

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE FORMIGA – UNIFOR-MG

CURSO DE DIREITO

DANILO CÉSAR BASÍLIO DE SOUZA

**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE**

FORMIGA-MG

2010

DANILO CÉSAR BASÍLIO DE SOUZA

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito do UNIFOR-MG, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga

FORMIGA-MG

2010

S719 Souza, Danilo César Basílio de.

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de
excludente da culpabilidade / Danilo César Basílio de Souza. - 2010.
70 f.

Orientador: Altair Resende de Alvarenga.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)—
Centro Universitário de Formiga—UNIFOR-MG, Formiga, 2010.

1. Inexigibilidade. 2. Supralegal. 3. Culpabilidade. I. Título.

CDD 345

Danilo César Basílio de Souza

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao curso de Direito do UNIFOR-MG, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando Altair Resende de Alvarenga
Orientador

Prof. Doutorando André Hostalácio Freitas
UNIFOR-MG

Prof. Enio Paulo Batista Pieroni
UNIFOR-MG

Formiga, 21 de junho de 2010.

"O Futuro pertence àqueles que acreditam na
beleza de seus sonhos." (Eleanor Roosevelt)

AGRADECIMENTO

Agradeço, sobretudo, a Deus que me concedeu os dons da perseverança e dedicação no decorrer de meus estudos e que me revitalizou nas horas difíceis.

Agradeço aos meus pais, que com determinação e carinho me oferecem todo apoio possível, me ensinando os valores da vida e que nunca abdicam esforços para concretização de meus objetivos. A minha irmã Natália pela incansável apoio e que com sua ternura sempre me ajuda.

A minha namorada, que com seu amor, companheirismo e sua imensurável paciência me incentiva a todo momento.

Agradeço, ainda, ao Dr. Altair pela paciência, oportunidade de aprendizado e por semear em nós, alunos, a sede do aprendizado e da perseverança.

RESUMO

Crime, de acordo com o conceito analítico tripartido, é um fato típico, ilícito e culpável. O fato é típico quando uma conduta provoca um resultado e é previsto em lei como delito. Já a ilicitude é a contrariedade do fato ao ordenamento jurídico. A culpabilidade, que é o âmago do trabalho, é a reprovabilidade do ato, ou seja, é a censura ao fato. Com efeito, cada elemento do crime possui seus respectivos componentes, os quais, uma vez excluídos, elidem a configuração do crime. Desta feita, a culpabilidade é composta pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa. Todos estes elementos da culpabilidade possuem causas legais que o excluem. Ocorre a inexigibilidade de conduta diversa, quando, em determinadas circunstâncias, não é exigível que o agente agisse de acordo com o direito. As únicas causas legais que excluem a exigibilidade de conduta diversa são a coação moral irresistível e obediência hierárquica. Destarte, a controvérsia que assola a doutrina é se o ordenamento jurídico aceita outras hipóteses, além destas causas legais, em que é inexigível que o agente tivesse outra conduta, para excluírem a culpabilidade. Os autores divergem e o tema é controverso.

Palavras-chaves: Inexigibilidade conduta diversa. Culpabilidade. Supralegal

ABSTRACT

Crime, according to the tripartite analytical concept, is a typical fact, illegal and culpable. The fact is when a Typical behavior provokes a result and is provided for by law as a crime. Already the unfairness is the predicament of the fact the legal system. The fault, which is the core of the work is to disapprove of the act, namely, the fact is censorship. Indeed, each element of the crime has its components, which, once excluded, hide very setting of the crime. This time, the guilt is compounded by accountability, awareness of the potential illegality and enforceability of diverse behavior. All these elements of guilt have legal causes that exclude. Occurs unenforceability of diverse behavior when, in certain circumstances, there is no requirement that the agent acted according to law. The only legal causes which preclude the enforceability of diverse behavior are compelling moral constraint and hierarchical obedience. Thus, the controversy plaguing the doctrine is whether the legal system accepts other assumptions, besides these cases of law, is unenforceable where the agent had another practice. The authors disagree and the issue is controversial.

Keywords: inexigibilidade diverse behavior. Culpability. Supra.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CRIME	12
2.1 Conceito	12
2.1.1 Conceito Material	12
2.1.2 Conceito Formal	12
2.1.3 Conceito Analítico	12
2.2 Elementos	13
2.2.1 Fato Típico	14
2.2.1.1 <u>Conduta</u>	14
2.2.1.1.1 Teorias	15
2.2.1.1.1.1 Teoria Causalista	15
2.2.1.1.1.2 Teoria Finalista	15
2.2.1.1.2 Elementos subjetivos: Dolo e Culpa	17
2.2.1.2 <u>Resultado</u>	18
2.2.1.3 <u>Nexo Causalidade</u>	18
2.2.1.3.1 Teoria da Equivalência das Condições	19
2.2.1.3.2 Teoria da Causa Adequada	20
2.2.1.4 <u>Tipicidade Penal</u>	21
2.2.1.5 <u>Excludentes do fato típico</u>	22
2.2.1.5.1 Erro de Tipo	23
2.2.1.5.2 Crime Impossível	24
2.2.2 Illicitude	25
2.2.2.1 <u>Excludentes</u>	25
2.2.2.2 <u>Estado de Necessidade</u>	26
2.2.2.3 <u>Legítima Defesa</u>	26
2.2.2.4 <u>Estrito Cumprimento do Dever Legal</u>	27
2.2.2.5 <u>Exercício Regular de Direito</u>	27
3 CULPABILIDADE	29
3.1 Teorias	29
3.1.1 Teoria Psicológica	29
3.1.2 Teoria Psicológica Normativa	30
3.1.3 Teoria Normativa Pura	30
3.2 Elementos	32
3.2.1 Imputabilidade Penal	32
3.2.1.1 <u>Excludentes legais</u>	33
3.2.1.1.1 Doença Mental e Desenvolvimento Mental Retardado	33
3.2.1.1.2 Desenvolvimento Mental Incompleto – Menoridade	33
3.2.1.1.3 Embriaguez completa proveniente caso fortuito	34
3.2.2 Potencial Consciência da illicitude	35
3.2.2.1 <u>Excludente legal</u>	36

3.2.2.1.1 Erro de Proibição	36
3.2.3 <i>Exigibilidade de Conduta Diversa</i>	37
4 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	39
4.1 Excludentes legais	39
4.1.1 <i>Coação Moral Irresistível</i>	39
4.1.2 <i>Obediência Hierárquica</i>	41
4.1.3 <i>Favorecimento de pessoa e aborto em gravidez resultante de estupro</i>	42
5 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE	45
5.1 História	45
5.2 Conceito	47
5.3 Discussão quanto a aceitação pelo ordenamento jurídico	48
5.3.1 <i>Corrente Contrária</i>	48
5.3.2 <i>Corrente Favorável</i>	51
5.4 A Inexigibilidade de Conduta Diversa em Delitos Culposos	56
5.5 A Inexigibilidade de Conduta Diversa na Forma Omissiva	56
5.6 Espécies	58
5.6.1 <i>Estado de necessidade exculpante</i>	58
5.6.2 <i>Excesso exculpante na legítima defesa</i>	59
5.6.3 <i>Aborto de feto anencéfalo</i>	59
5.6.4 <i>Sonegação fiscal em contribuição previdenciária</i>	60
5.7 Exemplos de Casos Reais	62
6 CONCLUSÃO	67
7 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	69

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar da incidência da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Busca-se neste estudo, não alongá-lo, mas abordar os principais aspectos necessários para o entendimento do tema, em uma linguagem simplista, de fácil compreensão.

Para configuração do crime, a doutrina exige um exame analítico dos elementos que o formam. Com efeito, estudiosos divergem quanto à composição do delito. Para alguns, crime é um fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade mero pressuposto para imposição da pena. Entretanto, prevalece o entendimento que crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Fato Típico é o comportamento humano (ação ou omissão) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração. A ilicitude ou antijuridicidade é a oposição entre o fato e o ordenamento jurídico. Por sua vez, culpabilidade é o juízo de reprovação a uma conduta do autor. É a censurabilidade a um fato típico e antijurídico.

Deste modo, cada elemento possui seus respectivos componentes, os quais, uma vez elididos por alguma excludente, impedem a configuração do delito.

Assim, no primeiro capítulo será abordado o conceito de crime, enfocando o fato típico e a ilicitude, explicitando as teorias e questões inerentes a cada assunto, assim como as excludentes atinentes a estes elementos.

Em seguida, no segundo capítulo, analisar-se-á a culpabilidade. A culpabilidade é um dos elementos do crime de maior complexidade e que gera diversos embates doutrinários, dentre os quais, o que é alvo da presente monografia. Para alguns, a evolução do crime está intimamente ligada à culpabilidade. Logo, se fará uma abordagem histórica da evolução deste elemento, estudando os seus componentes e suas respectivas dirimentes legais.

No terceiro capítulo, estudar-se-á a exigibilidade de conduta diversa, enfocando suas excludentes legais.

Por fim, no quarto capítulo, analisar-se-á a história da inexigibilidade de conduta diversa, abordando, igualmente o seu conceito e sua estrutura.

Com efeito, neste último capítulo serão sistematizados os posicionamentos referentes à incidência da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Busca-se, com isto, demonstrar a importância do tema, abordando casos reais e as espécies em que a inexigibilidade de conduta diversa vem sendo aplicada.

Tentar-se-á, destarte, solucionar o problema levantado no projeto de pesquisa, referente à admissibilidade ou não, pelo ordenamento jurídico, da inexigibilidade de conduta diversa ser reputada como causa supralegal que exclua a culpabilidade.

2 CRIME

O conceito de crime é essencialmente jurídico. O Código Penal não o define, portanto, à doutrina incumbe o encargo.

Com efeito, estudiosos têm definido crime sobre três aspectos distintos:

“Atendendo-se ao aspecto externo, puramente nominal do fato, obtém-se uma definição formal; observando-se o conteúdo do fato punível, consegue-se uma definição material ou substancial; e examinando-se as características do crime, chega-se a um conceito, também formal, mas analítico da infração penal.” (MIRABETE, 2007, p. 81)

2.1. CONCEITO

2.1.1. CONCEITO MATERIAL

De acordo com este conceito, crime é o ato que atinge bens jurídicos protegidos pelo Estado e atenta contra interesses do corpo social (FRAGOSO, 1983).

“É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal” (NUCCI, 2008, p. 158).

Deste modo, infração penal é o ato que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais a existência da sociedade, ainda que sem previsão legal.

2.1.2. CONCEITO FORMAL

Crime é uma mera definição legal. Considera-se infração penal tudo aquilo que for definido em uma norma, independente de seu conteúdo ou de valoração da sociedade (CAPEZ, 2009).

Cuida-se, na verdade, de uma formalização do conceito material do delito (NUCCI, 2008).

2.1.3. CONCEITO ANALÍTICO

O conceito analítico busca decompor o delito e estabelecer os elementos estruturais que o formam.

Na realidade, trata-se do “conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência” (NUCCI, 2008, p. 159).

“O crime é certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal” (GRECO, 2008, p. 143).

O exame analítico (ou estratificado) visa verificar com nitidez a existência ou não do delito penal.

“Esta definição do *delito como conduta típica, antijurídica e culpável* nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar em cada caso concreto, se houve ou não delito” (ZAFFARONI, 2007, p. 339).

A doutrina diverge quanto aos elementos que compõem o crime, todavia, o âmago da questão gira em torno da concepção analítica bipartida e tripartida.

Para os partidários da corrente bipartida (MIRABETE, 2007; CAPEZ, 2009; DAMÁSIO, 2005) crime é um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mero pressuposto da pena. Para estes estudiosos “a culpabilidade não é característica, aspecto ou elemento do crime, e sim mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta” (2007, p. 85)

Noutro turno, de acordo com a corrente tripartida, crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

A culpabilidade, que será exaustivamente estudada em tópico próprio, é a reprovabilidade da conduta praticada, ou seja, é um juízo de reprovação (ZAFFARONI, 2007).

Portanto, segundo os doutrinadores adeptos a concepção tripartida que inclui a culpabilidade como elemento do delito: não há crime sem reprovação social¹.

¹ Aduz Guilherme de Souza Nucci (2008) que a concepção bipartida simplifica em demasia a culpabilidade, asseverando, noutro turno, que, adotada esta: “haveríamos de considerar criminoso o menor de 18 anos simplesmente porque praticou um fato típico e antijurídico ou aquele que, sob coação moral irresistível, fez o mesmo” ou, por outro lado, “o autor de um fato típico e antijurídico, que tenha sido levado à sua prática por erro escusável de proibição, sem ter a menor idéia de que o que praticava era ilícito, seria considerado um criminoso.” E enfatiza: “é incabível dizer que são ‘criminosos’, mas deixam apenas de receber pena” (NUCCI, 2008, p. 161.).

2.2. ELEMENTOS DO CRIME

Diante das premissas acima expostas, adotar-se-á no presente trabalho a teoria tripartida, por ser majoritária².

Destarte, crime é fato típico, antijurídico e culpável.

“trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito” (NUCCI, 2008, p. 159).

É de bom alvitre ressaltar, que cada elemento do crime possui seus respectivos componentes, os quais serão vistos abaixo, sendo que, excluído um destes componentes, não haverá o respectivo elemento, e, por conseguinte, inexistirá crime.

2.2.1. FATO TÍPICO

Fato Típico, segundo Damásio E. de Jesus, “é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração” (2005, p. 154).

Sendo assim, extrai-se que o fato típico tem como componentes estruturais: a conduta humana (dolo e culpa), o nexos de causalidade (elo entre a conduta praticada e o resultado produzido), resultado e a tipicidade penal (enquadramento da conduta em algum tipo penal previsto em lei e antinormatividade com todo ordenamento jurídico)³.

2.2.1.1.CONDUTA HUMANA PENALMENTE RELEVANTE

²NUCCI, 2008; BITENCOURT, 2009; ZAFARONI, 2007; FRAGOSO,1983; BRUNO,1981; GRECO, 2008; PRADO, 2008.

³ “Caso o fato concreto não apresente um desses elementos, não é fato típico e, portanto, não é crime. Excetua-se no caso, a tentativa, em que não ocorre o resultado” (MIRABETE, 2007, p. 88).

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define conduta como “Maneira de alguém se conduzir, se comportar; procedimento, comportamento [...]”⁴

Entretanto, para a ciência jurídica, a conduta deve ser visto sobre outro ângulo. Para o direito penal, conduta é “toda a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime” (CAPEZ, 2009, p. 117).

Deste modo, infere-se que a conduta se exterioriza pela ação ou omissão humana (BITENCOURT, 2009).

Com efeito, sobre a conduta emergiram-se diversas teorias, dentre as quais se destacam duas (causalista e finalista).

2.2.1.1.1. TEORIAS

2.2.1.1.1.2. TEORIA CAUSALISTA

A Teoria Causalista (ou Teoria Causal), também conhecida como Clássica ou Naturalística, foi concebida por Franz von Liszt no século XIX, e desenvolvida por Ernst von Beling (daí a denominação: sistema Liszt-Beling) (ZAFARONI, 2007).

De acordo com esta teoria, conduta é apenas um movimento corpóreo (NUCCI, 2008), é um processo mecânico, muscular e voluntário - não é reflexo, (MIRABETE, 2007). Não inclui a finalidade neste contexto.

Sendo assim, a teoria causal trata a conduta humana como um mero movimento corpóreo que produz um resultado e uma modificação no mundo exterior.

Para esta teoria: “O único nexos que importava estabelecer era o natural (da causa e efeito), desprezando-se os elementos volitivo (dolo) e normativo (culpa), cujo exame ficava relegado para o momento da verificação da culpabilidade” (CAPEZ, 2009, p. 119).

