

DO CONTEÚDO NORMATIVO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: Da possibilidade de sua invocação para se excluir a culpabilidade em situações concretas

Isabella Galbieri Agria (IC) e Erika Chioca Furlan (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Trata-se de uma reflexão aprofundada acerca da possibilidade de arguição do instituto da inexigibilidade de conduta diversa quando não houver previsão legal para tanto. A forma de afastamento da culpabilidade encontra posituação no Código Penal, o qual, em seu artigo 22, aponta como duas as possibilidades de sua arguição, sendo essas: a coação moral irresistível e obediência à ordem hierarquicamente superior não manifestamente ilegal. No entanto, a doutrina diverge quanto à possibilidade de invocação do instituto em situações que extrapolem esse rol. A corrente que aceita a aludida arguição supralegal, considera o rol do artigo 22 exemplificativo, ao passo que, o pensamento contrário entende que só é admitida a inexigibilidade de conduta diversa quando presentes uma das duas situações elencadas, sendo o rol, portanto, taxativo. Nesse diapasão, pretende-se expor as circunstâncias nas quais ambas as correntes estão inseridas, bem como explicitar seus fundamentos, o que será feito através do método dialético por pesquisa bibliográfica, bem como pelo método qualitativo para compreender a essência do aludido fenômeno. Com isso, para a solução da controvérsia que recai sobre a possibilidade da arguição da inexigibilidade de conduta diversa em situações supraleais, deve-se valer da ponderação dos elementos típicos do fato no caso concreto.

Palavras-chave: Culpabilidade, supralegal, inexigibilidade.

ABSTRACT

This is an in-depth reflection concerning the possibility of argumentation by the institution on the unenforceability of diverse conduct, when there is no legal provision for such. The exclusion of the culpability can be found in article 22 of the Criminal Code, in which two possibilities of the argumentation are pointed out. They are: irresistible moral coercion and obedience to the not manifestly illegal hierarchically superior mandate. However, the doctrine differs when it comes to the possibility of invocation by the institution in situations that go beyond the list. The current, which accepts the use of the supra-legal aforementioned argumentation, considers

the list in article 22 exemplified; while the opposite thought understands that the unenforceability of diverse conduct is only admitted when present in one of the two discriminated situations, making the list, therefore, exhaustive. In this diapason, exposure of the circumstances where both currents are available, as well as explication of their reasons are expected, which will be done by a dialogue method through bibliographical research and the qualitative method, in order to comprehend this essence of the aforementioned phenomenon. Thus, for settlement of the dispute that falls on the possibility of argumentation on the unenforceability of diverse conduct in supra-legal situations, it is valuable to reflect on the typical elements of the concrete case.

Keywords: culpability, supra-legal, unenforceability.

1. INTRODUÇÃO

No sistema penal Brasileiro, o delito é analisado através do prisma da teoria tripartida, isto é, um fato social só pode ser considerado crime se sobre ele incidir a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Nessa toada, em havendo a ausência de um desses pressupostos, o fato é irrelevante no âmbito penal e não deve, portanto, ser tido como crime.

A maneira de se afastar o elemento da culpabilidade está prevista no Código Penal e se dá através da arguição de duas possibilidades: a coação moral irresistível e obediência à ordem hierarquicamente superior não manifestamente ilegal. Muito embora o legislador tenha trazido expressamente essas duas situações, a doutrina debate a possibilidade de invocar o instituto da inexigibilidade de conduta diversa em oportunidades concretas que não possuam amparo legal. Assim, a arguição do afastamento da culpabilidade teria tanto origem legal, quanto supralegal.

Muito embora a doutrina liberal admita essa invocação supralegal, reconhecendo a impossibilidade de se arguir a inexigibilidade de conduta diversa apenas nos casos previstos em lei, os fundamentos da corrente mais conservadora se debruçam acerca dos prejuízos que tal aceitação acarretará para a segurança jurídica e para o cumprimento da lei.

Pretende-se, nessa toada, ponderar a razoabilidade jurídica de se considerar as situações concretas nas quais o agente está inserido, em virtude das influências com as quais se deparou para, então, optar pela prática do injusto.

A resistência que paira sobre a aceitação de causas supralegais em um universo positivado é justificável, mas, considerando-se a celeridade do desenvolvimento do crime no mundo atual, não é razoável atar as mãos do Poder Judiciário submetendo sua atuação a do legislador que, em tese, precisaria correr contra o tempo para atualizar as situações previstas em lei abarcando toda e qualquer possibilidade de atuação dos criminosos em face da paz social.

Até porque, não há como instituir no ordenamento jurídico uma situação genérica de exclusão da culpabilidade, quando, nas demais causas excludentes, o rol é aberto e apenas traz balizadores à subsunção do fato à norma.

Dito isso, investigar as motivações do agente quando do cometimento do crime pode ser determinante para a assunção das causas supralegais quando estas pretenderem afastar a culpabilidade do agente através do instituto da inexigibilidade de conduta diversa.

