

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

BRUNO FERULLO RITA

R.A.: 00125033

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

SÃO PAULO - SP

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

BRUNO FERULLO RITA

R.A.: 00125033

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Monografia apresentada à
Coordenadoria Geral de
Especialização, Aperfeiçoamento
e Extensão (COGEAE) da
Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo - PUC/SP como
exigência parcial para obtenção
do título de Especialista em Direito
Penal e Direito Processual Penal
(Pós-Graduação Lato Sensu) sob
orientação do Prof. Dr. Hugo
Crepaldi.

SÃO PAULO - SP

2014

RESUMO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu direitos e garantias fundamentais para fins de proteção de todo cidadão. Entre eles estão os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, entre outros. O presente trabalho tem a finalidade de analisar os elementos da culpabilidade, especificamente quanto a inexigibilidade de conduta adversa como causa supralegal de excludente de culpabilidade. Justifica-se o tema pela importância da culpabilidade para o Direito Penal, categoria responsável por analisar a reprovabilidade e responsabilidade de uma conduta. Para tanto, será analisado alguns princípios constitucionais do direito penal, passando pelos sentidos designado a culpabilidade, bem como o seu desenvolvimento teórico e dogmático.

Palavras Chave: princípio do direito penal, culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL	07
1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	07
1.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	09
1.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS.....	13
1.4 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.....	15
1.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	17
1.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	20
2. CULPABILIDADE – GARANTIA INDIVIDUAL, FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA	21
2.1 CULPABILIDADE NO SENTIDO POLÍTICO-CRIMINAL.....	23
2.2 CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME.....	26
2.3 CULPABILIDADE COMO FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA.....	29
3. DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DA CULPABILIDADE	32
3.1 TEORIA PSICOLÓGICA.....	32
3.2 TEORIAS NORMATIVAS.....	34
3.2.1 Teoria psicológica-normativa.....	35
3.2.2 Teoria normativa pura.....	39
4. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE	41
4.1 A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA ADVERSA AO LONGO DOS CÓDIGOS PENAS VIGENTES.....	41
4.2 CONCEITO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	44
4.2.1 Coação irresistível.....	46
4.2.2 Obediência hierárquica.....	48
4.3 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA SUPRALEGAL.....	51
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	64

INTRODUÇÃO

Ao longo do desenvolvimento da sociedade sempre existiu a ideia de aplicação de pena para o indivíduo que descumpriu uma regra estabelecida socialmente ou por um ordenamento jurídico. Inicialmente, a pena foi representada através da vingança, posteriormente o Estado assume o *jus puniendi* a fim de analisar os fatos e aplicar a sanção devida.

Por vezes, a pena aplicada era demasiadamente excessiva ao fato praticado. Além de excessiva, apresentava-se de forma cruel. No Brasil podemos citar o primeiro Código Penal vigente, qual seja, as Ordenações Afonsina, que apresentou a pena de morte como a principal modalidade a ser aplicada.

Inicialmente, a verificação da responsabilidade ocorria de forma objetiva, ou seja, bastava que o indivíduo desse a causa ao fato. Não era analisado o elemento subjetivo, as intenções do agente. Além disso, era possível que a pena poderia passar da própria pessoa condenada, atingindo parentes próximos.

A partir das ideias do cristianismo, equiparando Deus a imagem semelhança do homem, a ideia de culpabilidade começa a ser desenvolvida, até tornar-se um mecanismo de proteção do cidadão em face do *jus puniendi* do Estado, seja para limitar e adequar a sanção a ser aplicada, seja para afastar a própria sanção penal.

Atualmente discute-se a culpabilidade, posto que suas fundamentações, elementos, consequências, precisam ser sempre revisitadas e analisadas. Por exemplo, alguns doutrinadores não aceitam a fundamentação da culpabilidade no princípio do livre-arbítrio, afirmando que tal elemento não é comprovável empiricamente, além de não existir liberdade plena, mas sim que cada indivíduo poder ser mais ou menos condicionado.

Além disso, discute-se um dos princípios ou fundamentos da própria culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade ou exigibilidade de conduta diversa para fins de análise da responsabilização penal. É justamente este elemento que o presente trabalho pretende analisar e discutir.

A fim de possibilitar esta análise, primeiramente, é importante analisar princípios do direito penal que realizam ou contribuem para a realização ou estabelecimento da culpabilidade no Direito Penal. Assim, importante dissertar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, legalidade, proteção de bens jurídicos, entre outros.

A inexigibilidade ou exigibilidade de conduta diversa é um dos fundamentos da culpabilidade, por isto, importante verificar os sentidos conferidos a ideia de culpabilidade, seja de limite da pena, responsabilidade subjetiva, político-criminal, ou como categoria da teoria do delito.

Importante analisar o desenvolvimento da teoria da culpabilidade, até chegarmos aos dias atuais, verificando as mudanças e as alterações dos fundamentos. Sendo assim, será analisar a teoria psicológica e normativa da culpabilidade.

Por fim, realizado os estudos da culpabilidade, será desenvolvido uma análise do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, suas consequências e âmbitos de atuação, para então, verificar a possibilidade de ser entendida ou não como possível causa supralegal de excludente da culpabilidade.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal estabelece em seu artigo primeiro os fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecendo, entre outros a dignidade da pessoa humana. Os fundamentos são os pilares, a essência da nação e, conseqüentemente, vetor imprescindível para o desenvolvimento do ordenamento jurídico.

A palavra “dignidade” provém do latim *dignus*, que significa tudo que possui importância, honra, consideração, respeito. Ao longo do desenvolvimento da sociedade, a dignidade da pessoa humana foi estabelecida de várias formas, como por exemplo, na Antiguidade a dignidade esta auferida através dos bens (dinheiro), título de nobreza.

O surgimento da ideologia cristã provoca uma mudança real dos titulares da denominada “dignidade da pessoa humana”, posto que, ao equiparar o homem à imagem semelhança de Deus, a dignidade passou a ser inerente a todo ser humano, devendo ser respeitada e reconhecida, independente da sua classe, bens, ou demais qualidades.¹

Através do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, inerente a todos, reconhece que todo indivíduo é único, não sendo passível de substituição. É neste seara que Kant reconhece que o ser humana é um fim em si mesmo, não podendo ser considerado meio para consecução de fins alheios, pois a todo indivíduo é assegurado seu arbítrio.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um conjunto de direitos inalienável, absolutos e inerente a todo ser humano, que o protege do toda ação degradante e discriminatória por meio da garantia de

¹ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional, p. 123.

condições mínimas para sua existência. Logo, gera direito ao indivíduo e deveres ao Estado.²

Neste sentido, Maris de Oliveira, assevera, que, “*Entenda-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de atributos pessoais de natureza moral, intelectual, física, material que dão a cada homem a consciência de suas necessidades, de suas aspirações, de seu valor, e o torna merecedor de respeito e acatamento perante o corpo social*”.³

No âmbito do direito penal é imprescindível o seu reconhecimento, bem como sua efetivação, fato que por vezes, é negligenciado sob alegação de que se trata de fórmula genérica cabível a qualquer situação.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana afasta uma séria de violações, como por exemplo, a prática de tortura para fins de prova no processo penal. Ora, todo o ser humano tem o direito de se manter calado, uma vez que lhe concebido o estado permanente de inocência. Não há que justificar os meios pelos fins perseguidos, ou seja, não é aceitável a torturar para que seja afasta a impunidade.

A tipificação do crime de racismo também representa uma face do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visa o respeito ao ser humano independente da sua raça ou cor, buscando assim, o reconhecimento de igualdade entre todo cidadão e permitindo o convívio social pacífico e harmonioso.

Do mesmo modo, é inadmissível a aceitação social e omissão estatal em permitir a existência de estabelecimentos prisionais com excesso de presos, todos dispostos em celas insalubres, largados ao ócio e sem interesse da sociedade reintegrá-lo.

² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 70.

³ MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio. O direito penal e a dignidade da pessoa humana, p. 816.

A conveniência da manutenção de presídios irregulares impossibilita, justamente, uma das finalidades da pena estabelecida pela Constituição e pelo Código Penal, que é a ressocialização do condenado.

A necessidade de “vingança social”, atualmente propagada insistentemente por programas policiaescos, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, provocando entre outras consequências, a retomada da vingança com as próprias mãos.

A fim de combater tudo isto, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 5º, inciso XLVII, a proibição de penas cruéis, com fundamento claro no princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, por vezes, afrontado pelo Estado.

Por fim, cumpre ressaltar, que o conceito do princípio da dignidade humana é um conceito aberto e em constante desenvolvimento. Com as mudanças sociais, outros valores são incorporados ao seu conceito, sendo certo de que, em um Estado Democrático de Direito, é indispensável o seu reconhecimento e fortalecimento.

1.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A existência de um Estado Democrático de Direito, principalmente quanto ao âmbito do direito penal, depende da existência do princípio da legalidade, cujo qual, surge na Magna Carta de 1215 da Inglaterra, que dispunha “*nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra*”.

Posteriormente, foi asseverado no período iluminista, através de seus defensores Montesquieu, Rousseau e Beccaria. Este último destaca-se a obra “Dos Delitos e Das Penas”.

Entretanto, a partir da Revolução Francesa o princípio da legalidade toma maiores contornos e relevância, apresentando-se como garantia

individual de todo indivíduo, segurança jurídica e real mecanismos de defesa social e limitador do poder Estatal, que deveria cumpri-lo.⁴

O princípio da legalidade esta disposto no artigo 5º, inciso XXXX da Constituição Federal, e dispõe, que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. A expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, foi desenvolvido por Feuerbach.

O referido princípio desenvolver uma série de consequências, direitos e garantias. A primeira dela é que não existirá crime ou pena sem que haja uma lei prévia definindo-o. Assim, denominamos princípio da reservar legal, ou seja, somente a lei poderá prever uma conduta delituosa.⁵

A Constituição Federal estabelece no artigo 22, inciso I, a competência privativa do Congresso Nacional para a criação de leis que dissertem sobre direito penal e processo penal.

Diante do princípio da reserva legal, a normal penal que descreve a conduta e a pena deverá ser certa, precisa, clara para que seja assegurado o princípio da legalidade, posto que, a utilização, por exemplo, de norma extremamente abertas, provocariam insegurança jurídica e relativização do princípio exposto.⁶

Sendo assim, a segunda consequência do princípio da legalidade é que a norma penal seja taxativa, o que corresponde uma orientação à sociedade, uma ordem ao legislador e uma observância ao juiz.⁷

Configura uma orientação à sociedade pois permite que todos tomem ciência do que seja lícito ou ilícito, bem como suas consequências, permitindo que todos adequem sua conduta com o ordenamento jurídico.

⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 160.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais, p. 92.

⁶ BRITTO, Alexis de Couto. Direito penal brasileiro, p. 84.

⁷ Idem, p. 86.

Corresponde a uma ordem ao legislador, posto que este deverá elaborar normas clara, exatas, que não deixem margens a dúvidas ou à manipulação do próprio Estado. Os conceitos deverão ser claros e precisos, sendo inconstitucionais normas excessivamente abertas ou vagas.

Apresenta-se como ordem ao julgador, posto que, em regra, estará proibido da utilização de analogia para fins de incriminação. Deverá sempre se ater a normal penal estabelecida, respeitando o ordenamento jurídico. No direito penal é admitida a analogia *in bonam partem*, ou seja, aquele favorável ao réu.

Quanto ao tema, leciona Nelson Hungria, que:

A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida por arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais do direito, ou pelo costume. (...) Pouco importa que alguém haja cometido um fato antissocial, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social. Se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve constar à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal.⁸

Outra consequência do princípio da legalidade é a irretroatividade da lei penal. O princípio exige que a norma penal seja anterior ao fato praticado para que seja possível aplicar qualquer sanção penal. As normas criadas não poderão sancionar condutas passadas, anteriores a sua vigência.

O princípio da irretroatividade consagra a segurança jurídica, sem qual não será possível uma estabilidade do sistema jurídico e um convívio pacífico entre os cidadãos.

