

UNIPAC – UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

RONALDO DOS SANTOS FERREIRA

INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Juiz de Fora – MG
2010

RONALDO DOS SANTOS FERREIRA

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL
DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Monografia apresentada à
UNIPAC – Universidade
Presidente Antônio Carlos
como requisito parcial para
obtenção do grau de
bacharel em Direito.
Orientador Prof. Besnier
Chiani Villar

Juiz de Fora – MG
2010

Ferreira, Ronaldo dos Santos
Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da
culpabilidade/ Ronaldo dos Santos Ferreira – Juiz de Fora/MG - 2010
17 fls
Monografia obtenção do grau de bacharel em Direito – UNIPAC – Universidade
Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2010
1. Pesquisa bibliográfica, Brasil.

RONALDO DOS SANTOS FERREIRA

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COM CAUSA SUPRALEGAL DE
EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Monografia apresentada à
UNIPAC – Universidade
Pres. Antônio Carlos como
requisito parcial para
obtenção do grau de
bacharel em Direito.
Orientador Prof.: Besnier
Chiani Villar

Aprovado em 26 de Junho de 2010

BANCA EXAMINADORA

PROF. BESNIER CHIANI VILLAR

PROF. ALEXANDRE BONOTO

PROF. BRUNO REZENDE PALMIERI

Juiz de Fora – MG
2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

Renato dos Santos Pereira

Aluno

*A investigação de conteúdo mínimo como crime infra legal
na doutrina dos positivistas*

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 28/06 / 2010.

Aos meus pais, Juvercino dos Santos Ferreira e Ana Maria Pereira Ferreira, que me brindaram com a vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade, honestidade e sabedoria.

A minha mulher Adriana que me concedeu a oportunidade de uma convivência eivada de satisfação, respeito, carinho e amor, proporcionando-me paz e tranqüilidade para o alcance deste objetivo.

Às minhas filhas Landra e Giulia que entenderam minha ausência e motivaram-me também nesta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Besnier Chiani Villar, por sua dedicação, presteza, paciência, disponibilidade e importante contribuição para o enriquecimento de meus conhecimentos.

A todos os professores do curso de Direito da UNIPAC – Universidade Pres. Antônio Carlos, que deram magnífico brilho à minha formação profissional.

Aos colegas de turma pelo respeito, carinho e excelente convivência durante todo período de formação.

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

RESUMO

A inexigibilidade de conduta diversa nos crimes dolosos contra a vida significa que do agente não poderia exigir comportamento diferente, dada as circunstâncias presentes. Com relação a estas excludentes, há causas legais de exclusão da culpabilidade, que estão descritas em nossos códigos e como causa supralegal de exclusão da culpabilidade que, por não ter previsão legal, torna o assunto polêmico e divergente entre doutrinadores e jurisprudências, sendo aplicada através dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Nesta pesquisa, vamos procurar demonstrar a grande dificuldade em conciliar fatos da vida real e normas legais, já que aqueles, por serem muito dinâmicos, estes não conseguem acompanhar esse desenvolvimento, ademais, a completa ineficiência do Estado na manutenção da ordem faz aprofundar essa divergência. Assim, como ponto fundamental do nosso trabalho é a respeito dos crimes dolosos contra a vida, vamos expor a opinião de importantes doutrinadores como Greco (2007), Damásio (2005) entre outros e jurisprudências, passando pelo conceito analítico do crime, enfatizando o requisito culpabilidade, por ausência do elemento reprovação, que merece a atenção do estudo em tela.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 Introdução..... | 02 |
| 2 Estudo analítico do crime..... | 03 |
| 2.1 Fato típico..... | 04 |
| 2.2 ilicitude ou Antijuridicidade..... | 05 |
| 3 Culpabilidade..... | 06 |
| 3.1 Elementos da culpabilidade..... | 06 |
| 4 Inexigibilidade de conduta diversa como causas legais de exclusão da culpabilidade..... | 08 |
| 4.1 Coação Moral Irresistível..... | 09 |
| 4.2 Obediência Hierárquica..... | 09 |
| 5 inexigibilidade de conduta diversa como causas supralegais de exclusão da culpabilidade..... | 10 |
| 6 Causas supralegais como exclusão da culpabilidade e o Tribunal do Júri...12 | |
| 7 Considerações Finais..... | 15 |
| 8 Referências..... | 17 |