Deve-se ter em mente, ainda, que essa razoabilidade deva estar sempre em consonância com o direito para não ser uma causa de motivação à delinquência.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

A inexigibilidade de agir em conformidade com os preceitos legais é excepcional no mundo jurídico do qual o Direito Penal Brasileiro faz parte. Adotada a teoria subjetiva quanto à responsabilização do agente, não se leva só em consideração a produção de um resultado danoso para a imputação de culpa. A uma porque se está diante de um ser humano e, sobre ele, recaem diversos aspectos físicos e emocionais capazes suprimir sua consciência instantânea e provisoriamente. A duas pela renegação da teoria objetiva anteriormente adota, segundo a qual só interessava o fato exterior danoso, independentemente dos fatores que incidiam sobre o agente.

Entretanto, restringir a arguição de causas excludentes de culpabilidade às hipóteses legais, renegando-se situações supraleais, pode ocasionar prejuízos impensados e desnecessários àqueles que, diante de uma situação excepcional, não tiveram como optar pela prática de condutas lícitas em detrimento do crime praticado.

É cediço que o delito é composto pelos três elementos essenciais: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Muito embora a doutrina majoritária se curve a essa teoria tripartida, muitas imprecisões e discussões permeiam essa divisão.

Isso porque, a tipicidade e a antijuridicidade estão em conformidade com o constante na lei, e, portanto, vinculadas a seus ditames. A culpabilidade, de outro viés, perfaz a livre convicção do delinquente e capacidade de determinar-se e, muito embora se trate de um juízo de valor, nas palavras de Bierling, não é em toda situação de calamidade pessoal que é possível sua arguição para se desvencilhar da culpa.

De proêmio, forçoso convir a importância da longa trajetória histórica percorrida para que se pudesse, hoje, estudar a culpabilidade como um componente essencial para a configuração do delito.

Como bem aponta Alexis Couto de Brito (2006), “aquela que evoluiu da psique ao normativo”, a culpabilidade já esteve excluída da definição da qual hoje faz parte. Tida como uma mera conexão objetiva pela corrente naturalista, em meados do século XIX, a culpabilidade era diametralmente oposta ao injusto. Com isso, para estabelecer a ligação de um indivíduo com a sua responsabilidade penal, bastaria concatená-lo ao fato delituoso, levando-se em conta, para sua configuração, o dolo ou a culpa. Atualmente, tal entendimento se identifica com a Teoria Psicológica da Culpabilidade.

Foi com Franz Von Liszt que a culpabilidade passou a ter espaço na configuração elementar da constituição do crime, através do chamado sistema clássico do ilícito. Já em 1907, Reinhard Frank concluiu que não bastava considerar apenas o contexto fático e concreto no qual o agente estava inserido quando da prática delituosa para culpa-lo por isso, seria necessário ponderar as circunstâncias abstratas concomitantes que atuaram sobre o fato que gerou a consequência criminosa.

Entretanto, muito embora tenha construído a atualmente chamada Teoria Psicológica Normativa, prezava que a culpabilidade seria composta pela imputabilidade, pelo elemento psicológico normativo (dolo e culpa) e pela exigibilidade da conduta diversa. Com isso, para Frank, o dolo e a culpa integrariam a culpabilidade, o que a levaria a ser um juízo de apreciação (COSTA, 1982, p. 751).

Atualmente vê-se que a teoria de Frank era insustentável, uma vez que nela se considerava o dolo como integrante do juízo de valoração, sendo certo que o dolo (assim como a culpa) constitui essencialmente a tipicidade do fato, uma vez que se encontram embutidos na previsão legal.

Entretanto, não há que se negar essa visão em sua totalidade, pois, naquela época, os tribunais julgadores já se valiam dessa teoria para amenizar a pena dos delinquentes, isto é, dependendo das circunstâncias concretas e abstratas que incidiram concomitantemente no indivíduo no momento da prática do crime, cogitava-se a possibilidade de isso refletir na fixação da pena.

Foi então que, diante dessa valoração psicológica externa sobre a conduta do agente, a teoria de Frank desenvolveu a visão da reprovabilidade como essência da reputação da culpabilidade.

Tempos depois, em meados de 1922, Berthold Freudenthal passa a desenvolver a ideia de que a culpabilidade estaria em paralelo com o dolo e com a culpa, e não dentro dela. Com esse pensamento, desenvolvia a necessidade de se apurar os motivos que levaram o indivíduo a agir em desconformidade com o que manda o Direito. E, ainda, se esses motivos seriam suficientes para incidir na reprovabilidade de sua conduta.

De acordo com Alexis Couto de Brito (2006):

Freudenthal esclarece que o dever é importante e indispensável (...), pois o comportamento deve ser exigido para se falar em conduta culpável. Mas não basta só o dever. É preciso poder agir de forma adequada ao direito. Somente se pode reprovar aquilo que se pode exigir.

Diante de todo esse cenário é que Hans Welzel pôde arquitetar a teoria finalista do delito, incorporada pelo Direito Penal Brasileiro. Segundo ela, Welzel passa a considerar que a possibilidade de ter agido de forma diversa é o centro da reprovabilidade, essência da culpabilidade.

Atualmente, tal pensamento foi incorporado pela Teoria Normativa Pura, segundo a qual a culpabilidade compreende apenas um juízo de reprovação pessoal à perpetração de um fato lesivo de um interesse penalmente protegido. E, diante disso, a culpabilidade é composta pela imputabilidade, pela possibilidade de conhecimento do injusto e pela exigibilidade de assumir uma conduta diversa. Insta consignar, ainda, que, segundo essa teoria, na culpabilidade não incide nenhum aspecto psicológico, uma vez que este compõe o dolo e a culpa, que por suas vezes estão incutidos na tipicidade e não mais na culpabilidade.