A teoria em apreço recebeu aguçadas críticas da doutrina nacional e estrangeira⁵. Entretanto, o principal fator que derrubou a teoria causal foi à ausência

⁴ Dicionário Aurélio Eletrônico. Projeto e Coordenação: Paulo Geigel e José Felix dos Santos. Versão Eletrônica: Lexikon Informática Ltda.

⁵ Sua base traz a tona o totalitarismo, visto que conduz ao arbítrio do legislador (a lei não dava margens à interpretação). Fernando Capez enfatiza: “Hans Welzel alertou sobre a perigosa margem de arbítrio que o

de finalidade na conduta. “Um conceito de conduta que prescindia de sua finalidade será onticamente inconcebível e impossível” (ZAFARONI, 2007, p. 367).

Não há como considerar típica uma conduta sem analisar a pretensão daquele que pratica ato, ou seja, o fim a que foi dirigido. Desta feita, consoante exemplo exarado por Capez (2009), seria típica a conduta de um ginecologista que examina uma mulher, tateando suas partes íntimas, visto que amoldada ao delito de atentado violento ao pudor⁶.

2.2.1.1.1.2. TEORIA FINALISTA

“A ação humana, entendida como causação de um resultado, unida a uma vontade que não era efetivamente vontade (por faltar-lhe a finalidade), denominada por seus partidários ‘conceito naturalista da ação’, já não era assim tão ‘natural’ (ZAFARONI, 2007, p.366).

A conduta vista de um ângulo naturalista tornou-se insustentável na medida em que se percebeu que a finalidade é inseparável da vontade.

Em razão disto, no final da década de 1920 e início da de 1930, Hans Welzel desenvolveu a Teoria Finalista da Ação, segundo a qual: conduta (ação ou omissão) é um ato voluntário, dirigido a um determinado fim (NUCCI, 2008).

Para Welzel⁷ *apud* Bitencourt:

“ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer ‘final’ e não puramente ‘causal’. A ‘finalidade’ ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente” (2009, p. 231).

positivismo causal deixava, levando ao total esvaziamento do conteúdo normativo do direito.” (2009, p. 120)
Também não explica a tentativa, na qual o dolo é o elemento subjetivo da conduta perpetrada.

Igualmente, não explica os casos de omissão, em que falta causalidade entre a não-realização (finalidade de não fazer) e o resultado. Também não abarca casos de crime culposos, em que o cerne é o desvalor da ação – o agente não deve ser responsável por um fato que não quis (culpa), mas provocou (por descuido), como casos em que desejou (BITENCOURT, 2009).

⁶ Hoje “estupro” conforme modificações no Código Penal introduzidas pela Lei 12.015/09.

⁷ Welzel, *Derecho penal alemán*, cit., p. 53, e *El nuevo sistema*, cit., p. 25.

O que caracteriza a conduta humana é a sua finalidade. Assim, um ato somente pode ser qualificado como conduta do agente quando resultado de sua vontade, ou seja de sua intenção.

Fernando Capez explica o seguinte exemplo:

“Um sujeito aponta uma pistola em direção à vítima e efetua um disparo. Pela mera observação externa do evento, não se pode afirmar ter ocorrido o fato típico homicídio (disparo intencional) ou homicídio culposo (disparo acidental).” (CAPEZ, 2009, p. 125)

Relembrando também o caso do médico que tateia a paciente. Não se pode, sem arguição de ordem subjetiva, saber se o profissional queria satisfazer sua lascívia ou examinar o órgão íntimo de sua paciente.

Destarte, a Teoria Finalista assevera que não existe conduta sem vontade e finalidade, e que não é possível separar o dolo e a culpa da conduta típica, como se fossem institutos distintos.

Sendo assim, a Teoria Finalista da Ação trouxe para a conduta (elemento da tipicidade) o dolo e a culpa, que, antes, faziam parte da culpabilidade, restando a esta (a culpabilidade) somente elementos normativos, o que será estudado em tópico atinente ao assunto.

2.2.1.1.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS: DOLO E CULPA

O Código Penal seguiu a orientação da Teoria Finalista e inseriu o dolo e a culpa na conduta (CAPEZ, 2009).

Para a caracterização da conduta, sob qualquer ângulo das teorias acima apontadas, é indispensável à concorrência da vontade e da consciência.

Com efeito, os elementos subjetivos da conduta são: dolo e culpa.

Reza o art. 18 do Decreto-Lei 2.848/40 (Código Penal):

“Art. 18. Diz-se o crime:

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II- culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

Com efeito, há dolo quando o agente possui a vontade consciente de realizar a conduta típica (dolo direto)⁸ ou não desejando, diretamente, a realização do tipo, aceita o possível resultado (dolo eventual)⁹ (NUCCI, 2008).

Noutro turno, a Culpa “é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado” (NUCCI, 2008, p. 223).

A culpa também se divide em duas vertentes: culpa inconsciente que é a culpa por excelência, ou seja, sem previsão do resultado e a culpa consciente, que ocorre “quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado, previsível, mas confia convictamente que ele não ocorra¹⁰” (BITENCOURT, 2009, p. 307).

O art. 18, II, do Código Penal discrimina as três formas de manifestação da culpa: imprudência (quando o agente age com precipitação, sem cautelas); negligência (que é a displicência, o agente podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por preguiça mental) e imperícia - falta de conhecimentos técnicos no exercício da arte ou profissão¹¹ (MIRABETE, 2007).

Avulta notar que, para se punir alguém por crime culposo, é imperioso que a culpa venha expressamente descrita no tipo penal. Sem esta previsão, a conduta somente será punida a título de crime doloso.

2.2.1.2. RESULTADO

Resultado é a “modificação no mundo exterior provocada pela conduta” (CAPEZ, 2009, p. 156).

Prefacialmente, urge notar que existem três espécies de crime: crimes materiais (ou de resultado), são aqueles que exigem a produção de um resultado para sua consumação (sem este resultado há apenas tentativa); crimes formais (ou

⁸ Todas as questões referentes à consciência da ilicitude do ato são inerentes à culpabilidade e não ao dolo. Aqui, verifica-se somente a intenção, a finalidade do agente.

⁹ Neste caso, o agente visualiza a possibilidade do resultado e se conforma com ele. Ele não quer, diretamente, mas o aceita (BITENCOURT, 2009).

¹⁰ O agente vê como possível a ocorrência do resultado previsto em um tipo, mas, além de não desejá-lo, confia, fielmente, que ele não ocorrerá.

¹¹ “Se a imperícia advier de pessoa que não exerce arte ou profissão, haverá imprudência” (CAPEZ, 2009, p. 213).

de atividade), que são os delitos que se consumam independente da produção do resultado, apesar de este poder ocorrer e crimes de mera conduta, que se aperfeiçoam com a simples conduta. Nestes dois últimos, considera-se como resultado a modificação no mundo jurídico causada pela conduta. (MIRABETE, 2007).

2.2.1.3. NEXO DE CAUSALIDADE

Para que haja fato típico, é necessário, ainda, um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Causa é “o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este” (CAPEZ, 2009, p. 157).

Sobre o nexo de causalidade surgiram diversas teorias, entretanto, abordar-se-á neste trabalho somente a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada.¹²

2.2.1.3.1. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

Causa é todo e qualquer evento que concorrer para a ocorrência do resultado¹³.

“As forças concorrentes equivalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido” (MIRABETE, 2007, p. 98).

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que em seu art. 13, *caput*, dita: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente e

¹² A teoria da imputação objetiva é uma concepção que também vem sendo muito discutida no cenário jurídico. Segundo esta teoria, o nexo de causalidade não deve ser visto pura e simplesmente de um modo naturalístico, o que não coaduna com a ciência penal. Ao contrário, deve ser analisada, também, sob um aspecto normativo. Para que haja nexo de causalidade, de acordo com a imputação objetiva, devem concorrer quatro circunstâncias: Nexo físico, que é a análise se a conduta deu causa naturalisticamente ao resultado; A conduta deve ser socialmente inadequada, ou seja, deve criar um risco proibido, não tolerado pela sociedade; O resultado deve estar dentro do âmbito de proteção da norma; O agente deve atuar fora do sentido de proteção da norma. (PRADO, 2008; CAPEZ, 2009)

¹³ Há uma discussão acerca da primeira formulação desta teoria, se foi feita por Stuart Mill e Von Buri, ou se foi elaborada por Julius Glaser (CAPEZ, 2009).

imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Desta feita, todo fator que contribui, de alguma maneira, para ocorrência de um evento, é causa deste¹⁴.

Para que se possa verificar se algum fator antecedente deu causa ao evento, realiza-se o “processo hipotético de eliminação de Thyrés”, que consiste em eliminar, mentalmente, a conduta e verificar, no caso concreto, se o resultado persistiria. Caso positivo, a conduta não é causa do resultado, porquanto este subsistiu sem a concorrência da conduta. Caso negativo, se eliminada a conduta, o resultado também desaparecer, aquela deve ser considerada causa deste. (BITENCOURT, 2009; CAPEZ, 2009; MIRABETE, 2007; PRADO, 2008)

A principal controvérsia que surge baseia-se no fato de que a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) levaria a pesquisa da causa ao infinito. No clássico exemplo do filho que realiza um assalto à mão armada em uma loja, os pais devem ser considerados como causadores do assalto, uma vez que se não tivessem gerado o infrator o assalto não teria ocorrido. Mas tal fato, consoante preceitua Fernando Capez (2009), levaria até mesmo aos primórdios da humanidade, quando Adão provou do fruto proibido que Eva lhe ofereceu, etc, etc¹⁵. Todavia, Julio Fabrini Mirabete, assim como imensa parcela da doutrina, afirma que a objeção não subsiste:

a relação de causalidade entre o ato e o resultado, a relevância penal da causalidade acha-se limitada pelo elemento subjetivo do fato típico, por ter o agente querido o fato ou por ter dado causa ao resultado ao não tomar as cautelas que dele se exigia, ou seja, só prática conduta típica quem agiu com dolo ou culpa. A rigor, a adoção do princípio *conditio sine qua non* tem mais relevância para excluir quem não praticou conduta típica do que para incluir quem a cometeu (2007, p. 99).

¹⁴ “A lei atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento de que dependa a sua produção pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Não existe diferença entre causa e condição ou causa e concausa.” (CAPEZ, 2009, p. 158)

¹⁵ Em crítica a teoria, Fernando Capez enfatiza que: “se não fosse o tataravô, não haveria o bisavô, sem este, não existiria o avô, sem o avô, não teríamos o pai e assim por diante, sem contar as alcoviteiras que apresentaram os casais. Todos são causas de um crime cometido décadas, séculos depois pelo produto final de toda essa complicada operação genealógica. Isto nos leva até a Gênesis 3. Se Adão não tivesse provado o fruto proibido, nada disso estaria acontecendo. Ocorre que Adão só o fez influenciado por Eva, a qual agiu induzida pela Serpente, que lá foi colocada pelo Criador. Essa teoria leva à seguinte e inexorável consequência: todo mundo é causa de tudo (2009, p. 187).

Destarte, a teoria não leva a responsabilidade do delito ao infinito, visto que, conforme dito, não existe ação ou omissão típica sem dolo ou culpa. No exemplo citado dos pais e do filho criminoso, do ponto de vista causal-naturalístico há o nexo, contudo, os pais não responderão por delito porque não agiram com dolo ou culpa.

2.2.1.3.2. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Segundo esta concepção, “um determinado evento somente será produto da ação humana quando esta tiver sido apta e idônea a gerar o resultado” (NUCCI, 2008, p. 196/197).

Logo, “causa é a condição mais adequada para produzir o resultado” (PRADO, 2008, p. 272).

A causa será aquela que, analisada no caso em concreto, isoladamente, tinha a probabilidade mínima de produzir o resultado.

Exemplo comumente referido pela doutrina, é o da vítima que baleada por seu desafeto, ao ser socorrido por uma ambulância, vem a falecer no caminho em decorrência de um acidente de trânsito por imprudência do motorista. A causa adequada e que isoladamente foi apta para produzir o resultado é o acidente e não o tiro desferido.

De acordo com a teoria da equivalência das condições, no exemplo acima citado, o agente responderia por homicídio doloso, uma vez que agiu com o dolo e sem o tiro não haveria necessidade da vítima ser socorrida, logo, não haveria acidente.

Para solucionar o entrave, o Código Penal adotou, como exceção, a teoria da causalidade adequada nas causas supervenientes relativamente independentes, deste modo, no mesmo exemplo, o agente responderia por tentativa de homicídio.¹⁶

Há causas que são absolutamente independentes da conduta por terem origem totalmente diversa desta, sendo que independem da concorrência de outra conduta para produzir o resultado. As causas absolutamente independentes rompem

¹⁶ De acordo com o art. 13, §1º, nas causas que forem supervenientes (posteriores) e relativamente independentes do fato, o agente somente responderá pelos atos até então praticados.

o nexos causal entre uma conduta e um resultado, quando, isoladamente, produziram o resultado (CAPEZ, 2009).

No entanto, há causas que são relativamente independentes. Estas causas surgem de alguma forma ligada a conduta e se somam a esta para gerar o evento, embora tenham força suficiente para produzir o resultado por si mesmas (NUCCI, 2008).

Com efeito, as causas relativamente independentes dividem-se em preexistentes (são anteriores a conduta praticada¹⁷), concomitantes (atua ao mesmo tempo da conduta¹⁸) e supervenientes (é posterior a conduta praticada¹⁹).

As causas preexistentes e concomitantes não rompem o nexos de causalidade por estarem dentro da linha de desdobramento normal da conduta.

As causas supervenientes relativamente independentes tem tratamento diverso das causas preexistentes e concomitantes.

Deste modo, quando uma causa superveniente, que estiver fora do desdobramento normal da conduta, produzir por si só o resultado, o agente responderá somente pelos atos até então praticados.

Causa superveniente relativamente independente é a que sobrevém à ação ou omissão, mas que, por sua intervenção, faz com que esse determinado evento ocorra em circunstâncias de tempo, ou de lugar, ou, ainda, de outras modalidades diversas das que teriam ocorrido se a série causal antecedente prosseguisse em sua atuação normal (MIRABETE, 2007, p. 101).

V.g.: “A atira em B para matar, causando lesão leve e fazendo com que a vítima ingresse no hospital para tratamento. Nesse local, porque há um desabamento, morre soterrada” (NUCCI, 2008, p. 205).

Vê-se que trata de uma causa relativamente independente, porquanto se originou da conduta anterior (sem o tiro a vítima não iria para o hospital), entretanto, o fato que ocasionou a morte não estava inserido dentro da linha de desdobramento causal normal, haja vista que tal fato era imprevisível, inusitado e anormal.

¹⁷ Exemplo: “‘A’ desferiu um golpe de faca na vítima, que é hemofílica e vem a morrer em face da conduta” (CAPEZ, 2009, p. 168). Trata-se de causa que já existia antes da agressão.

¹⁸ Exemplo: “‘A’ atira na vítima, que, assustada, sofre um ataque cardíaco e morre [...] Trata-se de causa que por si só produziu o resultado (independente), mas que se originou a partir da conduta (relativamente), tendo atuado ao mesmo tempo desta (concomitante)”. (CAPEZ, 2009, p. 168)

¹⁹ Exemplo: “A vítima de atentado é levada ao hospital e sofre um acidente no trajeto, vindo, por esse motivo, a falecer” (CAPEZ, 2009, p. 168).

A par de todas estas considerações, vê-se que o Código Penal adotou, como exceção, nas causas supervenientes relativamente independentes, a teoria da causalidade adequada (NUCCI, 2008; CAPEZ, 2009).

A teoria da causa adequada, no entanto, sofre “a crítica de aproximar, em demasia, causalidade e culpabilidade, colocando o juiz numa posição especial de análise do nexos causal (o que foi e o que não foi idôneo)” (NUCCI, 2008, p. 197).

2.2.1.4. TIPICIDADE PENAL

A tipicidade penal é a consagração do mais elementar preceito de um Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade²⁰.

