

O PRINCÍPIO DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

INTRODUÇÃO

A inexigibilidade de conduta diversa, após a Reforma Penal de 1984, teve maior destaque principalmente por ter a culpabilidade se tornado um dos elementos do crime de acordo com a teoria normativa. Assim a inexigibilidade de conduta diversa como base da culpabilidade tem direta relação com a configuração do crime.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹, “*o crime em concepção analítica, que é adotada pelo Brasil, é fato típico, antijurídico e culpável*”. A culpabilidade relaciona-se com o fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena a um indivíduo que praticou fato típico e antijurídico, estando dentre os requisitos da culpabilidade: imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa da realizada pelo agente.

No entendimento de José Cezaro Mir², citado por Cezar Roberto Bitencourt:

Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável. (2007, p. 331)

Assim a ausência de alguns dos requisitos é suficiente para impedir a aplicação da norma penal. Portanto, caso exclua-se a exigibilidade de outra conduta, se exclui consequentemente a culpabilidade e posteriormente o crime propriamente dito.

A inexigibilidade de comportamento conforme o direito, segundo João Mendes Campos se baseia quando:

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito Penal*: parte geral, v. 1. 11 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 211

² CEZARO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madri, Tecnos, 1985. v. 1. p. 267

Em situações excepcionais, a pessoa pode ver-se compelida a praticar determinada conduta, embora ciente de que seja ela contrária à lei, não ficando obstante sujeita a punição, porque qualquer ser humano normal, não mesmas condições, teria igual comportamento, não sendo este, assim, censurável. (1997; p.21)

Conforme, Lydio Machado Bandeira Melo³, citado por João Mendes Campos, ao abordar o tema adverte: “*A sociedade não tem o direito de exigir deste ou daquele cidadão uma conduta superior às forças ordinárias e à moralidade normal dos homens*” (1997, p.21).

O Código Penal traz como causas legais, para a exclusão da exigibilidade de outra conduta: à coação irresistível e a obediência hierárquica.

Estabelece o Código Penal:

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Na primeira parte do mencionado artigo encontra-se a excludente, baseada na coação, que no entendimento de Bitencourt:

É tudo que o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento eliminando ou reduzindo o poder de escolha (...), na coação moral existe vontade, embora seja viciada. Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não lhe é exigível que se oponha a essa ameaça para manter a conformidade com o direito. (2007, p. 357)

Já a segunda parte do art. 22 do Código Penal, aborda a ocorrência da excludente pela obediência hierárquica, que nas lições de Heleno Cláudio Fragoso⁴, citado por João Mendes Campos:

A inexigibilidade, no caso, funda-se no dever de obediência que deflui do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido. Tal dever exclui a reprovabilidade do comportamento nos casos em que o executor reconhecia a ilegalidade da ordem. Em

³ BANDEIRA DE MELO, Lydio Machado. *Crime e exclusão de criminalidade*. 3. ad., Belo Horizonte: Bernardo Álvares, v. 1, p.206, 1962

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p 213-214

principio a ordem não manifestadamente ilegal obriga o subordinado.
(1997, p. 40-41)

Contudo, as causas legais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa não abarcam todas as situações, onde não é exigível do individuo comportamento diverso do que foi por ele tomado, surgindo assim à necessidade da aplicação de causas supralegais, ou seja, que não estão previstas na lei.

Nélson Hungria, não concorda com a aplicação de causas supralegais no direito penal:

Os preceitos sobre causas discriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas de punibilidade, constituem jus singulare em relação aos preceitos incriminadores ou sancionadores, e assim não admitem extensão além dos casos taxativamente enumerados. (1951, p. 92-93)

Continua Nelson Hungria, concluindo que:

Em face de um Código, como o nosso, que enumera, em termos suficientemente dúcteis, as causas discriminantes ou de imunidade penal: que aboliu a ‘responsabilidade objetiva’, consagrando irrestritamente o princípio nulla poena sine culpa; que é profuso no capítulo das causas de renúncia ao jus puniendi por parte do Estado; que faculta, em vários casos, o perdão judicial; que deixa ao juiz um extenso arbítrio na medida da pena (art. 42, atual Art. 59 do Código Penal) haveria pouquíssimo espaço para a analogia in bonam partem. (1951, p. 92-93)

No entanto tal posicionamento não é aceito por doutrinadores como João Mendes Campos:

