

Universidade Federal do Paraná – UFPR
Setor de Ciências Jurídicas
Curso de Direito

A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 28 DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Frederico Fróes Fontes

Orientador: Prof.º Rolf Koerner Jr.

Curitiba

2006

FREDERICO FRÓES FONTES

A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 28 DO
CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada à Diretoria da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.^o Rolf Koerner Jr.

Curitiba
2006

“A Lei não foi feita nem para santos, nem para heróis”

Victor Manuel Vial Del Rio

Aos meus pais, que me ensinaram a buscar sempre e cada vez
mais o conhecimento.

À minha esposa, Daniele, cujo apoio me permitiu enfrentar os
desafios deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Rolf Koerner Jr., cujos ensinamentos
despertaram em mim o interesse pelo Direito Penal.

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho é um questionamento da constitucionalidade da regra do inciso I do artigo 28 do Código Penal Brasileiro, decorrente de sua flagrante incompatibilidade com o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa* e do sistema de responsabilidade subjetiva adotado por nosso Direito Criminal.

Para tanto, será analisada a problemática do tratamento jurídico dado às graves perturbações da consciência, de origem não-patológica, decorrentes de “violenta emoção” e “paixão”, e seus efeitos quanto ao juízo de culpabilidade no Direito Criminal Brasileiro, focando especialmente sua não aceitação como causa supralegal de exculpação por inexigibilidade de conduta diversa, em decorrência da vedação do inciso I do artigo 28 do CP.

Far-se-á uma retrospectiva histórica sobre o esse tema no direito pátrio, mostrando-se sua evolução e a influência da teoria da culpabilidade e dos valores sociais de cada época sobre o tratamento legal desse instituto, ora aceito como excludente da punibilidade, em certos casos, ora como mera atenuante para efeito de determinação da pena.

Passearemos também pelo Direito estrangeiro, apresentando as diversas formas como a grave perturbação da consciência e os estado emotivos violentos são tratados nos textos legais, como causa de afastamento da culpabilidade, de maneira diversa do que ocorre no direito penal brasileiro.

Seguindo-se a isso, uma breve, mas necessária, análise sobre as teorias da culpabilidade e sobre o princípio da inexigibilidade de conduta

diversa, demonstrando a íntima e recíproca influência entre a política criminal e os modelos teóricos, passando pelo intenso debate sobre a aceitação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade, ou, mais precisamente, a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta conforme ao direito, fora das hipóteses legalmente expressas.

Serão apresentadas as diferentes posições doutrinárias e a jurisprudência formada acerca do tema, para, finalmente, demonstrar-se a necessidade de extirpação da regra do artigo 28, inciso I, do nosso Código Penal e de certos dispositivos da Parte Especial que versam sobre o assunto, no intuito de afastar, definitivamente, essa explícita contradição do nosso sistema penal, que de um lado elege o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa* e, de outro, mantém na legislação, dispositivos fundados na responsabilidade objetiva, como o do inciso citado.

SUMÁRIO

RESUMO	1
INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I A HISTÓRIA DA GRAVE PERTURBAÇÃO DA CONSCIÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	6
1. NO BRASIL-IMPÉRIO.....	6
2. NO BRASIL-REPÚBLICA	7
3. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENASIS - DECRETO Nº 22.213/32.....	8
4. CÓDIGO PENAL DE 1940.....	9
5. PROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1969	10
6. REFORMA DE 1984.....	11
CAPÍTULO II A GRAVE PERTURBAÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PENAL COMPARADO	13
1. ALEMANHA	13
2. SUÍÇA	13
3. ESPANHA.....	14
4. ARGENTINA	15
5. URUGUAI.....	15
6. EQUADOR.....	16
7. PORTO RICO.....	17
8. CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA.....	17
9. O CÓDIGO BRASILEIRO.....	18
CAPÍTULO III A CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	19
1. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO E A NORMALIDADE DAS CONDIÇÕES	19
2. A CRISE DA TEORIA DA CULPABILIDADE	25
3. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME AO DIREITO	28
4. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – FONTES LEGAIS E PRINCIPIOLÓGICAS.....	31
4.1. <i>Entendimento da Doutrina</i>	31
4.2. <i>A Interpretação Analógica</i>	39
4.3. <i>A necessidade de cautela na aplicação do princípio</i>	41
4.4. <i>Jurisprudência</i>	42
5. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE, POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	44
CAPÍTULO IV O TRANSTORNO MENTAL NÃO-PATOLÓGICO	49
1. A EMOÇÃO E A PAIXÃO	50
1.1. <i>Doutrina Contrária</i>	52
1.2. <i>Doutrina Favorável</i>	53
1.3. <i>A Regra do Código Penal Brasileiro</i>	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
BIBLIOGRAFIA	65

RESUMO

E emoção e a paixão sempre foram figuras controvertidas no Direito Criminal. Por vezes serviram de suporte à construções que previam o afastamento da culpa decorrente do transtorno mental transitório de caráter não-patológico, por ocasionar no agente a perda momentânea da capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta ou da possibilidade agir conforme esse entendimento. Contudo, a aplicação de tais institutos sem a devida parcimônia acabou por levar o legislador de 1940 a excluir do Código a exculpante ligada à privação dos sentidos e a incluir a regra do inciso I do artigo 28, que retira da circunstância da emoção e da paixão o poder de afastar a punibilidade. Ocorre que tal dispositivo, ao determinar que as circunstâncias emotivas em hipótese alguma afastam a culpa, fere de morte o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, fundamento do sistema penal da responsabilidade subjetiva adotado pelo nosso direito pátrio, dado que a culpabilidade, atrelada à capacidade do agente em entender o injusto e em autodeterminar-se, só pode ser aferida pelo juiz no caso concreto. Faz-se mister, portanto, perceber a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 28 do Código Penal Brasileiro e extirpar de vez essa regra incompatível com o sistema da responsabilidade subjetiva e com princípios basilares do nosso direito penal.

INTRODUÇÃO

O Homem é corpo e alma; sofre, chora, ri, entristece-se e enraivece-se; às vezes é forte, às vezes é frágil; normalmente age em livre-arbítrio, mas não raramente é levado pela emoção ou pela paixão a mover-se desgovernado, cego, inconsciente. Para esse Homem deve ser feito o Direito. E esse Direito deve respeitar a natureza humana. Não pode querer impor regras que enxerguem o Homem como uma máquina, infalível, previsível, não-humana. Não pode a lei pretender conhecer de antemão todas as situações nas quais o Homem perde o autocontrole, a autodeterminação, a consciência do que é lícito ou ilícito, a noção do justo e do injusto. Somente o juiz, com a proximidade que o processo lhe permite chegar do fato delituoso e de suas circunstâncias, tem condições de saber se, naquele caso, naquelas circunstâncias, era possível exigir do agente conduta conforme ao Direito. E deve a lei fornecer ao juiz todos os mecanismos possíveis para que se busque a verdade e se faça justiça.

Mas nem sempre é assim que a lei é. Por vezes o legislador retira do juiz a competência para avaliar plenamente a culpa do acusado, acreditando, por engano ou ingenuidade, ser capaz de julgar previamente, no momento da produção legislativa, dizendo quando o agente deve ou não ser considerado culpado, como se a culpabilidade fosse um elemento despido de subjetividade, de circunstancialidade, e, portanto, possível de ser avaliado por um legislador que não conheceu o fato concreto, através da formulação de um modelo teórico de referência cujo teor é ditado por questões de Política Criminal.

Um dos objetos da Política Criminal é a eleição das situações fáticas, dentre as que permeiam o fato concreto, que devem agravar, atenuar ou excluir a culpabilidade. Entre as situações que se colocam ao seu, os estados emotivos violentos e a paixão, sempre ocuparam posição das mais controversas. Se, por um lado, atribuir de maneira indiscriminada à violenta emoção e à paixão o poder de afastar a culpa pode ter por conseqüência o aumento da impunidade, inocentando criminosos, por outro lado, não atribuir às perturbações mentais temporárias decorrentes desses estados emotivos qualquer capacidade de exclusão da culpabilidade, pode tornar-se, em si, grave fonte de injustiça.

Se passarmos os olhos pelos julgados dos tribunais de júri, não é difícil extrairmos diversos exemplos de vinganças cruéis que permaneceram impunes sob o manto da “defesa da honra lavada com sangue”, e também, por outro lado, exemplos de condenações de indivíduos que visivelmente não poderiam ter-lhes atribuída qualquer culpa subjetiva, caso nosso sistema penal desse ao juiz a possibilidade de aplicação no caso concreto, de causas supralegais de exculpação, em especial o princípio da inexigibilidade de conduta diversa, devido à perda temporária da capacidade de autodeterminação, fora das hipóteses legalmente expressas.

A questão aqui discutida, portanto, é de qual o tratamento adequado a ser dado ao transtorno mental transitório de origem não patológica, decorrente da violenta emoção ou da paixão: mera atenuante da pena, como no nosso atual Código Penal, ou excludente da culpa, como em diversos direitos estrangeiros e como, inclusive, já foi regra no direito penal positivo brasileiro durante a vigência do Código Criminal do Império, sob a égide do princípio da inexigibilidade de

conduta diversa, decorrente da perda temporária da autodeterminação ou da capacidade de entendimento do caráter ilícito da conduta.

O estudo das conseqüências jurídicas da violenta emoção e paixão, na análise da culpabilidade, é, pelas razões aqui expostas, controverso na doutrina, nas legislações criminais e na jurisprudência. Tal fato demonstra que ainda não está perfeitamente assentado o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa* na lei penal pátria, apesar de pregar-se que em nosso Código Penal atual, foi eleita a forma subjetiva de responsabilidade, pregação essa que se repete algumas vezes na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP¹.

Infelizmente, a não adoção plena da responsabilidade subjetiva, verificada pela manutenção das atuais regras sobre as circunstâncias da emoção e da paixão, permaneceu no nosso Código Penal após sua reforma em 1984, como se nada pudesse ser melhorado, ou nada existisse a ser mexido, e que, portanto, pouca ou quase nenhuma explicação fosse exigida em sua Exposição de Motivos, a qual limita-se a dizer que “permanecem íntegros, tal como redigidos no Código vigente, os preceitos sobre paixão, emoção e embriaguez”.²

Hipóteses de afastamento da culpabilidade, com base em transtornos psíquicos de caráter transitório e não patológico, são facilmente encontradas, sob os mais diversos nomes, no direito alienígena. A excludente em questão já foi adotada outrora em nosso direito, no Código Criminal Republicano de 1890, que em seu artigo 27, parágrafo 4º, considerava como não criminosos aqueles que, por ocasião do cometimento da infração, se achassem em estado de completa

¹ Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), Item 18: “O Princípio da Culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. [...] Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva...”

perturbação de sentidos e de inteligência. Contudo, essa regra foi afastada sob o argumento de servir de estímulo à impunidade. Ao invés, entretanto, de se averiguar a real existência da tal “completa perturbação dos sentidos” no caso concreto, optou-se pelo remédio mais simples, porém equivocado, da mera eliminação dessa hipótese excludente, tornando impessoal a aplicação da lei penal, negando ao juiz natural a competência de avaliar plenamente a responsabilidade do agente no caso concreto.

A volta, ao nosso Direito Penal, da excludente ligada ao transtorno mental transitório e não patológico é defendida por uns e combatida por outros, contando os dois pontos de vista com doutrinadores nacionais de renome. A divergência na doutrina e nas legislações penais demonstra a dificuldade em se chegar a um consenso de Política Criminal que de um lado atenda ao Princípio da Culpabilidade em sua plenitude e, por outro, impeça a utilização abusiva da excludente como forma de fuga da punibilidade.

² Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), Item 24.

CAPÍTULO I A HISTÓRIA DA GRAVE PERTURBAÇÃO DA CONSCIÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

1. NO BRASIL-IMPÉRIO

O projeto do *Código Criminal do Império do Brasil* foi aprovado e sancionado em 1830, pelo Imperador D. Pedro I. Aquele código foi construído sob a influência da escola clássica do direito penal, e não fazia alusão a transtornos mentais de caráter transitório, referindo-se apenas à loucura patológica, fora das quais não se falava em inimputabilidade, demonstrando com isso a forte subordinação a um modelo de responsabilidade objetiva, que dominava o direito penal da época.

O Código, em seu art. 10, dizia:

Art 10 - ... não se julgarão criminosos:

§ 2. Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e neles cometerem o crime.

Elementos como a formação da vontade e as paixões ainda não estavam presentes na teoria sobre a loucura, e os loucos de todo gênero não precisavam de especialistas para serem reconhecidos. O juiz de direito formulava quesito ao júri, sobre o estado de loucura do réu. O júri era, portanto, sem o auxílio de parecer médico, responsável pela avaliação do estado psíquico do réu. (PERES, 2002).

