

CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Felipe Bertoni¹

RESUMO: O presente trabalho possui a finalidade de realizar um breve estudo acerca a culpabilidade no Direito Penal atual analisando, por meio da realização de revisão bibliográfica, seus elementos estruturantes, suas formas de verificação e inserção no ordenamento jurídico, assim como os requisitos e cabimento de suas causas excludentes no âmbito legal e supralegal. A culpabilidade é composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e pela exigibilidade de conduta conforme o Direito. A inobservância de algum desses requisitos estruturantes pode retirar o caráter culpável da realização de determinado fato naturalístico praticado no âmbito da sociedade. Nesse sentido destaca-se a excludente de inexigibilidade de conduta diversa, instituto relevante e cujo debate e estudo se perfaz deveras pertinente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa.

ABSTRACT: The present study has the purpose of conduct a brief study about the “culpability” in Criminal Law analyzing their structural elements, their forms of verification and the localization in the legal system. Also the research aims to analyze the ways to potentially exclude the culpability from a fact in the legal and *supralegal* system. The culpability is composed by imputability, potential knowledge of the illegality and possibility to act according to law. The failure of any of these requirements remove the culpability from the fact. In this sense the unenforceability of diverse conduct is a relevant institute whose discussion is really pertinent.

KEYWORDS: Criminal Law. Culpability. Unenforceability of diverse conduct.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Elementos estruturantes da culpabilidade; 2 Imputabilidade; 3 Causas de exclusão da imputabilidade; 4 Potencial conhecimento da ilicitude; 5 Exigibilidade de conduta conforme o direito; 6 Inexigibilidade de Conduta Diversa; 7 Causas legais de exculpação; 8 Causas supralegais de exculpação; 9 Questão polêmica: culpa como formação

¹Advogado Criminalista. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

da personalidade x culpa segundo necessidades preventivas; Conclusão; Referência Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A teoria geral do delito é a parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito e quais as suas características constituintes², atendendo a um propósito essencialmente prático – consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença ou ausência de crime em cada caso concreto.

De acordo com o conceito analítico³ de delito, a ação é uma **conduta típica** (gênero de conduta que merece a reprovação penal – enquadramento em uma descrição legal), **ilícita** (contrariedade à ordem jurídica – inexistência de permissão) e **culpável** (esta conduta seja reprovável ao autor, que reúne as condições para receber o juízo de culpabilidade, de quem possa se exigir outro tipo de conduta e possa agir de outra maneira, que não seja a contrária ao direito).

A culpabilidade constitui o mais importante elemento da teoria do delito, de fato, como afirmam ZAFFARONI e PIERANGELI, se o homem esteve presente em toda a teoria do delito, aqui na culpabilidade, “o enfrentamos mais do que nunca”.

Baseado na frase de LISZT⁴, ao destacar que “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”, percebemos que é a relação de culpabilidade que indicará o fundamento do castigo estatal e a sua própria correspondência com a sua finalidade, ou seja, a harmonização do sistema jurídico-penal.

A relevância do estudo da culpabilidade e do avanço do seu conceito, principalmente no que diz respeito às garantias fundamentais do homem, torna-se evidente ao relembrarmos a legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a. C.)⁵. Senão vejamos: “se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto, mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto”. Como observa Nilo Batista⁶, a responsabilidade penal estava associada a um fato objetivo e ultrapassava a pessoa de quem houvesse determinado o fato, sendo, portanto, uma responsabilidade objetiva.

Com o passar do tempo, abandonou-se essa responsabilidade objetiva, necessitando à imposição da pena a presença da culpabilidade

²ZAFFARONI, Eugênio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: RT, 2009, p. 333.

³BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v.1, t.2, p. 24.

⁴LIZT, Franz Von. Tratado de derecho penal, Madrid, Ed. Réus, 1927, t.2, p.375.

⁵BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 102.

⁶Idem. Ibidem. p. 102.

(reprovação), no dizer de Aníbal Bruno “a pena pôs-se em relação com a vontade do agente, tornando-se o justo castigo do seu comportamento culpável. Já não bastava a realização prática, externa, do fato criminoso, com o seu resultado de dano ou de perigo: a esta realização externa devia corresponder um ato interno de vontade, que fizesse do agente a causa moral do resultado. Operou-se desse modo a subjetivação do conceito de crime, juntando-se um complemento psicológico ao conteúdo da ação. Daí resultou o princípio de que não há pena sem a culpabilidade, princípio que é hoje imperiosa exigência da consciência jurídica”.

O brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine culpa*, traduz bem a impossibilidade de se falar em crime sem culpa, no entanto, também se reconhece a dificuldade de conceituar a culpabilidade, bem como definir os elementos que a compõe.

1 ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA CULPABILIDADE

Neste necessário introito, convém analisar os elementos formadores da culpabilidade que – para que o autor de uma ação voluntária contrária ao ordenamento jurídico, no momento em que podia atuar de consonância com a norma, sofra a reprovabilidade da conduta, sendo considerado culpável e responsabilizado pela ação delituosa impingida – dividem-se em três elementos: (a) imputabilidade; (b) potencial capacidade de conhecimento da ilicitude e (c) exigibilidade de outra conduta.

Antes de adentrar especificamente nos elementos que compõem o conceito de culpabilidade, é válido expor o pensamento de CIRINO DOS SANTOS, que sustenta o princípio da alteridade como base da responsabilidade social⁷. Para o autor, ao invés de se ter a liberdade como fundamento da responsabilização e conseqüente censurabilidade, deve-se considerar o fato de que vivemos em sociedade, interagindo constantemente com o outro, sendo necessário, portanto, a introjeção dessa diretriz e desse ideal como atributo balizador de nossas condutas e análises que delas se originam.

Como salientado alhures, os elementos estruturantes da culpabilidade são os seguintes: a) **imputabilidade** ou **capacidade de culpabilidade**, que pode ser determinada pela idade, doenças, anomalias e demais fatores bio-psicológicos; b) **potencial conhecimento da ilicitude**, fundamento pelo qual se verifica a possibilidade de (des)conhecimento do agente acerca da antijuridicidade da conduta praticada; c) **exigibilidade de conduta diversa**, ocasião em que se analisa a possibilidade real que o agente detinha de agir em conformidade com o ordenamento jurídico.

⁷SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 292-4.

2 IMPUTABILIDADE

Em relação à imputabilidade ou capacidade de culpabilidade, é importante sempre ter-se em mente a complexidade inerente à constituição do homem, suas relações sociais e os demais aspectos que circundam as interações humanas.

Nesse sentido, a verificação, nos casos concretos, de que um homem possuía possibilidade de compreender a atitude realizada, bem como determinar-se diante dela, é tarefa de extrema complexidade, eis que, conforme ensina WELZEL, “tal coisa não se estabelece mediante nenhum juízo geral sobre sua natureza, mas sim por meio de um juízo existencial que pronuncia uma afirmação sobre a realidade individual⁸”.

Da mesma forma, WELZEL atenta para a impossibilidade de objetivização da subjetividade do homem, que não pode ser compreendido em sua totalidade, de modo que o estabelecimento de um juízo de imputabilidade consiste em “um ato puramente existencial, e na verdade, ‘comunicativo’: é o reconhecimento do outro como tu, como sujeito igual, acessível a uma determinação plena de sentido e, portanto, igualmente responsável como o sou eu mesmo⁹”.

Entende-se que o conceito de imputabilidade seja pautado pelo livre arbítrio e liberdade individual, levando em conta os planos intelectual – possibilidade de compreensão do fato – e volitivo – capacidade de determinar sua vontade de acordo com essa compreensão. Contudo, não se pode ignorar diversos outros fatores determinantes na formação do sujeito (processos de interação social, fatores psíquicos e sócio-culturais), os quais podem influenciar na atribuição de um juízo de culpa a uma pessoa determinada em relação à um fato concreto¹⁰.

3 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE

Nosso ordenamento jurídico estabelece algumas hipóteses expressas em que ocorre a exclusão da imputabilidade. Dentre elas, elencam-se as seguintes:

- a) Doença mental¹¹, desenvolvimento mental incompleto ou

⁸WELZEL, Hans. *Direito penal*. REZENDE, Afonso Celso (trad.). Campinas: Romana, 2003. p. 233.

⁹WELZEL, Hans. *Direito penal*. REZENDE, Afonso Celso (trad.). Campinas: Romana, 2003. p. 234.

¹⁰MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delíto*; TAVARES, Juarez; PRADO, Luiz Régis (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 137-8.

