exigibilidade de conduta diversa no caso de restarem cabalmente comprovadas as dificuldades financeiras da empresa como motivação ao não recolhimento de contribuições previdenciárias dos funcionários, afastando a incidência, por parte do empresário, no tipo penal do art. 168-A do Código Penal. Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, citam-se as referências de alguns julgados mais recentes dos cinco Tribunais regionais federais, competentes à análise desse crime federal: **TRF DA 1º REGIÃO:** (I) ACR - 200433000057083, Quarta Turma, e-djf1 data: 29/09/2009 pagina:512; (II) ACR - 200138000341643, Quarta Turma, e-djf1 data:02/06/2009 pagina:234; (III) ACR - 199841000005012, Quarta Turma, DJ data:19/01/2006 pág:18; **TRF DA 2ª REGIÃO**: (I) ACR 6812, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R – Data:03/03/2011 – p.:211/212; (II) ACR - 7893, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R - Data:21/09/2010 - pág:103; (III) ACR -7189, Segunda Turma Especializada, E-DJF2R - Data::10/08/2010 - pág:236/237; **TRF DA 3ª REGIÃO**: (I) ACR - 35229, Segunda Turma, DJF3 CJ1 data:18/11/2010 pág: 399; (II) ACR– 39416, Primeira Turma, DJF3 CJ1 data:08/10/2010 p.: 202; (III) ACR – 36803, Primeira Turma, DJF3 CJ1 data: 24/06/2010 p.: 15; **TRF DA 4ª. REGIÃO**: (I) ACR 200871160001368, Oitava Turma, D.E. 06/05/2009, (II) ACR 200571160037258, Sétima Turma, D.E. 24/09/2008; (III) ACR 200571080036146, Sétima Turma, D.E. 28/11/2007; **TRF DA 5ª REGIÃO:** (I) ACR - 6683, Segunda Turma, DJE - Data:27/01/2011 – P.:364; (II) ACR 6948, Segunda Turma, DJE - Data:17/02/2011 - Pág:305; (III) ACR 5951, Primeira Turma, DJE - Data:25/11/2010 - Pág:352.

O critério de escolha dos precedentes a serem comentados, dentre os encontrados, se deu através da busca daqueles que procuravam, ainda que de forma incipiente ou tímida, motivar a decisão pela adoção de causas supralegais. Foram excluídos, inicialmente, os julgados que descartavam a aplicação da excludente de culpabilidade para aquele caso concreto e, em seguida, aqueles que a acatavam sem a preocupação de justificar o método de elaboração da decisão penal, ao suprirem a ausência de norma por uma causa supralegal.

Constatou-se que a grande maioria dos julgados que absolviam o acusado pela incidência da inexigibilidade de conduta diversa supralegal preocupava-se apenas em motivar sua decisão junto ao caso concreto, relacionando as circunstâncias do fato imputado com a impossibilidade de exigir-se do agente conduta conforme a norma, e limitando-se a ter como admitida, na doutrina e jurisprudência brasileiras, a inexigibilidade supralegal. Olvidavam, portanto, das justificativas com relação ao fato de estarem decidindo de forma estranha à lei, através de processo de criação judicial do direito. Em consequência, foram separados, para comentários, os julgados que mais se preocupavam com tal processo de decisão.

Assim, verificou-se, nas decisões escolhidas, que os Magistrados procuraram ancorar suas decisões nos posicionamentos da doutrina brasileira de ASSIS TOLEDO, ANÍBAL BRUNO, DAMÁSIO DE JESUS, FREDERICO MARQUES, ALBERTO SILVA FRANCO e, até mesmo, HELENO FRAGOSO e NELSON HUNGRIA (esse dois últimos quando a decisão se mostrava contrária à admissão das causas supralegais). Quanto à doutrina estrangeira, verificou-se (em raríssimas ocasiões) citações indiretas de FRANK e GOLDSMITH. A quase totalidade dos julgados que se preocupava em empreender tais justificativas faziam referências ao recurso especial nº. 2.492/RS, do qual foi Ministro ASSIS TOLEDO.

Passa-se à análise dos precedentes jurisprudenciais selecionados.

3.2.1 Primeira análise jurisprudencial. A falibilidade dos modelos de não exigibilidade supralegal apresentados pela doutrina brasileira: verificação de julgados brasileiros que já não se enquadram às quatro hipóteses discutidas.

ASSIS TOLEDO já trouxera, em sua obra datada de 1994, a previsão do reconhecimento da inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça através do recurso especial nº. 2492/RS, o

qual reconhecia a possibilidade de sustentar-se a tese em julgamento pelo júri, devendo os quesitos sobre o assunto serem endereçados aos jurados[457].

No mesmo ano de 1994, em revista do Ministério Público de Minas Gerais, a doutrina de WANDERLEY ANDRADE atentava para a relutância da magistratura brasileira em adotar a tese da não exigibilidade supralegal, com receio de que "se introduza na muralha do direito positivo uma brecha inconveniente, por onde venham a escapar da merecida punição os acusados que não se enquadrem, rigorosamente, nas excepcionalidades a que se refere a teoria da inexigibilidade"[458]. No entanto, o referido artigo trouxe à análise, além do julgado já mencionado, da lavra do egrégio STJ, a jurisprudência dos extintos Tribunais de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (TACRIM/SP), consubstanciada em 04 decisões anteriores à do STJ, oriundas do referido Tribunal paulista e datadas dos anos de 1988, 1989 e 1990[459].

A primeira decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo versava acerca da conduta de um motorista que acionara o seu veículo contra uma multidão de "bêbados e drogados", que comemoravam uma vitória esportiva e praticavam atos de vandalismo contra o veículo. O Tribunal entendeu que não poderia condenar o motorista, mormente porque se encontravam no veículo a sua esposa e filhos menores, pretendendo o mesmo, ao praticar a lesão corporal culposa, sair daquele local conturbado (apelação nº. 488.605/7)[460]. A inexigibilidade supralegal, no caso analisado, poderia ser classificada como estado de necessidade exculpante, tendo-se uma situação de perigo atual, provocada pela multidão, se entender-se que os atos representativos da manifestação da multidão não sejam ilícitos[461]. O caso, assim, poderia caracterizar "conflito de deveres", pois, embora o agente tenha eleito o sacrifício de bem de maior valor (praticando lesão corporal na direção de veículo) para

---

[457] STJ - RESP 2492-RS, Rel. Min. ASIS TOLEDO, d.j. 06.08.1990. Inteiro teor do acórdão colacionado nos documentos anexos.

[458] WANDERLEY ANDRADE. A inexigibilidade de outra conduta como causa excludente de culpabilidade. **Revista JUS**, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Vol. 17, ano 1994, p. 381-407.

[459] *Ibidem*, p. 388-390. Deixou-se de citar outras três decisões trazidas no referido artigo, que, embora tragam a expressão "inexigibilidade de outra conduta", referem-se, na verdade, ao afastamento da tipicidade e da ilicitude.

[460] Apelação n. 488.605/7, 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, oriundo da comarca de Jaú/SP, julgado em 02.03.1998. Revista Julgados do TACrim – SP v. 4, p. 110.

[461] Para BITENCOURT, é indiferente que a situação de perigo tenha sido causada por conduta humana ou decorra de fato natural (**Manual de Direito Penal**. Parte geral. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 255). Já BRANDÃO, registra que o perigo atual pode ser originado de várias formas, como força da natureza, de ataques de animais, de ação humana lícita e movimentos humanos reflexos nos quais não exista intervenção da vontade. (**Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 111). Não se admite, pois, que a ação humana ilícita possa ensejar o perigo atual de que fala o art. 24 do CP.

proteger-se de danos ao seu veículo e possibilidade de risco à saúde de sua família, era inexigível pelo direito que assim não agisse. Em não se admitindo que os atos da multidão pudessem ensejar o quadro de estado de necessidade, a hipótese torna-se sem enquadramento nos modelos estudados.

Em continuidade, têm-se os julgados da apelação nº. 546.343/9, que absolveu a mulher que agrediu o marido diante da humilhação que este a fez passar[462], e do acórdão 535181-9, do mesmo TACRIM/SP, que, no ano de 1989, já previa a tese de inexigibilidade de conduta diversa por dificuldades financeiras, absolvendo-se de crime contra a economia popular um agente que praticou o fato em época de "imposições e pressões criadas por uma terrível crise econômica, geradora de certas distorções e anormalidades incontornáveis"[463].

Antes de comentar ambos os julgados, contudo, urge tomar-se para análise o recurso extraordinário nº. 460.880-4/RS, datado do ano de 2007[464], julgado no Supremo Tribunal Federal, o qual tratava da prática do crime de resistência contra a tentativa de um oficial de justiça que, no exercício de seu mister, pretendia intimar a esposa enferma do acusado em um sábado à noite, adentrando na residência do mesmo. O referido oficial dispunha de mandado judicial que autorizava, expressamente, o cumprimento da referida ordem até mesmo em dia de domingo, e em horário diverso daquele estabelecido na legislação. Julgando o feito, o STF entendeu que o caso deveria ser apreciado tendo como plano secundário a defesa do próprio domicílio. Assim, teve como caracterizada a ofensa ao preceito da Constituição Federal que tutela a inviolabilidade noturna do domicílio, pouco importando, nesse caso, a existência de ordem judicial que assim o autorizasse. Tendo por violado o inciso XI do art. 5º da CF/88, o qual reza que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar senão com o consentimento do morador – salvo em flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, com mandado judicial –, entenderam os Ministros do STF que não se podia exigir do agente outra conduta que não a de resistência à tentativa de intimação de sua esposa. Tal comportamento

---

[462] Acórdão do TACRIM/SP – Revista Julgados do TACrim, v. 4, p.113, julgado pela 5ª Câmara Criminal em 09.08.1989, Cf. WANDERLEY ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 388-390.

[463] Revista dos julgados do TACrim, v. 3, p.106, em 20.04.1989, Cf. WANDERLEY ANDRADE. A inexigibilidade de outra conduta como causa excludente de culpabilidade. **Revista JUS**, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Vol. 17, ano 1994, p. 388.

[464] Inteiro teor da ementa, acórdão e votos encontram-se nos documentos em anexo, Acórdão III.

desconforme à norma nada mais seria do que a defesa do seu direito ao asilo inviolável abalizado pela Constituição Federal[465].

Tendo-se por base essa decisão, já se percebe a dificuldade de enquadrá-la nas quatro fórmulas apresentadas na doutrina brasileira. Ora, refutando-se de antemão a provocação de legítima defesa e o fato de consciência, por totalmente inaplicáveis, impende constatar da impossibilidade de enquadramento do caso no modelo de desobediência civil (embora o crime de resistência possa se caracterizar como uma desobediência, com o acréscimo de violência ou ameaça), já que se exige, para esse último, a defesa de interesses de uma coletividade. Ainda, tampouco se pode dizer que o caso em epígrafe relacionar-se-ia à classificação de conflito de deveres, já que não são apresentadas ao agente as duas situações que representem a colisão de obrigações, e o fato de um oficial de justiça pretender adentrar da residência de um cidadão, ainda que em horário e dia inoportunos, não autorizaria a caracterização de estado de necessidade, a legitimar a ponderação de bens inerente ao estado de necessidade exculpante. Ante o exposto, pode-se constatar que o referido julgado não se coaduna com as quatro hipóteses catalogadas pela doutrina brasileira.

Vê-se, no entanto, que a ponderação de direitos analisada pelo Supremo Tribunal Federal – entre o exercício profissional do oficial de justiça e exercício do direito de ter sua residência imaculada senão nas hipóteses constitucionalmente previstas – demonstra que o exercício da atividade do oficial de justiça, da forma na qual se restou apresentado, afrontava importante garantia constitucionalmente assegurada, relacionada a um dos mais comezinhos direitos do cidadão, o do resguardo de seu domicílio, diretamente vinculado à obrigação do poder público em respeitá-lo. Assim, embora ausente o enquadramento nos quatro modelos brasileiros de redução das causas de supralegalidade, insta observar que o resultado do julgamento se encaixaria no raciocínio formulado no segundo nível do reconhecimento da inexigibilidade supralegal formulado por DE LA CUESTA AGUADO, para o qual o *ius puniendi* não poderia exigir condutas que significassem o desprezo dos direitos da pessoa humana.

[465] É possível defender que a conduta do agente, nesse caso, estaria acobertada pela legítima defesa do seu domicílio como causa excludente de antijuridicidade. É digno de nota, no entanto, que como o Supremo Tribunal Federal classificou a hipótese como inexigibilidade de conduta diversa, preferindo afastar a culpabilidade, e, ainda, dada a dificuldade de se reputar como "injusta agressão" a ação do oficial de justiça acobertada por mandado judicial (que se caracteriza, naquele momento, como "ordem legal", ainda que posteriormente verificada sua inconstitucionalidade), preferiu-se desposar do entendimento do STF, dando continuidade ao raciocínio de enquadramento da hipótese nos modelos de causas supralegais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Em conclusão, a lacuna deixada pelas hipóteses já formuladas seria preenchida pela solução dada pela autora espanhola.

A mesma solução entende-se conveniente ao caso já referido acima, do julgado do TACRIM/SP, o qual absolveu a mulher que agrediu o marido diante da humilhação que o mesmo a fez passar (apelação 546.343/9, trazida pela doutrina de WANDERLEY ANDRADE). Vendo-se atingida em sua honra e considerando o aviltamento de seu decoro (o que atinge sua dignidade como pessoa), a mulher foi instada ao revide, sem que a hipótese pudesse se classificar como legítima defesa, dada a não atualidade da agressão injusta. Também não haveria conflito de bens, não se falando em estado de necessidade exculpante, nem fato de consciência, provocação de legítima defesa ou desobediência civil. A classificação do segundo nível de DE LA CUESTA AGUADO daria a solução ao caso, que se assemelha, aliás, ao comentado julgado da siciliana que, seguindo os costumes de sua comunidade, resolveu pôr termo à vida de seus tios que a tinham submetido a graves constrangimentos.

Outra situação também deve ser trazida à baila para discussão ainda quanto à falibilidade dos modelos apresentados pela doutrina brasileira. É o caso de crimes patrimoniais praticados por pessoas submetidas à situação de miserabilidade ou outro infortúnio, e que não encontraram no Estado o apoio necessário ao sustento próprio ou de sua família (emprego, educação básica e atendimento médico).

Ao tratar de conflito de deveres, CIRINO DOS SANTOS, no que é apoiado pela doutrina de ARIEL DOTTI, registra que "situações de conflito de deveres ainda mais relevantes são comuns no contexto de condições sociais adversas", relativas a crimes patrimoniais relacionados à preservação de valores e da sobrevivência própria e familiar: "quando condições de existência social adversas deixam de ser a exceção transitória para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas, então o crime pode constituir *resposta normal* de sujeitos em *situação social anormal*"[466]. Tratar-se-iam de crimes patrimoniais cometidos por pessoas marginalizadas que tiveram frustradas as suas tentativas de obter espaço no mercado de trabalho, e assim agiam para impedir a desintegração de suas famílias, a prostituição de suas filhas, a inserção de seus filhos no mundo do crime, etc.

---

[466] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 2ª ed. Curitiba: ICPC Editora Lúmen Iuris, 2007, p. 341-342.

Aduz o autor que, nessas condições, “os critérios normais de valoração do comportamento individual devem mudar”, para utilizar-se de “pautas excepcionais de inexigibilidade” a fundamentar hipóteses supralegais de exculpação por conflito de deveres[467].

A doutrina de DOTTI comunga da mesma opinião, afirmando tratar-se da tese da coculpabilidade do Estado, que, ao deixar de cumprir os deveres essenciais de assistência aos necessitados, acabou por renunciar ao dever de punição[468].

É certo que a jurisprudência já afastou a culpabilidade do agente quando se trata de crime famélico. Não se admite, no entanto, o êxito da referida tese defensiva quando se alega meras dificuldades financeiras ou desemprego, entendendo os Tribunais superiores que deve restar comprovada, para tal, a situação extremada de penúria[469]. Tem-se que, no direito brasileiro, a tese da coculpabilidade do Estado não encontra guarida na jurisprudência, na medida em que as alegações de desemprego e dificuldades financeiras não são aceitas como justificativas ao cometimento desses tipos de crimes.

Sem discutir o mérito e a razoabilidade dos argumentos invocados por CIRINO DOS SANTOS, entende-se, no entanto, que a hipótese não se enquadra na situação de “conflito de deveres”, tampouco em alguma das outras três situações delineadas (fato de consciência, desobediência civil ou provocação de legítima defesa), estando mais próxima do segundo nível proposto na classificação DE LA CUESTA AGUADO, o qual permite a exculpação de condutas que fossem reflexos da anterior infringência do princípio da dignidade da pessoa humana. Seriam, portanto, causas de exculpação supralegal por ausência de inexigibilidade de outra conduta – utilizando-se os mesmos fundamentos da existência de uma coculpabilidade estatal para despir o Estado do dever de exigir do agente conduta conforme a norma – **sem, contudo, verificar o enquadramento das hipóteses dentre a situação de conflito de deveres**, já que não se vislumbra, nesse caso, o conflito do agente na

---

[467] *Idem, ibidem,* p.342.

[468] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010, p. 515.

[469] A título meramente exemplificativo: PENAL - PROCESSUAL PENAL – (...) - COMETIMENTO DO DELITO EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS SUPORTADAS PELO RÉU NÃO COMPROVADAS (...). 4. (...) Não se tratou, pois, de crime famélico ou de situação extremada de penúria, a permitir a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, como invocado pela defesa. 6. Todavia, não se pode admitir que meras dificuldades financeiras ou mesmo o desemprego pelo qual, infelizmente, atravessam milhares de famílias brasileiras, justifiquem o cometimento de crimes e o descaso ao ordenamento jurídico. 7. Desnecessário tecer mais argumentos sobre os aspectos particulares da vida do réu acerca das alternativas viáveis de que poderia ter lançado mão, para fugir do alegado "estado de penúria e desespero" em que a defesa alega que se encontrava. Afastada a causa de exclusão de ilicitude arguida pelo réu. 8. (...) 24. Recurso da defesa parcialmente provido. Sentença mantida quanto ao mais. (TRF da 3ª Região – Quinta Turma - DJF3 CJ1 DATA:16/05/2011 pag. 780 ACR 200161190028718 – 30582 . Rel. JUIZA RAMZA TARTUCE. Data da decisão: 09/05/2011)

ponderação de bens, interesses ou deveres, mas o impulso ao descumprimento da norma ante um quadro de desestabilização familiar e financeira.

Dessa forma, afirma-se que a doutrina brasileira estaria dando à hipótese de conflito de deveres uma abrangência maior do que a mesma representa, para abarcar, em tal modelo, situações que não se amoldam à sua ideia central, qual seja, o conflito na ponderação de bens, deveres e interesses ao praticar a conduta.

Ora, ainda que se afirme que o crime mencionado fora cometido para salvaguardar direitos básicos do cidadão, a situação de adversidade anterior mais se amolda à motivação delitiva do que, propriamente, a um conflito do agente. Em outras palavras, uma eventual dúvida do agente entre cumprir a norma (e submeter-se às adversidades) ou descumpri-la, já jogaria por terra a alegação da não exigibilidade, demonstrando ser possível ao autor a resignação com sua situação (e busca de outras soluções), tanto que essa possibilidade foi por ele avaliada.

Acredita-se que, para a conduta apresentar uma carga valorativa tal que enseje seu enquadramento dentre os casos de não exigibilidade de conduta diversa, é certo que não deveria existir, na mente do autor, a possibilidade entre cumprir ou não cumprir a norma, mas, ao contrário, a sua escolha (contrária a norma) lhe pareceria a única solução viável, já que cumprir a lei representar-lhe-ia um heroico esforço. O impulso ao descumprimento da norma, no caso analisado, mesmo traduzido em consequência da grave situação de adversidade do agente, não poderia se relacionar ao conflito de deveres exemplificado pelo estado de necessidade exculpante, no qual a escolha submetida ao autor da conduta não é representada pela dúvida entre “cumprir ou descumprir” a norma, mas entre a prática de atos representados por dois deveres relevantes, relacionados a bens jurídicos diversos, sendo certo que cada um dos caminhos atingiria, de alguma forma, o bem jurídico relacionado ao outro (o que deveria ensejar a eleição do “mal menor” falado por WELZEL).

Não se está a negar, pois, que os atos praticados no contexto de situações de adversidade financeira possam vir a ensejar, em dado momento, o afastamento da culpabilidade pela não exigibilidade supralegal. Tal verificação, contudo, não pode ser tratada como exemplo inserido da categoria “conflito de deveres”, e não traz semelhança com os outros exemplos indicados pelo próprio CIRINO DOS SANTOS para o tema (a eutanásia de doentes mentais no regime nazista; o conflito enfrentado pelo maquinista da ferrovia que

desvia o trem de carga desgovernado; a escolha, pelo médico, de qual paciente receberá a última máscara cardiopulmonar do hospital).

Trata-se, portanto, de situação de não exigibilidade supralegal que não se alinha ao conflito de deveres, tampouco aos outros três modelos da doutrina brasileira, o que vem a demonstrar, mais uma vez, a fragilidade dessa classificação.

Já que se abordou a hipótese de dificuldades financeiras, interessante deixar consignado que a clássica tese da inexigibilidade de conduta diversa para justificar a falsificação de passaporte para ingressar nos Estados Unidos, alegando busca pela melhoria das condições de vida, também não se enquadra em nenhum dos modelos legais. Sobre o assunto, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, através dos julgados da Primeira Turma Especializada[470], vem afastando a culpabilidade nesses casos sob o argumento de que "o uso de documento falso com o claro objetivo de sair do país de origem para tentar a vida no exterior em melhores condições que as ali encontradas não legitima decreto condenatório", entendimento que ensejou inúmeros recursos sob esse fundamento, nos demais Tribunais federais. Em nenhuma outra turma, no entanto, a tese abordada ganhou tal notoriedade em prol dos argumentos defensivos, e o STJ já se firmou contrariamente ao tema[471].

De qualquer sorte, são válidos para esses precedentes os mesmos argumentos relacionados à Teoria da Coculpabildiade do Estado de CIRINO DOS SANTOS, e, mesmo se admitindo que as normas legais se tornem inexigíveis a ensejar a ausência de culpabilidade na falsificação e/ou o uso de passaporte falso, quando se consideram as melhores condições de vida do estrangeiro, é de se ter em mente que o agente não se via, no momento antecedente do crime, em hipótese de conflito de deveres, fato de consciência, desobediência civil ou excesso de legitima defesa. Aliás, as circunstâncias relacionadas à fraude no uso do passaporte – que implicam em razoável condição financeira para empreender viagens, manutenção no país estrangeiro e a motivação de ter um trabalho melhor remunerado (ganhando em moeda mais valorizada) – afastaria até mesmo a classificação de DE LA CUESTA AGUADO ao caso

[470] A referida Turma criminal vem reconhecendo, à unanimidade, a excludente de culpabilidade nesses casos. A título exemplificativo, apontam-se os mais recentes: (I) TRF 2, ACR 8257, Rel. Des. ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES; Primeira Turma Especializada, E-DJF2R - Data::21/01/2011 - Página::6/7 ; (II) TRF2, ACR 8304, Rel. Des. ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R - Data::21/01/2011 - Página::6; (III) TRF2, ACR 7161, Rel. Des. ABEL GOMES, Primeira Turma Especializada, E-DJF2R - Data::18/05/2010 - Página::77.

[471] O STJ analisou a matéria através dos recursos especiais nº. 335.072/RJ, nº. 518.635/RJ e nº. 628.688/RJ. Nos dois primeiros casos o acusado teria despendido alta quantia para pagamento do passaporte falso, o que lançava dúvidas acerca da alegada dificuldade financeira, tornando mais fácil o afastamento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, e no último, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva sem análise do mérito recursal.

concreto, porque não se há de admitir que o fato de "ser submetido" a residir no Brasil e, aqui, tentar a vida, por mais adversa que seja considerada a situação econômica do país, represente ofensa à dignidade da pessoa humana.

Da análise conjunta desses julgados, pode-se perceber que, na atualidade, os casos submetidos à apreciação judicial fogem dos escassos exemplos de que dispunha a doutrina alemã quando da elaboração das teses e discussões acerca do estado de necessidade exculpante. Aliás, como acima demonstrado, muitos dos acórdãos brasileiros que se tem às mãos chegam mesmo a refutar a recente classificação trazida por CIRINO DOS SANTOS, ao não se enquadrar em nenhuma das hipóteses estudadas de não exigibilidade, seja legal ou supralegal.

Ao tratar das causas supralegais de não exigibilidade, a doutrina de FÁBIO AZUMA aponta, além das quatro situações tratadas por CIRINO DOS SANTOS, a que ele denomina de "inexigibilidade pura e simples", para a qual AZUMA reservou os casos que não se adaptam àquelas quatro situações[472]. Para justificar o elenco de uma causa supralegal denominada "inexigibilidade pura e simples", AZUMA atenta que

> Uma tese tão ampla e significativa quanto a inexigibilidade não está restrita somente a estas situações classificadas doutrinariamente. Repita-se à exaustão, toda vez que o sujeito, em razão das circunstâncias anormais agir sem dirigibilidade normativa, mesmo que esta ação não esteja prevista em tese legal e nem esteja ainda doutrinariamente classificada, haverá situação de inexigibilidade[473].

A breve conclusão de AZUMA não apenas indica que os modelos apresentados já se mostram falhos, por não encobrir todas as causas já previstas – conclusão perseguida no presente trabalho desde o início – como chega a criar um novo modelo, no qual tenta enquadrar, de forma abrangente, todas as outras hipóteses de causas supralegais de não exigibilidade que não se encaixam na classificação aludida. Na realidade, embora a indicação de um novo modelo (a dita "inexigibilidade pura e simples") venha a ressaltar a insuficiência das fórmulas já antes apresentadas, registre-se que tal classificação nada mais é do que uma redução geral na qual se pretende incluir todas as hipóteses não classificadas nas causas supralegais outrora identificadas. Tal modelo, na realidade, não pode subsistir como classificação, ante a completa ausência de elementos ou requisitos que identifiquem as dirimentes nele enquadradas. Até porque, como é óbvio, todas as outras causas supralegais

---

[472] AZUMA, Felipe Cazuo. **Inexigibilidade de conduta conforme a norma.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 121.
[473] *Idem, ibidem*, p. 121.

poderiam se enquadrar na “pura e simples” inexigibilidade, para a qual não se firmou nenhum pressuposto, a não ser o fato de, dadas as circunstâncias, não se poder exigir do autor conduta distinta no caso hipotético.

Como já se disse, o reconhecimento das fórmulas (ou modelos) trabalhadas pela doutrina nacional e estrangeira nasceu das experiências submetidas aos Tribunais, sendo os modelos somados uns aos outros ao longo dos anos, a partir de experiências inseridas no contexto histórico e social das decisões judiciais que as reconheciam.