1 INTRODUÇÃO

A exigibilidade de conduta diversa, isto é, conforme o direito; significa dizer que o agente deve atuar fora dos ditames do ordenamento jurídico, pois deveria agir diferentemente da descrição adotada pelo código penal. Nesse caso, devem ser analisadas as circunstâncias em que ocorreu o fato típico para averiguação do requisito culpabilidade. Assim, como não foi possível o agente praticar conduta diversa ao preceito legal, dada as circunstâncias presentes, poderá, recair sobre ele, uma excludente de criminalidade ou de pena, que consiste na inexigibilidade de conduta diversa, valendo-se do princípio de que não sendo possível exigir do autor um comportamento diverso (conforme o direito), não se pode puni-lo.

Diante disso, podemos afirmar que o estudo da culpabilidade é fundamental para mensurar o grau de responsabilidade daquele que infringiu uma norma penal, para isso dedicamos um capítulo exclusivo ao requisito da culpabilidade e esmiuçar seus elementos.

Nesse contexto, vamos analisar de maneira sucinta as causas legais, como exclusão da culpabilidade, ou seja, as que estão descritas no preceito legal quais seja, a coação moral irresistível e a obediência hierarquia, elencadas no art. 22 do Código Penal.

Vamos abordar com maior profundidade a inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, já que na doutrina e jurisprudência não chegaram a uma conclusão, por constituir tema divergente, quer pela inexistência de previsão legal, aparecendo como causa extralegal de isenção de pena, enquanto elemento que compõe a estrutura no conceito de culpabilidade, quer pela utilização do princípio constitucional da Ampla Defesa, elencado no art. 5º, inciso LV, definição esta que está acima de qualquer lei infraconstitucional.

Nesse passo, não podemos admitir que pessoas inocentes e de bom caráter sejam condenados há anos de prisão por ter cometido um delito, cuja sua conduta não seja reprovável pela sociedade, pois as circunstâncias o

obrigaram a agir dessa forma, simplesmente por não ter previsão legal, sendo quase impossível ao Legislador determinar todas as situações de inexigibilidade.

2 ESTUDO ANALÍTICO DO CRIME

O Código Penal atual deixou de fora o conceito de crime, deixando apenas, em sua Lei de Introdução (Lei de nº 3.914/41), que é reservado ao crime uma pena de reclusão ou de detenção, assim exposto em seu art. 1º, primeira parte:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; (...)

Assim, como não existe um conceito de crime em nossa legislação, ficou o encargo de tal matéria aos doutrinadores, que vêm, ao longo dos tempos, tentando fornecer esse conceito de delito. Dessa forma, a doutrina dividiu em conceito formal e material, bem como conceito analítico de crime. O primeiro refere-se à definição nominal, não traduzindo com precisão o que seja crime; o segundo, uma definição real, com função de analisar o delito, estabelecendo conteúdo do fato punível, pois expressa com mais clareza a existência ou não da infração penal.

Embora o crime não possa ser fragmentado, pois que é um todo unitário e indivisível, faz-se necessário a análise de cada uma das suas características fundamentais, quais sejam fato típico, a ilicitude ou antijuridicidade e a culpabilidade do autor. Com isso, cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento posterior. Nesse caso, para ser considerado crime, um fato deve enquadrar-se ao preceito legal, ou seja, deve ser típico, antijurídico e culpável. Assim sendo, o fato é típico quando o delito está previsto na legislação; antijurídico quando a ação ou omissão humana é contrária ao ordenamento jurídico e será culpável se o agente agiu com culpa.

Se não há conduta, não há fato típico, logo não haverá crime. Nesse caso, elimina-se o crime a partir do seu primeiro elemento - o fato típico. Somente quando este comprovado tiver o agente atuado com dolo ou culpa, e em virtude de sua conduta adveio o resultado, adaptando seu comportamento ao modelo abstrato previsto na legislação, é que poderemos passar a analisar o segundo elemento – a antijuridicidade. Dessa forma, só poderemos iniciar o estudo da culpabilidade se houver esgotado a análise destes dois elementos.

