

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

Fernanda Figueira Tonetto*

PARTE I

Sumário: 1. Introdução. 2. Culpabilidade: Evolução Histórica. 3. Elementos da culpabilidade e Causas de Exclusão. 4. A Inexigibilidade de Conduta Diversa como Excludente Genérica da Culpabilidade. 5. Hipóteses de Inexigibilidade de Conduta Diversa não Previstas na Lei Penal.

1.Introdução

O presente estudo trata da possibilidade de adoção da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa da exclusão da culpabilidade, por ausência do elemento reprovação.

Tendo em vista que a censura de uma conduta é informada primordialmente pela possibilidade de realização de um comportamento adequado ao ordenamento jurídico combinada com a violação deste, muitos doutrinadores têm debatido a tese da possibilidade de adoção do elemento inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de isenção da culpabilidade, independentemente de previsão expressa.

E são esses debates que se pretende focar, através do estudo da culpabilidade e de seus elementos.

2.Culpabilidade: Evolução histórica

A Culpabilidade, ao longo dos tempos, sofreu inúmeras mutações até que se chegasse a sua atual concepção, tendo sido explicada, basicamente, por três teorias cronologicamente sucessivas, quais sejam, a Teoria Psicológica, a Teoria Psicológico-Normativa e a Teoria Normativa.

Segundo a Teoria Psicológica da culpabilidade, o crime era um conceito bipartido, de um lado estando o elemento objetivo e de outro o elemento subjetivo.

Partindo desse pressuposto, a culpabilidade era tida exatamente como esse elemento subjetivo do delito, já que consistia na acepção psicológica feita pelo agente a respeito do resultado, baseando-se no seu querer ou na sua possibilidade de previsão do evento.

Assim, para que o fato criminoso pudesse ser imputado a seu agente, não bastava a conduta objetiva contrária ao ordenamento jurídico, sendo indispensável a relação psicológica vinculante entre o sujeito e o resultado, também chamada de nexó subjetivo.

Daí se denota que a Teoria Psicológica entendia ser espécies da culpabilidade o dolo e a culpa, consistindo aquele na vontade e essa na potencialidade de antevisão do resultado. A culpabilidade era vista como um elemento puramente naturalístico, bastando, para sua caracterização, o nexó psíquico entre o agente e o resultado. É por essa razão que se diz que, sob a égide dessa teoria, a culpabilidade era eminentemente causal, eis que a conduta do sujeito (voluntária, ou involuntária com resultado previsível) era a causa do elemento subjetivo do crime, e tão-somente.

No entanto, por incluir em um denominador comum (culpabilidade) conceitos completamente diversos, como são o dolo (psicológico) e a culpa (normativo); por não explicar a culpa inconsciente e por não resolver a questão da inimputabilidade como excludente da culpabilidade, essa teoria mereceu severas críticas que lhe renderam um esquecimento quase total.

Ainda, é preciso registrar que mesmo considerando a culpabilidade como vínculo psíquico, tal teoria reputava a conduta do imputável isenta desse elemento subjetivo, configurando, pois, um contra senso, vez que esse, mesmo não tendo responsabilidade, pode agir dolosamente de forma a desejar o resultado.

Partindo dos desacertos da Teoria Psicológica, construiu-se a Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, que tinha no dolo e na culpa não mais espécies da culpabilidade, mas sim elementos, ao lado de outros.

A construção de tal doutrina baseou-se em um caso de estado de necessidade, o caso da tábua de salvação, onde se verificou que embora o sujeito agisse dolosamente, isto é, mesmo querendo realizar o evento, não merecia ele a reprimenda penal, por não lhe poder ser reclamado comportamento diferente.

Assim, a exigibilidade de conduta diversa (que gera a reprovação do comportamento) passou a ser vista como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade, da culpa e do dolo, esse tendo inerente em seu conceito a consciência da ilicitude.

Passou-se a exigir, além da vontade de realizar o evento (dolo) ou da possibilidade de previsão de evento não desejado (culpa), consistentes no liame psicológico, também o juízo de reprovação, consistente no liame normativo.

Daí a denominação Teoria Psicológico-Normativa.

Inobstante tenha colaborado enormemente para a formulação da atual concepção de culpabilidade, pecou por persistir entendendo que o dolo e a culpa dela faziam parte. Diz-se que pecou porque aqueles estão na conduta do réu e esta está no juízo de reprovação a ser feito pelo juiz.

Além disso, o dolo continha em si a consciência da ilicitude: era o chamado dolo normativo ou Dolus Malus, porque se entendia que o agente que quer o resultado conhece sua antijuridicidade.

Partindo-se dessa premissa, aquele que não tivesse consciência da ilicitude (inobstante pudesse ter), por possuir padrões morais invertidos, não agiria com dolo e seria, portanto, isento de culpabilidade, o que é um absurdo, já que um criminoso dessa espécie merece a reprimenda penal.

A partir dos erros da Teoria Psicológico-Normativa e da expulsão dos elementos psíquicos erroneamente inseridos no conceito de culpabilidade, formulou-se a Teoria Normativa, aceita por nossa legislação penal de 1984.