Sempre que surgia um novo caso criminal no qual, dadas as circunstâncias do fato, não se poderia exigir do agente conduta diversa da efetivamente praticada, e essa situação não se enquadrava nas hipóteses já previstas na lei, a doutrina se empenhava em classificá-la dentre os modelos pré-estabelecidos (a partir de decisões anteriores) ou, se assim não conseguisse, criava novo modelo de conduta. A verdade de WELZEL com a criação de três requisitos para o reconhecimento dessas causas supralegais não subsistiu às novas decisões, percebidas com a ampliação dos casos criminais. Tal fato ocorreu porque WELZEL enxergava a situação da inexigibilidade com o direito a ele posto (e no contexto de pós Segunda Guerra) a partir dos processos por ele estudados no âmbito dos Tribunais alemães. Não se poderia imaginar, por exemplo, que a modernidade traria o avanço da transfusão sanguínea e por motivos religiosos alguém se recusasse a dar a permissão de transfusão a seu filho, gerando a necessidade de tutela do direito penal à vida da criança. Não se previa, também, que a sociedade civil pudesse organizar-se de tal forma que, a partir de demonstrações públicas de bloqueios e ocupações de interesse e defesa do bem comum, incidisse em condutas formalmente típicas. Novos fatos sociais, outrora não experimentados, trouxeram ao direito a análise de novas situações, clamando por novas soluções. A experimentação das novas situações fáticas concretas foi criando, pouco a pouco, as decisões dos Tribunais penais no âmbito específico do tema estudado e, em seguida, as discussões doutrinárias de regulamentação do assunto, não abrangido pela lei.

A partir desses exemplos e da constatação da ineficiência dos modelos previstos, demonstrada está a inexistência de verdades inquestionáveis nesse campo, exsurgindo-se que as quatro delimitações de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa apresentadas no Brasil não podem, jamais, serem tidas como os únicos caminhos a serem seguidos. É perfeitamente possível a identificação de situações não amoldadas a nenhuma dessas delimitações.

Ora, cada situação concreta é analisada pelo Juiz de forma única e subjetiva, dadas as circunstâncias e contexto fático no qual a conduta esteja inserida, e tal maleabilidade justifica, inclusive, a aceitação da exculpante mesmo fora dos casos previstos em lei. Nesse raciocínio, afirma-se a dificuldade de se pretender a formulação de regras objetivas para a aplicação dessa dirimente da culpabilidade.

Assim, a elaboração de caminhos, modelos, fórmulas ou delimitações de casos supralegais de inexigibilidade de conduta diversa torna-se falível, seja porque nunca vai abranger todas as situações concretas apresentadas – dado o subjetivismo inerente à própria análise do poder atuar de outro modo em cada situação concreta –, seja porque é sempre baseada em hipóteses já julgadas, voltada à análise do passado, e passível de ser superada por novas situações, no futuro.

3.2.2 Segunda análise jurisprudencial. A aplicação da dirimente supralegal no Brasil, a motivação e as justificativas utilizadas pelos Tribunais.

Na análise jurisprudencial ora apresentada, o enfoque relaciona-se ao empenho da magistratura em promover a fundamentação de decisões extralegais, esforço iniciado por ASSIS TOLEDO que, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, empreendeu verdadeira transformação na abordagem do assunto.

Assim, se em meados de 1990 se falava em alguns poucos precedentes que reconheciam a hipótese de inexigibilidade supralegal, que confrontavam de forma tímida a orientação do STF pela inadmissibilidade das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, com a decisão do STJ, sob relatoria do Min. ASSIS TOLEDO, o quadro da aceitação dessa excludente se viu modificado, e os Magistrados receberam o fundamento – e respaldo jurisprudencial – para acatarem a tese em inúmeros precedentes.

Deve-se ter em conta que, uma vez autorizada pela jurisprudência brasileira a possibilidade de decidir, nesses casos, fora da letra da lei, os Juízes não mais se empenham em trazer, na sentença, a discussão acerca de tal possibilidade, fundamentando o decisum *extra legem* tão somente nas circunstâncias do caso concreto. Olvida-se, na grande maioria das decisões, das discussões doutrinárias para justificar a adoção da causa supralegal de inexigibilidade. Deixou de importar, para as decisões judiciais, o caminho trilhado até então,

desde que o resultado apresentado – a absolvição – esteja em coerência com as provas produzidas nos autos e os requisitos da ausência de reprovabilidade.

Faz-se necessária tal anotação para demonstrar a escassez de argumentos que fundamentam, nas sentenças penais da atualidade, a justificativa do afastamento da lei ao caso concreto. Ora, como já se disse, após as explicações de ASSIS TOLEDO quando do julgamento do recurso especial nº. 2.492/RS, que será abaixo analisado, os julgados passaram a referir-se às conclusões desse célebre julgamento, deixando, muitas vezes, de tecer novas considerações acerca da possibilidade de a sentença criar o direito e decidir desconforme a norma. Se tal possibilidade se viu pacificada, é natural que apenas a discordância a essa tese traga aos julgados inéditos argumentos.

Esclareça-se, ainda, que não se encontrou, dentre as decisões pesquisadas, referências aos modelos de causas de não exigibilidade doutrinariamente estabelecidos. Ora, ainda que algumas decisões se enquadrem em algum desses modelos (a exemplo das absolvições nos casos de não recolhimento da contribuição previdenciária dos empregados quando comprovadas as dificuldades financeiras da empresa, que se relaciona à clara hipótese de conflito de deveres), é certo que o julgador brasileiro não tenta legitimar sua decisão através da existência de tais modelos.

Pois bem. Passando-se a demonstrar o raciocínio empreendido pelos Magistrados brasileiros e o fundamento utilizado para julgar fora das hipóteses legais, inicia-se a análise com a orientação contrária a essa tese, firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em junho de 1988, nos autos do *Habeas Corpus* no. 66.192-1[474].

O caso em epígrafe tratou de ordem de *Habeas Corpus* impetrada para reconhecer-se a nulidade do processo criminal que resultou na condenação do paciente a pena superior a 08 (oito) anos de reclusão, firmada pelo Tribunal do júri e mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Alegou a impetração, entre outros argumentos, que o julgamento pelo Tribunal popular deveria ser anulado em face da ocorrência de cerceamento de defesa, consubstanciado na troca deliberada, pelo Juiz presidente, da formulação dos quesitos da tese central sustentada pela defesa, de forma a inadmitir indagações aos jurados que versassem acerca da possibilidade de reconhecer-se a inexigibilidade de conduta diversa ante o argumento de "não poder-se admitir tese supralegal". Em suma, o Magistrado presidente do julgamento de 1º

[474] STF - HC 66192-1/MS, Rel Min. Moreira Alves, d.j. 25.11.1988. Inteiro teor do julgado constante nos documentos anexos – Acórdão I.

grau resolvera, naquele caso concreto, modificar a quesitação para indagar aos julgadores quanto à existência de estado de necessidade – e não inexigibilidade de conduta diversa – na conduta do réu.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ao declarar improvido o apelo da defesa, se firmara no sentido de que a substituição pela tese de estado de necessidade, no questionário aos jurados, não constituía cerceamento de defesa, "porque essa tese [sobre a inexigibilidade de outra conduta] não se encontra prevista na lei penal como causa de exclusão de culpabilidade e, portanto, é incapaz de isentar de pena".

O Supremo Tribunal Federal, na ocasião, relatou que as doutrinas de ASSIS TOLEDO e DAMÁSIO DE JESUS admitem a supralegalidade do tema, bem como a doutrina de HELENO FRAGOSO ressalta posicionamento contrário, reconhecendo, assim, tratar-se de tema controvertido. Filiou-se, contudo, às explicações de HELENO FRAGOSO, por acreditar que naquele caso concreto, a tese de inexigibilidade de outra conduta se assemelhava ao estado de necessidade exculpante[475], e que, portanto, tal tese não fora afastada pela formulação da quesitação, e sim adequada às normas legais pertinentes (no caso, o art. 24 do CP).

Em seu voto, o relator MOREIRA ALVES entendeu "irrespondíveis" ou irretocáveis os argumentos expostos por NELSON HUNGRIA, para quem é o caso de "enjeitar-se a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade, excogitada pelos autores alemães para suprir deficiência do Código Penal de sua pátria", filiando-se, ainda, aos argumentos de HELENO FRAGOSO, para quem a adoção das causas supralegais "equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal"[476].

Ainda, esclareceu o relator a impossibilidade de endereçar aos jurados um quesito único sobre a tese de inexigibilidade de conduta, o que invalidaria o julgamento por tê-lo como "divorciado dos princípios norteadores das causas legais", trazendo a lume, ainda, a informação de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em suas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais, bem como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, "têm entendido que a não exigibilidade de outra conduta não deve ir além das hipóteses características do estado de necessidade".

---

[475] Vide nota de rodapé 231, referente ao estado de necessidade exculpante na doutrina de HELENO FRAGOSO.
[476] Vide inteiro teor do julgado, constante no Acórdão I dos documentos em anexo, p. 603.

O *Habeas Corpus* foi denegado à unanimidade, tendo participado do referido julgamento, além do Min. MOREIRA ALVES, como relator, os ministros NÉRI DA SILVEIRA, OSCAR CORRÊA, SYDNEY SANCHES e OCTAVIO GALLOTTI.

Embora se tenha acreditado, a princípio, que o mencionado julgamento – HC 66.192-1 – correspondesse ao primeiro pronunciamento do STF sobre o tema (datado de 21 de junho de 1998), a pesquisa demonstrou a existência do acórdão do "Recurso Ordinário Criminal" nº. 1.162, julgado em 26.11.1974, que teve como Relator o Exmo. Min. BILAC PINTO[477].

O julgado referido, apreciado em plena vigência do regime militar brasileiro, tratou do sequestro do avião Caravelle[478], ocorrido no Rio de Janeiro com o intuito de trocar os passageiros presentes na aeronave por presos políticos.

Muito embora não tenha concordado com a tese esboçada pela defesa de um dos acusados, que alegava a incidência da inexigibilidade de conduta diversa, o acórdão reconheceu, ainda que de forma abstrata, a existência da "causa genérica de exculpação", utilizando-se da doutrina de ANÍBAL BRUNO para refutar, naquele caso concreto, a tese defensiva:

> (...) desta forma, a causa genérica de exculpação invocada, que alguns autores reconhecem estar presente em nosso sistema penal, não se coloca conforme a pretensão do recurso. Lê-se de Aníbal Bruno, seu defensor, mas que a tem de aplicação excepcional aos fatos dolosos: "A não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal (Direito Penal, Tomo II, 1967, pág. 105). E esta vontade anticriminosa, ainda que vacilante, não se apura em parte algum dos autos (...)"[479].

Vê-se, portanto, que não apenas o assunto já havia sido submetido ao Supremo desde o ano de 1974, mas era possível, em tese, que se reconhecesse a "causa genérica de exculpação", tal como previa ANÍBAL BRUNO, se fossem outras, obviamente, as circunstâncias do delito naquele caso concreto.

---

[477] Inteiro teor do acórdão constante nos documentos anexos, Acórdão II.

[478] Sequestro ocorrido em 1º de julho de 1970. O tipo penal imputado aos acusados é o art. 28 do DL 898 de 29.09.69, que previa o crime de "Art. 28. Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo", e cuja pena era a de "reclusão, de 12 a 30 anos" ou, se resultasse em morte, pena de "prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo". Fonte: Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126023/decreto-lei-898-69>; Acesso em: 12.01.2012.

[479] Acórdão II, p.127-128.

Comentado tal precedente, pela sua importância, volta-se ao ano de 1988, com o contexto da já referida decisão nos autos do HC/STF nº. 66.192-1, que, como se viu, refuta a possibilidade de admitir-se a inexigibilidade supralegal, negando tal tema na quesitação do Tribunal do júri.

Quase dois anos depois, em maio de 1990, o Superior Tribunal de Justiça, através do famoso julgamento do recurso especial nº. 2.492/RS, lançou a pedra inicial à modificação do entendimento acima explanado nos Tribunais brasileiros, em julgamento que, também por unanimidade, e sob a relatoria do Min. ASSIS TOLEDO, entendeu que a admissibilidade no direito brasileiro das causas supralegais de exclusão da culpabilidade já não mais poderia ser negada[480].

A importância desse julgamento, como já se disse, reside no fato de que os argumentos elencados pela relatoria, já defendidos na conhecida obra doutrinária do relator, ao abordarem a discussão acerca da adoção da causa supralegal na atividade jurisdicional, acabaram criando condições para que a tese fosse posteriormente reiterada pelos outros Tribunais.

Tratou-se de recurso especial atacando acórdão em sede de apelação da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu, entre outros argumentos, "nulidade insanável" ante a apreciação dos jurados de tese alternativa da defesa referente à inexigibilidade de outra conduta, se firmando que não poderiam os jurados serem questionados sobre tese que não está prevista em lei penal.

Sobre o tema, em detalhado voto, o Ministro ASSIS TOLEDO transcreveu trechos de seu livro no que se refere à adoção da inexigibilidade de outra conduta como verdadeiro princípio do direito penal, explicando que, embora alguns autores entendam que a utilização prática do Princípio da Inexigibilidade deva restringir-se às hipóteses previstas em lei para evitar-se a impunidade generalizada, não haveria razão para esse temor, desde que se considere a não exigibilidade em seus limites próprios, situada dentro do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo Juiz ou Tribunal, e não mera avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso[481].

Explicou, ainda, que quando o Código Penal, a partir da reforma de 1984, adotou sem restrições o princípio *nullum crimen sine culpa,* seria "enorme contra-senso admitir-se a

[480] STJ – RESP 2492/RJ, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, d.j. 06.08.1990. Inteiro teor do julgado constante nos documentos anexos, Acórdão IV.
[481] Acórdão IV do ANEXO, p. 80-81.

aplicação da pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta", isto é, quando o agente "fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer". Complementa o relator do recurso especial que não poderia o Tribunal *a quo* mandar o réu a novo julgamento vedando-se o questionamento ao Júri sobre uma das teses de defesa, pois isso implicaria em "enorme antinomia com o sistema penal vigente", ao proibir-se o júri de absolver o réu, na ausência de culpabilidade, ou "proibir-se a defesa de alegar talvez a única tese disponível"[482].

O voto do Min. JOSÉ DANTAS, ao tempo em que tece elogios ao raciocínio empreendido pelo relator, demonstra sua reflexão com a possibilidade de adoção de tese fora das cláusulas legais, para concordar com as conclusões de ASSIS TOLEDO:

> Enquanto S. Exa. dissertava, com a erudição que lhe é peculiar, estive recatando-me em dúvidas sobre como, fora das cláusulas legais positivantes da analisada teoria, poderá o Juiz absolver alguém. No entanto, desde o princípio maior da culpabilidade invocado – ***nullum crimen sine culpa*** -, alegou-me perceber que S. Exa. iria construir, com a inteligência que lhe é celebrada, a maneira correta dessa aplicação do princípio[483].

A adoção da excludente supralegal, nesse tocante, encontrou lastro no princípio da culpabilidade representado pelo brocado *nullum crimen sine culpa.*

Integraram o julgamento os Ministros EDSON VIDIGAL, JOSÉ DANTAS, FLAQUER SCARTEZZINI e COSTA LIMA. Todos acompanharam o relator.

Vê-se, portanto, que as primeiras discussões dos julgados brasileiros contra e, em seguida, a favor do reconhecimento da inexigibilidade supralegal foram impulsionadas pelos argumentos da defesa em julgamentos perante o Tribunal do júri. Hoje essa tese encontra-se pacificada, sendo certa a obrigatoriedade do Magistrado em elaborar quesitos nesse sentido quando a defesa sustenta a existência de causa supralegal de inexigibilidade de conduta em julgamentos perante o Tribunal popular. Nesse sentido, passa-se a comentar o acórdão do HC 16.865/PE[484], também do Superior Tribunal de Justiça, eleito dentre outros por ter feito referência à extensa discussão doutrinária acerca da questão da supralegalidade, apontando uma rica lista de doutrinadores estrangeiros e brasileiros que abordam sobre o assunto.

Em seu voto condutor, o Min. FELIX FISCHER, após trazer importantes referências doutrinárias estrangeiras e nacionais acerca do tema, transcreve em seu voto o precedente do já comentado recurso especial nº. 2.492/RS, e, em seguida, usa como

---

[482] Acórdão IV do ANEXO, p. 81-82.
[483] Acórdão IV do ANEXO, p. 85.
[484] STJ – HC 16865/RJ, Rel. Min. Felix Fisher, d.j. 04.02.2002. Inteiro teor constante nos documentos anexos, Acórdão V.

fundamento das razões de decidir o voto proferido pelo Min. JORGE SCARTEZZINI nos autos do HC 12.917/RJ, o qual, aliás, também fazia alusão àquele famoso julgado do qual foi relator o Min. ASSIS TOLEDO.

Esse segundo acórdão (HC nº. 12.917/RJ)[485], cujas razões foram usadas como fundamento de decidir no Acórdão nº. 16.865/PE, faz referência às discussões doutrinárias e à obra de ROGERIO LAURIA TUCCI, que aborda o assunto desde o nascedouro do conceito de culpabilidade, citando FRANK e GOLDSMITH através de apontamentos da doutrina atual. Após extensa exposição das colocações doutrinárias, se destaca a alusão a obra de ANÍBAL BRUNO, aduzindo que o princípio que norteia a não exigibilidade de conduta diversa com caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade "está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema", se caracterizando "casos de verdadeira lacuna na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal"[486].

Em seguida, o relator do acórdão, Min. SCARTEZZINI, complementa que "a inexigibilidade de outra conduta constituiu princípio de direito penal", devendo, por isso, "ser admitida como causa supralegal de exculpação", enquanto "entendimento diverso contrariaria o sistema penal em vigor, infringindo o princípio da culpabilidade que, como é sabido, é aceito sem restrições pelo ordenamento penal brasileiro"[487].

Em continuidade à análise dos acórdãos brasileiros, tem-se que, a partir do ano de 1998, a tese de inexigibilidade supralegal ganhou inegável fôlego com a sua arguição em inúmeros processos criminais que apuravam a conduta de não recolhimento de contribuição previdenciária (art. 168-A do Código Penal brasileiro), quando as dificuldades financeiras enfrentadas pelo acusado demonstravam a impossibilidade de cumprir a norma vigente.

Toma-se, a título exemplificativo, dentre vasta jurisprudência sobre o assunto[488], o precedente da apelação criminal nº. 2.834/PE, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região em 04 de setembro de 2003[489]. Feita a ressalva de que, nos julgados atuais, pouco se comenta acerca da possibilidade de acolhimento de tese supralegal – tendo-a por admissível a

---

[485] STJ – HC 12.917/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, d.j. 10.06.2002. Acórdão VI, constante nos documentos anexados.
[486] Vide Acórdão VI, p. 5 e 7.
[487] Vide Acórdão VI, p. 6.
[488] Vide nota de rodapé 384, que colaciona os mais recentes julgados de cada Tribunal federal, a título exemplificativo.
[489] TRF da 5ª Região – ACR 2834/PE, Rel. Paulo Gadelha, julgamento em 04.09.2003. Inteiro teor constante dos documentos em anexo, Acórdão VII.

partir do precedente já referido, do STJ (2.492/RS), os Tribunais passam a analisar apenas se é cabível a tese ante as particularidades do caso concreto – a eleição desse precedente, entre inúmeros outros julgados praticamente idênticos relacionados ao crime do art. 168-A do CP, se deu em razão das referências à clássica doutrina de ASSIS TOLEDO e aos fundamentos usados no julgamento do recurso especial nº. 2.492/RS, demonstrando a influência deste último julgado sob as decisões brasileiras.

Trata-se de julgamento de duas apelações criminais, interpostas pela defesa e pelo Ministério Público Federal, almejando, a primeira, a reforma da sentença condenatória que não reconheceu a tese de inexigibilidade de conduta diversa ante as dificuldades financeiras da empresa, e a segunda (do Ministério Público) pretendendo a elevação do *quantum* da pena cominado ao réu.

O acórdão, analisando primeiramente o recurso ministerial, entendeu por declará-lo improvido, afirmando que a censurabilidade do agente já havia sido esmiuçada pelo julgador de primeiro grau, não merecendo reparos.

Em seguida, passando-se ao mérito das alegações da defesa – após a rejeição da tese arguida em preliminar –, inicia o relator breve digressão à doutrina de ASSIS TOLEDO, justificando a aplicação da causa excludente supralegal nos já comentados argumentos desposados por este autor brasileiro.

Assim, o relator do acórdão trouxe o reconhecimento doutrinário do aludido autor, que, como já se afirmou, tem a inexigibilidade de conduta diversa como "verdadeiro princípio do direito penal" e, quando não deriva da lei, "deve ser reputada causa supralegal", transcrevendo, ainda, a resposta do autor às críticas fundadas no "perigo da aplicação extensiva desse princípio", em trazer "excessiva impunidade":

> Cabe ao Juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único Juiz deve ser o Magistrado. (Francisco de Assis Toledo, Princípios do Direito Penal, cit., p. 329)[490].

A relatoria do acórdão trouxe à colação, ainda, inúmeros precedentes sobre o mesmo tema, a demonstrar, naquele caso concreto, a robustez das provas colhidas no sentido de comprovar as dificuldades financeiras do hospital pernambucano, autuado pela autoridade

[490] Acórdão VII, p. 07.

previdenciária ante o não recolhimento perante o INSS das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados.

É certo que o precedente analisado, em sua parte final, firma-se também pela ausência de dolo na conduta – o que afastaria a tipicidade e não a culpabilidade. É que a conclusão pela reforma da sentença de 1º grau e absolvição do acusado se deu pelos dois fundamentos (o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa e ausência de dolo na conduta do réu). A posição pelo reconhecimento da inexigibilidade da conduta restou assim ementada:

> (...)3. Inegável constituir crime o não-recolhimento das contribuições correspondentes aos cofres da autarquia previdenciária. Reconhece-se, no entanto, a possibilidade de excluir-se a culpabilidade do agente se este carrear aos autos provas irretorquíveis de dificuldades financeiras da empresa, que justifiquem a incidência da causa supralegal de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa[491].

A análise dos julgados sobre o tema demonstra que as justificativas da adoção da causa supralegal em discussão perpassam por dois pontos: o primeiro, da verificação do princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*) como autorizador da inexigibilidade supralegal, na medida em que os fundamentos da edificação da inexigibilidade de conduta à condição de princípio residem na impossibilidade de configurar-se a reprovação nas circunstâncias anormais, nas quais se faz impossível ao direito exigir do agente uma conduta conforme.

O segundo ponto homenageia o poder criador do Juiz, quando se volta ao fato de que cabe unicamente a esse a decisão acerca do juízo de reprovação do agente. Assim, se a não exigibilidade não é um juízo subjetivo do agente do crime, e o momento do juízo de reprovação pertence ao Magistrado, a valoração das circunstâncias e a constatação se essas circunstâncias se enquadram na hipótese de inexigibilidade de conduta diversa depende exclusivamente da percepção do Magistrado e não da combinação com a letra da lei.

Traz-se à análise, ainda, o julgamento da apelação criminal nº. 70000893891, datado de abril de 2001, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul[492].

Trata-se de apelação da defesa se insurgindo contra sentença condenatória que, refutando os argumentos de inexigibilidade de conduta diversa naquele caso concreto, julgou

---

[491] Acórdão VII, p. 01.

[492] TJRS – apelação criminal nº. 70000893891, Rel. Des. Jasson Ayres Torres, julgamento em 11.04.2001. Inteiro teor do julgado constante nos documentos em anexo, referente ao Acórdão VIII.

procedente a denúncia tendo o acusado como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, I, do Código de Trânsito Brasileiro.

A decisão dá conta de ter havido acidente automobilístico, no qual o acusado, em veículo automotor, teria abalroado com a vítima, que se encontrava na condução de uma bicicleta. Ante o fato ter ocorrido no período noturno, e com chuva, a visibilidade do acusado era precária, considerando que a bicicleta não apresentava refletores, ao contrário da visibilidade da vítima, que pôde ver os faróis do carro do réu acesos. Ocorreu que, ao empreender a manobra no veículo, o réu não avistou a bicicleta, vindo a atingi-la; já o condutor da bicicleta, acreditou que estava no ângulo de visão do réu e confiou que o mesmo pararia seu veículo, confiança motivada, inclusive, pela baixa velocidade que o veículo automotor imprimia na ocasião.

Cumpre observar, *ab initio,* que o caso em análise não se coaduna com a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, mas com a ausência de culpa como elemento subjetivo do tipo do art. 302 da Lei nº. 9.503/97. É que, para a caracterização da própria tipicidade do homicídio culposo na direção de veículo automotor, urge serem observados, inicialmente, os elementos da culpa *strictu sensu*[493]. No caso em comento, as próprias conclusões do julgamento esclareciam não se ter vislumbrado a (I) inobservância do dever de cuidado, como elemento objetivo da conduta culposa, tampouco (II) a previsibilidade do dano, como seu elemento cognoscitivo. Não se chega a falar de culpabilidade, pois, quando não se encontra presente a própria tipicidade do fato.

De qualquer sorte, como o precedente em análise é trazido à colação em razão, repita-se, dos fundamentos utilizados para a admissibilidade da supralegalidade do tema em discussão, deixa-se de dar relevância à hipótese fática ali discutida, dando-se ênfase aos argumentos despendidos no acórdão.

Inicialmente, o relator do apelo, desembargador SILVESTRE JASSON AYRES TORRES, afirma que a inexigibilidade de conduta diversa põe o julgador “frente a uma

[493] Para a configuração da conduta culposa deve-se aferir a existência de seus elementos objetivos (resultado lesivo, causalidade, violação de dever de cuidado) e subjetivos, em seus aspectos volitivo (conduta voluntária do agente, em relação aos meios escolhidos) e cognoscitivo (possibilidade de conhecer o perigo que a conduta cria para os bens jurídicos alheios, ou seja, a previsibilidade do resultado). ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro,** Vol. 01, São Paulo: RT, 2006, p. 438-443. Segundo o referido autor, “há a atipicidade culposa quando o resultado não podia ser previsível para o autor, seja porque se encontrava além da sua capacidade de previsão (ignorância invencível), ou porque o sujeito encontrava-se em um estado de erro invencível de tipo” (vide, do autor, página 442).

situação de lacuna da lei", já que, "a previsão legislativa não tem condições de abordar todas as circunstâncias que envolvem a convivência humana".

Ante essa conclusão, entende o Desembargador encontrar-se permitida a elaboração de uma "interpretação extensiva", para que seja "pesquisada uma norma não incriminadora" que enquadre a situação em análise na esfera da licitude. Tal interpretação, complementa o relator, "é viável no campo penal, uma vez que beneficiará o réu" [494].

Em seguida, a decisão judicial do Tribunal gaúcho colaciona, em seu bojo, posicionamento doutrinário alusivo à aceitação da excludente supralegal (doutrina de MONTEIRO ROCHA), no qual está inserida a posição de FREDERICO MARQUES acerca da ausência de justificação da pena sem ato reprovável e a posição de DAMÁSIO DE JESUS, para quem as lacunas do direito penal podem ser supridas pelo uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

A doutrina de DAMÁSIO DE JESUS trazida pelo acórdão gaúcho fundamenta a aplicação da inexigibilidade supralegal em argumentação diferente daquela utilizada por ASSIS TOLEDO – que justificara a aplicação supralegal no princípio da culpabilidade e elevação da inexigibilidade a próprio princípio do direito –, submetendo a aplicação do direito penal às normas do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Nesse sentido, o entendimento é o de que, em caso de aplicação da norma penal não incriminadora e ante a lacuna no ordenamento jurídico quanto à previsão da exculpante, "é permitido ao intérprete lançar mão da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito", tomando-se por base, para isso (mesmo no direito penal), o artigo 4º da LICC, para o qual, omissa a lei, " ... o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito"[495].