Hans Welzel (1987:57) disserta sobre a questão:

“A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior”.

Já outros doutrinadores como Mirabete e Damásio, conceituam crime como aspecto formal, pois acreditam ser apenas um fato típico e antijurídico, uma vez que a culpabilidade, para Damásio, por exemplo, não constitui elemento ou requisito, mas juízo de reprovabilidade, não incidindo sobre o fato, mas sim sobre o sujeito.

Vale frisar que não há diferença substancial entre contravenção e crime, o critério de escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravencional ou criminosa. As contravenções penais devem em geral englobar as infrações consideradas menos graves, ou seja, aquelas que ofendam bens jurídicos não tão importantes como aqueles protegidos quando se cria a figura típica de um delito.

2.1 FATO TÍPICO

Nas palavras de Damásio (2005:154),” *fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração. (...)*”

Assim, para que haja crime deve haver uma ação ou omissão humana, que seja reprovável aos olhos da sociedade, e essa ação, sendo comissiva ou omissiva, deve provocar um resultado que seja previsto na legislação penal como delito. Nesse caso, para que se possa afirmar com toda certeza que o fato concreto tem tipicidade, é preciso que o mesmo se enquadre perfeitamente na descrição legal, ou seja, que haja enquadramento do fato concreto ao tipo penal. Fato típico de um homicídio, por exemplo, seria a conduta de um homem que causa morte a outrem, fato este que estaria amoldado perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto no artigo 121 do Código Penal – Matar alguém.

Seus elementos são: a conduta dolosa ou culposa; comissiva ou omissiva; resultado (salvo nos crimes de mera conduta); nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; e tipicidade. A conduta é um comportamento humano, sendo uma ação ou omissão, contrário a uma norma penal. Essa conduta tem que causar um resultado. Entre a conduta e o resultado deve existir uma ligação por nexos de causalidade. Assim, para que o fato seja típico, é necessário que a conduta, o resultado e o nexos causal, que formam um fato, amoldem-se perfeitamente ao preceito legal. Caso não apresente todos esses elementos, não se ajustará ao fato típico ou ao modelo determinado na lei, salvo a tentativa em que não há resultado.

2.2 ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE

Antijuridicidade é o comportamento humano, comissivo ou omissivo, contrário ao ordenamento jurídico, pelo qual essa ação ou omissão tornam-se ilícitas. Para se chegar a responsabilização penal é necessário, portanto, enquadrar o fato concreto (conduta, resultado e nexos causal) a uma norma incriminadora; devendo haver uma correspondência satisfatória entre os elementos descritos e os praticados pelo agente.

Damásio Evangelista de Jesus (2005:155), abordando o tema conceitua fato típico como:

“A antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita”.

“Presente a causa de exclusão o fato é típico, mas não antijurídico, e, em consequência, não se há de cogitar em crime, pois lhe falta um requisito”.

3 CULPABILIDADE

Hodiernamente, a culpabilidade, para a maioria dos doutrinadores, integra a estrutura do crime, tais como a ação típica, antijurídica e culpável. Para que haja crime é necessário que, nessa estrutura, tenha estes três elementos, caso falte algum, não há se falar em delito; assim, sendo o fato típico e antijurídico, ao sujeito será analisada sua conduta e resultado em abstrato, isto é, de acordo com o descrito no preceito legal, perfeitamente enquadrado. Já com relação à culpabilidade, esta avaliação vai de encontro à ação que o sujeito realizou o fato concreto, no que tange a peculiaridade do indivíduo e as circunstâncias em que ocorreu este fato.

3.1 ELEMENTOS DA CULPABILIDADE

Para que haja culpabilidade, isto é, que uma conduta seja reprovável, é necessário que o sujeito da ação pudesse agir conforme o preceito legal, de acordo com o direito.