Diz-se Teoria Normativa porque a culpabilidade passou a ser informada unicamente por elementos ensejadores de um juízo de valoração por parte do julgador. A culpabilidade passou a ser puramente axiológica.

Tais elementos passaram a ser a medida, o critério para o nível de reprovação. Daí falar-se em graus de culpabilidade.

Dolo e culpa foram colocados no tipo penal, já que esses são elementos integrantes da conduta do agente, isto é, da sua ação ou omissão (daí o surgimento dos conceitos de tipo doloso e tipo culposos).

Por seu turno, a consciência da ilicitude foi destacada do dolo, uma vez que um independe do outro: pode haver conduta dolosa sem que o sujeito saiba que a mesma é contrária ao direito. O primeiro problema resolve-se no âmbito do tipo penal, ao passo que o segundo encontra solução na culpabilidade.

Deixou-se de falar em dolo normativo, ou Dolus Malus, para se falar em dolo natural. Deixou-se de se falar em consciência da ilicitude como excludente da culpabilidade, para se passar a falar em potencial consciência da ilicitude.

Assim, e consoante já referido, a culpabilidade passou a ser vista unicamente sob o aspecto normativo, consistente na reprovação da conduta.

E, para que tal censurabilidade pudesse ser auferida, colocou-se a disposição do julgador elementos capazes de informar o grau de reprovação, dependendo de sua maior ou menor presença na conduta do agente, o que leva à conclusão de que a culpabilidade é um conceito graduável.

Os elementos da culpabilidade, pois, condicionam a maior ou menor censurabilidade da conduta.

Tais elementos consistem na imputabilidade, na potencial consciência da ilicitude e na inexigibilidade de conduta diversa.

3. Elementos da culpabilidade e causas legais de exclusão

Consoante assentado pela Teoria Normativa, a culpabilidade não passa da censurabilidade da conduta praticada pelo agente, censurabilidade essa a ser auferida pelo julgador.

Para colher o grau de reprovabilidade do comportamento, colocou-se à disposição do magistrado elementos capazes de graduar essa culpabilidade, ao mesmo tempo em que a inexistência de qualquer deles passou a ter o condão de excluí-la, consoante prega a Teoria das Circunstâncias Concomitantes, de Frank.

São eles a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diferente.

Interessa-nos a inexigibilidade de ação ou omissão diversa.

Tal elemento provém do princípio segundo o qual a pena é personalíssima, não podendo ser aplicada contra quem não deu causa ao evento criminoso.

Consoante tal princípio, e como corolário deste, pode-se dizer que para que o agente seja culpável, mister tenha cometido o fato dentro de circunstâncias normais, como algo exclusivamente seu e sob o total domínio de sua inteligência.

Do contrário, estando o sujeito inserido em contexto fático constituído por circunstâncias anormais que influíram na prática do crime, não se pode afirmar que esse proveio inteiramente de sua conduta, por não lhe ser exigível outra dentro daquelas circunstâncias.

Dessa forma, se dentro daquelas particularidade do fato, não era possível ao sujeito agir como normalmente o faria, a conclusão que se chega é a de que a ele não podia ser imposta a prática de outra conduta.

Não podendo o sujeito agir consoante o direito, a reprovabilidade da conduta desaparece, isso porque tal reprovabilidade existe exatamente quando o agente pode realizar a conduta em acordo com o ordenamento jurídico e, no entanto, age de outro modo, violando-o.

Assim, a exigibilidade de conduta diversa aparece como elemento da culpabilidade, excluindo-a quando o comportamento diferente não pode ser reclamado.

Da mesma forma que ocorre com os demais elementos da culpabilidade, o legislador previu especificamente as causas de isenção de pena quando ausente a exigibilidade de comportamento diferente.

No art. 22 do Código Penal, pois, estão previstas a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, justamente porque nesses casos o ordenamento jurídico não pode impor que o agente dirija seu comportamento de forma lícita.

Alguns doutrinadores vêem também no art. 348, § 2º, do Código Penal uma causa legal de exclusão da culpabilidade baseada na inexigibilidade de conduta diversa.

Tal norma prevê a isenção de pena do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso que o favorece a subtrair-se da ação da autoridade pública.

Creemos que a razão lhes assiste, uma vez que em se tratando o criminoso de pessoa intimamente ligada ao agente que comete o crime de favorecimento pessoal, a esse agente não se pode exigir que entregue à autoridade o seu afeto.

Além dessas hipóteses, pode-se dizer que há outra causa legal de isenção da pena fundada na inexigibilidade de conduta diversa: é o artigo 128, inciso II, do Código Penal, que prevê a prerrogativa de aborto consentido pela gestante ou seu representante legal quando a gravidez é resultante de estupro.

Isso porque o legislador e o ordenamento jurídico como um todo não podem exigir da gestante que prolongue ainda mais seu trauma e sofrimento resultante de um delito do qual foi vítima, ao dar à luz, porque não dizer, ao produto do crime.