Acolhida pela grande maioria dos penalistas estrangeiros e nacionais, destacando-se entre os últimos Aníbal Bruno, Alberto Silva Franco, Basileu Garcia, Celso Delmanto, Damásio Evangelista de Jesus, Francisco de Assis Toledo, Jair Leonardo Lopes, José Frederico Marques, José Henrique Pierangelli, Lydio Machado Bandeira de Mello e Magalhães Noronha (...) a causa supralegal em destaque encontra espaço no direito brasileiro, podendo ser aplicada em casos excepcionais, para suprir lacunas existentes na nossa legislação punitiva – e elas existem – sendo evitada assim, a pratica de clamorosas injustiças. Afinal, o legislador não pode ser tão infalível a ponto de dispor do poder supremo de prever todas as

situações possíveis e imagináveis que possam surgir no complexo meio social. (1997, p. 44-45)

Relevante é juridicamente a aplicabilidade de causas supralegais, de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, principalmente no que tange aos crimes de competência do Tribunal do Júri e sua possível quesitação aos jurados, pois trata-se de questão bastante turbulenta devido a divergências doutrinárias e jurisprudenciais no meio do Direito Penal e Processual penal, e sobretudo, os efeitos de tal aplicabilidade excluindo-se assim a culpabilidade e conseqüentemente o crime.

O Código de Processo Penal prevê:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras: (...)

*III – Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstancia **que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique**, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente após os relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude; (...)*

O referido artigo ressalta que a circunstancia que isente de pena ou exclua o crime deve estar prevista em lei, não abrangendo assim as causas supralegais. Como posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar *Habeas Corpus* nº. 66.192-1, do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo relator o Ministro Moreira Alves:

Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade. Correta, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à exigibilidade de outra conduta. (CAPOBIANCO; 2006, p.175)

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação Criminal nº. 76.681-3 da Cidade de São Bernardo do Campo:

O sistema penal vigente somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade quando expressamente prevista. Isto porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão do

respectivo rol com o socorro da analogia in bonan partem.
(CAPOBIANCO; 2006, p.175)

Em posicionamento diverso João Mendes Campos, afirma que:

O posicionamento majoritário reinante nos pretórios a respeito da aplicação do princípio da inexigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade no Tribunal do Júri, ao qual não se permite ter a liberdade de decidir a causa submetido à sua soberana apreciação escudado nele, sob o argumento de que se isso ocorrer será aberta uma porta larga à impunidade.(1997 p. 96)

No que tange a relevância social do instituto, das causas supralegais, destaca-se sua intervenção nas lacunas da lei. A legislação penal e processual penal, já ultrapassadas pelos avanços sociais, devem buscar meios para resolução dos casos ainda não previstos na legislação.

Salienta João Mendes Campos, uma hipótese de preenchimento de lacunas por causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicabilidade no Tribunal do Júri, nos casos de aborto eugênico, afirmando que:

O aborto eugênico encontra na legislação brasileira alicerce na inexigibilidade de outra conduta, a qual, como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, está aí por suprir as lacunas existentes na legislação penal todas as vezes em que a punição do agente se mostra iníqua (1997, p. 88)

Como ressalta Jair Leonardo Lopes⁵, citado por João Mendes Campos:

A luz da 'não-exigibilidade de outra conduta', como causa de exclusão da culpabilidade, podem ser explicadas varias absolvições contidas em sentenças, acórdãos e, sobretudo, em decisões do Júri. Absolvições estas que não se enquadram, rigorosamente, nos textos legais invocados por ocasião dos julgamentos, mas que, não obstante, ninguém considera injurídica ou imoral. Daí a observação de Gerardo Pena Guzman, 'o princípio está latente em numerosos pronunciamentos judiciais, embora não seja mencionada,

⁵ LOPES, Jair Leonardo. *Não-exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, ano IX, (nova fase), out., 1957, p. 160

expressamente'. Lembra o referido juiz que, em grande número de sentenças, como fundamento da absolvição, é apontada a ausência de 'dolo específico', quando tal dolo não faz parte do tipo legal. A verdadeira motivação de tais sentenças encontra-se, sempre, na 'não-exigibilidade de outra conduta', conquanto o princípio seja nelas declarado.(1997, p. 88-89)