2. NO BRASIL-REPÚBLICA

O primeiro código penal do Brasil-República trouxe uma inovação, qual seja, a inclusão de referência a estados de completa privação de sentidos e de inteligência quando da realização da conduta típica. Mas não foi só isso: a partir desse Código, os tribunais passaram a se utilizar de peritos psiquiatras para averiguação do estado mental do acusado, a fim de comprovar a real incapacidade de compreender o caráter ilícito da conduta ou de autodeterminar-se conforme esse entendimento, no caso concreto. O Código Republicano trazia, como se pode ver, a influência da teoria da culpabilidade, que incorporava no crime o elemento subjetivo da culpa, ausente no direito penal da época da elaboração do Código Imperial.

O Código Criminal Republicano, de 1890, estabelecia:

Art. 27 - Não são criminosos:

§4º - Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime.

“Segundo os intérpretes desse Código, o texto original aludia à *perturbação* (e não à *privação*) dos sentidos e da inteligência, mas a publicação oficial consagrou o equívoco” (DOTTI, 2003: 418). A publicação com o termo *privação*, sem dúvida, tornou a regra mais rígida, pois *privação* indica total ausência , enquanto *perturbação* indica apenas defeito. A regra portanto, estabelecia o afastamento da culpa apenas quando o agente atuava sem saber em absoluto o que estava fazendo.

Apesar da rigidez da regra do CP de 1890, não faltaram críticas ao texto legal. Tornaram-se comuns absolvições de crimes passionais, mormente em

casos de homicídio. Diante de uma traição, “lavar a honra com sangue” era atitude aceita pela sociedade daquela época, com o respaldo da excludente prevista no art. 27, § 4º do CP. É preciso entender que o texto da lei não era impreciso. O que se percebeu foi a supremacia de valores culturais que autorizavam o homem a colocar seu bem jurídico “honra” acima do bem jurídico “vida” da mulher. Não havia a igualdade jurídica material entre homens e mulheres que hoje nos fazem enxergar esse tipo de delito com olhos muito mais críticos. Crimes que hoje seriam considerados “bárbaros” eram, na virada do século XX, quase que naturalmente aceitos pelo tribunal de júri. “Muitos trabalhos específicos combateram a chamada *indulgência plenária* que se tornara rotineira nos processos submetidos ao tribunal popular” (DOTTI, 2003: 418).

3. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS - Decreto nº 22.213/32

O Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que consolidou as leis penais da época, apenas corrigiu o equívoco ocorrido na publicação do Código Penal de 1890, substituindo o termo *privação* pelo termo *perturbação* no §4º do art. 27 do CP, cuja redação passou a ser a seguinte:

Art. 27 - Não são criminosos:

§4º - Os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime.

O texto novo ampliou, em tese, as hipóteses de exculpação, posto que a *perturbação* é menos que a *privação*, dando maior brecha a interpretações extensivas da causa de exculpação estampada no §4º do art. 27 do CP. A

mudança, portanto, não contribuía para a solução do problema da *indulgência plenária*; muito pelo contrário.

4. CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal de 1940, por questões de Política Criminal, aboliu a possibilidade de exclusão da pena com base na privação dos sentidos e da inteligência, extirpando a tão criticada regra do Código Republicano de 1890. Contudo, nada pôs em seu lugar, retirando, na verdade, de nossa legislação penal, qualquer referência a hipóteses de exculpação decorrente de estados psíquicos não patológicos.

De forma ainda mais contundente, refere-se a CP de 1940 aos estados emotivos e à paixão, trazendo regra expressa quanto à impossibilidade de atribuir-lhes qualquer efeito exculpante.

A determinação constante da regra do art. 28, I do Código Penal, é clara: a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. O CP de 1940 inspirou-se no Código de Mussolini, que, em seu art. 90, determina que “os estados emotivos ou passionais não excluem nem diminuem a imputabilidade”. Diferente daquele código, todavia, no nosso há hipóteses em que o estado emotivo leva à atenuação da pena, como na circunstância atenuante genérica do art. 65, III, “c”, qual seja, sob *influência* de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima, e, ainda, hipóteses de redução da pena (de um sexto a um terço), como no §1º do art. 121 e no §4º do art. 129, situações nas quais o agente comete o crime sob o *domínio* de violenta emoção, *logo em seguida* a injusta provocação da vítima.

O Código Penal de 1940 continua plenamente em vigor, segundo as regras originais no que diz respeito à violenta emoção e a paixão, posto que a reforma de 1984 não alterou os dispositivos ora analisados,

5. PROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1969

Houvesse o Código Penal de 1969 sobrevivido, teria ele corrigido, ainda que não perfeitamente, a contradição ao sistema de responsabilidade subjetiva, embutida na regra atual do art. 28, I, a respeito da emoção e da paixão.

O Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, era plenamente compatível com a concepção normativa da culpabilidade, prevendo causas de afastamento da culpabilidade com base na ausência de dolo ou culpa, ou na inexigibilidade de conduta diversa.

As regras quanto à imputabilidade penal não diferiam das estabelecidas no atual CP, seguindo o critério biopsicológico. O transtorno mental transitório ou a grave perturbação de consciência não são encontrados no texto no projeto de 1969; todavia, conforme o entendimento da melhor doutrina, era possível isentar-se de pena, por inculpabilidade, o agente que cometesse o fato delituoso sob grave perturbação de consciência, de origem não patológica, quando esta ocasionasse a perda temporária da capacidade de compreensão ou de autodeterminação. Assim nos ensina ALCIDES MUNHOZ NETTO, ao analisar o texto do CP de 1969:

A isenção penal, por inculpabilidade, para os que delinqüem em tais condições [graves perturbações da consciência, em estados não patológicos], poderá, sem embargo, ser reconhecida, quando as graves perturbações da consciência impeçam a previsibilidade do comportamento criminoso. É possível a impunidade porque há

declaração expressa sobre a inexistência de crime quando o fato resulta de caso fortuito (art. 18). Até quanto aos raros estados emotivos ou passionais, absorventes e anulatórios da vontade, prevalece a excludente, pois não se repetiu a norma acerca da irrelevância da emoção e da paixão (C. Penal de 1940, art. 24, I). Nem contrasta este entendimento com o sistema da nova lei, que admite a isenção penal para o excesso resultante de estados emotivos, como o excusável medo e a perturbação de ânimo (art. 30, § 1º).

Mesmo nas hipóteses em que a grave perturbação psíquica não suprima no autor a possibilidade de prever, anulando, porém, o auto-controle e, com este, a capacidade de livremente querer ou anuir, a isenção de pena pode ser alcançada pela eximente da força maior (art. 18), entendida esta como toda situação em que, em decorrência de acontecimento natural ou humano, não seja possível esperar-se um comportamento conforme aos imperativos jurídicos.³

Assim, apesar de não prever expressamente a emoção e a paixão como possíveis causas exculpantes, ao retirar a regra que decretava a irrelevância desses elementos no juízo de culpabilidade, o CP de 1969 trouxe a possibilidade do juiz enquadrar as situações decorrentes dos estados emocionais violentos ou intensos nas exculpantes do caso fortuito ou da força maior, previstos no artigo 18 do decreto-lei; solução ainda não plenamente satisfatória, “por ficar ao sabor das variações exegéticas” (MUNHOZ NETTO, 1970: 141).

Infelizmente, o projeto de 1969 não vingou, e os problemas, inerentes à expressa impossibilidade de atribuição de força exculpante à violenta emoção e à paixão, permaneceram.

6. REFORMA DE 1984

Nosso legislador, ao reformar o Código Penal, em 1984, na mão contrária do projeto de 1969, preferiu seguir a ficção de que perda da

³ ALCÍDES MUNHOZ NETTO, 1970: 141.

autodeterminação do agir humano não pode ocorrer por decorrência de transtornos mentais transitórios, mantendo a regra original do código, no seu artigo 28, inciso I. Nega-se ainda hoje, portanto, efeito exculpante à violenta emoção e à paixão, em qualquer caso.

CAPÍTULO II A GRAVE PERTURBAÇÃO DE CONSCIÊNCIA NO DIREITO PENAL COMPARADO

Pode ser encontrada em diversas legislações penais nacionais, a previsão de exculpação decorrente de perturbações psíquica de caráter não patológico, sob os mais diversos nomes: perturbação da consciência, anomalia emocional, anomalia psíquica, alteração psíquica, transtorno mental transitório, alteração mórbida das faculdades mentais, estado de inconsciência, entre outros.⁴

1. ALEMANHA

O *Strafgesetzbuch* (StGB) alemão, diferente do nosso Código Penal, em seu § 20 determina que quem, no cometimento do ato, é incapaz de compreender o caráter ilícito da conduta ou agir de acordo com esse entendimento, devido a distúrbio mental patológico, grave perturbação da consciência ou outra anormalidade emocional séria, age sem culpa.

§ 20: Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

2. SUÍÇA

Regra similar é encontrada no Código Penal Suíço (*Schweizerisches Strafgesetzbuch*). Seu artigo 10, traz a excludente baseada na grave perturbação da consciência. Segundo a regra em questão, é considerado irresponsável aquele

que por doença mental, retardamento mental ou grave perturbação da consciência, não podia entender o caráter injusto do ato, ou não podia agir de acordo com esse entendimento.

Art. 10

2. Zurechnungsfähigkeit

Unzurechnungsfähigkeit

Wer wegen Geisteskrankheit, Schwachsinn oder schwerer Störung des Bewusstseins zur Zeit der Tat nicht fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, ist nicht strafbar. Vorbehalten sind Massnahmen nach den Artikeln 43 und 44.

3. ESPANHA

No Direito Penal Espanhol, a regra do código de 1995, em seu artigo 20, 1º, prevê a isenção de responsabilidade criminal para aqueles que, ao tempo da ação, devido a qualquer anomalia ou alteração psíquica, não podia compreender a ilicitude do ato ou agir conforme a essa compreensão. Há a ressalva, todavia, quando o transtorno mental transitório foi autoprovocado com o intuito de afrouxar os freios inibitórios e, assim, praticar o crime (*actio libera in causa*).

Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el

⁴ A esse respeito, ver BRUNO, 1984; KOERNER, 1995; e DOTTI, 2003.

propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

4. ARGENTINA

No Código Penal Argentino, encontramos menção ao afastamento da punibilidade nos casos em que o agente não poderia compreender a ilicitude do ato ou autodeterminar-se, em decorrência de insuficiência das faculdades mentais, alterações mórbidas das mesmas ou estado de inconsciência. É a regra do artigo 34:

ARTICULO 34 - No son punibles:

1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

5. URUGUAI

Dispositivo peculiar é encontrado no Código Penal Uruguaio, no capítulo III, referente às causas de impunidade. É o art. 36, que traz regra específica relativa aos crimes passionais, especificamente o homicídio ou lesões corporais cometidos sob a influência da violenta emoção decorrente do adultério. Para isentar de culpa são necessários alguns requisitos, entre os quais, o agente ter bons antecedentes e não ter conhecimento prévio da infidelidade.

Artículo 36. (La pasión provocada por el adulterio)

La pasión provocada por el adulterio faculta al Juez para exonerar de pena por los delitos de

homicidio y de lesiones, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Que el delito se cometa por el cónyuge que sorprendiera infraganti al otro cónyuge y que se efectúe o contra el amante.

Que el autor tuviera buenos antecedentes y que la oportunidad para cometer el delito no hubiera sido provocada o simplemente facilitada, mediando conocimiento anterior de la infidelidad conyugal.

6. EQUADOR

O Código Penal Equatoriano también trata expressamente, no art. 22, a circunstância do crime cometido quando um cónyuge surpreende o outro em flagrante adultério, e prevê, ainda, outra situação peculiar, qual seja, a da defesa, pela mulher, de grave atentado ao seu pudor. O art. 23, por sua vez, determina a exclusão do crime quando a vítima de furto ou roubo, provoca lesões de natureza não grave, no ladrão, mesmo que ausentes as condições de legítima defesa, ou seja, agressão atual ou iminente, como na situação da vítima encontrar o ladrão com as coisas furtadas ou roubadas. Por fim, no artigo 27, temos a excludente decorrente da provocação da vítima.

Art. 22.- Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor, gravemente amenazado.

Art. 23.- No hay infracción en los golpes que se den sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de hurto o robo, cuando se les sorprende en flagrante delito, o con las cosas hurtadas o robadas.

Art. 27.- Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes cuando son provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, o fuertes ataques a la honra o la dignidad, inferidos

en el mismo acto al autor del hecho o a su cónyuge o a sus ascendientes, o descendientes, o a sus hermanos o a sus afines dentro del segundo grado.

Los motivos de excusa enumerados en el inciso anterior, no son admisibles si el culpable comete la infracción en la persona de sus ascendientes o descendientes legítimos o ilegítimos.

7. PORTO RICO

O Código Penal de Porto Rico é bem recente, de 18 de junho de 2004. Talvez isso explique a precisão legislativa e atualidade do dispositivo contido no seu artigo 40, o qual torna inimputável o agente que se encontre em estado de transtorno mental transitório, que o impeça de compreender o caráter ilícito da conduta ou de conduzir-se conforme esse entendimento.