Apesar disto, o princípio da irretroatividade na norma penal apresenta uma exceção, qual seja, o surgimento de norma penal mais benéfica ou

⁸ HUNGRIA, Nelson. Comentário ao código penal, p. 21.

descriminalização de determinada conduta. Desta forma, sempre que a norma atenuar ou for descriminalizada atingirá fatos anteriores a sua vigência.⁹

Neste sentido, dispõe Constituição Federal no artigo 5º, inciso XL, que, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido, o Código Penal estabelece a mesma regra no artigo 2º, parágrafo único.

Apesar de não ser o foco principal, mas importante analisar a questão da cominação de leis penais benéficas. Por vezes, uma norma penal é mais benéfica que uma parte da legislação revogada e, por outro lado, e outra situação é mais maléfica. Tal situação ocorreu, por exemplo, entre a lei 8.072/90 e a lei 11.464/07.

Para o Luiz Flávio Gomes, o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal é claro ao dispor, que, “de qualquer modo” a lei mais benéfica favorecerá o agente. Assim, é favorável a cominação entre leis penais a fim de observar a melhor situação jurídica para o réu.

Pensando de forma diversa, Guilherme de Souza Nucci, expõe, que, a cominação entre duas leis a fim de estabelecer situação mais favorável para o réu é equivocada, pois, ao realizar tal procedimento, o Poder Judiciário estaria criando uma nova lei e, portanto, realizando atividade atípica, qual seja, legislando.

Neste sentido, assevera o supracitado autor, que:

Na realidade, o ajuntamento de duas ou mais leis penais, seja qual for o propósito, faz nascer uma terceira norma, não prevista, nem aprovada pelo Poder Legislativo. Estaria o poder judiciário legislando, ao promover a criação de lei, mediante o recolhimento de partes outras. (...) a abrangência da terminologia “de qualquer modo” tem o objetivo de garantir a aplicabilidade de qualquer conteúdo de norma penal favorável, vale dizer, podendo envolver todos os aspectos penal possíveis (...).¹⁰

⁹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal, p. 146.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais, p. 146.

Por fim, cumpre ressaltar, que, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade da combinação de leis penal a fim de beneficiar o réu, tanto no Recurso Especial nº 596.152/SP, quanto no *Habeas Corpus* Nº 101.511/MG.

1.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Em um Estado Democrático de Direito é necessário que o direito penal seja a última opção do legislador para que seja efetivado um controle social e uma convivência pacífica e harmoniosa. Para isto é imperioso respeitar o arbítrio de todo ser humano, desenvolvimento de sua personalidade e, por consequência, respeitar as diferenças entre cada indivíduo.

Importante destacar, que, a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos, o que significa a impossibilidade de punir o “ser” da pessoa, pois todo cidadão somente será punido pelo fato praticado, respeitando a personalidade do indivíduo.¹¹

Em virtude disto, é importante a discussão do princípio do bem jurídico penal e sua própria teoria para fixar os limites do *jus puniendi* do Estado. A teoria do bem jurídico inicia-se no período iluminista. Inicialmente, entendia-se, que, o direito penal defendia os direitos advindo do contrato social estabelecido.¹²

A primeira posição contrária a este posicionamento foi de Feuerbach, que defendeu a tese de que o direito penal tutelava direitos subjetivos dos particulares, e não um cumprimento de uma obrigação com o Estado. Ao Estado caberia a criação de instrumento capazes de manter os referidos direitos.¹³

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general, p. 134.

¹² PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção jurídico-penal e direitos universais, p. 72.

¹³ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito penal brasileiro, p. 78.

Posteriormente a posição de Birnbaum e Binding, o professor Von Liszt dispõe que bem jurídicos são todos aqueles interesses ou bens que sejam vitais para uma determinada sociedade. Estes bens jurídicos são determinados pela própria sociedade, pela vida social, e não simplesmente pelo ordenamento jurídico posto. É uma identificação do legislador e não a mera criação deliberada deste.¹⁴

Passado esta fase e até o fim da Segunda Guerra mundial, na qual fora possível verificar claramente o desrespeito a dignidade da pessoa humana, a discussão sobre o bem jurídico penal e a finalidade do direito penal foram abandonados, somente voltando a tona após o período de guerra através de Wezel.

Buscando definir o conceito de bem jurídico, Claudio José Pereira Langroiva, assevera que, *“bem jurídico pode ser entendido como um valor ideal, proveniente da ordem social em vigor, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular tanto o particular quanto a própria coletividade”*.¹⁵

Desta forma, os bens jurídicos nascem na própria sociedade. O cidadão expõe uma situação de vulnerabilidade que necessita de tutela jurídica. Verificado o bem ou interesse social este é positivado no ordenamento jurídico para fins de solução e pacificação social. Caso a tutela necessária seja a do direito penal, então surgirá um bem jurídico penal. Por óbvio, este bem jurídico deverá estar disposto na Constituição Federal ou, apesar de não estar exposto, não ser contrário a este e seus fundamentos e princípios.

O princípio da proteção do bem jurídico apresenta-se como um mecanismo de defesa social em face do Estado, uma vez que este somente pode estabelecer normas penal que ofendam bens jurídicos, sob pena de

¹⁴ PRADO, Luis Regis. Bem jurídico-penal e Constituição, p.23.

¹⁵ Idem, p. 71.

inconstitucionalidade, permitindo assim, o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo segundo seu livre arbítrio.

1.4 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O princípio da lesividade esta relacionado ao próprio princípio da proteção de bem jurídico, posto que, o crime será considerado praticado quando existir lesão ou, ao menos, ameaça de lesão à bens jurídicos tutelados penalmente, cuja titularidade seja de um terceiro.

Não é possível punir a prática de uma conduta descrita como criminosa quando esta não gerou uma lesão ou ameaça de lesão real a um bem jurídico. Por isto, Nilo Batista estabelece que o princípio da lesividade afaste a punição de atitudes internas, condutas que não extrapolaram o âmbito do autor, incriminação de simples estado ou existência, e condutas desviadas que não atinjam bem jurídico alheio.¹⁶

Assim, o princípio da lesividade ou ofensividade exige uma análise crítica do Juiz, pois este não deverá analisar a mera tipicidade, enquadramento do fato real à norma jurídica, mas sim a lesão provocada pela ação, sua extensão e eventuais consequências.

Neste sentido, segundo Cezar Roberto Bitencourt, analisa, que:

O princípio da lesividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos pra que o legislador adotes, na elaboração do tipo penal, a existência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro núcleo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.¹⁷

¹⁶ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 91 – 97.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito pena, p.22.

Justamente por causa do princípio da lesividade, o supracitado autor sustenta ser inconstitucional a criação de crimes de perigo abstrato, pois representam o mero descumprimento do texto legal, não levando em consideração a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Entretanto, aceita a ideia do crime de perigo concreto, pois para que este seja configurado é necessário, diante do fato concreto, verificar a real exposição a perigo do bem jurídico.

Em virtude do princípio da lesividade, bem como do princípio da intervenção mínima, entre outros fundamentos, justifica-se a exclusão da tipicidade através do denominado princípio da insignificância.

A palavra insignificante significa algo inexpressível, com pouco valor, a ponto de ser desconsiderado. Assim, determinadas condutas praticadas, apesar de preencherem os elementos do tipo penal, apresentam lesões insignificantes, lesão sem qualquer expressão real.

Ou seja, apesar de estar configurada a tipicidade formal, adequação entre conduta e tipo penal, a tipicidade material encontra-se prejudicada, posto que a lesão ao bem jurídico é insignificante.¹⁸

Segundo o Supremo Tribunal Federal, para a aplicação do princípio da insignificância é importante analisar os seguintes requisitos, conforme decisão do *Habeas Corpus* nº 92743/RS: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressiva lesão jurídica provocada.

Por fim, uma das principais consequências do princípio da lesividade é afastar o denominado “direito penal do autor”, que considera apenas o simples estado do autor para puni-lo, firmando no direito penal brasileiro o “direito penal

¹⁸ GRECCO, Rogério. Curso de direito penal, p.32.

do fato”, refletindo o tipo penal apenas a condutas reproduzíveis no mundo dos fatos.¹⁹

1.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O princípio da intervenção mínima surge no período iluminista, cujos pensadores buscavam diminuir o número excessivo de normas penais. Além disso, politicamente, para a burguesia que começava a participar do poder era necessário esta restrição, sob pena do Estado utilizar a criação de normas penais para limitá-los.²⁰

Anteriormente, o Direito Penal era utilizado para “vingar” o Estado, era utilizado como instrumento para manter o poder do Soberano, ou seja, mecanismo de repressão utilizado pelo Estado contra a própria sociedade.

Esta expectativa mudou a partir do iluminismo e da Revolução Francesa, transformando o Direito Penal em instrumento que se justifica para garantir a liberdade individual do indivíduo, logo, deixou de ser um instrumento “contra” a sociedade.²¹

O princípio da intervenção mínima está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e reforça a busca por dois objetivos fundamentais expostos no artigo 3º da Constituição Federal, construção de uma sociedade livre e promoção do bem de todos.

Isto ocorre, pois o referido princípio exige que o Estado busque alternativas de resolução de conflitos sociais diversos do direito penal, como por exemplo, o direito civil e o direito administrativo. Sabendo que a sanção do direito penal pode ser o cerceamento da liberdade, não seria possível a

¹⁹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal, p. 148.

²⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Direito penal constitucional, p. 67.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios p. 191.

construção de uma sociedade livre ao utilizar o direito penal como primeiro instrumento para solucionar demandas sociais.²²

O direito penal é o instrumento do Estado mais agressivo, justamente por poder retirar a liberdade do indivíduo. Por isto, deve ser utilizado como a última opção, a fim de proporcionar uma sociedade livre e sem medo de se desenvolver.

Por tanto, o princípio exposto fundamenta um direito penal mínimo, afastando políticas-criminais de fundamentação punitivista ou abolicionista. É o meio termo entre estas posições, aquela que reconhece a necessidade do direito penal para a sociedade, entretanto, utiliza-o em casos de estrita necessidade.

Assim, do princípio da intervenção mínima, decorrem dois subprincípios, quais seja o da fragmentariedade e subsidiariedade. A fragmentariedade dispõe que ao direito penal incumbirá a proteção de bens jurídico penais de extrema relevância social, posto que é um dos fragmentos do ordenamento jurídico capaz de regular a sociedade.²³

Além de ser responsável dos bens jurídicos mais relevantes, somente caberá a atuação do direito penal em casos de lesões graves ao bem jurídico, um dos pilares que sustenta o princípio da insignificância.

Com a fragmentariedade reserva ao direito penal as situações mais graves da sociedade, ressaltando sua força. Do contrário, a criação de um direito penal como *prima ratio*, como primeiro instrumento de controle social enfraqueceria a força do direito penal.

Atualmente é perceptível a criação de inúmeros tipos penais, que por vezes não são utilizados no fato concreto. São criados para atender um determinado grupo a fim de obter votos para campanha eleitoral.

²² GOMES, Luiz Flávio. Direito penal, p. 443.

²³ BUSATO, Paulo César. Introdução ao direito penal, p. 158.

A criação de normais penais em excesso, com finalidade de atender um clamor público momentâneo e com finalidade eleitoral, amplia o rol de normas penais, tornando o direito penal inócuo, sem força e respeito social, além de inibir políticas públicas que seria a medida adequada diante do fato concreto.

A respeito do tema, Munhoz Conde, dispõe, que:

El derecho penal, lo repito una vez más, se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter "fragmentario" pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el derecho penal sólo se ocupa de una parte -fragmentos- si bien la de mayor importancia. Este *carácter fragmentario del derecho penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales^{13g}: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales, como la homosexualidad o la mentira.²⁴

Por fim, outra consequência do princípio da intervenção mínima é a subsidiariedade do direito penal, ou seja, o direito penal somente estará legitimado a atuar quando as demais áreas do ordenamento jurídico forem incapazes de solucionar o conflito social.²⁵

Seguindo este entendimento, Silva Sánchez destaca a importância de buscar soluções, por exemplo, no direito administrativo e civil, a fim de desonerar o direito penal para torná-lo efetivo e forte. Se existem outros meios menos lesivos a sociedade e capaz de regular o conflito, então não se deve valer do direito penal. A ausência do direito penal não significa falta de tutela.²⁶

²⁴ CONDE, Francisco Munhoz. Introducción al derecho penal, p. 125.

