

DIREITO  
PÚBLICO

## CAUSAS LEGAIS E SUPRALEGAIS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE

Diego Carmo de Sousa<sup>1</sup>

**Sumário:** I. Introdução II. Conceito de Crime III. Conceito Material de Culpabilidade IV. Elementos da Culpabilidade e suas causas de exclusão IV.1 Imputabilidade IV.1.2 Causas de exclusão IV.1.2.1 Doença mental IV.1.2.2 Desenvolvimento mental incompleto ou retardado IV.1.2.3 Menoridade IV.1.2.4. Embriaguez acidental completa e patológica completa IV.2 Potencial consciência da ilicitude IV.2.1 Causas de exclusão IV.2.1.1 Erro de tipo 4.2.1.2 Erro de proibição IV.2.1.3 Descriminantes putativas IV.3 Exigibilidade de conduta diversa IV.3.1 Causas de exclusão IV.3.1.1 Coação moral irresistível IV.3.1.2 Obediência hierárquica IV.3.1.3 Estado de necessidade exculpante IV.3.1.4 Excesso exculpante na legítima defesa V. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade VI. Conclusão VII. Referências Bibliográficas

**Resumo:** O presente artigo tem a finalidade de debater a questão da culpabilidade e suas causas de exclusão à luz da doutrina e da interpretação dos Tribunais Superiores, além de discutir a aceitação da causa supralegal de exclusão da culpabilidade no Júri.

**Abstract:** *This article aims to discuss the question of guilt and the causes of exclusion in the view of doctrine and interpretation of the Superior Courts, as well as discussing the acceptance of supra-legal question of exclusion of culpability in the Jury.*

### I. Introdução

O presente artigo visa mostrar a complexa problemática em torno da culpabilidade e suas causas de exclusão. *Ab initio*, esclarece que a doutrina não é unânime em aceitá-la como parte da estrutura do crime, mas carecedora de fundamentação plausível. Enumeram-se os

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e membro do grupo de estudo NACC (Núcleo Acadêmico de Ciências Criminais), cursando atualmente o 5º semestre. E-mail: [alighieri13@hotmail.com](mailto:alighieri13@hotmail.com).

elementos da culpabilidade sob a ótica finalista e suas principais causas de exclusão para finalmente adentrar na controvertida exigência de outra conduta como um de seus elementos, passando por um resumo histórico das decisões alemãs que embasaram sua concepção e como os principais órgãos judiciários do Brasil analisam essa questão no Tribunal do Júri. Tentou-se fazer um paralelo das principais doutrinas brasileira e estrangeira sobre o tema e colação de julgados dos principais tribunais nacionais. O presente artigo filia-se à teoria normativa pura para explicar os elementos constitutivos da culpabilidade.

## II. Conceito de crime

Antes de adentrar a matéria propriamente dita, necessário se faz uma azafamada, mas não de atropelo, passagem pela teoria do delito a fim de uma melhor percepção do que seja a culpabilidade. Segundo preleciona Zaffaroni (2008, p.335) duas teorias se têm erigido para a conceituação do crime: a teoria unitária e a teoria estratificada.

Para os asseclas daquela teoria, o crime será sempre uma conduta humana infratora da lei. Não descendo à caracterização do delito, são as teorias mais aceitas pelos jusfilósofos – como os kelsenianos - que pelos penalistas (ZAFFARONI, Eugênio, 2008, p.335). Para os que se filiam à teoria estratificada, o crime deve possuir algumas características que o diferenciem de outras condutas humanas. Para o estudo ora apresentado filiamo-nos a esta última teoria.

Não se poderá conceituar o que seja um delito sem antes atentar-se ao que dita a norma penal, esta como fonte do direito penal deve ser consultada antes da conceituação do delito. Deste modo, tem-se uma primeira conceituação do crime: deve este ser típico. Nas palavras de Maurach (1962, p.267) “tipo é a terminante descrição de uma determinada conduta humana antijurídica. O tipo é, por tanto, em primeiro lugar, ação tipificada pela lei em uma figura legal”. Entretanto, não basta que a ação humana seja prevista na lei penal, necessário é que a norma penal não excetue alguma conduta reportando-a como permitida. São as chamadas causas de justificação.