A existência do estupro com a conseqüente gravidez insere a gestante em um contexto fático anormal capaz de tornar irresistível a prática do aborto, não se podendo afirmar, nesse caso, que está presente o dever de agir diferentemente.

Não se fala em exclusão da ilicitude, exatamente porque não há adequação mediata ao artigo 23 do Código Penal, e, salvo melhor juízo, as mesmas não se enquadram na hipótese sob análise.

4. Da inexigibilidade de conduta diversa como excludente genérica da culpabilidade

São divergentes os posicionamentos doutrinários quando o assunto refere-se à possibilidade de adoção do elemento inexigibilidade na exclusão da censura.

Data Venia posicionamentos em contrário, pugnamos pela tese da admissibilidade.

Parece lícito afirmar que a única razão para não se entender possível a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade,

para alguns doutrinadores, é julgar exauridas no Código Penal todas as possibilidades de ausência de reprovação.

Se assim for, tal entendimento torna-se mutável à medida em que forem sendo demonstradas possibilidades outras de conduta incensurável por não se poder reclamar diferente ação ou omissão do sujeito.

E é justamente em razão de essas hipóteses se fazerem presentes no mundo dos fatos que se vem sustentando a possibilidade de exclusão da culpabilidade nesses termos.

Assim, considerando a faculdade de uso da analogia para normas penais justificantes; considerando a exigibilidade de conduta diferente como elemento (ou pressuposto) da culpabilidade e considerando que o legislador jamais será onisciente a ponto de prever todos os acontecimentos do mundo dos fatos, não será defesa a absolvição do agente, com base no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, se não podia o ordenamento jurídico-criminal a ele impor outro comportamento, mesmo que esse ordenamento não tenha antevisto a faculdade.

Mais: em não se adotando a inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade, mesmo em casos não expressamente cominados, a pena passa a ser contrária à equidade, injusta e, porque não dizer, desumana.

Isso porque não é humano aplicar-se uma reprimenda a alguém quando, segundo FREDERICO MARQUES (1965, p. 227) sua "conduta típica ocorreu sob a pressão dos acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta".

E não poderia ser diferente.

Em primeiro plano, o argumento segundo o qual a culpabilidade é sinônimo de reprovação, bem como que a falta de exigibilidade de outra conduta não gera esse juízo de censura, é irrefutável.

A partir do instante em que se constatam novas hipóteses de prática de conduta destoante do ordenamento jurídico por impossibilidade de o fazê-lo de outra forma, a aplicação da pena fica destituída de fundamento pela ausência de culpabilidade (leia-se reprovabilidade).

Então, o que se pode afirmar é que o legislador, sabendo da impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de inexigibilidade de outra conduta, preferiu elencar as causas de exclusão da culpabilidade nela baseadas através de fórmula meramente exemplificativa, o que possibilita a interpretação analógica. Ou, ainda, que mesmo não tendo idéia de que outras causas poderiam surgir, o legislador não limitou a falta de culpabilidade a casos expressamente previstos.

E, sendo assim, se pergunta: Por que razão tal hermenêutica é autorizada para um dos elementos da culpabilidade, e não o é para os demais?

A resposta é singela, mas, ao que se crê, verdadeira: simplesmente porque quanto aos demais elementos as causas de exclusão são de tal forma genéricas que abrangem todas as hipóteses de inexistência de culpabilidade, por ausência de um dos seus pressupostos.

As causas de exclusão da culpabilidade baseadas na inexistência de imputabilidade não ultrapassam os limites da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou retardado e da embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Poder-se-ia indagar da existência da inimputabilidade por ebiez completa, dolosamente provocada, mas nesse caso a imputabilidade subsiste em razão da Actio Libera In Causa, tema esse que não é objeto do presente estudo.

Também no que se refere à potencial consciência da ilicitude, o erro de proibição, por ser expresso em um tipo aberto, abrange todas as hipóteses em que não há possibilidade de conhecer a antijuridicidade do fato.

Os casos de inexigibilidade de outra conduta, contudo, não foram esgotados pelo legislador, mesmo que se admita que o aborto proveniente de estupro e o favorecimento pessoal (artigo 348, § 2º, do Código Penal) são causas legais de exclusão da culpabilidade baseadas na impossibilidade de escolha da prática delituosa.

E tal assertiva tanto parece ser verdadeira que, adiante, falar-se-á de algumas causas de isenção da pena não previstas expressamente na legislação penal.

5. Hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa não previstas na lei penal

Ressaltou-se que o argumento segundo o qual a inexigibilidade de conduta diversa não poderia ser adotada simplesmente porque o legislador teve a capacidade de prever todas as hipóteses em que essa ocorria era rebatível à medida em que se fizessem presentes no mundo dos fatos acontecimentos outros onde não se pode reclamar comportamento diferente.

Pois bem: a primeira dessas hipóteses a ser analisada diz com o estado de necessidade exculpante, que alguns doutrinadores têm como causa de exclusão da culpabilidade com base na ausência da exigibilidade de conduta diferente.