Conclui afirmando que: “*Tudo isso demonstra que a teoria da 'não-exigibilidade de outra conduta' parece servir não somente às necessidades das leis penais em geral e à própria vida*”(1997, p. 89)

O PROBLEMA

A inexigibilidade de comportamento conforme o direito, segundo João Mendes Campos se baseia quando:

Em situações excepcionais, a pessoa pode ver-se compelida a praticar determinada conduta, embora ciente de que seja ela contrária à lei, não ficando obstante sujeita a punição, porque qualquer ser humano normal, não mesmas condições, teria igual comportamento, não sendo este, assim, censurável. (1997; pág.21)

Conforme, Lydio Machado Bandeira Melo⁶, citado por João Mendes Campos, ao abordar o tema adverte: “*A sociedade não tem o direito de exigir deste ou daquele cidadão uma conduta superior às forças ordinárias e à moralidade normal dos homens*”.

Estabelece o Código Penal:

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

O Código de Processo Penal prevê:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras: (...)

⁶ BANDEIRA DE MELO, Lydio Machado. Op. p.206, 1962

*III – Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstancia **que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique**, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente após os relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude; (...)*

Contudo as causas legais de exclusão da exigibilidade de outra conduta não abarcam todas as situações, onde não é exigível do individuo comportamento diverso do que foi por ele tomado, surgindo assim à necessidade da aplicação de causas supralegais, ou seja, que não estão previstas na lei.

Diante de tal perspectiva surgem alguns questionamentos, a iniciar, se devem ser reconhecidas causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta conforme o direito?

Se tais causas devem ser aplicadas aos crimes dolosos contra a vida, cuja competência constitucional de julgamento é atribuída ao Tribunal do Júri?

Qual a validade jurídica da aplicação da inexigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade no Tribunal do Júri?

JUSTIFICATIVA

Com tais respostas busca-se dirimir duvidas a cerca do tema, tendo em vista o quanto relevante é juridicamente a aplicabilidade de causas supralegais, de exclusão da exigibilidade de outra conduta, principalmente no que tange aos crimes de competência do Tribunal do Júri e sua possível quesitação aos jurados, pois trata-se de questão bastante turbulenta devido a divergências doutrinarias e jurisprudenciais no meio do Direito Penal e Processual penal, e sobretudo, os efeitos de tal aplicabilidade excluindo-se assim a culpabilidade e consequentemente o crime.

Cogitando-se inclusive sua aplicação para suprir lacunas da norma penal buscando uma maior adequação desta a sociedade, em problemas recentemente abordados como a o aborto eugênico onde a causa geral e supralegal de exclusão de exigibilidade de outra conduta poderão favorecer mães que praticam tais condutas.

Não se pode negar mais a existência da inexigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

A inexigibilidade de outra conduta é um verdadeiro Princípio de Direito Penal, portanto, não se pode afastar tal possibilidade pelo simples fato dessa tese não se encontrar expressa em lei.

É evidente a impossibilidade de enumerar todas as circunstâncias em que a exigibilidade de conduta diversa seria afastada, sendo certo que o legislador ao fixar a obediência hierárquica e a coação moral irresistível. Ambas foram previstas de forma expressa uma vez que são usuais e representam quase que a totalidade dos casos em que a culpabilidade é afastada por este viés. Assim as causas supralegais buscam preencher às lacunas da lei, principalmente pelo Princípio *in bonam partem*.

Contudo muitas vezes a conduta do agente é típica, antijurídica, não sendo reprovável, por representar uma causa supralegal de excludente da culpabilidade consiste na inexigibilidade de conduta diversa.

As condições que envolvem o abortamento de feto com anencefalia são totalmente anormais, de maneira que anormal também é o ato volitivo. Não se pode exigir do agente uma conduta determinada quando as circunstâncias concomitantes pressionam em sentido contrário. Se, em razão de determinada situação fática, há um vício de vontade, não pode o autor de uma infração penal ser considerado culpado, pois não agiu com vontade livre e desimpedida. É Inexigível outra conduta, não incidindo o juízo de reprovação.

No que tange a peculiaridade da quietação da tese em análise no Tribunal do Júri, não pode o magistrado negar-se a quesitar aos jurados. A Constituição Federal ao atribuir ao Tribunal do Júri e conseqüentemente aos juízes “leigos”, a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, seja na forma tentada ou consumada, não pode o magistrado retirar esta competência constitucional, rejeitando a quesitação.