São três os elementos da culpabilidade, quais seja a imputabilidade – se o sujeito tem capacidade de entender a ilicitude de sua conduta, adequando esta compreensão ao caráter ilícito do fato e de determinar-se a esse entendimento; possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato – onde é indispensável, para o juízo de reprovação, que o autor do fato tenha condições de entender a antijuridicidade de sua conduta, que o mesmo tinha plena consciência no momento do fato; e exigibilidade de conduta diversa – para que a conduta torne reprovável é indispensável, além da imputabilidade e possibilidade de conhecimento da ilicitude, que fosse possível exigir do agente

comportamento outro daquele praticado, conforme as circunstâncias e os motivos pessoais que tornam exigível uma conduta diversa.

Preconiza Julio Fabbrini Mirabete (2006:194):

“Assim, só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); se estava em condições de poder compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude); se era possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa). São esses, portanto, os elementos da culpabilidade”.

Diante disso, observamos que para haver crime é preciso que seja antijurídico o fato típico; porém, ainda torna-se necessário verificar a culpabilidade para imposição de pena, quer dizer, se há reprovabilidade da conduta, pois, inexistente algum dos elementos da culpabilidade, não há se falar em imposição de pena.

Atualmente, a discussão entre doutrinadores a respeito da culpabilidade é se ela integra ou não aos elementos do crime. Assim, para Damásio E. de Jesus (2005:155-156) a culpabilidade é:

“Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. Reprovabilidade que vem recair sobre o agente, ensinava Aníbal Bruno, porque a ele cumpria conformar a sua conduta com o mandamento do ordenamento jurídico, porque tinha a possibilidade de fazê-lo e não o fez, revelando no fato de não o ter feito uma vontade contrária àquela obrigação, i. e., no comportamento se exprime uma contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma. Como vimos, a culpabilidade não é requisito do crime, funcionando como condição de imposição da pena”.

Já Cesar Roberto Bitencourt assevera que a culpabilidade não deva ser tratada apenas como mero pressuposto da pena, mas como fato integrante dos requisitos do crime, pois, como predicado de um substantivo, que é a conduta humana, juntamente com a antijuridicidade e tipicidade.

Para alguns doutrinadores, como acabamos de verificar, a culpabilidade é apenas pressuposto da pena, mas para a maioria, a culpabilidade integra aos elementos do crime, pois que é na ilicitude e tipicidade que será verificada o fato em abstrato para, assim, na culpabilidade, julgar a ação do sujeito em concreto, percebendo as circunstâncias em que ocorreu o fato e as peculiaridades pessoais do indivíduo.

4 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Como já foi visto em capítulo anterior, fato típico e antijurídico é, na verdade, o comportamento humano (comissivo ou omissivo) que provoca um resultado, previsto na lei penal como contrários ao ordenamento jurídico. Porém, se, apesar do sujeito possuir capacidade mental suficiente para entender e querer e, contudo, o mesmo faça algo juridicamente proibido, e ainda assim realize o fato típico e ilícito, mas por causa de fatores externos tais que lhe tiram a liberdade para agir conforme o direito, a culpabilidade é excluída.

Esta tese nasceu quando, no Tribunal do império alemão foi reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa em favor do cocheiro que, sob ameaça de despedida do emprego, atendeu a ordem feita pelo seu patrão de conduzir cavalo desobediente em determinado serviço, mesmo prevendo a possibilidade de problemas na condução do animal, que terminou por sair com o cavalo, e este, não obedecendo a seus comandos, atropelou e feriu um pedestre. Reconhecido o princípio para o fato culposo, logo foi aplicado também aos crimes dolosos.

Com isso, o Tribunal compreendeu que no fato concreto em que desenvolveu o evento – não era exigível do empregado outra conduta, tendo em vista que, caso não acatasse a ordem de seu patrão, perderia o emprego, pondo em risco a manutenção de sua família.

Na doutrina, a história ficou conhecida como “cavalgada que não obedece às rédeas”. A tese, enquanto teoria foi elaborada pelo alemão Freudenthal e desenvolvida por Edmund Mezger.

O nosso Código Penal prevê em seu art. 22, 1ª e 2ª parte, a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, respectivamente.

4.1 COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL

Em nosso Código Penal, estas causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta é prevista no art. 22, assim descrita:

Art. 22 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.

A coação quando física afasta a existência de conduta do agente, por ausência de dolo ou culpa. Já na coação moral a conduta é mantida, pois a liberdade, na tomada de decisão, é afastada. Essa falta de liberdade é tamanha que sua conduta passa a não ser reprovável, afastando, portanto, a culpabilidade do coagido, por não ser exigido comportamento diverso do ordenamento jurídico.