O Estado, por vezes, não pode proteger o cidadão todo o tempo, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária a lei, mas conforme ao direito. Necessário é que se faça um juízo de valoração. Quando se constata que “A” matou “B” e que, portanto, tipificada está a conduta como incurso no art. 121 do CP, quando reza “matar alguém”, o que

se está a fazer é apenas um silogismo, uma comparação. Pois nem todo matar se configura em crime. Destarte, necessário que se observe se a conduta em tela apenas infringiu um tipo isoladamente ou o direito como um conjunto harmônico e sistêmico. Quando a ação típica não se configura justificada, diz-se que é antijurídica ou injusta. Têm-se, portanto, duas características do delito: uma ação típica e uma antijurídica (SOLER, Sebastian, 1992, p.391-392).

Entretanto, não basta que se observe só esses elementos objetivos do crime, mas há que se ater ao seu elemento subjetivo, qual seja, a culpabilidade. Para que seja efetivamente considerado um delito, a vontade do agente tem que ser voltada para a realização do tipo penal ou da sua não devida cautela. Portanto, nas palavras de Noronha (1995, p.99) “há de ser-lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa”. Alguns doutrinadores, poucos, diga-se, filiam-se ao conceito bipartido do delito tendo-o como fato típico e antijurídico, renegando a culpabilidade a um estranho pressuposto da pena.<sup>2</sup> Mas grande parte da doutrina curva-se a aceitar o conceito tripartido do delito, inserindo a culpabilidade em sua análise estratificada.<sup>3</sup>

### III. Conceito material de culpabilidade

Como suso mencionado, vicejou por longo tempo no seio da doutrina indígena discussão sobre onde se insere a culpabilidade, se como um dos estratos do conceito do delito ou como simples pressuposto da pena. Insta salientar que não se discutirá nesse artigo sobre esse tema, a fim de se ater ao assunto proposto no intróito deste.

Três teorias surgiram para explicar a culpabilidade: a teoria psicológica, a psicológica-normativa e a normativa pura. Àquela, a culpabilidade consiste em uma relação subjetiva entre o autor e o fato, sendo o dolo e a culpa suas únicas espécies e a imputabilidade apenas um seu pressuposto. Já para os normativistas o dolo e a culpa transmutam-se em elementos da culpabilidade e a imputabilidade acaba por se configurar como também um elemento da culpabilidade e não apenas seu pressuposto, além da inclusão da exigibilidade de

<sup>2</sup> JESUS, Damásio E. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2008, p. 454; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. V. I. São Paulo: Atlas. 24ª ed., 2008, p. 83 - 84; COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 37.

<sup>3</sup> BITTENCOURT, Cezar R. **Teoria Geral do Delito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 62; PRADO, Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 232; GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 143.

conduta diversa em seu bojo.<sup>4</sup> Quanto à normativa pura, de maneira contrária à psicológico-normativa, acaba por deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo, e, em seu lugar, encaixando-se a chamada exigibilidade de conduta conforme ao Direito. Essas teorias, no entanto mais se completam que se repelem, pois não há que se falar em culpabilidade sem dolo ou culpa, bem assim como através da teoria normativa nos aclara que a ação com a qual o agente obrou é contrária a que a norma exigia, devendo este ter agido de maneira diversa.

Segundo Welzel (2004, p.216), o maior precursor das ideias do finalismo, a culpabilidade “em seu mais próprio sentido, é somente a censurabilidade como valoração da vontade de ação”. Em outras palavras, a culpabilidade consiste na capacidade do agente agir conforme ao direito, agir de outra forma da que obrou. Para os funcionalistas como Roxin (1981, p.41) a culpabilidade carece de fundamentação, haja vista não ser constatada cientificamente. Para o autor alemão, não se pode auferir empiricamente se um dado delinquente que age desconforme ao direito podia naquelas condições agir de outra maneira. Devendo a culpabilidade ser vista como um limite da medida da pena.

Ao criticar tal ponto de vista, questiona-se Prado (2008, p.374) se a ciência penal deve descer a tais filigranas, ou em suas palavras, “chegar a tal empirismo para solucionar a contento os casos concretos que se lhe apresentam”. Para Conde (1991, p.121), tal conceito material de culpabilidade deve ser abandonado, pois se apresenta impregnado da ideologia individualista que marcava o cenário político da época de sua elaboração, argumentando de maneira similar a Roxin, já refutado por Prado. A teoria normativa pura é a mais aceita e utilizada no país e será a usada como paradigma no presente artigo.

