

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: CAUSA LEGAL E  
SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

CURITIBA  
2008

**ÉRICA SEIBEN**

**INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: CAUSA LEGAL E SUPRALEGAL DE  
EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista em Direito  
Penal e Criminologia pelo Instituto de  
Criminologia e Política Criminal em convênio  
com a Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Antonio Câmara.

**CURITIBA**

**2008**

## SUMÁRIO

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>RESUMO</b>                                                                                  | <b>iv</b> |
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>                                                                       | <b>05</b> |
| <b>2 CULPABILIDADE.....</b>                                                                    | <b>07</b> |
| 2.1 CONCEITO.....                                                                              | 07        |
| 2.2 TEORIA PSICOLÓGICA.....                                                                    | 08        |
| 2.3 TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA.....                                                          | 11        |
| 2.4 TEORIA NORMATIVA.....                                                                      | 12        |
| <b>3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE.....</b>                                                       | <b>14</b> |
| 3.1 IMPUTABILIDADE.....                                                                        | 14        |
| 3.1.1 Emoção e Paixão.....                                                                     | 16        |
| 3.1.2 <i>Actio Libera in Causa</i> .....                                                       | 17        |
| 3.2 POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE.....                                                    | 18        |
| 3.2.1 Teoria Extrema do Dolo.....                                                              | 18        |
| 3.2.2 Teoria Limitada do Dolo.....                                                             | 19        |
| 3.2.3 Teoria Extrema da Culpabilidade.....                                                     | 20        |
| 3.2.4 Teoria Limitada da Culpabilidade.....                                                    | 21        |
| 3.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....                                                      | 22        |
| <b>4 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....</b>                                               | <b>25</b> |
| 4.1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA.....                                                                  | 25        |
| 4.2 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA<br>INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA..... | 29        |
| 4.2.1 Coação Irresistível.....                                                                 | 30        |
| 4.2.2 Obediência Hierárquica.....                                                              | 33        |

4.2.3 Escusa Absolutória do Artigo 348, § 2º do Código Penal.....35

4.3 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA GERAL E SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE.....36

4.3.1 Estado de Necessidade Exculpante.....42

4.3.2 Excesso de Legítima Defesa.....47

4.3.3 Excesso de Legítima Defesa Putativa.....51

4.3.4 Fato de Consciência.....52

4.3.5 Provocação da Situação de Legítima Defesa.....54

4.3.6 Desobediência Civil.....56

4.3.7 Conflito de Deveres.....57

**5 A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E SUA QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI.....59**

**6 CONCLUSÃO.....62**

**REFERÊNCIAS.....66**

## RESUMO

O presente trabalho é constituído por cinco capítulos. O primeiro capítulo é a introdução, onde foram abordados aspectos gerais de todos os temas discutidos. O segundo capítulo é sobre a culpabilidade e foi dividido em quatro tópicos: o conceito de culpabilidade e as teorias psicológica, psicológica-normativa e a normativa. Após a definição do conceito atual de culpabilidade segundo a Teoria Normativa, o terceiro capítulo passa-se a abordar os elementos que integram a culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Na imputabilidade estudam-se as situações de emoção e paixão, *actio libera in causa* e a embriaguez em suas variadas formas. Quanto ao estudo da potencial consciência da ilicitude serão definidas as quatro teorias acerca deste item: Teoria Extrema do Dolo, Limitada do Dolo, Extrema da Culpabilidade e Limitada da Culpabilidade. Por fim, dentro deste capítulo, analisa-se a exigibilidade de conduta diversa. No terceiro capítulo, antes de mais nada, será elaborada uma evolução doutrinária sobre a inexigibilidade de conduta diversa, desenvolvidas as causas legais de exclusão da culpabilidade: coação irresistível, obediência hierárquica e o favorecimento pessoal, passando posteriormente ao elenco das causas supralegais ditadas pela doutrina: estado de necessidade exculpante, excesso de legítima defesa, excesso de legítima defesa putativa, fato de consciência, provocação de legítima defesa, desobediência civil e conflito de deveres. Finalmente, no quinto e último capítulo o enfoque gira em torno da possibilidade de quesitação no Tribunal do Júri sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é realizado com o objetivo de estudar a possibilidade de admissão da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade pela ausência de reprovação na conduta do agente.

Porém, antes de ingressar diretamente sobre o tema anteriormente proposto, faz-se necessário um estudo preliminar e detalhado sobre a culpabilidade e seus demais elementos.

A concepção de culpabilidade sofreu diversas alterações até que se chegasse ao entendimento atual de que culpabilidade é a reprovação do injusto, ou seja, é o juízo de censura sobre conduta típica e antijurídica praticada pelo agente.

Primeiramente a culpabilidade era explicada pela Teoria Psicológica como sendo uma relação psicológica entre o sujeito e a resultado, e era composta por dois elementos psíquicos: o dolo e a culpa, e um pressuposto de culpabilidade que era a imputabilidade. Com o tempo, essa teoria passou a receber demasiadas críticas, sendo substituída pela Teoria Psicológico-Normativa.

Dentro dela a reprovabilidade da conduta foi inserida na análise da culpabilidade, acrescentando outros elementos como exigibilidade de conduta conforme a norma. O dolo e a culpa continuaram como elementos da culpabilidade. Portanto, tal concepção entendia que a culpabilidade possuía três elementos: a imputabilidade, os elementos psico-normativos (o dolo e a culpa), e a exigibilidade de conduta diversa. Esta teoria também possuía alguns equívocos que levaram ao seu abandono.

Com as críticas geradas sobre a Teoria Psico-Normativa, eis que surge a Teoria Normativa, ou também chamada de Teoria Normativa Pura, desenvolvida e finalizada por Hans Welzel, onde dolo e a culpa foram retirados da análise da culpabilidade e foram inseridos no tipo penal, retirando da culpabilidade quaisquer elementos psicológicos, restando apenas uma concepção normativa.

É a partir desta teoria que se passa a compreender a culpabilidade como um juízo de reprovação acerca da conduta praticada pelo agente, e que durante sua análise há necessidade de verificar a existência de três elementos: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

No estudo da imputabilidade, entendida como capacidade de culpabilidade, observaram-se questões interessantes como a emoção e paixão, a *actio libera in*

*causa*, e a embriaguez por caso fortuito ou de força maior, porém sem adentrar em demais debates acerca do tema.

Na potencial consciência da ilicitude se faz necessário a exposição das quatro teorias: a extrema do dolo, a limitada do dolo, a extrema da culpabilidade e a limitada da culpabilidade, fazendo as devidas diferenciações entre elas.

Após o estudo da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude é que é analisado a exigibilidade de conduta diversa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se que a exigibilidade de conduta diversa foi amplamente estudada por Reinhard Frank, que ao analisar as circunstâncias sobre qual foi praticado o ato, concluiu que existem certas situações em que não se pode exigir do sujeito conduta diversa e conforme o direito, não incidindo o juízo de reprovação sobre esta conduta.

Assim, se a censura da conduta do agente é dada em face da possibilidade de realização de comportamento diverso e adequado à lei, é justo que se possa admitir causas supralegais de exclusão da culpabilidade face à inexigibilidade de conduta diversa, quando restar comprovado que o agente não poderia agir de modo diverso, e que o legislador não previu tal acontecimento.

Esta questão é debatida não só dentro da doutrina brasileira com na de diversos países. Para isso, foi realizada uma pesquisa sobre a evolução doutrinária deste tema para melhor contemplá-la dentro do direito penal atual.

Não só se disserta sobre as possibilidades de admissão da inexigibilidade de conduta como causa supralegal, mas também sobre as causas legais admitidas: a coação irresistível, obediência hierárquica e o favorecimento pessoal como escusa absolutória.

É com base nestas diretrizes que este trabalho foi realizado, e como já mencionado, tem a finalidade de estudar a admissão da inexigibilidade de conduta diversa dentro do Direito Penal brasileiro.

## 2 CULPABILIDADE

### 2.1 CONCEITO

A culpabilidade é um dos elementos mais discutidos dentro da teoria do delito. Durante o decorrer do tempo a concepção de culpabilidade veio sofrendo alterações de acordo com a evolução doutrinária.

Atualmente, a doutrina dominante entende que a culpabilidade “é a reprovabilidade do injusto ao autor”<sup>1</sup>, trazendo assim, o conceito de culpabilidade como um juízo de censura da conduta típica e antijurídica praticada pelo agente. Também trouxe a este conceito a exigibilidade de conduta como elemento caracterizador da culpabilidade, onde o injusto penal praticado pelo autor, apenas será reprovado se, dentro das circunstâncias fáticas do injusto, poderia ser exigido do agente comportamento diverso e conforme o direito.

Quanto ao conceito atual de culpabilidade, Juarez Cirino dos Santos entende que:

O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não-justificada de um crime, fundado na imputabilidade como capacidade penal geral do autor, na consciência da antijuridicidade como conhecimento real ou possível do injusto concreto do fato, e na exigibilidade de conduta diversa determinada pela normalidade das circunstâncias do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito normativo de culpabilidade [...].<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 601.

<sup>2</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed., Curitiba: Editora Fórum, 2004, p. 199.

O doutrinador Joe Tennyson Velo, ao conceitua culpabilidade “como o conjunto de elementos psíquicos, anímicos e sócios expressados em um ato ilícito, compreendidos por um sistema penal, e que caracterizam o senso de reprovação que à sociedade exprime em relação ao autor da ação proibida”<sup>3</sup>.

Incorporando a exigibilidade de conduta dentro do conceito de culpabilidade, Zaffaroni e Pierangeli dispõem que “este conceito de culpabilidade é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”.<sup>4</sup>

Na busca pela definição do conceito de culpabilidade, Francisco Muñoz CONDE explicita:

A culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-lo a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não-liberdade. Daí decorre que o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico [...].<sup>5</sup>

Porém, este conceito atual adotado na culpabilidade sofreu mudanças sucessivas até chegar a esta concepção. Basicamente podemos explicar toda a evolução conceitual de tal tema sobre a égide de três teorias diversas.

## 2.2 TEORIA PSICOLÓGICA

---

<sup>3</sup> VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura pena** (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 23.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 602.

<sup>5</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 128/129.

Esta teoria defendeu que a culpabilidade era composta por dois elementos psíquicos: o dolo e a culpa, estando nela presente a relação psíquica do agente com relação ao fato, e “tendo por fundamento a teoria causal ou naturalística da ação”.<sup>6</sup>

De acordo com esta teoria, “a culpabilidade não é mais do que uma descrição de algo, concretamente, de uma relação psicológica, mas não contém qualquer elemento normativo, nada de valorativo, e sim a pura descrição de uma relação”.<sup>7</sup>

Para que um delito pudesse ser imputado ao seu agente, não bastava a conduta objetiva contrária ao ordenamento jurídico, era necessário à relação psicológica entre o sujeito e o resultado.

Os dois elementos que constituíam esta teoria, o dolo e a culpa, eram caracterizados respectivamente pela vontade, intenção do agente de praticar o delito, e pela possibilidade de previsão do resultado. “O desenvolvimento dessas idéias, no decorrer dos séculos, desaguou na elaboração de um conceito dogmático puramente psicológico da culpabilidade, que chegou até nossos dias: *culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso*”.<sup>8</sup>

Dentro desta teoria era entendido que, além do dolo e da culpa, “como pressuposto da culpa jurídico-penal a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável”.<sup>9</sup>

De acordo com Juarez Cirino dos Santos:

[...] o conceito psicológico de culpabilidade é constituído por dois elementos:  
a) A capacidade de culpabilidade (ou imputabilidade), como capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) do aparelho psíquico; b) a relação psicológica do autor com o fato, existente

<sup>6</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** (parte geral). v.1, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 460.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 602.

<sup>8</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 219.

<sup>9</sup> Ibid., p. 220.

como consciência e vontade de realizar o fato típico, ou como causação de um resultado típico por imprudência, imperícia ou negligência.<sup>10</sup>

Falha, porém, tal concepção ao reunir dois elementos completamente diferentes: o dolo e a culpa. “No dolo o fenômeno psicológico realmente está presente, mas na culpa inconsciente não. A culpabilidade nestes moldes estava pressupondo juízos diversos e incompatíveis para um mesmo conceito: um juízo no âmbito da psicologia e outro de natureza ético-jurídica”.<sup>11</sup>

Na análise da culpa inconsciente, onde não há vínculo psicológico entre o agente e a conduta este sistema se tornou incompatível, pois considerava que a culpabilidade era apenas um vínculo mental entre o sujeito e o resultado pelo qual pretendia.

Damásio também neste sentido dispõe que “o erro dessa doutrina consiste em reunir como espécie fenômenos completamente diferentes: dolo e culpa. Se o dolo é caracterizado pelo querer e a culpa pelo não querer, conceito positivo e negativo, não podem ser espécies de denominador comum, qual seja, a culpabilidade”.<sup>12</sup>

O fato é que “os defeitos do conceito psicológico de culpabilidade determinaram seu abandono”<sup>13</sup>, sendo substituída pela teoria psicológica-normativa da culpabilidade.

---

<sup>10</sup> SANTOS, op. cit., p. 201.