Na coação moral, o coagido é forçado a realizar determinada conduta delituosa para satisfazer o desejo do coator. Sua liberdade de opção é limitada, isto é, sofrer a ameaça ou cometer tal crime. Nesse caso porém, é necessário que a ameaça componha-se de duas características, quais seja a gravidade da situação e irresistibilidade.

Nossa doutrina é pacífica no que tange a coação moral irresistível, não incidindo sobre o coagido juízo de reprovação em virtude da inexigibilidade de outra conduta, enquanto elemento da culpabilidade. Rogério Greco (2007:417) demonstra importante exemplo:

“(...) daquele que é obrigado a causar a morte de alguém, pois, caso contrário, seu filho é que seria morto, uma vez que se encontrava nas mãos dos seqüestradores, que exigiam tal comportamento do coagido sob pena de cumprirem a ameaça de morte da criança que com eles se encontrava seqüestrada (...)”.

4.2 OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Rogério Greco (2007:417), conceituando obediência hierárquica nos ensina que:

A estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico afasta a culpabilidade do agente em virtude de não lhe ser exigível, nessas condições, um comportamento conforme o direito. Para que possa ser beneficiado com essa causa legal de exclusão da culpabilidade, é preciso, nos termos do art, 22, a presença de vários requisitos, a saber: a) que a ordem seja proferida por superior hierárquico; b) que essa ordem não seja manifestamente ilegal; c) que o cumpridor da ordem se atenha aos limites da ordem”.

A obediência hierárquica, portanto, deve ser a manifestação da vontade do titular de função pública, de funcionário subordinado ao seu superior hierárquico. Para isso, tem de haver dependência funcional do executor da ordem. Nesse caso, cabe análise do direito penal somente em relação à administração pública. No caso de obediência hierárquica privada, a culpabilidade poderá ser afastada pela inexigibilidade de conduta diversa.

No cotidiano da administração pública, o funcionário público recebe ordens a todo o momento de seu superior hierárquico. Essas ordens podem ser legais, se a determinação estiver dentro da lei, inexistindo, portanto, responsabilidade para ambos no direito penal; ilegais, aquelas ordens cujo superior ordena atos contrários à lei; manifestamente ilegais, onde a ilegalidade está clara, e caso o executor da ordem tenha conhecimento da ilegalidade, cumprindo tal empreitada, responde juntamente com seu superior, em concurso de agente em fato típico doloso; e não manifestamente ilegais, quando, nesse caso, a culpa do funcionário é excluída, pois a sua ilegalidade não é visível, trazendo em sua parte exterior uma aparência de legalidade.

5 INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA COMO CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Causas supralegais de exclusão da culpabilidade são aquelas que, por não terem previsão legal, ou seja, que estão descritas em nossos Códigos, são aplicadas através dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Em nossa legislação não é proibida a utilização do argumento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ao contrário da legislação alemã. Assim, Rogério Greco (2007:421) cita Jescheck:

“Deve ser afastada a teoria da inexigibilidade como causa supralegal, pois que, segundo o renomado autor, a aceitação de uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva como objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que conduziria a uma desigualdade na aplicação do direito. E continua dizendo que, ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício”.

Na mesma linha de raciocínio é o posicionamento de Wessels, citado também por Greco (2007:422):

“Segundo a opinião dominante, a chamada ‘não exigibilidade de conduta de acordo com a norma’ não deve considerar-se, sem mais, como uma causa de exculpação. A admissão geral de uma causa de exculpação como esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica”. Contudo, conclui o brilhante penalista, “conforme a opinião sustentada quase por unanimidade, pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação”.

Johannes Wessels, nesse sentido, deixa entender que há possibilidade de alegação de uma causa supralegal em determinadas situações, para evitar que ocorram injustiças gritantes. Greco (2007:422) ainda acrescenta um exemplo nítido, como causa supralegal, do que poderia ser uma situação excepcional:

“...determinado preso fora ameaçado de morte pelo ‘lider’ da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, estava

condicionada ao não-atendimento das reivindicações levadas a efeito pelos detentos. Ao perceber que o preso que havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, pois que três outros detentos já haviam sido mortos, aproveitasse dessa oportunidade e o enforca, matando-o”.