#### **IV. Elementos da culpabilidade e suas causas de exclusão**

A culpabilidade, sob a ótica do finalismo – teoria que mais logrou adeptos e mais grassou na doutrina pátria -, divide-se em três elementos, a saber: a) a imputabilidade; b) possibilidade de conhecimento do ilícito; e c) a exigibilidade de conduta diversa.

Passemos agora a examinar cada um desses elementos e suas respectivas causas de exclusão.

##### **IV.1. Imputabilidade**

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 299 – 308.

A imputabilidade é uma condição pessoal do agente, sua capacidade de conhecer do ilícito e de agir conforme tal entendimento, a plenitude do desenvolvimento mental e de seu autocontrole. Nos ensinamentos de Hungria (1958, p. 321 – 322), para quem tanto a responsabilidade penal e a imputabilidade possuem uma equivalência léxico-semântica, a imputabilidade é “a capacidade de entendimento ético-jurídico ou a capacidade de adequada determinação da vontade ou de autogoverno”.

O código penal quando estatui em seu art. 26 acerca da imputabilidade, ateve-se basicamente em causas biopsicológicas quando menciona como causas de inimputabilidade as “doenças mentais“, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e “embriaguez fortuita e completa” – esta última com certas ressalvas -, mas quando prescreve em seu art. 27, que os menores de dezoito anos são isentos de penas, tem como diapasão as causas biológicas. Dessa forma, quando em se tratando de causas biopsicológicas não basta a constatação do estado de inimputabilidade, mas também a existência de causalidade entre este estado e o delito praticado. De maneira contrária, nas causas biológicas não há que se esmiuçar tal liame de causalidade, mas apenas a verificação da menoridade para se afastar a responsabilidade penal.

Rossi (1872, p.6) distinguia o que ele chamava de imputabilidade propriamente dita da culpabilidade especial. Esta seria a decisão de se o agente é culpável e aquela, o que chama de “grau da criminalidade individual”, o que ressalta ser diferente da perversidade.

Assim é necessário ao agente para a caracterização da exclusão da imputabilidade, e conseqüente isenção de pena, obrar: a) estando com desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) estando com doença mental; ou c) agindo sob efeito de embriaguez acidental completa pelo fortuito ou força maior.

#### **IV.1.2. Causas de exclusão**

##### **IV.1.2.1. Doença mental**

A nomenclatura usada pelo código penal foi muito criticada por alguns cultores das ciências médicas que preferiam que fosse substituída por “alienação mental” ou “psicopatia”. Tal expressão englobaria todos os casos em que o agente age como se fora de si, em estado de obnubilação, psicoses fisiológicas, como causadas por produtos que possam originar perturbações neurológicas ou sintomáticas como a morfina ou drogas ilícitas.

Para alguns doutrinadores a concepção de doença mental deve ser tomada em seu mais amplo campo semântico, abarcando causas não propriamente patológicas como o sonambulismo, inclusive. São desta opinião os eminentes professores Hungria e Costa e Silva (1943, p.181), este assim nos relata:

“A expressão ‘doença mental’ deve ser tomada em sua maior amplitude. Ela não pode deixar de abranger certos estados de inconsciência que não são rigorosamente patológicos (como o sono, natural ou artificial).”

Muita discussão se trava sobre a possibilidade do sonambulismo ser ou não uma dirimente da culpabilidade como querem os mestres mencionados, pois o sonambulismo como uma parassonia não é considerada uma doença mental, mas uma ausência total de ação.<sup>5</sup> Além disso, mesmo sendo fácil a constatação por meio de perícia médica de o agente freqüentemente ser acometido por sonambulismo, não é de simples comprovação o nexo causal entre este estado e o delito cometido, *i.e.*, se agia fora de si ou apenas utiliza-se deste fato para fugir do “*jus puniendi*” do Estado. O antigo código penal brasileiro de 1890, em seu art. 27, § 4º rezava que não eram considerados criminosos aqueles “que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”, redação que tal como estava acolhia o sonambulismo como forma de exclusão do crime. Faria (1913, p.109), ao criticar a redação desse parágrafo, afirmava que o sonâmbulo deveria responder pelo menos pelo crime culposos, se sabedor de seu estado, não tomou medidas de precauções. O código penal da Califórnia em seu art. 26, 4,<sup>6</sup> estatui de forma ampla que será considerado inimputável aquele que age sem consciência, abarcando assim o sonambulismo como excludente da culpabilidade.