Dissociando-se a culpabilidade de qualquer aspecto psicológico, esta se subdivide em três elementos essenciais que, em tese, são independentes entre si: a imputabilidade penal, a possibilidade de conhecimento do injusto e a inexigibilidade de conduta diversa.

O primeiro elemento, qual seja, a imputabilidade penal, são as circunstâncias que concedem ao indivíduo a capacidade de ser destinatário da sanção juridicamente aplicada à sua conduta. Com isso, depreende-se se o agente delincente é capaz, de acordo com a definição legal, de receber a pena proporcional à sua ação ilícita. Assim, ter um fato típico e antijurídico, por si só, não é capaz de punir o praticante, caso a ele não seja imputável a responsabilidade da conduta.

O segundo componente, o conhecimento do injusto, igualmente denominado potencial consciência da ilicitude, é o conjunto de elementos que fazem o agente crer não estar praticando um crime, isto é, o agente deve ser capaz de entender e de querer aquele fato danoso. *A contrario sensu*, tem-se que só incide a culpabilidade no indivíduo quando este possui condições de saber que está praticando um ato ilícito. Insta consignar que, muito embora subsista o dolo em sua conduta, fazendo com que haja a tipicidade, a culpabilidade é excluída, o que torna, por consequência, o delito irrelevante penalmente, pois não há a incidência dos três elementos essenciais para a configuração do crime.

E, ainda, a culpabilidade possui como componente a inexigibilidade de conduta diversa, a qual, nos ditames de Mirabette (1986, p. 101): “não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso”.

O objeto dessa última vertente da culpabilidade é a razão de ser do presente estudo. Isso porque, muito embora haja um rol elencando as situações nas quais não é possível exigir do agente postura diversa daquela assumida causadora do ilícito, questiona-se se

é razoável limitar essas condições, fazendo com que as situações previstas em lei sejam taxativas.

Nessa toada, a inexigibilidade de conduta diversa pode ser legal ou supralegal. Quando a previsão advém de texto normativo e é emanada pela autoridade competente, respeitado o devido processo legislativo, a inexigibilidade de conduta diversa é legal e, conforme dispõe o artigo 22 do Código Penal, abarca a coação moral irresistível e a obediência à ordem hierarquicamente superior. Por outro lado, quando sua origem não se encontra positivada, trata-se de causa supralegal.

Prima facie, indispensável explicitar o que difere uma causa legal de uma supralegal. Sabe-se, por óbvio, que a causa legal é aquela que encontra posituação na lei, enquanto a supralegal não advém de nenhum texto normativo. No entanto, vale dizer que o prefixo “supra”, de origem latina, não remete à questão de superioridade, mas tão somente à lógica de estar acima, isto é, fora da lei.

A controvérsia se consolida quando da possibilidade de o Direito Penal Brasileiro aceitar a invocação de causas supralegais para afastar a culpabilidade do agente. Eis que cinge-se a discussão sobre o cabimento de conceder a uma causa supralegal o condão de invalidar o delito pela ausência da culpabilidade, muito embora estejam presentes a tipicidade e a antijuridicidade.

Doutrinadores como Nelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso e Fernando Almeida Pedroso, defendem que a arguição da inexigibilidade de conduta diversa deve ser restrita às possibilidades previstas em lei.

Munidos de fundamento, entendem que, concedendo a causas supralegais a força de anular algo que seja previsto em lei, abandonar-se-ia o critério objetivo para a exclusão da reprovabilidade pessoal.

Assim, na exigibilidade de outro comportamento, por conseguinte, não deve ser examinado pelo normativismo puro, ‘id est’, com elasticidade e amplitude cumprindo que se atrele e acrisole a situações específicas e explicitamente determinadas, insculpidas na lei como dirimentes (PEDROSO, 1993).

Mirabete vai além. Segundo ele, acatar as causas supralegais como formas de exclusão da culpabilidade do agente causaria o enfraquecimento da eficácia da prevenção geral do Direito e, por consequência, resultaria em uma aplicação desigual aos agentes que praticaram o crime de formas distintas. Não obstante isso, entende que a tese de que deveria ser inserida a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade na lei não foi aceita na reforma de 1984 (MIRABETE, 2006).

Em contrapartida, a doutrina majoritária não é adepta a essa corrente da qual Mirabete faz parte. Nomes como Jiménez de Asúa, Alberto Silva Franco, Celso Delmanto, Basileu Garcia, Lydio Machado Banderia de Melo, Francisco de Assis Toledo, Damásio Evangelista de Jesus, José Henrique Pirirangeli, José Frederico Marques e Magalhães Noranha, entendem que a possibilidade de invocação do instituto da inexigibilidade de conduta diversa não pode ficar vinculada à previsão legal. (CAMPOS, 1998).

Nesse diapasão, justificam seus posicionamentos no fato de ser absolutamente incoerente punir alguém por ter praticado um crime quando ele não teria outra opção. Diante das circunstâncias do caso concreto, qualquer pessoa que prezasse pelo bem jurídico que estivesse sendo ameaçado, sucumbiria à ilegalidade da ação para tentar reduzir as consequências perniciosas que aquela situação, por si só, já lhe causou.