Antigamente, tipicidade penal consistia na mera subsunção de uma conduta a uma norma penal incriminadora. Todavia, a partir da Teoria da Tipicidade Conglobante elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), a tipicidade passou a ser visto sob um ângulo mais abrangente.

Segundo o doutrinador argentino, para configuração da tipicidade penal, além da tipicidade legal (adequação formal da conduta a um tipo legal), é mister a análise da antinormatividade da conduta, ou seja, o fato além de ser típico, não deve ser fomentado por outro ramo do direito (civil, administrativo, etc.) (ZAFFARONI, 2007).

A antinormatividade consiste no fato da conduta ser contrária ao ordenamento jurídico. Em outros termos, há normatividade quando uma conduta é fomentada, exigida pelo Direito (v.g., o oficial de justiça está obrigado a cumprir a ordem emanada do Juiz, sob pena de responder administrativamente pelo descumprimento)²¹ (ZAFFARONI, 2007).

²⁰ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”(art. 5º, XXXIX, CRFB/88).

²¹ A diferença entre a normatividade e a licitude, é que esta permite (faculta) a prática de determinado fato, já aquela impõe (obriga) a realização da conduta. Deste modo, se uma conduta é fomentada, exigida por um ramo do direito, é controverso puni-la no Direito Penal, pois o ordenamento jurídico é um bloco único e, portanto, deve ser conglobante. V.g.: o oficial de justiça que cumpre uma ordem judicial e seqüestra um bem, não comete uma conduta típica (furto), pois o Direito Civil e Processual Civil lhe impõe o cumprimento da ordem. Desta feita, trata-se de um fato atípico, pois, apesar de haver um tipo prevendo aquela conduta, esta não é contraria ao ordenamento. Destarte, a tipicidade conglobante, extrai o estrito cumprimento do dever legal das causas que excluem a antijuridicidade, para o próprio contexto da tipicidade, pois, nestes casos, há sempre uma ordem e não uma permissão (ZAFFARONI, 2007).

Destarte, tipicidade penal é o resultado da soma ente tipicidade legal e tipicidade conglobante (tipicidade= tipicidade legal + tipicidade conglobante) (ZAFFARONI, 2007).

2.2.1.5. EXCLUDENTES DO FATO TÍPICO

Conforme foi dito acima, na introdução dos elementos do crime, há causas que excluem cada componente do fato típico.

Não havendo dolo ou culpa, inexistirá conduta penalmente relevante, por conseguinte, não haverá crime.

Da mesma forma, é imperioso à existência de nexos de causalidade, resultado, tipificação legal e adequação com todo ordenamento jurídico (tipicidade conglobante), sem os quais, também não haverá delito, por inexistir fato típico.

No entanto, merecem destaque duas causas que elidem o fato típico: o erro de tipo e o crime impossível.

2.2.1.5.1. ERRO DE TIPO

De acordo com a conceituação legal, erro de tipo é “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal²²” (CP, art. 20, *caput*).

É a falsa percepção da realidade (BITENCOURT, 2009). O agente erra quanto a um fato da realidade previsto em um tipo legal e não quanto a um fato jurídico (CAPEZ, 2009). E neste ponto é que se encontra a grande diferença entre erro de tipo e erro de proibição (tema pertinente a culpabilidade). No erro de proibição o agente sabe o que esta realizando, contudo, pensa, erroneamente, ser legal sua conduta²³.

²² Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Código Penal Brasileiro)

²³ Exemplos clássicos de erro de tipo: a) O agente pega uma caneta alheia pensando ser sua (CAPEZ, 2009). Esse equívoco eliminou sua consciência e vontade de realizar o fato típico (dolo) – subtrair coisa alheia móvel (furto, art. 155 do CP). b) O agente casa com uma mulher casada, pensando que ela é solteira, (ele sabe que é proibido casar com pessoa que já é casada, mas acha que a nubente também é solteira, diferentemente do erro de proibição, em que o agente sabe que está casando com uma mulher casada, mas pensa que isto é legal); c) Sujeito caçando, acha que é um animal selvagem e atira, quando na verdade tratava-se de uma pessoa. O agente errou quanto ao elemento do tipo: matar alguém (não tinha vontade de realizar isto e nem a consciência de que o estava fazendo) (NUCCI, 2008).

O Erro de Tipo pode ser essencial, quando recai sobre elemento do tipo (queria matar um boi e matou uma pessoa – exclui o dolo) e acidental, quando recai sobre dados acessórios do tipo (queria matar sua mãe e matou sua tia – não exclui o dolo).

Outrossim, o erro pode ser invencível, inevitável, escusável (desculpável), quando o resultado não podia ser evitado nem mesmo com o emprego de uma diligência mediana, neste caso, o agente não responde por nada, nem a título de culpa. Por outro lado, há erro vencível, evitável, inescusável (indesculpável), quando o evento poderia ter sido evitado se o agente empregasse mediana prudência. Nesta hipótese, o sujeito responderá por delito culposos, desde que haja previsão para isto (ZAFFARONI, 2007; CAPEZ, 2009; NUCCI, 2008; BITENCOURT, 2009; MIRABETE, 2007).

2.2.1.5.2. CRIME IMPOSSÍVEL

Segundo o art. 17 do Código Penal: “Não se pune a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

Na ineficácia absoluta do meio empregado, o instrumento utilizado não é apto a para execução do crime, visto que nunca levará a consumação. “Um palito de dente para matar um adulto, uma arma de fogo inapta a efetuar disparos ou uma falsificação grosseira, facilmente perceptível, por exemplo, são meios absolutamente ineficazes” (CAPEZ, 2009, p. 259)²⁴, Já a absoluta impropriedade do objeto ocorre quando este inexistente, ou nas “circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação” (MIRABETE, 2007, p. 159), como por exemplo, a prática de aborto em uma mulher que não está grávida.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal considera o flagrante provocado (aquele em que um terceiro provoca o agente à prática do delito, ao mesmo tempo em que age para impedi-lo) como crime impossível. Súmula 145 do STF: “Não há

²⁴ Vale consignar que a ineficácia do meio deve ser absoluta, pois, se for relativa, leva a punição por tentativa. “Portanto, o ideal é que a avaliação seja feita após a ocorrência do fato (*ex post factum*) e não antes (*ex ante factum*)” (NUCCI, 2008, p. 335).

crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

2.2.2 ILICITUDE

Ilícitude ou antijuridicidade é a oposição entre o fato e o ordenamento jurídico. “A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito” (NORONHA, 1968, p.97).

Este conceito se completa por exclusões, isto é, pela consideração de causas que excluem a antijuridicidade. Nessa senda, será antijurídico um fato típico que não for protegido por uma excludente de ilicitude.²⁵

Em decorrência disto, “o exame da ilicitude nada mais é do que o estudo das suas causas de exclusão, pois, se estas não estiverem presentes, presumir-se-á a ilicitude” (CAPEZ, 2009, p.273).

2.2.2.1.EXCLUDENTES

Conforme dito, há tipos que permitem a pratica de um fato típico para proteger um bem jurídico.

São tipos permissivos, que quando realizados tornam o fato lícito (desde que cumpridos os requisitos exigidos em lei, conforme será visto infra)²⁶.

2.2.2.2. ESTADO DE NECESSIDADE

²⁵ Neste contexto, consoante preleciona Romeu Falconi: “é imprescindível ter em mente o seguinte: o fato típico é sempre antijurídico – uma ilicitude –, mas a recíproca não é verdadeira: nem toda ilicitude é fato típico penal” (1994, p. 127).

²⁶ Estas excludentes estão dispersas no Código Penal, em leis especiais e legislação extrapenal. As mais comuns são as previstas no art. 23 do Código Penal, localizadas na parte geral deste caderno legal (as quais serão abordadas abaixo). No entanto, há também excludentes previstas na parte especial do Código Penal, v.g., aborto necessário (art. 128, I, do CP).

Além das excludentes penais, o Código Civil admite modalidades específicas tais como o desforço imediato na defesa da posse e a legítima defesa.

Outrossim, E. Magalhães Noronha (1968), menciona a possibilidade de haver causas supralegais de antijuridicidade. Segundo o autor, “a vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a *lei não esgota o direito* e, então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia a extraordinária licitude da figura típica” (p. 98/99).

“O estado de necessidade caracteriza-se pela *colisão de interesses* juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do *interesse social*” (BITENCOURT, 2009, p. 331).

Nos termos do art. 24 do Código Repressivo,

“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”.

Destarte, para configuração do estado de necessidade é mister a concorrência dos seguintes requisitos: Existência de perigo atual e inevitável; Não provocação voluntária do perigo; Inevitabilidade do perigo por outro meio; Inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; Direito próprio ou alheio; Finalidade de salvar o bem do perigo; Ausência de dever legal de enfrentar o perigo

2.2.2.3. LEGÍTIMA DEFESA

“É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários” (NUCCI, 2008, p. 248).

Está prevista no art. 23, II, do Código Penal e disciplinada no art. 25 do mesmo *codex*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Requisitos: a) Agressão injusta, atual ou iminente²⁷; b) Direito próprio ou alheio²⁸; c) Meios necessários, usados moderadamente²⁹.

2.2.2.4. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Trata-se de uma ação em que o agente cumpre um dever imposto pela lei.

Apesar da conduta ser típica (descrita como crime em algum tipo penal) não será ilícita.

É indispensável a concorrência de dois requisitos: a) estrito cumprimento: os atos devem ser estritamente necessários para cumprimento do dever; b) dever legal: é preciso que a ordem advinha de lei, ou seja, preceito normativo de caráter geral.

Exemplo clássico é o do carrasco que executa o prisioneiro condenado à pena de morte (NUCCI, 2008; BITENCOURT, 2009)³⁰.

Cinge ressaltar que com a teoria da tipicidade conglobante, elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), o instituto do estrito cumprimento do dever legal

²⁷ Prefacialmente urge notar que a agressão deve ser humana, pois se cometida contra um animal, há estado de necessidade. A agressão deve ser contrária ao direito, ou seja, injusta, todavia, não há necessidade que a agressão deva se configurar como infração Penal (NUCCI, 2008). “Não é necessária que a agressão antijurídica tenha sido iniciada. A lei diz que a agressão poder atual ou iminente. É atual, quando já foi iniciada e é iminente, quando ainda não começou, mas esta prestes a ocorrer” (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2007, p. 501). A reação deve ser imediata à agressão, pois, caso cessada, o ato posterior revela-se como vingança, o que é rechaçado pelo Direito Penal pátrio. Igualmente, o perigo futuro não justifica a agressão, de tal sorte que a pessoa pode se recorrer ao socorro da autoridade pública.

²⁸ Qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa (BITENCOURT, 2009), sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais, disponíveis ou indisponíveis. Da mesma maneira, o bem jurídico pode ser tutelado pela própria pessoa (legítima defesa própria) ou de outrem (legítima defesa de terceiro). Deve-se, contudo, analisar, em caso de defesa de terceiros, se o bem é disponível, pois, neste caso, dependerá de concordância do titular, consoante ensinamentos de Francisco de Assis Toledo *apud* Bitencourt (2009).

²⁹ Meios necessários, consoante Fernando Capez (2009) e Guilherme de Souza Nucci (2008) são aqueles colocados à disposição do agente em perigo no momento da agressão. Com efeito, poderá fazer uso dos meios que possuir ao seu alcance. Exemplo, “se o sujeito tem um pedaço de pau a seu alcance e com ele pode tranquilamente conter a agressão, o emprego de arma de fogo revela-se desnecessário.” (CAPEZ, 2009, p. 289) Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meio disponível (ainda que superior aos meios do agressor), mas, nessa hipótese, a análise da moderação será feita com mais vigor (BITENCOURT, 2009).

Moderadamente é o emprego necessário do meio dentro dos limites razoáveis para repelir a agressão. A moderação não é medida milimetricamente, mas sopesada de acordo com o caso concreto.

³⁰ Cinge ressaltar que com a teoria da tipicidade conglobante, elaborada por Eugenio Raúl Zaffaroni (2007), o instituto do estrito cumprimento do dever legal restaria vazio. Com efeito, se uma norma exige a prática de certa conduta, v.g., invasão de domicílio para cumprimento de mandado de busca e apreensão; não pode outro ramo do direito considerar a conduta típica, pois, conforme elucidado no tópico atinente ao assunto, o ordenamento jurídico deve ser conglobante, portanto, a imensa maioria dos casos que justificam o estrito cumprimento do dever legal, segundo o penalista, excluiria a tipicidade penal e não a ilicitude.

restaria vazio. Com efeito, se uma norma exige a prática de certa conduta, v.g., invasão de domicílio para cumprimento de mandado de busca e apreensão; não pode outro ramo do direito considerar a conduta típica, pois, conforme elucidado no tópico atinente ao assunto, o ordenamento jurídico deve ser conglobante, portanto, a imensa maioria dos casos que justificam o estrito cumprimento do dever legal, segundo o penalista, excluiria a tipicidade penal e não a ilicitude.

2.2.2.5. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.

A própria nomenclatura do instituto expõe o seu conceito. Trata-se do “exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, caracterizada como fato típico” (CAPEZ, 2009, p. 296).

Exemplos, prisão em flagrante por particular (Art. 301 do Código de Processo Penal); intervenções médicas e cirúrgicas quando houver consentimento do paciente ou de seu representante legal (se não houver aquiescência poderá caracterizar estado de necessidade em favor de terceiros); violência desportiva; correção disciplinar dos pais com os filhos; desforço imediato na defesa da posse; dentre várias outras hipóteses.

3 CULPABILIDADE

Prefacialmente, urge notar que a culpabilidade, no direito penal, possui ramificações diversas. Há o princípio da culpabilidade - *nullum crime sine culpa*, segundo o qual, não haverá crime se não houver dolo ou culpa. Por outro lado, a culpabilidade será analisada na fixação da pena, quando da análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. E por último, há a culpabilidade que é pressuposto do crime, conforme será visto neste tópico.

A culpabilidade é o terceiro elemento do delito. Consoante exarado em tópico anterior, a doutrina majoritária adota a concepção tripartida do delito. Portanto, crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Culpabilidade é o juízo de reprovação a uma conduta do autor. É a censurabilidade a um fato típico e antijurídico (ZAFARONI, 2007).

Enuncia Hans Welzel³¹ *apud* Luís Regis Prado (2008, p. 370), que culpabilidade “é a reprovabilidade de decisão da vontade”.

São três os elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (FALCONI, 1994, p.131).

Com efeito, somente haverá censura ao fato, quando presente os três elementos mencionados.

Portanto, culpabilidade é “um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo” (NUCCI, 2008, p.281).

3.1. TEORIAS

3.1.1. TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

³¹ WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. [S.I.: s.n.], [1970?] p. 80.

Esta teoria - fortemente ligada a Teoria Causal da ação de Franz Von-Lizts - analisada no tópico referente à conduta - preceitua que a culpabilidade é o elo psicológico de ligação entre o agente e a conduta por ele praticada.

A culpabilidade, de acordo com esta concepção, é composta pelo dolo e pela culpa (elementos subjetivos do delito). Logo, na conduta, visualizava-se o movimento, a ação que deu causa ao resultado (Teoria Causal), ficando os elementos subjetivos – dolo e culpa, situados na culpabilidade.

A teoria psicológica da culpabilidade angariou aguçadas críticas da doutrina, pois não explicava a culpa inconsciente, o erro de proibição ou até mesmo a imputabilidade como excludente da culpabilidade (AMARAL, 2003).

3.1.2. TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Diante da insuficiência da teoria psicológica, conforme exposto, estudiosos perceberam que a culpabilidade carecia de elementos normativos.

Deste modo, Reinhard Frank, em 1907, começou a delinear a concepção de reprovabilidade na culpabilidade. Após, Berthold Freudenthal criou a exigibilidade de conduta diversa, que será amplamente abordada nos tópicos que seguem abaixo. A partir disto, a par da contribuição de Frank e Freudenthal, foi Edmund Mezger que arquitetou os aspectos normativos (aliados, ainda, aos aspectos psicológicos) da culpabilidade (BITENCOURT, 2009; AMARAL, 2003).