#### IV.1.2.2. Desenvolvimento mental retardado ou incompleto

Essas expressões, prescritas respectivamente nos arts. 26 e 27 do código penal, devem ser tomadas como sendo as diversas modalidades de oligofrenias, como a idiotia, a debilidade mental e a imbecilidade patológicas. Nas palavras de Campos, Ministro a quem se

<sup>5</sup> Nas palavras de Bruno: “Sem ação não há crime, e não existe ação quando falta algum dos seus componentes. Praticamente isso ocorre quando, havendo, embora, o movimento corporal do agente ou o seu comportamento negativo, e mesmo o resultado, falta a vontade, da qual esse conjunto venha a ser a manifestação no mundo exterior. (...) No sono normal completo, o movimento muscular que o sujeito realiza e de que possa provir um resultado típico penal não constitui ação”. *In: Op. Cit.*, Volume 1, pg. 317. Já Bittencourt, analisando o hipnotismo, afirma que nessa hipótese não há nem consciência nem vontade, equiparando-se a uma “doença mental transitória”, onde o hipnotizado “age’ sem culpabilidade”, *mutatis mutandis*, encaixa-se ao caso em tela. *In: Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 352.

<sup>6</sup> “All persons are capable of committing crimes except those belonging to the following classes: Four - Persons who committed the act charged without being conscious thereof.”

incumbiu a presidência da comissão elaboradora do código penal, em sua Exposição de Motivos, o termo “mente” é conceituado de maneira amplíssima abrangendo até mesmo a memória e o senso moral, daí que os surdos-mudos e os chamados silvícolas inadaptados eram considerados como inimputáveis. Tais concepções não se coadunam com a atual evolução dos direitos fundamentais, da dogmática penal e até mesmo das ciências afins ao direito, como a psicologia, antropologia etc., que não consideram o silvícola ou os surdos-mudos como alijados da sociedade ou possuidores de reduzida capacidade mental, onde este tipo de pensamento representa o ranço da ideologia individualista do século retrasado.

O código penal do Império, de 1830, não separava a doença mental do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, referindo-se em seu art. 10, 2º, aos “loucos de todo o gênero” como insentos de crime. O código de 1890, em uma redação que hoje não se coadunaria com a moderna doutrina dos direitos humanos, falava em seu art. 27, § 3º, de “imbecilidade nativa”.

Pode-se também cogitar da possibilidade da inclusão dos efeitos psicodélicos que algumas drogas, tais como a dietilamida do ácido lisérgico – conhecida como LSD -, podem causar no sistema neurológico daqueles que fazem uso seu frequente. O contínuo uso destes entorpecentes pode causar uma diminuição do pleno funcionamento do sistema neural sendo necessária uma análise em cada caso para a descaracterização ou não do delito, conforme Wong<sup>7</sup>, médico pediatra Instituto da Criança do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo

“o LSD digerido (não pode ser inalado nem injetado) distribui-se pelo corpo todo. Embora não aja diretamente sobre o coração e os rins, em poucos minutos atinge o cérebro, principalmente a área da ideação, estimulando o aparecimento dos fantásticos sonhos coloridos - good trips ou bad trips - as boas ou más viagens. Não se pode esquecer, porém, de que várias boas viagens podem de repente dar lugar a uma viagem muito má. Esse é o grande risco. A má viagem despersonaliza, desencadeia a esquizofrenia ou outras psicoses”

#### IV.1.2.3. Menoridade

<sup>7</sup> WONG, Anthony. **Drogas Ilícitas. LSD (ácido lisérgico)**. Disponível em: <http://www.drauziovarella.com.br/ExibirConteudo/896/drogas-ilicitas/pagina6/lsd-acido-lisergico-> Acessado em 28 de maio de 2010.



O primeiro código penal do Brasil de 1830 insentava os menores de 14 anos de crime, “*ex vi*” do seu art. 10, § 1º, mas apenava pelo seu art. 13 com o recolhimento os menores de catorze que agissem com discernimento. O antigo código penal de 1890 considerava inimputável, entre outros, em seu art. 27 e §§ 1º e 2º, os menores de até nove anos completos e os menores de 9 a 14 anos que agissem sem discernimento. Para Siqueira (1932, p. 358) “a intenção criminosa envolve também o aspecto ético ou moral, consistindo no conhecimento do mal e intenção de o praticar”. Desse modo, cabia ao juiz analisar o caso e decidir, de maneira muito subjetiva, diga-se, se o menor entre 9 e 14 anos podia ser responsável por seus atos, já que o vetusto código não esmiuçava o que seria o requisitoado “discernimento”.