²⁵ BUSATO, Paulo César. Introdução ao direito penal, p. 163.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación del derecho penal, p. 247.

1.6 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A palavra individualização expõe a ideia de tornar único, particular, singular algo que era genérico, ou seja, a individualização para aplicação da pena analisará as circunstâncias do crime e as características do agente para fins de aplicação da pena, justamente por reconhecer que todo ser humano é único.

A fim de afastar a padronização do ser humano ao aplicar-lhe eventual sanção penal, a Constituição Federal expôs no artigo 5º, inciso XLVI, que, “*a lei regulará a individualização da pena*”, ou seja, o legislador determinou os critérios que o juiz deverá seguir para fins de aplicação da pena.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci assevera, que:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.²⁷

O autor de um crime terá sua pena conforme as circunstâncias do crime, a forma como foi praticado, bem como por suas características pessoais. Assim, cada agente terá sua *própria* pena, aquela que se ajusta ao fato praticado e segundo suas necessidades e finalidade da pena.

O princípio da individualização da pena está estritamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio humanitário, ao princípio da culpabilidade e aos fins da pena adotado pelo sistema jurídico.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, p. 25.

2. CULPABILIDADE – GARANTIA INDIVIDUAL, FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA.

O princípio da culpabilidade foi desenvolvida na Idade Média sob influência da filosofia cristã, sendo que seu conceito e elementos quanto a responsabilidade subjetiva surgem em ordenamentos jurídicos nas primeiras décadas do século XVI na Carolina.²⁸

Anterior ao surgimento do princípio da culpabilidade, a imputação dava-se de forma objetiva, ou seja, não era necessária a análise da intenção do autor para a prática de um crime, bastava a averiguação da conduta e do resultado, causa e efeito. Praticava a conduta e produzido o resultado, imputava-se ao indivíduo uma sanção penal. Não existia a análise de dolo ou culpa, por isto era uma responsabilização objetiva.²⁹

A respeito da reponsabilidade objetiva, Nilo Batista reporta um caso na legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi, dispondo, que, se um pedreiro construísse uma casa sem a devida resistência e, por causa disto, ocorresse um desabamento ocasionando a morte do morador, então o pedreiro deveria morrer. Entretanto, se fosse provocado a morte do filho do morador, então o filho do pedreiro deveria morrer. Neste caso, além da responsabilidade ser objetiva, também demonstra que era difusa, ou seja, ultrapassava da figura do agente.³⁰

O princípio da culpabilidade é pressuposto necessário do Estado Democrático de Direito, não se restringindo ao âmbito penal, mas é elemento lógico para a intervenção do Estado em sentido lato. O princípio está contido na máxima *nullum crimen sine culpa*, e representa a necessidade de analisar o dolo e a culpa do agente na prática de um crime. Logo, inadmissível pena sem culpabilidade.

²⁸ BUSATO, Paulo César. Introdução ao direito penal, p. 145.

²⁹ ASUA, Luiz Jimenez de. Principio de derecho penal, p. 353.

³⁰ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 102 – 103.

Isto ocorre, pois, em sociedade de risco é natural que seja aceito um risco que é tolerado socialmente, como por exemplo, a condução de veículo automotor. É uma situação de risco tolerável, que é necessário a sociedade para o seu próprio desenvolvimento. Sendo uma atividade de risco, natural ocorrer acidentes. Entretanto, somente será considerado eventualmente crime se verificado o dolo ou a culpa na conduta do agente.

Do contrário, punir pela mera verificação da conduta e do resultado seria afrontar à própria finalidade da pena, pois a sanção recairia sobre uma pessoa que não teve e nem se quer pensou na produção de qualquer resultado criminoso, ou seja, seria uma punição sem qualquer finalidade.

A questão da culpabilidade é um tema recorrente nas discussões internacionais do direito penal, posto que se apresenta como elemento fundamental para a imputação de um sanção penal, por isto não é possível a sua total eliminação ante um Estado Democrático de Direito.

São várias questões envolvendo o tema, como por exemplo, “por que não aplica pena a quem comete um fato típico e antijurídico?”. Entre outras questões desde sua aproximação com os fins da pena, até sua eventual substituição por um conceito mais amplo, ou ainda, seu fundamento “livre-arbítrio”.

Ressaltando a sua importância, Claus Roxin, assevera, que, “*Nenhuma categoria penal é tão discutida como a culpabilidade, e nenhuma é tão imprescindível. Sua discussão é baseada em desentendimentos, nas sua imprescindibilidade que constitui o critério central de toda imputação (...) nenhum Direito Penal moderno pode substituir sem o princípio da culpabilidade, é possível designá-la de outro modo, mas não eliminá-la*”.³¹

Por isto, trata-se de um postulado garantista, uma garantia individual de todos, que exalta o princípio da dignidade da pessoal humana, sendo essencial

³¹ ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal, p. 97.

para um Estado Democrático de Direito. No Brasil, o princípio da culpabilidade está consubstanciado no artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), artigo 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º, caput (igualdade e inviolabilidade da liberdade) e 5º, inciso XLVI (individualização da pena), todos da Constituição Federal.³²

A culpabilidade é um conceito único, do qual surgem diferentes questões, sendo que cada questão está em um âmbito diferente da culpabilidade. É um conceito complexo e de extrema relevância para o direito penal como um todo.

Em virtude desta diversidade de questão, será apresentado apenas três âmbitos da culpabilidade, quais sejam, culpabilidade em sentido político-criminal, culpabilidade como elemento do crime e culpabilidade como fundamento e limite da pena.

2.1 CULPABILIDADE NO SENTIDO POLÍTICO-CRIMINAL

Diferentemente do que fora disposto por Von Liszt, o direito penal não é uma barreira intransponível da Política Criminal, cuja qual represente um conjunto de princípios e regras que visam tanto a prevenção, quanto a repressão do delito.

Assim, Política Criminal e Direito Penal devem caminhar juntos, apesar de serem esferas diferentes. A Política Criminal pode ser analisada sobre dois âmbitos, quais sejam, como uma atividade do Estado ou como atividade científica.

O primeiro enfoque dispõe sobre as medidas adotadas pelo próprio Estado para a consecução da prevenção, controle e repressão dos crimes, posto que o Estado deve zelar pela paz e uma convivência social pacífica. Para tanto, em inúmeras situações, o Estado vale-se do direito penal, entretanto,

³² PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 167.

existem outros mecanismos extrapenais de Política Criminal, como por exemplo, educação, saúde, entre outros.

A Política Criminal como atividade científica analisa, justamente, a utilização do direito penal e seus princípios limitares para fins de combate a criminalidade. Ou seja, o direito penal é um instrumento de Política Criminal, entretanto, possui princípios que limitam a atuação deste instrumento.

Neste sentido, Paulo César Busato assevera, que, “*os princípios limitadores reconhecidos dentro de uma Estado Social e Democrático de Direito têm que ser acolhidos pela Política Criminal, se é que se pretende um sistema garantista em vez de um arbitrário. (...) A Política Criminal não só deve buscar a eficácia da consecução dos seus fins, mas, além disso, deve observar todas as limitações submetida, as quais derivam fundamentalmente dos institutos surgidos no iluminismo.*”³³

São princípios que limitam o *ius puniendi* do Estado, com a finalidade de afastar ações arbitrárias deste e impondo um direito garantista, que defende o cidadão contra os atos abusivos. Entre estes princípios encontram-se o princípio da legalidade e o da culpabilidade.³⁴

Neste aspecto é que o princípio da culpabilidade é analisado no âmbito da política criminal, como princípio limitador do poder punitivos do Estado, como limite ao combate a criminalidade. O princípio exposto impede que qualquer ato seja passível de pena, posto que exige a análise do dolo e da culpa e a eventual presença de causas justificantes ou exculpantes. É analisado a capacidade do agente em agir de acordo com a norma penal.³⁵

A respeito do tema, Luiz Flávio Gomes, acrescenta, que, “*o princípio da culpabilidade , no sentido que acaba de ser exposto (político-criminal), opera*

³³ BUSATO, Paulo César. Introdução ao direito penal, p. 17.

³⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 223.

³⁵ GOMES, Luiz Flávia. Direito penal, p. 536.

como limite do ius puniendi (o Estado não pode punir quem não tem capacidade de se motivar no sentido da norma), (...)”.³⁶

Desta forma, o princípio da culpabilidade somente permite que o Estado faça uso do seu *ius puniendi* quando o agente que realizou uma conduta ilícita e antijurídica, tinha condição potencial de conhecer a norma, a proibição imposta pela norma, para que então, pudesse adequá-la.

Ressaltando a importância do princípio da culpabilidade, William Terra, dispõe, que “*sua importância reside em ser a principal garantia de que o Estado somente poderá aplicar pena às condutas que o autor poderia ter evitado. Em outras palavras, assegura que se o sujeito não pôde ter evitado o cometimento de um delito não há nenhuma sentido em submetê-lo a um castigo*”.³⁷

É necessário que o fato praticado, a conduta criminosa, seja uma ato próprio do agente, que optou por tal conduta de forma consciente e responsável, sem qualquer interferência de elementos externos. Ou seja, ao invés de adequar-se ao ordenamento jurídico, deixou seu impulsos e emoções tomarem conta da duas atitudes, não atuando de forma correta segundo as normas sociais.

A finalidade que o Estado deseja alcançar com a pena imposta ao criminoso também deverá estar relacionada com o princípio da culpabilidade, e sendo assim, influencia em outro âmbito a Política Criminal de um Estado. A culpabilidade deverá ser aproximada as teorias quanto aos fins da pena, visando uma melhor adequação da Política Criminal proposta pelo Estado.

³⁶ GOMES, Luiz Flávia. Direito penal, p. 538.

³⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito penal brasileiro p.435.

2.2 CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME

A teoria do delito estabelece três formas de conceituar o crime. A primeira diz respeito ao conceito formal, cuja qual expõe que o crime é toda ação ou omissão realizada por um indivíduo, proibida por lei através da ameaça de uma sanção penal.

Deste modo, o conceito formal ou legal do delito refere-se a uma conduta proibida por lei, na qual define sua abrangência e sanção. É a definição de crime através de uma análise do Direito Positivo, logo, representa a contrariedade entre a conduta praticada e o mandamento penal.³⁸

A conceituação do delito através de uma perspectiva formal ressalta o princípio da legalidade, no qual permite punição de uma conduta sem a prévia previsão legal. Assim é importante o conceito assegura a segurança jurídica e a estabilidade do sistema.

A segunda forma é o conceito material ou substancial do delito. Neste aspecto o delito é analisado a partir dos valores e interesses (bem jurídico difuso ou individual) eleitos pela sociedade que necessitam de tutela penal. Ou seja, corresponde uma análise do conteúdo do ilícito penal.³⁹

O delito seria toda conduta que viola valores e interesses eleitos pelo povo, por isto danoso a sociedade e ao convívio pacífico, que deve ser combatido através do direito penal. Diante disto, importante ressaltar que o direito penal tem a finalidade de proteger bem jurídico, ou seja, todos os interesses ou valores eleitos socialmente, que não contrariam a Constituição Federal, e que se mostra de extrema relevância.

O professor Cerezo Mir define o conceito material do delito da seguinte forma: “*um conduta que lesiona ou põe em perigo um bem jurídico e constitui*

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal, p. 210.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. Direito penal brasileiro, p. 294.

*grave infração das normas da Ética social ou da ordem política ou econômica da sociedade”.*⁴⁰

Desta forma, o conceito material do delito é importante para destacar a finalidade do direito penal, que representa a proteção de bem jurídico penal, seja uma lesão concreta ou uma ameaça de lesão.

Por fim o conceito analítico de crime, elemento importante para destacar a culpabilidade como elemento ou não do conceito analítico de crime, o que, dependendo da conceituação, classificará determinada conduta como crime, mas não reprovável ou como não considerará crime e não reprovável.