Artículo 40. Transtorno mental transitório. No es imputable quien al momento del hecho se halle em estado de trastorno mental transitório, que lê impida tener capacidad suficiente para comprender la criminalidad del acto o para conducirse de acuerdo com el mandato de ley.

8. CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

De autoria do nosso ilustre jurista Nelson Hungria, o Código Penal Tipo para a América Latina inclui a grave perturbação de consciência entre as causas possíveis de inimizabilidade. É a regra do artigo 19:

Art. 19 - Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possuía, em virtude de enfermidade mental, de desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado ou de grave perturbação da consciência, a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.

9. O CÓDIGO BRASILEIRO

As legislações penais estrangeiras mencionadas, ao contrário da nossa, não contêm qualquer regra que impeça expressamente a atribuição de força exculpante às circunstâncias ligadas à emoção ou a paixão.

Essencialmente, nosso sistema penal segue a mesma linha dos sistemas citados, todos baseados claramente na responsabilidade penal subjetiva. Nosso Código Penal, no entanto, diferencia-se por não prever expressamente a possibilidade de afastamento da culpa em decorrência de perturbação mental transitória de caráter não patológico, seja sob que nome for, e, pior, por trazer a regra do artigo 28, I, que ao negar efeito exculpante à emoção e a paixão, cria explícita contradição no sistema, como veremos adiante.

CAPÍTULO III

A CULPABILIDADE E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

1. AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO E A NORMALIDADE DAS CONDIÇÕES

A inclusão da culpabilidade como pressuposto para a aplicação da pena pode ter sua gênese atribuída à necessidade de identificar a quem pertence a responsabilidade pelo fato delituoso. “Quem é culpado é responsável e quem é responsável pode ser chamado a prestar contas pelo fato a que deu causa” (TOLEDO, 2002: 327). O pensamento parece óbvio e banal, mas o ilustre jurista o justifica acrescentando que, sendo a responsabilidade “pessoal e intransferível..., 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” (TOLEDO, 2002: 327). E, ainda, “há que se estabelecer se a ação que se quer punir pode ser atribuída à pessoa do acusado, como algo realmente seu” (TOLEDO, 2002: 327).

Essa *pessoalidade*, embutida no conceito de culpabilidade, não é um elemento estanque. É necessário reconhecer uma correlação com outro elemento da culpabilidade, de natureza circunstancial. Falar de culpa (em sentido amplo) é falar de culpa *do agente e nas circunstâncias* em que o agente atuou. Falar em exigibilidade de conduta conforme ao direito é falar em exigibilidade *diante das circunstâncias* do fato delituoso. Assim, a ação ou omissão deve ser decorrente do *querer* do agente, e esse *querer* deve ser avaliado nas *circunstâncias* em que ocorreu o delito.

Mas não só isso. As circunstâncias aqui referidas são aquelas consideradas *normais*. Isso significa dizer que deve o sistema do direito penal atentar para o fato de que o juízo de reprovabilidade não pode ignorar a distinção

entre o comportamento antijurídico ocorrido na normalidade de condições e o comportamento antijurídico ocorrido em condições anormais.

“FRANK foi quem introduziu a questão na doutrina, pondo a definição da culpabilidade do fato na dependência da normalidade das circunstâncias concomitantes (*Normalität der begleitenden Umstände*)” (BRUNO, 1984: 98). Diversas foram as críticas que se insurgiram às idéias de FRANK, pois, à época, a concepção de culpabilidade estava quase que restrita ao subjetivo, ou seja, ao processo mental, interno, íntimo, do agente. A noção de culpabilidade era essencialmente psicológica, e Frank introduz aí um elemento objetivo, traduzido pelas circunstâncias fáticas nas quais ocorreu o delito, as quais a doutrina dominante do início do século XX mantinha restrito à análise da antijuridicidade. Em outras palavras, o conceito de crime trabalhava sob uma dicotomia objetivo-subjetivo, culpabilidade-antijuridicidade, interno-externo, e esse elementos não se misturavam.

ANÍBAL BRUNO, esclarece, todavia, a impropriedade dessas críticas:

A objeção levantada contra a fórmula de FRANK, de que a consideração das circunstâncias concomitantes importa em introduzir no conceito de culpabilidade um dado exterior ao indivíduo, o que seria contrário ao sentido essencial do conceito, não procede, porque não é a situação total em que atua o agente, em si mesma, que vai constituir elemento da culpabilidade, mas o seu reflexo no ânimo daquele que age, isto é, a influência que vai exercer no processo de motivação da sua vontade. Para deixar claro este fato, o próprio FRANK transformou a sua expressão primitiva de normalidade das circunstâncias concomitantes na de possibilidade de normal motivação da vontade no agente, chegando, por fim, à fórmula de liberdade ou domínio do fato (*Tatherrschaft*), na dependência da situação total em que atua o indivíduo.⁵

⁵ BRUNO, 1984: 99.

Ainda, segundo BRUNO, “hoje somos forçados a admitir que nem todo o objetivo pertence à antijuridicidade e nem todo o subjetivo à culpabilidade, conclusão a que nos conduzem as modernas investigações sobre os elementos subjetivos do ilícito e os elementos objetivos da culpabilidade” (BRUNO, 1984: 99). A questão fundamental é perceber-se que, ao lado da essência subjetiva, há uma nuance objetiva na culpabilidade, qual seja, a circunstancialidade dos fatos, o que importa na necessidade de averiguação da normalidade dessas circunstâncias.

Em condições normais, é possível avaliar de maneira precisa e relativamente tranqüila a ação típica do sujeito imputável, porque mentalmente desenvolvido e sadio, perfeitamente inserido na vida social, consciente do que é certo ou errado, permitido ou proibido.

Diante de condições anormais, contudo, a averiguação sobre o comportamento do agente não pode se abster de levá-las em consideração. O pensar e o agir humano não são simples o bastante para serem previstos pela lei em tese, a qual tenta, equivocadamente em algumas legislações penais, inclusive na nossa, desde 1940, estabelecer de antemão quando e em que situações o agente poderia, no seu atuar, ter sido “levado pelas circunstâncias”.

A normal circunstancialidade que permeia a culpabilidade e a exigibilidade de conduta diversa pelo agente é enfatizada pela doutrina. Nessa linha de pensamento, afirma MIRABETE que “o fato somente é censurável se, *nas circunstâncias* [grifo meu], se pudesse exigir do agente um comportamento de acordo com o direito” (MIRABETE, 2000: 196). A análise das circunstâncias requer a referência a *condições normais*. A exigibilidade de conduta diversa, como um dos fundamentos do juízo de reprovação, deve ser aferida “como expressão de

normalidade das circunstâncias do fato [grifo meu] e indicação de que o autor *tinha o poder de não fazer o que fez* [grifo do autor]...” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 199). A teoria da dirigibilidade normativa⁶, “fundamenta a reprovação de culpabilidade na *normal determinabilidade através de motivos*, segundo LISZT, ou no *estado psíquico disponível ao apelo da norma* existente na maioria dos *adultos saudáveis*, conforme a fórmula moderna de ALBRECHT, ou, simplesmente, na *capacidade de comportamento conforme a norma*, de acordo com a redefinição de ROXIN” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 208-209). “A *normalidade* das circunstâncias do fato é o fundamento concreto da *exigibilidade* de comportamento conforme ao direito, [...] se pressupõe a existência de um sujeito *normal*, portador dos atributos pessoais de *maturidade e sanidade psíquica* necessários à constituição da *capacidade de culpabilidade*, [...] o autor ... é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa.” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 247-248).

ANÍBAL BRUNO identifica a *exigibilidade de comportamento de acordo com a ordem jurídica* com a “possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da *normalidade das circunstâncias* concomitantes ao fato. [...] que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito, que se pode humanamente reclamar de todo homem normal em condições normais. O comportamento

⁶ Por fugir ao escopo deste estudo, não reproduzirei aqui os detalhes a respeito das diversas teorias relativas ao conteúdo material da culpabilidade. Permito-me apenas mencionar as principais: teoria do poder agir diferente (*andershandelnkönnen*) de WELZEL, KAUFMANN e outros; teoria da atitude jurídica reprovada (*rechtlich missbilligte Gesinnung*) de JESCHECK/WEIGEND, ou da atitude defeituosa (*fehlerhafte Einstellung*) de WESSELS/BEULKE; teoria da responsabilidade pelo próprio caráter (*Einstehenmüssen für den eigenen Charakter*) baseada o pensamento de SCHOPENHAUER; teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica (*Manko an rechtlich Motivierung*) de JAKOBS; e a teoria da dirigibilidade normativa (*normative Ansprechbarkeit*) de

conforme ao Direito não pode ser exigido de maneira absoluta, mas tem de condicionar-se ao poder do sujeito, físico ou moral, de acordo com a situação total do momento” (Bruno, 1984: 97) [grifo meu]. Ou seja, “que o fato ocorra em situação em que seja lícito exigir do sujeito comportamento diferente” (BRUNO, 1984: 33). “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” (BRUNO, 1984: 30).

TOLEDO, por sua vez, afirma 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” (TOLEDO, 2002: 328) [grifo meu]; e ainda, às vezes referindo-se ao *comum*, às vezes ao *normal*, alerta, por fim, para a existência de atos com vontade defeituosa, cujo tratamento, portanto, deve ser excepcional, ao afirmar 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”. BETTIOL já havia trazido à tona a questão. Segundo o penalista italiano, a culpabilidade do agente pode ser questionada sempre que “por causa de uma situação fática, o processo psíquico de representação e de motivação se tenha formado de modo anormal” (1976: 464).

NOLL. Uma breve análise sobre todas elas pode ser encontrada em CIRINO DOS SANTOS,

Acrescente-se a esses, o pensamento do ilustre Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, segundo o qual,

condições *anormais* de formação de vontade concretizada no tipo de injusto podem excluir a consciência da antijuridicidade (erro de proibição) ou a exigibilidade de comportamento diverso (situações de exculpação). Em última instância, o estudo da culpabilidade consiste na pesquisa de *defeitos* na formação da vontade antijurídica: a) na área da **capacidade de vontade**, a pesquisa de defeitos *orgânicos* ou *funcionais* do aparelho psíquico; b) na área do **conhecimento do injusto**, a pesquisa das condições *internas* negativas do conhecimento real do que faz, expressas no *erro de proibição*; c) na área da **exigibilidade**, a pesquisa de condições *externas* negativas do *poder de não fazer o que faz*; as *situações de exculpação*, determinantes de conflitos, pressões, perturbações, medos etc.⁷

O Prof. RENÉ DOTTI, por sua vez, cita BETTIOL:

O que se pretende, na verdade, abranger com a expressão “normalidade das circunstâncias”? Para que uma ação possa ser considerada culpável não basta que um sujeito capaz tenha previsto e querido um certo evento lesivo, mas é ainda preciso que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente à ação: essa determinação normal não pode exigir-se quando as condições de fato em que o indivíduo atua são de molde a tornar impossível ou menos difícil a formação de um querer imune a defeitos.⁸

Dúvida não resta, portanto, de que o princípio da culpabilidade leva em conta a *normalidade* ou *anormalidade* das condições nas quais o agente atuou. Condições anormais de formação da vontade podem e devem ser observadas pelo juiz na aplicação do direito penal, para abrandar ou excluir a pena. Afinal, a formação da vontade pode ser defeituosa e as perturbações psíquicas decorrentes das circunstâncias do fato podem ocasionar a diminuição ou a total anulação da capacidade do agente em autodeterminar-se. Em outras palavras, o contexto fático anormal tem o poder de enfraquecer ou fazer desaparecer os

Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4^a. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005. pp. 206-210.

⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4^a. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 211.

freios inibitórios do agente. Sua culpabilidade, nesse caso, sofre influência direta de um fator externo. É o mundo externo agindo sobre a vontade interna do sujeito.

A lei não ignora esse fenômeno. Além das situações inerentes ao sujeito, como a doença mental (CP art. 26) e a menoridade (art. 27), prevê nosso Código situações transitórias provocadas por agentes externos, como a coação irresistível (art. 22), a obediência hierárquica (art. 22) e a embriaguez completa involuntária (CP art. 28, II, §1º). Em todas elas a lei efetivamente estabelece isenção da pena.

Contudo, não pode o juízo de valor abster-se de aprofundar a análise da culpabilidade no caso concreto e, ao invés, aplicar mecanicamente e exclusivamente as fórmulas simplistas legalmente expressas de causas de exculpação, tal qual nosso Código Penal de 1940 tenta impor, em real afronta ao princípio maior do *nullum crimen, nulla poena, sine culpa* e aos princípios constitucionais da ampla defesa e da individualização da pena.