<sup>11</sup> VELO, op. cit., p. 29.

<sup>12</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 460. Também dispõe que “não se pode dizer que entre ambos o ponto de identidade seja a relação psíquica entre o autor e o resultado, uma vez que na culpa não há esse liame, salvo a culpa consciente. A culpa é exclusivamente normativa, baseada no juízo que o magistrado faz a respeito da possibilidade de antevisão do resultado”.

<sup>13</sup> SANTOS, op. cit., p. 202. Neste sentido também fundamentou este autor que “a estrutura meramente psicológica do conceito é insuficiente para compreender e valorar situações de anormal motivação da vontade, hoje definidas como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso”.

### 2.3 TEORIA PSICOLÓGICA-NORMATIVA

Esta teoria contrapôs-se à teoria psicológica, tendo como grande fundador o doutrinador Reinhard FRANK que, “analisando o fato da tábua de salvação, percebeu que existem condutas dolosas não culpáveis”<sup>14</sup>, sendo assim acrescentou novos elementos à culpabilidade, principalmente a exigibilidade de conduta conforme a norma.

O dolo e a culpa foram incluídos como elementos da culpabilidade, pois não podiam ser espécies, porém não foram retirados da culpabilidade.

A reprovabilidade da conduta foi agregada à culpabilidade, passando a constituir um dos seus elementos, ao lado da imputabilidade, da culpa e dolo, porém estes relacionados à consciência que o sujeito tinha em relação ao fato delituoso.

Ao lado do fundador desta teoria, James GOLDSCHMIDT alegou que “o fundamento do conceito normativo de culpabilidade deveria ser buscado na diferença que há entre ‘norma jurídica’ e ‘norma de dever’”.<sup>15</sup> Ele relacionava a norma jurídica com o injusto penal e a norma do dever com a culpabilidade. “Coube-lhe o mérito de haver chamado a atenção para a importância que assume na construção da culpabilidade a vontade contrária ao dever”.<sup>16</sup>

Outro grande nome na difusão desta corrente doutrinária foi MEZGER que conceituou a culpabilidade como “conjunto daqueles pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica. A

---

<sup>14</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 460.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 307.

<sup>16</sup> Id.

ação aparece, por isso, como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do agente”.<sup>17</sup>

Quem trouxe de forma substancial a exigibilidade como “elemento diferencial necessário entre culpabilidade e inculpabilidade” <sup>18</sup> foi Berthold FREUDENTHAL onde a culpabilidade é “a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente”.<sup>19</sup>

De acordo com esta teoria psicológico-normativa, os elementos que constituíam a culpabilidade era a imputabilidade, os elementos psico-normativos (o dolo e a culpa), e a exigibilidade de conduta diversa.

Embora esta corrente seja seguida por muitos doutrinadores há de se fazer uma ressalva, esta teoria possui muitos erros encontrados também na Teoria Psicológica.

Um desses erros é que o dolo não foi retirado como elemento da culpabilidade, apenas estando presente ao lado de outros elementos. O dolo era “ao mesmo tempo psicológico e normativo”.<sup>20</sup>

## 2.4 TEORIA NORMATIVA

A partir das críticas à Teoria Psicológica-Normativa formulou-se a Teoria Normativa, também chamada de teoria normativa pura, que foi desenvolvida e finalizada por WELZEL, onde “o dolo e a culpa passaram a localizar-se no tipo, a culpabilidade ficou livre destes componentes que ninguém sabia bem como tratar.

---

<sup>17</sup> MEZGER *apud* BITENCOURT, op. cit., p.308.

<sup>18</sup> *Idid.*

<sup>19</sup> FREUDENTHAL, *apud* BITENCOURT, op. cit., p. 307.

<sup>20</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 310.

Foi só então que se pôde falar de uma verdadeira teoria 'normativa' da culpabilidade".<sup>21</sup>

Surge junto a esta teoria um conceito normativo, que consiste na reprovação da conduta, onde foram retirados todos os elementos psicológicos. Retirou-se o dolo e inclui-o dentro do tipo penal, restando apenas à culpabilidade o juízo de censura acerca da conduta do agente.

Zaffaroni neste ínterim afirma que "para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta, e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo [...]".<sup>22</sup>

Segundo DAMÁSIO, "no juízo de culpabilidade a valoração é feita da seguinte forma: o sujeito devia agir de acordo com a norma porque podia atuar de acordo com ela".<sup>23</sup>

Para que a censurabilidade da conduta fosse aferida foram criados elementos que dão a culpabilidade um conceito graduável, podendo o juiz atingir o grau de reprovação que incide sobre a conduta do agente ao praticar o delito.

Esta teoria elencou 03 elementos que constituem a culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

---

<sup>21</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 605.

<sup>22</sup> Ibid., p. 605.

<sup>23</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 463.

### 3 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

#### 3.1 IMPUTABILIDADE

A imputabilidade é a “capacidade de culpabilidade” <sup>24</sup>, é o primeiro elemento da culpabilidade, “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a pratica de fato punível”. <sup>25</sup>

Para ZAFFARONI, imputabilidade, “em sentido muito amplo, é a imputação física e psíquica, mas nem a lei e nem a doutrina, a utiliza com tamanha amplitude. Em geral, com ela se pretende designar a capacidade psíquica de culpabilidade”. <sup>26</sup>

Tendo a culpabilidade como um juízo de reprovação do fato antijurídico, e o que se reprova é a possibilidade que o agente tinha de agir de modo diverso, não poderá sofrer as conseqüências do fato delituoso o sujeito que não tinha capacidade de conhecer a antijuridicidade de sua conduta e mesmo assim tornou a praticar o ato.

Quando se afirma que a pessoa é imputável em relação a tal fato, afirma-se que o sujeito é responsável pelo fato e passível de censura prevista nos tipos penais, posto que durante a execução do delito o sujeito tinha inteira capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta. Porém não se confunde imputabilidade com responsabilidade, que é um segundo momento onde a pessoa que tem capacidade de culpabilidade (imputável), deverá responder por seus atos praticados.

O homem, quando é livre dentro de suas escolhas, deve ser responsabilizado por suas condutas, conseqüentemente deve sofrer as conseqüências de seus atos. Porém, quem é incapaz de entender e querer de tal maneira é considerado

---

<sup>24</sup> WELZEL, apud BITENCOURT, op. cit., p.323.

<sup>25</sup> Ibid., p. 469.

<sup>26</sup> ZAFFARONI. op., cit. p. 623.

inimputável, ou seja, não possui capacidade de compreensão do caráter ilícito de sua atitude.

Segundo DAMÁSIO, “a imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção. Todo indivíduo é imputável, salvo quando ocorre uma causa de exclusão”.<sup>27</sup> As causas de exclusão da imputabilidade admitidas no nosso ordenamento são: doença mental; desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; e a embriaguez completa, em razão de caso fortuito ou de força maior.

Vista as causas previstas de inimputabilidade, há de se salientar que não basta que uma delas esteja incluída, tem que estar presente o efeito que ela causa sobre a capacidade de compreensão da conduta delituosa.

A imputabilidade deve estar presente durante a prática do delito, “deve existir no momento da prática da infração”,<sup>28</sup> não caracterizando a inimputabilidade quando esta ocorrer posteriormente ao delito, ou ainda, se a causa da inimputabilidade for anterior, porém durante a ação o sujeito tinha plena capacidade de compreensão de sua atitude.

ASSIS TOLEDO preocupou-se em diferenciar a culpabilidade, responsabilidade e imputabilidade, afirmando que:

Culpabilidade, responsabilidade e imputabilidade são expressões que, freqüentemente, se confundem. O legislador pátrio trata da imputabilidade, nos arts. 26 e seguintes do Código Penal. Parece-nos, entretanto, conveniente distinguir: a imputabilidade é, tecnicamente, a capacidade de culpabilidade; já a responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos.

---

<sup>27</sup> JESUS, op., cit., p. 471.

<sup>28</sup> Ibid., p. 471.

O artigo 26 do Código Penal brasileiro trata sobre esta matéria e dispõe que:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>29</sup>

A imputabilidade, “entendida como capacidade de culpabilidade – possui dois níveis, um que deve ser considerado como capacidade de entender a ilicitude, e outro que consiste na capacidade para adequar a conduta a esta compreensão”.<sup>30</sup>

O artigo 28 do Código Penal dispõe que não excluem a imputabilidade a emoção ou a paixão, bem como a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos.

### 3.1.1 Emoção e Paixão

A emoção e a paixão não excluem a capacidade de culpabilidade do agente, podendo apenas privilegiar o tipo penal e conseqüentemente atenuar a pena imposta pela prática do delito.

Para Juarez Cirino dos SANTOS a emoção é como gênero, e a paixão como espécie do gênero, “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 (...)”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> BRASIL. Código Penal. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

<sup>30</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 624.

<sup>31</sup> SANTOS, op. cit., p. 218.

ZAFFARONI dispõem que “a emoção, por si só, não é um pressuposto de inimizabilidade, porque é realmente estranho que não exista uma certa emoção no momento da realização de uma ação delitiva” <sup>32</sup>, sendo que o dispositivo deve ser entendido de sua forma literal.

### 3.1.2 *Actio Liberae in causa*

Ocorre muitas vezes do agente provocar uma situação de inimizabilidade para realização de um crime, “são os casos de conduta livremente desejada, mas cometida no instante em que o sujeito se encontra em estado de inimizabilidade, i.e., no momento da prática do fato o agente não possui capacidade de querer e entender” <sup>33</sup>. Houve, portanto uma liberdade na origem da conduta, porém não no instante do cometimento do ato infracional.

Surge então a questão da *actio liberae in causa*, onde a conduta praticada pelo agente é livre, porém é praticada durante um momento de inimizabilidade, havendo a liberdade durante os atos preparatórios e não durante os atos executórios. O dolo e a culpa existem em certo momento, sendo assim o sujeito é considerado imputável por sua conduta quando agiu, mesmo estando em estado de inimizabilidade.

Para DAMÁSIO, “na *actio liberae in causa* a conduta se apresenta com dois atos: a) ato livre; b) ato (em sentido amplo) não livre. É uma conduta em dois graus”.

<sup>34</sup> Ou seja, no momento em que o agente se põe em estado de inimizabilidade seu ato é livre para resolver, porém no segundo ato a conduta do agente não é livre, em razão do estado de inimizabilidade em que o agente livremente se pôs.

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 633.

<sup>33</sup> JESUS, op. cit., p. 472.

<sup>34</sup> JESUS, op. cit., p. 474.

Portanto, “para que o sujeito responda pelo crime, aplicando-se a teoria que estamos analisando, é preciso que na fase livre (resolução) esteja presente o elemento dolo ou culpa ligado ao resultado”.<sup>35</sup> Sem o dolo ou a culpa não é suficiente que o sujeito tenha se colocado em estado de inimputabilidade, exige-se o querer ou a previsão do resultado.

Segundo ASSIS TOLEDO “o raciocínio é simples: embora o agente não esteja no pleno gozo de suas faculdades de compreensão e de autodeterminação, no momento do fato, essa situação transitória de inimputabilidade seria resultante de um anterior ato livre de vontade”.<sup>36</sup>

### 3.2 POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

Há quatro teorias que se dividem “a respeito da colocação sistemática da consciência da ilicitude na estrutura do delito, variando de acordo com a doutrina adotada em relação ao conceito da ação e da culpabilidade”.<sup>37</sup>

#### 3.2.1 Teoria extrema do dolo

Esta teoria tem como base à teoria psicológica da culpabilidade, entendendo que o dolo está integrado na consciência da ilicitude. Para esta corrente o dolo é um fator psicológico, sendo assim todos os seus elementos têm a mesma natureza.

Dentro deste contexto, “exigi-se atual e real consciência da antijuridicidade, não sendo suficiente à possibilidade de conhecimento do injusto”.<sup>38</sup> Neste caso,

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 474.

<sup>36</sup> TOLEDO, op. cit., p. 323.

<sup>37</sup> JESUS, op. cit., p. 475.

<sup>38</sup> JESUS, op. cit., p. 475.

quando não existir a real consciência da ilicitude não existe o dolo, excluindo a culpabilidade.

ZAFFARONI, quando discorre acerca desta teoria, explicita que:

Para nós, o que se requer na culpabilidade é a possibilidade exigível de conhecimento e compreensão da antijuridicidade. Para outros autores, particularmente os causalistas, o delito requer uma efetiva compreensão ou um efetivo conhecimento da antijuridicidade, que chamam 'consciência da antijuridicidade' ou 'consciência do injusto'. Aqueles que defendem esquemas causalistas costumam situar, ao que eles chamam 'consciência do injusto', na culpabilidade, junto ao dolo, mas alguns fazem dentro do próprio dolo, como se este invariavelmente, exigisse o efetivo conhecimento da antijuridicidade da conduta.<sup>39</sup>

Para Juarez Cirino dos SANTOS, “a teoria do dolo considera o conhecimento do injusto elemento do dolo, constituído, portanto, pela consciência (e vontade) do fato e pela consciência (e vontade) do desvalor do fato”.<sup>40</sup>

### 3.2.2 Teoria limitada do dolo

Com esta teoria passou-se a exigir no dolo apenas o potencial conhecimento do injusto, ocorrendo à perda do “caráter absoluto à exigência do conhecimento da antijuridicidade como componente efetivo do dolo”.<sup>41</sup> O que diferenciou da teoria anteriormente exposta é o fato de que deixou de exigir a real e atual consciência da

<sup>39</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 615.