A criação de um conceito analítico não possui uma data exata, mas fora desenvolvida entre o final do século XIX e início do século XX. O objetivo era separar os elementos do delito a fim de entender e desenvolver as normas e princípios contidos nestes elementos, bem como para facilitar a aplicação do direito. Desta forma, para um fato ser considerado crime, deveria percorrer e se enquadrar em cada elemento do delito.⁴¹

A decomposição dos elementos do delito é de extrema importância para aplicação do direito, pois permite visualizar os problemas e cada caso, como por exemplo, dolo e culpa, do erro, da omissão da tentativa, entre outras situações.⁴²

Quanto a estrutura e elementos do conceito analítico do delito, a maior dos doutrinadores, entre eles Juarez Tavares, Luiz Régis Prado, Assis Toledo, entendem que o delito corresponde a *fato típico, antijurídico e culpável*.

Contraopondo este ponto, René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, e Mirabete, entendem que o delito representa apenas *fato típico e antijurídico*, sendo a *culpabilidade* apenas pressuposto para aplicação da pena.

⁴¹ TAVARES, Juarez. Teoria do delito, p. 1 – 2.

⁴² TAVARES, Juarez. Teoria do delito, p. 2.

Outros doutrinadores apresentam outros elementos do delito, entretanto será abordado apenas as duas apresentadas. Desde já, importante ressaltar, que, independente do sistema adotado, a ideia de estrutura analítica do crime é cabível e aceitável. Ou seja, a teoria comporta o sistema causalista e finalista.⁴³

Entretanto, quanto a concepção causalista, somente poderá ser adotada a teoria tripartida, ou seja, delito é fato típico, antijurídico e culpável. Isto ocorre, pois para o sistema causalista o elemento subjetivo, dolo e culpa, encontram-se na culpabilidade, logo, impossível sua retirada.

Diferentemente para o finalismo, posto que o dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e relocados no fato típico. Neste contexto, não seria incongruente entender o delito apenas como fato típico e antijurídico. Seria possível, então, a adoção do teoria bipartida.

A teoria tripartida do delito é a mais acertada, posto que ao considerar a culpabilidade como pressuposto da pena, e sabendo que todas as demais categorias estão relacionadas de forma lógica, então podemos concluir que tanto o fato típico quanto a antijuridicidade são pressupostos da pena.

A respeito das críticas da teoria bipartida, Juarez Tavares é claro ao dispor, que:

Primeiro problema que surge dessa posição é que não se pode dizer que o pressuposto da pena seja tão-somente a culpabilidade, mas, igualmente, todos os demais elementos do delito e ainda as condições objetivas de punibilidade. A expressão "pressupostos da pena" abrange, portanto, um campo muito mais amplo do que essa pretendida teoria. Demais, os elementos do delito, tomados na acepção tradicional, estão em constante inter-relação. Por exemplo, entre antijuridicidade e culpabilidade há uma inegável interação, notadamente com a adoção dos elementos subjetivos de justificação, de tal modo que, isolar-se a culpabilidade do complexo do injusto, conduziria a uma postura contraditória em si mesma. Além disso, o isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de

⁴³ TAVARES, Juarez. Teoria do delito, p. 1

modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade.⁴⁴

Outra questão quanto a adoção das referidas teorias do delito é quanto tratar-se ou não de crime. No caso da teoria tripartida, como o conceito de delito contém o elemento da culpabilidade, qualquer causa de que afasta a culpabilidade, como por exemplo a inimputabilidade, não haverá crime, pois a culpabilidade não estava presente.

Ao contrário, na teoria bipartida do delito, considera-se as categorias fato típico e antijurídico, estando a culpabilidade fora do conceito por se tratar de mero pressuposto da pena. Assim, mesmo não preenchido a culpabilidade, o crime estará configurado, posto que o fato é típico e antijurídico.

2.3 CULPABILIDADE COMO FUNDAMENTO E LIMITE DA PENA

A culpabilidade exerce uma função de fundamentação e de limite da pena imposta pelo Estado, duas funções com pressupostos e fundamentos diversos, mas que não se encontram totalmente isoladas.

Para que uma conduta criminosa seja imputada a alguém, é necessária que ela seja ilícita, antijurídica e culpável. Logo, se as causas de verificação da culpabilidade não forem preenchidas não haverá punição, aplicação de sanção penal.

Assim, a culpabilidade como fundamento da pena representa a verificação, no caso concreto, dos seguintes elementos que compõem a culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta adversa.

Analisando o tema da culpabilidade como fundamento da pena, Claus Roxin, dispõe, que *“La culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla*

⁴⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do delito, p. 109.

general responsabilidad jurídicopenal. De esta culpabilidad para la fundamentación de la pena, del "si" de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de una pena, se trata en el concepto sistemático jurídicopenal de culpabilidad (...)." ⁴⁵

Desta forma, a culpabilidade como forma de fundamentação da pena é a verificação das categorias existentes da culpabilidade, logo é a “autorização”, o “sim”, necessário para que seja aplicado a pena.

A culpabilidade além de atingir a averiguação da imputabilidade, é responsável na análise da medição da pena, ou seja, transcende a análise dogmática do delito, a imputabilidade, e alcança a aplicação e execução da pena.

Assim, culpabilidade como função de medição da pena representa a medida da pena, justa e necessária, para a retribuição e a prevenção de delitos. Será levado em conta o fato concreto praticado, o grau da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado, o dolo ou a culpa, entre outros.

Além dos elementos que compõe o fato ilícito, deverá ser levado em consideração para a medição da pena a ser imposta as características individuais do indivíduo, para que a pena esteja adequada a este.

A respeito da culpabilidade como medida da pena, Claus Roxin, assevera, que *“En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al conjunto de los momentos que poseen relevância para la magnitud de la pena en el caso concreto”*. ⁴⁶

⁴⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 813 - 814.

⁴⁶ Idem, p. 814.

Alguns artigos do Código Penal expressam a culpabilidade como instrumento para medição da pena. Assim, o artigo 59 dispõe, que o juiz deverá estar atento a culpabilidade, entre outros requisitos, a fim de estabelecer uma pena “*necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

Outro artigo que demonstra esta necessidade de individualização da culpa para fins de medição da pena é o artigo 29 do Código Penal, ao dispor, que, sendo o crime praticado por mais de uma pessoa, cada um responderá “*na medida de sua culpabilidade*”.

3. DESENVOLVIMENTO DOGMÁTICO DA CULPABILIDADE

3.1 TEORIA PSICOLÓGICA

Em meado do século XIX, o positivismo chega ao seu auge, após acontecimento que alteraram a vida social, entre estes fatores, transformações políticas, Revolução Industrial e uma postura mais firme da sociedade. Com isto, foram fomentados os estudos científicos, posto que se acreditava que a ciência permitiria a evolução do ser humano.⁴⁷

Em virtude do positivismo científico, a matemática e as ciências naturais tomam o espaço do Direito, pois eram possíveis de serem observadas e determinarem premissas exatas, diferentemente do Direito. Por causa desta impossibilidade, Julius Hermann von Kirchmann, em 1847, em um discurso à sociedade jurídica de Berlim, afirmou que o Direito não seria ciência pois, em virtude do seu objeto ser instável, não era possível obter resultados estáveis, logo, não era uma ciência.⁴⁸

É sob a influência deste período, no final do século XIX, é desenvolvida a Teoria Psicológica da culpabilidade. Na Alemanha, von Liszt e Binding desenvolveram a teoria do delito, dispondo que delito é fato típico, antijurídico e culpável.

Liszt partiu da premissa, que, delito é um “*ato culpável, contrário ao direito e sancionado com uma pena*”. O elemento fundamental a ação do ser humano, entendida como um movimento corporal capaz de produzir uma alteração no mundo real. Não bastava qualquer ação, era necessário que esta fosse contrária ao direito, logo, antijurídica. Para chegar a este conceito, Liszt utilizou o conceito de antijuridicidade objetiva desenvolvida por Ihering para o direito civil.⁴⁹

⁴⁷ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito penal brasileiro, p. 131.

⁴⁸ Idem, p. 131.

⁴⁹ MUNHOZ CONDE, Francisco. Introduccion al derecho penal, p. 257.

Entretanto, não bastava a valoração objetiva do fato, era necessário a análise subjetiva do auto do fato. Assim, os elementos subjetivos foram dispostos na culpabilidade, que tinha realizava o liame subjetivo entre o autor e o fato concreto, por isto é denominada de Teoria Psicológica da Culpabilidade.⁵⁰

Segundo Liszt, a culpabilidade era formada pelo dolo e culpa, que eram precedidas pela análise da imputabilidade do agente, que é a capacidade psíquica do indivíduo em entender a ilicitude do fato e se portar segundo o ordenamento jurídico.⁵¹

Quanto ao tema, Miguel Reale Júnior, disserta, que, *“com efeito, segundo o conceito mecanicista do agir humano, o comportamento é um movimento modificador do mundo exterior. É imprescindível, portanto, que se constitua um liame psicológico entre o autor do fato, justificativo de responsabilidade. Estabelece-se, conseqüentemente, a dicotomia: aspecto objetivo aspecto subjetivo, este último compreensivo da culpabilidade, gênero das espécies dolo e culpa”*.⁵²

Por fim, Beling desenvolveu o conceito de tipicidade, na qual definiu a subsunção do fato praticado à norma penal incriminadora. Apesar de ser um elemento formal, foi importante para ressaltar o princípio da legalidade, e estabelecer como início para análise das demais categorias que formam o conceito de delito.

Desta forma, dentro do sistema causalista os elementos subjetivos estavam contidos na culpabilidade, fato que originou a Teoria Psicológica da Culpabilidade. Apesar dos avanços ocasionados, a referida teoria sofreu severas críticas.

⁵⁰ MUNHOZ CONDE, Francisco. Introdução al derecho penal, p. 258.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. Direito penal brasileiro, p. 468 - 469.

⁵² REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito, p. 125.

A primeira crítica refere-se a dificuldade de estabelecer um conceito unitário de dolo e culpa. O dolo era definido como querer um ato e o resultado. A culpa consciente, não querer um resultado mas praticar o ato causador. Por fim, a culpa inconsciente que consiste em não prever um resultado, cujo qual era previsível.⁵³

Quanto a culpa inconsciente era difícil de fundamentar, pois neste caso não ligação subjetiva entre a prática do fato e o resultado, não existe um liame psicológico.

A respeito das críticas à Teoria Psicológica da Culpabilidade, Luiz Regis Prado, expõe que:

Em primeiro lugar, não ordenava sistematicamente a imputabilidade, que ora era pressuposto do dolo e da culpa, ora era pressuposto da pena; não explicava convicentemente a culpa inconsciente, onde era inexistente a relação psicológica; não era tampouco capaz de explicar adequadamente o estado de necessidade exculpante, visto que, mesmo presente o dolo, não havia culpabilidade; não entendia a culpabilidade como um conceito graduável e, por fim, agasalhava uma metodologia científica positivista e jurídica, já superada pela dimensão axiológica de cunho neokantiano.⁵⁴

Tendo em vista as dificuldades apresentadas pela exposta teoria, a comunidade jurídica fomentou a necessidade de orientações normativistas, exigindo a integração de elementos de valoração na culpabilidade. Assim, a culpabilidade é transformada em juízo de reprovação.

3.2 TEORIAS NORMATIVAS

Apesar do avanço inicial proporcionado pela Teoria Psicológica da Culpabilidade, houve necessidade de mudança, exigiu-se o estabelecimento de elementos valorativos, não somente na culpabilidade, como em toda estrutura do delito.

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do delito, p. 125.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. Direito penal brasileiro, p. 469.

Neste período, a pensamento positivista perdia força, não possuía a grande influência como anteriormente. Ganhava força o Neokantismo, doutrina iniciada na Alemanha em 1860, que apresentava-se como evolução do positivismo.

O Neokantismo propõe o retorno à metafísica e, através do método teleológico, consegue inserir valores no sistema analítico do delito. Ou seja, ao contrário do Positivismo, aceita a introdução do subjetivismo. Assim, conseguem estabelecer apenas o método da ciências naturais é impossível explicar a complexidade do direito, sendo necessário o reconhecimento da ciência do espírito.⁵⁵

Através desta mudança de perspectiva, reconhecendo como ciência não somente as naturais, mas de igual modo a ciência do espírito, foi possível a inserção de elementos valorativos na teoria do delito.