Apesar dos elementos normativos elaborados por Mezger, o dolo e a culpa ainda pertenciam a culpabilidade.

Assim, formou-se a teoria psicológica normativa, composta pelos seguintes elementos: a.) imputabilidade; b.) dolo e culpa (elementos psicológicos) e c.) exigibilidade de outra conduta³².

³² Os clássicos doutrinadores Magalhães Noronha (1968) e Aníbal Bruno (1981) são partidários desta teoria. Para Aníbal Bruno, a culpabilidade não pode ser somente psicológica, mas também não pode ser somente normativa. Diz o estudioso que “os que pretendem expurgar o conceito de culpabilidade de todo elemento psicológico, na realidade esvaziam o conceito de uma parte de seu conteúdo.” (1987, p. 31). Noutro contexto, Damásio E. de Jesus (2005) enfatiza que se a culpabilidade é um juízo normativo de reprovabilidade, ela não deve conter elementos psicológicos. Se a reprovabilidade, consoante afirmado pelos doutrinadores, está na cabeça do Juiz, o dolo e a culpa não podem fazer parte da culpabilidade, pois estão na cabeça do agente.

A teoria também recebeu críticas, haja vista que ainda mantém na culpabilidade o dolo e a culpa, que são inseparáveis da conduta.

3.1.3. TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

Reinhard Frank, Berthold Freudenthal e Edmundo Mezger foram estudiosos primordiais na evolução da culpabilidade. Contudo, o próprio Mezger reconhecia que a teoria ainda não era suficiente e não satisfazia a Teoria do Delito (AMARAL, 2003; BITENCOURT, 2009).

Com o finalismo de Hans Welzel, que, conforme elucidado na Teoria Final da Ação, aduz que toda ação é dirigida a um fim e que o dolo e a culpa são indissociáveis da conduta, a culpabilidade experimentou expressiva modificação.

“Welzel não aceitava o dolo inserido na culpabilidade, porque com isso se deixava a ação humana sem seu elemento característico: intencionalidade, ou uma direção final (orientada a um fim)” (AMARAL, 2003, p. 183).

Uma das mais caras contribuições da teoria finalista, que fora iniciada pelo *normativismo neokantiano*, foi a *extração* da culpabilidade de todos aqueles *elementos subjetivos* que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa “pura” da *culpabilidade (...)*. Com se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com que a *finalidade* é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade, concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto (BITENCOURT, p. 369, 2009).

Destarte, extraiu-se o dolo e a culpa da culpabilidade para a conduta (elemento da tipicidade). A outro giro, inseriu-se o elemento *potencial consciência da ilicitude*, posto que para haver reprovação é indispensável que o agente tenha, pelo menos, a possibilidade de saber que sua conduta contraria o ordenamento jurídico.

Desta feita, a Teoria Normativa Pura da Culpabilidade é composta pelos seguintes elementos: a.) imputabilidade; b.) potencial consciência da ilicitude; c.) exigibilidade de conduta diversa.

Há discussão, dentro da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, quanto a natureza das discriminantes putativas³³. Divide-se em Teoria Limitada da Culpabilidade³⁴, de acordo com a qual, “o erro que recai sobre uma situação de fato (discriminante putativa fática) é erro de tipo, enquanto o que incide sobre a existência ou limites de uma causa de justificação é erro de proibição” (CAPEZ, 2009, 310) e Teoria Extremada da Culpabilidade, que aduz que qualquer erro sobre uma causa dirimente, seja sobre a situação fática, seja sobre a situação de direito, é tratado como erro de proibição. Conforme preconiza Fernando Capez, “ambas são derivações da teoria normativa pura da culpabilidade e divergem apenas quanto ao tratamento das discriminantes putativas.” (2009, p. 310)

3.2. ELEMENTOS

Conforme visto, segundo a teoria normativa pura, são três os elementos da culpabilidade: a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (FALCONI, 1994, p.131).

3.2.1. IMPUTABILIDADE PENAL

A imputabilidade é a capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e de determinar-se conforme esse entendimento (PRADO, 2009).

“Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a adequar essa conduta a sua consciência” (MIRABETE, 2007, p. 207).

³³ O agente supõe que está diante de uma causa de exclusão da antijuridicidade, por falsa compreensão dos fatos ou do direito (MIRABETE, 2007).

³⁴ O Brasil adota esta teoria, consoante se extrai do art. 20, §1º do Código Penal que trata das discriminantes por erro de tipo e art. 21 do mesmo *codex* que trata da discriminante por erro de proibição.
Art. 20 (...)

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

A imputabilidade não se confunde com o dolo. Capez explica que, “dolo é a vontade, imputabilidade, a capacidade de compreender essa vontade” (2009, p. 311).

“O inimputável não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade” (NUCCI, 2008, p. 288).

3.2.1.1. EXCLUDENTES LEGAIS

O Código Penal discrimina causas que geram a inimputabilidade penal.

Nestes casos, ocorrerá a denominada “absolvição imprópria”, na qual o Juiz absolve o acusado, mas lhe impõe medida de segurança na forma do art. 96 e ss. do Código Penal, à exceção da menoridade, hipótese em que se aplica medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e não medida de segurança.

Cumpra consignar que, ainda que o agente seja inimputável, deve restar provado que o fato é típico e ilícito. Do contrário absolve-se, ao invés de aplicar a medida de segurança. Aliás, é por este propósito que o art. 397, inciso II do Código de Processo Penal, não autoriza o Juiz a absolver sumariamente o inimputável, uma vez que deve haver a instrução para colheita de provas e, caso demonstrado que o fato é típico e antijurídico impõe-se medida de segurança, do contrário, absolve-se.

3.2.1.1.1. DOENÇA MENTAL E DESENVOLVIMENTO MENTAL RETARDADO

Doença Mental “é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”³⁵ (CAPEZ, 2009, p. 312).

Já o desenvolvimento mental retardado “é uma deficiência mental que abarca graves defeitos de inteligência, consistente, em termos gerais, na falta de desenvolvimento das faculdades mentais” (PRADO, 2008, p. 377). “É o incompetível

³⁵ A dependência patológica de substância psicotrópica, como drogas e o alcoolismo (que é uma doença crônica, diferente da embriaguez, que é a mera intoxicação casual do organismo) são doenças mentais e, se comprovadas por laudo pericial, sujeitam o agente a medida de segurança, por serem inimputáveis (NUCCI, 2008; CAPEZ, 2009).

com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica”³⁶ (CAPEZ, 2009, p.313).

3.2.1.1.2 DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO – MENORIDADE

Segundo o art. 27 do Diploma Repressivo (Dec.-Lei nº 3.914/41), art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e art. 104 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis.

Deste modo, há uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos não tem capacidade de discernimento.

Frise-se, que é indispensável a prova documental da idade do infrator, sendo que, cometido um ato infracional análogo a um crime (na prática é a mesma coisa), o menor fica sujeito as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consoante doutrina majoritária, considera-se que o agente atingiu a maioridade penal à primeira hora do dia de seu aniversário em que completa dezoito anos. Ademais, considerar-se-á, para aferição da menoridade, a data da consumação do crime. Sendo assim, independe de quando ocorre o resultado, se o ato for praticado enquanto menor, o agente será inimputável, salvo nos casos de crime permanentes, em que a consumação se prolonga no tempo.

3.2.1.1.3 EMBRIAGUEZ COMPLETA PROVENIENTE DE CASO FORTUITO

Embriaguez é “uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles entorpecentes (morfina, ópio, etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico)” (CAPEZ, 2009, p.316).

³⁶ São exemplos de pessoas que possuem desenvolvimento mental retardado, os oligofrênicos (que se classificam em débeis mentais, imbecis e idiotas), o surdo-mudo, o silvícola, etc.

Na dicção do inciso II do art. 28 do Código Penal, a embriaguez voluntária ou culposa (ingerir bebida alcoólica sem intenção de se embriagar, o que vem a ocorrer por imprudência na ingestão de doses excessivas) não exclui a imputabilidade.³⁷

Nesta seara, tentou-se resolver o problema com o malfadado “*versari in re illicita*”, que, segundo Kollmann *apud* Zaffaroni, “é conceituado autor aquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente causa um resultado antijurídico” (2007, p. 454) Sendo assim, aquele que ingere substância tóxica responde pelo resultado que causar posteriormente, “aquele que quis a causa quis o efeito” (ZAFARONI, 2007, p. 454).

Entretanto, verificou-se que a *versari in re illicita* violava o princípio do *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem dolo ou culpa) e resgatava a responsabilidade objetiva (que é rechaçada pelo Direito Penal.). Deste modo, criou-se a Teoria da *Actio Libera in Causa* (ações livres na causa).

Segundo a Teoria da *Actio Libera in Causa*, considera-se “o momento da ingestão da substância e não o da prática delituosa”. (CAPEZ, 2009, p. 318) “O dolo e a culpa devem ser deslocados para a vontade do sujeito, presente no momento em que se colocou no estado de incapacidade de culpabilidade” (ZAFARONI, 2007, p. 455).

Destarte, considera-se que o agente foi livre para ingerir a bebida alcoólica e consciente de que tal ato poderia gerar outras causas. A ação foi livre na sua causa.

A teoria, ainda, recebe críticas, visto que possui resquícios da responsabilidade objetiva.

Entrementes, preceitua o §1º do art. 28 que:

“é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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.”

Com efeito, infere-se que para que o agente seja inimputável em razão de embriaguez, esta deve ser completa, ou seja, deve retirar a total capacidade de

³⁷ É certo que a embriaguez pode tolher a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento. Contudo, caso a embriaguez fosse causa de inimputabilidade, instaurar-se-ia o caos na sociedade, posto que bastaria ao criminoso embriagar para poder delinquir.

entendimento e vontade do agente e deve ser proveniente de caso fortuito ou força maior.

“Dá-se a embriaguez fortuita quando o agente não pretende se embriagar e não é capaz de prever os efeitos da substância introduzida em seu organismo. Neste caso, nenhuma medida de segurança é aplicável” (FRAGOSO, 1983, p.205).

Noutro giro, se a embriaguez for incompleta (retirar a capacidade parcial de entendimento do agente) e, também, proveniente de caso fortuito ou força maior, apesar de imputável, o agente poderá ter sua pena reduzida de um a dois terços, consoante se extrai do art. 28, §2º do Código Penal.

Por derradeiro, avulta notar que a Embriaguez Preordenada, que é aquela em que o agente se embriaga para cometer um delito, é causa agravante de pena (art. 61, inciso II, alínea I).

3.2.2. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

O Direito Penal exige, para que haja culpabilidade - leia-se reprovabilidade - que o agente tenha, pelo menos, possibilidade de saber que sua conduta contraria o ordenamento jurídico. Não se trata de uma exigência de que todos conheçam a legislação, mas sim da possibilidade que ele poderia conhecê-la antes de praticar o ato delituoso.

“É indispensável que no caso concreto de que se trata, tenha ele reconhecido, ou pelo menos, tenha podido reconhecer a ilicitude de seu comportamento” (FRAGOSO, 1983, p. 210).

3.2.2.1. EXCLUDENTE LEGAL

3.2.2.1.1. ERRO DE PROIBIÇÃO

Reza o art. 21 do Código Penal: “O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

Ninguém poderá escusar o cumprimento da lei, alegando seu desconhecimento.³⁸ Contudo, é mister que o agente tenha pelo menos a possibilidade de saber que o fato é antijurídico.

Com efeito, ocorre o erro de proibição quando “o agente não tem ou não lhe é possível esse conhecimento” (MIRABETE, 2007, p.197). Trata-se de uma falsa compreensão da ilicitude do fato. Não se trata de afirmar que o agente não tinha conhecimento da lei que proibia o ato, mas sim, de um erro em que o agente incide, porque pensa que é lícito o ato praticado.

Luís Regis Prado explica a diferença entre erro e desconhecimento, respectivamente:

O primeiro vem a ser uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. É um estado positivo: quem erra vê mal, pensa que existe, embora ignore o existente. Já a segunda, representa a ausência completa de conhecimento ou de representação, sendo um estado negativo da consciência (não ver) (PRADO, 2008, p. 384).

É certo que há uma presunção de conhecimento da lei por todos, e isto, não quer dizer que todos devem ler o Diário Oficial da União, pois, consoante aduz Guilherme de Souza Nucci, “o conteúdo da lei é adquirido através da vivência em sociedade” (NUCCI, 2008, p. 343). O que está em análise é a possibilidade do agente em determinadas circunstâncias, de conhecer a ilicitude.³⁹

O erro de proibição não exclui o dolo (como ocorre com o erro de tipo, já mencionado em tópico anterior), pois o agente teve a intenção de praticar o ato, mas pensando, erroneamente, que lhe era lícito. Destarte, o erro de proibição exclui a reprovabilidade da conduta, pois se inexistente a potencial consciência da ilicitude, não há culpabilidade.

³⁸ O desconhecimento da lei, embora não exclua a culpabilidade, é circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, II).

³⁹ O erro será analisado de acordo com as particularidades de cada caso. Fernando Capez assevera: “um rústico aldeão, que nasceu e passou toda a sua vida em um longínquo vilarejo do sertão, agride levemente sua mulher, por suspeitar que ela o traiu. É absolutamente irrelevante indagar se ele sabia ou não da existência de lesões corporais, pois há uma presunção *júris et de jure* (não admite prova em contrário) nesse sentido. Assim, se ele disser: ‘eu não sabia que bater nos outros é crime, porque, como analfabeto, jamais li o tal do Código Penal’, tal assertiva não terá o condão de elidir sua responsabilidade pelo crime praticado.” (2009, p.328)

V.g., “a prática da conjunção carnal consentida do agente com mulher alienada mental, ignorando o sujeito que a lei presume, nessa hipótese, a violência”⁴⁰ (MIRABETE, 2007, p. 200); o turista, nacional de país que permite o uso de maconha, vem para território brasileiro e fuma cigarro da erva, acreditando que sua conduta não importa na prática de infração penal (GRECO, 2008, p.415).

O erro de proibição, consoante dicção do dispositivo legal supracitado, pode ser inevitável ou evitável.

O erro será inevitável (ou escusável = desculpável) quando “o agente não tinha como conhecer a ilicitude do fato, em face das circunstâncias do caso concreto” (CAPEZ, 2009, p. 330). Neste caso, não haverá culpabilidade.

Por outro lado, o erro será evitável (ou inescusável = indesculpável) quando, “embora o agente desconhecesse que o fato era ilícito, tinha condições de saber, dentro das circunstâncias, que contrariava o ordenamento jurídico”(CAPEZ, 2009, p. 330). Nesta hipótese, o agente terá direito a uma redução de pena de um sexto a um terço.

3.2.3. EXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA

Neste tópico, analisar-se-á este elemento apenas para complementar o entendimento acerca da culpabilidade, haja vista que será objeto de ampla discussão nas fases que seguem este trabalho.

A exigibilidade de conduta diversa, terceiro elemento da culpabilidade, é a possibilidade do agente agir conforme as normas do direito (BITENCOURT, 2009).

Exige-se que o agente tenha uma conduta diversa da praticada.

Desta feita, não haverá censura ao agente, quando, em determinadas circunstâncias que envolvam o fato, for inexigível outra conduta.

Com efeito, conforme será visto abaixo, há dirimentes legais (expressas em lei) que excluem este elemento: Coação Moral Irresistível e Obediência Hierárquica.

⁴⁰ Com o advento da Lei 12.015/09 não há mais presunção. O delito é considerado estupro de vulnerável, apenado com reclusão de 8 a 15 anos, nos termos do art. 217-A do Código Penal.

Entrementes, grassa séria divergência se a inexigibilidade de conduta diversa incide no ordenamento jurídico como causa supralegal, ou seja, se a excludente pode ser reconhecida além das hipóteses descritas na legislação penal.