2. A CRISE DA TEORIA DA CULPABILIDADE

Cabe aqui revermos, *en passant*, a evolução sofrida no tempo pelo conceito de culpabilidade, para melhor compreensão da problemática atual da análise desse elemento na aplicação da pena. Apesar de mais de um século de vasta produção científica sobre o tema, a culpabilidade permanece como elemento controverso do direito penal e “parece imerso em crise insuperável” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 200). O Prof. ROLF KOERNER JUNIOR, ao falar da culpabilidade, diz que “aqui está o *grande* problema para solucionar no Direito

⁸ BETTIOL. *Diritto penale*: 490, citado por RENÉ DOTI, em Curso de Direito Penal, 2003: 349.

Penal” (Obediência Hierárquica, 2003: 149), cuja contribuição da doutrina é indispensável “para que a nossa legislação fosse depurada de ranços que adiam o tratamento de *revolução* para a culpabilidade” (idem: 157).

ROXIN também enxerga na culpabilidade uma enorme controvérsia. Segundo o jurista alemão, “nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável. Ela é controvertida, por uma série de mal-entendidos; indispensável, por constituir o critério central de toda imputabilidade” (ROXIN, 1999: 47).

A teoria da culpabilidade surge no início do século XX como dimensão subjetiva do fato punível, ou seja, como relação psíquica entre o autor e o fato delituoso por ele praticado, sob as formas de dolo ou imprudência (culpa *stricto sensu*) (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 201). Os elementos da chamada teoria psicológica da culpabilidade eram, portanto, apenas a imputabilidade (capacidade de culpabilidade) e a relação psicológica autor-fato (dolo ou culpa).

Em seguida, introduz-se no conceito de culpabilidade um componente normativo. Surge a distinção entre norma jurídica (exigência objetiva de comportamento exterior) e norma de dever (exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a norma jurídica). Nesse momento, surge o importante “conceito de *inexigibilidade* como fundamento geral supralegal de exculpação, sob um argumento poderoso: se evitar um fato punível pressupõe capacidade de resistência *inexigível* do homem do povo, então a *incapacidade* de agir conforme a *norma de dever* exclui a *exigibilidade de comportamento diverso* e, conseqüentemente, a *culpabilidade*” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 203). É a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, contendo, além dos elementos já

existentes da teoria psicológica (imputabilidade e dolo/culpa), a exigibilidade de comportamento diverso.

Mais tarde, a teoria finalista acaba por esvaziar o conceito de culpabilidade do seu elemento psicológico, através do deslocamento do dolo/culpa para o próprio tipo penal. A culpabilidade passa a ser então meramente normativa, ou normativa pura, tendo por elementos a imputabilidade, o conhecimento do injusto e a exigibilidade de conduta conforme ao direito. É a chamada teoria normativa da culpabilidade.

Finalmente, a verificada insuficiência da teoria normativa pura, para explicar as condições de anormalidade das circunstâncias e seu conseqüente juízo de inexigibilidade de conduta diversa, provocou o surgimento da teoria, contemporânea, da *responsabilidade normativa* (ROXIN), “um conceito superior integrado pela *culpabilidade* e pela *desnecessidade preventiva* de pena, própria das *situações de exculpação*” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 250). ROXIN defende a inserção, no conceito da culpabilidade, de elementos relativos à necessidade de prevenção geral e especial.

Do exposto decorre que aquilo que normalmente chamamos de exclusão da culpabilidade se funda em parte da ausência ou redução da culpabilidade, mas em parte também em considerações preventivo-gerais e especiais sobre a isenção de pena. Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de “culpabilidade”, mas “responsabilidade”. Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integrados, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa apenas um aspecto – de qualquer maneira essencial – daquilo que denomino “responsabilidade”.⁹

⁹ ROXIN, 1999: 65.

ROXIN defende, portanto, que “só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena”, ou, em outras palavras, “a pena também sempre tem de ser preventivamente indispensável”.(ROXIN, 1999: pp. 65-66).

Contudo, a problemática da culpabilidade não está, conforme bem lembrado pelo Prof. CIRINO DOS SANTOS, na sua definição formal, pois esta “não explica porque o sujeito é culpável, ou porque o sujeito é reprovável” (2005: 204).

O problema central da culpabilidade é o problema do seu fundamento – o chamado fundamento *ontológico* da culpabilidade –, acentuado pela redefinição de culpabilidade como reprovabilidade: a capacidade de *livre decisão* do sujeito. A tese da *liberdade de vontade* do conceito de culpabilidade e, por extensão, do conceito de punição, é indemonstrável. Se a pena criminal pressupõe culpabilidade e se a reprovação de culpabilidade tem por fundamento um dado indemonstrável, então a culpabilidade não pode servir de *fundamento* da pena. [...] Hoje, a tese da culpabilidade como *fundamento* da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como *limitação* do poder de punir, com a troca de uma *função metafísica* de legitimação da punição por uma *função política* de garantia da liberdade individual.¹⁰

3. A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME AO DIREITO

O Prof. CIRINO DOS SANTOS nos ensina que as situações de exculpação surgem sob três diferentes ângulos. Primeiro, como situações concretas de *inexigibilidade de conduta diversa*, situações nas quais não se pode exigir, do agente, comportamento diverso, visto que “circunstâncias externas podem *impedir* a livre determinação da vontade” e ainda, “pressões psíquicas excepcionais podem *limitar* o poder de motivação jurídica”. Segundo, como “hipóteses de *dupla redução*” da culpabilidade (por força da pressão psíquica do fato concreto) e do injusto (pelo conflito entre bens jurídicos). Terceiro, como

casos de “*desnecessidade* de prevenção geral ou especial” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 251).

Nesse ponto exato é que se insere a questão da exigibilidade de conduta diversa. Analisa-se a possibilidade do agente poder ter evitado a conduta ilícita porque não sendo assim, ou, em outras palavras, restando impossível ao agente ter outra conduta, conclui-se forçosamente que, na verdade, “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” (TOLEDO, 2002: 327).

Negar a necessidade da vinculação entre vontade e exigibilidade-de-conduta-diversa, é retornar à teoria causal, banida definitivamente do nosso sistema penal.

Ou pior. Atribuir culpa àquele que agiu sem o perfeito domínio de sua inteligência, significa julgar o fato delituoso e não seu autor, aniquilando um dos alicerces mais viscerais do direito penal – o caráter *pessoal* desse ramo do direito. Agindo assim, considerando culpável a marionete, o corpo sem autocomando, nos autorizaria também, *ab absurdo*, a aplicar pena a animais irracionais, objetos inanimados ou mesmo catástrofes naturais, posto que estes, da mesma forma, provocam, por vezes, lesões a bens juridicamente protegidos, apesar de não possuírem vontade consciente.

A inexigibilidade de conduta diversa passa a integrar, portanto, o próprio conceito de culpabilidade, que é, portanto, a reprovabilidade do agente pela adoção de uma conduta contrária ao Direito, quando aquele podia e devia

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 205.

agir de modo diverso. (DOTTI, 2003: 335). “Não há reprovabilidade se na situação em que o agente se encontrava não se lhe podia exigir conduta diversa. Remanesce a ilicitude do fato¹¹, mas a culpabilidade é excluída pelas circunstâncias ou por motivos excepcionais que não permitiram a atuação segundo as exigências da norma” (DOTTI, 2003: 426). TOLEDO vai além, afirmando ser a inexigibilidade de outra conduta “a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade... constitui um verdadeiro princípio de direito penal” (TOLEDO, 2002: 328).

RENÉ DOTTI, a esse respeito, cita BETTIOL (*Diritto penale*: 493/494):

A propósito, Bettiol pondera que o reconhecimento desta causa de exclusão da culpabilidade não implica em um *amolecimento* do Direito Penal em contraste com uma concepção autoritária do mesmo Direito, porque só é *direito penal amolecido* aquele que não pune quando existem todos os pressupostos para uma punição, entre eles o da culpabilidade. Mas, quando não existe a culpabilidade, porque não podia esperar-se do sujeito uma motivação normal, seria uma heresia falar-se em culpa e, ainda, aplicar-se uma pena.¹²

A exigibilidade de conduta diversa ergue-se, portanto, como princípio fundamental do direito penal, pressuposto da culpabilidade, decorrente direto do caráter pessoal da infração e da pena. E sendo princípio do sistema, sua aplicação não se limita às situações expressas na lei. Mas esse entendimento, de que a exigibilidade é princípio auto-aplicável, destarte a falta de previsão expressa na lei, não é pacífico.

¹¹ Cabe ressaltar que a inexigibilidade de conduta diversa é elemento *subjetivo* da análise da conduta. O fato típico, em si, *objetivamente*, não deixa de constituir ação ou omissão antijurídica, pois persiste a lesão ao bem juridicamente protegido. Não a ilicitude do fato, mas o atuar do agente, ou seja, sua reprovabilidade, é que constitui o escopo da verificação de inexigibilidade de outra conduta, a qual, portanto, afasta a culpabilidade, mas não a antijuridicidade. [nota minha]

¹² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2003: 426.

Vale lembrar que a teoria da culpabilidade, conforme já dito, não está perfeitamente acabada, e talvez nunca venha a estar. Particularmente com relação ao seu elemento de inexigibilidade de conduta diversa, “a elaboração continua e é preciso que seja levada adiante, sendo certo que este é um dos pensamentos mais fecundos que tenham sido lançados no domínio da culpabilidade” (Bruno, 1984: 100-101).

4. CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – FONTES LEGAIS E PRINCÍPIOLÓGICAS

4.1. Entendimento da Doutrina

Não há dúvidas quanto à existência do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, e nem de sua função orientadora da atividade legislativa. “Atua primeiramente no espírito do legislador, levando-o a enumerar expressamente na lei hipóteses dessa espécie sob a forma de causa de exclusão da culpabilidade e algumas vezes dando-lhes mesmo a expressão mais enérgica de causa de exclusão do ilícito, como no estado de necessidade, do nosso Código” (BRUNO, 1984: 103).

Contudo, há divergência na doutrina sobre sua aplicação do princípio diretamente no caso concreto, ou, em outras palavras, se o princípio pode ser utilizado diretamente pelo juiz, na formação de sua convicção, sendo, portanto, causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Parte da doutrina defende que a culpabilidade só pode ser afastada nas hipóteses expressas na lei penal. Conforme ANÍBAL BRUNO, isso ocorra talvez

por uma “excessiva exigência de positivismo jurídico ou temor de afrouxar a segurança e firmeza do Direito Penal” (BRUNO, 1984: 106).

Outra parte, todavia, entende que a inexigibilidade de conduta diversa é causa principiológica que tem o poder de ser aplicado diretamente ao caso concreto, afastando a culpabilidade independente de previsão expressa na legislação.

Na primeira linha, mais restritiva, que reduz à lei, as fontes de determinação das causas excludentes, temos ZAFFARONI, que entende serem suficientes as hipóteses legais: “Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpabilidade, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade.” (ZAFFARONI, 1999: 660). O autor argentino, quando fala de exigências históricas, se reporta ao início do século XX, quando FRANK enuncia a teoria complexa da culpabilidade, inaugurando uma fase na doutrina criminal alemã, na qual torna-se possível ampliar o rol das causas de exculpação para além daquele prescrito na lei penal positivada.¹³ Todavia a doutrina alemã toma outro rumo no seu entendimento, ainda na primeira metade do século passado:

Diz JESCHECK, que a teoria de existência de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade consistente na inexigibilidade de outra conduta deve ser afastada, ao menos quanto aos crimes dolosos, tendo, aliás, passado a segundo plano na doutrina germânica. Segundo o autor, necessário é que no âmbito da culpabilidade sejam previstos expressamente os requisitos fixados

¹³ Esse momento histórico reflete-se em nossa legislação criminal: O Código Penal Republicano, já em 1890, trazia a exculpação do ato praticado em estado de completa privação de sentidos e de inteligência. Mais tarde, o Código de 1940 não repete a regra.

para as dirimentes; para ele uma causa supralegal de exclusão pela inexigibilidade de conduta diversa implicaria no enfraquecimento da eficácia da prevenção geral do Direito penal e conduziria a uma desigualdade em sua aplicação. Admite apenas a inexigibilidade de outra conduta, em certas hipóteses, como um “princípio regulativo”, mas afirma que não se pode considerá-la como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.¹⁴

ANÍBAL BRUNO tem outra idéia quanto ao alcance do princípio da inexigibilidade, entendendo que o princípio não atua apenas com orientação à formação da lei penal. O autor defende que “embora em sistemas penais como o nosso esta ação pré-legislativa seja a função capital do princípio, não deixa ele de poder agir fora dos casos que a lei especifica, funcionando, segundo as circunstâncias, como causas gerais de exculpação” (Bruno, 1984: 103). “A não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código” (idem: 106).

Na mesma linha de pensamento, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que entende ser possível aplicarem-se ao caso concreto, causas supralegais de exclusão da culpabilidade: “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. [...] a anormalidade do processo psíquico, *por causa de circunstâncias fáticas*, deve ser considerado em favor do agente” (TOLEDO, 2002: 328). O autor admite a causa supralegal, “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 contraio, como um momento do juízo de

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 16^a. ed. São Paulo: Atlas, 2000. pp. 198-199.

reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém” (idem: 329).