Caso o magistrado recuse a quesitar a inexigibilidade de conduta diversa, ocorrerá nulidade absoluta do julgamento pelo cerceamento ao Princípio da Ampla Defesa, tendo assim que se constituir novo plenário de julgamento.

Como ressalta Jair Leonardo Lopes⁷, citado por João Mendes Campos “*Tudo isso demonstra que a teoria da ‘não-exigibilidade de outra conduta’ parece servir não somente às necessidades das leis penais em geral e à própria vida*” (1997, p. 89)

Quando da exposição dos objetivos gerais do instituto da exigibilidade de conduta diversa, busca-se uma análise quanto à validade jurídica e aplicabilidade de causas gerais e supralegais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quanto a possível quesitação nos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Através de um estudo detalhado juridicamente, das questões terminológicas inerentes ao instituto, emergem os objetivos específicos:

⇒ Definir e delimitar os conceitos:

- De crime;
- De culpabilidade;
- De exigibilidade de conduta conforme o direito;
- Das causas legais de exclusão da exigibilidade de outra conduta;
- Do Tribunal do Júri;
- De quesitação.

⇒ Definir as causas legais de exclusão da exigibilidade de conduta conforme o direito;

⇒ Análise quando a existência de causas supralegais de exclusão da culpabilidade;

⇒ A relação entre a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral e supralegal e os princípios:

- Da legalidade ou da reserva legal;
- Da ampla defesa;
- Da verdade real;

⁷ LOPES, Jair Leonardo. *Não-exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, ano IX, (nova fase), out., 1957, p. 160

- Da multiplicidade de teses;
- Da analogia *in bonam partem*;
- Da culpabilidade – *Nullum Crimen sine culpa*;
- Da exigibilidade de conduta diversa.

⇒ Aplicação em crimes como:

- Aborto de feto anencefálico;
- Homicídio praticado em cela de presídio;
- De excesso exculpante.

⇒ Análise quanto à aplicabilidade e à quesitação de causas gerais e supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, aos jurados no plenário do Tribunal do Júri;

⇒ Ressaltar quais as conseqüências jurídicas da possível quesitação da referida excludente;

⇒ Reflexos em caso de recusa do juiz presidente à quesitação, de tal tese defensiva;

⇒ Ressaltar as conseqüências da inadequada formulação dos quesitos referentes ao instituto em análise;

⇒ Busca do entendimento jurisprudencial sobre o tema proposto.

A inexigibilidade de conduta diversa, após a Reforma Penal de 1984, teve maior destaque, principalmente por ter a culpabilidade se tornado um dos elementos do crime de acordo com a teoria normativa. Assim, antes de se adentrar a existência e a validade de causas gerais e supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, faz-se necessário à análise e conceituação de alguns institutos inerentes ao direito penal.

Sobre o conceito de crime, Damásio Evangelista de Jesus, afirma que “*crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui pressuposto da imposição da sanção penal*” (2002, p. 154), salienta-se que o conceito de crime adotado por Damásio, conceito formal, não

é aceito pela maioria dos doutrinadores, que defendem ser a culpabilidade um dos requisitos essenciais do crime.

Neste sentido, Francisco de Assis Toledo:

O crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. Entre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (2000, p. 80)

Diante do conceito analítico de crime, adotado pela maioria da doutrina nacional e pelo Código Penal, nota-se a indispensabilidade de cada um dos requisitos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Conforme, ensinamento de Rogério Greco:

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal, sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal.(2003, p. 155)

Neste sentido, José Cezaro Mir⁸, citado por Cezar Roberto Bitencourt:

Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável. (2007, p. 331)

Culpabilidade, segundo Rogério Greco, “é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente” (2003, p. 156). São requisitos da culpabilidade:

⁸ CEZARO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madri, Tecnos, 1985. v. 1. p. 267

imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa da realizada pelo agente.

Assim a ausência de algum dos requisitos é suficiente para impedir a aplicação da norma penal. Portanto, caso exclua-se a exigibilidade de outra conduta, se excluirá conseqüentemente a culpabilidade e posteriormente o crime propriamente dito.