Importante destacar, que, não existe apenas um Teoria Normativa da Culpabilidade, mas sim, uma variedade delas. O primeiro surgimento do movimento foi no final do século XIX até 1915, onde surgiram várias correntes metodológicas. O segundo movimento foi entre 1920 até 1930 com a orientação neokantiana penal. E, por fim, as contrárias ao pensamento neokantiano, entre ela, o finalismo.⁵⁶

3.2.1 Teoria psicológica-normativa

A teoria psicológica-normativa tem como principais expoentes Reinhard von Frank (1907), James Goldshimidt (1913) e Berthold Freudnthal (1922), responsáveis por desenvolver algumas premissas da teoria, cuja qual atingiu seu auge com Edmund Mezger (1932).⁵⁷

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal, vol 1, p. 213.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. Direito penal brasileiro, p. 469.

⁵⁷ BUSTOS, Juan; HORMAZABAL, Hernan. Lecciones de derecho penal, vol. II, p. 314.

Frank foi o fundador da teoria normativa da culpabilidade, sendo o a alterar a perspectiva da culpabilidade, ao afirmar que culpabilidade é reprovabilidade. O referido autor entendia, que, a culpabilidade não era mero liame psicológico entre o autor e o fato, mas que se tratava de um juízo de reprovabilidade, estando a categoria da culpabilidade incompleta.⁵⁸

Diante disto, Frank partiu da premissa que, mesmo o agente agindo voluntariamente ou descumprindo dever de cuidados, quando existir a “anormalidade das circunstâncias”, este não poderá ser responsabilizado. Logo, sendo constatada a “normalidade das circunstâncias”, será possível reprovar a conduta do agente, posto que podia e devia agir conforme o direito. Entretanto, se o agente atuar em “circunstância anormais”, a responsabilidade restará excluída.⁵⁹

Neste sentido, explica Miguel Reale Júnior, que *“(...) a excepcional ocorrência de circunstâncias anormais exclui a culpabilidade, pois, inserido em tal situação, não podia o agente se comportar em conformidade com o direito, sendo exemplo disso o que sucede no estado de necessidade.”*⁶⁰

Desta forma, para Frank a culpabilidade era composta de imputabilidade, dolo e culpa, e normalidade das circunstâncias (fato que obriga a omitir a conduta ilícita).

A teoria apresenta por Frank fora criticada e se argumentava que as “circunstâncias anormais” que exclui a culpabilidade é um elemento constitutivo do fato, logo, não poderia ser um elemento normativo da culpabilidade. Diante da crítica, Frank reavaliou seu posicionamento e alterou este elemento para “normalidade da ação”.⁶¹

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 795.

⁶⁰ REALE JÚNIO, Miguel, Teoria do delito, p. 132.

⁶¹ Idem, p. 132 - 133.

Posteriormente, Goldschmidt deu continuidade e ideia de Frank e desenvolveu-a partindo da dicotomia entre “norma de direito” e “norma de dever”. A primeira é aquela que se apresenta de forma imperativa referindo-se a determinados comportamentos. Assim, pode se manifestar como uma proibição, por exemplo, “não matarás”. Diferentemente, “a norma de dever” está implícita a norma de direito, mas de modo autônomo, seria obrigação do agente em motivar seu comportamento segundo ordenamento jurídico.⁶²

Prosseguindo, Goldschmidt assevera que a “norma de dever” possui um limite na “anormalidade da motivação”, ou seja, segue o mesmo entendimento de Frank, se existe “anomalia na motivação”, o agente não será responsabilizado ao descumprir a “norma de dever”.⁶³

Quanto à fundamentação teórica e desenvolvimento da teoria normativa apresentada por Goldschmidt, Claus Roxin assevera, que:

Junto a la "norma jurídica". que exigiría una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuridicidad, existiría "implícitamente" una "norma de deber" que impondría a cada cual "disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa" *. No obstante, se podría "infringir una norma de deber sin actuar culpablemente, en tanto en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contrariedad a deber.⁶⁴

Quanto as críticas desta, Miguel Reale Júnior é incisivo ao dispor, que, *“o direito impõe valores e se impõe como valor. Assim, sendo a norma jurídica não proíbe apenas comportamentos exteriores, mas a determinação da obediência pode ser fixada automaticamente, pela norma de dever, que ver coexistir ao lado da norma jurídica. A imperatividade da norma não é autônoma, mas constitui sua própria ratio essendi.”*⁶⁵

⁶² REALE JÚNIO, Miguel, Teoria do delito, p. 133.

⁶³ Idem, p. 134.

⁶⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 796.

⁶⁵ REALE JÚNIO, Miguel, Teoria do delito, p. 135.

Por fim, Freudenthal parte da premissa que a culpabilidade é a reprovação por ser exigível que o indivíduo portar-se conforma o direito, uma vez que podia fazê-lo. Logo, ao atuar de forma contrária ao direito quando dia adequar-se, a conduta é reprovável.

Entretanto, para o referido autor os parâmetros da exigibilidade/inexigibilidade estariam disposto nos valores éticos-morais de cada sociedade, de acordo com seu tempo. Esta fundamentação visava ceifar o abismo que existiu entre a ordem jurídica e a consciência popular. Desta forma, para Freudenthal, a inexigibilidade de conduta adversa seria uma causa supralegal da exclusão da culpabilidade.⁶⁶

Para os juristas da época e atualmente para alguns, a fundamentação apresentada por Freudenthal é extremamente vaga e aberta, fato que afasta a segurança jurídica e colabora para o enfraquecimento do direito, pois qualquer situação pode tornar-se causa excludente de culpabilidade, como por exemplo, a morte de um cônjuge quando pego em atos de infidelidade.

Apesar desta questão da insegurança jurídica, é nítido que a possibilidade de adota a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente de ilicitude permitiria a aproximação do direito aos fatos e valores sociais, posto que não permitiria e forçaria o magistrado a responsabilizar penalmente um determinado agente por questões formais, ou seja, o juiz poderia aplicar sua convicção, segundo os valores constitucionais e sociais ao caso concreto.

Entendendo de forma diversa, ou seja, pela inaplicabilidade, estaria ressaltando o positivismo jurídico, ou ainda, um formalismo, pois afastaria a aplicação por não existir uma causa de exclusão da culpabilidade específica disposta na legislação penal, mesmo sendo um caso análogo às outras causa expressas no ordenamento jurídico.

⁶⁶ REALE JÚNIO, Miguel, Teoria do delito, p. 136.

3.2.2 Teoria normativa pura

Apesar da contribuição realizada pelo neokantismo, a referida doutrina era criticada pelo seu relativismo valorativo, ou seja, em virtude dos valores estarem na mente do intérprete, o objeto em si não possui um valor a ele inerente. Com isto, o valor é conferido pelo intérprete, logo, alterava através da imposição de valores próprios o objeto em si.⁶⁷

Crítico do subjetivismo epistemológico proposto pelos neokantianos, Hans Wezel parte da premissa que os valores residem no objeto e não o sujeito. Assim, buscou no ordenamento jurídico e estabeleceu a partir dele estruturas lógico-objetivas agregadas de consequências, apresentadas como verdades absolutas e imutáveis, que limita o próprio legislador e o aplicador do direito.

A respeito do tema, Luiz Regis Prado expõe, que, *“As estruturas lógico-objetivas pertencem ao mundo do ser (ôntico), do real, mas já contêm em si uma dimensão de sentido, com a qual condicionam toda valoração que sobre elas possa recair. (...) Por isso, toda e qualquer vinculação jurídica está limitada ou condicionada a determinada estrutura lógico-objetiva, ou seja, às qualidades ontológicas do objeto valorado.”*⁶⁸

Deste modo, o legislador estava vinculado a elementos ontológicos, conceitos pré-jurídicos, quais sejam, o conceito de ação e a culpabilidade. Segue o citado autor sobre estes elementos ontológicos:

A primeira estrutura lógico-objetiva, apontada por Wezel, é o conceito ontológico de ação humana como atividade dirigida a um fim. Essa estrutura pré-jurídica, essencial para o Direito Penal, decorre do exame das funções e dos instrumentos da legislação penal. (...). Outras vem a ser a culpabilidade, a partir da concepção do homem como ser responsável (autodeterminação conforme a um sentido).⁶⁹

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito penal, vol. I, p. 140.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. Direito penal brasileiro, 119.

⁶⁹ Idem, p. 120.

O momento em que fora proposta esta teoria, composta de elementos rígidos retirados do próprio ordenamento jurídico, era propício para sua disseminação e aceitação, posto que diante dos excessos praticados durante Terceiro Reich, era necessário limitar os poderes do Estado.⁷⁰

A teoria finalista da ação foi desenvolvida entre 1930 e 1960 e partia da ideia de que todo ser humano é livre para se determinar, posto que se apresenta como ser responsável. Diante disto, conclui a ação humana como atividade final, ou seja, toda ação tem uma finalidade. Esta finalidade se justifica pela capacidade do homem em desenvolver um raciocínio, dentro de um certo limite, das prováveis consequências de sua conduta. Isto foi denominado de “saber causal”.⁷¹

Quanto a culpabilidade, Wezel define-a como juízo de censura em virtude da prática do ilícito penal, quando podia ter agido conforme o direito, afirmando que “*é uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação e não a vontade em si mesma*”. É uma reprovabilidade pessoal, a culpabilidade esta relacionada ao autor e ao fato praticado.⁷²

O finalismo realiza alteração na estrutura da teoria do delito, deixando a culpabilidade apenas como elementos normativos, cujos quais permitem um juízo valorativo. Assim, a culpabilidade passa a ser formada pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Os elementos subjetivos, dolo e culpa, são transferidos para o tipo. O conceito *dolo malus*, que significa conhecer e querer o resultado e a antijuridicidade da conduta é substituído pelo “dolo natural”, conceituado como o querer e conhecer o resultado. Entretanto, o conhecimento da antijuridicidade permanece na culpabilidade. Assim, estabelece-se um conceito normativo puro da culpabilidade, atualmente adotada.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal, p. 238.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal, p. 240.

⁷² WEZEL, Hans. O novo sistema de direito penal, p. 81.

4. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

A exigibilidade de conduta diversa apresenta-se como um dos elementos integrantes da culpabilidade e ajudar a definir o próprio conceito de culpabilidade como reprovação pela conduta ilícita praticada. Atualmente discute-se a possibilidade de ser adotada como causa supralegal de excludente de culpabilidade.

A teoria da inexigibilidade como causa supralegal tem ganhado entre os juristas, por isto, importante analisar o seu desenvolvimento nos Códigos Penais brasileiros, o seu conceito e elementos que o integram, para então, ser possível analisar a validade da teoria comentada.

4.1 A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA ADVERSA AO LONGO DOS CÓDIGOS PENAIS VIGENTES

Apesar da pouca influência e aplicabilidade, o primeiro ordenamento que teve vigência no Brasil foram as Ordenações Afonsinas, que foram promulgadas por Dom Afonso, então o Rei de Portugal.

Em seguida, vigorou no Brasil as Ordenações Manuelinas (1514 – 1603). Neste período, Dom Manuel, o Venturoso, era o rei de Portugal e estabeleceu a vigência deste ordenamento jurídico no Brasil, apesar, também, da sua pouca aplicação. O referido ordenamento era composto de cinco livros, sendo que o último tratava do direito penal e processo penal.

Em 1580 foi formada a União Ibérica, que representava a submissão de Espanha e Portugal a um mesmo Rei, que era originário da Espanha. Ao assumir o trono, Felipe I estabeleceu em 1603 as Ordenações Filipinas, a fim de demonstrar seu poder. Assim, como nas Ordenações Manuelinas, o direito penal estava disposto no Livro V, do referido ordenamento jurídico.⁷³

⁷³ BRUNO, Aníbal. Direito penal, p 156.

É preciso ressaltar, que, ao longo período colonial os Códigos Penais não dissertava sobre a Culpabilidade. Neste período, a ideia de Culpabilidade, responsabilidade subjetiva, ainda não tinha sido desenvolvida, pugnada pelos juristas.