ROLF KOERNER JUNIOR é taxativo ao afirmar que “a não exigibilidade de comportamento diferente é causa supralegal, geral, de *exculpação*”, alertando que, “no entanto, em Direito Penal, ... aquela deve ser tida e aplicada com rigor por a invoca e por quem decide a vida alheia” (Obediência Hierárquica, 2003: 165). O mesmo alerta é dado por RENÉ DOTTI:

Mas é bem de ver que a caracterização dessa causa de exculpa deve ficar bem demonstrada e não dependente de um juízo puramente subjetivo e pessoal do sujeito ativo a respeito de ser ou não exigível o comportamento, nem de se ter em conta a figura do *homem médio*. Isso, no dizer de Bettioli, corresponderia, no caso concreto, a um *individualismo anárquico* que desculparia qualquer ação ou uma abstração inconcludente.¹⁵

Apesar de rejeitado pela doutrina majoritária desde os anos de 1940, o conceito de exigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação (fruto da teoria psicológica da culpabilidade, como visto) nunca deixou de ter defensores. “EBERHARD SCHMIDT sugere, em 1949, a *necessidade de despertar o problema da **inexigibilidade** do sono de bela adormecida* em mais recentemente, aparecem propostas de retomada do conceito de *inexigibilidade* como cláusula geral de *exculpação supralegal*, ora deduzida do *princípio da culpabilidade*, ora do *princípio da justiça* do Estado de Direito.” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 249).

Também JOE TENNYSON VELO reconhece que “a censura penal pode ser excluída em hipóteses de *inexigibilidade de conduta diversa*, independentemente

¹⁵ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 426.

das mesmas não estarem previstas expressamente na lei, porque a *inexigibilidade* é um princípio de Direito Penal” (1993: 178).

Nosso sistema penal, na mão contrária às de outras legislações penais modernas, passou, desde a entrada em vigor do atual CP, a reduzir a fórmulas abstratas e generalistas, a verificação da existência ou não de condições exculpantes no atuar do agente, como se fosse possível definir *a priori*, por lei, quando se poderia ou não exigir, do autor, conduta conforme ao direito. Tratando-se de verificação da capacidade, no momento da ação, de autodeterminação do agente, falha nossa legislação limitar as hipóteses de incapacidade da inteligência e do querer determinante, àquelas de caráter permanente e biológico, quais sejam, as de cunho patológico (doença mental), deixando de fora as incapacidades transitórias, como as decorrentes da paixão e da emoção, as quais, inclusive, o legislador de 1940 fez questão de explicitar como elementos não-excludentes da culpabilidade.

Ao adotar o sistema biopsicológico, o direito pátrio só admite a incapacidade de entendimento do caráter ilícito do fato ou a incapacidade de autodeterminação do agente, decorrentes de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Ou seja, nosso sistema penal afirma que só pode haver a perda transitória da capacidade de saber e de querer nas hipóteses legalmente previstas, como se pudesse o direito descrever o funcionamento da psique. Em outras palavras, é o direito tentando ir além da formulação do *dever-ser*, passando para a descrição do *ser*. Invadindo claramente a competência de outras ciências, como a psicologia e a medicina psiquiátrica, aqui o direito “diz”, através da lei em tese, em que situações pode o indivíduo ter seu raciocínio e

discernimento afetados pelas circunstâncias. E afirma categoricamente que essa afetação somente ocorre naquelas situações legalmente previstas, a ponto de negar, na regra do art. 28 do CP, aquilo que é trivial, de conhecimento comum, mesmo ao mais leigo: o fato inegável de que a emoção e a paixão extremadas podem (e freqüentemente o fazem) interferir em nossa inteligência, cegando-nos. A influência dos estados emocionais sobre os processos mentais é citada por TOLEDO: “Para o direito penal, que trabalha sobre o agir humano, os estados emocionais adquirem especial relevância, por razões óbvias, desde que apresentem grau de intensidade capaz de interferir nos processos de inibição e controle.” (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 337).

A decisão tomada por nosso legislador, de negar força excludente à emoção e a paixão, tem seu fundamento em razões de política criminal, e decorre do excessivo número de casos de impunidade abrigados na alegação da perturbação dos sentidos e da inteligência, possível na vigência do Código Penal de 1890. Daí a discussão sobre a validade das fontes supralegais de exclusão da culpabilidade, mais precisamente a extensão da aplicação do princípio da inexigibilidade, ainda ser calorosa e estar longe de chegar a um desfecho. Há o temor de que a liberdade para aplicação do princípio da inexigibilidade pelos juízes, em favor do acusado, traga o risco da impunidade verificada outrora.

Mas, afinal, é preciso definir quando deve ocorrer o juízo de reprovação ou não da conduta delituosa no caso concreto: se na gênese da lei, quando o princípio da inexigibilidade de outra conduta informaria o legislador na criação das previsões expressas de exclusão da punibilidade, ou, se na jurisdição, quando o

magistrado, interpretando a lei à luz do princípio da inexigibilidade, avalia, diante das circunstâncias fáticas, se o mesmo é aplicável ou não àquele caso.

A posição mais adequada, entende a melhor doutrina, é a de que o juízo de reprovação cabe ao juiz natural. O motivo é a necessidade de compatibilização do direito penal material e processual com os princípios constitucionais. “O direito constitucional de individualização da pena pressupõe que o julgador considere as particularidades individuais do condenado¹⁶ em sua relação com um mandamento legal determinado.” (MIRABETE, 2000: 199). “A justa aplicação da pena depende da exequibilidade de um conceito material de culpabilidade, em que a exigibilidade de conduta diversa se apresenta como princípio geral ainda carente de maior compreensão.” (FERNANDO N. GALVÃO DA ROCHA, citado em (MIRABETE, 2000: 200)).

A eleição, pela lei, de algumas situações nas quais o agente, embora capaz, é inimputável, por inexigibilidade de conduta diversa, não impede, a meu ver, que o juiz possa identificar outras, nas quais, igualmente, não se pode exigir do agente uma conduta conforme ao direito. “Os imperativos de comando ou proibição constituem o conteúdo da norma penal cuja violação acarreta uma sanção. Mas, ..., o comportamento adequado segundo tais imperativos não pode ser exigido de maneira absoluta, devendo condicionar-se às possibilidades físicas ou morais do sujeito, de acordo com as circunstâncias do momento.” (DOTTI, 2003: 349).

¹⁶ Entendo que o termo “condenado”, aqui, foi empregado equivocadamente, pois o autor fala da inexigibilidade de conduta diversa, princípio aplicável não apenas na mensuração da pena, mas também, e principalmente, durante o julgamento, no juízo de reprovabilidade. Assim, melhor seria se o autor tivesse empregado o termo “acusado” ou, melhor ainda, “agente”. [nota minha]

Na omissão da lei, a qual não prevê, até porque não pode mesmo ter a pretensão de prever, todas as situações fáticas nas quais não se pode exigir do sujeito um comportamento diferente, não só pode, como deve, o juiz, utilizar-se de todas as possíveis fontes de direito, para a formulação do seu juízo de reprovabilidade. E esse juízo inclui, necessariamente, avaliar, no caso concreto, a incidência da inexigibilidade de conduta diversa. Tal exigência “responde ainda a essa espécie de apelo da consciência jurídica atual por um ajustamento mais humano da prática punitiva à realidade dos fatos da vida e a um sentimento mais flexível de justiça” (BRUNO, 1984: 102). O autor explica que “na prática do princípio da não exigibilidade realiza o Direito Penal uma reação contra o formalismo, um movimento oposto a uma concepção demasiadamente rígida da função deste ramo do Direito e da própria Justiça. Negar totalmente o pensamento da não exigibilidade conduz, como observa VON WEBER, a uma dureza injusta e desnecessária.” (idem).

Cláudio Brandão, na mesma linha, afirma que

a exigibilidade de outra conduta tem duas causas legais de exclusão: a obediência hierárquica e a coação moral irresistível (art. 22), mas sua exclusão será verificada também sempre que não houver liberdade de opção no caso concreto entre se comportar conforme ou contrário ao direito, independentemente de previsão legal, porque esse elemento é uma decorrência do próprio conceito de culpabilidade.

Como princípio do sistema penal, a culpabilidade é um mecanismo de interpretação e aplicação das suas normas, possibilitando que a lei seja cotejada com a tópica, isto é, com a análise do caso. Concretamente, se não se constatar a reprovabilidade pessoal, pode-se afastar a incriminação legal, como no caso das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.¹⁷

¹⁷ BRANDÃO, 2004: 116 e 118.

4.2. A Interpretação Analógica

Cabe analisarmos se seria possível a atribuição de competência ao juiz, no processo, para aplicação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade, em decorrência da aceitação em nosso sistema penal, da interpretação analógica *in bonam partem*.

A analogia a favor do acusado é instrumento aceitável, na aplicação da lei penal, quando da constatação de uma lacuna. Em primeiro lugar, é importante salientar a dinâmica da vida social e a dificuldade de se prever todas as situações fáticas merecedoras de atenção pela norma jurídica. Essa dificuldade de acompanhar a dinâmica social, provoca na lei uma série de lacunas, ou seja, ocorrências de situações práticas não previstas antecipadamente pela norma positiva, para as quais cabe ao juiz buscar o preenchimento, num processo de integração ao sistema jurídico.

LUIZ REGIS PRADO tratou com profundidade a questão.

Por mais vigilante, providente e sagaz que seja o legislador, é impossível que em sua obra todas as relações humanas sejam devidamente tratadas e que a plenitude dos fatos sociais não escapem por entre as apertadas malhas da lei.

As relações sociais são multívocas, contingentes. Alteram-se continuamente, em virtude da evolução, do progresso técnico-científico, econômico e social forjador de uma gama enorme de novos conflitos, rumos e situações que exigem disciplinamento jurídico. A complexidade e a conflituosidade intensa são características marcantes da sociedade moderna. A vida prática – a experiência – nos ensina, desde há muito, que as regras do direito, por mais bem elaboradas, são incapazes de lograr uma tutela satisfatória da grande variedade de acontecimentos sociais. Tem-se assim, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desnível, entre o direito posto e as necessidades sociais, o que traz o problema da lacuna. Esta se caracteriza quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do

sistema normativo¹⁸. No dizer de Larenz, a “lacuna da lei (de lege lata) existe sempre e só quando a lei a avaliar pela sua própria intenção e imanente teleologia, é incompleta e, portanto, carece de integração, e quando sua integração não contradiz uma limitação (a determinados factos previstos) porventura querida pela lei. O mesmo se pode exprimir dizendo que se tem de tratar duma incompletude contrária ao plano do legislador”¹⁹. (PRADO, 1999: 283).

Sendo a analogia, portanto, aceita na interpretação da norma penal a favor do acusado, é claro que pode ser utilizada em relação às normas penais não incriminadoras, tais como as relativas a situações de atenuação ou exclusão da pena. “É quase pacífico o entendimento quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não incriminadoras gerais (ex: excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes). Aliás, Carrara já lecionava que as normas eximentes ou escusantes podiam ser estendidas, por analogia, de caso a acaso. Evidente assim sua admissão sempre *in bonam partem* para as normas penais não incriminadoras gerais.” (PRADO, 1999: 287)

Na mesma linha, ANÍBAL BRUNO afirma que o princípio da exigibilidade de conduta diversa, como 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 verdade, são verdadeiras lacunas na lei, que a analogia vem cobrir pela aplicação de um princípio latente no sistema legal. É a analogia *in bonam partem*, que reconhecemos como tendo aplicação no Direito Penal.” (BRUNO, 1984: 102)

¹⁸ Permito-me aqui discordar do autor quanto ao alcance dessa incompleição, que, a meu ver, restringe-se à lei positiva. O sistema, como um todo, que inclui não só a norma positivada, mas todo o arcabouço de princípios norteadores, é completo. A lacuna que existe na lei positiva, inexistente no sistema jurídico, pois o que a lei escrita não prevê, é regulado, ainda que indiretamente, por um princípio ou costume aceito juridicamente. [nota minha]

¹⁹ Citação, por LUIZ REGIS PRADO, da obra de LARENZ. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, C. Gulbekian, 1969: 436-37.