A apelação ora discutida refere-se, por fim, à célebre frase de CLÓVIS BEVILÁQUA, firmando orientação pelo poder criador do Magistrado, quando aduz que "o jurista penetra num campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra insuficiência do Direito positivo (Clóvis Beviláqua, *in* Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro:1980, p.44)" [496].

É de se registrar, assim, que o afastamento da culpabilidade do agente na decisão judicial acima comentada teve por base a constatação de suposta lacuna no ordenamento penal

[494] Acórdão VIII, p. 5.
[495] Acórdão VII, p. 6.
[496] Acórdão VII, p. 6.

– consistente na ausência de positivação de norma não incriminadora que abarcasse o caso concreto – e, diante da possibilidade de aplicação da "interpretação extensiva", tida por "viável no campo penal", por favorecer ao réu, e ante o fato de que "condenar uma conduta destituída de qualquer culpabilidade", acarretaria "uma injustiça social"[497], foi reformada a sentença para, reconhecendo-se a inexigibilidade de conduta diversa, absolver o réu.

Como a admissão da causa supralegal de não exigibilidade de conduta diversa encontra-se pacificada na jurisprudência brasileira, dos julgados mais recentes sobre o assunto, como já se afirmou, são raros os que se detêm sobre tal admissibilidade, limitando-se à análise dos fatos concretos, se autorizam ou não a aplicação da excludente.

Deve-se observar, também, que os julgados brasileiros não se valem dos modelos de causa supralegal doutrinariamente estabelecidos. Os fundamentos utilizados, como se viu, se relacionam à importância da inexigibilidade como causa excludente de culpabilidade, ou da necessidade de suprir lacuna da lei quando presente uma situação não prevista na legislação que, por suas particularidades, autorize a aplicação da excludente.

É certo afirmar, nesse sentido, que o julgador brasileiro não tem se pautado pelas discussões doutrinárias, mesmo considerando que, muito embora a sistematização de CIRINO DOS SANTOS seja recente, as colocações da doutrina estrangeira acerca do "conflito de deveres" já existem na Alemanha desde o início do século passado (WELZEL), e não se pode considerar novas as inúmeras discussões da doutrina espanhola (MUÑOZ CONDE) que abrangem o "fato de consciência", e a "desobediência civil" (CLAUS ROXIN).

Do exposto, apesar de algumas decisões judiciais apresentarem argumentos relacionados à aplicação da analogia e princípios gerais do direito para suprir as lacunas legais – considerando a ausência de previsão legal de uma causa excludente de inexigibilidade como "lacuna" do sistema penal –, o que justificaria a fundamentação *extralegem* da decisão em outros ramos do direito, a maioria das decisões justifica o acatamento da referida excludente supralegal na diferenciação do método do direito penal como legitimador dessa decisão, pautado pelo princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*).

Tal entendimento se mostra relevante a demonstrar a importância dada, em tais decisões, à verificação da exigibilidade de conduta na valoração do fato, relacionando-a à ideia de reprovabilidade, que assim acaba funcionando como próprio princípio do direito ou

[497] O acórdão não deixa bem claro a que doutrina está se filiando, bem como se está aplicando a inexigibilidade como princípio do direito, ou simplesmente para evitar injustiça social.

como *ratio* das causas de exculpação, tal qual visualizado, respectivamente, por HENKEL e pela doutrina italiana comentada.

Essa posição amplia o poder criador do Magistrado, colocando a admissão da causa supralegal de exculpação acima de qualquer regra, classificação ou modelo de conduta, positivado ou não.

CONCLUSÃO

A ideia de inexigibilidade de conduta diversa, tal qual vista na atualidade, foi desenvolvida ao longo dos anos, a partir dos apontamentos da doutrina alemã. Com a relação firmada entre culpabilidade e reprovabilidade, e sob as conceituações inicialmente estudadas para os elementos da culpabilidade, os autores alemães deram inegável estruturação ao tema, construindo-se o conceito de culpabilidade abordado, o qual apresenta, como principal elemento para sua caracterização, a exigibilidade de conduta diversa.

Viu-se, também, que a experiência prática dos julgados alemães deu sentido às primeiras observações da impossibilidade de exigir-se do agente a conduta conforme a norma, quando incidentes, sobre essa conduta, as circunstâncias concomitantes que denotassem a anormalidade da situação (FRANK). As ideias de motivação anormal ante a norma de dever (GOLDCHSMITH), exigibilidade e poder de atuação alternativa (FREUDENTHAL), culpabilidade como reprovabilidade (MEZGER) e responsabilidade pelo fato como categoria própria, diferenciada da reprovabilidade (MAURACH), deram à noção de exigibilidade características próprias, firmando sustentação para as atuais bases da culpabilidade. Nascia o conceito da inexigibilidade, sustentado sob lastros do livre-arbítrio e da valoração judicial da conduta do agente, que recebeu posteriormente influência do finalismo de WELZEL.

Sob as bases já delineadas – inclusive no tocante à associação da ideia de exigibilidade à do livre-arbítrio – e com o julgamento de casos clássicos como o do “cavalo que não obedecia às rédeas” (*Leinenfänger*) e da “parteira da cidade das minas” (*Klapperstorch*), a doutrina alemã já demonstrava preocupação com a vinculação da não exigibilidade à previsibilidade na legislação, e ao tema passou a ser dado novo alcance, com a inexigibilidade sendo erigida, por alguns, à categoria de princípio do direito penal, para justificar sua adoção supralegal. As discussões relativas ao assunto mostravam a inexigibilidade ora como princípio jurídico regulativo, sem conteúdo valorativo (HENKEL), ora como *ratio* das causas de exclusão, adquirindo entidade normativa em razão da validade da analogia (SCARANO). Tais conceitos, contudo, não estavam isentos de inúmeras críticas e debates no direito alemão, italiano e espanhol.

Quando se parte à catalogação doutrinária das hipóteses supralegais de não exigibilidade, vê-se que a discussão acerca da supralegalidade do tema, tão fomentada no

século passado, desenvolveu-se para a tentativa doutrinária de dar segurança ao julgado supralegal, classificando em “modelos” de conduta as hipóteses já julgadas pelos Tribunais.

Isso porque, inexistindo uma fórmula na qual se elencassem circunstâncias comuns a todas essas causas de exculpação, natural que fosse desenvolvida a catalogação das situações já reconhecidas pela jurisprudência, tendo por objetivo, acredita-se, a orientação dos Magistrados na solução dos conflitos e a minimização das críticas da admissão das exculpantes supralegais (em sua maioria voltadas à incerteza jurídica e à impunidade que a adoção da causa supralegal poderia representar).

A partir da base firmada pela doutrina estrangeira, a alemã, nesse tocante, representada por CLAUS ROXIN, e a espanhola, por MUÑOZ CONDE, a doutrina brasileira de CIRINO DOS SANTOS promoveu a delimitação dos 04 (quatro) modelos estudados de causa supralegal de excludente da culpabilidade.

Com a análise dos julgados brasileiros e comparação com essas classificações, chegou-se a interessantes conclusões. A primeira delas é que os critérios adotados mostram-se falhos, porque insuficientes a exaurir, na atualidade, os casos de inexigibilidade supralegal já estudados.

Ora, já se esperava demonstrar a falibilidade das regras estabelecidas para a sua aplicação nos casos futuros ainda não submetidos aos Tribunais, conclusão baseada no fato de que os requisitos outrora firmados por WELZEL no início do século passado não se mostram mais suficientes a abarcar os casos atuais. Assim, considerando que os modelos de causas supralegais só surgem para a doutrina após a previsão do caso concreto submetido ao Judiciário (e não o contrário), era cediço que, sendo o direito uma ciência dinâmica e estando o legislador impossibilitado de acompanhar, na mesma velocidade, tal dinamismo, os 04 (quatro) modelos de CIRINO DOS SANTOS hoje estudados não poderiam ser eficazes para novas e futuras situações.

Ocorre, no entanto, que o estudo da jurisprudência brasileira sob o tema demonstrou que as hipóteses doutrinariamente pensadas **já não contemplam, hoje,** as hipóteses julgadas pelos Tribunais brasileiros há pelo menos duas décadas. Essa primeira conclusão, ao indicar casos práticos estranhos aos quatro modelos, demonstra uma necessidade de conjugação dos casos brasileiros com o raciocínio empreendido por DE LA CUESTA AGUADO, muito embora tal classificação também não tenha se mostrado perfeita e suficiente a exaurir o tema.

Em continuidade, concluiu-se, ainda com base na análise dos julgados brasileiros, que as hipóteses trazidas pelas doutrinas de CIRINO DOS SANTOS e ARIEL DOTTI, a fundamentar a exculpação supralegal por "conflito de deveres" em casos de situações de adversidade do agente causadas pela ausência de assistência estatal (tese da coculpabilidade do Estado) estariam, na verdade, mais próximas do segundo nível proposto na classificação DE LA CUESTA AGUADO, o qual permite a exculpação de condutas que fossem reflexos da anterior infringência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, discordou-se de que tais situações estariam abrangidas pelo conflito de deveres, já que não se vislumbra, nesses casos, o conflito do agente na ponderação de bens, interesses ou deveres, mas o impulso ao descumprimento da norma ante o quadro de desestabilização familiar e financeira, pelo que se afirma que a doutrina brasileira estaria dando à hipótese de conflito de deveres uma abrangência maior do que a mesma representa.

A falibilidade das quatro fórmulas analisadas deu ensejo, aliás, a um quinto modelo, chamado pela doutrina de AZUMA de "inexigibilidade pura e simples", sem que esse autor tenha trazido, no entanto, quaisquer requisitos a essa nova classificação. Esse novo modelo nada mais seria, portanto, do que uma redução geral na qual se pretendem incluir todas as hipóteses não classificadas nas causas supralegais já identificadas, motivo pelo qual o mesmo não fugiu às críticas desse trabalho, não podendo ser considerado um tipo de causa supralegal de não exigibilidade de conduta diversa.

Assim, conclui-se, *ab initio*, que a elaboração de caminhos, modelos, fórmulas ou delimitações de casos supralegais de inexigibilidade de conduta diversa torna-se falível, (I) seja porque nunca vai abranger todas as situações concretas apresentadas, dado o subjetivismo inerente à própria análise do poder atuar de outro modo em cada situação concreta, (II) seja porque é sempre baseada em hipóteses já julgadas, voltada à análise do passado, e passível de ser superada por novas situações, no futuro, ou, ainda, (III) porque os modelos apresentados já se mostram ineficientes ao objetivo que se propõem.

É de se ver, ainda, que os julgados pesquisados não fizeram menção aos modelos preestabelecidos, donde se percebe que o julgador não está buscando, ainda, o apoio doutrinário que se acreditava para dar respaldo à decisão que elege a causa supralegal. O que os Magistrados têm trazido em suas decisões, e ainda assim de forma tímida[498], é o

[498] Como já se afirmou, a grande maioria das decisões judiciais tem por pacificada a possibilidade de reconhecer a incidência de causa supralegal de não exigibilidade, sem preocupar-se em empreender a motivação da eleição

fundamento para a supralegalidade do tema, o que é feito, em geral, sob o prisma da decisão no recurso especial nº. 2.492/RS, cuja motivação acaba se identificando com a doutrina de ASSIS TOLEDO, que funcionou como Ministro relator do acórdão. Embora se tenha encontrado, dentre as decisões judiciais pesquisadas, algumas enquadráveis dentre os modelos doutrinariamente estabelecidos, não se encontrou referência, nos julgados brasileiros pesquisados, às aludidas discussões doutrinárias[499] quanto às espécies de causas supralegais.

Até porque, se a decisão judicial cria o direito, e o direito penal, pela sua natureza, enseja larga margem de apreciação judicial sobre lacunas e antinomias, buscando a proporcionalidade entre a realidade e a norma e relativizando o rigorismo do princípio da legalidade em benefício do réu, estaria justificada a adoção da supralegalidade nos casos em que a valoração do Magistrado acerca da conduta assim o permitisse.

É de se concluir, pois, que o Magistrado penal tem autonomia para decidir fora das hipóteses legais, sem que isso signifique mácula à necessidade de fundamentação das decisões ou de motivação, não precisando, a princípio, lançar mão do enquadramento do caso concreto nos modelos doutrinários.

Nesse sentido, a diferença nas bases estruturais do direito penal, calcadas no pilar *nullum crimen sine culpa* e nas interpretações de elementos em favor do acusado (princípio da inocência e analogia *in bonam partem*) estão respaldando a liberdade do Magistrado na sua função criadora com relação à adoção das referidas excludentes de culpabilidade, sendo certo que tal liberdade não encontra limite nas causas previstas em lei, tampouco em classificação de hipóteses supralegais doutrinariamente estabelecida.

Aliás, como já ressaltado anteriormente, a identificação doutrinária das causas supralegais já se deu com esteio nas decisões judiciais postas pelos Tribunais, não o contrário, donde se conclui, obviamente, que a decisão judicial adotando determinada causa supralegal de não exigibilidade nasceu antes da delimitação doutrinária formulada, e não estava, antes (nem agora), a ela vinculada.

As incipientes conclusões do segundo capítulo, em sua primeira parte, já sustentavam que a admissão das hipóteses não previstas em lei em sede de sentença implicaria no afastamento do positivismo legalista, e deveria ter por pano de fundo um direito penal mais

---

de hipótese não prevista em lei. Como tal admissão, de fato, já foi abalizada pela jurisprudência, são raros os julgados que se voltam às razões dessa admissibilidade.

[499] O que não significa, por óbvio, que sejam inexistentes, dada a dificuldade de se ter acesso a todas as decisões de todos os Tribunais estaduais ou sentenças de 1º grau que abordem o assunto.

perto do fato e das partes, mais sensível às causas e motivos da conduta, bem como consequências e função da pena.

Com o aprofundamento do tema relativo à atividade jurisdicional, passa-se a referir-se à figura do Juiz como pessoa inserida no meio social – e influenciado por esse meio – que, ao aplicar o direito, o faz à luz de seus valores e consciência, devendo ingressar no campo fenomenal e voltar sua atuação ao sistema social.

A necessidade de análise concreta do fato e das circunstâncias a ele concomitantes, bem como das particularidades do agente, sob a perspectiva fenomenológica, indicam um ponto de intersecção entre HERKENHOFF e FRANK, mas demonstram, sobretudo, uma tendência moderna de ver o Juiz e sua decisão como inserido no contexto da realidade fática. É nesse sentido que se diz que a aplicação axiológica do direito acaba por garantir ao Magistrado penal uma cota maior de liberdade nas decisões, já que a análise do fato com todas as suas circunstâncias, para a formulação do juízo de reprovabilidade, coloca o julgador mais próximo das discussões do caso, afastando a visão do mesmo como mero aplicador da lei posicionado distante do fato.

Tal contexto sustentaria a aplicação da causa supralegal pelo Juiz, que, como já afirmou BETTIOL e, no Brasil, ASSIS TOLEDO, deve relacionar-se à percepção do Magistrado, único responsável pela valoração e reprovabilidade do fato. Na livre escolha das premissas e através do poder criador, o Juiz se afastaria do rigor do legalismo para admitir raciocínios extralegais na persecução da solução justa, esteja ou não essa solução vinculada a preceitos, modelos ou classificações doutrinárias.

Da análise dos precedentes jurisprudenciais brasileiros se observa, ainda, que a motivação da decisão que admite a exculpante supralegal, como formalidade exigida para a concretização do raciocínio jurídico, deixa de se tornar submissa à legislação, o que significa que a motivação usada pelo Juiz vem ganhando contornos maiores, dando ao tema o caráter principiológico.

Até porque, o raciocínio desenvolvido nos julgados brasileiros para a adoção das causas supralegais de não exigibilidade – ao admiti-la como princípio do direito, aplicável na ausência de lei ou lacuna –, importa efetiva liberdade do Magistrado nessa aplicação, que deve se mostrar acima – justamente ante tal caráter principiológico – de qualquer regra legal ou doutrinária. O vínculo da decisão com os modelos preestabelecidos poderia, assim, se mostrar nocivo à atividade jurisdicional caso aja como limitador da decisão direcionando-a

apenas aos modelos já postos, retirando, ainda que de forma sugestiva, a sensibilidade do Magistrado para decidir nos inúmeros casos que não se enquadram nesses modelos.

Ora, cada situação concreta é analisada pelo Juiz de forma única, dadas as particularidades de cada contexto no qual a imputação penal encontra-se inserida, e tal diferenciação justifica a aplicação da dirimente supralegal.

Afirma-se, então, que o uso pelo Magistrado, na decisão penal, de rol taxativo doutrinariamente elaborado para as causas supralegais de inculpabilidade, poderia trazer alguns malefícios, porque a essência da admissão da supralegalidade das referidas excludentes reside justamente na liberdade do julgador em, diante da sua percepção e valoração da reprovabilidade (que cabe unicamente a ele), aplicá-la (ou não) ao caso concreto, afastando, para tanto, o rigorismo legal. Assim, sendo concreto o poder do Juiz em criar o direito, mormente diante do direito penal – cujo quadro jurisdicional se coaduna com princípios e diretrizes próprios[500], propícios a beneficiar o acusado –, a liberdade de escolha do Magistrado não pode ser obstaculizada, nem limitada contra a adoção de excludente em favor do réu.

Na realidade, discutir-se a existência de tipos de causas supralegais é reconhecer, de antemão, que o legislador não pode prever tudo, dada a existência de um horizonte mais amplo do que as causas positivadas; assim, se esses próprios modelos doutrinariamente estabelecidos são firmados através das decisões já analisadas pelos Tribunais (voltados ao passado), a tentativa de objetivar essas causas em uma classificação de hipóteses supralegais já falharia em seu nascedouro, dada, na mesma medida que a legislação, a impossibilidade de a doutrina prever todos os casos ainda não submetidos ao direito. Ademais, a adoção da ideia de exigibilidade como norteadora da reprovação, que, por sua vez, quando inexistente, afasta o conceito de crime, já refutaria qualquer limitação a sua aplicação (seja legal ou doutrinária) que não a concretude do caso submetido à apreciação.

De qualquer sorte, já constatada a dificuldade de que esses modelos abarquem até mesmo os julgados já submetidos aos Tribunais brasileiros e, ante a forma como vem sendo apresentada as decisões judiciais sobre o tema no Brasil, representativas da aplicação das

[500] O princípio da culpabilidade (*nullun crimen sine legem*), o princípio da inocência, o princípio da verdade real, da *ultima ratio* e a adoção de analogia e medidas extralegais em favor do réu compõem um quadro que denota que a decisão penal, se condenatória, deve-se revestir do maior grau de certeza possível, enquanto que as incertezas do processo devem necessariamente desaguar na decisão mais favorável ao acusado.

orientações modernas sobre o poder criador do Magistrado no direito penal, não se há de admitir a criação de classificações que tentem exaurir as hipóteses supralegais (sob pena de limitar-se a ampla liberdade de análise valorativa de cada situação, por cada Magistrado, sugestionando-o às hipóteses supralegais doutrinariamente estabelecidas), a não ser como simples catalogação de casos já submetidos ao Poder Judiciário nacional e estrangeiro, efetuada a título meramente informativo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** para a teoria de uma dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. 346 p.

AGUADO CORREA, Teresa. Manifestaciones del Principio de Inexigibilidad de Otra Conducta en las Categorias del Delito. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Numero 17, 2005, pag. 53-84. Lima: IDEMSA, 2005.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**: Parte generale. Milano: Dott A. Giuffre Editore, 1957.

ARAÚJO, Karina Silva de. Inviolabilidade noturna de domicílio e inexigibilidade de conduta diversa. *In* **DE JURE**, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, número 09, julho/dezembro de 2007, p. 146-149.

ARAÚJO, Valdei Lopes. História dos Conceitos: problemas e desafios para uma releitura da modernidade ibérica. *In:* **Almanack Braziliense**, n. 7. São Paulo, maio de 2008, p. 47-55. Disponível em: <http://www.ichs.ufop.br/pgh/images/stories/07_forum-02.pdf>; Acesso em: 21.05.2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Livro V. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009. 319 p.

ARRUDA ALVIM, Jose M. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 2006.

AZUMA, Felipe Cazuo. **Inexigibilidade de conduta conforme a norma.** Curitiba: Juruá, 2007. 125 p.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**: Parte Geral. Vol. II. Tradução brasileira e anotações de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, 331 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal.** Parte geral. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 707 p.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. 243 p.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *In*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, nº. 02, p. 209-227, abril-junho 2005, Ano 15.

BRITO, Alexis Augusto Couto. Culpabilidade: Evolução e Análise Crítica Atual. *In* **Direito Penal: Aspectos Jurídicos Controvertidos.** Coordenação de Alexis Augusto Couto de Brito e Maria Patrícia Vanzolini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. Pág. 229-258.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 304 p.

CEREZO MIR, José. Culpabilidad y Pena. *In:* **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo XXXIV, Fascículo II, maio/agosto de 1980. Espanha: Centro de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1980, p. 347-365.

_____. **Curso de Derecho Penal Español**: parte general. 5ª edição, Madri: Tecnos, 1996.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. Curitiba: ICPC Lumen Júris, 2007, 708 p.

CORDOBA RODA, Juan. **Una Nueva Concepción Del Delito**: La Doctrina Finalista. Barcelona: Ediciones Abril, 1963. 99 p.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. **Culpabilidad**: exigibilidad y razones para la exculpación. Madrid: UCA, 2003. 244 p.

DONNA, Edgardo A. Breve Síntesis del problema de la Culpabilidad Normativa, *In:* GOLDSCHMITH, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. p. 11-50.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: RT, 2010. 830 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2ª edição. São Paulo: RT, 2006. 881 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Liberdade, Culpa, Direito Penal.** 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. 307 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** A Nova Parte Geral. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 446 p.

FRANK, Reinhard. **Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad**. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. 2ª edição. Buenos Aires: B de F, 2004, 68 p.

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal**. Tradução e prólogo de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. 100 p.

GOLDSCHMITH, James. **La Concepción Normativa de la Culpabilidad**. Tradução de Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núnez. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002. 143 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 116 p.

HENKEL, Heinrich. **Exigibilidad e Inexigibilidad como Principio Juridico Regulativo.** Tradução e notas de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires: B de F, 2008. 135 p.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRSCH, Hans Joachim. El principio da culpabilidad y su función en el derecho penal. *In* **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Numero 5, janeiro-junho 1995, p. 179-202.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. V.I, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª edição. Granada: Comares editorial, 2002. 996 p.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo V, Terceira Parte. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956. 1095 p.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**: La culpabilidad y su exclusión. Tomo VI. Buenos Aires: Editorial Losada, 1962. 1020 p.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *In:* **Estudos históricos**. Rio de Janeiro, vol.5, n. 10, 1992, p. 134-146.

_____. **Futuro Passado**: Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006, 325 p.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Penal.** V. II. Campinas: Bookseller, 1997. 490 p.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo II. Tradução para o espanhol e notas de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel,1962. 629 p.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JUSPODIVM, 2010. 414 p.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, Tradução para o espanhol de José Arturo Munoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. 435 p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La Objeción de Conciencia en Derecho Penal**. *In*: NDP 96/A, pg. 87-102. Disponível em: < *http://www.pensamientopenal.com.ar/ndp/ndp005.htm>;* Acesso em: 20.11.2009.

_____; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 636 p.

_____. **Teoria Geral do Delito.** Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 223 p.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 7ª Edição. São Paulo: RT, 2002.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de *et al*. **Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. São Paulo: RT, 2011.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 5ª edição. Campinas, SP: Millennium Editora, 2005.

REALE, Miguel. A ética do Juiz na cultura contemporânea. *In* **Revista Forense**, Rio de Janeiro, jan-março de 1994, p. 63-69.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General, Tomo I. Tradução da 2ª edição por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, 1042 p.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *In*: **Doutrinas Essenciais**: Direito Penal, Vol. III, Parte Geral, II. São Paulo: RT, 2010, p. 192-213.

SAINZ CANTERO, José Antonio. **La Exigibilidade de Conducta Adecuada a la Norma en Derecho Penal.** Granada: Universidade de Granada, 1965. 157 p.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: RT, 2005.

SCARANO, Luigi. **La non Esigibilità nel Diritto Penale**. Napoli: Casa Editrice Libraria Humus, 1948, 163 p.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho.** Mexico: Editorial Porrúa, 1985. 338 p.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1975, 101 p.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. A criação do direito no exercício da atividade judicante. *In:* **Revista da ESMAPE.** Vol. 3, Jul/Dez 1998, p. 367-387.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, 343 p.

VIAL DEL RIO, Victor Manuel. **La no Exigibilidad de Otra Conducta como Causa de Exclusion de la Culpabilidad.** Santiago de Chile: Editorial Juridica del Chile, 1969. 53 p.

VON LISTZ, Franz. **Tratado de Direito Penal.** Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003. 437 p.

WANDERLEY ANDRADE. A inexigibilidade de outra conduta como causa excludente de culpabilidade. **Revista JUS**, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Vol. 17, ano 1994. p. 381-407.

WALKER, Ralph. **Kant.** São Paulo: UNESP, 1999, pag. 44.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: Parte geral (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. 204 p.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. 11ª edição. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. 210 p.

_____. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista**.** Tradução de Luiz Regis Prado. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2010, 158 p.

YAROCHEWSKY, Leornado Isaac. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Volume 1, Parte geral. São Paulo: RT, 2005, 737 p.

_____. **Estructura Basica del Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

ANEXOS

ANEXOS

Acórdão I – STF HC nº. 66.192-1/MS, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, D.J. 25.11.1988;

Acórdão II – STF ROC nº. 1.162/Guanabara, Relator Min. Bilac Pinto, Primeira Turma, D.J. 11.12.1974;

Acórdão III – STF RE nº. 460.880-4/RS, Relator Min. Marco Aurélio Melo, Primeira Turma, D.J. 28.02.2008;

Acórdão IV – STJ RESP nº. 2.492/RS, Relator Min. Assis Toledo, Quinta Turma, D.J. 06.08.1990;

Acórdão V – STJ HC nº. 16.865/PE, Relator Min. Felix Fischer, Quinta Turma, D.J. 04.02.2002;

Acórdão VI – STJ HC nº. 12.917/RJ, Relator Min. Jorge Scartezzini, Quinta Turma, D.J. 10.06.2002;

Acórdão VII – TRF da 5ª Região ACR nº. 2.834/PE, Relator Des. Paulo Gadelha, Terceira Turma, julgado em 04.09.2003;

Acórdão VIII – TJRS Apelação Crime nº. 70000893891, Relator Des. Silvestre Jasson Ayres Torres, julgado em 11.04.2001.

HABEAS CORPUS Nº 66.192-1 - MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LUIZ NOGUEIRA LOPES
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

01525030
03490660
01921000
00000160

E M E N T A: Habeas corpus. Alegação de nulidades processuais. Teoria das causas supralegais de exclusão do crime ou de culpabilidade.