As Ordenações do período colonial tinha forte influência do direito canônico e direito romano. Uma característica geral entre elas é a confusão, por vezes, entre direito, moral e religião, tipos penas excessivamente abertos, não havia uma lógica topográfica e jurídica na disposição dos artigos, além da extrema severidade das penas. A pena de morte era utilizada de forma banal, era um verdadeiro ordenamento de intimidação social.⁷⁴

Transcorrido o período colonial e firmada a Constituição do Império de 1824, determina-se o desenvolvimento do Código Civil e do Código Penal. Dois projetos concorreram para se tornar o Código Penal do Império, sendo um de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcellos e o outro de José Clemente Pereira. O primeiro foi o escolhido, sendo sancionado por Dom Pedro I em 16 de setembro de 1830.

O referido diploma legal foi o primeiro código autônomo da América Latina, sendo reconhecido até os dias atuais como um dos melhores códigos já desenvolvido. De tão evoluído, serviu de base para o Código Penal espanhol de 1848 e do Código Penal português de 1852.

Apesar do Código Penal do Império não dispor quanto a Culpabilidade, apresentou uma ideia de culpa no artigo 3º, afirmando que “*não haverá criminoso, ou delinquente, sem má fé, isso é, sem o conhecimento do mal, e intenção de o praticar*”. Com este dispositivo, obtinha-se o entendimento de que não era qualquer conduta e o seu liame com o resultado que será passível de punição.

⁷⁴ FRAGOSO, Claudio Heleno. Lições de direito penal, p. 160.

A ideia de inimizabilidade também estava presente, posto que, o artigo 10, dispunha que, “*Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos. 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. 3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistíveis*”.

Seguindo, o próximo Código Penal foi o da República, de 1890. Este Código Penal não conseguiu o mesmo êxito e sucesso do Código Penal do Império, posto que não seguiu as tendências teóricas da época. Além disso, foi elaborada anteriormente a própria Constituição, cuja qual teve vigência a partir de 1891.

Outro problema durante o período foi a edição de diversas leis esparsas o que dificultava a codificação da normas penais, sendo necessário uma sistematização destas, que fora realizada por Vicente Piragibe, o que gerou a Consolidação das Leis Penais de 1932.

A respeito da culpabilidade, o Código Penal Republicano manteve a ideia em torno da imputabilidade. Inovou a estabelecer a responsabilidade exclusivamente pessoal (artigo 25). Inovando, afastou a punição do agente que estivesse impelido de coação moral irresistível ou a questão da obediência hierárquica (artigo 27).

Por fim, o Código Penal de 1940. Neste período a matéria Direito Penal havia se desenvolvido com o pensamento de grandes juristas. Em virtude disto, o referido Código apresentou uma sistematização da Culpabilidade. Adotou, claramente, a teoria psicológica da culpabilidade, ou seja, aquela em que os elementos subjetivos estavam presentes na culpabilidade.

Em virtude da teoria psicológica adotada ainda não cabia falar de inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade. A partida discussão do estado de necessidade como excludente de antijuridicidade foi possível o início da discussão da inexigibilidade de conduta diversa no Código Penal.

A reforma do Código Penal de 1940, realizada em 1984, foi o momento onde fora exposto o princípio da culpabilidade como conhecemos atualmente, inserindo, inclusive, a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade.

4.2 CONCEITO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o agente por ter atuado contrário a norma penal, quando era possível agir segundo o ordenamento jurídico, uma vez que a todos é imposto o dever de se motivar segunda a norma.

A teoria da inexigibilidade de conduta diversa foi desenvolvida a partir da noção de eventos anormais que ocorriam durante o agir do agente que não estavam relacionadas a erro ou inimputabilidade. Além disso, por vezes, fora vinculada como excludente de culpabilidade ao longo da sua formação.

A inexigibilidade esta no âmbito de situações anormais que rodeiam o agente no momento de sua conduta, cujo quais são capazes de influenciar no desenvolvimento da ação deste.

Esta situação de causas anormais foi primeiramente analisada por Berthold Freudenthal em 1922, cujo qual afirmou que, em virtude destas causas não estarem dispostos na legislação, enquadrou-as como causa supralegal que excluiria a culpabilidade. Os juristas criticaram e classificaram este entendimento como irresponsável.⁷⁵

Diferentemente, Heinrich Henkel expôs que não era aceitável a inexigibilidade ser aplicada em situações que não estivessem dispostas em leis. Entretanto, reconheceu a importância da inexigibilidade de conduta diversa

⁷⁵ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito penal brasileiro, p. 495.

como um princípio geral e regulador a ser aplicado em todos os âmbitos do Direito. Sendo assim, o referido instituto não teria aplicabilidade imediata.⁷⁶

A respeito do tema, Luiz Regis Prado, dispõe, que:

Deve-se, inicialmente, como visto, a Freudenthal a ideia de que se a culpabilidade é reprovabilidade pessoal da conduta ilícita, faz-se necessário considerar a não exigibilidade como causa de exclusão da culpabilidade. Com a confirmação da imputabilidade e da potencial consciência do injusto, encontra-se substancialmente firmada a culpabilidade. Contudo, isto não é suficiente ainda para que a ordem jurídica estabeleça a censura da culpabilidade. Há casos em que se acha fortemente atenuada a possibilidade de agir conforme a norma. Daí a inexigibilidade de comportamento de acordo com o direito.⁷⁷

Diante disto, é possível concluir que a reprovabilidade impõe a exigibilidade da obediência da norma penal. Logo, para a ação ser reprovável é imperioso que se possa exigir do agente um comportamento diverso, ou seja, que este podia e devia agir segundo os preceitos da norma penal. Se dentro destas condições não se motivar segundo a norma, significa que realizou uma conduta ilícita por plena vontade, motivo pelo qual será reprovada penalmente.⁷⁸

Quanto às causas expressas de exclusão da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, o Código Penal brasileiro dispõe no artigo 22, que, *“se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”*.

Deste modo, expõe expressamente a coação irresistível e a obediência hierárquica como fundamentos para exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Assim, importante analisar cada elemento integrante do referido instituto.

⁷⁶ ROXIN, Claus. Derecho penal, p. 785

⁷⁷ PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro, p. 485.

⁷⁸ WEZEL, Hans. Novo sistema jurídico-penal, p. 125 – 126.

4.2.1 Coação irresistível

A palavra “coação” significa obrigar alguém a dizer ou executar determinada coisa através da força ou violência. A coação irresistível, como elemento exculpante, é aquela exercida através da violência psíquica (*vis compulsiva*), ou seja, esta se tratando da coação moral.

A coação moral é aquela idônea a excluir a culpabilidade do agente, ou seja, a conduta é típica e antijurídica, porém não é culpável. Diferentemente, a coação física (*vis absoluta*), cuja qual elimina a própria ação do agente em virtude da ausência de vontade, por consequência, exclui a própria tipicidade.

Desta forma, na coação física, o agente executor é mero instrumento de execução do autor mediato, que exerce o domínio daquele através da coação.

Neste sentido, expõe Cezar Roberto Bitencourt, que, “*coação irresistível, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a coação moral, a conhecida ameaça, uma vez que a coação física exclui a própria ação, não havendo, conseqüentemente, conduta típica. Coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha. A coação física, vis absoluta, por sua vez, exclui a ação por ausência de vontade. Nesse caso, o executor é considerado apenas um instrumento de realização da vontade do coator, que, na realidade, é o autor mediato.*”⁷⁹

Esta distinção de tratamento, coação física como exclusão da tipicidade e a coação moral irresistível como excludente de culpabilidade, ocorre, pois neste último caso existe o elemento “vontade”, apesar da presença do vício. Desta forma, estando o agente diante de uma ameaça irresistível, como por exemplo ameaça de morte de um familiar, não é exigível do agente que este se motive segundo os valores e preceitos da norma penal.

⁷⁹ Bitencourt, 362.

Compartilhando o mesmo entendimento, Noronha Magalhães, expõe, que, *“ela torna inculpável a ação do coagido. É exato que este, ao contrário do que ocorre no constrangimento físico, pode deliberar e resolver; porém sua vontade não é livre, já que está subordinada à necessidade de evitar um dano maior. Ilícita é sua conduta, porém não culpável, dada a anormalidade do elemento volitivo.”*⁸⁰

O artigo 22 do Código Penal não estabelece os elementos da coação moral, tampouco da obediência hierárquica, cabendo a doutrina justificar e estabelece-los.

O professor Guilherme de Souza Nucci, aposta cinco elementos como integrantes da coação moral irresistível, quais sejam: a) a existência de uma ameaça de um dano grave, difícil de ser suportado pelo coagido; b) inevitabilidade do perigo; c) ameaça direcionada contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas. Entretanto, é possível que se reconheça a exclusão da culpabilidade com a conduta do coato de proteger pessoa estranha ao seu convívio, mas deverá ser analisado no caso concreto e segundo os valores sociais; d) em regra, a existência de três pessoas envolvidas, coator, coato e a vítima; e) irresistibilidade da ameaça. Será analisado o grau e o efeito da intimidação em favor do agente.⁸¹

Questão importante de ser debatida é a possibilidade de configurar coação moral irresistível, e por consequência excluir a culpabilidade do agente, quando existir apenas três pessoas envolvidas.

Em regra, para a configuração da coação moral irresistível é necessário a presença de três pessoas. Este entendimento é predominante, entretanto, existe precedente a respeito do tema. Tal fato poderá ocorrer quando, por exemplo, o coator que exerce uma ameaça ao coato de tal intensidade que o este reagiria contra o próprio coator, matando-o.⁸²

⁸⁰ NORONHA, E. Magalhães. Direito penal, p. 160 -161.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Direito penal, p. 315.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. Direito penal, p. 316.

Assim, verifica-se que o autor da ameaça irresistível é também a própria vítima. A finalidade do coator não é que o coato realize uma conduta ilícita futura contra um terceiro, mas sim, uma ameaça contra o próprio coato. Como não existe agressão atual e iminente por parte do coator, não seria caso de legítima defesa. Entretanto, esta o coato em uma situação desesperadora ante a ameaça do coator, aquele reage para eliminar esta situação. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, expôs que, "*o quesito que põe a vítima como agente da coação moral irresistível não delira da lógica jurídica, apresenta coação absurda em tese.*"⁸³

Desta forma, apesar da grande maioria dos doutrinadores entenderem que para a configuração da coação moral irresistível seja necessário três pessoas, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça, tem aceitado a tese e a possibilidade de configurara quando existirem apenas duas pessoas envolvidas, apresentado o coator como figura que exerce a ameaça e vítima da ação do coagido.

Por fim, cumpre ressaltar, que, a coação moral irresistível excluirá a culpabilidade, nos termos do artigo 22 do Código Penal, enquanto que a coação moral resistível configurará como um circunstância atenuante, conforme o artigo 65, inciso III, alínea "c", do mesmo diploma, justamente por apresentar uma situação de culpabilidade reduzida, em menor grau.

4.2.2 Obediência hierárquica

A segunda causa excludente da culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa é a realização de ordem hierárquica que não seja manifestamente ilegal, ou seja, é aquela ordem que apesar de ser ilegal, aparentasse como legal.

⁸³ (HC 62.982-2, rel. Francisco Rezek, RT 605/380).

O Direito Romano reconheceu esta excludente, dispondo que, aquele que atendesse uma ordem de um superior hierárquico, exercia um direito, ao contrário, se não cumprisse a ordem, era considerado culpado. Assim, tendo o superior hierárquico o direito de exigir determinado comportamento do subordinado, cabia esta obedecer, sendo que, realizada a conduta este estaria isento de pena.⁸⁴

O Direito Canônico também estabeleceu o exposto instituto, estabelecendo, que, esta isento de pena aquele que realizar ordem oficial de superior hierárquico. Assim, além da ordem ser de um superior hierárquico direcionado ao subordinado, era necessário que a ordem fosse oficial. Importante ressaltar, que, era expressamente proibido o superior hierárquico exigir a execução de ato terminantemente proibido pela Igreja.⁸⁵

Importante diferenciar as espécies possíveis de ordens dirigidas ao subordinado, que são ordem legítima, ordem ilegítima com aparência de legítima e ordem manifestamente ilegítima.