Embasam-se, ainda, na ideia de que, por mais cauteloso e prudente que fosse o legislador, ele seria incapaz de prever todas as situações que um homem médio poderia ser inserido e que lhe seria suprimida a liberdade de escolher agir conforme a lei determina.

Essa impossibilidade que recai sobre o legislador da época acontece por diversos motivos, tais como, ausência de previsibilidade de uma situação terceira, desídia no momento da elaboração da lei, implicitude de um rol exemplificativo mas que aparenta ser taxativo, entre outros.

Nas palavras de Oliveira Filho, “se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria de inexigibilidade como causa supralegal de exclusão de culpabilidade”. (1996).

Inexiste vedação legal que impeça a invocação de causas supraleais para excluir o crime propriamente dito, mas pelo contrário, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, negar a arguição de causas não previstas em lei, seria equivalente a desconsiderar os princípios norteadores do Direito e seus fundamentos basilares.

Não há que se negar que o Direito Positivo em geral possui lacunas. Isso porque o texto legal foi elaborado por seres humanos que cometem falhas, olvidam-se de questões específicas, e não abarcam pontos que, frise-se, no momento da elaboração da lei, não são irrelevantes no tempo e no espaço que se encontram.

Entrementes, é cediço que para essas omissões, lacunas ou obscuridades da lei, há solução. No caso do Direito Penal, mesmo com a incidência princípio da reserva legal, não há obstáculo para supri-la quando em benefício do agente, uma vez que ela pode ser resolvida pelos processos determinados no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), isto é, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Nesse esteio, cabe ressaltar que a culpabilidade deu origem a um princípio claramente abarcado pela Constituição Federal. Princípio esse que é defendido por muitos doutrinadores como sendo o segundo mais importante do Estado Democrático de Direito, ficando atrás, apenas, do Princípio da Legalidade.

Intitulado como Princípio da Culpabilidade, essa denominação está fragmentada em dois diferentes níveis. No primeiro, cinge-se o princípio do *nullum crimen sine culpa*, que exige, ao menos uma conduta culposa para que se possa apontar um fato típico. Já no segundo, incide-se a aludida reprovabilidade para que se configure o delito, isto é, não há delito quando o injusto não pode ser reprovável ao autor.

Nessa linha, excluir a arguição da inexigibilidade de conduta diversa pela ausência de previsão legal, seria como negar a aplicação dos princípios que o Direito Penal recepcionou, bem como sua possibilidade de invoca-lo.

A negação da invocação de causas não previstas em lei põe em xeque toda a evolução doutrinária e jurisprudencial do Direito pátrio, uma vez que estar-se-ia admitindo apenas a letra da lei como fonte do Direito, e não os demais nascedouros nas normais legais, mesmo que, no Brasil, seja inegável a imponência da lei em relação às demais fontes jurídicas.

Contudo, garantir maior importância a determinada fonte normativa não exclui a importância nem anula a invocação das demais, pois, se assim fosse, a base sedimentada de toda a construção jurídica do ordenamento pátrio cairia por terra.

Outrossim, não é só o Código Penal que, implicitamente, admite a arguição da inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade mesmo sem previsão legal. O Código de Processo Penal, em seu artigo 386, inciso VI, traz que o magistrado está autorizado a absolver o sujeito com base nos costumes e nos princípios gerais de direito em que se fundamentam a inexigibilidade.

Não pariam dúvidas sobre o fato de que, mesmo tendo princípio que não são positivados, eles ainda devem ser aplicados. Ora, se o legislador concede ao juiz o poder de absolver um indivíduo que praticou um fato criminoso se embasando nesses princípios, não há razão para não poder aplicar a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade sobre um fato que também não está previsto.

Se assim não fosse, haveria total incompatibilidade nas interpretações de normas que, embora distintas e previstas em livros diferentes – como é o caso do Código Penal e do Código de Processo Penal -, regulam o mesmo ramo do Direito.

Isso significa que mesmo tendo o Código Penal – regulador do direito material – sedimentado a importância do Princípio da Legalidade ao aloca-lo no primeiro artigo de seu livro, não há incompatibilidade em invoca-lo concomitantemente a diferentes princípios, costumes e outras fontes jurídicas, deste que haja coerência e consonância em sua aplicação.

Foi justamente isso que o Código de Processo Penal realçou ao conceder ao magistrado a possibilidade de proferir uma sentença absolutória com base nos costumes e nos princípios gerais de direito.

Como forma de suprimir a aparência de defesa desmedida de absolvição em massa, o que vai totalmente de encontro aos anseios da população, importante consignar que a condenação pela mera resistência à invocação de princípios, costumes ou causas supralegais não garante a efetivação da justiça, mas sim evita que os julgadores busquem tomar contato próximo não só ao processo, mas também às partes que dele são integrantes.

A intenção do legislador não se restringiu apenas ao afastamento da culpabilidade por não ser exigível do agente agir de maneira diversa. Isso porque, faz-se presente em outros tipos penais e processuais penais a possibilidade de considerar os aspectos da culpabilidade como forma de dirimir as consequências do delito e até mesmo a pena.