O estado de necessidade pode ser justificante ou exculpante: aquele ocorre quando o bem jurídico sacrificado é hierarquicamente menos importante que o bem jurídico protegido ou quando ambos têm o mesmo valor; esse se dá, ao contrário, quando o bem que o agente optou salvar tem menor importância que o bem lesado.

No primeiro caso dá-se a exclusão da ilicitude e, no segundo, a exclusão da culpabilidade, por ser inexigível conduta diversa.

Nessa hipótese, por não haver exclusão da ilicitude, poderá ocorrer isenção de pena, por inexigibilidade de conduta diversa, se observadas as condições de sua configuração, ou, nas palavras de ZAFFARONI (1998, p. 656): "Em todos os casos de necessidade exculpante, o deve ser uma necessidade, isto é, devem ser situações em que não se possa juridicamente exigir do autor a realização de uma conduta menos lesiva".

Assim, para que se admita a exclusão da culpabilidade no estado de necessidade exculpante, mister que se adote a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de isenção da pena.

A presença do excesso em uma causa de exclusão da ilicitude é outra hipótese.

Reza o artigo 23, parágrafo único, do Código Penal, que na legítima defesa, no estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito, o agente responde pelo excesso, seja ele doloso ou culposo.

No caso da legítima defesa, por exemplo, em que o excesso se configura pela extrapolação do uso dos meios necessários ou pela imoderação no emprego desses meios, se a conduta praticada durante esse excesso configurar ilícito penal, merecerá a respectiva sanção.

Mas, no entanto, se o excesso somente ocorreu porque não podia o agente agir de outro modo, sendo-lhe inexigível conduta diversa, nesse caso estará isento de pena porque a conduta ilícita não é, nessa hipótese, culpável, já que sobre ela incide juízo de censura negativo.

Tendo em vista que a conduta praticada durante o excesso é considerada autonomamente, para fins de configurar um fato típico e antijurídico, nada mais lógico do que fazer incidir sobre ela o juízo de culpabilidade.

E, se durante o excesso não era possível que o sujeito agisse de outra forma, por estar movido por sentimento de pavor, medo, ou outro sentimento capaz de lhe tirar a capacidade de autodeterminação, aquela conduta autônoma não pode ser culpável.

Assim, pode-se considerar o excesso, nesse caso chamado exculpante, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, em razão da inexigência de conduta diferente.

A tese também se enquadra perfeitamente ao aborto eugênico, senão vejamos:

Trata-se de hipótese em que o feto sofre de má formação, havendo forte probabilidade de que nasça sem vida, ou, não sendo natimorto, tenha poucas chances de sobrevivência. É o chamado feto inviável.

A lei não autoriza o aborto eugênico (ou eugenésico), limitando-se aos casos de aborto necessário e aborto sentimental (causa legal de exclusão da culpabilidade).

Mas, nessa hipótese, seria reprovável a conduta da gestante que, sabendo que o filho terá mínima ou nenhuma chance de sobrevivência, vem a adiantar sua morte? É exigível que ela prolongue o sofrimento de carregar consigo um ser que sabe estar prestes a morrer?

Creemos que não.

Assim, muito embora a possibilidade não seja taxativamente prevista, em verdade diz com a inexigibilidade de outra conduta que, por expulsar a reprovabilidade da ação, gera a isenção da culpabilidade.

E, enquanto não ecoa em nossa legislação o aborto eugênico como causa de exclusão da antijuridicidade, ou mesmo como uma causa legal de isenção de pena, correto o entendimento segundo o qual se trata de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, diante da impossibilidade de o ordenamento jurídico exigir outra ação da gestante.

Há de ser ressaltado que o caso concreto, analisado em todas as circunstâncias, é que irá demonstrar ao julgador ser ou não ser possível a exigência de outra conduta.

O caso a seguir, trazido por MENDES CAMPOS (1998), bem expressa tal assertiva.

Imagine-se duas pessoas, sendo uma dotada de forte constituição física e poder amedrontante, e a outra fraca, tímida e temerosa.

A primeira pratica contra a segunda, reiteradamente, delitos de ameaça, afirmando que irá lhe matar fazendo uso de meio cruel e mediante surpresa, e isso a ponto de a vítima das ameaças não ter mais sossego.

Essa sabe que na hipótese de confronto corporal entre ambos, por certo restaria prejudicada. Isso sem pensar na possibilidade de ser atacada inadvertidamente, caso em que suas chances seriam ainda mais diminutas.

Certa feita, a vítima (agora possível réu) ataca seu desafeto inesperadamente, quando este estava de costas, vindo a matá-lo.

Nesse caso não se fala em legítima defesa, por ausência de proteção à agressão atual ou iminente.

Também não se configura o estado de necessidade, já que naquela ocasião não havia imperatividade de escolha entre um ou outro bem, eis que o agredido encontrava-se inerte, talvez até sem ter visto seu agressor.

A hipótese do inciso III, artigo 23, do Código Penal, não tem aplicação, da mesma forma.

Então se pergunta: a conduta do agente é culpável?