A ordem manifestamente ilegítima é aquela em que, apesar de ser determinada por superior hierárquico, apresenta-se claramente contrária ao direito, não devendo o subordinado cumprir tal determinação. Neste caso, se o subordinado cumprir a ordem manifestamente ilegal, responderá penalmente pelo delito, posto que sua conduta é penalmente reprovável.

Ao contrário, a ordem legítima de superior hierárquico, é aquela que deverá ser cumprida pelo subordinado, sob pena de ser responsabilizado no âmbito administrativo ou penal. Nesta situação, ao realizar a ordem legítima de superior hierárquico, o subordinado estará amparado pela excludente de ilicitude, qual seja, o estrito cumprimento do dever legal, expresso no artigo 23, inciso III do Código Penal.

⁸⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 487.

⁸⁵ Idem, p. 487.

Por fim, a ordem ilegítima, mas aparentemente legítima, é aquela que fora ordenada pelo superior hierárquico com aparência de estar em conformidade como o direito, mas que, em realidade, não está. Por isto, diz-se que não é manifestamente ilegal, ou seja, diante das circunstâncias dos fatos, não é possível o agente entender e compreender a ilicitude da conduta. Neste caso, o subordinado estará respaldado pelo artigo 22 do Código Penal, excluindo a culpabilidade.

É perceptível que, aquele que realiza ordem não manifestamente ilegal encontra-se em uma situação de conflito, posto que, diante da impossibilidade de analisar a legitimidade da ordem, somente caberá ao subordinado realizar a conduta, sob pena de ser responsabilizado administrativa ou penalmente.

Assim, não sendo manifesta a ilegalidade da ordem, não é possível reprovar o subordinado, posto que do contrário estaria sobre duas situações antagônicas “realizar a conduta e ter a possibilidade de responder criminalmente, ou não realizar a conduta e ter a possibilidade de responder administrativamente e penalmente”. Em síntese, a obediência hierárquica é desenvolvida em contexto de erro.

Desta forma, importante a presença da exclusão da culpabilidade nos casos de obediência hierárquica como excludente de culpabilidade. Até porque existe um princípio de confiança nas relações hierárquicas.

Para a configuração da exposta causa excludente de culpabilidade é preciso que seja preenchido alguns requisitos, que são, autoridade competente, cumprimento das formalidades legais e ilegalidade manifesta.⁸⁶

O superior hierárquico deverá ser competente, em todos os âmbitos, para determinar a realização da ordem determinada. Então, deverá ser competente no território e também administrativamente, segundo os preceitos estabelecidos pela ordem jurídica.

⁸⁶ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. Direito penal brasileiro, p. 499.

Quanto ao tema, William Terra, observa que “a autoridade deve ser competente em todos os sentidos possíveis: do ponto de vista territorial, quanto às funções que desempenha, conforme seu cargo e também com respeito ao tipo de ordem ou resolução que pode emitir ou ditar. Deve existir uma relação hierárquica, baseada em disposição jurídica. Também deve ser competente que recebe e executa a ordem”.⁸⁷

Justamente por ser imperiosa que a relação de hierarquia esteja estabelecida e baseada por uma relação jurídica, a referida excludente de culpabilidade por obediência hierárquica somente se aplica nos âmbitos públicos, como por exemplo, militares. Estão excluídas desta exculpante as relações privadas e familiares.

Outro requisito é que a ordem deva preencher as formalidades legais, ou seja, que siga os trâmites e as formalidades da ordem para que esta tenha um caráter de legalidade do ponto de vista formal.

Por fim, ao exigir que a ordem não seja manifestamente ilegal para que o subordinado tenha direito a exculpante, afasta a possibilidade de o subordinado praticar crimes gravíssimos, como tortura, genocídio, visando obter tal benefício. Estas situações ficam automaticamente excluídas, não podendo o agente se beneficiar da exculpante.

4.3 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA SUPRALEGAL

Atualmente, tem-se discutido a possibilidade da inexigibilidade de conduta diversa ser uma excludente supralegal da culpabilidade. Isto significa que, apesar de determinadas situações deduzidas em juízo não estarem presentes no ordenamento jurídico de forma expressa, poderia o magistrado aplicar a excludente supralegal quando for apresentada uma situação de inexigibilidade de conduta diversa.

⁸⁷ Idem, p. 499.

O Código Penal apresenta duas excludentes de culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, quais sejam, a coação moral irresistível e obediência a ordem hierárquica não manifestamente ilegal. Quanto a estas exculpantes não há dúvida ou questionamentos sobre sua aplicabilidade, uma vez que, estão expressamente positivadas no referido diploma legal.

O primeiro avanço da culpabilidade foi com Frank em 1907, cujo qual apresentou a teoria normativa da culpabilidade, sendo seus elementos o dolo e a culpa, bem como a exigibilidade de conduta diversa. A culpabilidade passa a ser vista como reprovabilidade.

Posteriormente, Freudenthal sustentou a possibilidade de afastar a culpabilidade do agente, mesmo quando o fato não estivesse enquadrado em algum dispositivo legal, sempre que não fosse exigível do agente uma conduta diferente da adotada. Isto abriu parâmetros para sustentar a inexigibilidade como causa supralegal de excludente de culpabilidade.

Neste sentido, expõe Eugênio Raúl Zaffaroni, que,

“(...) FREUDENTHAL e seus seguidores inauguraram um posicionamento que tornava possível a concepção da inculpabilidade não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais, mas também abarcando qualquer outra situação fática, em que não fosse possível exigir-se do sujeito a realização de outra conduta. Deste modo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser, praticamente, uma causa supralegal e independente da ausência de culpabilidade.”⁸⁸

O posicionamento perde forças, principalmente após a Segunda Guerra Mundial em que fora presenciado o maior desrespeito com a dignidade da pessoa humana, pois que a teoria apresentada poderia ser utilizada como forma de afastar a culpabilidade dos crimes ocorridos neste período. Em virtude disto, os doutrinadores alemães afastaram esta hipótese, sendo

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro., p. 569.

utilizada apenas como princípio fundamentador das causas fixadas no ordenamento jurídico.

A respeito do tema, existem dois posicionamentos, ou seja, os que aceitam a inexigibilidade como causa supralegal de excludente da culpabilidade, e outra que afasta tal possibilidade. Desde já, ressalta-as, que, a maioria da doutrina entende pela impossibilidade de uma excludente supralegal de culpabilidade.

Os doutrinadores que pugnam pela impossibilidade desta causa supralegal sustentam, que, tendo o legislador fixado expressamente as causas excludentes de culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa, no caso coação moral e obediência hierárquica, não seria possível criar uma nova hipóteses. Tal situação representaria uma afronta à fundação legislativa do Poder Legislativo, de modo a infringir a separação dos poderes.⁸⁹

Além disso, justifica-se a negação da exculpação supralegal o fato da insegurança jurídica que poderá existir no ordenamento jurídico. Sendo uma causa supralegal poderia ser aplicado em qualquer situação, desde que não seja possível exigir do agente uma conduta diversa. Esta instabilidade sistêmica geraria insegurança jurídica e contrariaria o que fora estipulado pela própria lei, seria algo que contrariaria o próprio ordenamento jurídico que determina a punição.

Analisando a culpabilidade no âmbito do Direito Penal brasileiro, Eugênio Raúl Zaffaroni e Pierangeli, asseveram, que, *“Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpação, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de urna 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.”*⁹⁰

⁸⁹ FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, p. 566.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, p. 570.

Entendendo de forma diferente, Guilherme de Souza Nucci, afirma que, em virtude da culpabilidade não ter sido definida no Código Penal brasileiro, tal encargo ficou sob responsabilidade da doutrina. Sendo a exigibilidade de conduta diversa um dos elementos integrantes da culpabilidade, seria possível a obtenção da tese, em caráter excepcional, de exclusão da culpabilidade. Seria possível destaca-la para que atuasse de forma autônoma.⁹¹

Prossegue o supracitado autor expondo as causas e fatos que levaram a jurisprudência alemã aceitar a tese como causa supralegal de excludente de culpabilidade. O primeiro caso foi de um empregador que determinou que o empregado que saísse para trabalhar com um cavalo indócil. Sabendo da situação, tentou resistir, mas o empregador ameaçou de dispensá-lo. Ante a situação, o empregado resolveu ir e ao longo do percurso o cavalo tomou as rédeas e lesionou um transeunte. Diante da situação, o Tribunal alemão absolveu o empregado sob o fundamento de inexigibilidade de conduta diversa.⁹²

Tendo em vista o caso relatado, o reconhecimento da inexigibilidade como causa supralegal de exclusão da culpabilidade seria utilizado em casos extremados, quando não fosse possível valer-se dos casos expressos em lei, a fim de afastar punições injustificadas, bem como afastar o positivismo exacerbado, aceitando valores para fundamentar a utilização do Instituto.

A respeito do tema, Assis Toledo, dispõe, que:

Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deve ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, desde que se considere a “não-exigibilidade” em seus devidos termos, isto é, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade,

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, p. 322.

⁹² Idem, p. 323.

normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e mais ninguém.⁹³

Seguindo o mesmo entendimento e tomando como base os ensinamentos de Goldschmidt, o professor Fernando Capez, assevera, que, agindo o indivíduo em circunstâncias anormais, cujas qual alteram a possibilidade deste em se motivar segundo a norma penal, não seria aceitável exigir que o juiz proferisse um juízo condenatório em virtude de inexistir causa expressa que abarcasse o fato.⁹⁴

A formalidade não pode ser obstáculo para a exclusão da culpabilidade quando inexistir possibilidade da adoção de uma conduta diversa. De fato, a inexigibilidade é um elemento que compõe a culpabilidade e pode atuar de forma autônoma para determinar certas situações. A mera inexistência de um artigo que se enquadra na situação deduzida em juízo não pode impossibilitar a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, pois não será possível prever todas as situações.

Sobre a formalidade como obstáculo à realização do direito, dos próprio valores presentes no direito, Bettiol assever, que,

ni que para él la culpabilidad, concebida normativamente, se halle montada sobre la exigibilidad, admitiendo con amplitud la inexigibilidad, sin menoscabo por ello de su acendrado respeto por la certeza jurídica, porque la certeza es un valor supremo del Derecho en general y del Derecho penal em particular, pero, cuando se erige contra las exigências psicológicas y éticas de la exculpación, y se interpone entre el inculpable y su liberad, se convierte en un principio formal que no sirve sino de obstáculo para la vida, y sin temer, por otra parte, que de este modo se reblandezca el Derecho punitivo, porque lo que le debilita es que no se castigue cuando existen todos los presupuestos de la sanción, pero castigar cuando no se puede esperar del sujeto ni, por tanto, exigirle una motivación normal, o, lo que viene a ser idéntico, cuando no hay culpabilidad, sería una herejía.⁹⁵

Importante destacar as decisões a respeito do tema, proferidas pelas Cortes brasileiras. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas*

⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal, p. 329.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, p. 594 – 595.

⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. El problema penal, p. 246 – 247.

Corpus nº 113418/PB, cujo relator fora o Ministro Luiz Fux, publicado dia 17 de outubro de 2013, entendeu pela possibilidade de ser aplicada a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente de culpabilidade.

O citado *Habeas Corpus* dispunha sobre o crime de apropriação indébita. A defesa alegava a impossibilidade do pagamento dos tributos em virtude da situação financeira da empresa, a precariedade dos recursos impedia o pagamento da folha salarial e dos tributos ao mesmo tempo.

Destacando o precedente quanto a possibilidade causa supralegal de excludente de culpabilidade, o Ministro Luiz Fux, dispôs, que, “*a inexigibilidade de conduta diversa consistente na precária condição financeira da empresa, quando extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa do que o não recolhimento das contribuições previdenciárias, pode ser admitida como causa supralegal de exclusão da culpabilidade do agente. Precedente: AP 516, Plenário, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 20.09.11.*”⁹⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, deixa de analisar a matéria da inexigibilidade de conduta diversa, posto que, a súmula 07 da referida corte, destaca que o reexame de provas não enseja Recurso Especial. Assim, nega provimento aos Recursos Especiais sem adentrar ao mérito da inexigibilidade, pois seria necessário o reexame das provas apresentadas.