<sup>40</sup> SANTOS. Op. cit., p. 224.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 616. Neste sentido também discorreu o autor que “Mezger advertiu que há casos em que há dolo e não há conhecimento efetivo da antijuridicidade: quem não sabe se sua conduta é ou não antijurídica, mas tampouco tem interesse em averiguar o fato, porque lhe é indiferente, está demonstrando um menosprezo pela ordem jurídica talvez maior do que aquele que conhece, efetivamente, a antijuridicidade de sua conduta. Não podendo negar este fenômeno, não encontrou outra alternativa a não ser a de inventar um substituto do dolo para esses casos, a 'cegueira para o direito', que depois rebatizou como 'inimizade ao direito'. Esses substitutos nunca chegaram a ser suficientes elaborados, tendo, na verdade, uma origem bastante espúria, porque se vinculam ao 'são sentimento do Povo' do direito penal nacional-socialista”.

ilicitude, “no sentido de evitar absolvições infundadas e condenações fundadas na culpa de direito ou cegueira jurídica”.<sup>42</sup>

A crítica a esta teoria foi ao fato de que seus fundamentos jurídicos eram muito vagos e imprecisos para que fossem utilizados como fundamento nas decisões criminais.

### 3.2.3 Teoria Extrema da culpabilidade

Essa teoria entende que o potencial conhecimento da ilicitude não está integrado ao dolo, mas sim a culpabilidade. Tem como fundamento à teoria finalista da ação e na doutrina culpabilidade normativa.

DAMÁSIO entende que “como a teoria normativa pura, a culpabilidade é puro juízo de valor. Diante dessa circunstância, seus elementos também têm natureza normativa. Logo, a consciência da ilicitude é normativa, não possuindo dados psicológicos”.<sup>43</sup>

A ausência de potencial consciência da ilicitude deixa de ser analisada no dolo e passa a ser analisada na culpabilidade, e em caso ficar comprovado que o agente não tinha a possibilidade de conhecer o ilícito, deverá o mesmo ser absolvido pela ausência de reprovabilidade na conduta por ele praticada.

Para ZAFFARONI, que também denomina esta teoria como teoria estrita da culpabilidade, “a possibilidade de compreensão do injusto (conhecimento potencial) encontra-se na culpabilidade, permanecendo alheia ao dolo, quer este se localize no tipo (estrutura finalista) quer na culpabilidade (estrutura causalista)”.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> JESUS, op. cit., p. 476.

<sup>43</sup> Ibid. p. 476.

<sup>44</sup> ZAFFARONI, op. cit. p. 618.

O mesmo autor ao afirmar sua posição discorre que “por nossa parte, situamos o dolo na tipicidade e à possibilidade de compreensão da antijuricidade – sem fazer nela distinções – na culpabilidade, isto é, filiamo-nos à chamada teoria estrita da culpabilidade, no marco de uma estrutura finalista do delito”.<sup>45</sup>

### 3.2.4 Teoria Limitada da culpabilidade

Segundo esta teoria “a consciência da antijuridicidade pertence à culpabilidade, mas quando depende do conhecimento da falta de situação de justificação localiza-se na tipicidade (dolo)”.<sup>46</sup>

A principal diferença entre a teoria extrema da culpabilidade e a teoria limitada está no tratamento diferenciado que se dá quanto ao erro sobre as causas de justificação. Para esta teoria há basicamente dois tipos de erros que devem ser distinguidos.

Assis TOLEDO, ao distinguir as duas espécies de erro, afirmar que:

No primeiro caso (erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação), considera a teoria limitada que ocorre em erro de tipo permissivo, que tem o mesmo efeito do erro de tipo, ou seja: exclui o dolo, mas permite a punição do fato como crime culposos, se previsto em lei. No segundo caso (erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação), configura-se o erro de proibição com as consequências já examinadas (exclusão da culpabilidade, se inevitável, ou atenuação da pena, se evitável).<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 618. Também discorre este autor de que “está posição é coerente com a distinção que fazemos entre atipicidade e justificação, permitindo-nos resolver unitariamente os problemas de ausência de possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade, ao mesmo tempo em que nos permite sustentar um conceito de dolo livre de componentes artificiais e estranhos, e que nos serve para resolver as dificuldades insolúveis para o conceito de ‘dolo mau’, sem necessidade de recorrer a seus complicados remendos substitutivos”.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 618.

<sup>47</sup> TOLEDO, op. cit., p. 286.

A teoria limitada da culpabilidade traz a teoria dos elementos negativos do tipo e “sustenta que as causas de justificação são causas de atipicidade, e que a tipicidade compreende – como elementos negativos - as ausências de causa de justificação”. <sup>48</sup> Ou seja, pertencem ao aspecto objetivo do tipo os elementos do próprio tipo bem como as situações de justificação.

### 3.3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A exigibilidade de comportamento diverso tem como fundamento à normalidade das circunstâncias do fato, podendo o autor ser exculpado quando as circunstâncias se derem diante de certas anormalidades.

Este elemento da culpabilidade foi amplamente estudado por FRANK que passou a analisar as circunstâncias nas quais foram praticados os fatos, podendo então, chegar a conclusão se era exigido do agente conduta conforme o direito. A teoria de Frank foi aperfeiçoada por FREUDENTHAL que acentuou “a idéia de que na culpabilidade a reprovabilidade resulta de que o agente procedeu assim, quando devia e podia proceder de outra maneira” <sup>49</sup>. Diante de tais conceitos, verifica-se que a culpabilidade é um juízo de reprovação, incidindo-se quando era exigido do sujeito conduta conforme o direito e este não o fez.

Para Juarez Cirino dos SANTOS, este é o terceiro estágio dentro do juízo de reprovação da culpabilidade e:

[...] consiste no exame da normalidade/anormalidade das circunstâncias de realização do tipo de injusto por um autor capaz de culpabilidade, com

---

<sup>48</sup> ZAFFARONI. Op. cit., p. 617.

<sup>49</sup> FREUDENTHAL, *apud* MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas. Bookseller, 1997.

conhecimento real ou possível da proibição concreta: circunstâncias normais fundamentam o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito; ao contrário, circunstâncias anormais podem constituir situações de exculpação.<sup>50</sup>

Para Fernando CAPEZ, “consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma”.<sup>51</sup>

Marco Antonio NAHUM ensina que:

[...] quando as condições do fato forem de tal ordem imperiosas que tornem impossível um querer ou desviem a formação desse querer de sua anormalidade ética, o pressuposto do sistema normativo, isto é, o dever de conformação da personalidade ao mandamento normativo, não pode ser exigido, sob pena de se tratarem situações desiguais de maneira igual, o que é injusto.<sup>52</sup>

Neste elemento da culpabilidade é analisado se durante o fato, e se diante das circunstâncias do fato, poderia o agente ter agido de outra forma senão a cometida, posto que sua conduta só será reprovada se o agente teve a possibilidade de agir conforme o direito e assim não o fez.

Segundo DAMÁSIO, Reinhar Frank, no ano de 1907, “afirmou que a culpa em sentido amplo é algo mais que uma relação entre sujeito e resultado: a culpabilidade requer a normalidade das circunstâncias em relação às quais o sujeito age”<sup>53</sup>, trazendo ao conceito de culpabilidade o estudo das circunstâncias através da Teoria

---

<sup>50</sup> SANTOS, op. cit., p. 247.

<sup>51</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte geral**, v.1., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 275.

<sup>52</sup> NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

<sup>53</sup> DAMÁSIO, op. cit. , p. 479.

das Circunstâncias Concomitantes que surgiu na doutrina com a teoria normativa da culpabilidade.

Juntamente com a teoria finalista da ação que foi finalizada por WELZEL, a culpabilidade passou a fundamentar-se no poder de agir de modo diverso, calçado na comprovação que de o sujeito tinha plena liberdade de escolha, de agir contra ou conforme a norma imposta. Verificada a normalidade das circunstâncias que tornaram os fatos e comprovada a plena liberdade de escolha do agente de praticar o ato conforme previsto na norma, se torna exigível que sua conduta seja conforme o direito, configurando a exigibilidade de conduta diversa, por consequência incidindo o juízo de reprovação da culpabilidade.

## 4 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

### 4.1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA

A idéia de que existem condutas das quais não se pode inserir o juízo de reprovação face à inexigibilidade de conduta nasceu junto à teoria normativa da culpabilidade, ressaltando novamente que foi através de FRANK, que introduziu ao núcleo do conceito de culpabilidade a reprovabilidade da conduta, com base na análise da normalidade das circunstâncias concomitantes. “Por estas idéias, esse grande penalista ligou definitivamente o seu nome à teoria da culpabilidade, e, como diz Erik Wolf, tem participado de toda a evolução da teoria no século XX”.<sup>54</sup>

FRANK afirmava que “o comportamento voluntário ou sem diligências pode não ser reprovável, dada à anormalidade das circunstâncias que o cercam [...]”<sup>55</sup>, tornando a inexigibilidade de conduta diversa um elemento de exclusão da culpabilidade, face a ausência de reprovação da conduta do agente.

Concluindo que a ocorrência de circunstâncias anormais exclui a culpabilidade do agente, Frank foi criticado sob o fundamento de que “sendo as circunstâncias anormais, um dado objetivo estranho ao agente, não podiam ser consideradas como elemento normativo da culpabilidade, já que constituem elementos de fato”.<sup>56</sup> Diante de tal crítica, Frank reavaliou sua concepção, excluindo a normalidade das circunstâncias pela relação existente entre o sujeito e

---

<sup>54</sup> BRUNO, op. cit., p.99.

<sup>55</sup> FRANK apud NAHUM, op. cit., p. 11. Também afirma que “a culpabilidade consiste também em um juízo de reprovação do comportamento, tendo em vista um dado objetivo, qual seja o das circunstâncias que lhe são concomitantes”.

<sup>56</sup> REALE JR., Miguel. Teoria do Delito. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.132.

as circunstâncias. “A normalidade das circunstâncias foi substituída pela normalidade da motivação”.<sup>57</sup>

Ao passo de FRANK, outros grandes doutrinadores desenvolveram o conceito de inexigibilidade, porém foi FREUDENTHAL que passou a admitir a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, “não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais, mas também arcando qualquer outra situação fática, em que não fosse possível exigir-se do sujeito realização de outra conduta”.<sup>58</sup> Afirmou que na análise das circunstâncias que acompanharam o fato pode-se determinar se a conduta do agente poderia ou não ter sido evitada.

Segundo Miguel Reale Júnior, para FREUDENTHAL “existia um abismo entre a ordem jurídica e a consciência popular, abismo este transponível através da teoria normativa da culpabilidade, que vem atender os reclamos da vontade popular”.<sup>59</sup>

No mesmo sentido, GOLDSCHMIDT, desenvolvendo o pensamento fecundado por FRANK, afirmava que o principal pressuposto desse princípio era a “motivação normal”, o que quer dizer que para configurar a reprovabilidade da conduta, conseqüentemente a culpabilidade, era exigível uma certa “normalidade das circunstâncias” que cercaram os atos praticados, para que apenas assim tivesse certeza de que tais circunstâncias não influenciaram na capacidade volitiva do agente.<sup>60</sup>

Edmundo MEZGER entendia a inexigibilidade como um princípio genérico, e também “como um poderoso instrumento do legislador e do aplicador do direito”.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Ibid., p. 132.

<sup>58</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 660.

<sup>59</sup> REALE JR, op.cit., p.136.

<sup>60</sup> TOLEDO, op. cit., p. 328.

<sup>61</sup> NAHUM, op. cit., p. 78.

Foi com base nos fundamentos apresentados por MEZGER que foi decidido o caso *Leinenfanger*, onde o *Reichsgericht* (Tribunal do Império Alemão) absolveu o empregado, das acusações de lesões corporais culposas. O patrão ordenou seu empregado que areasse um cavalo do qual se tinha conhecimento que não prendia as rédeas corretamente. Durante a viagem o cavalo prendeu as rédeas fazendo com que o patrão perdesse o controle e atropelasse um terceiro causando-lhe lesões corporais. O principal fundamento utilizado para a absolvição do empregado foi à coação moral que sofria, em razão da relação de emprego existente entre ele e seu patrão.<sup>62</sup>

O Tribunal do Império Alemão, também conhecido como Tribunal do Reich, foi o grande precursor na aplicação da teoria inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

A inexigibilidade de conduta como causa supralegal foi reconhecida sem limitações por muito tempo na doutrina e jurisprudência alemã, porém com o passar do tempo a tese defendida por Freudenthal e outros doutrinadores passou a ser duramente criticada. A principal crítica era quanto à aplicação da teoria, uma vez que era considerada muito vaga, dificultando sua aplicação e diminuindo a eficácia do direito penal, pois absolvía crimes de natureza grave.