Pode-se dizer que não, já que o mesmo estava inserido em contexto de anormalidade, capaz de influir em seu ânimo a tal ponto de não ser possível reclamar-lhe outra ação.

Não se podia exigir que aquela situação ameaçadora perdurasse por longo tempo, eis que hábil a retirar o sossego da vítima das ameaças constantemente, o que não é lícito.

Também não era exigível que o sujeito aguardasse a agressão da "vítima" para que então se configurasse a legítima defesa, até porque certamente correria o risco de ser prejudicado no embate e perder a própria vida, já que seu desafeto possuía características físicas mais avantajadas.

Assim, é lícito entender por inculpável o sujeito, diante da inexigibilidade de outra conduta que, por se tratar de hipótese não descrita na lei, configura-se em uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

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

Da mesma forma, e diante do mesmo argumento, têm os Tribunais admitido a isenção da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, em casos de defraudação do penhor, desde que comprovada a impossibilidade do pagamento.

Resta salientar, por fim, que com a adoção da tese da inexigibilidade de conduta diversa, encontra-se aberta a discussão a respeito da eutanásia, e a conseguinte possibilidade de sua descriminalização genérica.

A acolhida, no ordenamento jurídico, de referido instituto, começa com a seguinte pergunta:

É exigível do Homo Medius que, ao presenciar o sofrimento e a morte inevitável (mas que tarda) de um ente querido seu, deixe de atender ao pedido de fazer cessar o padecimento? É censurável a conduta daquele que atende ao último desejo do moribundo?

Creemos que não, exatamente em obediência aos princípios da Teoria da Normativa da Culpabilidade que a vê como sinônimo de censura e reprovação e que, com isso, admite a invocação da inexigibilidade de conduta diversa em qualquer circunstância.

Destarte, e para concluir a primeira parte do presente trabalho, pode-se afirmar que diante das inúmeras possibilidades de configuração da não exigibilidade de outra conduta, possibilidades essas não previstas na legislação penal, mas que de qualquer forma tiram a censurabilidade da ação ou da omissão, fazendo, pois, desaparecer a culpabilidade (já que aquela é pressuposto dessa), pode-se entender por insustentável o posicionamento segundo o qual a impossibilidade de autodeterminação como eximente da pena limita-se às hipóteses da coação moral irresistível e à obediência hierárquica, bem como ao aborto sentimental (ou resultante de estupro) e ao favorecimento pessoal cometido pelo afeto do fugitivo, sendo imperativa a adoção da tese da inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

PARTE II

Sumário : 1. A inexigibilidade de conduta diversa e os delitos culposos. 2. A inexigibilidade de Conduta Diversa nas Causas de Aumento de Pena. 3. A inexigibilidade de Conduta Diversa no Tribunal do Júri. 4. A Inexigibilidade de Conduta Diversa e a Insegurança Jurídica. 5. Conclusão.

1. A inexigibilidade de conduta diversa e os delitos culposos

Muito já se falou a respeito da impossibilidade jurídica de exigência de condutas conforme o Direito, e especialmente abordamos o tema na primeira parte desse trabalho. No entanto, muito pouco ou quase nada já se referiu sobre a possibilidade de adoção da tese no que respeita aos delitos de conduta tipicamente culposa.

Mas, diante de todos os princípios decorrentes do conceito de culpabilidade, é possível concluir pela adoção da inexigibilidade irrestrita mesmo em se tratando de infrações cometidas sob o manto da inobservância do cuidado necessário?

Ao que cremos, sim.

Isso porque com a evolução do conceito de culpabilidade, chegou-se à adoção da Teoria Normativa, segundo a qual o pressuposto da pena é puro juízo de reprovação, a ser formulado pelo julgador.

Assim, retirou-se da culpabilidade o dolo e a culpa, que foram inseridos no tipo penal, tendo em vista que se tratam de elementos integrantes da conduta (1).

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

Ambas são independentes. São conceitos de natureza diversa.

Destarte, mesmo o sujeito agindo de forma imprudente, negligente ou imperita, sua ação pode não ser censurável.

E, se a ausência da censura advier da impossibilidade de se exigir, no caso concreto, que o sujeito aja consoante as regras de cuidado reclamadas ao Homo Medius, ter-se-á um caso de crime culposos inculpável pela presença da causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Pode-se pensar no seguinte caso:

Imagine-se um exímio motorista que vê o filho sofrer de grave enfermidade repentina e que, para salvar a vida do ente querido, coloca-o em seu automóvel a fim de levá-lo ao hospital.

Trata-se de hipótese em que a criança está prestes a morrer, se não atendida imediatamente. Qualquer minuto que se perca pode custar-lhe a vida.

Diante de quadro alterado das circunstâncias fáticas, o pai emprega no veículo velocidade por demais incompatível com o local em que trafega, vindo a lesionar transeunte que observava corretamente as regras de trânsito.

Pergunta-se: inobstante tenha cometido a figura típica do artigo 129, § 6º, do Código Penal, merece o motorista a reprimenda penal? Foi censurável sua conduta? Era exigível que colocasse em risco a vida do filho a fim de preservar a incolumidade física de terceiros?