4 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A exigibilidade de conduta diversa, terceiro elemento da culpabilidade, é a possibilidade do agente agir conforme as normas do direito considerando as circunstâncias em que se encontrava (BITENCOURT, 2009). Essa possibilidade de agir deve ser analisada no caso concreto, haja vista que todas as pessoas são diferentes e tem características próprias.

Conforme preleciona Rogério Greco:

Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente (2008, p. 416).

Há situações que não se censura a conduta típica e ilícita, eis que cometida em circunstâncias tais, que qualquer homem “normal” praticaria.

Marco Nahum (2001) explica que

é que o direito exige que todo sujeito imputável tome decisões de acordo com o conhecimento da ilicitude que possui. Porém, há situações anormais em que não se pode exigir do agente uma decisão conforme o comando normativo. Há o reconhecimento de que ele se encontra diante do que se chama *inexigibilidade de conduta diversa* (NAUM, 2001, p.73).

Destarte, a inexigibilidade de conduta diversa consiste no fato de não ser exigível que o agente que praticou o ato “delituoso” tivesse outra conduta (não é exigível que ele agisse obedecendo às normas do Direito).

“A censurabilidade deixa de existir quando o individuo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto [...] não era exigível do *homo medius*” (HUNGRIA, 1958, p. 26).

Com efeito, há causas legais que excluem este elemento da culpabilidade, conforme será visto infra.

4.1. EXCLUDENTES LEGAIS

4.1.1. COAÇÃO MORAL IRRESTÍVEL

Desde logo deve-se enfatizar, que a coação é moral (*vis compulsiva*), e não física (*vis absoluta*) (GRECO, 2008, p. 416), pois nesta, não há ação, visto que “não há atuação da vontade” (FRAGOSO, 1983, p. 215).

Dita o art. 22 do Código Penal: “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.”

“Através da coação moral irresistível, o coator obriga o coacto a praticar um delito contra um terceiro (a vítima), suprimindo-lhe a capacidade de resistência pela ameaça” (PRADO, 2008, p. 381), em outras palavras, “trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último que cometa uma agressão contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável” (NUCCI, 2008, p. 296).

O constrangimento, para configuração da excludente em estudo, deve ser tal, que seja impossível, a quem está sendo coagido, resistir ao constrangimento. “O mal de que é ameaçado deve ser grave, certo e inevitável, de modo a não permitir que se conduza conforme o direito” (PRADO, 2008, p. 381).

A aferição do constrangimento será analisada caso a caso, considerando-se, para tanto, o *homo medius*, não é nem o herói e nem o covarde. “Assim, havendo coação moral insuportável, não é exigível que o coacto resista bravamente, como se fosse um autônomo cumpridor da lei” (NUCCI, 2008, p. 296).

“Nos casos de *coação resistível*, embora o fato seja considerado típico, ilícito e culpável, poderá ao agente ser aplicada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, primeira parte, do Código Penal” (GRECO, 2008, p. 417).

A doutrina clássica exigia, para a coação moral irresistível, a existência de pelo menos três envolvidos: o coator, o coato (coagido) e a vítima. Contudo, vem tomando força um corrente que aduz que pode ser que haja somente o coator e o coato. Neste caso, o coato seria a própria vítima, que recebe uma ameaça intensa e difícil de suportar de um mal futuro, caso não realize determinado desígnio.

Guilherme de Souza Nucci arremata:

Note-se que a intenção do coator não seria obrigar o coato a realizar qualquer ato contra terceiros, mas seria infligir um mal futuro

qualquer que atingiria o próprio coato. Este, no entanto, não estaria em legítima defesa, por ausência de agressão atual ou iminente, mas encontrar-se-ia em situação desesperada, causada pelo coator, contra quem terminaria agindo, para livrar-se da situação de agonia. Exemplo do STF: 'O quesito que propõe a vítima como agente da coação moral irresistível não delira da lógica jurídica, nem apresenta coação absurda em tese' (HC, 62.982-2, rel. Francisco Rezek, RI 605/380) (2008, p.297).

Outrossim, discute-se quanto a possibilidade da coação advir da sociedade. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 5.329-0-GO, através da 6ª Turma, manifestou sobre o tema em 31.08.1992, e na lavra do relator José Cândido, assim consignou:

Tecnicamente não há dúvida, a coação pressupõe coator e coato. Entretanto, o Tribunal do Júri é soberano. Vários precedentes indicam, como coator, a sociedade, que, através da sua cultura, exigiria reação violenta do coagido, no caso o réu. Exemplificativamente, nos crimes passionais, onde, em determinadas regiões, a própria sociedade exige que o traído sentimentalmente deve praticar determinados atos, sob pena de receber qualificativos desairosos no ambiente em que mora

Neste prima, Roberto Carvalho Velozo (2000) traz a baila o seguinte o exemplo: Em uma cidade do interior nordestino, um homem foi acusado de matar outro, por ter deflorado uma mulher. O homicida, *in casu*, era irmão mais velho da suposta seduzida. A comunidade nordestina, consoante é cediço, exige severidade nos atos dos homens daquele lugar para serem respeitados e considerados másculos. Com efeito, os moradores da cidade pressionavam o irmão mais velho a tomar uma atitude, visto que o homem além de zombar publicamente sua família, comentando com todos sobre o defloramento de sua irmã, ainda dizia que a próxima seria a irmã mais nova.

4.1.2. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Conforme disposto no art. 22 do Código Penal, acima transcrito, se o fato é cometido em estrita obediência a uma ordem de um superior hierárquico, desde que não seja manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem, pois não era exigível que o subordinado tivesse outra conduta.

É circunstância elementar da excludente que a ordem tenha sido proferida por superior hierárquico no âmbito público, “não sendo admissíveis a hierarquia de relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar, etc.” (ZAFARONI, 2007, p. 563).

“A dirimente exige que a ordem não seja manifestamente ilegal, uma vez que, se flagrante a ilicitude do comando da determinação superior, o sujeito não deve agir” (MIRABETE, 2007, p. 205).

“Imaginemos o exemplo do detetive que, a mando da autoridade policial, espanca o preso, a pretexto de conseguir uma confissão. Como se percebe, a ordem emanada é manifestamente ilegal” (GRECO, 2008, p.418). Deste modo, no exemplo exarado, sendo a ordem cumprida, não há aplicação do art. 22 do Código Penal.

Outrossim, “é lógico que o superior hierárquico deve ser competente para expedir a ordem” (ZAFARONI, 2007, p. 563).

O cumprimento deve ser restrito ao que foi ordenado. “É clara a linguagem do Código ao falar em ‘estrita obediência a ordem’” (PRADO, 2008, p. 383).

O exemplo comumente exarado pela doutrina é do policial militar que, encarregado de manter as ordens na sala de audiência, comete um fato sem ter ciência que é ilícito. “Assim, se o juiz mandar o miliciano algemar um advogado que o desacate, o subordinado estará cumprindo uma ordem ilegal, mas, diante de seus parcos conhecimentos jurídicos, aparentemente legal” (CAPEZ, 2009, p. 334).⁴¹

⁴¹ Questão tormentosa diz respeito à natureza da obediência hierárquica.

Para a maioria da doutrina, trata-se, conforme exposto, de uma excludente da exigibilidade de conduta diversa. Todavia, há autores que sustentam que a obediência hierárquica é uma autêntica causa de exclusão da potencial consciência da ilicitude. De acordo com esta segunda corrente, para configuração da obediência hierárquica é mister que o agente não tenha consciência de que o ato praticado é contrário ao direito, pois se souber, não há exclusão da culpabilidade. Com efeito, sustentam os partidários desta corrente, que o agente age pensando tratar-se de uma conduta lícita, portanto, há exclusão da potencial consciência da ilicitude.

Julio Fabrini Mirabete (2007) é um dos defensores desta concepção. Por outro lado, afirma o doutrinador que, se o agente, tendo consciência da ilicitude, mas com medo de opor a ordem prática o ato, há, *in casu*, coação moral irresistível: “Não sendo a ordem manifestamente ilegal, se o agente não tem condições de se opor a ela em decorrência das consequências que podem advir no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido, inexistirá a culpabilidade pela coação moral irresistível, estando a ameaça implícita na ordem ilegal. Em vez de erro de proibição, há inexigibilidade de conduta diversa” (MIRABETE, 2007, p. 206).

Guilherme de Souza Nucci referindo-se a excludente em estudo assevera que: “essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição” (2008, p. 303).

Vale colacionar os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso: “Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também *erro de proibição* (erro sobre a ilicitude), que é erro de direito, que aqui se afirma ser excepcionalmente relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade, e não o erro, pois este pode não existir” (1983, p. 218).

4.1.3. FAVORECIMENTO PESSOAL E ABORTO EM GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO

Além da obediência hierárquica e da coação moral irresistível, alguns doutrinadores entendem que o favorecimento pessoal previsto no art. 348, §2º do Código Penal e o aborto em gravidez resultante de estupro (art. 128, II) são autênticas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, excluem a culpabilidade.

Na verdade, em relação a estas duas hipóteses legais, há uma verdadeira celeuma jurídica quanto a sua natureza.

Favorecimento pessoal é o delito previsto no art. 348, que comina pena de detenção de um a seis meses para aquele que auxiliar um autor de delito (que comine pena de reclusão) a subtrair-se da ação da autoridade pública.

O §2º deste dispositivo legal isenta de pena aquele que favorece, ou seja, presta o auxílio a ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

Destarte, discute-se a natureza jurídica deste permissivo legal.

Para uma corrente, trata-se de escusa absolutória (FRAGOSO, 1983; NUCCI, 2008).

Noutro turno, há aqueles que entendem ser uma causa legal de inexigibilidade de conduta diversa (TONETTO, 2002; NAUM, 2001; PRADO, 2008).

Luis Régis Prado afirma que:

Deve-se mencionar ainda como hipótese de inexigibilidade de conduta diversa ínsita na Parte Especial do Código Penal, o favorecimento pessoal entre parentes (art. 348, §2º, CP), não se tratando, portanto, de escusa absolutória como, aliás, entende a doutrina majoritária (PRADO, 2008, p. 384).

Já Julio Fabbrini Mirabete mescla as duas correntes, preceituando que “a lei prevê um caso de escusa penal absolutória fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa decorrente dos laços afetivos que unem o agente ao favorecido” (2007, p. 428).

A outro giro, os arts. 124 a 127 punem as práticas de aborto cometidas pela gestante e por terceiros. Entrementes, prescreve o art. 128, II, que não será punido o aborto cometido por médico se a gravidez for resultado de um estupro e há consentimento da gestante ou de seu representante legal.

Alguns entendem que se trata de uma causa de exclusão da antijuridicidade (MARQUES⁴² *apud* GRECO, 2008, p. 420), posto que “representa uma forma especial de exercício regular de direito” (NUCCI, 2008, p. 619). No mesmo sentido está Heleno Cláudio Fragoso (1983).

Contudo, assevera Rogério Greco que “o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas, sim, no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto” (2008, p. 420) em razão da inexigibilidade de outra conduta. Mirabete, mais uma vez, adota outra posição afirmando tratar-se de causa de exclusão da criminalidade (2007, p. 68).

⁴² MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v. IV, p. 218.

5 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

5.1. HISTÓRIA

O surgimento da inexigibilidade de conduta diversa caminha junto com a evolução teórica da culpabilidade, conforme visto supra.

No século XIX, a culpabilidade era tida como o elemento psicológico que ligava o agente ao fato. Resumia-se no dolo e na culpa – Teoria Psicológica da Culpabilidade.

A primeira noção normativa da culpabilidade veio através da “teoria das circunstâncias concomitantes” elaborada por Reinhard Frank, em 1907, na sua obra “*Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade*” (AMARAL, 2003).

De acordo com a Teoria das Circunstancias Concomitantes, “para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições normais” (CAPEZ, 2009, p.331), pois, caso as circunstâncias que envolveram o fato forem anormais, não haverá censura (reprovabilidade).

Frank introduziu a concepção de reprovabilidade na culpabilidade, pois, para haver esta, era necessário “a normalidade das circunstâncias em relação as quais o sujeito age” (DAMÁSIO, 2005).

Com este esboço, Berthold Freudenthal inaugurou “um posicionamento que tornava possível a concepção da inculpabilidade não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais” (ZAFARONI, 2007, p. 565). Freudenthal elaborou a concepção da *exigibilidade de conduta diversa* e desenvolveu a idéia de ela “era o elemento diferencial necessário entre o ato culpável e o não culpável” (AMARAL, 2003, p. 182). Para o doutrinador, a “culpabilidade é a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente” (BITENCOURT, 2009, p. 364).

Destarte, Berthold Freudenthal foi o criador da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, que a época, não tinha limites legais. Contudo, após a II Guerra Mundial, devido às atrocidades cometidas, a inexigibilidade “converteu-se em

perigoso argumento, com a finalidade de exculpar crimes atrozes” (ZAFARONI, PIERANGELI, 2007, p. 565). Logo, “aceitar a tese da *inexigibilidade* como posta por Freudenthal iria acabar com a eficácia do direito penal, uma vez que a ciência capitularia perante a própria incapacidade do agente, por mais grave que fosse o crime” (NAHUM, 2001, p80). Por isso, a rejeição à tese de Freudenthal acabou sendo unânime.

Em razão disto a legislação começou a delinear as fórmulas legais em que a excludente seria aplicada, afastando sua supralegalidade.

Entrementes, com a evolução da culpabilidade⁴³ muitos autores tem entendido que, em determinadas circunstâncias (excepcionais), há que se aplicar inexigibilidade de conduta diversa, ainda que a hipótese não esteja prevista em lei, em razão do direito penal da culpa criado pela Teoria Normativa da Culpabilidade.

Os primeiros casos em que se aplicou a inexigibilidade de conduta diversa ocorreram na Alemanha, no Tribunal do Reich, início do Século XX. (NORONHA, 1968, p. 100).

O primeiro, é o famoso *Leinentfänger* - cavalo indócil que não obedece às rédeas.

O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e saísse a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomou-lhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento (NUCCI, 2008, p. 303).

O outro caso é o da *Klapperstorch* (cegonha),

se trata da parteira oficial de um distrito de mineiros, que por imposição destes fazia registrar como tendo nascido em dia útil as crianças nascidas em domingo, para que os pais gozassem as férias do dia do nascimento da criança concedida pela empresa. Argumenta-se que, nas circunstâncias, achando-se a parteira sob o risco de perder o único recurso de que podia dispor para sustentar a si

⁴³ Na época que Freudenthal criou a teoria da inexigibilidade de conduta diversa, a culpabilidade não era tida como normativa, ou seja, como a reprovabilidade da conduta.

mesma e aos filhos, não era possível exigir dela comportamento diferente (MEZGER⁴⁴ *apud* BRUNO, 1981, p. 105).

Freudenthal também cita outro caso ocorrido na Alemanha, contudo, o mesmo não é muito aceito pela doutrina por não ser considerado um caso de inexigibilidade de conduta diversa:

O caso a que se refere Freudenthal é o da jovem siciliana que matou o tio e a tia que a haviam feito vir de New York e de quem o tio se tornara amante com o conhecimento da tia. Casada mais tarde, a jovem se vê abandonada pelo marido, a quem a tia fizer ciente daquelas relações ilícitas, e por fim mata o tio e a tia, mas é absolvida pelo Tribunal, e Freudenthal opina que a absolvição se justifica, porque em virtude das idéias dominantes no meio em que a jovem fora educada não lhe podia ser razoavelmente exigida conduta diversa (FREUDENTHAL⁴⁵ BRUNO, 1987, p. 105).

5.2. CONCEITO

A “exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana” (GRECO,2008, p. 416).

É que o direito exige que todo sujeito imputável tome decisões de acordo com o conhecimento da ilicitude que possui. Porém, há situações anormais em que não se pode exigir do agente uma decisão conforme o comando normativo. Há o reconhecimento de que ele se encontra diante do que se chama *inexigibilidade de conduta diversa* (NAUHM, 2001, p. 73).