Acrescento aqui mais um argumento à aceitação de uma interpretação extensiva às causas de exclusão da culpabilidade previstas no Código. Não se trata, simplesmente de suprir lacuna na lei. Como dito, a lacuna da lei não significa lacuna no sistema jurídico. A lei penal enumera expressamente certas situações exculpantes, mas o nosso sistema jurídico como um todo é repleto de valores e princípios que não só a lei deve respeitar e a eles se compatibilizar, como também o juiz deve por eles se orientar quando da formação do juízo de reprovabilidade. Assim, mesmo quando a lei penal positiva não prevê determinada situação exculpante, deve o magistrado buscar, por interpretação extensiva, nos princípios e valores eleitos por nosso sistema penal de responsabilidade subjetiva, os fundamentos do afastamento da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

4.3. A necessidade de cautela na aplicação do princípio

Vale ressaltar que, como toda interpretação extensiva, a aplicação direta do princípio da inexigibilidade de conduta diversa ao caso concreto, como causa geral de afastamento da culpabilidade, deve ser feita com o devido cuidado. Como bem nos alerta ANÍBAL BRUNO,

O emprego do princípio com esse caráter exige um seguro critério seletivo. Se o reconhecimento da não exigibilidade como causa geral de exculpação abre espaço no sistema penal àquele movimento de justiça que ajusta a prática punitiva a exigências de humanidade e 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, com a consequência de enfraquecer a necessária firmeza do Direito Penal. Além disso, os casos que justificam de maneira mais clamante a aplicação do princípio já se encontram tipificadas no Código, e verdadeiramente, fora dessas hipóteses, não há de ser sem rigorosa cautela que se admitirá o

poder de exculpação do princípio da não exigibilidade. Não é que deliberadamente só por exceção se deva aplicar o princípio. Mas excepcional é, na realidade, o aparecimento de casos em que, de fato, fora da tipificação da lei, se possa dizer que, razoavelmente, e tendo em vista os fins do Direito Penal, não era exigível do agente um comportamento conforme à norma.²⁰

BRUNO, ainda alertando sobre a necessidade de cautela no emprego do princípio da inexigibilidade para além das situações expressas na lei, comenta casos penais que foram objeto de discussão pela doutrina da primeira metade do séc. XX, mais precisamente o caso da jovem siciliana²¹ e o da *Klapperstorch* (cegonha)²². Defende o autor que não poderia ser aplicado o princípio da inexigibilidade nesses dois famosos casos, pois não estaria configurada circunstância na qual o agente não poderia ter agido de outro modo.

O princípio de não exigibilidade, se aplicado com tal indiscriminação, adquiriria amplitude incompatível com os fundamentos do Direito Penal, resultando, por fim, um critério anárquico, contrário à necessária segurança da ordem jurídica. [...] 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 anticomunista firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal.²³

4.4. Jurisprudência

Há decisões de tribunais que já admitiram a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da

²⁰ BRUNO, 1984: 103.

²¹ Caso da jovem siciliana, referenciada por FREUDENTHAL, que matou o tio e a tia, sendo absolvida pelo Tribunal com base na alegação de inexigibilidade de conduta diversa. O tio tornara-se seu amante, com consentimento da tia. Mais tarde, casada, a jovem é abandonada pelo marido, após este ser informado, pela tia, da relação incestuosa (ver BRUNO, 1984: 105).

²² Caso da *Klapperstorch* (cegonha): parteira oficial de distrito de mineiros fraudava registros de nascimento, atribuindo a data de nascimento a dia útil para possibilitar a concessão de férias, pela empresa, aos pais, no dia do nascimento. A ré alegou não poder agir de forma diferente, devido a sua precária situação financeira, e a necessidade de sustento de si mesma e dos filhos (ver BRUNO, 1984: 105).

²³ BRUNO, 1984: 105.

culpabilidade, ainda que em circunstâncias restritas e excepcionais, como bem tem que ser. Assim foram, por exemplo, decisões da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial (REsp 2492/RS)²⁴ e de *Habeas Corpus* (HC 12917/RJ²⁵ e HC 16865/PE²⁶).

A admissibilidade da causa supralegal de exclusão da culpabilidade também é aceita em outro acórdão do TJSP:

Destarte, não havia como impedir a apresentação da tese da inexigibilidade de outra conduta; de impedir que os jurados a examinassem. Assim porque ela representa um “verdadeiro princípio de Direito Penal”; porque ela está implícita no nosso Código Penal; porque não se afasta a possibilidade de existir lacuna no Código, ao não prevê-la expressamente. Conseqüentemente, afastá-la, impedir o seu exame pelo juiz natural do processo, representaria violação ao princípio constitucional da ampla defesa.²⁷

²⁴ REsp 2492/RS. Rel. Min. Assis Toledo. Quinta Turma. Julgado em 23/05/1990. Ementa: 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.

²⁵ HC 12917/RJ. Rel. Min. Jorge Scartezini. Quinta Turma. Julgado em 18/09/2001. 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).

²⁶ HC 16865/PE. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 09/10/2001. 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.

²⁷ Relatório do Des. Oliveira Passos, na Apelação Criminal nº 248.000-3/0 (SP). O voto do Des. Pereira da Silva, no mesmo acórdão, também defende a admissibilidade: “São admissíveis causa supralegais de excludente de culpabilidade, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência (cf. ata da sessão de julgamento).”

O próprio Ministério Público também tem reconhecido a tese da existência de causas supralegais de exclusão da punibilidade. Em apelação criminal perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Procurador de Justiça, apesar de pedir a condenação do réu no caso (pois pertence ao réu o ônus da prova da existência de circunstância que afaste a exigibilidade de conduta conforme ao direito, e tal não foram apresentada pela defesa) admite em suas argumentações que

Por mais prudente que fosse o legislador, não poderia prever todos os casos a justificar a exclusão da culpabilidade, equiparáveis ao erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica e inimputabilidade ... sendo mesmo possível a existência de fato, não previsto, mas que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito. Conduta não-culpável, por inexigibilidade de outra, não pode ensejar punição do agente, pois inexistente pena sem culpa...²⁸

5. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE, POR INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA

Nosso código penal traz expressas três situações de afastamento da pena, em decorrência da inexigibilidade de conduta diversa: a coação irresistível e a obediência hierárquica previstas no art. 22, e o estado de necessidade previsto no art. 24.²⁹

²⁸ Tese do Dr. Luiz Antonio Cardoso, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal nº 233.644-3/4-00. O pedido de condenação se baseou não na inadmissibilidade da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da punibilidade, mas na ausência de provas que demonstrassem situação fática justificadora da aplicação do princípio.

²⁹ O estado de necessidade, previsto no art. 24 do CP, na opinião da maioria da doutrina, é classificado como causa de exclusão da ilicitude, e não da culpabilidade. Tal diferença de

Como, nossa legislação penal infraconstitucional não prevê expressamente a adoção direta, no caso concreto, do princípio da inexigibilidade de outra conduta, quando há essa aplicação, sua base é doutrinária e constitucional. Da doutrina, vem sob o suporte da teoria da culpabilidade e suas conseqüências. Da Constituição Federal, aproveitam-se, entre outros, os princípios da ampla defesa e da individualização da pena.

A falta de previsão, no nosso Código Penal, de uma causa de exclusão genérica da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, é decisão de Política Criminal. Assim também o é, a regra do artigo 28, I, do CP, de que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal.

Cabe aqui relembrar o que se entende por Política Criminal, que nada mais é que “a arte ou a ciência de governo com respeito ao fenômeno criminal” (ZAFFARONI, 1999: 132), ou, mais precisamente, “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. (idem)

Assim, o Estado democrático, ou, portanto, o povo, através de seus representantes parlamentares, num dado momento, elegeu a opção de não se aceitar uma causa genérica de exclusão da culpabilidade, restringindo o instrumento excludente apenas àqueles expressamente previstos na lei como situações excepcionais que afastariam a punibilidade; e, indo mais além, colocaram também no Código, menção expressa à emoção e a paixão como

classificação não gera conseqüências para a análise feita neste capítulo, que se concentra na inexigibilidade de conduta diversa, seja por causas objetivas, seja por causas subjetivas.

elementos que em nenhuma hipótese poderiam isoladamente provocar a exclusão da culpabilidade.

Contudo, podemos nos socorrer da definição dada por ZAFFARONI, na parte em que lembra fazer parte da Política Criminal criticar os valores e caminhos já eleitos, para afirmar a necessidade de se revisar as regras atuais do CP, as quais, veremos, representam verdadeira incoerência no atual sistema penal adotado no Brasil.

É fundamental entender que a lei traduz uma escolha, e essa escolha teve por fim a tutela de um determinado bem jurídico. A interpretação da lei não pode, portanto, abdicar da análise da escolha e da tutela específica do bem jurídico que justificou essa escolha. Essa interpretação teleológica deve sempre estar presente no exame da lei, quando de sua aplicação ao caso concreto. Dessa forma, não pode mais ser admitida a interpretação da lei penal, dissociada dos princípios constitucionais e da análise dos fins da norma e do bem jurídico que esta busca proteger. Se há um século atrás, justificou-se a ampliação das causas excludentes da pena, com base na crença em uma culpabilidade essencialmente psicológica, e, mais tarde, justificou-se a restrição dessas hipóteses, dessa vez baseado no excessivo número de ocorrências de impunidade, mormente em crimes passionais, agora, no início do século XXI, uma nova realidade social, caracterizada por enormes avanços no campo da psicologia e da medicina psiquiátrica, e, ainda, por uma muito maior transparência nas decisões judiciais, justifica nova guinada no rumo do tratamento das causas de exclusão da culpabilidade.

A mudança de rumo não começa necessariamente, pela reescrita na norma positiva. Em verdade, normalmente a alteração no texto legal ocorre como consequência da anterior mudança do pensamento doutrinário e jurisprudencial. A cisão verificada hoje na doutrina e na jurisprudência, com relação à admissão ou não das causas supralegais de exclusão da culpabilidade, fatalmente deixará sua marca na lei penal, pois está é viva, porosa, absorve a realidade social e o comportamento dos aplicadores do direito.

Vejamos a atitude de parte da magistratura em interpretar extensivamente, por exemplo, a expressão “por lei” na regra do inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal, admitindo a formulação de quesitos ao júri, referentes a situações fáticas não expressamente colocadas pela lei positiva, as quais poderiam levar à conclusão da existência da inexigibilidade de conduta diversa, por parte agente. Essa é uma atitude a qual nos leva a deduzir que a Política Criminal já mudou. As motivações ideológicas que levaram o magistrado àquela interpretação extensiva, são demonstrações da correlação existente entre o saber penal e a política (ideologia). ZAFFARONI analisa muito bem a questão:

A política criminal se projeta até o saber do penal, enquanto proporciona o componente teleológico interpretativo. Mas não termina aí a vinculação entre os dois âmbitos. O saber penal também interpreta o seu objeto de conhecimento conforme uma ideologia que está necessariamente vinculada à política, pois suas interpretações tendem a traduzir-se em soluções para casos concretos, que são soluções dadas por um poder do Estado, isto é, atos de governo ou, o que é o mesmo, atos de decisão política. O jurista que ignore essa característica iniludível de seu saber e pretenda atribuir a ele uma assepsia política, ao estilo de algumas correntes em voga nos anos 50, dará lugar a uma esplêndida ilusão de dolorosas consequências. O compromisso ideológico (político) do penalista é iniludível e se não quer comprometer-se, ainda assim se está comprometido, como quem faz prosa sem saber. [...] *Em definitivo, a real proposta político-criminológica é feita pelo saber penal, ao tentar a interpretação coerente das decisões político-legislativas, a qual irá fundamentar a solução dos*

*casos concretos como projetos de decisões político-judiciais.*³⁰
[grifo do autor]

A resistência à plena utilização do princípio da inexigibilidade, seja na elaboração da lei penal, seja na atividade jurisdicional, tem justificativa muito maior no temor no aumento da impunidade do que propriamente em razões científicas. “Hoje, a inexigibilidade de conduta diversa, como fundamento geral supralegal de exculpação é amplamente admitida nos crimes de imprudência e de omissão de ação³¹, mas ainda excluída dos crimes dolosos de ação, sob alegação de criar insegurança jurídica” (CIRINO DOS SANTOS, 2005: 203). “Entretanto, o reconhecimento progressivo de novas *situações de exculpação* fundadas na *anormalidade* das circunstâncias do fato e, conseqüentemente, no princípio geral de *inexigibilidade de comportamento diverso*, parece tornar cada vez mais difícil negar à *exigibilidade* a natureza geral de fundamento *supralegal* de exculpação, como categoria jurídica *necessária* ao direito positivo vigente.” (idem: 250).

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 2^a. ed. São Paulo: RT, 1999.

³¹ Provavelmente por se tratarem de crimes de menor pena, e, portanto, de menor *risco* à justiça.

CAPÍTULO IV O TRANSTORNO MENTAL NÃO-PATOLÓGICO

Nosso direito, adota o critério biopsicológico para a determinação da imputabilidade penal, tornando absolutamente inimputáveis os menores de 18 anos de idade e os retardados ou deficientes mentais graves.

Ora, se a doença mental crônica, por eliminar no agente a capacidade mínima de entendimento do caráter ilícito de sua conduta ou a capacidade de se autodeterminar, afasta-lhe a culpa, como não admitir que tal incapacidade possa surgir apenas temporariamente, não por doença, mas por distúrbios graves e transitórios da consciência, verdadeiras insanidades temporárias, que da mesma forma impedem que o agente possa ter noção dos seus atos ou comandá-los de forma consciente.

O legislador reservou para si a regulamentação dos mencionados casos especiais, em que se deva dar relevância aos estados emocionais, considerados, o mais das vezes, componentes ou fatores motivacionais do comportamento, para efeito tão-somente de atenuação da pena ou do grau de culpa” (TOLEDO, 2002: 337).