O fato é típico, visto que o delito de ofender a integridade corporal de outrem é previsto na modalidade culposa e a culpa se fez presente na conduta do acusado, eis que não observou as regras de trânsito.

Mas, sob o prisma da culpabilidade, não era exigível que o agente respeitasse aquelas regras tendo em vista que a observância do cuidado necessário poderia custar o sacrifício de uma vida.

A situação de anormalidade era tal (risco de vida do ente querido) que o ordenamento jurídico não poderia exigir do agente outra conduta, que não a posta em prática.

Destarte, por encontrarem-se em patamar diverso culpa e culpabilidade, não há o que impeça se adote, nos delitos culposos, a tese da inexigibilidade de conduta diversa como excludente supralegal da culpabilidade, desde que a conduta causadora do resultado seja de tal sorte irrepreensível.

2. A inexigibilidade de conduta diversa nas causas de aumento da pena

Já abordamos a inexigibilidade de conduta diversa na prática das infrações penais, sem nos referirmos às circunstâncias do crime.

Indaga-se da possibilidade de afastamento de uma causa de aumento da sanção se a mesma se deu em circunstância adversa, a ponto de o ordenamento jurídico não poder exigir que não se tivesse feito presente.

A fim de responder a indagação, podemos sustentar que se a culpabilidade é um conceito graduável, de acordo com o grau de censura da conduta, que por sua vez é diretamente proporcional ao Quantum da sanção, então uma circunstância capaz de aumentar a pena,

quando plenamente justificada, não pode influir na fixação da mesma. Não é parâmetro de graduação sancionatória.

Em outras palavras, mesmo que o sujeito seja culpável, por ter praticado uma conduta provida de reprovabilidade, e mereça a sanção penal, não terá aplicação a causa de aumento se sobre essa não tiver lugar o juízo de censura, por ser inexigível a sua ausência.

Para tanto, mister que a circunstância do crime advenha de uma conduta autônoma própria do agente, apenas a ele atribuível, já que a ausência de reprovação provém da inexigibilidade de conduta diversa proveniente do sujeito ativo do delito.

Assim, a título de exemplificação, o artigo 121, § 4º, do Código Penal, prevê que no homicídio culposo a pena é aumentada de um terço se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Mas, no caso de a omissão de socorro (conduta autônoma) provir de circunstâncias adversas, diante da inexigibilidade de conduta diferente, a causa de aumento pode ser afastada.

É o caso do agente que, cometendo homicídio culposo na direção de veículo, não presta auxílio à vítima por temor de represália ou por buscar atendimento médico próprio em virtude de lesões sofridas no acidente.

Nesses casos, muito embora não haja discordância da possibilidade da isenção da causa de aumento de pena, tal faculdade, ao menos explicitamente, não é vista como hipótese de inexigibilidade de outra conduta, consoante se depreende das decisões supra, citadas por SILVA FRANCO et al (1995, p. 1617):

Não há aplicar a majoração do art. 121, § 4º, do CP se, sentindo-se ameaçado pelos circunstantes, deixa o agente de prestar imediato socorro à vítima, fugindo do local do sinistro (TACRIM – JUTACRIM 31/304).

É mais prudente não aumentar a reprimenda imposta ao acusado que abandona o local dos fatos sem prestar socorro à vítima, por temor da reação popular ante sua conduta punível (TACRIM – SP – JUTACRIM XI/269).

Nos acidentes de trânsito não se majora a penalidade do réu que abandona o local com o escopo de procurar socorros médicos para estancar sangue que flui de suas próprias lesões (TACRIM – RT 412/290).

Mas, muito embora as decisões sob análise não contemplem a inexigibilidade de conduta diversa como eximente, o fato é que naquelas hipóteses a omissão de socorro é incensurável por não se poder reclamar do agente outro comportamento, hipótese em que a causa de aumento é afastada.

Dessa forma, pode-se falar em inexigibilidade de outra conduta como excludente, não só da pena, por completo, mas também de parte da pena, desde que a causa de aumento

configure-se como um comportamento autônomo e justificado e seja inexigível que essa conduta não se tenha materializado.

3. A inexigibilidade de conduta diversa no tribunal do júri

Consoante já se ressaltou, inúmeras são as possibilidades de configuração de conduta ilícita, dotada da característica da incensurabilidade por impossibilidade de ação ou omissão compatível com o ordenamento jurídico.

A inexigibilidade de conduta diversa, pois, pode se fazer presente na violação das mais diversas espécies de bens jurídicos tutelados e, efetivamente, configura-se em delitos contra a vida.

Assim, diante da competência constitucionalmente prevista do Tribunal do Júri para o julgamento dessa espécie de delitos, a tese tem amplo espaço nos debates firmados perante o Conselho de Sentença.