Nesse caso, o autor não poderá alegar legítima defesa, pois a agressão anunciada não era iminente como é descrito no art. 25 do Código Penal. Caso as exigências dos presos fossem atendidas, até poderia não ocorrer. Assim, o fato é típico e ilícito, porém, a reprovabilidade da conduta, sobre o injusto realizado pelo autor, pode ser afastada sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa, como exclusão da culpabilidade; e, como essa causa não tem previsão legal em nosso ordenamento jurídico, entendemos como supralegal.

Com a reforma de 1984, o legislador adotou o princípio da culpabilidade, assim, não se admitindo a aplicação de pena sem a constatação da culpabilidade do agente. Por isso, mesmo que o fato seja típico, mas ao agente não sendo reprovável, este é excluído de pena pelo princípio em tela, na configuração “não há crime sem culpabilidade”.

Diante disso, entendemos ser a inexigibilidade de conduta diversa uma causa legal quando da coação moral irresistível ou obediência hierárquica, e como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, quando não estão previstas na legislação penal; estando, dessa forma, fundamentadas no princípio geral de direito (*nullum crime nulla poena sine culpa*), não sendo necessário estar expresso em norma legal.

Além disso, aos acusados em geral deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes; estas garantias fundamentais estão elencadas no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

6 CAUSAS SUPRALEGAIS COMO EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E O TRIBUNAL DO JÚRI

São nos Tribunais do Júri que vemos de fato essa resistência, quanto a aceitação da tese de inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Magistrados e promotores insistem em não

aplicar a causa supralegal, resistindo ao moderno Direito Penal. Alegam somente admitir esta tese quando expressamente prevista, como são nos casos da coação moral irresistível e obediência hierárquica. É fato que o legislador não tem condições de prever todos os casos em que estas causas extralegais possam excluir a culpabilidade. Ademais, levando-se em conta o princípio da ampla defesa, elencado no art. 5º, inciso LV da Lei Magna, como a própria denominação diz, deixa nítido que a defesa deve ser ampla, e não nos limites das hipóteses descritas na lei, diploma este, hierarquicamente inferior àquela.

Mirabete fala a respeito (2006:195-196), citando o Ministro do STJ, Francisco de Assis Toledo, admitindo a causa supralegal em voto no REsp nº 2.492, julgado em 23/05/90, que assim expõe:

“Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade cuja admissibilidade no Direito Brasileiro já não pode ser negada.

Júri – Homicídio – Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa – possibilidade em tese, desde que se apresentem ao júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

(...)

Recurso Especial conhecido e parcialmente provido para extirpar-se do acórdão a proibição de, um novo julgamento, questiona-se o Júri sobre causa de exclusão da culpabilidade em foco”.

Assim, quando se fala em plenitude de defesa, não se pode admitir imposição de preceitos legais que, por sua natureza, acabam invertendo os mandamentos constitucionais. Diante disso, o inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal foi revogado pela Constituição Federal, após aceitação expressa do Princípio da Ampla Defesa, excluindo qualquer hipótese no sentido de limitá-la, ofendendo o dispositivo constitucional a proibição do direito a liberdade, este que constitui maior depois do direito a vida.

O Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, fala a respeito ao tema o seu posicionamento pessoal:

“É nulo o julgamento ante evidente cerceamento de defesa que se caracteriza na recusa do magistrado em formular quesito referente a tese sustentada pela defesa, pertinente a causa supralegal de exclusão da culpabilidade, já que não é dado ao juiz, pendendo discussão a respeito do tema, indeferir a formulação correspondente, expondo o seu posicionamento particular a respeito do assunto”

O Desembargador ainda faz importante referência ao Ministro Félix Fischer, do STJ (HC 16.865/PE), em voto como Relator:

“Embargos Infringentes – Júri – Quesitos – Inexigibilidade de conduta diversa – causa supralegal de exculpação – possibilidade.