Fato é que nossa lei penal infraconstitucional, na sua atual configuração, só atribui força exculpante ao transtorno mental de caráter permanente e patológico. Ou seja, não diagnosticada a doença mental, não há que se falar em afastamento da imputabilidade. Por outro lado, nosso sistema adota declaradamente a responsabilidade subjetiva pelo fato delituoso, ou seja, não há crime sem culpa e não há culpa meramente objetiva. Em outras palavras,

não só o agente deve agir com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, mas também se deve poder exigir do agente uma conduta conforme ao direito.

A questão quanto à necessidade do elemento *exigibilidade de conduta diversa*, para caracterização da punibilidade, está, portanto, superada no nosso sistema. Se o agente não podia ter agido de outra forma, não há responsabilidade criminal. O problema, na verdade, está na limitação causada pela enumeração expressa na lei, das situações nas quais inexistente tal *exigibilidade*.

1. A EMOÇÃO E A PAIXÃO

Conforme nos lembra ANÍBAL BRUNO, “a emoção e a paixão constituem também um problema no campo da imputabilidade” (1984: 159).

Sem dúvida, a emoção é um dos mais complexos objetos de estudo das ciências médicas e psicológicas. Seu conceito é formulado por várias teorias. Segundo a *teoria intelectualista*, a emoção representa uma consequência do estado psíquico afetivo; a *teoria somática*, ou *fisiológica*, relaciona a emoção não a estados psíquicos, mas sim a variações fisiológicas; a *teoria endocrinológica* atribui a origem da emoção à ação de certos hormônios liberados pelas glândulas endócrinas do nosso organismo, os quais agem diretamente sobre o sistema nervoso central, aumentando-lhe a sensibilidade; os psicanalistas, por sua vez, vinculam a emoção à expressão dinâmica, consciente ou inconsciente, de um instinto.³²

A paixão é forma continuada e duradoura de emoção. Enquanto a emoção é passageira, caracterizando-se por uma excitação momentânea, às

vezes violenta, explosiva, a paixão é um sentimento que “se cristaliza em outros mais profundos, como o ódio, o ciúmes, a vingança, o fanatismo” (SABINO JÚNIOR, 1967: 252).

A emoção, em sua fase inicial, pode ser dominada, quando se apresenta um forte motivo, como a possibilidade de uma reação do adversário, ou o temor de conseqüências punitivas” (SABINO JÚNIOR, 1967: 252). Todavia, a intensidade da emoção pode ser de tal grandeza que ultrapasse a capacidade do indivíduo de contê-la, fugindo ao seu controle, anulando-lhe os freios inibitórios e sua capacidade de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se conforme esse entendimento.

Os estados emotivos, embora reconhecidamente criem um estado de perturbação mental, com influência sobre a capacidade de entendimento do ilícito e de autodeterminação do sujeito, não são pacificamente aceitos pela doutrina como causas possíveis de exclusão da culpabilidade.

A dificuldade no tratar dessa realidade no mundo jurídico, por vezes tem levado o legislador à implementação de fórmulas legais incompatíveis com a real complexidade da matéria. Segundo ANÍBAL BRUNO, “a tendência hoje é para trata-lo [o problema da emoção e da paixão no campo da imputabilidade] de maneira um tanto simplista, tendência que vem ao encontro de certas exigências de política criminal. Em geral, reduzem-se aqueles estados psíquicos a uma fórmula esquemática simples, na verdade distinta da realidade naturalista, e então é fácil submete-los a um tratamento uniforme” (BRUNO, 1984: 159).

³² VICENTE SABINO JÚNIOR, 1967: 251-252.

Ora, o tratamento uniforme dado pela lei aos estados emotivos, como bem alerta BRUNO, é incompatível com o próprio conceito de culpabilidade, a qual não se pode dissociar da idéia de circunstancialidade e de individualização do juízo de reprovabilidade. Difícil admitir que poderia a lei, sem ferir o conceito de culpa penal, dar tratamento uniforme à verificação da culpabilidade, dado que esta só pode ser valorada no caso concreto, referente à atuação *daquele* indivíduo, *naquelas* circunstâncias.

Cabe avaliar, portanto, a real dimensão da perda da capacidade de entendimento ou de autodeterminação do indivíduo, decorrente de um estado emocional violento, para por fim, atribuímos a essa perda, efeito exculpante ou meramente atenuante. A doutrina, quanto a esse tema, é divergente. Não há consenso quanto à possibilidade de atribuição de força exculpante a tais estados emocionais, quando não previstos expressamente na lei.

1.1. Doutrina Contrária

Atribuir à emoção e à paixão, caráter de circunstância apenas atenuante, é posição defendida por parte da doutrina, na qual se inclui JOSÉ FREDERICO MARQUES, que assim coloca: “Muito embora entendam alguns que o passional ou o agente que atua sob a ação da violenta emotividade deve ser tido por inimputável, o certo é que o citado preceito de nosso estatuto penal contém medida de política criminal profundamente necessária e que veio, por outra parte, atender a reclamos de nossa consciência jurídica, ante a facilidade com que o júri absolvía com base na emoção e na paixão.” (1997: 235)

MIRABETE, por sua vez, afirma que “o art. 28 seria até dispensável, já que, não tendo caráter patológico nem significando perturbação da saúde mental, a emoção e a paixão não seriam causas excludentes da imputabilidade por não estarem previstas expressamente na lei. Justifica-se, porém, o dispositivo com lembrança e aviso para que não se argumente com a chamada perturbação dos sentidos.” (2000: 219)³³

1.2. Doutrina Favorável

“Escreve MAGGIORE que a emoção é um estado afetivo que, sob uma impressão atual, produz repentina e violenta perturbação do equilíbrio psíquico. [...] A paixão é a emoção permanente e mais intensa (KANT, RIBOT): traduz-se em profunda e duradoura crise psicológica que ofende a integridade do espírito e do corpo” (NORONHA, 1982: 184).

Muitos autores, como JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, defendem a possibilidade de exculpação em decorrência de estados emotivos violentos: “A emoção ou paixão, na lei penal brasileira, não excluem a capacidade de culpabilidade, podendo, somente, privilegiar o tipo injusto ou atenuar a pena. Entretanto, a emoção, como gênero, e a paixão, como espécie do gênero – ou seja, a emoção extremada –, são forças primárias das ações humanas, determinantes menos ou mais inconscientes das ações individuais, cuja inevitável

³³ MIRABETE, nessa obra, apenas descreve a regra legal e defende que as causas exculpantes são apenas aquelas expressamente previstas na lei. Mas não chega a atacar a essência da questão, que é, na verdade, se deveria ser exclusiva do legislador a competência para eleger em tese, ou também do juiz para verificar em concreto, as hipóteses circunstanciais em que a culpa deve ser afastada.

influência nos atos psíquicos e sociais do ser humano precisa ser compatibilizada com o princípio da culpabilidade, em futuros projetos político-criminais brasileiros.” (2005: 218-219).

No mesmo sentido, ANÍBAL BRUNO, segundo o qual, “é certo que estes estados [emotivos] extremos são casos de exceção. Mas existem, e dentro da lógica do sistema o Direito não deveria ignorá-los” (1984: 160). O autor prossegue:

O assunto é realmente delicado, e as conseqüências a que conduziu, no nosso Direito anterior, a referência à perturbação dos sentidos e da inteligência constituíram severa advertência ao nosso legislador. De fato, são razões de política criminal, a necessidade de assegurar mais fortemente a disciplina social por meio de mais severa repressão dos fatos puníveis, que justificam, tanto aqui como na embriaguez não preordenada, a brecha que a lei abre no sistema punitivo baseado na culpabilidade. Estamos diante do conflito entre a lógica jurídica e as exigências práticas da disciplina penal, a que se referem alguns autores.³⁴

BRUNO cita, ainda, o Prof. JIMÉNES DE ASÚA, que inclui a violentíssima paixão e a justa dor entre os estados “*que pueden hacer irresponsables a los hombres*” (ASÚA, 1945: 436).³⁵

Também é possível enxergar a defesa do efeito exculpante da emoção violenta em ROXIN, que considera situação de inculpabilidade, aquela na qual “uma pessoa em si intelectualmente normal, num arroubo de emoção, perde todas as instâncias de controle psíquico e, com elas, a capacidade de autodeterminar-se. [...] a norma não alcança o seu aparato de determinação psíquica”. (ROXIN, 1999: 52).

³⁴ BRUNO, 1984: 161, nota 8.

³⁵ Idem.

1.3. A Regra do Código Penal Brasileiro

Há controvérsias acerca da propriedade da regra do art. 28, I, no nosso sistema penal. O problema está no fato desse preceito verdadeiramente engessar a atuação do juiz no caso concreto, negando-lhe a capacidade de aplicar plenamente o princípio da individualização da pena. Observa-se, portanto, uma regra de cunho objetivo de atribuição de pena, num sistema declaradamente subjetivo³⁶.

Ao estabelecer a regra de que a emoção e a paixão não excluem a culpabilidade, nossa lei, por motivos mais práticos que científicos, nega o fato de que

a perturbação de alto grau de consciência constitui-se em circunstância que afeta a racionalidade do atuar humano. Fatores endógenos e exógenos atuam como estimulantes a inabilitarem o indivíduo a conhecer, querer e autodeterminar-se. A paixão e a emoção, absorventes, não patológicas, não provocadas, intencional ou culposamente pelo agente, constituem-se em estados graves de perturbação da consciência, propiciando, desta arte, o reconhecimento da inimputabilidade.³⁷

Parece clara a afronta da regra do art. 28, I, em relação ao princípio da culpabilidade adotado, em tese, por nosso sistema penal. Trata-se de exceção que falta ser extirpada de nossa legislação, como bem denuncia o Prof. KOERNER: “Efetivamente, ainda hoje, insiste-se em não proscrever a responsabilidade objetiva ou sem culpa dos domínios da legislação punitiva, apesar de os homens

³⁶ Item 3 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1969: “se quis ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da culpa, que visa proscrever toda a forma de responsabilidade objetiva”. Item 11: “dando aplicação ao princípio básico da inexistência de responsabilidade penal sem culpa, o princípio *nullum crimen, nulla poena, sine culpa* é uma das constantes do projeto e sua significação exegética não deve ser esquecida.” Item 18 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP (Lei 7209/84): “O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto.”

³⁷ ROLF KOERNER JUNIOR, em proposição feita no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 20/11/1995.

das leis lançarem-se a afirmações, dentre outras, de que o princípio do *nullum crimen, nulla poena, sine culpa* estaria resguardado em toda a sua plenitude”.³⁸ Trata-se de “mito da ciência penal, especificamente o de que as perturbações graves e não patológicas da consciência, ao envolverem o agente com a Justiça Criminal, não o eximem de censura”.³⁹

Luís Greco refere-se ao inciso I do artigo 28 como “de duvidosíssima, se bem que poucas vezes discutida, constitucionalidade”.⁴⁰

Aceitar a perturbação psíquica de caráter não patológico é decisão de política criminal tão controversa, que levou NELSON HUNGRIA a emitir diferentes e opostas opiniões sobre a questão. O Ministro referiu-se ao “famigerado” parágrafo quarto do art. 27 do Código de 1890⁴¹, como “chave falsa com que se abria, sistematicamente, a porta da prisão a réus dos mais estúpidos crimes”, e, ainda, “uma das razões máximas da ineficiência do primeiro código republicano, porque se tornou uma prévia garantia de impunidade aos mais brutos e feros delinqüentes”. (Comentários, 1978: 380-382). Por outro lado, o próprio NELSON HUNGRIA, aceita a excludente decorrente de perturbação psíquica não patológica quando redige o artigo 19 do projeto de Código Penal Tipo para a América Latina: “Não é imputável quem, no momento da ação ou omissão, não possuía, em virtude de enfermidade mental, de desenvolvimento psíquico incompleto ou

³⁸ ROLF KOERNER JUNIOR, em proposição feita no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 20/11/1995.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Em nota de rodapé em sua tradução do estudo de Roxin: *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal*. (trad. Luís Greco). In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, nº 46, JAN-FEV/2004. São Paulo: RT, 2004. p. 52, Nota do Tradutor nº 2.

⁴¹ CP/1890, “Art. 27 - Não são Criminosos: ... §4º - Os que se acharem em estado de completo privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime.”

retardado ou de *grave perturbação da consciência*, a capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão”.