ZAFFARONI, ao dissertar sobre a supralegalidade da inexigibilidade de conduta dispõe que:

Pouco tempo depois, e, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial, quando a inexigibilidade converteu-se em perigoso argumento, com a finalidade de exculpar crimes atrozes, ou, a participação neles, a legislação positiva começou a polir as fórmulas legais, e mesmo os autores alemães foram abandonando a tese da eximente autônoma da exigibilidade de outra

---

<sup>62</sup> Ibid., p. 79.

conduta, para que a mesma permanecesse apenas como fundamentação genérica de todas as causas de inculpabilidade.<sup>63</sup>

Não obstante a doutrina apresentada por FREUDENTHAL e os demais seguidores tenha sido por muito tempo rejeitada com fundamento no prejuízo que resultaria a eficácia do direito penal, posteriormente, uma parte da doutrina passou novamente a defendê-la estabelecendo como limite para sua aplicação a capacidade de resistência da generalidade das pessoas, ou seja, com referência no homem médio, e não mais tomando como base o agente no caso concreto.<sup>64</sup>

Parte da doutrina restringiu a aplicação do princípio aos crimes dolosos<sup>65</sup>, com a finalidade de que os crimes mais graves não ficassem em pune, tornando a inexigibilidade de conduta aplicável, porém não retirando a sensação de eficácia do direito penal. Surge, então, critérios objetivos para determinar a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa.

Eberhard SCHMIDT, em 1949, sugere “a necessidade de despertar o problema da inexigibilidade do sonho de bela adormecida”<sup>66</sup>. Desde então a doutrina cada vez mais discutindo a inexigibilidade.

Na Alemanha prevalece hoje o entendimento de “caráter objetivo”<sup>67</sup>, limitando a inexigibilidade a casos específicos. Igualmente se estende a Espanha, que “admitem a inexigibilidade como excludente de culpabilidade, para o medo insuperável, o estado de necessidade exculpante e o encobrimento entre parentes [...]”<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 660.

<sup>64</sup> NAHUM, op.cit., p. 80.

<sup>65</sup> ROXIN, apud NAHUM, Ibid, p. 80.

<sup>66</sup> SCHMIDT, apud SANTOS, op. cit., p. 253.

<sup>67</sup> NAHUM, op. cit., p. 81.

<sup>68</sup> Ibid, p. 81.

No Brasil, o Código Penal admitiu três hipóteses de excludentes de inexigibilidade de conduta diversa: a coação irresistível, a obediência hierárquica (ambos previstos no artigo 22 do CP), e a escusa absolutória prevista no artigo 384, § 2º, do mesmo estatuto.

Indiscutível, portanto, a incidência da inexigibilidade de conduta diversa em nosso ordenamento jurídico, uma vez que foi expressamente admitido pelo legislador.

Porém, quando a discussão gira em torno da admissão da inexigibilidade como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade os doutrinadores se dividem, utilizando fundamentos diversos, que serão analisados posteriormente.

#### 4.2 CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Dentro da análise de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta conforme a norma discute-se dois pontos: das causas legais previstas em nosso ordenamento jurídico, e das causas supralegais e gerais de exclusão da culpabilidade.

Neste tópico, serão discutidas as causas previstas pelo Código Penal, ou seja, as causas legais de exclusão da culpabilidade.

O Código Penal em seu artigo 22 dispõe que: “se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

O artigo 384, § 2º do Código Penal prevê outra causa de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, dispondo da seguinte forma:

“se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena”.

Destaca-se, portanto, que se admite como excludente da exigibilidade de conduta conforme o direito a coação moral irresistível, a obediência hierárquica e o favorecimento pessoal prestado a ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

#### 4.1 COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

A coação irresistível é identificada de duas formas: a coação moral irresistível (*vis compulsiva*) e a coação física irresistível (*vis absoluta*). As duas formas se diferenciam no que tange a vontade do agente, pois na coação física não há vontade do sujeito, excluindo a própria ação por ausência de *animus* do sujeito. “Neste caso, o executor é considerado apenas um *instrumento* de realização da vontade do coator que, na realidade, é o autor mediato”.<sup>69</sup>

Diferente da coação física, na coação moral existe à vontade do agente de praticar o ato, muito embora esteja viciado em razão da ameaça. MESTIERI entende que “o coato tem vontade (*coactus volui*) e se defronta com um dilema: diante de dois resultados indesejados tem a necessidade de optar por um deles; aí reside, pois, o cerne da exculpação da coação moral irresistível”.<sup>70</sup> Ou seja, não há como exigir que o coato escolha a alternativa contrária a preservação do bem jurídico.

---

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 331/332. Neste mesmo sentido dispõe TOLEDO, op. cit., p. 338, “aquele que é coagido não realiza uma verdadeira ação ou omissão, apresentando-se como simples objeto ou instrumento de violência, pelo que só se deve considerar autor do crime o agente da coação, não o coagido, paciente dessa mesma coação. A coação física, denominada por Soles “*violência física*”, exclui, se irresistível, o coagido de qualquer cogitação de autoria ou de co-autoria, visto que *non agit sed agitur*. A responsabilidade pelo fato é, pois, exclusiva do agente coator, figura indispensável na definição de qualquer ocorrência reputada coativa”.

<sup>70</sup> MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 185.

Na coação moral irresistível o coato não tem condições de resistir a grave ameaça proferida pelo coator de lhe causar mal grave, não restando outra forma se não ceder a ameaça e praticar o ato que não pode ser evitável por outro meio. Logo, o fato praticado pelo coato é típico e antijurídico, vez que ficou configurada a vontade do agente e que não estava amparado por nenhuma causa permissiva legal. Entretanto não incide sobre o autor o juízo de reprovação face à inexigibilidade de conduta conforme a norma, excluindo a culpabilidade do coato.<sup>71</sup>

A doutrina e jurisprudência determinam que para a caracterização da coação irresistível é necessária a presença de três pessoas distintas e determinadas para a caracterização da coação irresistível: o coator, o coato e a vítima<sup>72</sup>. “Não se admite que a coação possa partir desta última, tampouco da sociedade, ao argumento de que nos termos do art. 22 do Código Penal o coator fica sujeito à punição cominada para o crime”.<sup>73</sup>

No tocante a impossibilidade de se considerar a sociedade como coatora a jurisprudência neste sentido já se pronunciou<sup>74</sup>. Contudo, quanto a questão gira em torno da vítima como coatora, muito embora a doutrina se manifeste contrariamente,

<sup>71</sup> A jurisprudência neste sentido já decidiu: “É irresistível a coação moral quando não se pode ser superada senão com uma energia extraordinária e, portanto, juridicamente inexigível”. (TACrSP, RT 501/382, 488/382). Não é irresistível, se o comparsa usava arma de brinquedo e o co-autor, desempregado, aquiesceu a mero convite daquele (TACrSP, RJDTACr 20/60).

<sup>72</sup> “O julgamento de fato da coação irresistível envolve a formulação de pelo menos três quesitos, posto que pressupõe sempre três pessoas, o agente, a vítima e o coator” (STF, RT 541/446). “Sem a comprovação de, pelo menos, tríplice envolvimento de pessoas, no crime de homicídio, não pode ocorrer a excludente da culpabilidade da coação moral irresistível, prevista no artigo 22 do CP, ou seja, o coator, o coagido e a vítima” (TJSC, JCAT 68/388).

<sup>73</sup> CAMPOS, João Mendes. A inexigibilidade de outra conduta no júri: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 26. Ressaltando a idéia descrita pelo autor, MIRABETE, op. cit., p. 205, explicita que “não há que se falar em coação irresistível da sociedade, como se tem feito em casos de homicídio contra cônjuge infiel. A sociedade não pode delinquir, ameaçar ou causar mal ao sujeito, exigindo-se a presença de um agente humano como coator punível”. Neste mesmo sentido vem o entendimento do Supremo Tribunal Federal: A coação irresistível pressupõe, sempre a existência de três pessoas, ou seja, o coator, o coagido e a vítima (STF, RTJ 93/1071; STJ, mv – RT 699/400; TJPB, RF 270/327; TJDF, Ap. 10.045, DJU 7.5.90, p. 8934).

<sup>74</sup> “É necessária a existência de um coator, não se podendo considerar a sociedade (TJRJ, RT 519/438; TJSP, RT 511/357; TJRS, RF 267/305) ou a família como tal”. (TJGO, RGJ 10/97).

como acima exposto, a Suprema Corte já decidiu em sentido contrário, “que não aberraria da lógica jurídica considerar-se a vítima como coatora”.<sup>75</sup>

Outra questão de relevância que deve ser levantada ao estudo da coação moral é o grau de resistência, ou seja, o que é irresistível para um pode ser resistível para outro. Como bem entende o Professor Lydio M. Bandeira de Mello:

[...] não há regras fixas e universais (isto é: cunho objetivo) para determinarmos *a priori* quando é que uma coação é real e irresistível. O que coage irresistivelmente a um pode não coagir irresistivelmente a outro [...]. O juiz não deve exigir do réu o que não teria exigido de si mesmo, se encontrasse nas contingências em que o réu se encontrou.<sup>76</sup>

Juarez Cirino dos SANTOS entende que para que haja a caracterização da coação moral irresistível, a coação “pressupõe perigo atual e inevitável de outro modo: perigo atual compreende não apenas perigo imediato, mas perigo durável, [...]; perigo inevitável de outro modo é aquele em face do qual não existe alternativa de proteção razoável”.<sup>77</sup>

Fica ao critério subjetivo do magistrado determinar se a coação moral de deu de forma que era exigido do coato um certo grau de resistência ou se era inexigível conduta diversa em razão da irresistível coação. Cabe ressaltar, que quando comprovado que o coato poderia resistir à coação, tendo para tanto outros meios de evitar o cumprimento das ameaças, porém não o fez, deve ser aplicado durante a

---

<sup>75</sup> DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44. “Vítima como coatora: muito embora, geralmente, não se admita a própria vítima desempenhando o papel de coatora (STJ, mv - RT 699/400), a Suprema Corte já decidiu que não aberraria da lógica jurídica considerar-se a vítima como coatora (STF, RTJ 118/89). No mesmo sentido: TJDF, Ap. 10.045, DJU 7.5.90, p. 8934.

<sup>76</sup> BANDEIRA DE MELLO, Lydio M. Crime e exclusão de criminalidade, *apud* VARGAS, José Cirilo de. Instituições de Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 403.

<sup>77</sup> SANTOS, op.cit., p. 257.

dosimetria da pena, a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea c do Código Penal.

## 4.2 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Como já explicitado no tópico acima, o artigo 22 do Código Penal isenta de pena aquele que atua em “[...] estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”.<sup>78</sup>

Inicialmente necessário se faz a delimitação do conceito de obediência hierárquica, e ZAFFARONI neste sentido delimitou como “uma ordem que emane de um superior hierárquico, isto é, de quem se encontra em condições legais de comunicá-la, e estar num plano superior de relação hierárquica pública”, também dispondo que a ordem não deve ser “manifestamente ilegal”, ou seja, dentro das possibilidades de conhecimento do subordinado sobre a ilegalidade da ordem emanada pelo seu superior.<sup>79</sup>

A ordem emanada do superior deve ser ilegal, pois se for legal não infringe qualquer preceito penal, porém a ordem jamais deve ser manifestamente ilegal, para fins de exclusão da culpabilidade do coato, pois o subordinado não tem a obrigação de dar cumprimento a ordem ilegal, “ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais”.<sup>80</sup> Nos casos em que o subordinado der cumprimento à ordem manifestamente ilegal será responsabilizado juntamente com seu superior hierárquico pelo delito.

Ensina Aníbal BRUNO que a expressão manifestadamente ilegal é:

---

<sup>78</sup> BRASIL. Código Penal Brasileiro. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49.

<sup>79</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 657/658.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 334.

“[...] a ordem que emana de autoridade não competente para dá-la, ou aquela cujo cumprimento não esteja dentro das atribuições do subordinado, ou que não venha revestida de forma legal, ou cujo conteúdo constitua evidentemente um fato punível. Tal expressão deve ser entendida segundo as circunstâncias concretas do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado”.<sup>81</sup>

Para que de fato a obediência hierárquica exclua a culpabilidade através do preceito de inexigibilidade de conduta diversa são necessários que sejam preenchidos os seguintes requisitos: a) haja uma relação de subordinação fundada em direito público<sup>82</sup>; b) não deve ser manifestamente ilegal<sup>83</sup>; c) a execução da ordem seja estrita, não devendo o subordinado exceder o comando<sup>84</sup>.

O doutrinador José Cirilo de VARGAS se preocupa com os critérios subjetivos do subordinado para aferir a legalidade ou não de seu ato, considerando que “a idade, o grau de instrução, o cargo que ocupa, o tempo disponível para avaliar a legalidade ou a ilegalidade da ordem recebida são fatores que o órgão judicial deve examinar”.<sup>85</sup>

Conclui-se, portanto, que a obediência hierárquica é uma das causas de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, desde quanto preenchidos os requisitos dispostos no artigo 22 do Código Penal.

<sup>81</sup> BRUNO, Aníbal. op. cit., p. 175.