Muito embora a questão esteja distante de uma solução pacífica, é lícito afirmar que se há possibilidade de absolvição, por ausência de culpabilidade (artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal), em qualquer espécie de infração, desde que configurada a inexigibilidade de conduta diversa, não menos justa é a absolvição em delitos de competência do Tribunal do Júri, baseada no mesmo argumento.

Além desse princípio isonômico, segundo o qual crimes de natureza idêntica merecem ser tratados com as mesmas regras gerais do Direito Penal, soma-se ainda mais um argumento que vem a possibilitar a aplicação da tese da inexigibilidade da conduta diversa em crimes contra a vida: é a possibilidade conferida aos jurados de decisão por convicção íntima, não estendida aos demais crimes, onde vinga a exigência da decisão fundamentada.

E, muito embora alguns Tribunais ainda entendam pela nulidade do julgamento onde se quesita a inexigibilidade de conduta diversa, a coerência da tese leva a crer seja imperativa a quesitação da ausência de culpabilidade por falta de autodeterminação, sob pena até mesmo de cerceamento de defesa do acusado, isso em razão do artigo 484, inciso III, do Código de Processo Penal, que prevê a imperatividade da formulação de quesitos sobre "qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime".

Assim, sendo a inexigibilidade de conduta diversa uma causa de exclusão da culpabilidade que, salvo melhor juízo, isenta de pena o réu, a sua quesitação é, porque não dizer, obrigatória.

A formulação do quesito, entretanto, deve obedecer à exigência de adequação ao caso concreto, não sendo lícito ao juiz, pois, indagar apenas se "o réu agiu por lhe ser inexigível conduta diversa".

É nesse sentido a orientação da jurisprudência que prega a adoção da tese, consoante se depreende do julgado trazido por TOLEDO (1991, p. 329):

Processual Penal — Júri — Homicídio. CPP, art. 484, III.

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 (grifo nosso).

Quesitos. Como devem ser formulados. Interpretação do art. 484, III, do CPP, à luz da reforma penal.

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

Sendo assim, não se vê obstáculo à possibilidade de absolvição, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, exatamente pela configuração de uma hipótese de excludente da culpabilidade, que é a inexigibilidade de conduta diversa, adotada como causa supralegal de isenção da pena, o que configura hipótese de imperativa quesitação.

4. A inexigibilidade de conduta diversa e a insegurança jurídica

Consoante já se tentou ressaltar, a doutrina divide-se no que diz respeito à possibilidade de adoção da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

O fulcro de argumentação da doutrina contrária reside no receio de impunidade que tal sistemática geraria, em razão do alargamento das hipóteses de absolvição, que se estenderiam inclusive a crimes de extrema gravidade.

Fala-se na insegurança jurídica que seria criada em se outorgando ao julgador amplos poderes (poderes supraleais) de constatação da ausência de culpabilidade na conduta do agente.

Ou, nas palavras de Jescheck, apud MIRABETE (1994, p. 191):

[...] necessário é que no âmbito da culpabilidade sejam previstos expressamente os requisitos fixados para as dirimentes e que uma causa supralegal de exclusão pela inexigibilidade de conduta diversa implicaria o enfraquecimento da eficácia da prevenção geral do Direito penal e conduziria a uma desigualdade na sua aplicação.

No mesmo sentido posicionam-se ZAFFARONI & PIERANGELI (1997), ao afirmarem que a inexigibilidade como causa supralegal teria passado por irreversível fracasso, desde o final da II Guerra Mundial, uma vez que servia à impunidade de crimes bárbaros.

Dessa forma, a inexigibilidade de conduta conforme ao Direito só teria aplicação nas causas expressamente previstas pelo legislador, ou seja, funcionaria tão-somente como uma causa legal de exclusão da culpabilidade.

Tais argumentos, no entanto, não merecem acolhida.

Em primeiro lugar, inadmissível falar-se em excesso de poderes do julgador, quando se confere a ele, e apenas a ele, a prerrogativa de examinar a censurabilidade da conduta do réu. Afinal, a culpabilidade está na cabeça do juiz, e não na cabeça do agente.

A lei confere ao magistrado critérios rígidos dos quais se servirá para graduar a culpabilidade, cuja presença mais ou menos intensa será diretamente proporcional ao Quantum de pena merecido pelo sujeito ativo do delito.

Vale ressaltar a lição de TOLEDO (1991, p. 329):

Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco, entendendo alguns autores que sua utilização deva 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 normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém.

No mesmo diapasão, a Teoria Normativa construiu o entendimento segundo o qual a culpabilidade se mede pela presença dos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

E, aplicando-se a Teoria das Circunstâncias Concomitantes de Frank, a ausência de qualquer desses elementos da culpabilidade tem o condão de eximi-la.

Por outro lado, não se pode afirmar que crimes atrozés não mereceriam a aplicação da tese da inexigibilidade de conduta diversa como isentora genérica da pena, porquanto qualquer espécie de delito merece o mesmo tratamento extraído da Parte Geral do Código Penal, somente diferenciando-se no que diz respeito à aplicação da pena.

Não se pode, por exemplo, admitir, nas mesmas circunstâncias, o reconhecimento do estado de necessidade para um delito de furto e não admiti-lo para um homicídio, por mais grave que seja.