Além de tudo que foi explanado, vale dizer que o ponto central da necessidade de aceitação de causas supralegais de excludente de culpabilidade no tocante à inexigibilidade de conduta diversa, é que, se o Direito brasileiro admitir apenas as situações previstas, caberia ao praticante do crime escolher qual bem jurídico merece maior proteção em detrimento de outro do qual ele estaria abdicando.

Esse raciocínio além de não ser razoável é inadmissível, uma vez que não cabe à pessoa imersa na situação criminosa – o que envolve diversas questões psicológicas, emocionais, físicas e traumáticas – ponderar a indisponibilidade ou importância dos bens juridicamente protegidos que lhe estão sendo mostrados, mas sim à lei.

Somente a legislação deverá prever e ponderar a importância dos bens e direitos na sociedade e, quando ela não é expressa ou comporta omissões capazes de gerar dúvida sobre a conduta que deve ser assumida pela pessoa que, antes vítima passa a assumir papel de agente, fica a cargo do magistrado – que, frise-se, igualmente não está inserido na situação criminosa e é imparcial – estabelecer que, de fato, a ausência de previsão legal, nos casos de exclusão da culpabilidade pelo instituto da inexigibilidade de conduta diversa é insuficiente para obstar sua invocação.

Em termos práticos, a arguição desse elemento pode aproveitar a todas as partes do processo. Enquanto a defesa poderá se valer da inexistência de previsão legal para se chegar a uma absolvição por ausência de um elemento estrutural da composição do crime, que é a culpabilidade, a acusação poderá assumir essa mesma possibilidade de arguição quando, pelas provas acostadas aos autos, cientificar-se de que a condenação do indivíduo que abdicou de um direito por não lhe ser razoável exigir postura diversa, de fato carece daquilo que lhe constitucionalmente conferido, que é a confiança de agir em nome e em prol da sociedade.

Demais disso, não há como negar que a culpabilidade, bem como os outros dois componentes do delito, existe como meio de garantir o fim preventivo geral positivo da pena. A imposição da punição por intermédio da pena tem caráter preventivo e repressivo. Quando se considera a inexigibilidade como causa de afastamento da culpabilidade, debruça-se ao caráter preventivo da norma penal.

A interpretação não poderia ser diferente, uma vez que não se pune um agente se a ele não foi dada a liberdade de agir conforme sua ética e reprovabilidade pessoal. Assim, considerando-se que a pena existe para reafirmar a imposição coercitiva do Estado e demonstrar o repúdio às atitudes assumidas pelo criminoso, não poderia o poder estatal coagir um indivíduo quando, de fato, ele não delinuiu por vontade própria ou por suas livres convicções, mas sim porque lhe suprimiram as possibilidades de escolha.

A pena é, no entanto, o que concede à sociedade maior confiança e seriedade quando do exercício da função preventiva do Estado sobre o indivíduo em prol do bem comum. Ela reafirma a ordem jurídica e demonstra que o cidadão não é livre para fazer o que bem entende. Por isso, a culpabilidade só merece ser punível quando demonstrada a intenção certa do agente de agir em desconformidade com a legislação, demonstrando ausência de motivação jurídica, sendo certo que ao agente deve ser atribuída a responsabilidade por essa carência.

Com isso, limitar as causas de exclusão da culpabilidade para aquelas previstas em lei, seria equivalente a afirmar que o legislador penal tem consciência que em outros setores do direito ninguém afirma existir e jamais trataria dessas situações, ou, ainda, considerar o direito penal como uma espécie “sui generis” da ciência jurídica, em que não se encontre lacunas, omissões ou equívocos.

Não há como se ignorar, ainda, o fato de que as demais causas de excludente da culpabilidade não apresentam um rol taxativo para que seja reconhecida. Não parece razoável que apenas a inexigibilidade de conduta diversa preveja as exatas situações em que seria possível vislumbrá-la.

Evidentemente que o fato de as demais causas excludentes sequer ostentarem rol de invocação não vincula o instituto da inexigibilidade de conduta diversa, isto é, não é porque as outras causas foram previstas dessa forma que a inexigibilidade também deverá sê-lo.

No entanto, inegável que resistir à invocação de causas excludentes de culpabilidade por meio do instituto da inexigibilidade de conduta diversa pelo pobre argumento de que não há previsão legal para tanto vai de encontro aos anseios e às motivações a partir das quais a norma foi elaborada.

Ora, a intenção do legislador foi autorizar a prática de delito quando, naquela situação específica – e não necessariamente prevista – não seria razoável lhe exigir postura “anticriminal” diversa da adotada.

Vê-se que, nesses casos, a pessoa que antes era vítima de uma coerção pelo agente criminoso principal, passa a ser delinquente quando precisa delinquir para resguardar um direito colocado em xeque.

A exigibilidade de conduta diversa, além de ser subjetiva, não ostenta menor importância que as demais excludentes, de modo que não merece receber tratamento divergente das outras, as quais, além de ter mais fácil constatação e possibilidade probatória, muitas vezes é possível ser constatada de maneira objetiva.

No entanto, se ao agente não for concedido o benefício do afastamento da culpabilidade e conseqüente irrelevância penal pela inaplicação da causa da inexigibilidade de conduta diversa, o Código Penal traz em seu artigo 59 a possibilidade de o magistrado levar em consideração o instituto da culpabilidade para arbitrar a pena base no máximo em seu mínimo legal.