Com efeito, foi visto as causas legais que excluem a culpabilidade (tópico 4.1.).

A questão que se instaura, é se o ordenamento jurídico admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente da culpabilidade.

“Causas supraleais de exclusão da culpabilidade são aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico.” (GRECO, 2008, p.421).

⁴⁴ Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, pág. 374

⁴⁵ Freudenthal, Schuld und Vorwurt, Tübingen, 1922, pág. 18.

Em resposta a indagação, de porque surge este embate com a inexigibilidade de conduta diversa e não com os demais elementos da culpabilidade, Fernanda Figueira Tonetto esclarece: “simplesmente porque quanto aos demais elementos as causas de exclusão são de tal forma genéricas que abrangem todas as hipóteses de inexistência de culpabilidade, por ausência de um dos seus pressupostos” (2002, p. 6).

5.3. DISCUSSÃO QUANTO A ACEITAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Há uma calorosa discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto à incidência da inexigibilidade de conduta diversa em hipóteses não previstas na lei penal.

Para uma corrente, não há óbice, no ordenamento jurídico brasileiro, em admitir a supralegalidade da excludente em estudo. Negar sua existência seria ir de encontro ao senso comum de justiça, pois conduziria determinados casos a condenações injustas, simplesmente pelo fato da dirimente não estar prevista em lei - apesar de não gerar reprovabilidade -, sendo certo que seria impossível ao legislador prever todas as situações fáticas que incidiram a tese. Outros partidários desta concepção, encontram apoio para a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa na integração da lei penal. Damásio (2005) afirma que o conjunto de normas possui lacunas e que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.654 de 04 de setembro de 1942) permite a analogia como forma de sanar as omissões legislativas. Deste modo, se o caso é de inexigibilidade de conduta diversa, estaria o juiz autorizado a absolver o agente lançando mão da analogia *in bonam partem*.

Por outro lado, há uma corrente que rechaça a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa fora das hipóteses permitidas em lei. Argumentam que admitir uma causa supralegal para excluir o crime seria instaurar o caos no ordenamento penal, pois a teoria seria sustentada por todos delinqüentes contumazes, de forma desmedida, trazendo impunidade e insegurança jurídica. Ademais, afirmam que as excludentes legais são aptas a abarcar todas as hipóteses que não geram reprovação social, tornando desnecessária uma causa supralegal.

5.3.1 CORRENTE CONTRÁRIA

Alguns doutrinadores não admitem a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal.

Sustentam, conforme foi dito, que não há necessidade de uma causa supralegal, visto que as dirimentes existentes na legislação são abrangentes o suficiente para abarcar todas as hipóteses em que inexistiria reprovabilidade ao ato.

Eugenio Raul Zaffaroni preconiza:

Negamo-nos a reconhecer que haja *uma* causa de inculpabilidade – legal ou ‘supralegal’ – de ‘inexigibilidade de outra conduta’, como foi sustentado pela doutrina estrangeira nos primórdios da teoria normativa da culpabilidade. (...) Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpabilidade, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade (2007, p. 558).

Por sua vez, Julio Fabbrini Mirabete afirma que:

A não-exigibilidade de conduta diversa é o fundamento de todas as causas de exculpação, e portanto seu *abstractum*, e não espécie de causa de exclusão da culpabilidade, que, como as demais, só pode ser reconhecida quando prevista em lei. Poder-se-ia, porém, aventar como solução para a hipótese de reconhecimento da causa supralegal a *aplicação in bonam partem*. A tese, porém, também é contestada na jurisprudência (2007, p. 196).

Ademais, asseveram que o Código Penal não autoriza tal desiderato, pois se o quisesse, o legislador teria mencionado esta supralegalidade no texto legal, o que não ocorreu.

"A tese de que deveria ser inserida a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade na lei não foi aceita na reforma de 1984" (MIRABETE, 2007, p. 197).

Neste prisma:

O entendimento de que a inexigibilidade de conduta diversa deve ser aceita como causa supralegal de exculpação, com o suprimento de suposta lacuna do ordenamento jurídico positivo pela analogia ‘in

bonam partem', nunca foi dominante entre nós e não merece consagrado, agora, após reforma legislativa que ensejou a modernização do sistema penal em matéria de dirimentes e no momento em que essa proposta de extensão analógica vem sendo francamente repudiada pela doutrina dos povos cultos.

Se, como se vem demonstrar, 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', impossível submeter ao Júri quesito versando a inexigibilidade de outra conduta, por não se constituir em "fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime", como reclama o permissivo do art. 484, inc. III do CPP. Formulada, não obstante, a pergunta e resultando da resposta inculpação do réu, como ocorreu no caso em debate, nulo julgamento porque não subsumível a absolvição às hipóteses legais (art. 386 do CPP). Cuida-se de nulidade absoluta por incongruência da decisão com o ordenamento jurídico, não sanável pela ausência de protesto oportuno. Expressamente argüida no recurso da acusação, imperativo seu acolhimento (TJSP, AC 76.681, rel. Dante Busana, j. 6.8.90).

“Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade” (STF, HC 66192, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 21/06/1988).

Outrossim, aduzem os partidários desta corrente, que a existência de uma causa supralegal de exculpação seria alegada por todos os acusados, sufrando numa impunidade demasiada. Por todos, Jescheck assevera que

Uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva ou objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do Direito. (...) ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade de poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício (JESHECK⁴⁶, Hans-Heinrich *apud* GRECO, 2008, p. 421).

Ademais, tão descabida é a tese, que subverte todo o sistema brasileiro, afirmando a legalidade da morte como sanção, pois a tanto corresponde afirmar a 'inexigibilidade de conduta diversa', vale dizer, nas circunstâncias só cabia matar! Isto é, não cabia apelar para o aparelhamento policial ou judicial existentes (MARREY⁴⁷ *apud* LACERDA, 2000, p. 3).

⁴⁶ JESHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, v.I. p. 688

⁴⁷ MARREY, Adriano et. al. Teoria e Prática do Júri. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Nelson Hungria (1958) afirmava que o reconhecimento da tese traria insegurança jurídica ao ordenamento. De acordo com o Autor, atribuir aos Juízes “o arbítrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei (como o de que sempre ‘é justo o meio para o justo fim’)” seria expor a segurança jurídica a sério perigo de subversão.

Envolto a este mesmo contexto, Johaness Welssels aduz que “a admissão geral de uma causa de exculpação como esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica.” Contudo, conclui o brilhante penalista, “conforme a opinião sustentada quase por unanimidade, pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação” (WESSELS⁴⁸. *apud* GRECO, 2008, p.422).

Heleno Cláudio Fragoso (1983), apesar de não admitir a causa supralegal em apreço, esclarece que permite a sua aplicação analógica.

A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal. As causas de inexigibilidade previstas na lei, no entanto, permitem aplicação analógica (1983, p. 214).

A par de tudo isto, Dante Busana enumera as razões em não se admitir a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade:

- a) é inaplicável a analogia in bona partem em matéria de dirimentes, já que as causas de exculpação representam, segunda a clara sistemática da lei, preceitos excepcionais insuscetíveis de aplicação extensiva.
- b) Nelson Hungria lembra que os preceitos sobre causas discriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas da punibilidade, constituem *jus singulare* em relação aos incriminadores ou sancionadores e, assim, não admitem extensão além dos casos taxativamente enumerados;
- c) no Código Penal de 1969, que acabou não entrando em vigor, havia outra causa de inexigibilidade de conduta diversa, além das duas constantes do texto atual. Tratava-se do estado de necessidade exculpante, filiado à teoria diferenciadora e tido com causa excludente da culpabilidade. A essa orientação filiou-se o Código penal Militar, que inseriu a dirimente em seu art. 39. Ora, o legislador de 1984, tendo à mão o texto, preferiu não mencionar o estado de necessidade exculpante como inexigibilidade de conduta diversa. Se assim agiu, é porque não tinha nenhuma vontade de que

⁴⁸ WESSELS, Johaness, Derecho penal – parte general, v. I, p. 126-127.

as hipóteses excedessem à coação moral irresistível e à obediência hierárquica;
d) inexistem, por conseguinte, quaisquer lacunas que imponham a integração do ordenamento jurídico por meio da analogia (1990).

5.3.2. CORRENTE FAVORÁVEL

“Após constatada a *tipicidade* e *antijuridicidade* da conduta passar-se-á à análise da *culpabilidade*, que, contudo, poderá, eventualmente, caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa, elemento sem o qual não haverá culpabilidade” (BITENCOURT, p. 334, 2009).

Com efeito, “a não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos” (BRUNO, 1981, p. 105), Ora, “se o Direito não impõe heroísmo, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal” (BRUNO, 1981, p. 105).

Deste modo, “não faria sentido ir censurar o agente que cometeu uma ação em circunstâncias tais que levariam a generalidade das pessoas honestas a cometê-la também” (NAHUM, 2001, p. 76), logo, a inexigibilidade de conduta diversa deve ser reputada como causa supralegal, em um verdadeiro direito penal de culpa.

Francisco de Assis Toledo aduz que a inexigibilidade de conduta diversa “quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental”. (1990, p. 3) Em razão disto, “dispensa a existência de normas expressas a respeito.” (1990, pg. 3)

Segundo doutrina pertinente ao assunto, o sistema penal não abarca todas as situações em que não se exige outro ato do agente, ou seja, há hipóteses que não geram censura, mas que não se enquadram em nenhuma dirimente legal (JESUS, 2005 NUCCI, 2008; NAUM, 2001).

Nesta seara, Magalhães Noronha assevera que “a vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a *lei não esgota o direito* e, então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia a extraordinária licitude da figura típica” (1968, p. 98/99).

Deste modo, “no Brasil, reconhecida taxativamente à lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de *inexigibilidade*, há que se admiti-la com causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa” (NAHUM⁴⁹ *apud* NUCCI, 2008, p. 304).

O legislador não seria eficiente o bastante para esgotar todas as excludentes no texto legal. Neste ínterim, Damásio Evangelista de Jesus arremata:

Por mais previdente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a *inexigibilidade* de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito (2005, p. 483/484).

A seu turno, Frederico Marques dispara:

A *inexigibilidade* de outra conduta pode ser invocada, apesar de não haver texto expresso em lei, como forma genérica de exclusão da culpabilidade, visto que se trata de princípio imanente no sistema penal. Nem se diga que, com isto, haverá uma espécie de amolecimento na repressão e na aplicação das normas punitivas. Quando a conduta não é culpável, a punição é iníqua, pois a ninguém se pune na ausência de culpa; e afirmar que existe culpa diante da anormalidade do ato volitivo, é verdadeira heresia (1965, Pág. 227).

Por outro lado, negar a existência de uma causa supralegal é atentar contra o anseio de justiça, visto que a ausência desta dirimente acarreta condenações injustas, em casos que não geram censura, simplesmente pelo fato de nenhuma causa de exculpação legal se amoldar à situação fática.

Rogério Greco preconiza “a possibilidade de alegação de uma causa supralegal, em algumas situações, como deixou entrever Johannes Wessels, pode evitar que ocorram injustiças gritantes.” (2008, p. 422) “Somos da opinião de que em nosso ordenamento jurídico não existe qualquer impedimento para que se possa aplicar a causa exculpante supralegal da *inexigibilidade* de conduta diversa” (2008, p.422).

Neste prisma, Damásio E. de Jesus indaga: “Em face de um caso concreto, seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo

⁴⁹ NAHUM, Marco Antonio. *Inexigibilidade de conduta diversa*, p. 98

legislador?” (2008, p. 483) O próprio Autor esclarece: “se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade (2005, p. 484).

Igualmente, Fernando Capez protesta:

Em face do princípio *nulum crimen sine culpa*, não há como compelir o juiz a condenar em hipóteses nas quais, embora tenha o legislador esquecido de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa da que faria em uma situação normal. Por essa razão, não devem existir limites legais à adoção de causas dirimentes (2009, p. 336).

Para Francisco de Assis Toledo “seria enorme contra-senso admitir-se a aplicação da pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente, segundo critérios objetivos do juiz, fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer” (2007, pg.274).

Outrossim, há que se ressaltar que o juízo de censura é realizado pelo julgador e não por quem realiza o fato, deste modo, cai por terra a assertiva de que a incidência supralegal da dirimente geraria impunidade, pois o “juízo da não exigibilidade será aí mais rigoroso, e na verdade a aplicação do princípio há de resultar excepcional” (BRUNO, 1981, p. 104).

Não vemos razão para este temor [*referindo-se ao medo de impunidade*], desde que se considere a ‘não-exigibilidade’ em seus devidos termos, isto é, não com um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação de culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém (TOLEDO, 2004, p. 315/317).

Não é porque o agente alegou inexigibilidade de conduta diversa, que a excludente será reconhecida⁵⁰, pois, como ressalva William Douglas (2003), toda tese defensiva estará sujeita a suficiente lastro probatório.

⁵⁰ “Ocorre que a tese acima é quase um coringa absolutório, servindo para suprir qualquer tese, ou, melhor, a falta de tese específica. Se apenas uma discriminante fosse existir na lei penal, sem dúvida a melhor escolha seria a inexigibilidade de conduta diversa, conforme o Direito. (...) Assim, entendemos que a teoria da inexigibilidade é de ser mantida sempre como um ‘soldado de reserva’” (DOUGLAS, 2003, p.3).

Não é a existência da tese, nem o número destas, que dá vigor à criminalidade. Até porque não se combate o crime com condenações de inocentes. Além do mais, como já disse, o ônus social causado pelos sonegadores, políticos e administradores corruptos e motoristas imprudentes e muito maior do que o imposto pelos atuais 'candidatos' à pena de morte, mostrando certa ignorância da população sobre quais devem ser os criminosos severamente apenados. Tal falta de visão, talvez fruto de falta de esclarecimento, merece correção (DOUGLAS, 2003, p. 3).

Sendo assim, pode-se admitir que “em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta *diversa* seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente” (NUCCI, 2008, p. 304).

De acordo com estes estudiosos, não merece acolhido o argumento de que a excludente supralegal traria insegurança jurídica. Conforme dito, a dirimente somente será aplicada em casos excepcionais e a partir de provas irrefutáveis sobre a situação que a gerou. O próprio Eugenio Raul Zaffaroni (que não admite a excludente supralegal) afirma que “seja qual for a eximente alegada, é necessário que se prove a ocorrência de seus pressupostos pelos meios de prova legalmente idôneos, que incluem as presunções” (2007, p. 428)⁵¹.

⁵¹ Prova disso, está nos julgados abaixo colacionados, em que alegou-se a inexigibilidade de conduta diversa, mas que o Tribunal entendeu inaplicável na espécie:

“ Trata-se de um filho, que trabalhava em repartição pública, na área de contabilidade de uma Faculdade e subtraiu quantia em espécie. Alegou que sua mãe e seu irmão passavam por problemas de saúde e que esta era a única forma de custear seu tratamento. Segundo o acórdão, apesar de reconhecida a existência de uma causa supralegal, uma vez que não havia como o legislador prever todas as dirimentes, não se reconheceu a excludente no caso, porque, era exigível outra conduta, como buscar auxílio, se socorrer ao poder público. (TJSP: nº – 233.644-3/4-00, Rel., Jarbas Mazzoni, 15/12/97.)