<sup>82</sup> Neste sentido a jurisprudência ensina: “A obediência a ordens de superior, como excludente de punibilidade, refere-se à subordinação hierárquica administrativa, entre quem dá ordem e quem recebe e, sem alcançar outras subordinações, como a empregatícia, familiar, religiosa ou legal” (TACRSP, RJDTACRIM 4/66).

<sup>83</sup> Sobre este requisito a jurisprudência já se manifestou: “Se a ordem do superior hierárquico é manifestamente ilegal, cabe ao subordinado não cumpri-la e, se a cumpre e daí resulta num fato punível, tem de responder por ele, em co-autoria com o superior de quem emanou a ordem” (TJES, RT 386/319). “A ordem de superior hierárquico (isto é, emana de autoridade pública, pressupondo uma relação de direito administrativo) só isenta de pena o executor se não é manifestamente ilegal. Outorga-se, assim, ao inferior hierárquico, uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem” (TACRSP, RT 490/331).

<sup>84</sup> Nos casos em que o subordinado extrapolar os limites da ordem dada responderá pelos excessos. “Responde pelas consequências danosas quem, ainda que obedecendo a ordem hierárquica superior, deixa de prever resultados lesivos previsíveis” (TACRSP, JTACRIM 32/349).

<sup>85</sup> VARGAS, José Cirilo de. op. cit., p. 406.

#### 4.3 ESCUSA ABSOLUTÓRIA DO ARTIGO 348, § 2º DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal, no artigo 348, § 2º, refere-se ao favorecimento pessoal, dispondo da seguinte forma:

Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão.

(...)

§ 2º. Se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Verifica-se no tipo acima transcrito, que, quando o agente do favorecimento pessoal é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso favorecido não há culpabilidade face à ausência de exigibilidade de conduta. Insere-se neste texto legal, mais uma das causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

A doutrina majoritária entende “que a razão de ser da escusa absolutória em referência situa-se no princípio da inexigibilidade de outra conduta”<sup>86</sup>, uma vez que o Estado não pode obrigar que o sujeito denuncie uma pessoa tão próxima, abrindo mão do *jus puniendi* nestes casos.

Posicionamento contrário a este entendimento é de Heleno Cláudio Fragoso, que entende que o favorecimento pessoal praticado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão é uma hipótese de mera escusa absolutória.<sup>87</sup>

Contudo, o entendimento majoritário prevalece no sentido de que esta é uma das causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa. Júlio Frabbini Mirabete dispõe que esta causa de isenção de pena (exclusão

---

<sup>86</sup> CAMPOS, op.cit., p. 43.

<sup>87</sup> FRAGOSO, op.cit., p.263.

da culpabilidade) e fundamentada na inexigibilidade de conduta diversa, sendo que “visa respeitar a força incoercível decorrente das relações afetivas existentes entre o agente e o criminoso” <sup>88</sup>.

A jurisprudência já admitiu o reconhecimento do favorecimento pessoal como causa de exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade, porém o entendimento majoritário é que se trata de uma causa de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta.

Favorecimento pessoal. Acusado que retira do local do crime parente que acabara de cometer homicídio. Inexigibilidade de outra conduta. Estado de necessidade caracterizado. Decisão de acordo com a prova dos autos. Absolvição mantida. Não se pode exigir outra conduta de quem retira, apressadamente, do local do crime o parente que acabara de cometê-lo, transportando-o para longe dos acontecimentos. (TJSP, RT 611/318). <sup>89</sup>

#### 4.4 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA GERAL E SUPRALEGAL DA EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Como já foi visto no tópico referente à evolução doutrinária do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, a doutrina alemã foi a grande difusora desse conceito, principalmente através de Freudenthal que ampliou a inexigibilidade como princípio geral de direito penal. Argüia tal doutrinador, apoiado por alguns seguidores como Mezger e Goldschmidt, que a não-exigibilidade de conduta deveria ser

<sup>88</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1990, p. 1899.

<sup>89</sup> Os Tribunais já decidiram sobre este assunto nos seguintes termos: “Favorecimento pessoal. Delito não configurado. Acusada que auxiliava o esposo subtrair-se da ação policial. Isenção de pena reconhecida. Inteligência do art. 348, e seu § 2º, do Código Penal. A lei penal reconheceu no fato, o direito das pessoas contempladas no § 2º do art. 348 do Código Penal, de auxiliar o autor do crime a subtrair-se à ação da autoridade. A eximente em apreço consiste numa aplicação do princípio ético-jurídico *nemo tenetur se excusare* e no reconhecimento da força incoercível dos afetos familiares” (TASP, RT 378/308).

aplicada toda vez que ficasse comprovado que não era exigido do sujeito conduta diversa a por ele realizada, independente de previsão legal.

Por muitos anos a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal não foi admitida pelos penalistas brasileiros. Porém, ao estudar este tema nos dias de hoje, denota-se que cada vez mais doutrinadores brasileiros vem entendendo que tal causa de exclusão da culpabilidade pode sim ser admitida em nosso ordenamento jurídico.

Esta teoria supralegal de exclusão da culpabilidade ainda enfrenta demasiadas críticas, principalmente no que tange ao prejuízo que sua aceitação causaria frente à eficácia do direito penal.

Entretanto, a doutrina brasileira continua a apoiar a inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Um dos doutrinadores que se tornou referência quanto a este tema é Francisco de Assis TOLEDO, que defende a “extensão da aplicação do Princípio em foco”<sup>90</sup>, alegando que não há que se temer a hipótese de excessiva impunidade levantada pelos doutrinadores contrários à aceitação de tal tese, utilizando-se do seguinte fundamento:

[...] que se considere a 'não-exigibilidade' em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo.<sup>91</sup>

Baseia-se este entendimento junto ao penalista italiano BETTIOL que defende esta tese sobre os mesmos argumentos utilizados por TOLEDO. Veja-se:

---

<sup>90</sup> TOLEDO, op. cit., p. 329.

<sup>91</sup> TOLEDO, op. cit., p. 329.

Cabe ao juiz, que exprime o juízo de reprovação, avaliar a gravidade e a seriedade da situação histórica na qual o sujeito age, dentro do espírito do sistema penal, globalmente considerado: sistema que jamais prescindir de um vínculo com a realidade histórica na qual o indivíduo age e de cuja influência sobre a exigibilidade da ação conforme ao direito, o único juiz deve ser o magistrado.<sup>92</sup>

Outro autor que admite a inexigibilidade como causa supralegal é DAMÁSIO, afirmando que se a conduta não é considerada culpável não pode ser punida. Enfatiza que esta tese tem amparo na lei penal, destacando que quando há “omissão legislativa no conjunto das normas penais não incriminadoras, e não havendo o obstáculo do princípio de reserva legal, a falha pode ser suprida pelos processos determinados pelo art. 4º da LICC: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>93</sup>

Muitos autores colocam a inexigibilidade de conduta como uma idéia que não está restrita a culpabilidade, “mas um princípio regulador e informador de todo o ordenamento jurídico”.<sup>94</sup>

José Frederico MARQUES também acompanha o raciocínio de BETTIOL, defendendo que a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal deve ser considerada um verdadeiro princípio do direito penal e atinge justamente os casos nos quais o legislador não pode prever, dispondo:

Ora, a aplicação da lei tem um sentido teleológico e deve realizar-se em função das exigências do bem comum. Não se compreende, por isso, que um exacerbado fetichismo legalista, que confunde a ordem jurídica positiva com os textos expressos do “jus scriptum”, possa transformar o Direito Penal em instrumento de iniquidade. Desta maneira, não há por que deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma conduta típica ocorreu

<sup>92</sup> BETTIOL, apud TOLEDO, op.cit., p.329.

<sup>93</sup> JESUS, op.cit., p. 484.

<sup>94</sup> MUNÓZ, op.cit., p. 162.

sob pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta. Cortar, “a priori”, uma forma genérica de inexigibilidade de outra conduta, como causa de exclusão da culpabilidade, ou é supor que o legislador penal tem uma onisciência que em outros setores do direito ninguém afirma existir, ou então, considerar o Direito Penal uma espécie “sui-generis” da ciência jurídica, em que não há omissões nem lacunas, - verdadeira zona do universo jurídico, onde o sentido finalístico da norma jurídica, como imperativo das exigências sociais, deve ser de todo riscado.<sup>95</sup>

Marco Antonio R. NAHUM defende em sua obra que a inexigibilidade é uma excludente não só da culpabilidade, mas também da tipicidade e da ilicitude. A define como a “essência de todas as causas de justificação”.<sup>96</sup> Disserta, ainda, no seguinte sentido:

Na hipótese de inexigibilidade como excludente de culpabilidade há o reconhecimento de que a conduta foi praticada em virtude de fatores exógenos imperiosos que não provocaram na personalidade do agente qualquer eco censurável, antes estorvaram ou mesmo desviaram o cumprimento normal de suas intenções. Sua liberdade ética ou atitude interna para com o ato teria ficado prejudicada pelas circunstâncias anormais da situação concreta.<sup>97</sup>

Já com um pouco mais de cautela, Aníbal BRUNO admite que o caráter geral de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta pode ser aplicado tanto nos casos de delitos culposos quanto nos delitos dolosos, entretanto, ressalta que tal princípio “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”.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Campinas: Bookseller, 1997, p. 297.

<sup>96</sup> BALESTRA, Carlos Fontán, apud, NAHUM, op.cit., p. 87.

<sup>97</sup> NAHUM, op.cit., p. 126.

<sup>98</sup> BRUNO, op.cit., p. 105.

Também defende que nos delitos dolosos, a análise das circunstâncias e do juízo de não-exigibilidade deva ser rigorosa, face à gravidade na forma de agir do sujeito.

Este posicionamento é basicamente baseado na linha traçada por GOLDSCHMIDT que defende o reconhecimento de causas supralegais de exclusão da culpabilidade, que “decorre do conceito fundamental de que há motivos que a ordem jurídica deve reconhecer como superiores, para um homem médio, ao motivo do dever, causas que resultam da motivação anormal, tipicamente da motivação por necessidade”.<sup>99</sup>

Muito embora exista um grande número de doutrinadores no Brasil que defendam a aplicação da inexigibilidade de direito como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, há certos penalistas que não admitem tal aplicação, tornando o tema de certa forma controvertido dentro do nosso ordenamento.

Um dos doutrinadores que se manifesta contrário à doutrina apresentada é Luiz Régis PRADO e dispõe que “nas hipóteses de delitos da ação dolosos, só deve ser admitida a inexigibilidade quando esteja expressa na lei; nos delitos culposos pode ser admitida quando não for ao agente exigível a observância do cuidado objetivamente [...]”.<sup>100</sup> Não admite, portanto, a aceitação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade nos casos onde o cometido pelo agente é considerado doloso, evitando que crimes dolosos sejam exculpados e que isto cause uma redução na eficiência do direito penal.

Johannes WESSELS, ao dissertar sobre a aceitação da inexigibilidade como causa supralegal, dispõe que:

---

<sup>99</sup> GOLDSCHMIDT, apud BRUNO, Aníbal, *ibid*, p.104.

<sup>100</sup> PRADO, *op. cit.*, p. 276.

A inexigibilidade de conduta adequada à norma não deve ser reconhecida, segundo a doutrina dominante, pura e simplesmente como “causa supralegal de exculpação”. O reconhecimento geral de uma causa de exculpação, assim vaga e indeterminada, em pressupostos e limites, abriria as portas e portões para a insegurança jurídica.<sup>101</sup>

Juarez TAVARES, em nota na obra de WESSELS, discorre mais acerca do assunto, criticando a admissão desta tese, porém utilizando os mesmos fundamentos apresentados por toda a doutrina contrária:

Os penalistas pátrios admitem, em geral, a inexigibilidade de conduta conforme a norma como causa supralegal de exculpação. Partem, aqui, do pensamento fundamental de que a culpabilidade assenta seu núcleo na normalidade das condições motivadoras da vontade. De acordo com isto, desde que uma pressão anormal de motivação se manifeste no caso concreto, não será razoável exigir-se do agente, como pessoa humana condicionada a determinadas reações, a cumprir o comando legal destinado, em princípio, a reger condutas apenas no plano da normalidade. Está claro que ainda que se reconheça ao homem a possibilidade de influir e atuar sobre as condições que o determinaram a certa conduta, não se o pode censurar, quando esta possibilidade de reatuação seja somente preenchível hipoteticamente. Entretanto, faz-se mister estabelecer legalmente as condições objetivas e pressupostos para a não incidência desse juízo de censura, pois caso contrário, uma tal regra geral, aparentemente com ampla aplicação, poderia gerar privilégios intoleráveis, além de burlar a finalidade protetiva. Ainda nesse aspecto deve-se garantir o indivíduo diante de normas, que, ao invés de protegê-lo, apenas lhe concedem uma aparência de direito, deixando-o, porém, ao juízo arbitrário do julgador. [...] Mais correto seria, assim, se estender, analogicamente os pressupostos das causas legais de exculpação (estado de necessidade exculpate, coação irresistível, etc.) em favor do agente.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> WESSELS, Johannes. **Direito Penal** (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 96/97.