- Nulidade referente à inversão da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação, por meio de carta precatória, depois de ter sido prolatada a sentença de pronúncia, não é absoluta, e, no caso, ficou sanada.

- Da intempestividade na apresentação do libelo não resulta a nulidade da instrução.

- Improcedência da alegada desconformidade entre o libelo e a sentença de pronúncia.

- Improcedência da alegação relativa ao desaforamento, a qual, ademais, está prejudicada com a realização do julgamento.

- Improcedentes, também, as alegações de deficiência e de erro na elaboração dos quesitos, bem como de contradição em suas respostas.

- Improcedência, também, da alegação de cerceamento de defesa. Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade. Correta, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à inexigibilidade de conduta diversa.

Habeas corpus indeferido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o habeas corpus.

Brasília, 21 de junho de 1988.

MOREIRA ALVES -PRESIDENTE E RELATOR

rdd/

21.06.88. PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 66.192-1 - MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES
PACIENTE : LUIZ NOGUEIRA LOPES
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

01525030
03490660
01922000
00000200

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Assim expõe e aprecia o presente habeas corpus o parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria do Dr. José Roberto F. Santoro (fls. 256/268):

"Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada por Atinoel Luiz Cardoso e outros, em favor de LUIS NOGUEIRA LOPES, no qual visa a nulidade do processo-crime, a partir das alegações finais exclusive, que resultou pelo Tribunal do Júri em condenação do paciente a pena de oito anos e dois meses de reclusão, como incurso nas sanções dos arts. 121 c/c 129, § 1º, I e caput do Código Penal; sendo apontado como coator o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

2. A impetração em alentadas razões levanta as seguintes nulidades:

a) que houve inversão da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação - via carta pre

Supremo Tribunal Federal - Coordenação de Jurisprudência e Publicação

catória - após ter sido prolatada a sentença de pronúncia;

b) que o libelo acusatório foi apresentado a destempo sendo flagrantemente intempestivo, além do que restou fora dos termos da pronúncia;

c) que o desaforamento concedido se deu de forma a prejudicar o réu, como se verificou da pena aplicada, eis que, fundado em fatos estranhos à causa, em flagrante contradição entre as informações prestadas e o efetivo reconhecimento do Juízo sobre o caso firmado anteriormente quando da revogação do decreto de custódia provisória e, no mais, remetidos os autos para julgamento em Comarca excessivamente distante dos fatos;

d) que o julgamento pelo Tribunal do Júri deve ser anulado face a ocorrência de cerceamento de defesa ocorrido com a troca deliberada pelo Juiz Presidente quando da formulação dos quesitos da tese central da defesa (inexigibilidade de conduta diversa) por tese própria (estado de necessidade) ao singelo argumento de não poder-se admitir tese supralegal;

e) que não obstante a nulidade consignada há contradição flagrante na quesitação, bem como contradição entre as respostas dadas aos quesitos.

3. Solicitadas as informações estas historiam os feitos em andamento ou encerrados concernentes ao caso.

4. O writ vem acompanhado de farta documentação.

STF Seção de Contadoria e Publicação

II

5. O art. 571, V do CPP dispõe:

"As nulidades deverão ser argüidas:

...

V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);"

...

6. Quando da edição da sentença de pronúncia o réu contra esta se insurgiu (v. aresto às fls. 233 à 237), no entanto, só na parte que lhe mantinha a custódia provisória, silenciando sobre a sua irregular prolação face ainda não se encontrar terminada a instrução.

7. A nulidade argüida restou sanada nos termos do art. 572, I e II do CPP, além do que esta não causou prejuízo às partes ou à boa condução do processo (arts. 563 c/c 566 do CPP), e no mais, a oitiva da testemunha feita irregularmente um dia após a edição da pronúncia, seria provocada pela segunda vez em razão de falhas ocasionadas na intimação das partes.

8. Ademais, sendo a nulidade posterior à pronúncia, desta caberia apelação na forma da alíena "a" do inciso III, do art. 593 do CPP, e em não interposta, e sendo a nulidade relativa, operaram-se, data venia, no nosso entender os efeitos saneatórios da decisão de pronúncia.

9. As razões acima expendidas se aplicam in totum a alegação de nulidade decorrente da intempestividade na apresentação do libelo e sua desconformidade.

10. No que tange a demora (hum ano) para a feitura do libelo acusatório, embora reprovável, não tem o condão de ensejar a nulidade da instrução como quer o impetrante, e sim, serviria à época para justificar outras medidas, como o excesso de prazo etc.

Associação dos Servidores do S.T.F

11. Ademais, a lei processual comina no seu art. 419 a penalidade aplicável no caso de atraso ou demora na apresentação do libelo.

12. Quanto a alegada desconformidade entre o libelo acusatório e a sentença de pronúncia (cf. fls. 55 e 115), face ter o promotor combinado os delitos com o art. 70 do Código Penal (concurso formal), enquanto a sentença de pronúncia dava como incidente o art. 51, § 1º do Código Penal (também concurso formal na redação antiga do diploma repressivo), é inteiramente descabida, pois não há a alegada contradição como se vê, e sim, apenas pequeno reparo No mais, não há menção ao inciso I, do § 1º, do art. 51 do Código Penal como quer, e faz induzir,o impetrante, pois inexistente.

13. Daí, improcedente, também, esta nulidade argüida.

14. No que concerne ao desaforamento tem-se que este resultou corretamente deferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça e de acordo com a jurisprudência desta Excelsa Corte:

> "O que a lei visa com o desaforamento é assegurar a isenção do julgamento. naturalmente, atendendo à comodidade das partes, há de ser para o local mais próximo. O fundamental , porém, não é a proximidade do lugar da ocorrência delituosa, mas a isenção do julgamento" (RTJ 76/710, voto do Min. Cordeiro Guerra)." (Hermínio Alberto Marques Porto, in JÚRI, RT , 5ª edição, 1987, p. 106).

15. No mais, a realização do julgamento que transcorreu sem incidentes e teve seus trabalhos normais, por si só, demonstram o acerto da medida.

16. Por outro lado, se anulado o julgamento como aqui proposto, tal colidiria com a orientação desta Excelsa Corte:

> "Pedido de desaforamento - Prejudicado pela realização do julgamento - Deferí-lo, após essa realização, importaria em, via oblíqua, invalidar o pronunciamento do júri. Interpretação do art. 424 do CPP - O desaforamento exige fundados temores de parcialidade do julgamento, a analisar em cada caso (STF, RE, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, DJU 1.10.82, p. 9.829)."
> (Adriano Marrey e outros, in JÚRI Teoria e Prática, RT, 3ª edição, 1988, p. 355).

17. Como se vê, improcedem as alegações colocadas no writ a partir de uma análise objetiva.

18. Agora, é de se passar para a análise da alegação de que ocorreu cerceamento de defesa em decorrência do afastamento da tese de defesa por parte do juiz, quando da formulação dos quesitos, ou seja, a não aceitação da tese de inexigibilidade de conduta diversa.

19. Quando do julgamento da apelação o Egrégio Tribunal "a quo" repeliu a nulidade aos argumentos assim sintetizados em sua ementa, verbis:

> "APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - QUESITO ÚNICO SOBRE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA - TESE SUPRALEGAL INCABÍVEL - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - IMPROVIDA.
>
> Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento, pelo juiz presidente, da formulação ao Conselho de Sentença de quesito único sobre inexigibilidade de outra conduta, substituído pelo questionário do estado de necessidade, porque essa tese não se encontra prevista na lei penal como causa de exclusão de culpabilidade e, portanto, é incapaz de isentar de pena."

Biblioteca do S.T.F. - Seção de Conferência

20. Sobre a inexigibilidade de outra conduta discorre o Min. Assis Toledo, verbis:

> "A contrario sensu, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente - nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato - aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supra-legal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito." (in PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL, Saraiva, 3ª edição, 1987, p. 316).

21. Neste mesmo sentido se posiciona Damásio E. de Jesus, que no entanto ressalva como causa excludente supra legal (cf. Direito Penal, vol. I, Saraiva, 1986, págs. 421 a 422).

22. Em sentido oposto, e ao que parece foi a tese sufragada pelo Juízo "a quo" e encampada pelo Egrégio Tribunal, posiciona-se Heleno Claudio Fragoso, verbis:

> "A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal. As causas de inexigibilidade previstas na lei, no entanto, permitem aplicação analógica.
>
> Os casos de inexigibilidade de outra conduta previstos na Parte Geral são basicamente os seguintes:

Publicação - S.T.F. Seção de Conferência

> 1 - Coação moral irresistível (art. 22, CP);
>
> 2 - Estado de necessidade exculpante (art. 24, CP);
>
> 3 - Certas situações de obediência hierárquica (art. 22, CP, in fine)". (in LIÇÕES DE DIREITO PENAL, A nova parte geral, Forense, 10ª edição, 1986, p. 218).

23. Como se vê, a tese é controvertida.

24. No entanto, no caso, in concreto, entendemos que é de se apoiar a orientação observada pelo Presidente do Tribunal do Júri face as circunstâncias imediatas do delito perpetrado e o uso, e não como afirmado a cassação, da adequação da tese àquela ocorrente de estado de necessidade, pois em última análise, satisfaziam a tese global sustentada pela defesa.

25. A adequação feita pelo Presidente do Tribunal do Júri está traduzida na absorção da seguinte tese, verbis:

> "A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso.
>
> O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso." (op. cit. p. 219, Heleno Fragoso).

26. Ora, é certo que a tese de inexigibilidade de outra conduta não foi afastada pela formulação da quesitação, e sim passou a ser adequada às normas legais pertinentes.

STF - Seção de Composição e Publicação

27. Como acima afirmado, embora se entenda que a inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal, no caso concreto a solução adotada adequou de forma eficiente a tese à quesitação a fazer, sem cerceamento de defesa, pois em se agindo de modo diverso, estar-se-ia frustrando do Tribunal popular uma correta valoração sob os aspectos da tese sustentada pela defesa.

28. No mais, a proposta de quesitação única é de todo inviável na hipótese, e conduziria certamente os jurados à perplexidade.

29. Daí, embora entendendo-se ser a inexigibilidade de conduta diversa causa supralegal é na hipótese de entender-se estar esta adequadamente exteriorizada e adequada a norma legal (art. 24 do CP).

30. Deste modo, não há, na hipótese, violação ao princípio da ampla defesa.

31. Por derradeiro, é de se ponderar a respeito da alegada deficiência e erro na quesitação:

32. Alega o impetrante, verbis:

> "O terceiro quesito da PRIMEIRA série, foi formulado assim:
>
> 3º - O réu agiu em defesa de um direito seu?
>
> O quarto quesito da PRIMEIRA série, foi formulado assim:
>
> 4º - O réu agiu em defesa de um direito ameaçado por perigo atual?
>
> Ora, data venia, o terceiro quesito da primeira série, deveria ser formulado deste modo:

STF Seção de Conferência e Publicação

3º - O réu praticou o fato para salvar de perigo atual direito proprio, consistente em ...

E ao quarto quesito, da primeira série perquiriria:

4º - Era razoável exigir-se o sacrifício desse direito nas circunstâncias em que se deu o fato?

Percebe-se, à toda evidência, que o quesito formulado pelo Presidente do Tribunal do Júri, foi deficiente, pelo menos."

33. Levando-se em conta que se formulava na espécie quesitos concernentes a tese de estado de necessidade (art. 24 do CP), diz a doutrina:

a) Hermínio A.M. Porto, propõe que a quesitação seja feita de acordo com aquela apontada pela impetração como deficiente, verbis:

"1º)"Agiu o réu em defesa de um direito?" (explicitar qual o direito, próprio ou alheio).

2º)"Agiu o réu em defesa de um direito ameaçado por perigo atual?"

3º)"Agiu o réu desobrigado de dever legal de enfrentar o perigo?" (op. cit. p. 249).

b) Adriano Marrey e outros, propõem a quesitação apontada como a melhor pela impetração, verbis:

"3º) o réu ... praticou o fato para salvar de perigo autal, direito próprio (ou de terceiro, conforme o caso, indicando-se a espécie de direito, como, p. ex., o direito à vida)?

4º) Era razoável exigir-se o sacrifício desse direito, nas circunstâncias em que se deu o fato?

5º) O réu... não provocou, por sua vontade, o perigo atual do direito referido?" (op. cit. p. 273).

STF Escola de Conselheiros

34. Desta forma, o que se verifica é que o Magistrado ao formular a quesitação optou entre uma daquelas consagradas na doutrina, embora, saliente-se que entende-se a outra melhor formulada e mais excplicativa, inclusive adotada por ilustres penalistas. No entanto, a opção efetuada está longe de promover a perplexidade que ora a impetração diz ocorrer com a formulação proposta.

35. Daí, em não havendo erro na formulação dos quesitos e menos ainda que estes tenham causado perplexidade aos jurados, é de se entender improcedente, também, esta nulidade.

36. Por derradeiro, é de se enfocar a alegada contradição nas respostas dos quesitos.

37. O impetrante expõe contradição havida entre as respostas dadas as mesmas perguntas nas séries respectivas a cada delito, deste modo:

"QUESITO - 1º. Série - omissis ....

2º quesito - **omissis** ...

3º quesito - o réu agiu em defesa de um direito seu ???

respostas: NÃO por 4 a 3 votos

4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º quesitos - **omissis**...

10º quesito - O réu confessou, perante a Autoridade, a autoria do crime ???

respostas: SIM por 6 a 1 votos.

SEGUNDA SÉRIE:

1º e 2º quesitos - **omissis** ...

3º quesito - O réu agiu em defesa de um direito seu ???

Biblioteca do STF

~~respostas~~: SIM, por 5 a 2 votos.

4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º quesitos - ~~omissis~~...

10º quesito - O réu confessou, perante a autoridade a autorida do crime ???

~~respostas~~: SIM, por 7 votos.

TERCEIRA SÉRIE:

1º quesito - ~~omissis~~ ...

2º quesito - O réu agiu em defesa de um direito seu ???

~~respostas~~: SIM por 5 a 2 votos.

3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º quesitos - ~~omissis~~."

38. É patente que só se verifica nulidade nos quesitos quando estes não permitem "o conhecimento de vontade dos jurados" (RTJ 96/590).

39. As séries de quesitos propostas se referiam a fatos diversos, daí, ser possível que aceitas em relação a uns e não a outros as teses levantadas nas séreis distintas. Deste modo, não se vislumbra contradição, que possa se extrair das perguntas respondidas em séries distintas, sobre fatos diversos e contraditórios, pois não relacionados entre si, qualquer perplexidade dos jurados.

40. No mais, não consta qualquer protesto no sentido de invalidar-se a quesitação quando da sua feitura.

41. Desta forma improcede também esta nulidade.

42. Por outro lado, é de se ponderar que o Egrégio

STF - Serviço de Conferência e Publicação de Acórdãos

Triubnal de Justiça "a quo", só foi, em grau de apelação, instado a se pronuncair sobre a tese de que nulo o julgamento face ter o Presidente do Tribunal do Júri invertido a tese da defesa, pois de resto as questões aqui suscitadas não foram colocadas a exame no Egrégio Tribunal "a quo", ou quando o foram (desaforamento) restaram indeferidas, tendo o paciente quanto a elas não se insurgido, conforme se verifica dos vv. arestos colacionados às fls.216 a 254, o que, data venia, não ensejaria o conhecimento do writ nestes pontos.

43. Pelo exposto, opina-se pela denegação da ordem.

É o parecer."

É o relatório.

02-002

V O T O

01525030
03490660
01923000
01280300

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (PRESIDENTE) - 1. Quanto à nulidade relativa à inversão da ordem processual ao proceder-se a oitiva de testemunha de acusação, por meio de carta precatória, depois de ter sido prolatada a sentença de pronúncia, não se trata de nulidade absoluta, e, por isso, não tendo sido argüida oportunamente (artigo 571, V, do Código de Processo Penal), ficou sanada (artigo 572 do mesmo Código).

2. No tocante à intempestividade na apresentação do libelo, dessa demora não resulta a nulidade da instrução, mas - se já não estivesse prejudicada nesta altura - daria margem a conseqüências com as decorrentes do excesso de prazo. Aliás, o artigo 419 do C.P.P. estabelece as sanções administrativas cabíveis quando ocorre a hipótese de libelo tardio.

Já no que diz respeito a alegada desconformidade entre o libelo e a sentença de pronúncia, se procedente, estaria sanada por não ter sido argüída oportunamente, mas sequer o é, como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 259):

> "Quanto a alegada desconformidade entre o libelo acusatório e a sentença de pronúncia (cf. fls. 55 e 115), face ter o promotor combinado os delitos com o art. 70 do Código Penal (concurso formal), enquanto a sentença de pronúncia dava como incidente o art. 51, § 1º do Código Penal (também concurso formal na redação antiga do diploma repressivo), é inteiramente descabida, pois não há a alegada contradição como se vê, e sim, apenas pqueno reparo No mais, não há menção ao inciso I, do § 1º,

Supremo Tribunal Federal Secretaria de Documentação e Biblioteca

02

do art. 51 do Código Penal como quer, e faz in duzir, o impetrante, pois inexistente."

3. A alegação relativa ao desaforamento, além de estar prejudicada com a realização do julgamento, não se funda em elementos que invalidem a fundamentação do acórdão que a deferiu, verbis:

"O desaforamento é medida de exceção, e o que de melhor serve para convencer quanto ao seu cabimento e oportunidade são as informações do juiz. Nestas, em concreto, O MM. Juiz de Iguatemi não só confirmou as alegações do MP a respeito da dúvida sobre a imparcialidade do júri, mas outras considerações acrescentou, a respeito da segurança e da ordem pública. O julgamento, nestas circunstâncias, jamais poderia ser realizado em clube recreativo. Além disso, o destacamento policial local, como informa o MM. Juiz, é impotente para garantir a ordem e a segurança pública exigível na ocasião.

O certo, no caso, é deslocar o julgamento para a comarca próxima que não revele os referidos inconvenientes, e as circunstâncias recomendam que tal comarca deverá ser a de Dourados.

Defiro, pois, o pedido, nos termos do artigo 424 do CPP, para desaforar o julgamento do réu Luiz Nogueira Lopes para a referida comarca." (fls. 229/230.)

4. Também improcedentes são as alegações de deficiência e de erro na elaboração dos quesitos, bem como de contra

dição de suas respostas. A esse propósito, acolho integralmente a fundamentação do parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 264/267).

5. Por fim, também não procede a alegação de que ocorreu cerceamento de defesa em face de o Juiz, por entender que não se poderia admitir tese supralegal, haver, na formulação dos dos quesitos, aludido, como tese central da defesa, ao estado de necessidade, e não à inexigibilidade de conduta diversa.

Como acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, a questão de se admitir, ou não, a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade, é bantante controvertida.

E, a esse propósito, a tese corrente é - a meu ver - a dos que a negam em nosso direito. Afiguram-se-me irrespondíveis estes argumentos expostos por NELSON HUNGRUA (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo I, 5a. edição, págs. 101/102, Forense, Rio de Janeiro, 1977), e que continuam válidos em face da nova redação da parte geral do Código Penal, que nada alterou a respeito:

> "Notadamente, é de enjeitar-se a teoria das "causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade", excogitada pelos autores alemães para suprir deficiências do Código Penal de sua pátria (velho de mais de meio século), não se justificando perante Códigos mais recentes, que procuram ir ao encontro de todas as sugestões no sentido de se obviarem os inconvenientes do sistema fechado da lei penal. Estaria esta exposta a sério perigo de subversão, se se atribuísse aos juízes o arbítrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei escrita (como o de que sempre "é justo o meio para o justo fim", de GRAF ZU DOHNA, ou o da extensão da "não-exigibilidade" além dos casos típicos do "estado de necessidade", segundo o pensamento de FREUDENTHAL e de MEZGER), criarem cau

sas de excepcional licitude, de impunibilidade ou não-culpabilidade penal.

Em face de um Código, como o nosso, que enumera, em termos suficientemente dúcteis, as causas descriminantes ou de imunidade penal; que aboliu a "responsabilidade objetiva", consagrando irrestritamente o princípio nulla poena sine culpa; que é profuso no capítulo das causas de renúncia ao jus puniendi por parte do Estado; que faculta em vários casos, o perdão judicial; que deixa ao juiz um extenso arbítrio na medida da pena (art. 42), haveria pouquíssimo espaço para a analogia in bonam partem.

Nenhum apoio merece a tese, sustentada por NARCÉLIO DE QUEIRÓS, no sentido de que, tendo a nova Lei de Introdução ao Código Civil suprimido o art. 6º, da anterior ("A lei que abre exceção a regras gerais só abrenge os casos que especifica"), já não há como impugnar-se (no direito brasileiro) a analogia in bonam parte, mesmo em matéria penal. Seria discutível se a dita lei se reflete, in subjecta materia, sobre o direito penal (a que não faz referência alguma); mas o que é certo é que a invocada supressão não visou a abolir o princípio da inextensão analógica das normas excepcionais. Outra foi a sua ratio: evitar a formulação legal de um axioma jurídico, que, segundo a justa ponderação de DIAS FERREIRA (secundado por CLÓVIS BEVILÁQUA), é "próprio de um livro elementar, destinado ao ensino do direito, inteiramente escusado no livro das leis bem como afastar dúvida sobre acessibilidade das normas excepcionais à interpretação extensiva, que se não confunde com a extensão analógica. A inextensibilidade por analogia das normas de exceção não precisa de figurar no corpo das leis: é um princípio apodítico de direito."

Também HELENO CLÁUDIO FRAGOSO - citado no parecer da Procuradoria-Geral da República -, diante da nova parte geral do Código Penal, assevera:

> "A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal." (fls. 262).

Ademais, a substituição não trouxe qualquer prejuízo ao ora paciente, tratando-se, antes de uma adequação para afastar dos jurados a perplexidade, e adequação perfeitamente correta, como resultado destas palavras de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO:

> "A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso.
>
> O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso." (fls. 263 dos autos).

Nesse sentido também a jurisprudência de vários Tribunais, como o demonstrou o Desembargador NILDO DE CARVALHO, como 1º revisor na apelação civil interposta pelo ora paciente e a que não deu provimento o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Disse ele, em seu voto:

> "Independentemente da discussão sobre a possibilidade ou não de se constituir a inexigibilidade de outra conduta - causa supralegal de licitude ou de inculpabilidade -, o problema se resume em saber se é possível ou não - quando a tese diz respeito a inexigibilidade de conduta diversa - questionar um só quesito ou se há necessidade de mais quesitos a respeito. Quando o juiz presidente do Tribunal do Júri da comar-

ca da Capital, por mais de uma vez questionei quesito único, e esta egrégia Turma anulou os julgamentos, entendendo não ser possível o quesito único. Dentre esses, trago à colação a Apelação Criminal nº 995/84, em que foi apelado Édson Natalício da Rosa e, relator, o eminente Des. José Rizkallah:

> "Quesito único sobre a inexigibilidade de outra conduta respondido afirmativamente e que resultou em absolvição - Ilegalidade - Nulidade reconhecida - Novo julgamento ordenado.
>
> ...é impossível validar julgamento baseado em quesito único sobre o assunto, divorciado dos princípios norteadores das causas legais."

Num julgamento em que foi relator, o eminente Des. Jesus de Oliveira Sobrinho sugeria, inclusive, mais de um quesito, e cheguei a formular, num outro julgamento, quesitos a respeito da inexigibilidade de outra conduta, sem fazer adaptação em qualquer causa prevista em lei, mas, lamentavelmente, não houve recurso e não chegou à apreciação desta Turma.

Tomando, no entanto, assento neste Tribunal, recebi a Apelação Criminal nº 1.453, de Aquidauana, em que foi apelante Clóvis Arantes, e o tema submetido a julgamento era idêntico ao de hoje. Fiz um estudo mais acurado a respeito e, realmente, consoante citou o ilustre relator, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por suas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e este Tribunal, como já citei, têm entendido que a não-exigibilidade de outra conduta não deve ir além das hipóteses características do estado de necessidade, como se vê na Revista dos Tribunais do Rio Grande do Sul nº 54/86; na Jurisprudência Brasileira vol. 7, p. 165; na Revista dos Tribunais nº 595, p. 406; e na Revista de Justiça do Tribunal de São Paulo nº 97, p. 421, que publica a decisão da Revisão Criminal nº.... 11.094, julgada pelo 2º Grupo de Câmaras Criminais do TJSP, com a seguinte ementa:

"Júri - Quesitos - Defeito na formulação - Articulação de estado de necessidade em face da postulação, pela defesa, de inexigibilidade de conduta diversa - Nulidade inexistente - Preliminar rejeitada" (RJTJSP nº 77/421).

Diante disso, e tendo em vista que o douto advogado de defesa, pelo que consta na ata, sugeriu que fosse questionado um só quesito, não apresentando nenhum outro, acompanho o nobre relator." (fls. 248/250).

5. Em face do exposto, indefiro o pedido de habeas corpus.

rdd/

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HC 66.192-1 - MS
Rel.: Ministro Moreira Alves. Pacte.: Luiz Nogueira Lopes. Imptes.: Atinoel Luiz Cardoso e outros. Coator.:Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Decisão: Indeferiu-se o pedido de "habeas-corpus". Unânime. 1a. Turma, 21-06-88.

01525030
03490660
01924000
00000470

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Senhores Ministro Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Sydney Sanches e Octavio Gallotti.

Subprocurador-Geral da República, Dr. José Arnaldo Gonçalves de Oliveira.

ANTONIO CARLOS DE AZEVEDO BRAGA
Secretário

RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL Nº 1.162 - GUANABARA

0971010
4570010
1621000
0000100

RECORRENTES : JESSIE JANE, COLOMBO VIEIRA DE SOUZA JÚNIOR e FERNANDO PALHA FREIRE

RECORRIDO : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

E M E N T A: - CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. SEQUESTRO DE PASSAGEIROS DE AERONAVE. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 84 DO DL Nº 898/69; INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA. PENA.
Argüição de inconstitucionalidade do art. 84, do Dl nº 898, de 1969, por incompatibilidade com o art. 153, § 15, da Constituição, repelida. - Apoderamento de aeronave em vôo e regresso ao aeroporto de origem. Configuração do crime de seqüestro (art. 28 do Dl. 898/69) contra os passageiros da aeronave, que tiveram cerceada a sua liberdade de locomoção. - Inaplicabilidade à espécie da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exculpação. - Excesso na fixação da pena. Sua redução. - Dois recursos providos em parte e um desprovido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e no

tax tanquigráficas, à unanimidade de votos, dar provimento, em parte, ao recurso.

Brasília, 26 de novembro de 1974.

OSWALDO TRIGUEIRO - PRESIDENTE

BILAC PINTO - RELATOR

/esp.