Inexiste, deduz-se, critério único, lógico, racional, científico, para a decisão tomada por nosso legislador. O sistema biopsicológico falha, precisamente, ao misturar elementos de diferentes naturezas. Ora, o verdadeiro critério para afastar-se a pena quando falta a autodeterminação do agente, vem da essência da teoria da culpabilidade. Afasta-se a pena, quando impossível exigir do sujeito conduta diversa, pois se verificou que esse sujeito não tinha pleno controle sobre seus atos. Todavia, a lei penal acrescenta a esse elemento puramente psicológico, outro, de natureza diversa, orgânico, biológico, qual seja, a doença mental preexistente. Ora, a culpabilidade restaria afastada em decorrência da simples incapacidade de compreensão ou de ação conforme essa compreensão, pois este é o núcleo da culpabilidade. Acrescentar-se a isso, a exigência da enfermidade mental é prescrever em tese qual a situação objetiva na qual essa incapacidade poderia existir. Em outras palavras, a lei nos diz quando o sujeito teve ou não essa capacidade.

Tal constatação, qual seja, se o sujeito era ou não capaz de entender e agir conforme seu entendimento, não cabe à lei em tese, mas sim ao juiz, no caso concreto, servindo-se não da opinião do legislador, que desconhece o fato concreto, mas do cientista afim, médico ou psicólogo, estes sim, os únicos capazes de avaliar aquele acusado e sua ação ou omissão.

Não seria necessário, portanto, incluir a emoção e a paixão, expressamente, como causas excludentes da pena, ao lado do erro, coação irresistível, obediência hierárquica, estado de necessidade, legítima defesa, estrito

cumprimento de dever legal e exercício regular de direito; pois estaríamos apenas aumentando o rol, a meu ver, exemplificativo, do nosso código. Decerto, seria necessário extirpar a regra do artigo 28, inciso I, mas apenas isso, pois os princípios constitucionais da ampla defesa e da individualização da pena, assim como o princípio da culpabilidade e da inexigibilidade de conduta conforme ao direito, por si só, seriam necessários a autorizar o Poder Judiciário a avaliar a incidência, no fato concreto, de uma causa supralegal de exclusão da pena. A proposta de inserção da violenta emoção em seguida a injusta provocação da vítima, mesmo que desnecessária, pelos motivos expostos, todavia, mal não faz, servindo de lembrete, ao juiz, de que tais estados emotivos podem vir a incapacitar homem, ainda que momentaneamente, ofuscando-lhe o discernimento e cortando-lhe os freios inibitórios.

Nessa linha de pensamento, temos a opinião do Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS:

A *emoção* ou a *paixão*, na lei penal brasileira, não excluem a capacidade de culpabilidade, podendo, somente, privilegiar o tipo de injusto ou atenuar a pena. Entretanto, a *emoção*, como gênero, e a *paixão*, como espécie do gênero – ou seja, emoção extremada –, são forças primárias das ações humanas, determinantes menos ou mais inconscientes das ações individuais, cuja inevitável influência nos atos psíquicos e sociais do ser humano precisa ser compatibilizada com o princípio da culpabilidade, em futuros projetos político-criminais brasileiros.

Na verdade, a dinâmica de formação, agravação e descarga agressiva de *emoções* ou *afetos* representa grave perturbação psíquica não-patológica que, assim, como outras situações extremas de *esgotamento* ou *fadiga*, pode *excluir* ou *reduzir* a capacidade de culpabilidade, como prevê, por exemplo, a legislação penal alemã. Atitudes de repressão intransigente às pulsões fundamentais do homem parecem inadequadas: as manifestações da afetividade humana devem ser avaliadas no

contexto das aquisições da moderna psicologia, que o sistema de justiça criminal não pode ignorar.⁴²

Já houve a tentativa de alterar a regra do artigo 28, inciso I, do nosso Código. Foi apresentado no plenário da Câmara dos Deputados, em 11 de abril de 1995, projeto de lei de autoria do Deputado Federal MARQUINHO CHEDID (PSD/SP), o qual acrescentaria, ao art. 23, o inciso IV: “em estado de violência emoção ocorrida imediatamente após a prática de homicídio, lesões corporais ou tortura psicológica, praticados contra si ou terceiros”. O projeto, contudo, foi arquivado⁴³ em 11 de março de 1996, a despeito da defesa em prol de sua aprovação, realizada, à época, no âmbito do Egrégio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, pelo conselheiro Prof. ROLF KOERNER JUNIOR.

Curiosamente, apesar de não aceita ainda pelo legislador, a tentativa de inserir em nossa lei penal regra dessa natureza, é ainda mais antiga. Em 1970, ALCIDES MUNHOZ NETTO já a havia proposto.

Entre as causas de inimizabilidade, previstas pelo art. 31 do novo Código Penal [de 1969], deve ser incluída a grave perturbação de consciência. [...] Independentemente das modificações legislativas acima sugeridas, é recomendável que os juízes e tribunais, na aplicação do novo Código, reconheçam, fundados em seu art. 18, isenção penal em favor de quem, por grave perturbação de consciência, não tenha, no momento da ação ou omissão, condições de prever (caso fortuito), ou de eximir-se da prática do crime (força maior).⁴⁴

Seguindo a orientação da melhor doutrina, algumas legislações penais já avançaram. Nos resta seguir, na lei penal pátria, esse mesmo caminho. Nos dizeres do Prof. ROLF KOERNER JUNIOR:

⁴² JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Op. Cit.: 218-219.

⁴³ Estranhamente, o parecer da Subcomissão Especial de Matéria Penal, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, foi pela injuridicidade e falta de técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição.

⁴⁴ ALCIDES MUNHOZ NETTO, 1970: 143.

A influência da emoção e da paixão sobre o homem vem sendo estudada há muitos anos. Clássicos (p.e., CARRARA) e positivistas (p.e., FERRI) com ela se preocuparam, levando-me à crença de que, hoje, torna-se inadmissível atribuir aos estados emotivos e passionais soluções simplistas e draconianas, a exemplo das adotadas pela legislação brasileira, em distonia com a de outros países. Por exemplo, na Alemanha (CP, §20), na Argentina (art. 34) e Espanha (art. 8º, I), além do Código Penal Tipo para a América Latina (art. 19), sob o *nomen juris* de graves perturbações da consciência, de estados de inconsciência ou de transtornos mentais transitórios, amplia-se, em bases científicas, o elenco de hipóteses ao reconhecimento da imputabilidade penal, não restrita, apenas, aos casos patológicos de afetação do querer e do entender humanos.⁴⁵

O aperfeiçoamento do sistema faz-se mister, não só porque a sociedade evoluiu desde o CP de 1940, mas porque as ciências, mormente as ciências médicas e psicológicas, também evoluíram, e hoje permitem uma análise mais precisa do real estado psíquico que acometia o sujeito no momento da realização do fato delituoso. Tornou-se possível separar, tal qual joio, do trigo, a argumentação falaciosa, da comprovada perda momentânea da consciência e do controle sobre os próprios atos. O medo simplista da impunidade não pode mais justificar a afronta aos princípios do *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*, da ampla defesa, da individualização da pena e, porque não dizer, do juiz natural, posto que o juiz é o juiz, não a lei. Aquele é que julga. A lei não julga.

O Prof. JOÃO MESTIERI conclui sobre a questão:

Ora, o problema, como é bem de ver, não se resolve pela simples desconsideração da emoção e da paixão, negando-se-lhes eficácia no plano da imputabilidade; se há dificuldade de estabelecer, com maior precisão, o conteúdo e natureza desses estados, aprimore-se a ciência. Se, por outro lado, a pesquisa empírica judiciária é deficiente ou superficial, permitindo absolvições inaceitáveis, aprimore-se o sistema, a técnica judiciária. Mas, simplesmente, negar efeitos a realidades tão importantes como a emoção e a paixão, é comportar-se com a avestruz diante de uma situação de perigo. Aqui, o perigo é a

⁴⁵ ROLF KOERNER JUNIOR, em proposição feita no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 20/11/1995.

nossa ainda superlativa ignorância dos fenômenos da alma humana.⁴⁶

A opinião da melhor doutrina, como se verifica, caminha no sentido da busca de soluções à problemática da emoção e da paixão, que atendam aos princípios da responsabilidade subjetiva e da individualização da pena, transferindo da lei para juiz a competência para avaliar, no caso concreto, com o auxílio de perícia médica adequada, se estão presentes circunstâncias que excluam a culpa, com base na inexigibilidade de conduta diversa.

⁴⁶ MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal I*. 1999. pp 178-179.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emoção e a paixão, e suas conseqüências no direito penal: poucos temas carregam em si tanta controvérsia e tanto apelo. Crimes passionais, reações violentas a provocações injustas, atos de desespero que constituem condutas típicas, enfim, o agir humano sob o efeito de estados emotivos violentos, o agir cego, inconsciente. Quando, ou seja, em que circunstâncias, enxergar em tais condutas típicas, os elementos da compreensão do injusto e da capacidade de autodeterminação necessários ao juízo de culpabilidade?

O artigo 28, inciso I, do Código Penal Brasileiro em vigor, tenta responder a questão de maneira simples, afirmando que a emoção e a paixão não excluem a culpa. Tal simplificação acaba por ferir princípios basilares do nosso direito penal, como o da culpa (como requisito à punibilidade), o da ampla defesa, e, podemos dizer, o do juiz natural. A regra em debate retira do juiz a competência para avaliar a real capacidade de compreensão e autodeterminação do agente, posto que a condição emocional do indivíduo, apesar de unanimemente aceita como de enorme influência sobre sua capacidade sensitiva e intelectual, não pode, por força do art. 28, I, ser levada em conta no exame de sua culpabilidade.

Apesar do reconhecimento, por parte respeitável da doutrina, e até por alguns julgados dos tribunais, de que a inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exculpação, o fato é que diante da regra do art. 28, I, do Código Penal, o juiz constrange-se em aplicar o princípio ao caso concreto quando a

defesa argumenta a seu favor a perda da capacidade intelectual do agente em decorrência do domínio da violenta emoção ou paixão.

Ou seja, não é apenas a questão da admissão da existência de causas supralegais de afastamento da culpabilidade, mas, também, da eliminação de regra que impede a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa ao caso concreto, nos casos em que o estado emotivo violento frustra o agente de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se conforme esse entendimento.

Poderia nosso legislador, seguindo o que já foi feito na lei penal de alguns países, como visto, incluir regra específica sobre a violenta emoção ou a paixão, ou, genericamente, sobre a exculpação com base no transtorno mental transitório ou grave perturbação da consciência, de acordo com a proposta de parte doutrina. Mas o temor de abertura de brecha no sistema que pudesse ser utilizada como via de impunidade poderia, sem maior prejuízo, levar o legislador a uma segunda alternativa, menos arriscada, mas de grande valia, qual seja, a da simples revogação do inciso I do artigo 28 do CP, o que permitiria a aplicação ao caso concreto dos princípios que informam o juízo de culpabilidade.

A adequação de nossa legislação penal a uma nova realidade social e uma nova época, na qual a evolução das ciências médicas e psicológicas já permite uma melhor avaliação do estado psíquico do agente quanto à sua capacidade de entendimento e de autodeterminação no cometimento do delito, se faz necessária para que se transfira de vez, da lei para o magistrado, a competência para a emissão do juízo de culpabilidade.

Seja qual for a opção escolhida pelo nosso legislador, dentre as diversas aqui ventiladas, faz-se mister a extirpação do nosso regramento penal, da regra do inciso I do artigo 28 do Código, de flagrante inconstitucionalidade, por representar verdadeiro atentado ao nosso sistema penal baseado na responsabilidade subjetiva.

BIBLIOGRAFIA

- ASÚA, Jiménes de. *La Ley e el delito*. Caracas: 1945.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Culpabilidade, Conceito e Evolução*. In Revista dos Tribunais, ano 84, Outubro de 1995, Vol. 720. São Paulo: RT, 1995.
- BRANDÃO, Cláudio. *Posição da Culpabilidade na Dogmática Penal*. In Revista de Estudos Criminais, ano IV, nº 16. Porto Alegre: PUCRS, 2004.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo 2º: *Fato Punível*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O Direito Penal Comparado na América Latina*. In Revista de Direito Penal, nº 24. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol I, Tomo II, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KOERNER JUNIOR, Rolf. *Obediência Hierárquica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Os Estados de Perturbação Grave da Consciência; A Emoção e a Paixão e a Legislação Penal*. Estudo em proposição feita no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 20/11/1995.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*. (trad. Jorge Bofill Genzsch). Vol. 1, Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *A Culpabilidade no Novo Código* (Texto apresentado ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em

Recife, de 2 a 8 de agosto de 1970). *In* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, ano 13, nº 13. Curitiba: UFPR, 1970.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1 (Introdução e Parte Geral). 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

PERES, M. F. T. e NERY FILHO, A.: A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde — Manguinhos*, Rio de Janeiro, vol. 9(2):335-55, maio-agosto/2002. Disponível no endereço Internet <http://www.scielo.br>

PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. São Paulo, RT, 1992.

PRADO, Luiz Regis. Argumentação Analógica em Matéria Penal. *In* Ciência Penal – Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM Editora, 1999.

ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal*. (trad. Luís Greco). *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, nº 46, JAN-FEV/2004. São Paulo: RT, 2004.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito Penal*. Vol 1º - Parte Geral. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1967.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VELO, Joe Tennyson. O Juízo de Censura Penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo, RT, 1999.