<sup>102</sup> Ibid., p. 96.

Neste sentido Heleno Cláudio FRAGOSO relata sobre o tema, com o fundamento de que isso “equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoa”, porém admite que as causas previstas pelo legislador podem ser utilizadas analogicamente.

ZAFFARONI e PIERANGELI também se manifestaram contrários à aceitação da inexigibilidade de conduta como causa supralegal, tendo em vista seus conceitos de culpabilidade e diante da legislação penal vigente. Alegam que é desnecessária a busca por uma excludente autônoma, e que sua “adoção, hoje, prejudica toda a sistemática da culpabilidade”.<sup>103</sup>

No que concerne as críticas apresentadas à teoria da inexigibilidade como causa supralegal e geral de exclusão da culpabilidade denota-se que os penalistas que se manifestam contrariamente a sua aplicação utilizam-se do mesmo fundamento: o comprometimento que o seu uso causaria a eficácia do direito penal.

A doutrina vem admitindo a exclusão da culpabilidade quando ficam configuradas situações específicas, como o estado de necessidade exculpante, o excesso de legítima defesa, o excesso de legítima defesa putativa, dentre outras causas específicas adotadas por alguns doutrinadores.

#### 4.3.1 Estado de necessidade exculpante

O estado de necessidade está disposto nos artigos 23, inciso I, e 24 do Código Penal, e, a princípio, entende-se como uma das causas de exclusão da ilicitude, ou seja, o chamado estado de necessidade justificante. Assim dispõe o CP:

---

<sup>103</sup> ZAFFARONI, PIERANGELI, op.cit., p. 660.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, e pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Primeiramente, analisando o conceito apresentado pelo dispositivo legal, retira-se seis requisitos que configuram o estado de necessidade: 1) que o perigo seja atual, não admitindo perigo passado, uma vez que não mais ameaça o bem protegido; 2) que a ameaça seja a um direito próprio ou de terceiro e que o seu sacrifício não seria razoável exigir; 3) que a situação de perigo não seja causada pelo agente; 4) que a conduta seja inevitável de todas as formas; 5) que o agente tenha conhecimento da situação de fato, do perigo (requisito subjetivo); e 6) que inexista o dever legal de enfrentar o perigo.<sup>104</sup>

Entretanto, além do estado de necessidade justificante, que exclui a antijuridicidade, a doutrina elenca outro tipo de estado de necessidade que exclui a culpabilidade. É o estado de necessidade exculpante. Esta concepção foi atribuída pela jurisprudência e doutrina alemã que admitia as duas formas de estado de necessidade, caracterizando, assim, a chamada “teoria diferenciadora”, sendo que a diferenciação dos dois casos de estado de necessidade vem explicitamente disposto no Código Penal alemão.

No direito alemão, durante a análise do estado de necessidade, era utilizado o princípio da ponderação de bens e deveres, critério este puramente objetivo, que permitia configurar o estado de necessidade justificante quando o bem sacrificado

---

<sup>104</sup> DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 6. ed. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47.

rogava de menor proteção jurídica em comparação ao bem protegido pelo indivíduo. Contudo, tal princípio não se encaixava nos casos onde o bem sacrificado era de igual proteção jurídica, ou ainda, de maior tutela jurídica do que o bem protegido.

Diante desse impasse, a doutrina alemã passou a admitir o estado de necessidade exculpante, que era definido quando “as circunstâncias do fato revelarem um quadro de inexigibilidade de outra conduta” <sup>105</sup>, excluindo a reprovabilidade da conduta, conseqüentemente a culpabilidade. Considera-se uma das causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Johannes Wessels admitia o estado de necessidade exculpante (§ 35 I – Código Penal alemão) pressupondo “uma determinada situação de necessidade derivada de um perigo atual e não evitável de outro modo para a vida, o corpo ou a liberdade do próprio autor, de um parente ou de uma ‘pessoa que lhe seja próxima’ (= amigo, governanta, amante, etc)”. <sup>106</sup>

No Brasil, o Código Penal adotou a teoria unitária do estado de necessidade, uma vez que não faz qualquer menção sobre a “ponderação de bens e nem define a natureza do bem protegido ou a condição de seu titular em relação ao agente” <sup>107</sup>. O texto legal não faz distinção quanto ao estado de necessidade justificante e exculpante, admitindo as duas formas em um só dispositivo (artigo 24 do CP). Muito embora parte da doutrina brasileira considere que o estado de necessidade é apenas uma causa de justificação, excluindo a antijuridicidade do fato, verifica-se que a lei nada dispõe sobre os pressupostos do estado de necessidade, quais sejam, a ponderação do bem jurídico ofendido face ao bem protegido, conforme adoção pela doutrina alemã, acima exposta.

---

<sup>105</sup> TOLEDO, op.cit., p.178.

<sup>106</sup> WESSELS, op.cit., p. 92.

<sup>107</sup> TOLEDO, op.cit., p. 179. Outros doutrinadores foram adeptos a teoria unitária do estado de necessidade dentre eles Costa e Silva, Aníbal Bruno e Néilson Hungria.

Alguns doutrinadores, como João Mestieri, entendem que pode ser admitido o estado de necessidade justificante nos casos onde os bens sejam de valores iguais, uma vez que o dispositivo legal nada fala a respeito da preponderância dos bens. Já no tocante ao sacrifício de bens de valor superior ao bem protegido, há lugar para teoria do estado de necessidade exculpante, “a ser admitida com grande prudência, sempre que presente situação em que não era razoável exigir-se do agente comportamento diverso”.<sup>108</sup>

O penalista Zaffaroni defende a necessidade de distinguir o estado de necessidade justificante e exculpante, ainda que ambos derivem do mesmo dispositivo legal, para evitar certas contradições. E neste sentido explica:

Esta distinção interna não pode ser estabelecida de outro modo, que não em virtude de um princípio de axiologia jurídica: o estado de necessidade resultará de conformidade com o direito (justificante), quando a afetação do bem jurídico que causa a conduta do necessitado resulta de menor entidade que a lesão a um bem jurídico que corria perigo de o sofrer. Em termos mais sintéticos, mas também menos preciosos, costuma-se afirmar que o estado de necessidade é justificante quando o mal que se causa é menor do que aquele que se evita. Nos demais casos, em que o estado de necessidade também elimina a responsabilidade penal, de acordo com a fórmula do art. 24, a razão da eximente será a inculpabilidade (estado de necessidade exculpante).<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> MESTIERI, op.cit., p. 187. Dispõem ainda que “há autores adeptos do critério de preponderância, exigindo para o reconhecimento do estado de necessidade excludente da ilicitude que o bem sacrificado seja de menor valor. Se de valor igual, caberia reconhecer-se o estado de necessidade excludente da culpabilidade”. Entretanto, se manifesta em sentido contrário a esse fundamento defendido dentre outros por Heleno Fragoso. Outro doutrinador que se manifesta contrário a proposta apresentada por Heleno Fragoso é Francisco de Assis Toledo que disserta: “Não podemos aderir integralmente a esse entendimento pelo fato de que o estado de necessidade exculpante pressupõe a existência do injusto, isto é, de uma ação típica e antijurídica, o que indubitavelmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao art. 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor (vida contra vida, por exemplo).

<sup>109</sup> ZAFFARONI, op.cit., p. 591.

O doutrinador Francisco de Assis Toledo admite o sacrifício de um bem de maior valor para salvar-se o de menor valor, entretanto, não como uma das hipóteses previstas no artigo 23, inciso I e artigo 24 do Código Penal. Posiciona-se no sentido de que quando ficou caracterizado o estado de necessidade exculpante, a ação praticada pelo agente é típica e antijurídica, porém não é culpável, não podendo ser aplicada nenhuma pena. Dispõe ainda:

Admitimos, pois, com as ressalvas expostas, o estado de necessidade exculpaste como causa extralegal de exclusão da culpabilidade, por ser isso resultado de simples desdobramento do princípio da culpabilidade que, conforme já foi dito, está na base do sistema penal vigente, anteriormente às próprias normas legisladas.<sup>110</sup>

Diferentemente do posicionamento acima exposto, o penalista Heleno Cláudio Fragoso sustenta que o estado de necessidade exculpante, baseado no princípio da inexigibilidade de conduta diversa está sim compreendido no artigo 24 do CP, que suporta as duas formas de estado de necessidade, o justificante quando o bem sacrificado é de menor valor, ou ainda exculpante, quando o bem sacrificado é de igual ou maior valor.<sup>111</sup>

Muito embora haja uma certa divergência doutrinária no tocante a sua previsão legal no artigo 24 do Código Penal, verifica-se que é admitido no nosso sistema jurídico penal – doutrinário e jurisprudencial - a exclusão da culpabilidade

---

<sup>110</sup> TOLEDO, op.cit., p. 181.

<sup>111</sup> FRAGOSO, op.cit., p. 261. Neste sentido também disserta o doutrinador Luiz Regis Prado, dispondo que: “[...] a situação de estado de necessidade só existe, preenchidos os termos do artigo 24 do Código Penal. Essa modalidade de estado de necessidade decorre da teoria diferenciadora ou discriminadora, conforme já analisado nas causas de justificação. Embora a opinião de grande parte da doutrina, em razão exatamente da orientação perfilhada pela nossa lei, seja no sentido de vislumbrar somente o estado de necessidade justificante, cientificamente não se entende como o posicionamento mais correto. Em determinadas situações socorre a exclusão da culpabilidade do agente por inexigibilidade de outra conduta: em se tratando de bens equivalentes ou de maior valor”. (PRADO, op.cit., p. 277).

em face da caracterização do estado de necessidade, quando o bem sacrificado é de maior valor em comparação ao bem ofendido.

#### 4.3.2 Excesso de Legítima Defesa

A legítima defesa é uma das causas de justificação previstas no Código Penal brasileiro, em seu artigo 25, e é caracterizada quando o sujeito “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.<sup>112</sup>

Verifica-se que de acordo com preceituado acima, a agressão tem que ser moderada, somente utilizando-se dos meios necessários para repelir a injusta agressão. Entretanto, existem casos em que o agente ultrapassa esse limite estipulado utilizando meios além daqueles necessários. Tal fato pode ocorrer em razão do medo, susto, perturbação ou confusão do agente diante dos fatos.

Existem situações em que o sujeito não pode “dominar as reações psicológicas desencadeadas, rapidamente, com base na agressão e na expectativa do perigo para o bem jurídico atingido, e acaba por exceder os estreitos limites da legítima defesa”<sup>113</sup>. Portanto, realiza comportamento ilícito, devendo, segundo a lei pátria, ser responsabilizado pelos excessos dolosos ou culposos resultantes de sua conduta.

Contudo, existem condutas que muito embora extrapolem o limite legal da legítima defesa, não são passíveis de censura penal, ou sejam, não incide sobre ela a reprovabilidade penal necessária para configurar a culpabilidade.

---

<sup>112</sup> BRASIL, Código Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

<sup>113</sup> TELES, Ney Moura. Direito Penal, parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 285.

Diante de tais circunstâncias a doutrina brasileira, vem admitindo a exclusão da culpabilidade face à inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que “não se pode igualmente censurar o agente pelo excesso, por não lhe ser humanamente exigível que, em frações de segundo, domine poderosas reações psíquicas – sabidamente incontroláveis – para, de súbito, agir, diante do perigo, como um ser irreal [...]”.<sup>114</sup>

Juarez Cirino dos Santos vai além aos fundamentos usados para defender este tema, e dispõe que:

O excesso de legítima defesa pode constituir **causa de exculpação** segundo várias teorias: a teoria da *redução do controle da vontade*, de MAYER; a teoria da *situação psicológica excepcional*, de BLEY; a teoria da *dupla redução do injusto e da culpabilidade* (defesa contra agressão antijurídica e presença de afetos astênicos, respectivamente), hoje dominante de JESCHEK/WEIGEND e outros; e a teoria da *desnecessidade de prevenção especial e geral* (autor socialmente integrado e ausência de estímulo à limitação), de ROXIN. A exculpação do excesso de legítima defesa pressupõe, em todas as teorias, os afetos astênicos (ou fracos) de confusão, *medo* ou *susto* na pessoa do autor – e não os afetos estênicos (ou fortes) de *ódio* ou *ira*. [...] Os estados afetivos de confusão, medo ou susto podem explicar a redução dos controles, a anormalidade psicológica, a redução da culpabilidade ou a desnecessidade de prevenção indicadas pelas diferentes teorias e, assim, como emoções insuscetíveis de controle consciente, fundamentam a exculpação do excesso de legítima defesa, independente de previsão legal.

---

<sup>114</sup> TOLEDO, op.cit., p. 330.

A doutrina elenca duas formas diversas de excessos, o intensivo e o extensivo. O excesso intensivo ocorre em virtude do estado de confusão, susto ou medo em que o agente se encontrava no momento da injusta agressão, ou seja, o agente ultrapassa os limites de intensidade dos seus atos, utilizando-se de meios desnecessários em razão do seu estado psíquico estar alterado por estes três elementos. Já no excesso extensivo a agressão injusta já cessou, porém o agente utiliza-se dos meios desnecessários apenas por motivo de vingança, não havendo qualquer reação psíquica que afete a liberdade de escolha.