Mod. STF - 100-03

RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL Nº 1.162 - GUANABARA

RELATOR : O SENHOR MINISTRO BILAC PINTO

RECORRENTES : JESSIE JANE, COLOMBO VIEIRA DE SOUZA JÚNIOR e FERNANDO PALHA FREIRE

RECORRIDO : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO BILAC PINTO: - O Procurador da Justiça Militar denunciou Colombo Vieira de Souza Júnior, Fernando Palha Freire e Jessie Jane, presos em flagrante, como incursos nas sanções do parágrafo único do art. 28 do Decreto-lei nº 898, de 29.9.69. Disse a denúncia que eles, no dia 1º de julho de 1970, sequestraram, em pleno vôo, um avião Caravelle, e, após o domínio dos passageiros e tripulação, fizeram com que a aeronave retornasse ao aeroporto de origem, onde, pela intervenção das autoridades, foi possível operar o resgate dos que se encontravam no seu interior. Em conseqüência do ato subversivo, veio a falecer Eiraldo Palha Freire, irmão de Fernando, e que também compunha o grupo.

Julgados por um Conselho de Justiça composto na forma do art. 54 do Dec.-lei nº 898, foram assim condenados:

"... resolve o Conselho Especial de Justiça, julgar-se competente para desclassificar o crime previsto na denúncia para o caput do art. 28 do Dec.-lei nº 898/69 .

00971010
04570010
01622000
00000230

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

como desclassificado tem, e CONDENAR, unanimemente, COLOMBO VIEIRA DE SOUZA JÚNIOR como incurso no dispositivo acima aludido, fixando apena base em 30 (trinta) anos de reclusão e reconhecendo a atenuante da menoridade, diminuí-la de 1/5, estabelecendo a pena final em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos, por maioria de votos; CONDENAR - JESSIE JANE a pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, na ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes e suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos, por maioria de votos; CONDENAR - FERNANDO PALHA PEREIRA a 12 (doze) anos de reclusão e suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos, todos como incursos nas sanções do art. 2º do Dec.-lei 898 de 29 de setembro de 1969, combinado com o art. 74 da mesma Lei." (fls. 401)

O Superior Tribunal Militar, confirmou a sentença, restando vencidos alguns ministros, que provam a apelação da defesa para reduzir a 16 anos, 9 meses e 18 dias a pena de Colombo Vieira. O acórdão recebeu esta ementa:

> " SEQUESTRAR AVIÃO. Artigo 25 do Decreto-Lei 898. Apoderar-se ilegalmente, tomar violentamente, é isso sequestrar, pondo em risco a vida dos passageiros e comprometendo a própria segurança do vôo." (fls. 474)

Recorrem ao Supremo Tribunal. O advogado de

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF - 108-09

Jessie Jane Arguí, em preliminar, a incompetência do Conselho Especial para julgar o caso em foco, pela manifesta inconstitucionalidade do art. 84 do Dec.-lei 898, de 1969, e, no mérito, alega ofensa ao princípio da reserva legal, já que, à época do fato, sequestrar avião não era crime, e, se crime houve, não passou de mera tentativa (fls. 494/503). O advogado de Colombo Vieira se limitou a propugnar pela redução da pena de seu constituinte para 12 anos, por razões que invoca (fls. 510). O advogado de Fernando Ralha, examinando a prova, pede a sua absolvição, sob a alegação de que ele agiu em situação "na qual não lhe era exigível conduta diversa", e invoca, mais a mais, as teses anteriormente citadas, sublinhando que não existe sequestro de coisas como figura de delito.

A Procuradoria Geral da República analisou as petições de recurso com estas razões: (fls. 540/3)

> "No que concerne a alegada incompetência do Conselho Especial, sua improcedência resulta demonstrada pelo venerando acórdão ao ressaltar que a denúncia referia a prática de fato ajustado à hipótese prevista pelo art. 2º, parágrafo único do Dec.-lei 898/69, pelo que, seu processo e julgamento era de ser feito na forma estabelecida pelo art. 84 do mesmo diploma. Só no curso da instrução tornou-se indiscutível que a morte foi decorrente de suicídio daí ser alterada, na sentença, a classificação do crime, o que permitido pelo art. 95 da Lei de Segurança Nacional.
>
> Por outro lado, não vulnera preceito constitucional a composição do Conselho Es

pecial de Justiça prevista no art. 34 do Dec.-lei 898/69, pois a Lei Fundamental prescreve em seu art. 127 que "são órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores instituídos por lei". Deixou, pois à lei, como tal compreendido o Dec.-lei, dispor sobre a forma pela qual, naquele foro especial, os seus juízes devam ser instituídos.

Não há negar, tampouco, configure o fato descrito na denúncia, o crime definido no art. 25 da Lei de Segurança Nacional, como sustentado pelos recorrentes com aflito apego ao uso da expressão sequestro, que entendem dirigida, "in casu", unicamente à aeronave.

Ora, fosse a ação dos recorrentes, restrita ao apoderamento da aeronave, e quanto se alega no recurso mereceria inteira acolhida. Tal, porém, inocorre, referindo a denúncia que eles, após terem determinado ao Comandante do avião que retornasse ao aeroporto, determinaram que se expedisse mensagem às autoridades "fazendo exigências já pré-estabelecidas e que consistiam na troca dos passageiros por presos políticos, em número de quarenta". Refere ainda a peça inaugural da lide que os passageiros, sob a mira de revólveres, se encontravam impossibilitados de qualquer reação. (fls.2-b).

A intenção expressamente revelada pe

Mod. STF - 102-03

los recorrentes, não era a de se apoderarem do avião, mas a de manterem seqüestrados, quantos nele se encontravam, de sorte,a, pela ameaça de eliminá-los, se não atendidos, obterem como condição do resgate, a troca de passageiros e tripulantes, pro um determinado número de presos políticos, o que ressaltado na denúncia.

Não terem alcançado o resgate, face à enérgica ação das autoridades, de nenhum modo situa o crime no terreno da tentativa, pois, o resgate não é elemento do delito, mas o fim pretendido pelo agente.

O "seqüestro compreende apenas o que isso significa em termos de Direito Penal, ou seja, o crime contra a pessoa que consiste na constrição de sua liberdade pessoal", como mostra o insigne Heleno Cláudio Fragoso, ao arrazoar o recurso (fls. 524), e essa constrição, sem qualquer sombra de dúvida, foi pelos recorrentes imposta aos passageiros e tripulantes da aeronave.

Verdade que, com impropriedade, a ementa do acórdão fala em seqüestro de avião. Ao apreciar a hipótese focalizada pelos autos, contudo, examina a figura do seqüestro, dando-o como caracterizado ao ressaltar que os passageiros ficaram em poder dos acusados e "no dizer de Nelson Hungria, o que a lei protege,particularmente, é a liberdade pessoal de movimento,

STF
102.08

a faculdade de movimento da pessoa no âmbito espacial que a lei lhe assegura, o direito de ir e vir ou escolher o lugar onde se quer ficar. E para que se integre o crime, em qualquer de suas variantes, não é necessário que a vítima fique absolutamente impedida de retirar-se do local em que a põe o agente: basta que não possa afastar-se (transportar-se para outro lugar) sem grave perigo pessoal. É isso o suficiente para demonstrar que não houve simples tentativa, e sim, crime consumado. Os quarenta passageiros, que tinham destino a São Paulo, foram obrigados a voltar ao ponto de partida, no Galeão, durante horas, não podiam sequer afastar-se de suas poltronas, e se o fizessem, evidentemente correriam risco de vida, grave perigo pessoal". (fls. 478/479).

A veneranda decisão "sob censura", teve, pois, em mira, e bem como consumado o crime de sequestro, face a atividade dos recorrentes incidindo na liberdade dos passageiros e tripulantes do avião, por eles sequestrados, como meio de troca por prisioneiros políticos, apresentando-se, pois, de todo irrelevante o uso inadequado da expressão sequestro, relativamente à aeronave.

Por fim, plenamente provado o envolvimento dos recorrentes nos fatos narrados pela denúncia, não havendo como aco-

Mod. STF - 709-03

lher-se a alegação de que Fernando Falba Freire deles teria participado inconscientemente, ignorando até o último momento o que fora planejado pelos demais co-réus (fls. 512/515). Para evidenciar que ele não foi mero expectador, basta ler suas declarações no auto de prisão em flagrante (fls. 41) e, posteriormente, em juízo (fls. 163/164v).

Face ao exposto, é o parecer, pelo improvimento do recurso."

É o relatório.

..*.*.*.*.*.*

/esp.

Mod. STF - 109/83

V O T O

O SENHOR MINISTRO BILAC PINTO (RELATOR): - A primeira recorrente arguiu preliminarmente a incompetência do Conselho Especial, por duas razões: a - o crime pelo qual se deu a condenação não é apenado com morte ou prisão perpétua, não se justificando, portanto, o julgamento perante tal Conselho; b - mesmo que fosse possível esse julgamento, o art. 34 do Dec.-lei nº. 898, de 1969, que prevê a composição desse Conselho, seria inconstitucional, por criar tribunal de exceção.

A sentença oferece, em favor da competência, esta justificação:

> "É que o Conselho Especial de Justiça convenceu-se de que era competente. A lei é completamente omissa e além do mais presta-se a interpretações várias. Se por um lado a defesa entende que, no caso da sanção do crime não ser a de morte ou de prisão perpétua, foge-lhe a competência que seria, então, do Conselho Permanente, também é certo que a lei faculta ao Conselho Especial, designado pelo Exmo. Sr. Ministro, desclassificar o crime, desde que não inove a acusação (art. 95). Ora, se a finalidade deste Conselho é apenas julgar para condenar ou absolver naqueles casos, porque lhe dá a faculdade de desclassificar? Para que um Conselho Permanente o julgue? Atuando, então, como se fosse um Tribunal de

00971010
04570010
01623000
01220340

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STF - 108-03

2a Instância? Ademais, quem pode o mais, pode o menos. Esse o convencimento que levou os julgadores a se sentirem competentes" (f. 395).

E o Superior Tribunal considerou que:

"Portanto, correta, certa a decisão do CSJ em desclassificando o delito para o caput do art. 28 do Dl. 898/69, quer face o art. 95 do citado Dl que autoriza tal, seja porque trata-se de penalidade mais branda; ao demais, não houve, de - sarte, nenhum prejuízo para as partes, estas não ficaram prejudicadas por ter sido o assunto em foco levado para uma pena menor, menos ainda, é de se ressaltar, não se inovou a acusação" (f. 477).

Estes argumentos, deduzidos em primeira e segunda instância, a mim bastam para repelir o fundamento inicial da preliminar.

O outro, de igual modo, não merece melhor sorte. Vejam-lo. O art. 84 do Dl. nº 898, de 1969, inserido no capítulo que trata "do processo dos crimes punidos com as penas de morte e de prisão perpétua", possui esta redação:

"Art. 84. Serão nomeados pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar os membros dos Conselhos de Justiça competentes para o julgamento dos crimes punidos com as penas de prisão perpétua e de morte.

Parágrafo único. A nomeação dos juízes do Conselho constará dos autos de

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Mod. STF - 108-09

processo, por certidão".

Segundo a Constituição, art. 127, são órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores instituídos por lei.

A norma constitucional conferiu, por conseguinte, à lei ordinária a instituição de juízes inferiores. Daí a criação dos Conselhos de Justiça, o Especial e o Permanente. Temo-los na Lei de Organização Judiciária Militar (Decreto-lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969, arts. 2º e 13), cada qual com a sua competência. Se este diploma legal pode prever, ao lado Permanente, o Conselho Especial, outra lei também poderia fazê-lo e fê-lo o Decreto-lei nº 898/69.

A circunstância de estabelecer a Lei de Organização Judiciária Militar que os membros dos Conselhos Especiais de Justiça (arts. 13 e seguintes) serão sorteados dentre oficiais da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 15) e o art. 84 do Decreto-lei nº 898/69 que os membros dos Conselhos Especiais de Justiça, competentes para o julgamento dos crimes contra a segurança nacional punidos com as penas de prisão perpétua ou de morte, serão nomeados pelos Ministros Militares, é que abriu ensejo à argüição de inconstitucionalidade do art. 84 do Dec.-lei nº 898/69, por violação do parágrafo décimo quinto do art. 153 da Constituição de 1969, que não permite a criação de tribunais de exceção.

Ainda que se admita que o legislador não foi feliz ao estabelecer, no art. 84 do Dec.-lei nº 898/69, a nomeação e não o sorteio, como processo de constituição dos Conselhos Especiais, deve-se ter em vista que as decisões desse órgão estão sujeitas a

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mod. STF - 109-69

duas revisões sucessivas, a primeira, pelo Superior Tribunal Militar, e, a segunda, pelo Supremo Tribunal Federal, que reexaminam toda a prova produzida.

A decisão que ora estamos examinando, em grau de recurso ordinário, não é a do Conselho Especial, mas aquela que foi proferida pelo Superior Tribunal Militar.

A argüição de inconstitucionalidade poderia ter procedência se os órgãos superiores da hierarquia judiciária, competentes para o julgamento dos recursos das decisões do Conselho Especial, estivessem fora dos quadros normais do Poder Judiciário e tivessem as características de tribunais de exceção, o que não ocorre.

2 - A outra alegação, passando ao mérito, trazida por dois dos recorrentes, é a de que não houve crime de seqüestro. Lê-se da petição, às fls. 524: "Quando a lei fala em seqüestro compreende apenas o que isso significa em termos de Direito Penal, ou seja, o crime contra a pessoa que consiste na constrição de sua liberdade pessoal. Não existe seqüestro de coisas como figura de delito."

O argumento, que à primeira vista impressiona, não tem como possa proceder.

O acórdão recorrido, referindo-se à denúncia, disse que:

> "... após haver decolado a aeronave às 9 horas e 50 minutos, os acusados - meia hora depois -, armados, determinaram o retorno do avião ao aeroporto de origem, sendo que Colombo mandava fosse transmitida, pelo rádio, uma mensagem di-

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

rigida às autoridades competentes, tor - nando-se cientes do que se passava a bor do.

Já no Galeão, novas comunicações f ram passadas, exigindo os sequestradores troca de passageiros por presos políti - cos e em número de 40 (quarenta).

Não atendidas as exigências impos- tas pelos acusados, procederam as autori dades a uma operação de resgate, não só dos passageiros da aeronave em apreço , quer da própria tripulação, o que foi conseguido após 4 ou 5 horas, evidencian do ainda a denúncia que JESSIE JANE ex- clamou, antes da operação-resgate, que somente sairiam dali mortos, mas, antes, matariam muita gente" (f. 475).

Em seu interrogatório em juízo, afir mou Fernando Palha:

"... que após pousar o avião no Ga leão foi transmitida ordem de Jane ou Co lombo e dirigida às autoridades do Galeão para que estes soltassem os 40 presos po líticos em troca dos passageiros que se encontravam no avião; que após transmiti da e recebida a ordem, o interrogando e seus companheiros ficaram esperando a res posta por cerca de 4 a 5 horas" (f.164).

Os acusados procuravam, desta forma, al- cançar um fim anteriormente determinado, qual seja, a per muta de passageiros por presos políticos. Para tanto , usaram da aeronave, quando dela se apoderaram ilicitamen

Mod. STF - 199-03

te, ocorrente como um meio. A ação, no caso, estava dirigida essencialmente contra os passageiros. Estes, sim, tinham a sua liberdade de locomoção tolhida. É inegável, que, perante tais fatos, ocorreu, valendo-me, das palavras de Nelson Hungria, a "arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço" (Comentários, vol. VI, pág. 192). Estão, portanto, presentes aqui todos os elementos constitutivos do crime sob a denominação de seqüestro, seqüestro dos passageiros, jamais da aeronave.

O acórdão impugnado não foi feliz, com a devida vênia, ao se referir, em certos momentos, a seqüestro de avião, mas frisou, com evidente acerto:

> "Primeiramente, boa fé, ausência de dolo, não podem e nem poderiam alegar os apelantes. Eram e estavam senhores do plano delituoso traçado. Prestaram os réus conscientemente a sua colaboração.
>
> Não se trata de aventura meio romântica, infantil, bang-bang, e sim, de quatro (4) seqüestradores, de armas em punho, que fizeram retornar um avião à Guanabara, exigindo, ainda, a troca de 40 passageiros, presos como reféns, por 40 presos políticos" (f. 477).
>
> "Não há negar que passageiros e avião ficaram em poder desses verdadeiros piratas..." (f. 478).

Configurado o seqüestro, repita-se, dos que embarcaram na aeronave, não se há de argumentar que o crime ficou apenas na forma tentada, pois nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. É irrele-

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mod. STF - 169-03

vante, para a consumação, se o fim desejado foi ou não alcançado, como também o é a duração do seqüestro.

3 - Em favor de Fernando, alega-se que ele não "integrava o grupo" e que "foi levado à última hora pelo irmão, sem conhecimento do que iria suceder". Pede-se, com tais premissas, a sua absolvição, sob o fundamento da inexigibilidade de conduta diversa.

No entanto, a composição dos autos não favorece a tese invocada. É suficiente ler ambos os interrogatórios deste recorrente, aquele colhido quando da lavratura do flagrante (f. 41/42), e outro tomado em juízo (f. 163-164). Ainda: as declarações dos co-réus Colombo (f. 43-44) e Jessie (f. 44-46). Por não tê-lo visto empunhando arma, como disse a testemunha Irene (f.232), ou por não ter dele ouvido ordens à tripulação, como asseverou a testemunha Herman (f. 236), não implica na exclusão da culpa, tal como pretende a ilustre defesa. Estes fatos pesaram, sem dúvida, em favor do recorrente, no momento de se fixar a pena.

Desta forma, a causa genérica de exculpação invocada, que alguns autores reconhecem estar presente em nosso sistema penal, não se coloca conforme à pretensão do recurso. Diz-se de Aníbal Bruno, seu defensor, mas que a tem de aplicação excepcional aos fatos dolosos: "A não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos, pois se o Direito não impõe heroísmos, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal" (Direito Penal, tomo II, 1967, pág. 105). E esta vontade anticriminosa, ainda que vacilante, não se apura em parte alguma dos autos. É inarredável, penso,

Mod. STF - 109-03

a participação consciente de Fernando no ilícito descrito na peça inicial acusatória.

4 - Quando do julgamento perante a Auditoria, o Presidente do Conselho e o Juiz Auditor, vencidos, condenavam Colombo Vieira a 30 anos de reclusão e Jessie Jane a 15 anos. No Superior Tribunal, os Ministros Waldemar de Figueiredo Costa, Nelson Sampaio, Bizerria Mamede, Waldemar Torres da Costa e Alcides Vieira Carneiro, provendo a apelação de Colombo Vieira, reduziam a sua pena privativa de liberdade a 16 anos, 9 meses e 15 dias, mas ficaram vencidos.

A quantidade de pena que afinal prevaleceu, 24 anos para Colombo, com pena base posta em 30 anos (no máximo), e 18 anos para Jessie, vejo-a um tanto quanto excessiva, principalmente em se tratando de réus juridicamente primários.

Não chegaria a acolher, em sua inteireza, a irresignação do recorrente Colombo, pois penso que, e estaria conforme o voto do Ministro Rodrigues Alckmin proferido no RCr. nº 1.163 (RTJ-63/23), "a só circunstância de primariedade não justificaria fosse a punição estabelecida no mínimo". Entretanto, endosso-a parcialmente, ficando com os votos vencidos na instância recorrida. Em assim sendo, abrando também a reclusão de Jessie, que, a pesar de não lhe socorrer nenhuma atenuante, não pode receber pena maior do que a infligida ao acusado Colombo, colocando-me de acordo com os votos vencidos na Auditoria.

Finalizando: a - provejo, em parte, os recursos de Colombo Vieira de Souza Júnior e de Jessie Jane, para o fim de lhes reduzir a pena; para o primeiro fixo a pena base em 21 anos (média do máximo com o míni-

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mod. STF - 104-03

me), reduzindo-a de um 1/3 em razão da menoridade (Código Penal Militar, arts. 72, I e 73 - doc. de 212), ou seja, de 4 anos, 9 meses e 12 dias, fixando-a finalmente em 16 (dezesseis) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito)dias para a segunda, reduzo a pena para 15 (quinze) anos de reclusão; e - nego provimento ao recurso de Fernando Palha Freire.

..*.*.*.*.*

/ep.

Extrato da Ata

00971010
04570010
01624000
00000400

RCr 1.162 - GB - Rel., Min. Bilac Pinto. Rectes. Jessie Jane (Adv. Augusto Süssekind de Moraes Rego); Colombo Vieira de Souza Junior (Adv. Oswaldo Ferreira de Mendonça Junior); Fernando Palha Freire (Adv. Heleno Cláudio Fragoso). Recdo. Superior Tribunal Militar.

Decisão: Provido, em parte, unanimemente. Falou, pelos Recorrentes, o Dr. Augusto Süssekind de Moraes Rego. — 1ª T., 26-11-74.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Bilac Pinto, Rodrigues Alckmin, e, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.

Antonio Carlos de Azevedo Braga, Secretário da 1ª Turma.

SUPREMO TRIBUNAL FE

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJE nº 036 Divulgação 28/02/2008 Publicação 29/02/2008
Ementário nº 2309 - 3

25/09/2007 **PRIMEIRA TURMA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.880-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	:	**MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S)	:	LAURO SILVEIRA MACIEL
ADVOGADO(A/S)	:	RICARDO CUNHA MARTINS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	:	EDGAR PACHECO GRAVANA
ADVOGADO(A/S)	:	OLÍMPIO SIMÕES PIRES
RECORRIDO(A/S)	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DOMICÍLIO - INVIOLABILIDADE NOTURNA - CRIME DE RESISTÊNCIA - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. A garantia constitucional do inciso XI do artigo 5º da Carta da República, a preservar a inviolabilidade do domicílio durante o período noturno, alcança também ordem judicial, não cabendo cogitar de crime de resistência.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 25 de setembro de 2007.

MARCO AURÉLIO - PRESIDENTE E RELATOR

STF - Seção de Composição de Acórdãos 8

25/09/2007 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.880-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	:	**MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S)	:	LAURO SILVEIRA MACIEL
ADVOGADO(A/S)	:	RICARDO CUNHA MARTINS E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S)	:	EDGAR PACHECO GRAVANA
ADVOGADO(A/S)	:	OLÍMPIO SIMÕES PIRES
RECORRIDO(A/S)	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reformando sentença em que absolvido o réu por inexigibilidade de conduta diversa, condenou-o pelo crime de resistência. Asseverou configurada a oposição à "execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo" (folha 356).

Com os embargos declaratórios, buscou-se manifestação do Tribunal de origem quanto à violação do domicílio, porquanto o oficial de justiça, em um sábado à noite, tentara entrar na residência do ora recorrente, contra a vontade deste, ofendendo garantia constitucional. Os declaratórios foram desprovidos, assentando-se haver constado do mandado autorização expressa para cumprimento em domingo ou em dia útil, em horário diverso do estabelecido no artigo 172 do Código de Processo Civil, nos termos do § 2º desse mesmo artigo.

Nas razões do extraordinário, aponta-se como desrespeitado o inciso XI do artigo 5º da Carta da República, alegando-se que, no acórdão recorrido, foi evocada legislação ordinária para afastar a aplicação de tal garantia constitucional. Ressalta-se que o oficial de justiça, em um sábado, durante o repouso noturno, pretendera entrar no domicílio para intimar a mulher - cônjuge - que estava enferma, agindo em flagrante abuso de autoridade.

O Juízo primeiro de admissibilidade afirmou não ser possível o reexame de matéria fática (folhas 391 e 392), decorrendo o processamento do extraordinário da decisão de folhas 410 e 411, mediante a qual dei provimento ao agravo.

O parecer da Procuradoria Geral da República, de folhas 417 e 418, é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na interposição deste extraordinário, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente credenciado pelo termo de interrogatório de folha 110 e pelo substabelecimento de folha 334, restou protocolada no prazo legal.

A espécie apresenta peculiaridades que não foram afastadas quando provida a apelação interposta pelo Ministério Público. O Colegiado simplesmente consignou que não poderia o ora recorrente desacatar o oficial de justiça, fazendo-o mediante violência. Colocou em plano secundário a defesa do próprio domicílio e, portanto, o esforço a configurar, conforme registrado na sentença do Juízo, a inexigibilidade de conduta diversa. Buscou o oficial cumprir o mandado de intimação, em que pese a acerto para fazê-lo em dia útil anteriormente entabulado, no sábado à noite. Então, houve a resistência no espaço do próprio domicílio.

Tenho como caracterizada a ofensa ao preceito da Carta que versa a inviolabilidade noturna do domicílio, pouco importando a existência de ordem judicial. É em relação a esta última mesmo que ocorre a limitação constitucional. Confiram com o teor do inciso XI do artigo 5º da Carta Federal:

STF 002 002

> XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Conheço do extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, restabelecer o entendimento sufragado na sentença.

STF 002

25/09/2007 **PRIMEIRA TURMA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.880-4 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, foi durante a noite, portanto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Foi em um sábado à noite.

A violência estaria consubstanciada em um empurrão, no recinto da Casa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência pegou bem: o bem jurídico, tutelado pela Constituição, é a própria casa; a casa é o asilo inviolável do indivíduo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - A Constituição abre as exceções: flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro a terceiro, durante o dia, por determinação judicial.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, nem por determinação judicial, a violabilidade é admitida à noite.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) - Por isso é que o Juízo entendeu que estaria configurada a inexigibilidade de conduta adversa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É interessante como o direito de resistência consta, expressamente, da Constituição

Portuguesa. O nosso direito de resistência é implícito, lá é explícito.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.880-4
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S): LAURO SILVEIRA MACIEL
ADV.(A/S): RICARDO CUNHA MARTINS E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): EDGAR PACHECO GRAVANA
ADV.(A/S): OLÍMPIO SIMÕES PIRES
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª. Turma, 25.09.2007.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador

NR
P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 - RIO GRANDE DO SUL (90.24870)

RELATOR : O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO
RECORRENTE : PAULO ALADR ANDREDLI PEREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : DR. ÁPIO CLÁUDIO DE LIMA ANTUNES E OUTROS

E M E N T A

PENAL E PROCESSUAL PENAL.
- Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.
- Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.
- Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal.
Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:
Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Custas, como de lei.
Brasília, 23 de maio de 1990 (data do julgamento).

MINISTRO JOSÉ DANTAS
PRESIDENTE

MINISTRO ASSIS TOLEDO
RELATOR

090000240
087013000
000249240

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ARQUIVO GERAL — DIV. DE ACÓRDÃOS
06/08/90 Pub. no DJ

RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 - RIO GRANDE DO SUL

RECORRENTE: PAULO ALAOR ANDREOLI PEREIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

090000240
087023000
000249210

R E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Paulo Alaor Andreoli Pereira, com apreciável ficha criminal, registrando delitos de furto e receptação (fls. 281, 2º vol.), era oficial de justiça na Comarca de Pelotas. Nessa condição, de posse de mandado de prisão contra Osmar Meggiato Leal, foragido do presídio local, sabendo que o procurado se homiziara em certa residência, penetrou à noite nessa residência, sem observar as formalidades legais, e o matou com cinco tiros de revólver. A vítima também estava armada.

Denunciado por homicídio e abuso de autoridade, pronunciado e levado a julgamento pelo Júri, o oficial de justiça foi absolvido da imputação de homicídio, tendo o Conselho de Sentença, por 4 X 3, reconhecido a tese da inexigibilidade de outra conduta, condenando-o, porém, por 6 X 1, pelo crime de abuso de autoridade, fixada a pena em 2 meses e 15 dias de detenção e decretada a extinção da punibilidade pela prescrição (fls. 861/2).