¹¹Como exemplo pode-se citar: paralisia cerebral progressiva, esquizofrenia, psicose maniaco-depressiva, epilepsia grave, demência senil, paranoia. Conforme PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume I. p. 406.

retardado¹² – conforme disposição do artigo 26 do Código Penal¹³, tais patologias podem determinar a incapacidade de compreender o injusto do fato, ou de agir conforme essa compreensão¹⁴;

b) Menoridade – no ponto aplica-se o critério biológico, utilizando-se a idade do agente como fator de inimputabilidade absoluta¹⁵. Para os menores de 18 anos, quando da prática de um ato infracional, aplica-se a chamada medida sócioeducativa, regulada pela Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

c) Embriaguez acidental completa (artigo 28, II, §1º, Código Penal) – exclui-se também a culpabilidade nos casos de embriaguez completa¹⁶ decorrente de caso fortuito ou força maior¹⁷.

4 POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE

O autor de um fato típico e antijurídico, mesmo sendo imputável, ainda não pode ter decretado sobre si um juízo desfavorável de censurabilidade em relação à sua conduta.

Prosseguindo na verificação da culpabilidade do agente, é necessário, ainda, que se faça o exame acerca do potencial conhecimento da antijuridicidade do fato, ou seja, se o agente possuía condições de conhecimento do que representava o injusto nas circunstâncias de sua cognoscibilidade, da capacidade de seu conhecimento¹⁸.

De fato, o “objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida (materialmente antijurídica)”¹⁹.

¹²Exemplo: oligofrenias, idiotia, imbecilidade, debilidade mental, psicopatia, surdo-mudez (surdo-mudo não educado), sílvicola não integrado. Conforme PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume I, p. 406.

¹³Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁴SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 296-7.

¹⁵Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

¹⁶Vale referir também a existência do artigo 45 da Lei 11.343/2006, o qual atesta a possibilidade de exclusão de culpabilidade nos casos de força maior, caso fortuito ou dependência pelo uso de substâncias entorpecentes.

¹⁷Ainda, não se obsta o conhecimento específico de causas de redução de culpabilidade, contudo, estas não serão objeto de análise no presente trabalho.

¹⁸DIAS, Jorge Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. p. 220.

¹⁹WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. TAVARES, Juarez (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 90.

5 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA CONFORME O DIREITO

Finalmente, após a constatação da existência de um fato típico e antijurídico, realizado por um sujeito capaz de culpabilidade, ou seja, imputável, com conhecimento potencial ou real da proibição concreta, necessário se faz a análise acerca das circunstâncias concretas que cingem o cometimento do injusto e se estas efetivamente determinavam que o agente agisse em conformidade com o direito.

De fato, existem situações extremamente particulares e peculiares em que não se pode exigir do autor – mesmo capaz de imputação e em pleno conhecimento do injusto – uma atuação em consonância com o ordenamento. Contudo, fato é que o direito deve sempre ter em conta a racionalização de construções desta índole evitando que ocorra a banalização da força de vigência de suas normas²⁰.

Com efeito, neste ponto deve-se atentar para a normalidade/anormalidade²¹ das circunstâncias fáticas envolvidas em cada caso concreto, a fim de verificar se estas efetivamente possuem força efetiva para reduzir ou excluir a possibilidade de culpabilidade do agente por força de inexigibilidade de conduta diversa. Imperioso lembrar, contudo, que o Direito não pode exigir dos cidadãos comuns comportamentos heróicos, tampouco pode cominar uma pena quando, “em situação extrema, alguém prefere realizar um fato proibido pela lei penal a ter que sacrificar sua própria vida ou sua integridade física²²”. Nesse sentido é válido o estudo do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, a seguir tratado.

6 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A inexigibilidade de conduta diversa aparece como tema de debate na dogmática penal proposta, principalmente por FREUDENTHAL, relacionada com o conceito normativo de culpabilidade desenvolvido no início do século XX. Muitas discussões são feitas em relação ao instituto, tendo sido este, em um primeiro momento, rechaçado como forma *supralegal* de exclusão de culpabilidade. Mais tarde, porém, o debate acerca do tema é retomado, com o surgimento de diversos fundamentos²³.

Sobre o tema, relevante trazer à baila o panorama doutrinário elaborado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS²⁴. O autor refere a

²⁰WELZEL, Hans. *Direito penal*. REZENDE, Afonso Celso (trad.). Campinas: Romana, 2003. p. 255.

²¹SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 330-1.