Por uma questão de política criminal, o atual código penal aumentou a menoridade para dezoito anos. Desse modo, no exato dia em que o menor completa 18 anos já pode ser responsabilizado penalmente por seus atos. Antes fica sujeito às medidas de segurança previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando assim fora do direito penal. Por força do que estatui a Constituição Federal em seu art. 228, o qual reverbera o que já rezava o código penal em seu art. 27, a menoridade há que ser aos 18 anos, onde por causa da matéria constitucional da questão, só poderia ser alterada com a formalidade exigida no art. 60 da própria Constituição.<sup>8</sup>

A menoridade só pode ser comprovada por instrumento hábil, como a certidão de nascimento ou a carteira de identidade, conforme o entendimento do art. 155, parágrafo único, do Código Processual Penal<sup>9</sup> e a súmula 74 do STJ.<sup>10</sup>

#### IV.1.2.4. Embriaguez accidental completa e embriaguez patológica completa

Para Aníbal Bruno (1967, p. 150 -152), o código penal deveria ter inserido a embriaguez nas causas de doença mental, já que “leva as funções da mente a perturbações profundas, até a letargia”. Assim sendo, segundo o renomado doutrinador, há quatro tipos de

<sup>8</sup> Para o professor Bandeira, a menoridade penal é uma presunção absoluta de inimputabilidade, sendo elevada à condição de garantia individual, constituindo-se em cláusula pétrea, imodificável portanto, consoante disposto no § 4º do art. 60 da Carta Magna. Cf.: BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006, p. 203.

<sup>9</sup> “Parágrafo único: Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

<sup>10</sup> Súmula 74 do STJ: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.”

embriaguez, a saber: a pré-ordenada, a voluntária, a culposa e a fortuita. Dessas o código prevê como causa da exclusão da imputabilidade somente a fortuita e a voluntária, quando patológica. Nesse sentido são os julgados abaixo:

JÚRI - EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA - INIMPUTABILIDADE - RECONHECIMENTO - AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS - APELAÇÃO PROVIDA. Reconhecendo que o réu era inimputável em face da embriaguez patológica, sem a necessária prova legal, a decisão dos jurados deve ser cassada. (Brasil - TJPR - Apelação Crime: ACR 777319 PR 0077731-9, Relator(a): Carlos A. Hoffmann, Julgamento: 27/05/1999, Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal – DJU: 5407, 14/06/1999)

DOENÇA MENTAL. A EXPRESSAO 'DOENÇA MENTAL', USADA PELO LEGISLADOR PENAL BRASILEIRO, TEM SIGNIFICADO AMPLO, ABRANGENDO NAO SOMENTE A MORBIDEZ ORGÂNICA, CARACTERISTICAMENTE PATOLOGICA, COMO OS SURTOS PSICOTICOS DE CARATER TRANSITORIO E FUGAZ, CONTANDO QUE SUPRIMAM TOTALMENTE A CAPACIDADE DE ENTENDER E QUERER. PERSONALIDADES MAL ESTRUTURADAS. TAIS PERSONALIDADES SÃO EXTREMAMENTE SENSIVEIS AS PROVOCACOES DO MEIO AMBIENTE, SOBRETUDO AS BEBIDAS ALCOOLICAS, A TAL PONTO QUE DOSES PEQUENAS PODEM DESENCADear ACESSOS FURIOSOS, ATAQUES CONVULSIVOS, ATOS DE INCRIVEL VIOLENCIA, TORNANDO-OS INIMPUTAVEIS. EMBRIAGUEZ PATOLOGICA. UMA COISA E O CRIME COMETIDO EM SITUACAO DE EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA E OUTRA, BEM DIFERENTE, E A CRISE MENTAL DESENCADeADA NO PSICOTICO PELA INGESTAO DE BEBIDA ALCOOLICA. RECURSO OFICIAL IMPROVIDO. (Brasil – TJRS - Recurso Crime Nº 686015447, Segunda Câmara Criminal, Relator: Ladislau Fernando Rohnelt, Julgado em 15/05/1986)<sup>11</sup>

O código Rocco, ao dispor sobre a embriaguez não parece muito claro em relação à imputabilidade na embriaguez habitual. Em seu art. 94 esclarece que o ébrio habitual tem a sua pena aumentada, mas no art. 95 declara que quem agir sob influência de intoxicação derivada do álcool (“*cronica intossicazione*”) ou substância entorpecente (“*sostanze stupefacenti*”) será isento de pena se houver perda total da vontade livre.