Dessa decisão recorreram o Ministério Público e a defesa, provendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, parcialmente, ambos os recursos nestes termos:

> "1. PAULO ALAOR ANDREOLI PEREIRA foi denunciado na comarca de Pelotas, por infração ao artigo 121, 'caput', do Código Penal e ao artigo 39, alínea b, da Lei nº 4.898/65. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Pelotas, foi absolvido no primeiro delito e condenado pelo segundo a dois meses e quinze dias de detenção.
>
> Inconformados, apelam o Ministério Público e o réu. Quer o Dr. Promotor de Justiça a submissão

do agente a novo júri, argüindo como preliminares:

a) inviabilidade jurídico-legal da quesitação da tese da inexigibilidade de outra conduta;
b) deficiência de quesito formulado sobre a tese da inexigibilidade de outra conduta;
c) irregular decretação de prescrição da pretensão punitiva do Estado, quanto ao delito de abuso de autoridade.

Quanto ao mérito, entende que há inadequação da tese acolhida à prova constante dos autos. Postula seja cassado o 'decisum' para submissão do réu a novo julgamento.

A defesa, a seu turno, manifesta sua inconformidade com o fato de ter o juiz singular, já absolvido o réu pelo homicídio simples, submetido aos jurados o crime conexo de abuso de autoridade. Entende que a competência passou a ser do juiz singular. Pleiteia:

a) declaração de nulidade, determinando que outro seja realizado, mas já pelo juiz singular;
b) desprezada a preliminar, cassação do veredicto, por manifestamente contra a prova dos autos, sujeitando-se o réu a novo julgamento pelo júri.

As partes contrariam os recursos e o feito subiu a esta instância, onde o Dr. Procurador é pela rejeição das preliminares, e no mérito pela sujeição do réu a novo júri.

2. Com a devida vênia do preclaro Dr. Juiz Presidente do Tribunal do Júri da comarca de Pelotas, ocorreu nulidade insanável no momento em que Sua Excelência submeteu à apreciação dos jurados a tese alternativa da defesa, ou seja, da inexigibilidade de outra conduta. É que não podem eles ser questionados sobre tese que não está prevista na Lei Penal.

O artigo 484, III, do Código de Processo Penal, ao dispor sobre a formulação de quesitos, traça os limites legais, ou seja, o questionamento só poderá ser feito quanto às causas que por lei isente de pena, exclua o crime ou o desclassifique.

O nosso Código Penal não contempla a inexigibilidade de outra conduta, ou a coação moral da sociedade, como causas de isenção ou exclusão de culpabilidade. A primeira nada mais é do que um conceito jurídico, surgido no Direito Alemão, e que, embora vários juristas brasileiros tenham se manifestado favoráveis à sua inclusão no Direito Pátrio, acabou rejeitada a pretensão, como explica FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, Coordenador da Comissão de Reforma Penal de 1984, ao afastar a inexigibilidade como causa de exclusão de culpabilidade:

"... é que, entre nós, a inclusão, no Código Penal, como cau

sas legais do exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal, inexistentes no código alemão, fez com que tais causas legais operem como verdadeiro gênero das demais espécies de normas permissivas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, abrangendo-as todas."
(Princípios Básicos de Direito Penal, p. 160).

Nossa mais alta Corte Estadual tem repelido, sistematicamente, as tentativas de incluir a tese em foco como matéria de defesa perante o Tribunal do Júri. Assim, na R.J.T.J.R.G.S., vol. 89/147, encontramos lapidar lição, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Paulo David Torres Barcellos:

"Não podem os jurados serem questionados sobre inexigibilidade de outra conduta como causa autônoma extralegal de exclusão de criminalidade depois de terem rejeitado as teses da legítima defesa própria e putativa. A inexigibilidade de outra conduta é uma válvula de escape surgida na Alemanha para resolver casos sumamente restritos e especiais, não amparados diretamente pela lei. Atende a um reclamo de justiça. Mas somente naqueles casos extremos redutíveis ao estado de necessidade. Sendo assim, inconcebível é que sejam os jurados questionados a respeito da inexigibilidade de outra conduta, excludente não amparada na lei, depois de terem negado as excludentes consignadas no Código. Nulidade conseqüente."

Na Revista de Jurisprudência, vol. 70, II, p. 508, em acórdão da lavra do ilustre Desembargador Alaor Wiltgen Terra, encontra-se o acórdão, cujo trecho vale transcrito, fulminando de nulidade decisão do júri, acolhendo a inexigibilidade:

"Ademais, tão descabida é a tese que subverte todo o sistema brasileiro, afirmando a legalidade da morte como sanção, pois a tanto corresponde afirmar a 'inexigibilidade de conduta diversa', vale dizer, nas circunstâncias só cabia matar! Isto é, não cabia apelar para o aparelhamento policial e judicial existente."

À alegação eventual de que o Dr. Promotor concordara, como efetivamente concordou, com a formulação da tese, o que faria tardia sua inconformidade posterior, contrapõe-se a afirmação de que se trata de nulidade absoluta.

Logo, o julgamento não se deslindou segundo a lei, e não se trata de uma nulidade de quesitos. Aqui houve uma nulidade que atingiu o cerne do julgamento. E, diante disto, há uma alternativa, ou ele foi completo, segundo a lei, ou não ocorreu. Então, independente da invocação da parte, não prevalece a Súmula 160, e a nulidade deve ser decretada pela Câmara.

Observe-se, a propósito, que se não fosse por este fundamento, ainda haveria nulidade na formulação do quesito, eis que indagou dos jurados sobre matéria conceitual e não sobre matéria de fato.

Conseqüentemente, aceita a anulação pela primeira preliminar suscitada pelo Ministério Público, desnecessário o exame das demais, passando-se ao apelo da defesa.

O fundamento deste apelo é quanto à competência dos jurados em responderem, após absolvido o réu pelo delito de homicídio, pelo crime conexo de abuso de autoridade. A douta defesa entende que a competência passou a ser do juiz singular. E quer a declaração de nulidade para que o apelante seja submetido a julgamento pelo Juiz de Direito.

A Câmara não acolhe a pretensão. E o faz por entender que, absolvido por um delito, continuou a competência dos jurados para questionarem o comportamento do réu no delito conexo. Só em casos de desclassificação é que a competência passaria ao juiz singular.

Há, todavia, uma nulidade substancial na formulação do quesito 1º, da 2ª série. Efetivamente, com a devida vênia do ínclito Juiz Presidente do Tribunal do Júri, a nulidade decorre da deficiência inequívoca ali contida. Ao usar as expressões "sem permissão" e "invadiu", Sua Excelência indagou sobre o crime e não sobre o fato que traduziu o crime.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o júri é nulo quando se induz os jurados a responderem afirmativamente.

De outra parte, há uma profunda contradição entre a primeira e a segunda série de quesitos. Ora, se alguém está em quadro de inexigibilidade de outra conduta, não pode, por via de conseqüência, estar invadindo domicílio, praticando crime.

Dá-se, também, parcial provimento ao apelo da defesa para determinar a submissão do réu a novo julgamento, pelo Tribunal do Júri, no que diz respeito ao crime de abuso de autoridade."

(Fls. 982/986).

Inconformada, recorreu extraordinariamente a defesa, pelas letras a e d do anterior texto constitucional. Aponta negativa de vigência aos arts. 464 e 484,III, do CPP, e indica como divergentes julgados do Supremo Tribunal Federal, adotando a tese de não se poder anular o julgamento por irregularidade na quesitação, se não houve oportuna impugnação dos quesitos (RTJ 118/93).

E mais:

> "A orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à formulação irregular de quesito, é no sentido de que o silêncio das partes, durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, sana a irregularidade, a menos que ela, por sua gravidade, induza o Conselho de Sentença a erro ou perplexidade sobre o fato sujeito à decisão. (RTJ 118/92)."
>
> (Fls. 996).

Negado seguimento ao recurso (fls. 1.006/8), subiu ele já convertido em recurso especial por força de provimento que dei ao agravo.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 - RIO GRANDE DO SUL

E M E N T A

PENAL E PROCESSUAL PENAL.
- Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.
- Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.
- Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco.

090000240
087033000
000249290

V O T O

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (RELATOR): O acórdão recorrido, ao fundamentar a conclusão a que chegou, citou uma passagem de meu livro "Princípios Básicos de Direito Penal" que, todavia, não se aplica à "inexigibilidade de outra conduta", causa de exclusão da culpabilidade, porque foi escrita a propósito de outro tema — as causas de exclusão da ilicitude, coisa muito diversa.

Nesse mesmo livro, ao cuidarmos das "causas de exclusão da culpabilidade" (págs. 298 e seguintes), incluímos entre elas a "inexigibilidade, nas circunstâncias, de outra conduta" (pág. 300). E, a respeito especificamente desta inequívoca causa de anulação da censurabilidade do fato cometido pelo agente, escrevemos o seguinte:

"264. Culpabilidade e responsabilidade são conceitos que não se confundem, conforme vimos. Exprimem, contudo, aspectos distintos da mesma realidade, já que culpabilidade implica (acarreta) sempre responsabilidade. Quem é culpado é responsável e quem é responsável pode ser chamado a prestar contas pelo fato a que deu causa. Como, entretanto, em direito penal a responsabilidade é pessoal e intransferível (ninguém pode ser punido por um comportamento que não seja seu), torna-se indispensável, antes da aplicação da pena, fixar-se, de uma vez por todas, a quem pertence verdadeiramente a ação que se quer punir. E isso precisa ser feito não com um significado puramente processual (que também é importante, na determinação da autoria), mas em sentido penalístico, mais profundo, ou seja: há que se estabelecer se a ação que se quer punir pode ser atribuída à pessoa do acusado, como algo realmente seu, ou seja, derivado diretamente de uma ação (ou omissão) que poderia ter sido por ele de algum modo evitada. Essa possibilidade de evitar, no momento da ação ou da omissão, a conduta reputada criminosa é decisiva para a fixação da responsabilidade penal, pois, inexistindo tal possibilidade, será forçosa a conclusão de que o agente não agiu por conta própria, mas teve seus músculos acionados, ou paralisados, por forças não submetidas ao domínio de sua inteligência e/ou vontade. Há, pois, que se distinguir a mera causa física do comportamento humano "responsável". Em outras palavras: o que é impossível de ser evitado só pode ser reconduzido ao mundo físico, puramente causal, não à pessoa humana, entendida esta como sujeito responsável, isto é, dotado, no mundo das relações inter-humanas, da faculdade de dizer "sim" ou "não", dentro de determinadas circunstâncias e, é claro, de certos limites.

Ora, essa fixação da responsabilidade pessoal pelo fato-crime, que antecede a aplicação da pena criminal e que não se confunde com o anterior — e também necessário — "acertamento" da autoria, é feita no âmbito do juízo de culpabilidade, mediante a constatação de que o agente, no momento da ação ou da omissão, embora dotado de capacidade, comportou-se como se comportou, realizando um fato típico penal, quando dele seria exigível, nas circunstâncias, conduta diversa. **A contrario sensu**, chega-se à conclusão de que não age culpavelmente — nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato — aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela humana experiência, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a

primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

265. O princípio da não-exigibilidade, em exame, foi introduzido e desenvolvido na ciência penal, como um corolário da concepção normativa da culpabilidade, por Frank, J. Goldschmidt, Freudental e Mezger, para citar apenas os principais autores. Pressuposto desse princípio, segundo J. Goldschmidt, é a "motivação normal". O que se quer dizer como isso é que a culpabilidade, para configurar-se, exige uma certa "normalidade das circunstâncias" que cercaram e poderiam ter influído sobre o desenvolvimento do ato volitivo do agente. Na medida em que essas circunstâncias apresentem-se significativamente anormais deve-se suspeitar da presença de anormalidade, também, no ato volitivo. Segundo raciocínio de Bettiol,"...quando se parte do pressuposto de que um comportamento só é culpável na medida em que um sujeito capaz haja previsto e querido o fato lesivo, deve-se necessariamente admitir que tal comportamento já não possa considerar-se culpável todas as vezes em que, por causa de uma circunstância fática, o processo psíquico de representação e de motivação se tenha formado de modo anormal". Esse mesmo raciocínio pode, evidentemente, **mutatis mutandis**, ser estendido aos crimes culposos, já que também no comportamento negligente ou imprudente a anormalidade do processo psíquico, "por causa de circunstâncias fáticas", deve ser considerada em favor do agente.

Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deva ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a "não-exigibilidade" em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém. É o que nos diz Bettiol, nesta passagem, após referir-se ao "individualismo anárquico" que poderia significar a subjetivação do juízo de inexigibilidade : "Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação,

> avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único juiz deve ser o magistrado"."
>
> (Princípios Básicos, cit., 3ª ed., págs.315/317).

Como se vê, não apoiamos a tese do acórdão segundo a qual o nosso Código Penal "não contempla a inexigibilidade de outra conduta". Há casos expressos de admissão dessa excludente, de que são exemplos o erro de proibição inevitável (art.21), a inimputabilidade (art. 26) etc. Há casos implícitos, ou extralegais, dessa admissão, de que são exemplos certas descriminantes putativas, quando configurem erro de proibição, excludente da culpabilidade. (Princípios Básicos, cit., pág. 274).

Nem poderia ser de outra forma, pois, adotado pela Reforma Penal de 1984, sem restrições, o princípio da culpabilidade (nullum crimen sine culpa), como consta da Exposição de Motivos do Ministro Abi-Ackel, item 18, seria enorme contra-senso admitir-se a aplicação da pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente, segundo critérios objetivos do juiz, que avalia "a situação histórica na qual o sujeito age" (Bettiol), fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer.

É certo que, entre nós, como tive oportunidade de salientar no tópico anteriormente citado, alguns autores entendem que a utilização prática do princípio da inexigibilidade de conduta diversa deva restringir-se às hipóteses previstas em lei (inimputabilidade, erro de proibição etc), para evitar-se a impunidade generalizada.

Não compartilhamos, porém, desse temor, como já ficou dito, simplesmente porque circunscrevemos a não-exigibilidade em seus limites próprios, ou seja, consideramo-la algo que se situa dentro do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo Juiz ou Tribunal, não mera avaliação subjetiva do próprio agen

te do fato criminoso.

Colocados os pingos nos "ii", ou feitas essas considerações doutrinárias, indispensáveis ao estabelecimento de premissas válidas ao exame das questões postas nestes autos, vejamos o mérito do recurso submetido a esta Corte.

Como se sabe, na técnica do Código Penal, as expressões "exclusão da ilicitude", "exclusão de crime", "não há crime", referem-se às causas de justificação ou de exclusão da ilicitude, ao passo que a expressão "isento de pena" e suas semelhantes referem se à exclusão da culpabilidade.

Assim, fora de dúvida é que o art. 484, III, ao obrigar o Juiz a formular quesitos sobre "qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime" (grifamos), está endereçado a qualquer fato ou circunstância que exclua a culpabilidade ou a ilicitude.

A expressão "por lei", situada no Código de Processo Penal de 1941, não pode significar restrição à posterior Reforma Penal de 1984, que, como se viu, adotou o princípio da culpabilidade, sem restrições. Antes, deve a ela ajustar-se, tanto mais que saber se existe crime ou não, se está excluída ou não a culpabilidade, é questão exclusiva de direito penal material, não de direito processual.

Leio, pois, presentemente, o inciso III do art. 484 assim: "qualquer fato ou circunstância que, em nosso ordenamento jurídico-penal, exclua a culpabilidade ou a ilicitude".

Nessa linha de entendimento, identifico negativa de vigência a esse preceito, por parte do acórdão, quando nega a possibilidade de formulação de quesitos em uma hipótese de isenção de pena ou de exclusão da culpabilidade, produzindo, como resultado, uma responsabilidade penal objetiva, abolida de nosso sistema penal pela Reforma de 1984.

Assim, segundo penso, não poderia o Tribunal mandar o réu a novo julgamento vedando questionar-se o Júri sobre uma das teses de defesa, como fez.

Isso implica em enorme antinomia com o sistema penal vi

gente, proibindo-se o Júri de absolver o réu, na ausência de culpabilidade, ou, o que não é melhor, proibindo-se a defesa de alegar talvez a única tese disponível, no caso, com alguma possibilidade de reconhecimento pelo Conselho de Sentença.

A primeira vedação infringe o princípio da culpabilidade; a segunda viola frontalmente o da ampla defesa, assegurado pelo inciso LV do art. 5º da Constituição vigente.

Todavia, afigura-se-me que,se nesse aspecto negou o acórdão vigência aos preceitos invocados, o que leva ao conhecimento do recurso, pela letra a do permissivo constitucional, não me parece que, no caso destes autos, o provimento possa ser integral, já que isso implicaria, por outro lado, em convalidar outro absurdo lógico, ou seja, o resultado contraditório, extremamente dubitativo, do julgamento, a que se chegou pelas respostas aos quesitos submetidos aos jurados.

Vejamos.

Não se indagam aos jurados, que se tem por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas . Daí a expressão textual do art. 484, III, "fato ou circunstância". Por isso é que, na quesitação da legítima defesa, não se indaga se o réu "agiu em legítima defesa", mas se "repeliu agressão", se a "agressão era injusta", "atual" etc. Na quesitação da inimputabilidade, igualmente, não se indaga se o réu era inimputável, mas "se ao tempo da ação, em razão de doença mental, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato". E assim por diante.

Sendo assim, com maior razão, não poderia o Juiz, como fez nestes autos, questionar os jurados sobre intricada tese jurídica, nestes termos:

> "18º Quesito. Ao réu Paulo Alaor Andreoli Pereira, nas mesmas circunstâncias do 1º quesito, poderia ser exigida outra conduta?" (O Júri respondeu "não", por 4X3).
>
> (Fls. 857).

Por outro lado, se o Júri já respondera, em quesitos anteriores, negativamente sobre a legítima defesa putativa, afastando em concreto a inexigibilidade por erro, fica incompreensível a aceitação final, em quesito genérico, da inexigibilidade, sem o reconhecimento de quaisquer outras circunstâncias fáticas, além da autoria (quesito 1º). O julgamento restou contraditório por ter o Júri respondido favoravelmente a uma tese jurídica, quando já havia negado fatos que poderiam justificar essa tese. Havia outros fatos ou circunstâncias a justificar a resposta ao 18º quesito? Não se sabe.

Em resumo, o julgamento ficou contraditório ou incompleto.

Ora, o recurso da acusação abordou essa questão ao alegar igualmente, como consta do acórdão transcrito no relatório, "deficiência de quesito formulado sobre a tese da inexigibilidade de outra conduta". E neste ponto tem, a meu ver, inteira razão, a não ser que — repita-se — possa admitir-se, de agora em diante, quesitação de teses jurídicas a jurados leigos.

Assim, parece-me que, por este segundo fundamento do recurso, a conclusão do julgado merece mantida.

E a matéria foi apreciada pelo acórdão, nestes termos:

> "Observe-se, a propósito, que se não fosse por este fundamento, ainda haveria nulidade na formulação do quesito, eis que indagou dos jurados sobre matéria conceitual e não sobre matéria de fato."
>
> (Fls. 985).

Ante o exposto, considerando que, *in casu*, a manutenção do acórdão em sua integralidade restringirá o direito de ampla defesa, com negativa de vigência do preceito legal invocado no recurso (art. 484, III), além de outros preceitos e princípios indicados; mas levando em conta que, extirpado o fundamento central do acórdão, será o réu levado a outro julgamento, sem aquelas restrições ilegítimas, mantendo-se o outro fundamento alternativo do recurso da acusação e do acórdão, conheço do recurso, pela letra

"a", e lhe dou parcial provimento apenas para excluir do julgado em exame qualquer obstáculo à quesitação, em o novo julgamento, sobre fatos ou circunstâncias caracterizadoras de inexigibilidade de outra conduta, sob qualquer de suas formas admitidas, mantida, portanto, a anulação do primeiro julgamento tão-só pela deficiência do 18º quesito. Durante o novo julgamento, se pretender a defesa reiterar as mesmas teses, deverá indicar os fatos e as circunstâncias outras que se ajustem à tese da não-exigibilidade, a fim de que possam ser objeto de quesitos objetivos e simples, cabendo ao Juiz inferir das respostas a esses quesitos se foi, afinal, reconhecida ou não pelos jurados essa excludente de culpabilidade.

No tocante ao dissídio, correto o indeferimento do recurso, já que o acórdão recorrido cuidou de hipóteses de nulidade absoluta ao passo que os paradigmas se referem a irregularidades ou nulidades sanáveis.

Esclareço, para concluir, que as peculiaridades do julgamento pelo Júri impediram-me, no caso, de acolher a conclusão do acórdão, sem antes extirpar-lhe um dos fundamentos, já que, conforme pretendi demonstrar, se isso não ocorresse, haveria manifesto prejuízo para a defesa no próximo julgamento.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 - RIO GRANDE DO SUL

V O T O (V O G A L)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Permitam-me os nobres colegas tecer algumas considerações sobre o brilhantíssimo voto do Sr. Ministro Assis Toledo, no quanto dissertou S.Exa. sobre a tese jurídica e doutrinária da "inexigibilidade de outra conduta" como causa excludente da responsabilidade penal e nunca da ilicitude, traçando, assim, a declaração de seu conhecido pensamento, editado em festejada obra.

Enquanto S.Exa. dissertava, com a erudição que lhe é peculiar, estive recatando-me em dúvidas sobre como, fora das cláusulas legais positivantes da analisada teoria, poderá o Juiz absolver alguém. No entanto, desde o princípio maior da culpabilidade invocado — nullum crimen sine culpa —, alegrou-me perceber que S.Exa. iria construir, com a inteligência que lhe é celebrada, a maneira correta dessa aplicação do princípio, independente de expressa cláusula legal. E, mais ainda, a latere do seu voto, preocupei-me em discordar, na falta de resposta de como seria possível e prático interrogar-se ao jurado leigo uma excludente de natureza tão essencialmente teórica; que fato ou fatos, ausentes da positiva assinalação legal como são os exemplificados arts. 21 e 26 do Cód. Penal, poderão constar da quisitação do júri.

S.Exa., diria eu no meu inveterado pragmatismo, num fecho mais brilhante do que o conteúdo da peroração doutrinária, didaticamente expôs — em lição aos Juízes desse imenso e

diversificado País — como se há de indagar o júri a respeito da matéria. Fê-lo muito bem, ao exemplo de que a defesa exponha fatos que, na realidade, consubstanciem concreção da discutida excludente da responsabilidade penal, a de não se exigir de alguém uma conduta diferente daquela que compulsivamente o levou ao crime. Dificuldades dessa aplicação certamente se enfrentarão; mas, se e por enquanto, satisfaço-me em convencimento.

Parabenizo-me com a Turma (não tanto com S.Exa. que não é de vaidades) pelo precedente que ora é lançado às vistas das letras jurídicas do País, a propósito de tão discutido tema.

Com essas ligeiras considerações, mais emotivas do que jurídico-culturais, registro minha adesão ao voto do Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.492 - RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, o silêncio com que todos nós - Juízes deste Tribunal e a assistência - escutamos o brilhante voto que acaba de proferir o eminente Ministro ASSIS TOLEDO é, como disse V. Exa., motivo de alegria, não para o Colega, que todos nós estimamos e admiramos, mas para o próprio Tribunal e, de modo especial, para esta Turma . Registrando a minha adesão ao voto, eu me congratulo como antigo Juiz de Direito e Presidente do Tribunal do Júri pela lição, que será profundamente útil, quando da quesitação em casos semelhantes, para quantos ainda atuam junto ao Júri Popular .

NR

P.J. — SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

090000240
087043000
000249260

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.492 - RS (90.24870) - Rel.: O Sr. Assis Toledo - Recte.: Paulo Alaor Andreoli Pereira - Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Advs.: Dr. Ápio Cláudio de Lima Antunes e outros.

DECISÃO: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento. (Em 23/05/90 - 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Min. **JOSÉ DANTAS.**

OFICIAL DE GABINETE

12.39.010.28/46

HABEAS CORPUS Nº 16.865 - PE (2001/0060677-2)

RELATOR	: MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE	: FAUSTO F DE FRANCA JUNIOR
IMPETRADO	: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	: JOSÉ GENECI DIDIER DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** HOMICÍDIO. JÚRI. TESE PRINCIPAL DA DEFESA NÃO QUESITADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NULIDADE ABSOLUTA.

I - Se a tese principal da defesa não foi quesitada, a par do evidente prejuízo, a nulidade daí decorrente é absoluta.

II - A recusa na quesitação de uma tese não dispensa fundamentação por parte do Juiz Presidente do Tribunal do Júri.

III - A exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de conseqüência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos ou as circunstâncias fáticas pertinentes à tese **(Precedentes).**

Writ concedido, anulando-se o julgamento realizado perante o Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem para anular o julgamento realizado perante o Tribunal de Júri para que outro seja realizado. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2001 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Presidente e Relator

HABEAS CORPUS Nº 16.865 - PERNAMBUCO (2001/0060677-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:

Trata-se de **habeas corpus**

interposto contra o v. acórdão da c. Segunda Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco proferido em apelação, na qual se almejava a declaração de nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Depreende-se dos autos que o paciente, denunciado por infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, foi pronunciado e condenado, pelo Tribunal do Júri, como incurso nas penas do artigo 121, **caput** do Código Penal a 13 (treze) anos de reclusão.

Irresignada a defesa apelou, sendo negado provimento ao apelo pelo e. Tribunal **a quo.**

Daí o presente **writ** em que o impetrante alega, em síntese, nulidade do julgamento uma vez que o Júri, também por deficiência da defesa, não teria tido oportunidade para se manifestar acerca da tese da inexigibilidade de conduta diversa, sustentada durante os debates, mas que não constou dos quesitos.

Liminar deferida às fls. 185.

Informações prestadas às fls. 189.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se pronunciou pela concessão da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 16.865 - PERNAMBUCO (2001/0060677-2)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** HOMICÍDIO. JÚRI. TESE PRINCIPAL DA DEFESA NÃO QUESITADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NULIDADE ABSOLUTA.

I - Se a tese principal da defesa não foi quesitada, a par do evidente prejuízo, a nulidade daí decorrente é absoluta.

II - A recusa na quesitação de uma tese não dispensa fundamentação por parte do Juiz Presidente do Tribunal do Júri.

III - A exigibilidade de conduta diversa, apesar de apresentar muita polêmica, é, no entendimento predominante, elemento da culpabilidade. Por via de conseqüência, sem adentrar na questão dos seus limites, a tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos ou as circunstâncias fáticas pertinentes à tese **(Precedentes).**

Writ concedido, anulando-se o julgamento realizado perante o Tribunal do Júri.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:

Em primeiro lugar, se - tal como consta da ata do Júri - a defesa apresentara uma tese principal, a inocorrência de sua quesitação deveria ter sido justificada. Se houve desistência - o que é pouco provável - isto deveria ter ficado consignado, até mesmo porque poderia caracterizar situação inaceitável do réu ter restado indefeso. Se houve recusa, ela deveria ter sido esclarecida e fundamentada. A não quesitação, aí, evidentemente acarretou prejuízo ao réu. A nulidade é de caráter absoluto.