‘A simples verificação da existência de situações de exculpação de um autor culpável indica a insuficiência da conceituação de culpabilidade para dar conta das condições de anormalidade que fundamentam o juízo de inexigibilidade de outra conduta concretizado em determinadas situações. A legislação penal brasileira não proíbe a utilização da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação, pois a despeito do formalismo, o julgador deve se nortear pelos princípios informadores do Estado Democrático de Direito. A tese da inexigibilidade de conduta diversa pode ser apresentada como causa de exclusão da culpabilidade. Especificada e admitida a forma de inexigibilidade, aos jurados devem ser indagados os fatos e as circunstâncias fáticas pertinentes à tese”.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é admissível a quesitação no que tange à inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, desde que o magistrado apresente aos jurados indagações sobre fatos e circunstâncias e não sobre mero conceito jurídico. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais segue a mesma linha de raciocínio, entendendo que há cerceamento de defesa.

Contudo, a posição de doutrinadores e jurisprudência ainda não chegaram a um consenso, divergindo sobre a questão. Um exemplo disso seria o Tribunal de Justiça de São Paulo que é contrário à tese, por não haver previsão legal e a aplicabilidade da analogia *bonam partem* em matéria de dirimentes, como causas de exculpação, já que no sistema da lei penal, esse preceito excepcional é de aplicação extensiva.

Diante disso, a possibilidade de formular quesitos a respeito da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, traria maior rapidez ao processo, evitando que determinadas decisões proferidas pelo conselho de sentença, contatado que não há culpabilidade do autor, sejam revistas pela instância superior, através de recursos de apelação, conforme art. 593, inciso III, alínea d, ocasionando em novo julgamento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho, procuramos demonstrar a importância da culpabilidade como um dos requisitos no conceito de crime, acarretando punição para o autor que infringir uma norma e poderia agir conforme o direito. Contudo, sua conduta não será punida, caso o fato e as circunstâncias que fizeram presentes, não lhe possibilitou uma atuação lícita. Assim, a lei penal elencou causas que isentam o agente de pena, por não poder exigir dele outra conduta, já que em determinadas situações de fato, mostra-se humanamente impossível.

No entanto, são nas causas de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal, de exclusão da culpabilidade, é que se vê nitidamente a resistência em sua aplicação, ainda mais quando se refere aos crimes dolosos contra a vida. Ademais, há grande controvérsia entre doutrinadores e jurisprudência a respeito da tese, mas para alguns Tribunais, ainda assim, recebe guarida, pois em casos excepcionais não previstos na lei, quer seja por conta da omissão legislativa, quer pela imprevisibilidade normativa, não justificam um juízo de reprovação de alguém.

Assim, quando invocada pelo defensor a mencionada tese, o juiz-presidente do Tribunal do Júri deve levá-la aos jurados de forma especificada, não podendo ser apresentada em um único quesito, pois se correria o risco de propor ao Conselho de Sentença a aferição de um conceito jurídico, sendo que os jurados devem manifestar-se sobre fatos e circunstâncias.

Com isso, utilizando esse posicionamento, evita que o sujeito de bom caráter, entre no mundo da criminalidade, evitando que este sujeito, que não teve alternativa, entre contado com essa escola criminal, pois é fato que o

sistema prisional brasileiro é completamente ineficiente e não quer recuperar ninguém.

Em virtude disso, notamos ainda que o argumento daqueles que rejeitam a causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que a mesma geraria insegurança jurídica, fazendo crescer a impunidade, é pura enganação, pois os pilares sobre os quais se assentam à excludente apresentam sólidos, advindo da adequada e justa hermenêutica da lei, não há assim, falar-se em impunidade, já que arbitrário é um direito que vise imposição de uma determinada conduta típica que nenhuma reprovação causou.

REFERÊNCIAS

- 1 GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.
- 2 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: Parte Geral**. 13ª ed. Atualizada – São Paulo. Editora Saraiva, 2008.
- 3 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- 4 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **MANUAL DE DIREITO PENAL: PARTE GERAL**. 23ª ed. ver. atualizado. São Paulo: Editora Atlas, 2006, volume 1.
- 5 JESUS, Damásio E. de. **DIREITO PENAL: PARTE GERAL**. 28ª ed. revisado. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. volume 1.