²²MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*; TAVARES, Juarez; PRADO, Luiz Régis (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 162.

²³SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 331-3.

²⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 602-8.

existência das seguintes interpretações doutrinárias:

a) A primeira considera a inexigibilidade como **causa de diminuição substancial da culpa e de renúncia da ordem jurídica à sua punição** (causa de desculpa). Segundo essa corrente, ocorre à renúncia, por parte da ordem jurídica, da aplicação de uma pena ainda que subsista culpabilidade em grau consideravelmente reduzido;

b) Outrossim, há posicionamento no sentido de entender a **inexigibilidade como causa de exclusão da responsabilização pelo fato**. Defendida por MAURACH, pauta-se em razões político-criminais e de funcionalidade do sistema penal e prescrevia a criação de uma categoria denominada “responsabilização pelo fato”, a qual deveria situar-se entre a ilicitude e a culpabilidade. Em casos de inexigibilidade, essa era a categoria que deveria ser excluída. Ainda, deveria ter-se em conta que a conduta antijurídica deveria ser “desculpável” relativamente a toda e qualquer pessoa e não relativamente ao agente concreto;

c) Rechaçando a inexigibilidade como exclusão de culpa, manifesta-se posicionamento indicando a **inexigibilidade como causa de exclusão de ilicitude**. Conforme essa teoria, “os comportamentos em situação de inexigibilidade seriam lícitos não porque a culpa estivesse afastada, sequer porque não revelariam necessidades de punição, mas, pura e simplesmente, porque o direito não quer lutar contra (opor-se a) esta espécie de comportamento²⁵”;

d) Ademais, traz o autor a teoria trabalhada por CLAUS ROXIN, a qual entende a **inexigibilidade como causa de exclusão da “responsabilidade”**. Em contrariedade às citadas anteriormente, tal teoria pretende situar a questão da inexigibilidade em uma categoria posterior à culpabilidade, denominada “responsabilidade”. Ainda, os casos de inexigibilidade seriam tratados não como excludentes de culpabilidade, mas como fatos em que não há a necessidade de punição, ante a inexistência de exigências de prevenção;

e) Por fim, o autor exprime sua opinião ao considerar a **inexigibilidade uma causa legal de exclusão de culpabilidade**, nos casos em que “a situação exterior seja uma tal que permita afirmar que também a generalidade dos homens honestos ou normalmente fieis ao direito teria provavelmente actuado da mesma maneira; e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no facto não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis²⁶”.

Em sentido contrário ao que sustenta JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, muito mais próximo da corrente doutrinária da responsabilidade normativa de CLAUS ROXIN, o professor CIRINO DOS SANTOS,

²⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 605.

²⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 605.

defende a existência de causas *supralegais* de exculpação fundadas em situações de desnecessidade preventiva que se baseiam em contextos de anormalidade, possuindo relação com o conceito de inexigibilidade de conduta diversa²⁷. A título ilustrativo e de conhecimento, apresentaremos algumas causas *supralegais* de exculpação adotadas por parte da doutrina e jurisprudência.

7 CAUSAS LEGAIS DE EXCULPAÇÃO

Nosso ordenamento jurídico abarca, segundo o artigo 22 do Código Penal²⁸, as seguintes causas legais de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa²⁹: a) coação irresistível, b) obediência hierárquica.

No que toca à **coação irresistível**, importa registrar que esta “se caracteriza pelo emprego de força³⁰ ou de ameaça irresistível contra o coagido para realizar fato definido como crime³¹”. Para a coação se caracterizar efetivamente como fator excludente de culpabilidade é necessário que essa se apresente dotada de algumas características, tais como a atualidade, a efetiva capacidade lesiva e a impossibilidade de evitar o perigo de outro modo.

Relativamente à **obediência hierárquica**, primeiramente, vale frisar que esta só é reconhecível nas relações de direito público, não sendo a hierarquia própria das relações privadas abrangidas por esse dispositivo³². Da mesma forma, aludida exculpante somente incide quando a ordem superior não for manifestamente ilegal. Pode, no entanto, ser apenas ilegal, desde que sua ilegalidade não seja explícita. Todavia, quando se tratar de funcionário militar, este não responde nem mesmo quando a ordem cumprida for considerada manifestamente ilegal, tendo em vista a vigência do dever legal de obediência nas instituições militares³³. Ademais, ainda no âmbito da hierarquia militar, qualquer subordinação pode configurar a ocorrência do delito de recusa de obediência³⁴, de modo que a única hipótese de incidência

²⁷Para melhor compreensão do tema, acerca da compreensão da inexigibilidade como princípio geral de direito, bem como o alcance do instituto, a leitura de VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 55-96.