> *"NULIDADE - AUSÊNCIA DE EXAME DE DEFESA APRESENTADA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Se é certo que incumbe ao Estado-Juiz a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, com emissão de entendimento sobre as matérias de defesa apresentadas e demais fatos que tenham surgido no desenrolar da instrução criminal, não menos correto e afirmar-se que o vício de procedimento deve exsurgir ao primeiro exame. Constatado que tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou revelam apreciação de questões suscitadas pela defesa - no caso, a inexigibilidade de conduta diversa quanto ao porte de arma sem a devida licença - descabe cogitar de nulidade. O fato de o acusado ter sido vítima anteriormente de dois assaltos e estar se dirigindo a estabelecimento bancário para sacar valores não é idôneo ao afastamento da proibição que resulta do disposto no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais e, portanto, a legitimidade do porte de arma sem a licença pertinente. "*
>
> (STF, HC 69.614/SP, **2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio,** DJU de 04/12/1992).

Em segundo lugar, a exigibilidade de conduta diversa, segundo entendimento predominante, é elemento da culpabilidade. Portanto, **a tese da inexigibilidade de conduta diversa, em si,** encontra amparo em nosso ordenamento jurídico como um todo. A **quaestio,** todavia, reside, **penalmente,** nos seus limites e, **processualmente,** em sede de Júri, na quesitação. Esta deve ser formulada sobre **fatos ou circunstâncias fáticas adequadas à**

hipótese escolhida de inexigibilidade de conduta diversa, pois os jurados não respondem diretamente acerca de teses mas, isto sim, a respeito de questões fáticas (cfe. **José Henrique Pierangelli in** "Escritos Jurídicos Penais", 2ª ed., RT, pg. 118/120 **e REsp 2.492-RS,** 5ª Turma, relator Min. **Assis Toledo,** DJU de 6/8/90). E, por maior razão não podem ser indagados a respeito de **cláusulas genéricas** (v. g., do tipo "o réu agiu justificadamente ?", ou, ainda, "o réu procedeu em inexigibilidade de conduta diversa ?"). Já os **limites da inexigibilidade de conduta diversa,** estes sim, tem admitido e ainda admitem muita polêmica na doutrina e, de certa forma, na jurisprudência. E, isto porque o Direito Penal, conforme, inclusive, observa **E.R. Zaffaroni (in** *"Derecho Penal. Parte General",* obra com a colaboração de **A. Alagia** e **A. Slokar.** Ediar, 2000, p. 712), *"en la actualidad, y desde una reseha histórica, se destaca la imposibilidad de espado alguno de la inexigibilidad en un derecho penal de lafidelidad que niega relevancía a los motivos particulares de un sujeto para no cumplir el deber."*. O debate é intenso até mesmo sobre a **quaestio** da supralegalidade como se vê, v. g., comparativamente, nas obras de **C. Roxin** ("Derecho Penal. Parte General". Tomo I, Editorial Civitas, 1997, p. 959 e sgtes.), **E. Bacigalupo** ("Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., 1999, Hammurabi, pg. 390 e sgtes.), G. **Jakobs** ("Derecho Penal", 2ª ed., 1997, Marcial Pons, p. 615 e sgtes. e p. 714 e sgtes.), **G. Stratenwerth** ("Derecho Penal. Parte General, I", Edersa, 1976, p. 188 e sgtes.), H.H. **Jescheck** ("Tratado de Derecho Penal" PG, Ed. Comares, 1993, p. 453 e sgtes.), **G. Quintero Olivares** ("Curso de Derecho Penal", PG, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p. 328 e sgtes.) e **Muñoz Conde & Garcia Arán** ("Derecho Penal", PG, 2ª ed., 1996, Tirant do Blanch, p. 408 e segtes.), entre os autores alienígenas. Entre os nossos, desde **A. Bruno,** passando por **E. Custódio da Silveira,** a matéria tem merecido abordagem de relevo, a saber, v. g.: **René A. Dotti** ("Curso de Direito Penal", PG, Forense, 2001, p. 426 e sgtes.), **L. A. Machado** ("Direito Criminal", PG, RT, 1987, p. 143 e sgtes.), H. C. **Fragoso** ("Lições de Direito Penal", PG, Forense, 15ª ed. ps. 210 e sgtes.), **Damásio E. de Jesus** ("Direito Penal", vol. 1, Saraiva, 24ª ed., 2001, p. 480 e sgtes.), **J. F. Mirabete** ("Manual de Direito Penal", vol. 1, Atlas, 15ª ed., p. 198 e sgtes.), **João Mestieri** ("Manual de Direito Penai", vol. 1, Forense, p. 184 e sgtes.), **L. Régis Prado** ("Curso de Direito Penal Brasileiro", vol. 1, RT, 20 ed., 2001, p. 276), **J. Cirino dos Santos** ("A Moderna Teoria do Fato Punível", Freitas Bastos, 2000, p. 248 e segtes.), **Cezar R. Bitencourt** ("Manual de Direito Penal", vol. 1, Saraiva, 2000, p. 298 e segtes.), **Ney Moura Telles** ("Direito Penal", PG-1, Atlas, 2ª ed., p. 284 e segtes.), **Joe Tennyson Velo** ("O Juízo de Censura Penal", SAF, 1993) e **Leonardo Isaac Yarochewsky** ("Da Inexigibilidade de Conduta Diversa", Del Rey, 2000).

Como precedente básico, acerca da tese em si, tem-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL.

- Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade, cuja admissibilidade no direito brasileiro já não pode ser negada.

- Júri. Homicídio. Defesa alternativa baseada na alegação de não-exigibilidade de conduta diversa. Possibilidade, em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

- Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, a luz da reforma penal.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido para extirpar- se do acórdão a proibição de, em novo julgamento, questionar-se o Júri sobre a causa de exclusão da culpabilidade em foco. "

(STJ, REsp 2.492/RS, **5ª Turma,** Rel. Min. **Assis Toledo,** DJU de 06/08/1990).

O mesmo entendimento foi seguido no **HC 12.917/RJ,** julgado em 18/09/2001 (Relator. Sr. Min. **Jorge Scartezzini,** 5ª Turma), como se verifica em trecho do voto condutor, **in verbis:**

"Com efeito, no que tange ao reconhecimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, apesar de não ser unânime a doutrina e a jurisprudência, o melhor entendimento me parece ser aquele em que se admite como tese de defesa, permitindo-se, com isso, a quesitação a respeito da inexigibilidade de conduta diversa.

*À propósito, o eminente Ministro **ASSIS TOLEDO,** por ocasião do julgamento do REsp 2.492/RS ao examinar o tema aqui controvertido, salientou que é possível admitir-se causa supralegal desde que seja considerada a "não-exigibilidade" em seus devidos termos, não como juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo Juiz ou Tribunal.*

Alertou porém, que não se deveria perguntar aos jurados, que se tem por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas, como estabelece o art. 484, inciso III, do CPP, devendo ser apresentada de forma a ser seu entendimento perfeito e inteligível a estes.

*Sob este prisma, corroborando tese esposada por **ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO E RUI STOCO, in** "Teoria e Prática do Júri, Revistas dos Tribunais", destaco artigo apresentado por **ROGÉRIO LAURIA TUCCI, in** "Tribunal do Júri - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira", Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 242/244, verbis:*

> *"Se a defesa alega que, em determinadas circunstâncias históricas concretas em que agiu o réu, não se podia exigir dele conduta diversa, pode o juiz formular quesito a respeito dessa tese?*
>
> *Sim.*
>
> *O juiz deve formular o quesito da inexigibilidade de conduta diversa, ainda que não haja previsão legal expressa para a hipótese.*
>
> *Para Aníbal Bruno, sob a ótica da concepção normativa da culpabilidade, "exclui-se a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever. A não exigibilidade de conduta diversa, em princípio, exclui do agente o juízo de culpável" (Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, tomo II, p. 31). Magalhães Noronha, por sua vez, assevera que, "se a culpabilidade é juízo de reprovação social, é censurabilidade: compõe-se de outro elemento: a exigibilidade de outra conduta", pois "culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outra conduta lhe era exigida, e, ao revés, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de comportamento diverso do que o indivíduo teve" (Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. I. p. 100). Damásio Evangelista de Jesus, sustentando a concepção finalista da culpabilidade (normativa pura), também ensina que "só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade" (Direito penal. 10. ed. São Paulo:*

Saraiva, 1985, v. 1, p. 417). Assim, a conduta somente será reprovável "quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade em face de suas características pessoais e das circunstâncias em que o agente atuou" (Escritos jurídico-penais. Das penas e sua execução do novo Código Penal. São Paulo: RT, p. 206). E, como lembra Walter Marciligil Coelho, "a culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade. O comportamento é culpável porque censurável. Assim, a essência da culpa é a reprovação, a afirmação da culpabilidade não pode prescindir de um juízo valorativo de conduta humana, e esse elemento normativo é fundamental à configuração da culpa penal, deixando em segundo plano o simples nexo psicológico da antiga 'concepção clássica. E em que termos se fará esta avaliação? Quando se poderá afirmar que a ação criminosa é culpável, isto é, reprovável? Quando as circunstâncias do fato não impediam o agente de motivar-se de acordo com o dever, segundo Goldschmidt; ou, em outras palavras, indagando-se sempre da exigibilidade ou na exigibilidade de outra conduta, nas circunstâncias em que atuou o agente do crime, segundo Feudenthal" (op. cit, Erro de tipo e erro de proibição no novo Código Penal, p. 88).

As circunstâncias do fato, as quais Frank, em sua obra Estrutura do conceito de culpabilidade, chamava de concomitantes, não podem ser desprezadas na análise da conduta e, especialmente, de sua reprovabilidade. Como lembra Heitor Costa Junior, "não se duvida hoje que a autodeterminação humana está limitada pelas circunstâncias". Na célebre lição de Ortegay Gasset "eu sou eu e as minhas circunstâncias" (O direito penal e o novo Código Penal brasileiro, A reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro, Porto Alegre, 1985, p. 51).

Como se vê, na estrutura da culpabilidade está a exigibilidade de um comportamento adequado ao dever, isto é, a conduta típica deve ser praticada em situação em que seja lícito exigir do agente, individualmente considerado no seu momento histórico, comportamento diferente. Não basta o cometimento de um fato típico e antijurídico para que surja a reprovação da conduta: é imprescindível que o agente, nas circunstâncias do fato, e em face de sua situação pessoal, tenha a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A inexigibilidade de conduta divesa, portanto, exclui a culpabilidade. E, obviamente, além daquelas circunstâncias legais e específicas de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa (v. Código Penal, artigo 22), há outras que, posto não previstas expressamente em lei, devem ser consideradas pelo julgador. Aliás, Aníbal Bruno, mesmo advogando uma concepção clássica a respeito do conceito de crime, afirma que o princípio que norteia a não exigibilidade de conduta diversa com caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade "está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeira lacuna na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia in bonan partem, que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal" (Direito penal. Parte geral. v. II. 102)

Destarte, a inexigibilidade de outra conduta constituiu princípio de direito penal, devendo, portanto, além das hipóteses que foi consagrada por lei, ser admitida como causa supralegal de exculpação. Não verifico assim, nenhum obstáculo à sua acolhida como tese defensiva. Entendimento diverso contrariaria o sistema penal em vigor, infringindo o princípio da culpabilidade que, como é sabido é aceito sem restrições pelo ordenamento penal brasileiro. Pode-se afirmar que, sua não aceitação, em última análise, violaria o princípio maior da ampla defesa.

No mesmo sentido, esta Corte Superior de Uniformização em julgado da Relatoria do ilustre Ministro ***JOSÉ ARNALDO,*** *assim decidiu:*

> *"No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa" (RT 750/589). "*

Como a tese não foi, **in casu,** votada, com forte indicativo de recusa desmotivada, o guerreado julgamento do Júri, é nulo.

Portanto, voto no sentido de se anular o julgamento mencionado para que outro seja realizado.



CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2001/0060677-2

HC 16865 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 09/10/2001

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ARX DA COSTA TOURINHO

Secretário(a)
Bel(a) JUNIA OLIVEIRA C. ROSA SOUSA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	FAUSTO F DE FRANCA JUNIOR
IMPETRADO	:	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE	:	JOSÉ GENECI DIDIER DA SILVA

ASSUNTO : CRIME CONTRA A PESSOA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para anular o julgamento realizado perante o Tribunal de Júri para que outro seja realizado.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 09 de outubro de 2001

JUNIA OLIVEIRA C. ROSA SOUSA
Secretário(a)

HABEAS CORPUS Nº 12.917 - RJ (2000/0036840-7)

RELATOR	: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI
IMPETRANTE	: EDISON FERREIRA DE LIMA
IMPETRADO	: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: CRISTIANE MOREIRA COELHO

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL - HOMICÍDIO - JÚRI - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - TESE DA DEFESA - POSSIBILIDADE.

- Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal.

- Precedentes.

- Ordem concedida para que se possibilite a formulação de quesito acerca da causa supralegal de exclusão da ilicitude (inexigibilidade de conduta diversa).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para que se possibilite a formulação de quesito acerca da causa supralegal de exclusão da ilicitude. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros EDSON VIDIGAL, JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, FELIX FISCHER e GILSON DIPP.

Brasília, DF, 18 de setembro de 2001(data do julgamento).

Ministro Felix Fischer
Presidente

Ministro Jorge Scartezzini
Relator

HABEAS CORPUS N° 12.917 - RJ (2000/0036840-7)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado por *EDISON FERREIRA DE LIMA*, em favor de *CRISTIANE MOREIRA COELHO*, contra v. acórdão proferido pela Colenda Terceira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **que deu provimento ao recurso de apelação ministerial,** nos termos da seguinte ementa (fls. 81/82), *verbis:*

> *"JÚRI - FORMULAÇÃO DE QUESITOS - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - CAUSA SUPRALEGAL INADMISSÍVEL NO JÚRI - EXAME DAS NULIDADES ARGÜIDAS - CONDENAÇÃO DO RÉU COM BASE PROBATÓRIA - SUBMISSÃO DA RÉ ABSOLVIDA A NOVO JULGAMENTO.*
>
> *- Não se pode acolher a pretendida anulação de julgamento pelo Tribunal do Júri, relativamente a um dos réus, se se verifica que improcede a alegação de que eventual defeito na formulação de quesito a ele relativo tenha causado perplexidade nos jurados, mormente se a nulidade não foi argüida no momento próprio e o resultado do julgamento não causou prejuízo nem para acusação e nem para a defesa. Também não é causa de nulidade a participação, no Conselho de Sentença, de jurado residente em cidade contígua àquela em que ocorreu o crime.*
>
> *- Verificando-se, por outro lado, que o resultado do julgamento desse réu se baseou no conjunto probatório, carecendo de fundamento a alegação defensiva de que sua condenação foi injusta, em face de ter sido a co-ré absolvida, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.*
>
> *- Se a pena foi fixada acima de eu mínimo legal, justificadamente, com base nos pressupostos do art. 59, do CP, não há que se falar em exasperação demasiada, capaz de permitir sua redução.*
>
> *- Relativamente à co-ré, acolhe-se a argüição de nulidade, por verificar-se que a formulação dos quesitos da co-autoria e do motivo torpe causou perplexidade nos jurados, que foram questionados, naquele, o da co-autoria, sobre se a ré concorreu para o crime, "prometendo a paga de R$3.000,00 (três mil reais)", adendo esse que corresponde a uma das qualificadoras, a do motivo torpe, e que só poderia figurar no quesito próprio.*
>
> *- A decisão absolutória da ré, por outro lado, era desaconselhável, porque baseada na alegação de inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de exculpação, sendo inadmissível a formulação de quesito a respeito, senão "como causa específica, o que ocorre na coação moral irresistível e na obediência hierárquica", seguindo melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, inclusive do STF. Além disso, no caso dos autos, não se poderia aceitar a causa supralegal de exclusão de culpabilidade, se a prova evidencia que a ré, induvidosamente, dispunha de toda uma série de procedimentos, que poderiam ser adotados, sem que precisasse matar ou mandar matar o seu próprio pai. "*

Consta dos autos que a paciente foi denunciada e pronunciada, juntamente com outros quatro acusados, pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, na forma do artigo 29, c/c o art. 61, II, "e", do Código Penal, sendo vítima o seu próprio pai. O crime, cometido por motivo torpe e com dissimulação, ocorreu *em* 07/05/1997, a mando da paciente, mediante pagamento aos executores da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais). Decretada sua prisão temporária, foi submetida a julgamento perante o

Tribunal do Júri da Comarca de Nova Iguaçu, tendo sido absolvida das imputações que lhe foram feitas, pelo acolhimento do Conselho de Sentença da tese sustentada pela defesa de **inexigibilidade de Conduta Diversa, como causa excludente de culpabilidade.**

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, sustentando **a nulidade de quesitação e decisão manifestamente contrária à prova dos autos.**

Acolhendo o apelo ministerial, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro anulou o julgamento, em face do defeito na formulação do quesito relacionado à co-autoria e com a qualificadora do motivo torpe, na forma do art. 593, inciso III, letra "a", para que a paciente fosse submetida a novo julgamento, sob o argumento da necessidade de novo exame do conjunto probatório, indispensável ao melhor entendimento das matérias postas em discussão e **afirmando a inadmissibilidade da formulação de quesitos a respeito da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação.** Contra esse último argumento insurge-se o impetrante, alegando cerceamento do direito de defesa da paciente.

Liminar indeferida às fls. 97

Informações às fls. 105/122.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, às fls. 143/146, opina pela denegação da ordem, sob o fundamento de que a matéria já restou apreciada pela Suprema Corte, no sentido de que em nosso ordenamento jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade.

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 12.917 - RJ (2000/0036840-7)

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator):

Sr. Presidente, pretende o impetrante a nulidade do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, anulando r. decisão do Tribunal do Júri que absolveu a paciente da imputação de homicídio qualificado, pelo acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa.

Consta dos autos que a paciente, filha da vítima, participou do delito de homicídio qualificado contra seu pai, contratando a empreitada com os dois outros denunciados, prometendo a paga de R$ 3.000,00 (três mil reais), tão logo recebesse o seguro de vida que fizera em nome desta, dias antes de ser morto.

Denunciada e pronunciada pelo crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 61, II, "e", do Código Penal, foi submetida a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Nova Iguaçu, tendo sido absolvida pela incidência de causa de exclusão da culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, requerendo, preliminarmente, a anulação do julgamento por insuperável vício de quesitação e, no mérito, caso não aceitas as preliminares, por ter sido a tese da defesa totalmente divorciada das provas dos autos. O eg. Tribunal *a quo,* em acolhimento ao apelo ministerial, anulou o julgamento, sob o argumento da necessidade de novo exame do conjunto probatório, indispensável ao melhor entendimento das matérias postas em discussão, devendo a paciente submeter-se a novo Júri Popular.

O *writ* procede.

Com efeito, no que tange ao reconhecimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, apesar de não ser unânime a doutrina e a jurisprudência, o melhor entendimento me parece ser aquele em que se admite como tese de defesa, permitindo-se, com isso, a quesitação a respeito da inexigibilidade de conduta diversa.

À propósito, o eminente Ministro ***ASSIS TOLEDO,*** por ocasião do julgamento do REsp 2.492/RS, ao examinar o tema aqui controvertido, salientou que é possível admitir-se causa supralegal desde que seja considerada a "não-exigibilidade" em seus devidos termos, não como juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo Juiz ou Tribunal.

Alertou, porém, que não se deveria perguntar aos jurados, que se tem por leigos, teses ou conceitos jurídicos, mas fatos ou circunstâncias fáticas, como estabelece o art. 484, inciso III, do CPP, devendo ser apresentada de

forma a ser seu entendimento perfeito e inteligível a estes.

Sob este prisma, corroborando tese esposada por ***ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO E RUI STOCO,*** *in* "Teoria e Prática do Júri, Revistas dos Tribunais", destaco artigo apresentado por ***ROGÉRIO LAURIA TUCCI,*** *in* "Tribunal do Júri - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira", Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 242/244, *verbis:*

> *"Se a defesa alega que, em determinadas circunstâncias históricas concretas em que agiu o réu, não se podia exigir dele conduta diversa, pode o juiz formular quesito a respeito dessa tese?*
>
> *Sim.*
>
> *O juiz deve formular o quesito da* inexigibilidade de conduta diversa, *ainda que não haja previsão legal expressa para a hipótese.*
>
> *Para Aníbal Bruno, sob a ótica da concepção normativa da culpabilidade, "exclui-se a reprovação e, portanto, a culpabilidade, se ocorrem circunstâncias em face das quais não se pode exigir de quem atua um comportamento ajustado ao dever. A não exigibilidade de conduta diversa, em princípio, exclui do agente o juízo de culpável"* (Direito Penal. *4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, tomo II, p. 31). Magalhães Noronha, por sua vez, assevera que, "se a culpabilidade é juízo de reprovação social, é censurabilidade: compõe-se de outro elemento: a exigibilidade de outra conduta", pois "culpável é a pessoa que praticou o fato, quando outra conduta lhe era exigida, e, ao revés, exclui-se a culpa pela inexigibilidade de comportamento diverso do que o indivíduo teve"* (Direito Penal. *17. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. I. p. 100). Damásio Evangelista de Jesus, sustentando a concepção finalista da culpabilidade (normativa pura), também ensina que "só há culpabilidade quando, devendo e podendo o sujeito agir de maneira conforme o ordenamento jurídico, realiza conduta diferente, que constitui o delito. Então, faz-se objeto do juízo de culpabilidade. Ao contrário, quando não lhe era exigível comportamento diverso, não incide o juízo de reprovação, excluindo-se a culpabilidade"* (Direito penal. *10. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. I, p. 417). Assim, a conduta somente será reprovável "quando for possível fazer-se recair um juízo de reprovabilidade em face de suas características pessoais e das circunstâncias em que o agente atuou"* (Escritos jurídico-penais. *Das penas e sua execução do novo Código Penal. São Paulo: RT, p. 206). E, como lembra Walter Marciligil Coelho, "a culpabilidade é sinônimo de reprovabilidade. O comportamento é culpável porque censurável. Assim, a essência da culpa é a reprovação, a afirmação da culpabilidade não pode prescindir de um juízo valorativo de conduta humana, e esse elemento normativo é fundamental à configuração da culpa penal, deixando em segundo plano o simples nexo psicológico da antiga 'concepção clássica. E em que termos se fará esta avaliação? Quando se poderá afirmar que a ação criminosa é culpável, isto é, reprovável? Quando as circunstâncias do fato não impediam o agente de motivar-se de acordo com o dever, segundo Goldschmidt; ou, em outras palavras, indagando-se sempre da exigibilidade ou na exigibilidade de outra conduta, nas circunstâncias em que atuou o agente do crime, segundo Feudenthal" (op. cit., Erro de tipo e erro de proibição no novo Código Penal, p. 88).*
>
> *As circunstâncias do fato, as quais Frank, em sua obra* Estrutura do conceito de culpabilidade, *chamava de concomitantes, não podem ser desprezadas na análise da conduta e, especialmente, de sua reprovabilidade. Como lembra Heitor Costa Junior, "não se duvida hoje que a autodeterminação humana está limitada pelas circunstâncias". Na célebre lição de Ortega y Gasset "eu sou eu e as minhas circunstâncias" (O direito penal e o novo Código Penal brasileiro,* A reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro, *Porto Alegre, 1985, p. 51).*
>
> *Como se vê,* na estrutura da culpabilidade está a exigibilidade de um comportamento adequado ao dever, *isto é, a conduta típica deve ser praticada em*

situação em que seja lícito exigir do agente, individualmente considerado no seu momento histórico, comportamento diferente. Não basta o cometimento de um fato típico e antijurídico para que surja a reprovação da conduta: é imprescindível que o agente, nas circunstâncias do fato, e em face de sua situação pessoal, tenha a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, exclui a culpabilidade. E, obviamente, além daquelas circunstâncias legais e específicas de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa (v. Código Penal, artigo 22), há outras que, posto não previstas expressamente em lei, devem ser consideradas pelo julgador. Aliás, Aníbal Bruno, mesmo advogando uma concepção clássica a respeito do conceito de crime, afirma que o princípio que norteia a não exigibilidade de conduta diversa com caráter de causa geral de exclusão da culpabilidade "está realmente implícito no Código e pode aplicar-se, por analogia, a casos semelhantes aos expressamente previstos no sistema. Na realidade, são casos de verdadeira lacuna na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia in bonan partem, *que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal" (Direito penal. Parte geral. v. II. 102)*

Destarte, a inexigibilidade de outra conduta constituiu princípio de direito penal, devendo, portanto, além das hipóteses que foi consagrada por lei, ser admitida como causa supralegal de exculpação. Não verifico assim, nenhum obstáculo à sua acolhida como tese defensiva. Entendimento diverso contrariaria o sistema penal em vigor, infringindo o princípio da culpabilidade que, como é sabido é aceito sem restrições pelo ordenamento penal brasileiro. Pode-se afirmar que, sua não aceitação, em última análise, violaria o princípio maior da ampla defesa.

No mesmo sentido, esta Corte Superior de Uniformização em julgado da Relatoria do ilustre Ministro ***JOSÉ ARNALDO,*** assim decidiu:

"No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa" (RT 750/589).

Por tais fundamentos, **concedo a ordem para que se possibilite a formulação de quesitos a respeito de causa supralegal de exclusão de culpabilidade quando do povo julgamento pelo Tribunal do Júri.**

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2000/0036840-7 **HC 12917 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA JULGADO: 18/09/2001

Relator
Exmo. Sr. Ministro **JORGE SCARTEZZINI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador(a)-Geral da República
Exmo(a). Sr(a). Dr(a). EXMO. SR. DR. JAIR BRANDAO DE SOUZA MEIRA

Secretária
Bela JUNIA OLIVEIRA C. R. E SOUSA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	EDISON FERREIRA DE LIMA
IMPETRADO	:	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	CRISTIANE MOREIRA COELHO

ASSUNTO : PENAL - CRIMES CONTRA A VIDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para que se possibilite a formulação de quesito acerca da causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de setembro de 2001

JUNIA OLIVEIRA C. R. E SOUSA
Secretária

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

APTE : JUSTICA PUBLICA
APTE : GILBERTO COSTA COELHO MALTA
Adv/proc : ADEMAR RIGUEIRA NETO e outros
APDO : OS MESMOS
RELATOR : **Desembargador Federal Paulo Gadelha** - Terceira Turma

E M E N T A

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. DOLO AUSENTE.

1. Na aplicação da pena, o juiz observa o preceito dos artigos 59 e 68 do Código Penal, não se configurando circunstância agravante o *quantum* descontado e não recolhido a título de contribuições previdenciárias.

2. A prescrição retroativa, cuja análise leva em conta a sanção imposta, há de ser apreciada com o trânsito em julgado para a acusação, a teor do art. 110, § 1°, do Código Penal.

3. Inegável constituir crime o não-recolhimento das contribuições correspondentes aos cofres da autarquia previdenciária. Reconhece-se, no entanto, a possibilidade de excluir-se a culpabilidade do agente se este carrear aos autos provas irretorquíveis de dificuldades financeiras da empresa, que justifiquem a incidência da causa supralegal de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa.