A inexigibilidade de comportamento conforme o direito, segundo João Mendes Campos se baseia quando:

Em situações excepcionais, a pessoa pode ver-se compelida a praticar determinada conduta, embora ciente de que seja ela contrária à lei, não ficando obstante sujeita a punição, porque qualquer ser humano normal, não mesmas condições, teria igual comportamento, não sendo este, assim, censurável. (1997, p.21)

Neste sentido, Heleno Cláudio Fragoso⁹, citado por Wanderley Andrade:

Não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era possível comportamento diverso. Subsiste a ilicitude, mas excluída a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diverso (1994, p. 383).

Conforme, Lydio Machado Bandeira Melo¹⁰, citado por João Mendes Campos, ao abordar o tema adverte: “A sociedade não tem o direito de exigir deste ou daquele cidadão uma conduta superior às forças ordinárias e à moralidade normal dos homens” (1997, p.21).

Zaffaroni e Pierangeli advertem quanto da diferença das causas excludentes da ilicitude (causas de justificação) e as excludentes de culpabilidade:

Na justificação, há uma situação conflitiva que o direito deve resolver, concedendo uma permissão, porque se não o fizesse o seu objetivo geral ficaria prejudicado. Na inculpabilidade, há uma situação em que somente se exclui a reprovação, porque não se pode

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p 218

¹⁰ BANDEIRA DE MELO, Lydio Machado. *Crime e exclusão de criminalidade*. 3. ad., Belo Horizonte: Bernardo Álvares, v. 1, p.206, 1962

exigir do autor outra conduta, mas se reconhece, perfeitamente, que seu comportamento afetou a finalidade geral da ordem jurídica. (1999, p. 61-62)

O Código Penal prevê como causas legais, para a exclusão da exigibilidade de outra conduta: à coação irresistível e a obediência hierárquica.

Estabelece o Código Penal:

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestadamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

Na primeira parte do mencionado artigo encontra-se a excludente, baseada na coação, que no entendimento de Bitencourt:

É tudo que o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento eliminando ou reduzindo o poder de escolha (...), na coação moral existe vontade, embora seja viciada. Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não lhe é exigível que se oponha a essa ameaça para manter a conformidade com o direito. (2007, p. 357)

Já a segunda parte do art. 22 do Código Penal, aborda a ocorrência da excludente pela obediência hierárquica, que nas lições de Heleno Cláudio Fragoso ¹¹, citado por João Mendes Campos:

A inexigibilidade, no caso, funda-se no dever de obediência que deflui do sistema de subordinação e disciplina a que o agente está submetido. Tal dever exclui a reprovabilidade do comportamento nos casos em que o executor reconhecia a ilegalidade da ordem. Em princípio a ordem não manifestadamente ilegal obriga o subordinado. (1997, p. 40-41)

Contudo, as causas legais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa não abarcam todas as situações, onde não é exigível do indivíduo comportamento diverso do que foi por ele tomado, surgindo assim à necessidade da aplicação de causas supralegais, ou seja, que não estão previstas na lei.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p 213-214

Nélson Hungria, não concorda com a aplicação de causas supraleais no direito penal:

Os preceitos sobre causas discriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas de punibilidade, constituem jus singulare em relação aos preceitos incriminadores ou sancionadores, e assim não admitem extensão além dos casos taxativamente enumerados. (1951, p. 92-93)

Continua Nelson Hungria, concluindo que:

Em face de um Código, como o nosso, que enumera, em termos suficientemente dúcteis, as causas discriminantes ou de imunidade penal: que aboliu a 'responsabilidade objetiva', consagrando irrestritamente o princípio nulla poena sine culpa; que é profuso no capítulo das causas de renúncia ao jus puniendi por parte do Estado; que faculta, em vários casos, o perdão judicial; que deixa ao juiz um extenso arbítrio na medida da pena (art. 42, atual Art. 59 do Código Penal) haveria pouquíssimo espaço para a analogia in bonam partem. (1951, p. 92-93).