Nesse sentido, ao dosar a pena, respeitado o princípio da pessoalidade e da proporcionalidade, deve o nobre julgador levar em consideração, ainda, a culpabilidade do agente. Essa norma penal merece destaque em razão de sua finalidade, uma vez que ela orienta o magistrado a não se deixar levar pelo ímpeto condenatório, muito embora ele seja cabível, pois ao agente deve se ponderar a viabilidade de ele ter agido por impossibilidade de atuar de maneira diversa.

Assim, adotado o pensamento da necessidade de se avaliar os fins a que a pena se dirige, segundo a qual a sanção penal não pode ser embasada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, uma vez que, para ela se fazer presente, necessita-se da aplicação da reprovabilidade pessoal e social sobre a conduta do agente.

No entanto, insta ressaltar que não é a todo caso que o instituto da inexigibilidade de conduta diversa merece ser considerado.

Além dos casos previstos em lei, os supraleais comportam acolhimento, mas não de maneira desmedida e desenfreada. Isso porque, muitos Defensores buscam ludibriar a aplicação da justiça alegando que o acusado não teve opção diversa àquela que o fez praticar o injusto.

Sabe-se que o Estado é deficiente e não supre todas as necessidades sociais que deveria, mas isso não é, e nem deveria ser, motivo plausível para afastar a responsabilidade penal do agente. Em casos pontuais em que o agente se viu coagido por um terceiro delinquente a praticar um injusto que jamais teria feito se não fosse naquelas condições, é aceitável que se aplique a exclusão da culpabilidade.

Sem embargo, àquele indivíduo que justifica sua conduta criminosa na falta de oportunidade concedida pelo Estado e na miséria que vive, não seria razoável conceder a benesse do afastamento da culpabilidade. Isso porque, nesse caso, não se está diante de uma supressão da vontade livre e consciente do indivíduo por motivos de caráter transitório, mas sim de uma atitude premeditada e justificada pela ausência de cumprimento à norma jurídica em virtude de sua própria desgraça.

Até porque, se assim o fosse, bastaria se pautar no princípio da *ultima ratio* para desvencilhar o indivíduo criminoso do delito por ele praticado. Não é porque o Direito Penal deve ser aplicado em menor intervenção que, em razão do menor indício de afastamento da culpabilidade, deve-se isentar o agente de responder da forma como o processo penal determina.

Não é, ainda, porque a doutrina majoritária se curve em favor da aceitação de causas supraleais como forma de afastar a culpabilidade que ela deve ser aplicada a situações genéricas e sem o menor conjunto probatório capaz de embasar e comprovar a ausência de motivação jurídica.

Àqueles que alegarem terem sofrido a supressão da liberdade de escolha no momento que praticou o injusto, recai o mesmo ônus probatório que o teriam se fosse alegada qualquer causa de exclusão ou afastamento dos elementos normativos, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal.

Com isso, muito embora a doutrina seja quase pacífica no sentido de aceitar as causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, entendo que esta não pode ocorrer de maneira generalizada e desmedida, sendo certo que essa é uma das maiores preocupações daqueles que se opõe a essa inserção.

Dotado de ímpar maestria, Rogerio Greco defende que o intento de sua corrente de pensamento não é absolver indiscriminadamente réus perigosos, sequazes por natureza, que ceifam vidas alheias de maneira fria, em suas palavras, como se estivesse abatendo

gado. Aponta, ainda, que enxerga o receio da corrente resistente de causar insegurança no meio social e jurídico, sendo que isso levou Johannes Wessels a se opor à aceitação da causa supralegal.

Wessels vislumbra na excepcionalidade a situações em que pode ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa mesmo que não prevista em lei. Aponta que acatá-la nos mais variados casos, acarretaria em uma insegurança jurídica, razão pela qual não pode ser acolhida de maneira vaga, indeterminada quanto aos pressupostos e limites. (Wessels Johannes. Derecho Penal – parte general, Buenos Aires: Depalma *apud* Greco, Rogério. Exigibilidade de conduta diversa como causa supralegal e o júri).

Diante disso, o juiz monocrático deverá ponderar a situação em que aplica a exclusão da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa quando não houver previsão legal para isso. Ele não deve permanecer adstrito à letra da lei, mas também deve analisar em cada caso concreto a possibilidade de aquela alegação ser mera tática defensiva ou se, de fato, do agente não era possível exigir conduta distinta daquela assumida.

Mostra-se relevante, ainda, a análise da possível incidência da inexigibilidade de conduta diversa, seja mediante causa legal ou supralegal, para crimes culposos.

Ciente de que a culpa *stricto sensu* se dá através da imprudência, negligência ou imperícia, não parece viável reconhecer a exclusão da culpabilidade na modalidade da inexigibilidade de conduta diversa.

O crime culposo subentende uma distorção dos fatos que estão sendo praticados, sendo certo que neles não havia qualquer intenção de causar o injusto. A inexigibilidade de conduta diversa, por sua vez, pressupõe uma atitude consciente, mesmo que tomada sob pressão, do agente que se viu compelido a praticar o crime em razão de não ter outra escolha. Por mais que a intenção do agente não fosse a prática do crime pela mera vaidade de praticá-lo, tinha ele plena consciência do que estava fazendo, uma vez que agiu por impossibilidade de resistir.