O excesso intensivo de legítima defesa pode se configurar uma excludente de culpabilidade, porém, nos casos que ficar configurado o excesso extensivo a exculpação não é possível, pois “houve o exaurimento da defesa, e já não há agressão, sendo o comportamento do sujeito não apenas ilícito, mas também realizado com plena consciência da ilicitude” <sup>115</sup>.

Juarez Cirino dos Santos subdivide o excesso de legítima defesa em dois pontos de vistas: o subjetivo e o objetivo. No subjetivo o excesso pode ser inconsciente ou consciente, sendo que segundo este autor, a teoria dominante admite as duas formas como excludente da culpabilidade, e a teoria minoritária admite apenas o excesso inconsciente. No aspecto objetivo, considera-se que o excesso pode ser intensivo ou extensivo, basicamente nos moldes acima apresentados. <sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> TELES, op.cit., p. 285.

<sup>116</sup> SANTOS, op.cit., p. 261. No tocante ao excesso intensivo e extensivo o autor novamente os subdivide-se da seguinte forma: “no excesso intensivo de legítima defesa podem ocorrer as seguintes alternativas: a) o excesso inconsciente determinado por afetos astênicos de confusão, medo ou susto (isolados ou em conjunto com afetos estênicos de ira ou ódio) é exculpável; b) e excesso consciente produzido por afetos astênicos e estênicos é, igualmente, exculpável; c) o excesso consciente ou inconsciente produzido somente por afetos estênicos de ira ou ódio é punível; d) o excesso consciente produzido por crença errônea da necessidade de defesa caracterizada hipótese de legítima defesa putativa [...]. O excesso extensivo se caracteriza pela descoincidência temporal da

A admissão do excesso de legítima defesa como excludente da culpabilidade também é admitida por Welzel quando “por perturbação, medo ou terror é o excesso antijurídico, mas atenua a culpa, já que a possibilidade de atuar de outro modo é dificultada pela excitação. Este fundamento de atenuação pode se transformar em completa isenção de pena”.<sup>117</sup>

Nos Tribunais Superiores este tema tem rendido muita discussão, entretanto João Mendes Campos traz em sua obra diversas jurisprudências que demonstram a aceitação da exculpação do excesso de legítima defesa, quando ficou comprovado o sentimento de medo, pânico que atingiu o agente no momento dos fatos. Uma delas, uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que elucida o seguinte:

Homicídio – Legítima Defesa – Excesso Escusável. Não é razoável exigir-se que uma pessoa, diante de violenta agressão, dominada pelo medo e pelo susto, reaja exatamente com a mesma intensidade, seja capaz de medir com precisão a suficiência da sua reação ao ataque sofrido. É necessário reconhecer que, no calor do embate, num ambiente psicológico de pânico, torna-se impossível dispor de calma suficiente para revidar com critérios rigorosamente mensuráveis. Pode ocorrer, em situações tais, o chamado excesso intensivo de legítima defesa, ou excesso exculpante, em que o ambiente de perigo, susto e medo, embora não exclua a ilicitude, por estar ausente a moderação, é claramente suficiente para excluir a culpabilidade daquele que, ao se defender, o fez de maneira mais contundente do que o estritamente necessário.<sup>118</sup>

---

defesa em face da agressão, nas seguintes situações: defesa posterior a agressão [...]; defesa anterior à agressão [...].

<sup>117</sup> WELZEL, apud CAMPOS, João Mendes. A inexigibilidade de outra conduta no Júri: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 67/68.

<sup>118</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Criminal n. 68.525/5, dia de julgamento 08/10/1996.

Portanto, observa-se que o excesso de legítima defesa vem sendo admitido como causa de exclusão da culpabilidade diante da não-exigibilidade de conduta do agente tanto na doutrina majoritária quanto na jurisprudência brasileira.

#### 4.3.3 Excesso de Legítima Defesa Putativa

Alguns doutrinadores admitem o excesso de legítima defesa putativa como causa de exclusão da culpabilidade face a inexigibilidade de conduta diversa. O artigo 20, § 1º do Código Penal declara:

Art. 20. O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tomaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Está inserido neste dispositivo a chamada legítima defesa putativa, também chamada pela doutrina de discriminante putativa, conduta na qual o legislador isentou de pena face ao erro plenamente justificável pelas circunstâncias.

A legítima defesa putativa se configura no momento em que “há uma incongruência ou contradição entre a representação fática do agente e a situação objetiva ou real”, ou seja, o agente possui uma falsa representação da realidade, imaginando estar em situação de perigo, agindo assim, em defesa de uma situação que acredita ser real, porém não é.

A doutrina dominante entende que não há como configurar o excesso de legítima defesa putativa, posto que “se não existe situação de legítima defesa real, então não existem limites suscetíveis de serem excedidos” <sup>119</sup>.

Contudo tal posicionamento é criticado por Juarez Cirino dos Santos afirmando que a representação errônea da realidade produz efeitos iguais ao da representação real. Melhor explicando, “no excesso de legítima defesa putativa, o autor representa a existência de agressão inexistente e, por confusão, medo ou susto, emprega meio de defesa superior ao necessário, se existisse agressão [...]” <sup>120</sup>.

O posicionamento doutrinário quanto ao excesso de legítima defesa putativa é controvertido. Porém, não obstante ao posicionamento contrário, existem jurisprudências admitindo o excesso de legítima defesa putativa: “Na Legítima defesa putativa também é indeclinável que o agente se contenha dentro dos limites da reação que seria necessária contra a imaginária agressão (JTACRIM 59/171)” <sup>121</sup>.

#### 4.3.4 Fato de consciência

O fato de consciência, ou também chamado por René Ariel Dotti de cláusula de consciência, tem como fundamento o artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, e declara que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de

---

<sup>119</sup> SANTOS, op.cit., p. 263.

<sup>120</sup> Idid., p. 263. Este autor faz menção em sua obra que seu posicionamento é baseado nos posicionamentos de Roxin e Jakobs, de desta mesma forma entendem sobre o excesso da legítima defesa putativa.

<sup>121</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p. 182. Neste mesmo sentido, TJSP: RT 434/348, 443/445, 565/313.

convicção filosófica e política”<sup>122</sup>, garantindo este direito a todos, nos seguintes termos:

Art. 5º (...)

VI. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII. ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Esta norma constitucional está correlacionada com a liberdade de crença e consciência, bem como sua proteção. O limite dado a esta norma é determinado pelos direitos fundamentais individuais ou coletivos, mas segundo Juarez Cirino dos Santos, não é limitado pela lei penal.

No entanto, ao analisar o artigo 5º, incisos VI e VIII, acima transcritos, pergunta-se qual a relação existente com a culpabilidade penal, além disso, aonde se encontra o fundamento para exculpação pela inexigibilidade de conduta.

Bom, primeiramente vale ressaltar que o fato de consciência é considerado “um sentimento interior de obrigação incondicional, cujo conteúdo não pode ser valorado como certo ou errado pelo juiz, que deve verificar, exclusivamente, a correspondência entre decisão exterior e mandamentos morais da personalidade”.<sup>123</sup>

Contudo, muito embora o fato de consciência seja um elemento interno de cada indivíduo, e que ainda, como exposto acima, não pode ser valorado pelo juiz face à sua subjetividade, não é um direito pleno e esbarra nos direitos individuais e

---

<sup>122</sup> DOTTI, René Ariel, Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

<sup>123</sup> SANTOS, op.cit., p. 265/266. Neste mesmo sentido René Ariel Dotti.

coletivos. Portanto, apenas poderá ser admitido como forma de exculpação, quando a conduta da agente visa proteger um bem jurídico através de uma “alternativa neutra”.

O principal exemplo utilizado pela doutrina é quanto a recusa da transfusão de sangue ao filho necessitado, por motivos religiosos. Este exemplo esbarra em um direito individual, portanto, de forma alguma poderá ser exculpado.

Quanto ao fundamento da isenção de pena pelo fato consciência, Juarez Cirino dos Santos declara que o assunto é controvertido e que existem alguns posicionamentos:

1) exclui a tipicidade, se existe alternativa neutra de proteção do bem jurídico; 2) exclui a antijuridicidade, porque o exercício de direito fundamental não pode ser antijurídico; por outro lado, não exclui a antijuridicidade, porque decisões de consciência contrárias ao direito não podem ser jurídicas; 3) atitudes contrárias ao direito, expressão do princípio democrático da maioria, podem ser exculpados sob vários fundamentos: por limitação psíquica da capacidade de comportamento conforme a norma; por dupla redução do injusto (situação perturbadora da personalidade) e da culpabilidade (elevada dificuldade de motivação conforme a norma); porque não agridem princípios constitucionais nem lesionam direitos individuais fundamentais e, portanto, não existe necessidade de punição preventiva.<sup>124</sup>

Pode-se observar, como poucos doutrinadores dispõem, que esta suposta causa supralegal de exclusão da culpabilidade, uma vez que o Código Penal não faz qualquer menção a este critério, é restringida por dois direitos com dimensão muito ampla e importante – direito individual e coletivo -, restando pouquíssimos casos em que poderia ser aplicada, sem que agrida nenhum desses direitos.

#### 4.3.5 Provocação da situação de legítima defesa

<sup>124</sup> SANTOS, op.cit., p. 266/267. Baseia-se este autor nas obras de EBERT, ROXIN e RUDOLPHI.

O raciocínio básico que se deve fazer quanto a este tema é que, se a provocação exclui a legitimidade da legítima defesa, posto que para caracterizar a legítima defesa é necessário injusta agressão, a consequência disso é a não admissão de tal tese como excludente de culpabilidade.

No entanto, esse raciocínio vem sofrendo revisão através da nova dogmática, como disposto por René Ariel Dotti, no que tange “à possibilidade do desvio da agressão: se o provocador pode desviar a agressão provocada, não há exculpação; se não há possibilidade de desviar a agressão provocada, é possível admitir a exculpação, porque não se pode exigir de ninguém renúncia à vida”.<sup>125</sup>

Diante dessa nova dogmática, apenas é admissível a exculpação nos casos em que não há possibilidade de desviar a agressão provocada, remetendo essa exculpação a casos concretos, que deverão ser analisados cuidadosamente.

Contudo a jurisprudência não admite esta nova dogmática, entendendo que a provocação de legítima defesa não exclui a ilicitude, nem a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta. Estas são as posições jurisprudenciais, expostas por Mirabete<sup>126</sup>:

a) O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Quem provoca a reação da vítima, e depois vêm abatê-la, não pode invocar, com êxito, a legítima defesa. Ninguém pode beneficiar-se com situação censurável a que deu causa”. (RJTJERGS 151/245).

b) O Tribunal de Justiça de São Paulo: “Quem provoca e desafia não pode ser considerado como estando em legítima defesa. Esta pressupõe revide a injusta agressão, o que não ocorre se houver desafio inicial do agressor”. (RT 572/340).

---

<sup>125</sup> DOTTI, op.cit., p. 428. Baseia-se em Claus Roxin e Juarez Cirino dos Santos.

<sup>126</sup> MIRABETE, op.cit., p.214.

c) O Tribunal de Justiça do Paraná: “Não pode invocar a legítima defesa quem deu causa aos acontecimentos, como agente provocador” (RT 562/358).

Portanto, verifica-se que não há de fato uma divergência entre o posicionamento doutrinário e o entendimento dos Tribunais brasileiros, no que tange a provocação do estado de legítima defesa, como excludente da culpabilidade.

#### 4.3.6 Desobediência Civil

Esta causa de exclusão da culpabilidade é defendida pelo professor Juarez Cirino dos Santos juntamente com René Ariel Dotti. Para o primeiro, a desobediência civil “consiste em atos demonstrativos públicos, como bloqueios, ocupação, etc., em defesa do bem comum ou de questões vitais da população”.<sup>127</sup>

Já René Ariel Dotti conceitua desobediência civil como “uma forma particular de rebeldia, na medida em que é praticada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim imediato de induzir o legislador a modificá-la”.<sup>128</sup>

Admite também a exculpação apenas nos casos em que a desobediência é fundada na proteção de direitos fundamentais ou a dano de um bem juridicamente tutelado. Ressalta como exemplo as manifestações do Movimento dos Sem Terras (MST).

Juarez Cirino dos Santos, baseando-se em roxin, Ebert e Rudolphi, apresenta como fundamentos desta causa a “existência objetiva de um injusto mínimo, e na

---

<sup>127</sup> SANTOS, op.cit., p. 267.

<sup>128</sup> DOTTI, op.cit., p. 428.

relevante motivação subjetiva, ou, alternativamente, na desnecessidade de prevenção especial a geral”.<sup>129</sup>

Dentro da doutrina brasileira pouco se comenta sobre esta causa de exclusão da culpabilidade, uma vez que os doutrinadores que admitem a inexigibilidade de conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade não exemplificam casos específicos em que seria possível sua admissão, mas sim como uma espécie de princípio que seria aplicado em qualquer caso concreto.