²⁸Art. 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.

²⁹SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 334-42.

³⁰O conceito de força, para o instituto, deve ser entendido como *vis compulsiva*, não devendo-se confundir com a denominada *vis absoluta* ou força absoluta (exemplo: violência física, tortura, espancamento), esta exclui a vontade e, portanto, a própria ação.

³¹SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 335.

³²BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume I*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 358.

³³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume I*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 359;

³⁴Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

da exculpação legal de obediência hierárquica é quando a ordem obedecida apresente caráter *manifestamente criminoso*.

8 CAUSAS SUPRALEGAIS DE EXCULPAÇÃO

No que toca as causas *supralegais* de exculpação³⁵, pode-se tomar como exemplos de aplicação do instituto os seguintes casos: a) o fato de consciência, b) a provocação da situação de legítima defesa, c) a desobediência civil e d) o conflito de deveres, e) o excesso de legítima defesa real, e) o excesso de legítima defesa putativa e f) o estado de necessidade exculpante.

Define-se como **fato de consciência**³⁶ situações em que a exculpação incide com fundamento na garantia constitucional de liberdade de crença e de consciência, assegurada pelo artigo 5º, VI³⁷, da Constituição Federal, a qual não pode ser violada pela lei penal, mas tão somente por outros direitos fundamentais. Nesses casos, a conduta do agente se constitui como “a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cuja proteção constitucional impede sua valoração como certo ou errado³⁸”. Todavia, para que efetivamente haja a exculpação é necessária a existência de uma alternativa neutra, apta a isentar de lesão o bem jurídico tutelado. Por exemplo, a recusa de um médico a realizar um aborto necessário, por motivos de consciência, é suprida por outro que pratica a conduta.

A **provocação da situação de legítima defesa** é circunstância controversa na doutrina, havendo posicionamento recente na dogmática moderna atestando que, em alguns casos, se pode aplicar a exculpação, considerando fatores como a possibilidade de desvio da ação defensiva (possibilidade de fuga, por exemplo). Caso se constate a impossibilidade de desvio da ação “seria possível admitir a exculpação do agressor por ações inevitáveis de defesa, porque o Estado não pode exigir de ninguém a renúncia ao direito de viver, nem criar situações sem saída, em que as alternativas são ou deixar-se matar ou sofrer pena rigorosa³⁹”.

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

³⁵Nesse sentido, reiteramos que o conceito apresentado extrapola a mera exclusão da culpabilidade, eis que se funda na ideia de inexigibilidade como cláusula genérica e princípio geral de direito. Como forma de aprofundar melhor o estudo novamente indica-se: VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 55-96.

³⁶Também denominado de objeção de consciência. Podem-se citar como exemplo clássico os casos envolvendo a transfusão de sangue por testemunhas de Jeová.

³⁷Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

³⁸SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 343.

³⁹SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 345.

Concernente à **desobediência civil**, o autor ilustra a exculpante com base em ações em prol do bem comum, direitos básicos da população e direitos humanos fundamentais. Como exemplo: greves de trabalhadores, reivindicações de movimentos como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Tais manifestações, contudo, não podem se constituir em ações violentas ou que ameacem a ordem vigente.

Ademais, a causa exculpante definida como **conflito de deveres** pode ser expressada pelo caso paradigmático da atuação de alguns médicos que, durante o regime nazista, praticavam a eutanásia de doentes mentais selecionados, com a finalidade de evitar maior número de mortes, eis que sua recusa na acatamento da ordem geraria sua substituição por médicos fiéis ao regime autoritário, ocasionando, conseqüentemente, número imensamente superior de mortes. Como exemplos ainda mais controversos, pode-se citar⁴⁰: a) funcionário da ferrovia que, para evitar a morte de grande número de passageiros, desvia trem de carga desgovernado, causando a morte de alguns trabalhadores; b) médico que substitui paciente com poucas chances de sobrevivência por outro com menor risco de morte.