Parece ser incoerente acatar essa supressão da culpabilidade nos crimes em que o agente não tinha o dolo de delinquir e, possivelmente, sequer imaginou que aquilo fosse gerar um injusto. Assim, independentemente de ser legal ou supralegal a causa que poderia gerar o aniquilamento da culpabilidade, nos crimes culposos isso é irrelevante, vez que não possibilidade de reconhecê-la em delitos dessa espécie.

Nesse ponto repousa o mais relevante argumento de que a aceitação de causas supraleonais de exclusão da culpabilidade por meio da inexigibilidade de conduta diversa não pretende afrouxar o poder do Estado em punir os delinquentes. A incompatibilidade

da essência do crime culposo à justificativa de que não era possível agir de forma diversa daquela que fez o agente praticar o crime demonstra a cautela com a qual o acatamento de causas supralegais comporta acolhimento.

Se assim o fosse, defender-se-ia a possibilidade de invocar essas causas supralegais até em crimes culposos, e não é esse o objetivo da discussão. Eis então que se desfaz qualquer argumento no sentido de que acatar essas situações supralegais prejudicaria o poder coercitivo estatal, pois se a intenção dos adeptos dessa aceitação fosse generalizar o alcance das excludentes para toda e qualquer situação de maneira desmedida, a incorporação de causas supralegais seria regra e não exceção.

A discussão se estende, ainda, à esfera do julgamento pelo tribunal do júri. É cediço que o julgamento de crimes dolosos contra a vida emana do povo de maneira democrática, uma vez que se entende que aquele que fez esse mal desmedido a um indivíduo do povo, por este deve ser julgado. Com isso, considera-se mais justo o julgamento de um crime doloso contra a vida quando feito por um similar daquele que delinque.

A controvérsia sobre a possibilidade de aceitar as causas supralegais de exclusão da culpabilidade no Tribunal do Júri, nasce em virtude do disposto no inciso III do artigo 484 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, no dispositivo legal consta que a defesa está autorizada a arguir quaisquer fatos ou circunstâncias que por lei isentem o acusado de pena ou até mesmo exclua o crime.

Literalmente o artigo traz que as teses defensivas de exclusão do delito, arguidas nos debates, devem ser emanadas da lei. Esse entendimento já foi, inclusive, proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo relator foi Dante Busana.

Aqueles que renegam tal entendimento, como é o caso de Greco, embasam-se no descompasso dessa decisão com princípio constitucional da ampla defesa. Nesse diapasão, defendem que o aludido inciso do artigo 484 foi parcialmente revogado pelo novo estatuto repressivo de 1984, uma vez que este adotou o princípio da culpabilidade sem restrições.

Vis-à-vis, vale trazer que, muito embora a causa de exclusão da culpabilidade seja aplicável no plenário do júri, é pacífico o entendimento de que, no momento da quesitação aos jurados, não deve o juiz togado se limitar a questionar acerca do conceito jurídico da inexigibilidade de conduta diversa, mas sim destrinchando o ocorrido, a ação do delinquente, de modo a se indagar os fatos e as circunstâncias do delito que está sendo analisado.

Isso porque não se pode exigir de juízes leigos o conhecimento técnico sobre o instituto da inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, não se pode furtar da apreciação dos jurados a análise de causas excludentes de culpabilidade sob o fundamento de que eles não detêm técnica específica para julgar daquela forma.

Haveria patente incompatibilidade com a estruturação do tribunal do júri, pois, se foi concedido a juízes leigos o poder de dizer o Direito no caso concreto que envolva o crime mais repugnante do ordenamento jurídico penal, não se pode suprimir deles conceitos jurídicos como o da exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa pelo argumento de que eles não são juristas e, portanto, carecem do conhecimento necessário para julgar mediante causas supraleais.

A intenção da incorporação do tribunal do júri no ordenamento jurídico pátrio é justamente essa: pessoas leigas, escolhidas dentre muitas, fazer o papel de juiz togado e decidir acerca do futuro de um delinquente.

Com isso, aos jurados deve ser concedida a possibilidade de decidir mediante causas supraleais de exclusão de culpabilidade, mas não inserindo esse instituto nos quesitos mostrados, e sim destrinchá-lo através de um quesito que faça alusão ao abarcamento desta excludente.

Vale consignar que, assim como em qualquer outro caso de juízo monocrático ou coletivo popular, a tese do afastamento da culpabilidade pela incidência supraleal de causa de inexigibilidade de conduta diversa deve ser ponderada e analisada sistematicamente em cada caso concreto.

Embora caiba a suscitação de causas supraleais da excludente ao juiz togado e aos juízes populares, necessita-se de parcimônia e equilíbrio para que a aceitação dessa exclusão não dê margem a absolvições sem fundamento.

Cinge-se a controvérsia, entretanto, na exata medida em que o juiz fica atrelado à determinação legal para se chegar à verdade real, enquanto que a concessão de exceções poderia ser um estímulo a desculpas por parte dos criminosos que, mesmo podendo agir de maneira distinta, optaram por praticar o delito.