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. 1. VALIDADE DO LAUDO PERICIAL REALIZADO POR POLICIAIS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 159, § 1º, DO CPP. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. O apelante, sob a alegação de que necessitava de proteção em razão da periculosidade de seu bairro, portava ilegalmente a arma de fogo, vez que se encontrava sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Não há que se falar, pois, em inexigibilidade de conduta diversa para a hipótese sustentada pelo acusado. Com efeito, o réu poderia ter recorrido aos meios lícitos para tal. A lei não impede que o cidadão porte arma de fogo para defender o seu patrimônio ou a si próprio, mas exige o registro no SINARM e o porte de arma, ambos de caráter obrigatório (art. 10 da Lei n.º 10.826/03)” (TJRS, Ap. Crime Nº 70032577892, Terceira Câmara Criminal, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 11/03/2010)

Os doutrinadores adeptos a esta tese reconhecem que “uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime” (BRUNO, 1981, p. 103). Todavia, conforme explanado alhures,

os casos que justificam de maneira mais clara a aplicação do princípio já se encontram tipificados no Código, e verdadeiramente, fora dessas hipóteses, não há de ser sem rigorosa cautela que se admitirá o poder de exculpação (BRUNO, 1981, p. 103).

Aníbal Bruno, árduo defensor da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, esclarece:

Não é que deliberadamente só por exceção se deva aplicar o princípio. Mas excepcional é, na realidade, o aparecimento de casos em que, de fato, fora da tipificação da lei, se possa dizer que, razoavelmente, e tendo em vista os fins do Direito Penal, não era exigível do agente um comportamento conforme à norma (1983, p.103).

Ademais, sustentam que a aplicação da inexigibilidade de conduta diversa pode ser aplicada através da analogia. “Se se admite que as causas de exclusão da culpabilidade reguladas na lei se baseiem no critério da inexigibilidade, nada impede que por via da analogia jurídica se postule a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade” (BAUMANN⁵² *apud* NUCCI, 2008, p. 304).

Destarte, “com todas essas reservas porém, a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código” (BRUNO, 1981, p. 106).

“A inexigibilidade de conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não se concretizem os seus requisitos” (NUCCI, 2008, p. 622).

Note-se que em momento nenhum se pretendeu admitir que a responsabilidade do agente estaria excluída sempre que as circunstâncias do caso indicassem que o autor do crime não teve forças para se comportar de acordo com as normas. Essa hipótese seria a falência do próprio sistema jurídico. Em verdade, o que se afirma, com fundamento num verdadeiro direito penal da culpa, é que o agente somente poderá ser punido quando se verificar a existência de um grau de reprovabilidade que justifique a punibilidade (NAHUM, 2001, p. 89).

⁵² BAUMANN. Derecho Penal – conceptos fundamentales y sistema, p. 70-71)

Comungam desta aceção, ainda: Luís Regis Prado (2008); Celso Delmanto (2007); Luís Flávio Gomes (2004).

5.4. A INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA EM DELITOS CULPOSOS

Bem se vê, pois, que culpa e culpabilidade consistem em elementos de natureza completamente diversa: enquanto aquela diz respeito à falta de vontade dirigida ao resultado – o qual somente advém da inobservância da cautela imposta para a prática de determinada ação ou omissão -, esta se refere à censurabilidade do ato humano típico (TONETTO, 2002, p.10).

A inexigibilidade de conduta diversa aplica-se, também, aos delitos culposos.

Com a teoria normativa, a culpabilidade é puro juízo de reprovação. Deste modo, é perfeitamente possível um agente atuar sem o dever de cuidado, em circunstâncias tais que não lhe era exigido outra conduta.

Logo, “o princípio terá aplicação mais liberal nos fatos culposos” (BRUNO, 1981, p. 104).

Fernanda Figueira Tonetto, nos traz um exemplo esclarecedor acerca da aplicação aos injustos culposos:

Imagine-se um exímio motorista que vê o filho sofrer de grave enfermidade repentina e que, para salvar a vida do ente querido, coloca-o em seu automóvel a fim de levá-lo ao hospital. Trata-se de hipótese em que a criança está prestes a morrer, se não atendida imediatamente. Qualquer minuto que se perca pode custar-lhe a vida. Diante de quadro alterado das circunstâncias fáticas, o pai emprega no veículo velocidade por demais incompatível com o local em que trafega, vindo a lesionar transeunte que observava corretamente as regras de trânsito (TORNATTO, 2002, p.09).

“Portanto, como causa supralegal ou como excludente de culpabilidade, a *inexigibilidade* deve ser reconhecida também nos crimes culposos” (NAHUM, 2001, 100).

5.5. A INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NA FORMA OMISSIVA

A aplicação da inexigibilidade de conduta diversa, “encontra sobretudo oportunidade nos crimes por omissão, em que a pressão da situação total do

momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe” (JESUS, 2005, p. 484).

A conduta humana penalmente relevante, conforme visto, se traduz em uma ação ou em uma omissão. A omissão pode ser própria, quando o próprio tipo penal impõe um dever de agir (a qualquer um) e imprópria, que ocorre quando determinadas pessoas, denominadas garantes, têm a obrigação de evitar o resultado, conforme hipóteses descritas no art. 13, §2º do Código Penal⁵³.

Este dispositivo legal estabelece a relevância da omissão quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Frise-se, que o dever de evitar o resultado é imposto somente aqueles que têm a especial incumbência de proteção ao bem jurídico tutelado.

Com efeito, a doutrina é peremptória em afirmar que a natureza dos crimes omissivos é jurídica (normativa) e não naturalístico (BITENCOURT, 2009; MIRABETE, 2007; CAPEZ, 2009; NUCCI, 2008). A máxima citada por todos estes estudiosos é que “do nada não surge nada”.⁵⁴

Destarte, em situações que a impossibilidade objetiva de agir, impede um atuar do agente, há exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, visto não haver reprovabilidade. “Assim, trata-se de inexigibilidade, posto que o risco do garantidor exclui a exigibilidade específica contida no mandamento normativo” (NAHUM, 2001, p. 103).

Juarez Tavares *apud* Marco Antonio R. Naum exemplifica: “não se pode exigir de um salva-vidas evitar um afogamento que ocorre em mar bravio consequente e

⁵³ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Código Penal)

⁵⁴ Existe, na verdade, “tão-somente um *vínculo jurídico*, diante da equiparação entre *omissão* e *ação*. E toda a *equiparação* feita pelo Direito, quando não se fundamenta na realidade, nada mais é do que uma *ficção jurídica*” (BITENCOURT, 2009, p. 265). Deste modo, “somente se pune o agente que nada fez, porque a lei assim determina” (NUCCI, 2008, p. 211).

Este entendimento é corroborado pelo STF: “A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado” (STF, RTJ, 116/177).

Portanto, “o omitente responde pelo resultado não porque causou o resultado (sic), mas porque não agiu para impedi-lo, realizando a conduta a que estava obrigado” (MIRABETE, 2007, p. 100)

envolto por um violento furacão” (2001, p. 103) Por outro lado, não há censura a conduta do “maquinista que deve, ao mesmo tempo, manter-se na condução do comboio em face de uma curva perigosa ou impedir a morte de seu filho menor, que está prestes a cair do vagão” (2001, p.103).

5.6. ESPÉCIES

5.6.1. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

O Estado de Necessidade (excludente de ilicitude), divide-se em duas teorias (unitária e diferenciadora), sendo imprescindível o entendimento de ambas para compreensão da espécie em apreço.

A teoria unitária, adotada pelo Código Penal, considera estado de necessidade a situação em que o agente sacrifica bem de menor valor para salvar outro de maior valor (estado de necessidade justificante). Sempre exclui a ilicitude. Neste imbróglio, paira grande controvérsia entre os penalistas: para uns, capitaneados por Guilherme de Souza Nucci (2008), mesmo que o bem seja de igual valor, o ato que o sacrifica continua sendo de estado de necessidade justificante; Já para Bitencourt (2009) e Zaffaroni (2007), para que haja a excludente de ilicitude, o bem sacrificado deve ter menor valor que o bem salvado, sendo o de igual ou de maior importância hipótese de excludente supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Já Fernando Capez aduz que para aferição do estado de necessidade exculpante, baseado nesta teoria unitária, deve haver uma análise da razoabilidade e não de conflito de valores de bens jurídicos protegidos (CAPEZ, 2009).

À outro giro, de acordo com a teoria diferenciadora, conforme já dito, nos casos em que os bens sacrificados são de igual ou maior valor que o bem resguardado, há estado de necessidade exculpante, que exclui a culpabilidade (e não a ilicitude), em razão da inexigibilidade de conduta diversa (CAPEZ, 2009; NUCCI, 2008; BITENCOURT, 2009; ZAFFARONI 2007).

Essa aduz que, em determinados casos, não é exigível que o agente tivesse outra conduta, ou seja, era inexigível que o agente sacrificasse o seu “bem” para preservar outro, ainda que este seja de maior valor.

Embora o legislador tenha se filiado a teoria unitária (que admite somente o estado de necessidade exculpante), cientificamente tem se considerado que o estado de necessidade é uma causa supralegal de excludente da culpabilidade, em razão de ser inexigível, em determinadas ocasiões, um comportamento conforme o direito (FRAGOSO, 1983).

Luís Regis Prado exemplifica:

a) a tábua de Carneades: após ter soçobrado o barco, duas pessoas têm apenas uma tábua que só pode sustentar uma delas. A joga B fora da bóia, para salvar sua própria vida; b) caso do Mignotte (ocorrido na Inglaterra em 1884): dois naufragos condenados a morrer de inanição, salvam-se praticando antropofagia de um terceiro; c) o alpinista que, como único meio de se salvar da morte, corta a corda que o ligava a outro, fazendo com que este se precipite no abismo; d) caso do naufrágio da nau São Paulo (1561): 'E deitando-se a nado às embarcações que o recolhessem, o que não quiseram fazer, podendo, e lhe defenderam com muitas pancadas e espaldeiradas o chegar a elas, com que deram ao mar com outros, que iam já nelas apegados, podendo ainda levar mais de sessenta homens e deixando em terras meninos e doentes sem consolação nenhuma (2008, p. 384).

5.6.2. EXCESSO EXCULPANTE NA LEGITIMA DEFESA.

Entrementes, ocorre o excesso exculpante quando é cometido em decorrência “de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentados na inexigibilidade de conduta diversa” (NUCCI, 2008, p.278).

Deste modo, considera-se que o agente, em determinadas circunstâncias, excede ao necessário para repelir uma agressão, todavia, em razão do estado psicológico que se encontra, não era exigível que tivesse outra conduta.

“Ilustrando: o agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento, apavora-se e dispara seu revólver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor” (NUCCI, 2008, p.278).

Tal hipótese, embora tratar-se de uma flagrante imprudência, é justificada pela situação especial em que o agente se encontrava.

5.6.3. ABORTO DE FETO ANENCEFÁLO

A anencéfalia é uma malformação decorrente de defeitos do tubo neural. Costuma ocorrer nas fases iniciais do desenvolvimento fetal, envolvendo a estrutura primitiva que dá origem a entidades vitais, a medula espinhal e o cérebro.

Na anencéfalia o tubo neural não se fecha, e o feto se forma sem o cérebro ou sem parte dele. Se vier a nascer, o bebê será incapaz de sentir dor, não ouvirá nem enxergará e estará em estado de inconsciência. Quando não ocorre um aborto espontâneo, o bebê morre logo em seguida. Poucos sobreviveram alguns dias.

O Código Penal, art. 128, permite duas hipóteses de interrupção da gravidez: o aborto terapêutico, em que a gestação traz risco a vida da gestante (inciso I) e o aborto sentimental (ou humanitário) em que a gravidez é resultante de estupro (inciso II).

Sendo assim, vê-se que o Estatuto Repressivo não contempla a hipótese de gravidez de fetos anencéfalos. Todavia, sustenta parcela autorizada da doutrina que não é exigível que a gestante carregue um feto, por nove meses, que não tem probabilidade alguma de vida. É inexigível que ela tenha um comportamento conforme o direito, pois isto acarretaria transtornos físicos e psicológicos irreparáveis a sua vida.

"São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto condenado à morte" (FRANCO⁵⁵ *apud* QUEIROS, 2006, p. 3).

Mercê de tantas circunstâncias anormais, não se pode exigir da gestante conduta diversa do abortamento.

Esse é o entendimento de CAPEZ (2009); NUCCI (2008); PRADO (2008) e BITENCOURT (2009).

5.6.4. SONEGAÇÃO FISCAL EM CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Outra hipótese que comumente tem se reconhecido a inexigibilidade de conduta diversa diz respeito ao empresário que passa por sérias dificuldades

⁵⁵ FRANCO, Alberto da Silva. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. Revista dos Tribunais n. 833. Março de 2005.

financeiras e, para não ter que “fechar as portas”, deixa de repassar a previdência social as contribuições descontadas dos salários de seus empregados.

A jurisprudência considera que, havendo prova inequívoca desta grave crise financeira, não é exigível outra conduta do empregador.

Admite-se a absolvição, pela aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, ao agente que deixa de repassar à autarquia previdenciária as contribuições descontadas dos salários de seus empregados, quando verificada através dos dados coligidos na instrução probatória a penúria do microempresário, face à grave crise financeira, causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abater-se do compromisso fiscal a fim de poder honrar os seus encargos para com os funcionários (RT 744/696-7).

PENAL - OMISSÃO DE RECOLHIMENTO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS - DIFICULDADES FINANCEIRAS -EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE OU DE INJURIDICIDADE - PROVA. Dificuldades financeiras muito graves podem justificar a exclusão de culpabilidade (ou de injuridicidade) de quem deixa de recolher no prazo devido as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, tendo em vista o interesse relevante de manter a empresa em funcionamento, evitando a extinção de empregos, única fonte de sustento para a maior parte dos trabalhadores e suas famílias. É incensurável, nessa circunstância, a conduta de quem opta por dar prioridade ao pagamento da folha de salários e de fornecedores, em detrimento da arrecadação tributária. A sanção penal deve ser reservada para os espertalhões que enriquecem às custas do patrimônio alheio, especialmente do patrimônio público, não para quem, apesar de todos os esforços, não consegue atender tempestivamente todas as obrigações da sua empresa. O real empobrecimento dos responsáveis pela firma, resultante da comprovada dilapidação do seu patrimônio particular em benefício da pessoa jurídica, é um dos sinais eloqüentes da ocorrência da situação excludente (ou justificante) (TRF4, ACR 96.04.30199-3, Primeira Turma, Relator Amir José Finocchiaro Sarti, DJ 14/10/1998).

PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. FALÊNCIA. A decretação de falência constitui evidência de agruras financeiras da empresa, apta a justificar seja o fato acolhido como excludente supralegal da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa (TRF4, ACR 96.04.07027-4, Segunda Turma, Relator Teori Albino Zavascki, DJ 04/06/1997).

Os TRF's do país tem admitido a tese. O STF já foi acionado para manifestar sobre o tema, contudo, em todos os recursos que chegam aquele Sodalício, a

matéria e julgada improcedente por depender de exame de prova acerca da dificuldade financeira, o que não é admitido naquela instância.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. PROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279/STF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. Alegações de dificuldade financeira enfrentada pela empresa a caracterizar inexigibilidade de conduta diversa e ausência de demonstração de dolo específico. Para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário reexaminar os fatos e as provas da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Constitui hipótese de ofensa indireta ao texto constitucional a alegação de ofensa do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, por se tratar de matéria cuja suposta violação demandaria o exame prévio da legislação infraconstitucional. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AIAGR 680504, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 02/03/2010) .

PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO PREENCHIDO PARA JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência da Egrégia 2ª Turma deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária basta a demonstração do dolo genérico. 2. Consoante restou consignado pela eminente relatora do REsp 1.084.072-AgR/PE, Min. Laurita Vaz, "o acórdão recorrido, ao absolver os Réus pela falta de provas da ocorrência do dolo específico, afastou implicitamente o dolo genérico, restando, portanto, comprovado o requisito do prequestionamento." 3. Além disso, não houve análise de matéria probatória no julgamento do Recurso Especial, eis que o acórdão impugnado limitou-se a afirmar que não se exige dolo específico para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária. 4. Esta Suprema Corte já decidiu que "a pretensão visando ao reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, traduzida na impossibilidade de proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias, devido a dificuldades financeiras, não pode ser examinada em habeas corpus, por demandar reexame das provas coligidas na ação penal (RHC 86.072/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005). 5. Habeas corpus denegado. (STF, HC 98272, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 29/09/2009).