Ainda, o **excesso de legítima defesa real** pode ocasionar a exclusão da culpabilidade quando determinado pelos denominados fatores astênicos ou fracos (medo, susto ou perturbação), não ocorrendo a exculpante, contudo, quando o excesso se der por ódio ou ira (fatores estênicos ou fortes)⁴¹. No mesmo sentido, o **excesso de legítima defesa putativa**, igualmente quando determinado por afetos astênicos, deve incidir sobre culpabilidade, eis que a representação que o autor cria da situação errônea de agressão gera efeitos psíquicos idênticos à de uma situação real.

No que concerne ao **estado de necessidade exculpante**, igualmente há posicionamentos considerando que o autor que sacrifica bem de igual ou maior valor do que o bem salvaguardado, ponderadas as circunstâncias fáticas, pode agir sob o manto da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa⁴².

Por derradeiro, importante consignar que o presente estudo não possui o desiderato de se aprofundar na complexidade das questões ora apresentadas, senão apenas demonstrar a existência de posicionamento nesse sentido, ilustrando exemplificativamente algumas ocasiões nas quais a *inexigibilidade* poderia ser entendida como cláusula geral de direito, atuando como causa *supralegal* de exculpação.

⁴⁰SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 345

⁴¹Importante consignar a existência de previsão legal expressa desta exculpante na ordem jurídica alemã.

⁴²Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 261-2.

9 QUESTÃO POLÊMICA: CULPA COMO FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE⁴³ X CULPA SEGUNDO NECESSIDADES PREVENTIVAS⁴⁴

Relativamente à problemática concernente à culpabilidade, pode-se verificar a coexistência de duas importantes ideias principais contraditórias em sua essência⁴⁵.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, os problemas que se relacionam com o juízo de culpa encontram-se intrinsecamente ligados às questões atinentes ao existir humano, devendo considerar-se, portanto, a “culpa pela formação da personalidade”. Nesse sentido, deve-se abandonar a perspectiva de uma responsabilidade fática em detrimento “de uma culpa da pessoa, na medida em que há-se ser esta a fundamentar, em última análise, a responsabilidade jurídico-penal⁴⁶”.

Nesse sentido, a existência humana tem de ser pautada por valores, dentre os quais os mais relevantes são abarcados pelo Direito Penal que estabelece como parâmetro balizador o entender de um “homem acostumado a agir conforme o direito”.

Considerando isso, o homem, além de estar no mundo, ele é no mundo, e todas as suas escolhas integram o seu plano existencial, auxiliando na concretização e construção de sua personalidade.

Especificamente no que diz respeito à inexigibilidade, importante referir que “a constelação exógena, os momentos exteriores, se tornaram só em motivo determinante da concreta ação porque para tanto encontraram fundamento em certas qualidades pessoais e assim, em último termo, no âmbito da livre decisão pessoal: isto bastaria para que se afirme a substancial responsabilidade do agente pelo facto. Mas (...) responsabilidade não é ainda culpa: esta aceita aquela em dever e este refere-se, na culpa jurídica-penal, à exigência de conformação da personalidade que fundamenta o facto com a suposta pela ordem jurídica⁴⁷”.

Assim sendo, em brevíssimas linhas, considerando o caráter existencial-filosófico empregado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS na fundamentação de sua teoria, pode-se definir a culpa-jurídico penal como o fato de responder pelo comportamento no fundamento de seu existir, cuja

⁴³Tese sustentada por Jorge de Figueiredo Dias. Sobre o tema indicamos: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade culpa e direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁴Ideia defendida por Claus Roxin. Para melhor compreensão e aprofundamento da ideia ver: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 2006.

⁴⁵Não se pretende esgotar o debate sobre o tema, bem como explicitar detalhadamente a construção envolvendo cada posicionamento, mas somente chamar atenção para a divergência que se impõe.

⁴⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade culpa e direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 115.

⁴⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade culpa e direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 202.

essência é o ser livre⁴⁸.

CLAUS ROXIN, por sua vez, possui entendimento distinto em relação aos fundamentos da culpabilidade. Para ele a fundamentação do conceito deve levar em conta as teorias relativas a função da pena. O autor defende a insustentabilidade da imposição de uma sanção penal com caráter apenas retributivo, considerando relevante a manutenção da categoria da culpabilidade como forma de limitação à intervenção estatal. Na verdade, pode-se sistematizar o entendimento da teoria da seguinte maneira: “a) no pensamento de Roxin a culpa, deixando de lado a tradicional base do princípio da inexigibilidade (poder-agir), consiste na motivabilidade através das normas, obediente a diretrizes de política criminal. Com efeito, a liberdade esclarecida segundo um apelo normativo equipara-se à situação da motivação do sujeito segundo as normas penais; b) a culpabilidade é necessário para limitar o poder punitivo do Estado; c) não é a culpabilidade ainda suficiente para a interferência punitiva, na medida em que esta é legítima se exigências preventivas existirem. Estas exigências são diretrizes político-criminais⁴⁹”.