Entretanto, em alguns julgados deixa claro a possibilidade de aplicação da exculpante supralegal, como por exemplo, no Recurso Especial 1113735/RS, cujo Relator foi o Ministro Arnaldo Esteves Lima, que tratava sobre o crime de apropriação indébita, asseverou, que: *A impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa **supralegal** de exclusão da culpabilidade – **inexigibilidade** de conduta diversa –, e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os*

⁹⁶ STF, *Habeas Corpus* nº 113418/PB. 6ª turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJe 17/10/13.

*fatos concretos revelados nos autos, não bastando para tal a referência a meros indícios de insolvência da sociedade.*⁹⁷

Tanto para o Supremo Tribunal Federal, quanto para o Superior Tribunal de Justiça, no diz respeito ao crime de apropriação indébita especificamente, é aceito a possibilidade da excludente supralegal de inexigibilidade de conduta adversa, sempre que ficar demonstrado que, em virtude da situação financeira da empresa, não seria possível evitar resultado menos gravoso do que o não recolhimento do tributo.

Em virtude de não encontrar a discussão do tema em relação a outros crimes nas supracitadas cortes, cabe ressaltar as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Analisando a possibilidade de aplicação da causa supralegal no crime de estelionato, o Relator Desembargador Camilo Léllis, não reconheceu a excludente, entendendo que o simples fato de dificuldade financeira não enseja a exculpante, posto que seria possível o Apelante sustentar sua família através de meios lícitos, neste sentido disserta, que:

No mais, não deve prevalecer a tese de inexigibilidade de conduta diversa. É que inexistem nos autos qualquer prova no sentido de que o acusado se encontrava em situação de perigo, causada por eventual miserabilidade. Lamentavelmente, milhares de brasileiros passam por situação econômica desfavorável, enfrentando dificuldades para sustentar a si e seus familiares. Nem por isso enveredam pelo caminho do crime. Ao revés, buscam solução para seus problemas financeiros através de trabalho honesto; não se pode, pois tolerar a alegação conforme o qual a única alternativa restante era a prática de crime. Com efeito, o acusado não logrou demonstrar que não dispunha de outro meio para garantir sua sobrevivência que não a prática da conduta imputada. Assim, não se encontra caracterizada a sustentada situação de excepcionalidade.⁹⁸

⁹⁷ STJ. Recurso Especial nº 1113735/RS. 5ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJe. 29/03/10.

⁹⁸ TJSP. Apelação nº 0059871-30.2010.8.26.0577. 7ª Câmara. Rel. Camilo Léllis. DJe. 14/08/14.

Proferindo decisão a respeito do porte de arma de fogo de uso restrito, no qual a defesa alegava ameaça em virtude dos constantes assaltos na região, Guilherme de Souza Nucci não acolheu a tese apresentada pela defesa, dispondo, que:

À evidência, os assaltos anteriormente sofridos pelo apelante não se demonstram suficientemente irresistíveis (...).Em suma, embora plenamente possível, ao apelante, obter o competente registro de arma de fogo, este optou por manter, sob sua posse, a espingarda de maneira absolutamente irregular (...).De tal sorte, amplamente demonstradas autoria e materialidade do delito, não abarcada pela inexigibilidade de conduta diversa, de rigor a manutenção do édito condenatório em face do apelante como incurso no art. 16, caput, da Lei nº. 10.826/03, cuja reprimenda aplicada dispensa reparos.⁹⁹

Desta forma, importante destacar a dificuldade de aplicação da excludente supralegal de culpabilidade nos crimes clássicos, como por exemplo, o estelionato e o furto. Entretanto, dependendo do fato concreto e dos fatores anormais que impede a adequação da conduta segundo os valores da norma penal, é possível o reconhecimento da aplicação da exculpante.

⁹⁹ TJSP. Apelação nº 0004917-24.2010.8.26.0451. 1ª Câmara. Rel. Guilherme de Souza Nucci. DJe. 26/06/14.

5. CONCLUSÃO

01. Os princípios constitucionais penais são vetores para o desenvolvimento do direito penal e processo penal, bem como garantias da sociedade em geral em face da atuação do Estado, bem como em face de um terceiro. Dentre eles podemos destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, legalidade, proteção de bens jurídicos, lesividade, intervenção mínima, individualização da pena e culpabilidade.

02. O princípio da dignidade da pessoa humana possibilitou o reconhecimento da individualidade de cada ser humano, bem como de que o homem é um fim em si mesmo e goza do livre arbítrio. Representa um conjunto de direitos inalienáveis, absolutos e inerentes ao ser humano, e impede ações discriminatórias e degradantes deste.

03. O princípio da legalidade representa uma garantia individual, instrumento de defesa social e estabelece segurança jurídica ao sistema e a sociedade. O referido princípio garante a impossibilidade de imputar ou apenar qualquer cidadão sem prévia definição legal. Decorre do princípio da legalidade a exigência que a norma seja anterior ao fato imputado para evitar tribunais de exceções, exige que a norma seja taxativa, clara, exata, para afastar dúvidas ou manipulação do Estado.

04. Para que o direito penal seja a *ultima ratio* na forma de controle social, é necessário que este tenha a finalidade de proteger bens jurídicos, cujos quais são valores e interesses que surgem com o desenvolvimento da sociedade, e que estão consubstanciados ou não sejam contrários à Constituição Federal.

05. Como uma das consequências do princípio da proteção de bens jurídicos, o princípio da lesividade relaciona o crime como a lesão ou ameaça de lesão ao bem. Isto permite, que, todo cidadão desenvolva sua própria personalidade segundo seu livre arbítrio, afastando a punição de atitudes

internas, que não extrapolam o âmbito do autor. A partir do citado princípio, toda norma que não visar a proteção de uma bem jurídico, será considerada inconstitucional.

06. O princípio da intervenção mínima desenvolve-se a partir das concepções da ideologia iluminista, que reconhece o direito penal como o instrumento mais rigoroso do ordenamento jurídico, pois permite a restrição da liberdade do indivíduo. O referido princípio garante que o direito penal somente seja utilizado para situações estritamente necessárias. Disto decorrem dois subprincípios, o da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal.

07. O princípio da individualização da pena garante que cada agente responda a prática do crime a partir das circunstâncias do fato, bem como das características do próprio criminoso, garantindo uma pena proporcional e única a cada autor. Esta intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e afasta a padronização da pena, possibilitando a justa e adequada sanção penal.

08. O princípio da culpabilidade surge na Idade Média a partir da ideologia e filosofia cristã, sendo um elemento para a intervenção do Estado em sentido lato. Pode ser entendido como garantia individual, fundamentos e limite da pena.

09. Em sentido político-criminal a culpabilidade garante que política criminal e direito penal caminhem e estabeleçam objetivos juntos. As medidas necessárias para prevenção, controle e repressão dos crimes podem ser realizadas através do Direito Penal, mas também através de mecanismos extrapenais. A finalidade que o Estado deseja alcançar com a pena imposta ao criminoso também deverá estar relacionada com o princípio da culpabilidade, e sendo assim, influencia em outro âmbito a Política Criminal de um Estado. A culpabilidade deverá ser aproximada as teorias quanto aos fins da pena, visando uma melhor adequação da Política Criminal proposta pelo Estado.

10. A culpabilidade também pode ser analisada como elemento do crime. Para a maioria da doutrina, crime significa fato típico, antijurídico e culpável. Isto significa, que, a presença de alguma excludente de culpabilidade, retira a qualidade de crime do fato. As causas exculpantes são a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

11. A culpabilidade exerce uma função de fundamentação e de limite da pena a ser imposta pelo Estado. A imposição da pena somente estará justificada, fundamentada, se for verificado a presença dos elementos da culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. É a verificação das categorias existentes da culpabilidade que autoriza a punição. Em contrapartida, a culpabilidade como função de medição da pena representa o *quantum* de pena, justa e necessária, para a prevenção de delitos e para retribuição do fato praticado.

12. A teoria psicológica da culpabilidade tinha sob influência da ideologia iluminista. O elemento fundamental da ação era o movimento corporal capaz de produzir uma alteração do mundo real. Esta ação deveria ser contrária ao direito, portanto, antijurídica. A análise subjetiva do fato estava contida na culpabilidade, responsável em realizar o liame subjetivo entre o autor e o fato concreto.

13. A teoria normativa divide-se em, teoria psicológica-normativa e teoria normativa pura. A culpabilidade continua contendo o elemento psicológico, dolo e culpa, mas a culpabilidade deixa de passar mero liame subjetivo entre autor e o fato, integrando nesta fase elementos normativos, imputabilidade e inexigibilidade de conduta diversa. A teoria normativa pura retira o elemento subjetivo, dolo e culpa, da culpabilidade e transfere para a tipicidade, deixando apenas elementos normativos na culpabilidade, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

14. A culpabilidade é o juízo de reprovação exercido sobre o agente por ter atuado contrário a norma penal, quando era possível agir segundo o ordenamento jurídico, uma vez que a todos é imposto o dever de se motivar segunda a norma. A teoria da inexigibilidade de conduta diversa foi desenvolvida a partir da noção de eventos anormais que ocorriam durante o agir do agente que não estavam relacionadas a erro ou inimizabilidade. A inexigibilidade esta no âmbito de situações anormais que rodeiam o agente no momento de sua conduta, cujo quais são capazes de influenciar no desenvolvimento da ação deste.

15. A coação moral irresistível e a obediência de ordem hierárquica não manifestamente ilegal são excludentes de culpabilidade fundamentadas na inexigibilidade de conduta diversa. A coação irresistível é a violência psíquica, é a coação moral, por vezes representada pela ameaça, exercida sobre o agente que o impede de agir segundo os valores da norma. A obediência hierárquica é aquela desenvolvida a partir de uma relação jurídica pública, cuja ordem emanada seja de autoridade competente para tal ordem, que o coacto tenha a atribuição de realizar a ordem, e que a ordem não seja manifestamente ilegal, ou seja, é necessário que ela tenha aparência de ser legal.

16. A respeito das causas excludentes de culpabilidade estabelecidas por lei não há questionamento quanto a sua aplicação. Surgindo um fato em que um agente esteja sob coação moral irresistível ou obedecendo à ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal, deverá ser excluída a culpabilidade.

17. A inexigibilidade de conduta diversa poderá atuar de forma autônoma, poderá ser destacada como princípio integrante da culpabilidade para atuar em casos concretos, afastando a culpabilidade do agente, sempre que circunstâncias anormais impedirem o agente de atuar segundo a norma penal. Ou seja, a inexigibilidade de conduta diversa represente uma excludente supralegal de culpabilidade.

18. O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade permite uma adequação da realidade social, afastando a aplicação da pena quando o agente não tinha como agir de forma diversa, posto que não era exigível tal postura ante as situações anormais presentes na circunstância dos fatos.

19. Esta situação não gerará instabilidade ao ordenamento jurídico ou a sociedade, mas sim adequação do direito a realidade social, é a aproximação do cotidiano e valores sociais à norma penal. Aplicação da causa supralegal exigirá elementos concretos. É necessária a comprovação efetiva das condições anômalas e da impossibilidade de agir segundo os preceitos da norma. Além disso, os valores e os princípios constitucionais nortearão e justificarão sua aplicação. Não será mera deliberação do juiz, posto que estará vinculado às premissas expostas.

6. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

ÁSUA, Luiz Jiménez de. **Principios de derecho penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Editora Sudamericana, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19ª ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONDE, Francisco Muñoz. **Intriducción al derecho penal**. 2ª. ed. Buenos Aires: Editora B de F, 2001.

DOTTI, Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Buenos Aires: Editora Eudeba, 1998.

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. vol. I. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de direito penal**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito penal: parte geral**. vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito penal: parte geral**. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Impertus, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Claudio Heleno. **Comentário ao código penal**. vol I, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de direito penal**. 7ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. rev. e atual. Por Adarlberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de derecho penal**. vol. I. Madrid: Trotta, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Editora Civitas, 1997.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª. ed. ampl. e atual. Montevideo: Editora IBdeF, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. I. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.