5.7. EXEMPLOS DE CASOS REAIS

A doutrina e a jurisprudência trazem uma gama de exemplos de casos reais em que se aplicou o tema.

Rogério Greco conta que:

Determinado preso fora ameaçado de morte pelo 'líder' da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, estava condicionada ao não-atendimento das reivindicações levadas a efeito pelos detentos. Ao perceber que o preso que o havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, pois que três outros detentos já haviam sido mortos, aproveita-se dessa oportunidade e o enforca, matando-o (agressão futura, mas não atual e iminente) (GRECO, 2008, p. 422).

Fernanda Figueira Tonetto:

Trata-se de hipótese em que o feto sofre de má formação, havendo forte probabilidade de que nasça sem vida, ou, não sendo natimorto, tenha poucas chances de sobrevivência. É o chamado feto inviável. A lei não autoriza o aborto eugênico (ou eugenésico), limitando-se aos casos de aborto necessário e aborto sentimental (causa legal de exclusão da culpabilidade). Mas, nessa hipótese, seria reprovável a conduta da gestante que, sabendo que o filho não terá mínima ou nenhuma chance de sobrevivência, vem a adiantar sua morte? É exigível que ela prolongue o sofrimento de carregar consigo um ser que sabe estar prestes a morrer? Cremos que não. (2002, p. 4)

O Juiz Federal Willian Douglas menciona três situações em que se aplicou a inexigibilidade de conduta diversa:

Um traficante, em morro por ele dominado, promete a morador que se este não entregar sua filha ou esposa para a prática de relações sexuais, toda sua família será executada. O morador sabe que isso já ocorreu com outro pai de família e que não pode contar com proteção do Estado, de modo que – aproveitando uma rara oportunidade – mata o autor do constrangimento. (...)
O 'dono' do cortiço promete matar um morador com quem discutiu dizendo que irá concretizar a ameaça à noite. O ameaçado aproveita-se do fato do primeiro estar dormindo, à tarde, e se antecipa, ceifando a vida do anunciado agressor. (...)
Um pai é ameaçado por sua ex-companheira no sentido de que, se não reatar o relacionamento, esta matará sua esposa e filha, sendo certo que essas ameaças são sérias e o ameaçado sabe que a ex-companheira (que já tentara contra sua vida) é capaz de cumprir sua promessa. Em determinado dia, ao chegar em casa, encontra sinais de luta e sua mulher e filha feridas. Informando d que fora a ex-companheira a responsável pelos fatos, além de ter prometido retornar, imediatamente a procura e nela descarrega toda munição de seu revólver (2003, p. 1).

O Supremo Tribunal Federal, em 25/09/2007, no Recurso Extraordinário nº 460.880, da lavra do Ministro Marco Aurélio⁵⁶ aplicou a inexigibilidade de conduta diversa no seguinte caso: Um oficial de Justiça munido de mandado - que o permitia cumprir a ordem em finais de semana - foi a casa de um sujeito, a noite, em um final de semana, para citar sua cômjuge (que estava enferma). O dono da residência usando de força moderada (empurrão) não deixou que o oficial adentrasse na residência. O sujeito foi denunciado pelo delito de resistência. A Suprema Corte asseverou que, a inviolabilidade do domicílio deveria ser respeitada e que a autorização que o oficial tinha era para poder cumprir a ordem nos finais de semana, mas de dia.⁵⁷

O Tribunal de Justiça de São Paulo reconhece a tese e já a aplicou nos seguintes casos, em especial:

EMENTA: Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com ouiros detentos. Inexigibilidade de conduta diversa Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido, admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa supralegal exculpante configurada. Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado.

(...)

Não se pode, diante desse contexto, ignorar que estava diretamente exposta, totalmente vulnerável, à pressão psicológica gerada pelas ameaças endereçadas ao ente querido, à mercê de preocupações com as mais diversas conseqüências que eventual recusa sua poderia acarretar, aptas a lhe trazer duradouros traumas e sentimentos de culpa. Por isso mesmo, crível que tenha atuado sob influência dessas intimidações, temerosa de que algo mais grave viesse a ocorrer ao filho, então encarcerado. Assim delineada a situação, não se mostra despropositada a alegação de que tenha agido sob o manto da excludente de inexigibilidade de conduta

⁵⁶ Acompanhado por Carlos Ayres de Brito, Ricardo Lewandovski, Menezes Direito, Carmén Lúcia. (Primeira Turma).

⁵⁷ Luís Flávio Gomes crítica este julgado e aduz que não se trata de inexigibilidade de conduta diversa (apesar de admiti-la), pois, *in casu*, trata-se de exercício regular de direito. Deste modo, considerando a teoria da tipicidade conglobante e que tal fato não possui desvalor, o jurista afirma que absolveria por ausência de tipicidade e não da antijuridicidade ou culpabilidade.

diversa. No caso em tela, em momento algum a ré negou os fatos, ao contrário, confessou desde o princípio tudo o que havia ocorrido, realçando cuidar-se de episódio isolado em sua vida e que somente agira daquela maneira por temer a ocorrência de mal futuro ao seu filho (TJSP, Apelação nº 990.09.120717-9, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 14/09/09).

O apelado, que exercia a função de agente de segurança penitenciário, durante a série de atentados do PCC, havia enfrentado duas rebeliões em seu trabalho, sendo inclusive resgatado pelo batalhão de choque em virtude de ter se ferido. Acrescenta-se que o apelado, conforme se extrai da prova produzida, estava sendo ameaçado por organização criminosa e acreditava estar sofrendo perigo real e imediato, de maneira que adquiriu a arma apreendida de um soldado da polícia militar para sua defesa pessoal e tentava obter autorização para portá-la quando dos fatos. Aliás, o apelado já havia se submetido aos exames psicotécnico e de tiro para a obtenção do porte de arma, porém entendeu necessário carregar a arma, para sua defesa pessoal, antes da concessão da autorização. Não bastasse isso, como bem ressaltado pela Procuradoria Geral de Justiça, embora a segurança pública tenha sido lesada pelo porte ilegal de arma de fogo, na oportunidade dos acontecimentos, consistentes em sucessivas rebeliões, atentados contra pessoas, ônibus incendiados, ataques a postos policiais dentre outros, numa visível demonstração de forças da organização criminosa, a segurança pública estava comprometida e, por isso, não se poderia exigir de um agente de segurança penitenciário, refém em duas rebeliões, que não portasse a arma de fogo que havia adquirido para sua defesa pessoal porque ainda não havia conseguido autorização para tanto (TJSP, Apelação nº 990.08.18774 6-5, Rel. Des. Lucas Tambor Bueno, j. em 15/10/09).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a tese no caso em que o empregado, ordenado pelo patrão, cortou árvores em área de preservação permanente. Considerou-se que não era exigível do empregado outra conduta, pois não poderia negar a cumprir a ordem, sob pena de ser demitido⁵⁸:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - ART. 39 DA LEI 9.605/98 - ABSOLVIÇÃO - INADMISSIBILIDADE EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO APELANTE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - POSSIBILIDADE NO TOCANTE AO SEGUNDO APELANTE - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 48 DA LEI 9.605/98 - DESCABIMENTO - RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DO PRIMEIRO APELANTE E PROVIDO O DO SEGUNDO. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente constitui crime tipificado no artigo 39 da Lei

⁵⁸ Frise-se que não se trata de obediência hierárquica, pois, conforme já explanado, para esta excludente, exige-se subordinação hierárquica no âmbito público, não no privado.

9.605/98, pelo que, havendo efetivamente o desmatamento, não há que se falar em desclassificação para o disposto no art. 48 do mesmo estatuto legal. Merece guarida a pretensão absolutória, quando o agente contribui para a prática criminosa obedecendo uma ordem expressa do patrão, proprietário da fazenda, não havendo como exigir-lhe conduta diversa, haja vista a ameaça, ainda que implícita, de perder o emprego (TJMG: 1.0303.06.000478-3/001(1), Rel. Des. Márcia Milanez, j. em 15/05/2007).

Em outra oportunidade, o mesmo Areópago absolveu um empregado, acusado de racismo, que negou a entrada de sócio, em razão de sua cor, mas por ter recebido tal ordem de seu superior, sendo que a negativa em cumpri-la custaria seu emprego, o qual traria enormes prejuízos ao acusado, uma vez que o mesmo era arrimo de família e necessitava dos proventos:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE RACISMO - IMPEDIMENTO DE ACESSO A CLUBE SOCIAL ABERTO AO PÚBLICO - ABSOLVIÇÃO - RECURSO MINISTERIAL - CREDIBILIDADE DAS PALAVRAS DA VÍTIMA, CORROBORADAS PELAS DECLARAÇÕES DE SEU MARIDO E PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO ABSTRAÍVEIS DA ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL COLIGIDA -COTA DE CLUBE NÃO VENDIDA À OFENDIDA EM FUNÇÃO DE SUA COR NEGRA, POR ORDEM DA PRESIDÊNCIA DO ESTABELECIMENTO - DELITO COMPROVADO - INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA A AMPARAR O VENDEDOR DA COTA - ACUSADO QUE AGIU APENAS POR ORDEM SUPERIOR, IMBUÍDO DO VEROSSÍMIL TEMOR DE PERDA DE SUA ÚNICA FONTE DE SUBSISTÊNCIA HÁ LONGOS ANOS - CONDENAÇÃO APENAS DO PROLATOR DA ORDEM ILEGAL - RECURSOS CONHECIDOS, PARCIALMENTE PROVIDO O MINISTERIAL, PREJUDICADO O EXAME DO APELO DEFENSIVO (TJMG: 1.0701.01.007044-2/001(1), Rel. Des. Márcia Milanez, j. em 05/08/2008).

Por seu turno, tem a jurisprudência admitido à adoção da tese em casos de crimes de sonegação fiscal, seja por ausência de pagamento de impostos, seja pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias, desde que comprovada de forma suficiente a insolvência do devedor a ponto de restar comprometida a satisfação de necessidades mais importantes.

Outra hipótese, conforme já foi visto, é a aplicação da teoria nos casos de aborto de fetos anencéfalos. Considera-se que não é exigível da mulher, que ela carregue um feto que não terá chance de vida, prolongando seu sofrimento.

Por fim, têm-se como exemplo de casos em que se aplicou a tese, a hipótese de “estelionato”, quando a mulher recebia, indevidamente, os benefícios previdenciários de seu filho para custear despesas do próprio falecido, inclusive funeral.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. ESTELIONATO. INEGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I. O recebimento de valores referentes ao benefício assistencial do filho da recorrida, de forma indevida, após seu óbito, para custear despesas do falecido, especialmente com o funeral, consubstancia-se causa supralegal de excludente da culpabilidade, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Trata-se, na verdade, de pessoa humilde, doméstica, desempregada, de pouca instrução. Precedente da Quarta Turma deste Tribunal, em situação análoga. II. Como bem ressaltou a PRR/1ª Região, o fato da denunciada “ter ligado para atendimento telefônico da Previdência, para se informar sobre a possibilidade de continuar recebendo o benefício, momento esse que foi informada da irregularidade e logo em seguida tomou a iniciativa de comunicar, pessoalmente, o óbito de beneficiário ao INSS e assumido o compromisso de restituir os valores, indevidamente, recebidos, demonstra, efetivamente, a boa-fé da recorrida”. III. Recurso improvido. (TRF1. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2007.39.00.006819-6/PA Relator: Juiz Federal Reynaldo Fonseca (convocado) Julgamento: 30/03/2009)

6 CONCLUSÃO

A teoria do delito é complexa. Em diversos aspectos visualizam-se discussões doutrinárias.

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal é demasiadamente controversa e doutrinadores renomados divergem quanto a sua admissão no ordenamento jurídico.

O tema é de suma importância para ciência criminal. A justiça não pode ser exercida de uma maneira para uns e outra para alguns. O entendimento deve ser sedimentado, seja qual for o posicionamento, visto que o cidadão não pode ficar a mercê da sorte, sobre qual juiz irá julgar seu caso (se favorável ou não a tese).

O legislador deveria cumprir seu desígnio e estancar a divergência, preceituando a admissão ou não desta supralegalidade.

As dirimidas expressamente previstas no sistema jurídico não abarcam todas as situações fáticas, de modo a dispensar a existência de uma causa não prevista na legislação. Os próprios casos apresentados demonstram que há diversas situações que não geram reprovabilidade, mas que não se encaixam em nenhuma excludente legal, mormente porque, o legislador não seria providente o bastante para prever todas estas hipóteses.

Da mesma maneira, o reconhecimento da tese não iria gerar impunidade, posto que o juízo de censura será realizado pelo julgador e não pelo agente do fato. A aplicação da excludente somente ocorrerá em casos excepcionais.

Ademais, para o reconhecimento de qualquer tese é necessário um acervo probatório e não uma mera arguição.

Outrossim, consoante assentado pelos doutrinadores, o reconhecimento da causa não trará insegurança jurídica. Não é condenando inocentes que se combaterá a criminalidade. Negar a supralegalidade da excludente pode acarretar condenações injustas em casos que não geram reprovação social.

Com efeito, olvidar da importância da censurabilidade – leia-se culpabilidade - é ir de encontro com a evolução teórica da ciência penal.

Avulta anotar, que por mais previdente que seja o legislador, é absolutamente impossível legislar, expressamente, sobre todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa que devem ser admitidas em direito, até mesmo porque a sociedade vive em constantes evoluções sociais, políticas, culturais e científicas, da qual o sistema jurídico escrito não consegue acompanhar.

É cediço que entre o direito e a justiça deve-se optar por esta, que, muitas vezes, é através de orientações contrárias a própria lei.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 813 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.492. 5ª Turma. Relator Ministro Assis Toledo. Brasília, 23 de maio de 1990.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CAMPOS, Aparecida de Fátima Castro; RIBEIRTO, Regina Célia Reis; coordenado por Virginia Alvez Vaz. **Manual de Normalização de Trabalhos Acadêmicos**. Formiga: UNIFOR-MG, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONTI, Rafael Augusto De. **Demonstração da inconstitucionalidade da norma penal de apropriação indébita previdenciária a partir de um estudo interdisciplinar: direitos humanos, legislação e economia**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1869, 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11600>>. Acesso em:  07 abr. 2010.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. São Paulo: Ícone, 1994. Forense, 1953 .

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GALUPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, [19-?].

GOMES, Luiz Flávio. **Defesa do domicílio: exercício de um direito ou inexigibilidade de conduta diversa?** Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br>. 24 outubro. 2007. Acesso em 27 abril 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – Parte Geral e Direito Processo Penal. Apostila do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas**. IELF. 2004. Pág. 126.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. **Dreito Penal**, volume 1: Parte Geral. 28º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, Susana Broglia Feitos. **A Inexigibilidade de Conduta Diversa como Causa Supralegal de Exclusão da Culpabilidade e sua Submissão à Apreciação no Tribunal do Júri.** Disponível em: www.uel.br/revistas/direitopub. Acesso em: 06 abril 2010.

MARREY, Adriano. **Teoria e Prática do Júri.** 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 1 : parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 483 p.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=994>>. Acesso em:  06 abr. 2010.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal: excludente de culpabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1968.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** : parte geral : parte especial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 1072 p.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. **Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n.

943, 1 fev. 2006. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>.

Acesso em:  06 abr. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, www.stj.jus.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, www.stf.jus.br.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, www.tjba.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GÓIAS, www.tjgo.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, www.tjmg.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, www.tjsc.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, www.tjsp.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, www.tjrj.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, www.trf1.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, www.trf2.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, www.trf3.jus.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, www.trf4.jus.br

VELOSO, Roberto Carvalho. **A inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade penal. Jus navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=995>. Acesso em: 07 abr. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**, volume 1, parte geral. 7^a Ed. São Paulo, RT, 2007.