Deste modo, a redução ou exclusão da culpabilidade funda-se em parte na valoração dos elementos de culpabilidade, assim como em considerações preventivos-gerais e especiais sobre a função da pena. Para a aferição desse panorama, o autor defende a criação de uma categoria denominada de “*responsabilidade*” que englobaria esses critérios, sucedendo à análise da culpabilidade.

Nesse sentido, a questão da inexigibilidade de conduta diversa é pautada indubitavelmente por determinações político-criminais sempre com orientação de prevenção geral e especial à coibição da prática de delitos. Destarte, ausentes estes pressupostos, o Poder Judiciário atua como se o Estado fosse excluindo a culpabilidade, independente de disposição legal expressa, pelo instituto da inexigibilidade⁵⁰.

Em apertada síntese, são essas as considerações que se reputam válidas à título de introdução e breves noções gerais das teorias mencionadas. Por fim, não obstante a brevidade da análise proposta, importa consignar que a adoção da teoria proposta por ROXIN se mostra de certa forma, tormentosa, eis que admitiria a ausência de punição a autores culpáveis de delitos com base em decisões estritamente político-criminais, sem o necessário respaldo legal para tanto. De qualquer forma, registra-se a necessidade de melhor estudo e deliberação acerca do tema e das conseqüentes evoluções doutrinárias acerca da definição do conceito, amplitude e demais características da culpabilidade.

⁴⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade culpa e direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 252.

⁴⁹PADOVANI, Tullio *apud* VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 169.

⁵⁰ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154-63.

CONCLUSÃO

Deste modo, o instituto da inexigibilidade de conduta diversa – causa supralegal de exclusão de culpabilidade – encontra espaço para aplicação no ordenamento jurídico pátrio, em casos excepcionais nos quais se demonstre a efetiva impossibilidade de o sujeito imputado agir em conformidade com as regras jurídicas estabelecidas. Neste mesmo norte, vale salientar que a culpabilidade é pilar fundamental da teoria geral do delito devendo seu estudo ser constantemente aprofundado e compatibilizado com as exigências e características de nossas sociedades complexas atuais.

Por outro lado, é imperioso salientar os dispositivos legais do sistema jurídico se prestam a conferir segurança para os jurisdicionados de modo que a cautela na aferição da configuração do instituto é impositiva, sob pena de infirmar os preceitos dogmáticos estabelecidos.

Em apertada síntese, são essas as considerações que se reputam válidas a título de ligeiro introito acerca das noções gerais das teorias mencionadas. Outros sim, não obstante a brevidade da análise proposta, importa consignar que a adoção da teoria proposta por ROXIN se mostra, de certa forma, tormentosa, eis que admitiria a ausência de punição a autores culpáveis de delitos com base em decisões estritamente político-criminais, sem o necessário respaldo legal para tanto. De qualquer forma, registra-se a necessidade de melhor estudo e deliberação acerca do tema e das consequentes evoluções doutrinárias acerca da definição do conceito, amplitude e demais características da culpabilidade.

Por fim, conclui-se o presente artigo salientando que o estudo acerca da culpabilidade, seus elementos estruturantes, bem como causas de redução e exclusão está longe de “navegar em águas pacíficas”, pelo contrário, há constante embate tormentoso de ideias e o surgimento de novas posições, sempre em busca de melhor constituir a construção de nosso saber dogmático-penal.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. E Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, v. II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume I*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro. Forense, 1984, v.1, t2.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade culpa e direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões*

fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 195.

LIZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*, Madrid, Ed. Réus, 1927, t.2, p.375.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 102.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*; TAVARES, Juarez; PRADO, Luiz Régis (trad.) Porto Alegre: Fabris, 1988.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, cit., p.48.

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

VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. REZENDE, Afonso Celso (trad.). Campinas: Romana, 2003. p. 255.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. TAVARES, Juarez (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1976.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da inexigibilidade de conduta diversa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2009.