4. Para a configuração do crime de apropriação indébita, indispensável é a ocorrência do dolo, a intenção consciente do acusado em não recolher as contribuições sociais aos cofres da Previdência Social.

5. Precedentes jurisprudenciais.

6. Apelação do Ministério Público Federal improvida. Apelação da defesa provida em parte.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do Ministério Público e dar parcial provimento à apelação da defesa, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife, 04 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Desembargador Federal Paulo Gadelha
Relator

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

RELATÓRIO

Exmo. Desembargador Federal **Paulo Gadelha** - Relator:

Trata-se de 2 (duas) Apelações Criminais. Primeiramente, a interposta pelo Ministério Público Federal de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco. Decidira o julgador monocrático (sentença, **fls.190/201)** que as provas carreadas aos autos concorreram para a condenação. A materialidade estaria comprovada pelos registros dos descontos das contribuições previdenciárias dos salários dos empregados da empresa Pronto Socorro Urológico Ltda, bem como do Relatório fiscal do INSS **(fls.5256).** A autoria ficou evidenciada no Interrogatório **(fls.108)** quando o próprio réu admitira o não-recolhimento das contribuições descontadas, mas justificara a conduta por conta da inadimplência dos planos de saúde e de outros problemas enfrentados pela empresa.

O *Parquet* federal em suas razões de apelação, **fls.207/213**, insurge-se contra o *quantum* da pena aplicada no decreto condenatório e requer sua elevação, levando-se em conta que o total sonegado pelo réu supera os R$100.000,00 (cem mil reais), valor que fere de forma intensa a arrecadação da previdência social.

Contra-razões apresentadas pela defesa, **fls.215/239,** contrapõem-se aos argumentos expendidos na apelação do MPF, afirmando que o intento do *Parquet* em elevar a pena, está em evitar, à obviedade, a incidência da prescrição.

Já o réu GILBERTO COSTA COELHO MALTA em suas razões de apelação **(fls. 245/265)** argúi, em preliminar, a incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista que, no que se refere ao crime continuado, os delitos subseqüentes são havidos como continuação do primeiro. Sendo o último mês de não-recolhimento de contribuição previdenciária o mês de novembro de 1995, enquanto a denúncia fora recebida em 23 de maio de 2000, conclui-se pela expiração do lapso prescricional. No mérito, aponta para a atipicidade da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa pois o acusado deixou de recolher a contribuição previdenciária vez que não dispunha de condições para efetuar o pagamento.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

Parecer da Procuradoria Regional da República nesta superior instância, **fls. 269/274,** pugna pelo conhecimento e improvimento dos recursos interpostos pelo órgão ministerial e pelo réu, mantendo-se a sentença em todos os seus termos.

É o relatório. À douta revisão (art. 31, IV do Regimento Interno do TRF-5ªR).

É o relatório.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

V O T O

Exmo. Desembargador Federal **Paulo Gadelha** - Relator:

Antes mesmo de passar à análise da ocorrência de prescrição, argüida como preliminar de mérito de caráter prejudicial na apelação de GILBERTO COSTA COELHO MALTA, fls. 247, observo fazer-se necessário apreciar o recurso interposto pelo Ministério Público Federal, que, em hipótese de seu provimento, ensejará repercussão na contagem do prazo a influir neste julgamento.

Diz o representante ministerial, em seu recurso, precisamente às fls. 212, que a pena imposta ao acusado não correspondera ao grau de sua culpabilidade, vez que o MM. Juiz sentenciante deixara de levar em consideração o *quantum* sonegado pelo réu – R$100.000, 00 (cem mil reais). Esse montante revelaria expressão econômica considerável da atividade ilícita perpetrada contra a arrecadação da Previdência Social, o que justificaria a aplicação da penalidade máxima, elevando-se a pena-base acima do mínimo legal.

Em que pese essa argumentação, tenho que o aumento da pena não há que ser considerado. As circunstâncias do artigo 59 do Código Penal deixam o magistrado livre, como não se pode conceber em sentido contrário, para apreciar todas os elementos trazidos aos autos que possam formar seu convencimento, de acordo com todo o apurado na instrução.

O *quantum* maior ou menor das contribuições previdenciárias não-recolhidas não pesou na análise da culpabilidade pelo magistrado, que de perto acompanhou toda a instrução. Ademais inexiste imposição legal para que o julgador se atenha ao aumento da pena por conta do montante das contribuições não-recolhidas.

A censurabilidade da conduta do agente foi por demais esmiuçada pelo julgador e não merece qualquer reforma.

Havendo a apelação ministerial se debruçado, tão-só, nesse sentido, julgo pelo improvimento de suas razões recursais.

Passo à apelação do acusado.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

Defende o acusado a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa. Aduz que a denúncia fora recebida (fls. 89) em 23 de maio de 2000, enquanto o último mês do não-recolhimento das contribuições previdenciárias ocorrera em novembro de 1995, levando-se em conta que o crime imputado na denúncia foi de delito continuado, quando os delitos subseqüentes são havidos como continuação do primeiro.

Nesse ponto, a razão está com o Procurador Regional da República em seu Parecer.

A prescrição retroativa cuja análise leva em conta a pena *in concreto*, há de ser apreciada com o trânsito em julgado para a acusação, pelo que dispõe o art. 110, § 1º, do Código Penal. Ora, havendo apelação do *Parquet*, a sua argüição é fulminada de imediato.

Analisando-se a possibilidade da prescrição da pretensão punitiva pela pena *in abstrato*, impõe-se ver que, igualmente, melhor sorte não ampara o pleito da defesa. E o faço por observar que, sendo de 5 anos de reclusão a pena máxima cominada para o crime de apropriação indébita do art. 168-A do Código Penal, ainda não decorrera o lapso prescricional previsto no art. 109, III, do CP, entre o último mês do recolhimento indevido das contribuições, novembro de 1995, e o recebimento da denúncia, em maio de 2000. De tal modo, não haveria prescrição, pela pena *in abstrato*, antes de decorridos 12 anos.

No mérito, aponta a apelação da defesa para a atipicidade da conduta e a exclusão da culpabilidade pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa.

Sobre a matéria, o eminente Francisco de Assis Toledo diz ser a inexigibilidade de outra conduta a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade, afirmando que:

> "...não age culpavelmente – nem deve ser portanto penalmente responsabilizado pelo fato – aquele que, no momento da ação ou da omissão, não poderia, nas circunstâncias, ter agido de outro modo, porque, dentro do que nos é comumente revelado pela experiência humana, não lhe era exigível comportamento diverso. A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

> ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito." (*Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 328).

Os críticos de semelhante posicionamento fazem registro do perigo da aplicação extensiva desse princípio, argüindo eles que apenas deva ser restringida àqueles casos previstos pelo legislador para evitar-se, o que entendem ser, a excessiva impunidade. Em resposta, o mesmo Assis Toledo diz que esse receio é infundado, pois não se cogita possa ser a "não-exigibilidade de outra conduta" um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas sim um juízo de reprovação, pelo magistrado à frente do processo, da culpabilidade normativa. Para tanto, colhe da doutrina de Giuseppe Bettiol (*in* "Diritto Penale", 1976) acerca dessa expressa advertência:

> "Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais pretende prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único juiz deve ser o magistrado." (Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, cit., p. 329)

Esta a situação que se apresenta nos autos.

Por oportuno, trago à colação precedentes jurisprudenciais que espelham o mesmo entendimento:

> "PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS: COMPROVAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.
> 1. A prova testemunhal corroborada pela documental é bastante a comprovar a existência de dificuldades financeiras da empresa, sendo desnecessária a perícia contábil.
> 2. É possível excluir-se a culpabilidade dos agentes quando, em face do estado de flagelo econômico por que passa sua empresa, deixam de efetuar o recolhimento das contribuições

previdenciárias descontadas de seus empregados, vez que não lhes era possível exigir comportamento diverso.
3. Presença de causa supralegal de exclusão da culpabilidade.
4. Apelo improvido, sentença absolutória que se confirma."
(TRF 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CRIMINAL 199601075917 – MG. Rel. Juiz Cândido Ribeiro, Terceira Turma. DJ 06/06/1997, p. 41457).

"PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DO REGIME CAPITALISTA. INOCORRÊNCIA.
1. Não há como deixar de reconhecer a excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que restaram comprovadas, no feito, as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa na época em que o acusado era responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, tendo o réu demonstrado, portanto, sua conduta exculpável.
2. A sentença, ao admitir que o empresário deixe de recolher tributos em decorrência de dificuldades financeiras, privilegiando o pagamento dos salários de seus empregados, não desrespeitou as restrições à intervenção do Estado na economia, nem contrariou os princípios da livre iniciativa e do regime capitalista. Pelo contrário, garantiu aplicabilidade aos princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, os quais devem preponderar no presente caso.
3. Incabível analisar se houve má administração da empresa, pois o crime aqui discutido não é o de má administração, mas o de não-recolhimento de contribuições. Condenar o réu apenas porque não soube gerenciar com eficiência a sociedade seria criar um novo tipo penal, o de má gestão empresarial, o que não é permitido ao Poder Judiciário.
4. Apelação improvida."
(TRF 4ª Região. APELAÇÃO CRIMINAL 200204010496801 – SC. Rel. Juiz Fabio Rosa, Sétima Turma. DJU 30/04/2003, p. 910).

"DIREITO PENAL. NÃO-RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS. DIFICULDADES FINANCEIRAS.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

> A partir de dados trazidos pela defesa, entre os quais grande quantidade de títulos protestados, execuções, ações de reintegração de posse por arrendamentos mercantis desfeitos por falta de pagamento e ações monitórias propostas por dívidas bancárias, sem a necessidade de muitos conhecimentos técnicos de contabilidade conclui-se que a situação financeira da empresa era extremamente crítica, motivo pelo qual deve ser reconhecida a dificuldade financeira alegada e ser absolvidos os denunciados, com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa. Reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade."
> (TRF 4ª Região. APELAÇÃO CRIMINAL 200004011385637 – RS. Rel. Juiz Vilson Darós, Segunda Turma. DJU 12/09/2001, p. 331).

Dos elementos probatórios carreados aos autos, de modo a corroborar os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, é aceitável a alegação da dificuldade financeira por que passava o hospital autuado, decorrente de vários fatores, como, *v. g.*, os atrasos nos recebimentos dos valores enviados pelo hospital, as censuras de natureza administrativa e técnica por parte dos convênios, quanto ao saldo para o pagamento total das verbas devidas e questionamento de determinados valores vindos do hospital.

Estes os fatores que, segundo a defesa, levaram à falta de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não repassadas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Destarte, das provas coligidas, ressai que o intento do acusado em solver a dívida para com a seguridade social manifesta-se em pedido de parcelamento da dívida constituída. Obtido esse parcelamento, fato é que houve quitação parcial do débito, donde se sobressai a intenção do acusado em adimplir a sua obrigação tributária.

Não vem a propósito, pois, a alegação de favorecimento da atividade econômica desenvolvida pelo acusado em detrimento dos cofres públicos, vez que se encontra desamparada para a configuração do ilícito penal.

É de ver que o débito foi verificado quando da apresentação do relatório fiscal, elaborado por fiscais de contribuições previdenciárias, à vista de recibos de pagamentos de salários de empregados da empresa hospitalar. Constatação que afasta, de plano, a possibilidade de fraude contábil.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

Merecem, nesse sentido, ser acolhidas as razões da defesa, pois se verifica que a omissão de recolhimentos das contribuições previdenciárias deu-se por opção contábil, e não em proveito dos dirigentes do hospital.

De tal sina, o elemento subjetivo do tipo penal não se faz presente no agir do acusado.

As provas testemunhais produzidas são esclarecedoras e coerentes, como se observa dos depoimentos prestados, dando conta da existência do parcelamento e da situação por que passava a empresa, destacando-se do testemunho de MARIA CÉLIA PADULA BATISTA, então gerente administrativa do hospital, fls. 135 e 136:

> "que considerando tal fato, o hospital passou por uma ampliação, até mesmo para que continuasse a funcionar, tendo em vista a concorrência; que o hospital, com recursos próprios, chegou a construir a base, o térreo e o primeiro andar de um prédio anexo; que com isso foram instalados nove apartamentos e duas salas de cirurgia; que, à época, iniciava-se a alta da inflação com a folha de pagamentos e os fornecedores passando a não serem pagos com regularidade, tendo sido o hospital obrigado a requerer ao Bandepe um empréstimo que foi concedido, sendo a obra terminada até o sexto andar; que a construção ocorreu justamente no período de 1991/1995."

Neste mesmo depoimento, dada a palavra ao douto representante do Ministério Público Federal, este confirma a existência do parcelamento nestes autos referido:

> "que foi realizado o parcelamento com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tendo sido pago uma parte; que não sabe dizer qual o valor total das contribuições previdenciárias, não sabendo afirmar se o valor do empréstimo do Bandepe cobria o devido à autarquia; que não sabe dizer o valor total do que o hospital ficou devendo ao Bandepe".

Induvidoso que houve o empréstimo contraído junto ao Banco do Estado de Pernambuco – BANDEPE, e que desse contrato o financiamento obtido se destinava à reforma e ampliação das instalações do nosocômio.

Cuidando de analisar os elementos do crime imputado ao acusado, verifico, com base na melhor doutrina, que para a sua configuração

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

é indispensável a ocorrência do dolo, isto é, da intenção consciente do acusado em não recolher as contribuições sociais aos cofres da Previdência Social. Em assim procedendo, por estar impossibilitado, descabe falar no elemento caracterizador do tipo de apropriação indébita, o *animus rem sibi habendi*. Para a caracterização do delito, é necessária a configuração do elemento subjetivo do tipo que consiste na vontade livre e consciente de apropriar-se, indevidamente, dos valores devidos à Previdência.

Precedentes desta e. 3ª Turma, nesse sentido, com votos da lavra do ilustre Desembargador Federal Ridalvo Costa e do tão ilustre Desembargador Federal Nereu Santos:

> "EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEI 8.212/91. EXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. "ABOLITIO CRIMINIS".LEI N.° 8.866/94. INEXISTÊNCIA.
> - (*omissis*).
> - É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido com dolo somente;
> - É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários;
> - Improvado o dolo específico, não se tipifica o crime capitulado na lei 8.212/91, art. 95, alínea "d".
> - Recurso improvido."
> (ACR N° 02230/SE. Rel. Des. Fed. Ridalvo Costa. J. 14/09/2000. DJ 27/11/2000, p. 634).

> "EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS ART. 95, "D", DA LEI 8.212/91. AUSÊNCIA DE DOLO.
> - Para configuração do delito previsto na alínea "d" do art.95 da lei 8.212/91 faz-se necessária a figura do dolo, que consiste na vontade livre e consciente de apropriar-se dos valores devidos à Previdência Social.

Tribunal Regional Federal - 5.a Região
fls.

Apelação Criminal nº 2834/PE **(2000.83.00.004432-5)**

> - Ausência de dolo comprovada pela regularidade da escritura contábil e pela difícil situação financeira da firma. Comprovação do pagamento do débito junto ao INSS. Apelação improvida." (ACR Nº 01794/AL. Rel. Des. Fed. Nereu Santos. J. 16/09/1999. DJ 15/10/1999, p. 1153).

A situação financeira da empresa e o parcelamento do débito junto ao INSS, sobretudo, afastam a incidência do dolo, imprescindível para a configuração do crime narrado na denúncia.

Ex positis, NEGO PROVIMENTO à apelação do Ministério Público Federal e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do acusado, reconhecendo que não ocorreu a prescrição, para, no mérito, absolvê-lo da imputação que lhe foi imposta.

É como voto.

SJAT
Nº 70000893891
2000/CRIME

ACIDENTE DE TRÂNSITO.
DELITO DO ARTIGO 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA.
Tendo o réu obstaculizado o fluxo de trânsito ao cruzar uma rua, no entanto fazendo-o com as cautelas necessárias, não visualizando uma bicicleta que trafegava sem os refletores obrigatórios, presente a inexigibilidade de outra conduta, levando à absolvição.
APELO DEFENSIVO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70000893891	ESTÂNCIA VELHA
FLORENCIO IVO DE MATTOS,	APELANTE;
MINISTÉRIO PÚBLICO,	APELADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em absolver o réu com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores, Ranolfo Vieira, Presidente, e Marcel Esquivel Hoppe.

Porto Alegre, 11 de abril de 2001.

DES. SILVESTRE **JASSON** AYRES **TORRES,**
Relator.

RELATÓRIO

DES. SILVESTRE **JASSON** AYRES **TORRES (RELATOR)** – O MINISTÉRIO PÚBLICO, na comarca de Estância Velha, ofereceu denúncia contra FLORÊNCIO IVO DE MATTOS, por incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.503/97.

> *Conforme narra a denúncia "No dia 02 de julho de 1998, por volta das 18h30min, na Rua Presidente Lucena, esquina com Rua Valter Klein, nesta cidade, o denunciado, conduzindo o veículo VW/Brasília, ano 1978, cor branca, placas ACA-3933, no sentido bairro Nova Estância-Centro, sem possuir Carteira de Habilitação, foi negligente ao efetuar a manobra de travessia da Rua Presidente Lucena para ingressar na Rua Valter Klein, posto que não tomou as precauções necessárias e não percebeu a presença da bicicleta marca Monark, cor verde, conduzida por Jorge Roberto dos Reis Machado, que trafegava na Rua Presidente Lucena no sentido centro-bairro Nova Estância, ocasionando a colisão dos veículos.*
>
> *"Em decorrência do evento lesivo, o denunciado matou, culposamente, a vítima Jorge Roberto dos Reis Machado, que foi conduzida ao hospital e faleceu em razão de complicações pós traumatismo abdominal com ruptura esplênica, causada por instrumento contundente (auto de necropsia de fls. 25/26).*

Auto de necropsia juntado à fl. 28.

Recebida a denúncia em 11.01.99 (fl. 71), o réu foi citado e interrogado (fl. 74), tendo oferecido defesa prévia (fl. 76).

Ouvidas as testemunhas (fls. 81/85), os debates orais foram

substituídos por memoriais, onde o Ministério Público requereu a procedência da denúncia para condenar Florêncio Ivo de Mattos como incurso nas sanções do art. 302, inc. I, da Lei 9.503/97, e a defesa, postulou pela absolvição do acusado.

Sobreveio sentença que julgou procedente a denúncia para condenar Florêncio Ivo de Mattos como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, I, do Código de Trânsito, **à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção** em regime aberto, **substituída** por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena imposta, bem como pena de multa fixada em 60 dias-multa em seu grau mínimo. A sentença determinou, também, a proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículos automotores pelo mesmo prazo da pena (fls. 95/98).

Inconformada com a decisão, apela a defesa (fl. 82).

Em suas razões (fls. 108/111), requer a absolvição do acusado, sustentando que o mesmo não obrou com culpa no evento. Aduz que o apelante foi diligente ao efetuar a manobra, e que a bicicleta, na qual a vítima trafegava, não possuía refletores, fato que certamente concorreu para o evento, eis que o local era escuro.

Em contra-razões, o Ministério Público requer a manutenção da sentença (fls. 113/116).

Subiram os autos.

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça manifesta-se pela confirmação da sentença (fls. 119/121).

É o relatório.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RS

VOTO

DES. SILVESTRE **JASSON** AYRES **TORRES (RELATOR)** – A materialidade do delito está comprovada pelo auto de necropsia (fls. 28/29).

O réu (fl. 74) relatou que "*numa quinta-feira por volta das 18:30 horas, já estando escuro e chovendo, trafegavam pela Presidente Lucena buscando entrar na Walter Klein; parou e como não viu movimento entrou à esquerda e já terminando a travessia da 2ª pista, sentiu o estouro no veículo, parando logo em seguida. (...) foi visitar a vítima, que parecia disposta, e conversaram a respeito do acidente, tendo o Jorge Roberto comentado ter visto o interrogando e ter imaginado que este pararia para que passasse. Outrossim, se tivesse desviado pela esquerda teria escapado. O interrogando comentou que não o viu pela má iluminação pública e pela chuva*".

Marcelino Machado (fls. 15 e 82) não presenciou o acidente. Afirmou que seu filho, a vítima, não tinha ingerido bebida alcoólica. Informou que teria chovido à tarde e que a bicicleta era simples "e havia apenas 'olho de gato' traseiro".

José Goulart (fl. 81), policial militar, não assistiu o acidente. Esclareceu que já estava escuro e a iluminação do local é bem ruim e que a bicicleta era antiga e não tinha os refletores obrigatórios.

Luís da Luz (fl. 83) informou que o local era escuro, garoava e era ruim a visibilidade, bem como o fato da bicicleta não possuir refletores.

Não há testemunha presencial e o relato do réu é coerente afirmando que parou o veículo e, verificando não haver movimento na rua, iniciou a travessia, imprimindo uma velocidade de 30 Km/h. As testemunhas confirmam o relato do réu no sentido de que a visibilidade era precária.

A bicicleta não possuía refletores, fato informado pelas testemunhas e confirmado pela perícia (fl. 16). O réu conhecia a vítima, tendo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RS

visitado-a no hospital e esta teria comentado ter visto o réu, mas ter pensado que iria parar, a fim de que passasse.

A argumentação de que a visibilidade do réu e vítima eram semelhantes não procede, pois o fato ocorreu no dia 02 de julho, às 18h30min, portanto, no inverno, quando anoitece mais cedo. Logo, estava escuro, o que motivou que o veículo do réu estivesse com os faróis acesos, proporcionando uma visibilidade perfeita para a vítima. O contrário não é verdadeiro, posto que a bicicleta, além de ser veículo menor, estava sem os refletores obrigatórios, dificultando a visibilidade do condutor do veículo.

É certo que o local é zona habitada, tendo inclusive uma escola na quadra do acidente, sendo conhecido dos condutores de veículos o trânsito freqüente de bicicletas. O réu realizou manobra que exigia cautela redobrada, até mesmo pelas condições climáticas, em razão disso verificou o fluxo de trânsito antes de atravessar a rua, e o fez imprimindo uma velocidade de 30 Km/h. A vítima avistou o carro do réu e mesmo assim confiou que este pararia, confirmando a baixa velocidade imprimida pelo mesmo, mas não atentou para o fato de que por não ter, a sua bicicleta, os refletores necessários poderia não ter sido visualizado pelo réu.

Estando presente a inexigibilidade de conduta diversa, o julgador está frente a uma situação de lacuna da lei, pois a previsão legislativa não tem condições de abordar todas as circunstâncias que envolvem a convivência humana.

Diante desse fato, resta permitida a interpretação extensiva, a fim de ser pesquisada uma norma não incriminadora para a situação presente enquadrar-se na esfera da licitude. Tal interpretação é viável no campo penal, uma vez que beneficiará o réu.

Sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa "supralegal" de exclusão da culpabilidade, Francisco de Assis do Rego

Monteiro Rocha, *in* Cadernos de Direito, Curitiba: 1997, Faculdade de Direito de Curitiba, vol. 3, p. 37-38, comenta:

> *"Sendo a culpabilidade base de toda a reprovabilidade penal e social, e tendo ocorrido um fato antijurídico que não proveio de uma vontade ilícita, não se justifica a punição do agente. A pena, ademais, tem um sentido ético de recriminar um mal praticado, quando não dolosamente, pelo menos, com culpa. Como ensina ainda José Frederico Marques, '... sobre a conduta ilícita pode incidir uma sanção extrapenal: o que se não compreenderia é que um comportamento desenrolado sob a direção de uma vontade não reprovável, fosse objeto de punição ou castigo.' (Op. Cit., v. 2, p. 229).*
>
> *"Isto posto, parece-nos fácil concluir pela aceitação da tese da inexigibilidade de outra conduta, como causa 'supralegal' de exclusão da culpabilidade.*
>
> *"Damásio de Jesus, que acolhe entre nós também essa posição, esclarece: 'Assim, para a verificação da licitude de um comportamento o juiz pode apreciar todos os dispositivos 'extrapenais' e concluir pela presença de um fato típico permitido pelo Direito. Tratando a disposição de norma penal não incriminadora e havendo lacuna no ordenamento jurídico 'extrapenal', é permitido ao intérprete lançar mão da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. A base legal encontra-se no artigo 4º da LICC, ao afirmar que, omissa a lei, '... o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Assim, omissa a lei extrapenal reguladora de caso semelhante ao concreto, o juiz pode valer-se da analogia, absolvendo o sujeito com fundamento na integração da lei. É bem de ver que não se trataria propriamente de uma causa 'supralegal', uma vez que o juiz estaria aplicando uma disposição por analogia. Mas nada obsta que o juiz, na ausência de disposição que trate de caso semelhante, absolva o agente com base nos princípios gerais de Direito. Então, estaríamos em face de uma causa 'supralegal' da exclusão da ilicitude.' (Comentários ao código penal, v. 1, pp. 424-5.)"*

A respeito dos princípios gerais do Direito, Clóvis Beviláqua, *in* Teoria Geral do Direito, Rio de Janeiro: 1980, p. 44, ensina:

> *"o jurista penetra num campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-las para onde a necessidade social mostra insuficiência do Direito positivo."*

No caso concreto, verifica-se que a conduta do réu foi cautelosa,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RS

conforme exigia a situação, no entanto, não se poderia exigir dele além do comportamento apresentado, embora tendo obstaculizado o fluxo de trânsito, o fez com observância dos cuidados necessários. Pretender reprimir penalmente a conduta do réu, consistiria em condená-lo por não ter visto o que para qualquer homem médio seria impossível. Por conseqüência, condenar uma conduta destituída de qualquer culpabilidade, acarretando uma injustiça social.

Assim, diante da inexigibilidade de outra conduta, está excluída a culpabilidade do réu no caso concreto.

Absolvo o réu Florêncio Ivo de Mattos com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

DES. RANOLFO VIEIRA – De acordo.

DES. MARCEL ESQUIVEL HOPPE – De acordo.

Decisor(a) de 1º Grau: Nilton Luís Elsenbruch Filomena.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Imprimir

1. Número: 70000893891 **Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS **Seção:** CRIME

Tipo de Processo: Apelação Crime **Órgão Julgador:** Primeira Câmara Criminal **Decisão:** Acórdão

Relator: Silvestre Jasson Ayres Torres **Comarca de Origem:** ESTÂNCIA VELHA

Ementa: ACIDENTE DE TRANSITO. DELITO DO ARTIGO 302, PARAGRAFO UNICO, INCISO I, DO CODIGO DE TRANSITO BRASILEIRO. INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA. TENDO O REU OBSTACULIZADO O FLUXO DE TRANSITO AO CRUZAR UMA RUA, NO ENTANTO FAZENDO-O COM AS CAUTELAS NECESSARIAS, NAO VISUALIZANDO UMA BICICLETA QUE TRAFEGAVA SEM OS REFLETORES OBRIGATORIOS, PRESENTE A INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA, LEVANDO A ABSOLVICAO. APELO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70000893891, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Silvestre Jasson Ayres Torres, Julgado em 11/04/2001)

Assunto: 1. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA. DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. 2. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE. 3. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. LACUNA DA LEI. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.

Referências Legislativas: LF-9503 DE 1997 ART-302 INC-I CP-386 INC-III

Data de Julgamento: 11/04/2001

Esta página utiliza a fonte ecológica EcoFont Vera Sans.
Instale-a em seu computador para economizar tinta.