No mesmo sentido é o posicionamento de Hans-heinrich Jescheck¹², citado por Rogério Greco:

Uma causa supraleal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva como objetivamente, uma deliberação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do direito. (...) ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício. (2003, p. 463)

Zaffaroni e Pierangeli posicionam-se contrariamente as causas supraleais de exclusão da culpabilidade, desmostrando as negativas experiências históricas:

Pouco tempo depois, e, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial, quando a inexigibilidade converteu-se em perigoso argumento, com a finalidade de exculpar crimes atrozes, ou, a participação neles, a legislação positiva começou a polir as formulas legais, e mesmos autores alemães foram abandonando a tesed da eximente autonomia da exigibilidade de outra conduta, para que a

¹² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Bosch, v.1, 1981, p. 688.

mesma permanesse apenas como fundamentação genérica de todas as causas de inculpabilidade. (1999, p. 660)

Continua Zaffaroni e Pierangeli que à aplicação das causas supralegais prejudicam toda sistemática da culpabilidade:

Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade. (1999, p. 660)

Johannes Wessels¹³, citado por Greco, firma seu posicionamento no mesmo sentido, acrescentando à insegurança jurídica causada pela falta de limites das excludentes supralegais:

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 supralegal. A admissão geral de uma causa de exculpação como esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria amplamente insegurança jurídica. (2003, p. 463)

No entanto tal posicionamento não é aceito por doutrinadores como João Mendes Campos:

Acolhida pela grande maioria dos penalistas estrangeiros e nacionais, destacando-se entre os últimos Aníbal Bruno, Alberto Silva Franco, Basileu Garcia, Celso Delmanto, Damásio Evangelista de Jesus, Francisco de Assis Toledo, Jair Leonardo Lopes, José Frederico Marques, José Henrique Pierangeli, Lydio Machado Bandeira de Mello e Magalhães Noronha (...) a causa supralegal em destaque encontra espaço no direito brasileiro, podendo ser aplicada em casos excepcionais, para suprir lacunas existentes na nossa legislação punitiva – e elas existem – sendo evitada assim, a prática de clamorosas injustiças. Afinal, o legislador não pode ser tão infalível a ponto de dispor do poder supremo de prever todas as situações possíveis e imagináveis que possam surgir no complexo meio social. (1997, p. 44-45)

No mesmo sentido Rogério Greco, afirma que:

¹³ WESSELS, Johannes. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: De Palma v. 1, 1980, p. 126-127

Alguns juizes e promotores, ainda resistentes ao moderno Direito Penal, não se cansam de combater as teses que, de alguma forma, possam vir a beneficiar os acusados, seja afastando a caracterização da infração, seja evitando a aplicação de sanções severas e desnecessárias. (2003, p. 464)

Tal divergência doutrinária se demonstra mais acentuadamente, quando da quesitação no Tribunal do Júri de causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

O Código de Processo Penal prevê:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras: (...)

III – Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente após os relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude; (...)

O referido artigo ressalta que a circunstância que isente de pena ou exclua o crime deve estar prevista em lei, não abrangendo assim as causas supralegais. Como posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar *Habeas Corpus* nº. 66.192-1, do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo relator o Ministro Moreira Alves:

Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou de culpabilidade. Correta, pois, na formulação dos quesitos, a alusão ao estado de necessidade e não à exigibilidade de outra conduta. (CAPOBIANCO; 2006, p. 175)

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar a Apelação Criminal nº. 76.681-3 da Cidade de São Bernardo do Campo:

O sistema penal vigente somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade quando expressamente prevista. Isto porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão do respectivo rol com o socorro da analogia in bonam partem. (CAPOBIANCO; 2006, p. 175)

Em posicionamento diverso João Mendes Campos, afirma que:

O posicionamento majoritário reinante nos pretórios a respeito da aplicação do princípio da inexigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade no Tribunal do Júri, ao qual não se permite ter a liberdade de decidir a causa submetido à sua soberana apreciação escudado nele, sob o argumento de que se isso ocorrer será aberta uma porta larga à impunidade.(1997 p. 96)

Salienta João Mendes Campos, uma hipótese de preenchimento de lacunas por causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa e sua aplicabilidade no Tribunal do Júri, nos casos de aborto eugênico, afirmando que:

O aborto eugênico encontra na legislação brasileira alicerce na inexigibilidade de outra conduta, a qual, como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, está aí por suprir as lacunas existentes na legislação penal todas as vezes em que a punição do agente se mostra iníqua (1997, p. 88)

Como ressalta Jair Leonardo Lopes¹⁴, citado por João Mendes Campos:

A luz da 'não-exigibilidade de outra conduta', como causa de exclusão da culpabilidade, podem ser explicadas várias absolvições contidas em sentenças, acórdãos e, sobretudo, em decisões do Júri. Absolvições estas que não se enquadram, rigorosamente, nos textos legais invocados por ocasião dos julgamentos, mas que, não obstante, ninguém considera injurídica ou imoral. Daí a observação de Gerardo Pena Guzman, 'o princípio está latente em numerosos pronunciamentos judiciais, embora não seja mencionada, expressamente'. Lembra o referido juiz que, em grande número de sentenças, como fundamento da absolvição, é apontada a ausência de 'dolo específico', quando tal dolo não faz parte do tipo legal. A verdadeira motivação de tais sentenças encontra-se, sempre, na 'não-exigibilidade de outra conduta', conquanto o princípio seja nelas declarado.(1997, p. 88-89)

¹⁴ LOPES, Jair Leonardo. *Não-exigibilidade de outra conduta como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, ano IX, (nova fase), out., 1957, p. 160

CONCLUSÃO

Conclui afirmando que: “*Tudo isso demonstra que a teoria da ‘não-exigibilidade de outra conduta’ parece servir não somente às necessidades das leis penais em geral como também a própria vida*”(1997, p. 89)

Para a elucidação das questões trazidas pelo tema em análise, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, com estudo detalhado das fontes jurídicas, consubstanciando numa atividade de busca, direcionando no rumo do saber científico.

O conceito doutrinário de crime, culpabilidade e inexigibilidade de conduta diversa. Adentrando-se às causas legais de exclusão da exigibilidade de outra conduta (coação moral e obediência hierárquica)

Em seguida busca-se a análise quando a existência de causas supralegais de exclusão da culpabilidade e a relação entre a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral e supralegal e alguns princípios como da legalidade ou da reserva legal, da ampla defesa da verdade real, da multiplicidade de teses, da analogia *in bonam parten*, da culpabilidade (*Nullum Crimen sine culpa*) e da exigibilidade de conduta diversa.

Análise quanto à aplicabilidade e à quesitação de causas gerais e supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, aos jurados no plenário do Tribunal do Júri, ressaltando quais as conseqüências jurídicas da possível quesitação da referida excludente.

Para que se atinja esse estudo lógico normativo faz-se necessário à utilização do método dogmático de pesquisa jurídica conceituado da seguinte forma:

A linha de pesquisa prioriza a metodologia que se abeira do texto legislativo, lastreada em métodos específicos de interpretação (método sistemático; método lógico-gramatical; método comparativo; método histórico...), para a devida adequação e solução de problemas práticos jurídicos, unida à necessidade de discussão exegética de contribuições doutrinárias construídas em torno do tema sob pesquisa. (BITTAR, 2002. pág. 19/20).

Essa pesquisa será desenvolvida através de pesquisas bibliográficas no ramo do direito penal, debate doutrinário e jurisprudencial.

Será utilizada como fonte a Constituição da República (Art. 5, incisos XXXVIII, XXXIX e XLI), o Decreto-Lei 2.848/1940 – o Código Penal (Art. 22) e suas devidas leis complementares pertinentes, o Código de Processo Penal (Art. 406 ao Art 497, em especial o art. 484, III), doutrinas do direito penal, dentre outras que se fizerem necessárias ao longo da feitura da Monografia objeto do presente projeto.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Wanderley. *A inexigibilidade de outra conduta como causa excludente de culpabilidade*. **Revista jurídica do ministério público**; v. 17, p. 381-407, Belo Horizonte, 1994;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. 11 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007;

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

CAMPOS, João Mendes. **A Inexigibilidade de outra conduta no Júri: doutrina e jurisprudência**, 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997;

CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões Favoráveis à Defesa – Penal e Percurso Penal**, 1 ed., São Paulo: Método, 2006;

DIREITO, **Vade Mecum Acadêmico de**. Anne Joyce Angher, organização, 5. ed., São Paulo: Rideel, 2007; (legislação brasileira)

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 3ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro; Impetus, 2003;

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro: ed. Forense, 1951 v.1;

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1; 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002;

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado**, São Paulo, Atlas, 1999;

PIERANGELI, José Henrique. *Culpabilidade, Inexigibilidade e Quesitação no Júri* **Escritos Jurídico-penais**, 3 ed. Ver., atual. e ampl., p. 71-87, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006;

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2006. Disponível em <http://www.pucminas.br/biblioteca/>

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**, 2 ed. rev. e atual: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999;