Desde que configurada a excludente, seja da ilicitude, seja da culpabilidade, desimporta a gravidade da infração, pois em qualquer caso a punição torna-se injusta. Não existem crimes "inabsolvíveis".

A propósito, mister ressaltar a lição de FREDERICO MARQUES (1965, p. 227):

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

Sendo assim, nem se fala em aplicação benéfica da lei, uma vez que a adoção da inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade é, pura e simplesmente, corolário da correta hermenêutica das disposições penais, não implicando afrouxamento do caráter retributivo da pena, já que a falta de sanção não é vista como impunidade, nem mesmo como relaxamento do caráter preventivo da pena, pois a ausência de punição, quando a culpabilidade é inexistente, não pode ser vista como incentivo à prática criminosa, mas, antes sim, como forma de evitar a iniquidade de um decreto condenatório.

Não há se falar sequer na aplicação do princípio da despenalização, porque despenalização só há quando é possível a aplicação da pena e esta não é aplicada por razões de política criminal.

Aqui não se chega à possibilidade de aplicação de pena, porque a ausência de culpabilidade enseja sua isenção.

5. Conclusão

Tendo em vista a evolução das teorias da culpabilidade e o ápice a que se chegou com a Teoria Normativa e com a Teoria das Circunstâncias Concomitantes de Frank, deve-se entender que não há culpabilidade quando está ausente qualquer dos seus três elementos constitutivos.

Mais: diante da idéia de que culpabilidade é sinônimo de reprovação, a mesma desaparece quando a conduta ilícita não é censurável, por qualquer razão que seja.

Assim, e considerando-se a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade, quando tal exigência desaparece em determinado comportamento, não subsiste a censura, já que sobre a ação ou omissão resta um juízo negativo de reprovação.

A adotar-se tal raciocínio, conclui-se que mesmo o legislador não tendo previsto todas as hipóteses em que é inexigível outro comportamento, não se pode deixar de considerar o sujeito inculpável quando não tinha capacidade de autodeterminação diante das circunstâncias fáticas extraordinárias que se lhe apresentaram: é a inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

E, diante da Teoria Normativa, que retirou o dolo e a culpa da culpabilidade e os inseriu no fato típico, tal teoria pode ser aplicada tanto a crimes dolosos quanto culposos, já que dolo e culpa encontram-se em patamares distintos do juízo de censura.

Além disso, desde que uma causa de aumento de pena se configure em uma conduta autônoma, a mesma pode ser afastada se for proveniente de uma situação que tornou imperativa ao sujeito a prática daquele comportamento: é a inexigibilidade de ação ou omissão diversa afastando as causas de aumento de pena.

Tendo em vista, ainda, que por se encontrar na Parte Geral do diploma material repressivo, tal tese aplica-se a qualquer espécie de delito, e por certo terá aplicação nos delitos contra a vida, cujo julgamento é de competência do Tribunal do Júri, razão pela qual sua quesitação é obrigatória, sob pena de cerceamento de defesa.

Por fim, diante dos argumentos da doutrina contrária no sentido de que a inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de isenção da pena é um instrumento de impunidade, concluiu-se não haver razão para esse temor, uma vez que o magistrado é dotado de critérios seguros para aferição da culpabilidade do agente, não sendo admissível que se aplique ao agente uma punição injusta pelo simples receio de impunidade.

Notas

1. Segundo a Teoria Normativa da culpabilidade, o Tipo Penal é composto pela conduta, pelo resultado, pelo nexos de causalidade e pela tipicidade. Na conduta, por seu turno, encontram-se o dolo e a culpa.

Referências bibliográficas

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Da consciência da ilicitude no direito penal Brasileiro. Belo Horizonte. Del Rey. 1996.

BRUNO, Anibal. Direito penal. Tomo 2º. São Paulo. Forense. 1967.

CAMPOS, João Mendes. A inexigibilidade de outra conduta no júri. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte. Del Rey. 1998.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. São Paulo. Renovar. 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro. Forense. 1985.

FRANCO, Alberto Silva. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1994.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v. I. Tomo 1º. São Paulo. Forense. 1955.

_____. Comentários ao Código penal. v. I. Tomo 2º. São Paulo. Forense. 1955.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. v. I. São Paulo. Saraiva. 1995.

_____. Código penal anotado. São Paulo. Saraiva. 1994.

Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. V. 96. Porto Alegre. Tribunal de Justiça do RS. 1995.

13. MARQUES, José Frederico. Manual de direito penal. v. II. São Paulo. Saraiva. 1965.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. v. I. São Paulo. Atlas. 1994. p. 187-191.

BITTENCOURT, Cesar. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 23. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998. p. 31-40.

COSTA JR., Paulo José. Revista de Jurisprudência. v. 229. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1991.

JIPPER, Celso. Revista do Advogado. V. 18. Porto Alegre. Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo. Saraiva. 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997.

* professora de Direito da UFSM.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163&p=1>> Acesso em.: 13 nov. 2007.