#### 4.3.7 Conflito de deveres

Existem certas situações em que o sujeito se depara com um conflito de deveres e está obrigado a cumprir com um deles. Nestes casos, não há dispositivo legal que disponha sobre esta questão, devendo pois, ser resolvida através da inexigibilidade de conduta diversa. Nestas situações o sujeito necessita escolher o mal menor<sup>130</sup>.

O caso clássico elencado pela doutrina é da eutanásia de doentes mentais durante o regime nazista: “eliminação de minoria selecionada para salvar a maioria dos doentes mentais, porque a recusa radical de cumprir a ordem superior determinaria a morte de todos por médicos substitutos fiéis ao regime”<sup>131</sup>.

Deve-se reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa nos casos em que ficar configurado que o sujeito, diante de um conflito de deveres, agiu de forma a atingir um mal menor.

<sup>129</sup> SANTOS, op.cit., p. 267.

<sup>130</sup> Neste sentido Jescheck disserta que nem sempre o autor pode escolher o mal menor e nem por isso deve ser considerado culpado: “Esto no implica, sin embargo, que el autor tenga que decidirse siempre por el ‘mal menor’ para resultar exculpado. Por el contrario, también debe quedar exonerado des reproche de culpabilidad quien no se atreve a intervenir personalmente en el curso del destino”. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: parte general. 4.ed. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 456.

<sup>131</sup> Ibid., p. 267.

Juarez Cirino dos Santos vai além e declara que “quando condições de existência social adversas deixam de ser transitórias para ser a regra constante da vida das massas miserabilizadas, então o crime pode constituir resposta normal de sujeito em situação social anormal”.<sup>132</sup> Neste caso identifica-se um caso de inexigibilidade de conduta por conflito de deveres.

É também no conflito de deveres que a doutrina admite a co-culpabilidade do Estado, “quando, deixamos de cumprir os deveres essenciais de assistência aos necessitados, renuncia ao dever de punição”.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> SANTOS, op.cit., p. 269.

<sup>133</sup> DOTTI, op.cit., p. 429.

## **5 A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA E SUA QUESITAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Como já demonstrado em outros tópicos, não se pode afirmar em nenhum momento que a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal é aceita por unanimidade no direito penal brasileiro, tanto no que tange a doutrina, quanto nas decisões dos Tribunais pátrios.

Contudo, quando a questão é a sua admissão como quesito no Tribunal do Júri o tema se torna ainda mais controvertido, existindo posicionamento favoráveis e contrários a sua utilização.

A jurisprudência brasileira não admite a formulação de quesitos autônomos sobre a inexigibilidade de forma geral e supralegal nos julgamentos do Tribunal popular. Caso este quesito seja incluído na quesitação, e ainda, seja o réu absolvido em razão da inexigibilidade de conduta, o Júri será anulado caso a acusação interponha recurso de apelação.

Segundo o disposto no artigo 484, inciso III no Código de Processo Penal o réu poderá apresentar, em sua defesa, qualquer circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime. Diante disso, entende-se que apenas poderá constar nos quesitos causa expressamente previstas em lei, e não causas supralegais como da inexigibilidade de conduta diversa.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Habeas Corpus n. 66.192-1, tendo como relator o Min. Moreira Alves, já decidiu: “Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou

de culpabilidade. Correta, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à inexigibilidade de conduta diversa”.<sup>134</sup>

Porém, alguns doutrinadores, contrariando os entendimentos jurisprudenciais, admitem a quesitação da inexigibilidade de conduta como causa supralegal no Tribunal do Júri. Dentre eles está Francisco de Assis Toledo, ministro do Superior Tribunal de Justiça, que juntamente com a 5ª Turma, em análise do Recurso Especial n. 2.492, proferiram a seguinte decisão:

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão da 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 os fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. – quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da Reforma Pena. 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. (JSTJ, 18/243).

Outro doutrinador que admite a quesitação é José Enrique Pierangeli, que, entende que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é inatacável. Se preocupa este autor quanto a sensação de impunidade que a aceitação desta tese pode causar, porém admite que a tese é totalmente jurídica.

Há mais, este autor relata que após a Reforma Penal de 1984, foi instaurado em nosso país um direito penal liberal, “que se funda no princípio da culpabilidade, só a adoção de uma interpretação evolutiva permite-lhe instrumentalizar a nova

---

<sup>134</sup> Assim relatou em sua obra NAHUM, op.cit., p. 92. Também complementa com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar Apelação Criminal n. 76.681-3: “O sistema penal vigente somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa de excludente de culpabilidade quando expressamente prevista. Isto porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão do respectivo rol com o socorro da analogia *in bonam partem*”.

legislação”<sup>135</sup>. Salaria este autor que a exigibilidade de conduta é baseada em um juízo de reprovação que fundamenta a culpabilidade, não podendo censurar-se aquele que pratica conduta incensurável.

Fernando Capez também se mostra favorável a admissão desta tese, fazendo menção a decisão do STJ, acima mencionada.<sup>136</sup> Demonstrado está que esta tese é extremamente controvertida.

Analizando os posicionamentos favoráveis, verifica-se que a admissão de quesitos gerais sobre a inexigibilidade poderia resultar em uma certa impunidade. Diferente do Juiz togado, que analisa a conduta do agente objetivamente, mesmo quando se trata da culpabilidade, os jurados não possuem qualquer critério objetivo para analisar a conduta do agente, se prendendo apenas aos aspectos subjetivos do delito, e a utilização de um critério tão subjetivo quanto a inexigibilidade de outra conduta, poderia resultar em muitas impunidades. Há de se criar critérios mais objetivos que permitam a sua quesitação sem prejuízo a eficácia do direito penal.

Porém, não há como admitir que o agente seja punido por uma conduta que não incide o juízo de reprovabilidade, apenas porque o legislador não pode prever todas as situações de exculpação.

Há um grande paradigma entre os dois posicionamentos, devendo tal tema ter uma maior discussão dentro da doutrina e jurisprudência, permitindo que ao fim, que o direito penal analise os delitos de maneira objetiva, mais nunca deixando de ver o homem de “pé no chão, ou seja, dotado de virtudes e defeitos como Deus o criou”, nas palavras de Francisco Assis Toledo.

---

<sup>135</sup> PIERANGELI, José Henrique. Escritos jurídico-penais. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 118.

<sup>136</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 279.

## 6 CONCLUSÃO

Diante do exposto no trabalho se chega as seguintes conclusões:

1. a culpabilidade, após passar por diversas mudanças no que diz respeito a sua concepção, hoje é entendida como um juízo de reprovabilidade do injusto praticado pelo autor, um juízo de censura da conduta típica e antijurídica do agente.

2. Que a teoria psicológica da culpabilidade defendia que a culpabilidade era composta por dois elementos psíquicos: o dolo e a culpa e como pressuposto a imputabilidade, bastando que o sujeito fosse imputável e que houvesse relação psicológica entre o sujeito e o resultado para que o delito fosse a ele imputado. A junção de dois elementos diferentes, dolo e culpa, condenou esta teoria.

3. Ao passo das críticas dirigidas a teoria psicológica, surgiu a teoria psicológica-normativa, que trouxe a culpabilidade o juízo de reprovação e a exigibilidade de conduta diversa. Quatro grandes doutrinadores ligaram seus nomes a esta corrente: Reinhard Frank, James Goldschmidt, Mezger e Berthold Freudenthal. A culpabilidade era composta por três elementos: imputabilidade, os elementos psico-normativos e a exigibilidade de conduta diversa. A falha foi em manter os dois elementos juntos dolo e culpa.

4. Diante das críticas elaboradas à teoria psico-normativa, surge a teoria normativa, também chamada de pura, que foi desenvolvida por Welzel. O dolo e a culpa foram retirados da culpabilidade e inseridos no tipo penal, livrando a culpabilidade de qualquer resquício psicológico. É a teoria adotada atualmente.

5. Adentrando na análise da culpabilidade inicialmente analisa-se a imputabilidade como conjunto de condições pessoais que capacitam o agente a responder pelo ato praticado. Deve o agente ser responsabilizado por seus atos

quando tiver plena capacidade de compreendê-los. Não excluem a imputabilidade a emoção e paixão e a embriaguez na forma voluntária ou culposa.

6. Admissível apenas a embriaguez accidental completa e a patológica. Na primeira hipótese, derivada de caso fortuito ou de força maior – artigo 28, § 1º do CP, o agente é isento de pena pela incapacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta. Já a embriaguez patológica é considerada uma doença mental e sua hipótese de inimputabilidade está prevista no artigo 26 do Código Penal.

7. No que se refere à potencial consciência da ilicitude, na concepção majoritária, ela é integrada a culpabilidade e não ao dolo – Teoria Extrema da Culpabilidade. É a possibilidade de compreensão do injusto, é normativa e alheia a qualquer dado psicológico.

8. A exigibilidade de conduta diversa é o terceiro elemento na análise da culpabilidade e que se restringe a necessidade do Juiz analisar a conduta do agente, de maneira a afirmar se o agente podia agir de modo diverso, de acordo com a norma imposta. Para chegar a esta conclusão, faz-se um estudo sobre as circunstâncias em que o ato foi praticado pelo autor, podendo este ser exculpado quando restar demonstrado que não poderia agir de maneira diferente, não podendo ser exigido dele conduta diversa.

9. No Direito Penal brasileiro existe basicamente três causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa: a coação irresistível e obediência hierárquica, ambas previstas no artigo 22 de Código Penal e o favorecimento pessoal previsto na artigo 348, § 2º do mesmo códex.

10. Muito embora seja uma causa de exclusão da culpabilidade divergente, a doutrina admite sua aplicação nos casos de estado de necessidade exculpante, excesso de legítima defesa, excesso de legítima defesa putativa, fato de

consciência, provocação de situação de legítima defesa, desobediência civil e o conflito de deveres.

11. O artigo 24 do Código Penal admite o estado de necessidade, entretanto, diferente do direito penal alemão que diferencia o estado de necessidade justificante e exculpante – Teoria Diferenciadora, o nosso apenas faz menção ao estado de necessidade, adotando a teoria unitária, as duas espécies em um só dispositivo. A doutrina entende que há de se ponderar os bens ofendidos, ou seja, quando o bem ofendido é de menor valor jurídico do que o bem protegido, pode-se falar em estado de necessidade justificante, que exclui a antijuridicidade, porém, quando o bem protegido é de maior tutela jurídica, fala-se em exclusão da culpabilidade pela estado de necessidade exculpante.

12. Quando o sujeito extrapola no uso dos meios necessários para repelir a agressão, pratica o chamado excesso de legítima defesa. Mas, será justo exigir do agente que consiga dominar as reações psicológicas no momento dos fatos e ainda utilize somente os meios necessários para repelir a agressão? Muitos entendem que não. Existem dois tipos de excessos: o intensivo e o extensivo. O intensivo ocorre em virtude da confusão, do susto, do medo em que o agente se encontra no momento da injusta agressão, ultrapassando os limites em razão deste estado mental. Esta situação é passível de exclusão da culpabilidade. Já o excesso extensivo ocorre quando a agressão injusta já cessou, entretanto o agente ultrapassa dos limites da legítima defesa por motivo de vingança, devendo ser responsabilizado pelos seus atos.

13. A desobediência civil e o conflito de deveres, muito embora sejam muito pouco mencionados pelos doutrinadores brasileiros, podem ser causa de exculpação, dependendo do caso concreto, por inexigibilidade de conduta diversa.

14. No que tange a quesitação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal no Júri os posicionamentos são contrários. Parte da doutrina admite a quesitação, porém a jurisprudência majoritária entende que apenas é possível elaborar quesitos que excluam o crime ou isente de pena quando previstos em lei (artigo 484, inciso III do Código Penal, não admitindo nenhuma causa supralegal). Entretanto, já existem julgados do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, admitindo a quesitação, porém não no seu conceito jurídico, e sim diante dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito.

15. Por fim, a conclusão geral deste trabalho é que a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade é um tema controverso no Direito Penal e sua recusa baseia-se no receio de que a admissão de uma causa supralegal resultaria na eficácia do ordenamento. Porém, verifica-se que muito embora esta causa exculpante tenha uma grande amplitude, se utilizada de forma séria e consciente pelas partes atuantes nos julgamentos não reduziria a eficácia do Direito Penal, e sim traria as decisões judiciais em senso de Justiça, uma vez que não se pode reprovar e condenar tal fato unicamente sob o fundamento de enfraquecimento legal.

## REFERÊNCIAS

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução e anotação Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 2: Fato Punível. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAMPOS, João Mendes. **A inexigibilidade de conduta diversa no Júri**: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa e Direito Penal**. 3 ed., Coimbra: Coimbra Limitada, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16 ed. Ver. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte geral. 4 ed. Granada: Comares editorial:1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal** (parte geral). v1. 25 ed. , São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MESTIERI, João. **Manual de Direito Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de Conduta Diversa**: Causa Supralegal Excludente de Culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos Jurídicos-Penais**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, tomo I: fundamentos la estructura de teoria del delito. 2 ed. Madrid (Espana): Civita, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2007.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

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

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELO, Joe Tennyson. **O Juízo de Censura Penal** ( O Princípio da Inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Fabris, 1993.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal** (aspectos fundamentais). Tradução do original alemão e notas por Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.