Não há que se negar que a frieza da construção legal em que o ordenamento jurídico pátrio está inserido deixa diversas situações à mercê da interpretação judicial do caso concreto. Isto significa que em locais maiores de alcance inimaginável, como é o caso da capital paulista, por exemplo, o processo passa a aderir a uma fabricação em massa, o que prejudica a pessoalidade com a qual o magistrado lidará com cada caso.

Essa questão está umbilicalmente relacionada à invocação de causas supralegais do instituto da inexigibilidade de conduta diversa quando o desgaste do julgador, atrelado ao positivismo da interpretação brasileira, faz com que os detentores do poder de dizer o Direito se olvidam de expandir seus horizontes e acatar situações que, embora não previstas em lei, inegavelmente ocorrem na realidade fática do mundo externo.

Dessa forma, é possível perceber que tanto no âmbito material, quanto no processual e até mesmo no mundo real, a insistência em ficar engessado apenas aos ditames legais para que a justiça seja alcançada, sem conferir a possibilidade de expansão de causas supralegais que incidiram sobre o fato criminosos, é prejudicial à paz social e à feitura da própria justiça.

Diante disso, mesmo havendo necessidade de parcimônia e de averiguação individual de cada caso concreto, é contraproducente – em termos legais e de impulsão do próprio personagem investido do poder de dizer o Direito – resistir a invocação e um instituto pelo simples fato de ele não estar elencado em mais um inciso do Código Penal. Até porque, muitas vezes, a mera previsão legal não satisfaz a necessidade precípua da sociedade e nem garante o alcance da verdade real, mas sim cumpre um requisito positivado que muitas vezes deixa de garantir a justiça.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Superada a divisão dos três componentes essenciais para a formação do delito, bem como sua classificação jurídica e seus elementos basilares, nos moldes da teoria finalista, a inexigibilidade de conduta diversa é tida como uma das principais causas de exclusão da culpabilidade. Por conta disso, as especulações acerca de sua aplicação encontram adeptos de duas variadas correntes, sendo certo que não se pode extrapolar na incorporação de causas supralegais como se elas fizessem as vezes da lei.

Após patente discussão doutrinária acerca do tema, percebe-se que a essência das excludentes não podem ficar enraizadas às previsões legais, haja vista as condições a partir das quais as normas são elaboradas. Em termos práticos, vê-se que a resistência à invocação de causas supralegais a partir do simples argumento de ausência de previsão na letra da lei é contrária aos anseios sociais e à ideia estrutural do Direito, ou seja, o alcance da justiça por intermédio da busca pela verdade real.

Não havendo previsão específica, fica a cargo do julgador, monocrático ou popular, decidir se, naquele caso concreto é possível afastar a culpabilidade por causa da inexigibilidade de conduta diversa. A causa supralegal é aceitável, desde que encontre

amparo fático e não afrouxe a coerção Estatal em detrimento de sua autoridade. Deverá, portanto, ser analisada a viabilidade de seu acatamento, restringindo-se sempre a situações excepcionais, para que não dê ensejo a tão temida insegurança jurídica.

Assim, resistir à invocação de causas supralegais excludentes de culpabilidade pelo simples argumento de que a ausência de previsão legal obsta sua aplicação é dissonante dos anseios sociais pela justiça e alheio aos princípios como fontes do Direito os quais, embora secundários, não são menos importantes que as leis, mas devem ser aplicados juntamente com elas.

Como cada caso merece uma análise específica, impossível seria generalizar e aplicar o instituto de inexigibilidade de conduta diversa quando supralegal de forma desmedida. O rol aparenta ser exemplificativo e não taxativo, abrindo-se a possibilidade de utilizá-lo mesmo fora das três hipóteses previstas (coaçoão moral irresistível, ordem hierarquicamente superior não manifestamente ilegal e potencial consciência da ilicitude). Desse modo, incabível negar sua aplicação apenas não haver previsão legal específica para tanto, seja pela análise de juízes togados, seja pela apreciação pelo plenário do júri.

4. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal; Parte Geral 1. 16ª Edição. Ed. Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 3 de Outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de Dezembro de 1940.

BRITO, Alexis Couto de. Culpabilidade, Evolução e análise crítica atual. Disponível em: <http://www.academia.edu/4660366/Evolu%C3%A7%C3%A3o_e_cr%C3%ADtica_a_o_conceito_de_culpabilidade>

CAMPOS, João Mendes. A inexigibilidade de outra conduta. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral: 8 Ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

CARVALHO, Erika Mendes de. Punibilidade e Delito. Ed. RT- Revista dos Tribunais, 2008.

CHAVES, TALYTA DE LIMA. Breves considerações sobre a teoria adotada pelo Código Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-breves-consideracoes-sobre-a-teoria-adotada-pelo-codigo-penal#ixzz3p2AercCp>>

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal, Volume 1. Ed. Coimbra, 2004.

DOTTI, Rene Ariel. Heleno Fragoso e a Reforma Penal. http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos homenagem/arquivo5.pdf

ESTEFAM, André. Direito Penal, Parte Geral 1. Ed. Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: volume 1: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, 11ª Edição.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal. Ed. Leud. São Paulo, 1993.

PRADO, Luis Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 5. Ed. Editora RT: São Paulo, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 606-607.

http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/272/Monografia_Nathalia%20Pires%20Fiuza%20de%20Mello.pdf?sequence=1

Contatos: isa-agria@hotmail.com e erika.furlan@mackenzie.br