O código do Império em seu art. 18, § 9º, considerava a embriaguez causa de atenuação da pena desde que o crime não fosse pré-ordenado, nem fosse usada como um meio para fazer nascer a coragem necessária ao cometimento do crime e que o agente não costumasse praticar crimes em estado de ebridez.

A embriaguez pré-ordenada é aquela em que o agente premeditadamente põe-se em estado de inimputabilidade para agir ilícitamente. Para impedir que o agente usando desse

<sup>11</sup>Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9222723/recurso-crime-rc-686015447-rs-tjrs>>. Acessado em: 28 de maio de 2010.

engenhoso artifício isente-se da pena, aceita-se excepcionalmente na doutrina esse caso como da aplicação da responsabilidade objetiva, chamada aqui de “*actio libera in causa*”<sup>12</sup>. Veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - ROUBO - RÉU RECONHECIDO PELA VÍTIMA - PROVA - VALOR RELEVANTE - RES FURTIVA APREENDIDA EM PODER DO ACUSADO - EMBRIAGUEZ PRÉ-ORDENADA - CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO - VALORAÇÃO NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE - DECOTE NA DOSIMETRIA. 2) Não há nos autos, sequer superficialmente, que houve desígnio autônomo de ingerir bebida alcoólica para a consecução do crime, o que viria a produzir um grau de culpabilidade muito mais elevado e muito mais censurável na intensidade da resposta penal. (Brasil - TJAP – Apelação Criminal – ACR 235406 AP – Relator(a): Dôglas Evangelista – Órgão Julgador: Câmara Única – Julgamento: 05/09/2006 – Publicação: DOE 3864, página(s) 25 de 06/10/2006)

A modalidade voluntária da embriaguez é daquele que bebe sem intenção de cometer nenhum tipo de ilícito, mas com a vontade única e exclusiva de embriagar-se. Pode ser o caso de ebriez patológica.

É tênue na doutrina a separação da embriaguez voluntária da pré-ordenada<sup>13</sup>, pois há que se averiguar a real intenção do agente no momento anterior ao delito, se foi fruto de uma ação dolosa calculada antes da ingerência do álcool ou se não houve esse pré-ordenamento. É necessário tecer algumas considerações acerca desse controverso tema.

A ebriez quando patológica poder-se-ia incluir-se no que prevê o *caput* do art. 26 quando causa uma grave debilidade mental, se apenas traz um mal à saúde mental será causa de redução de pena, de acordo com o parágrafo único do artigo citado. Também pode ser causa de circunstância agravante o caso em que o agente, para fazer surgir a coragem necessária ao cometimento do delito, ingere bebida alcoólica, na forma do art. 61, II, I, do CP.

Há também a modalidade culposa, na qual o sujeito não quer se embriagar, mas se deixa levar pelo momento e acaba por se entorpecer. Onde não se exclui a culpabilidade, nos termos do art. 28, II. Por fim, na embriaguez acidental, o agente é levado sem culpa pelo

<sup>12</sup> Damásio em seu livro **Direito Penal – Parte Geral**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 513, assim nos ensina a respeito do tema: “A moderna doutrina penal não aceita a aplicação da teoria da ‘*actio libera in causa*’ à embriaguez completa, voluntária ou culposa e não preordenada, em que o sujeito não possui previsão, no momento em que se embriaga, da prática do crime”.

<sup>13</sup> Aníbal Bruno diz que a diferença entre ambas reside em que naquela (voluntária) bebe-se sem a intenção de cometer crimes, enquanto nesta (pré-ordenada) a bebida é o móvel para a consumação do delito. Mas na prática, não há como se separar quem bebe sem o fim de delinquir, mas acaba por infringir a lei, daquele que deliberadamente se entorpece para agir desconforme à lei. *Cf.: Op. Cit.*, pg. 151.

fortuito ou força maior, quando bebe algo desconhecendo seu teor alcoólico ou é forçado por outrem a ingeri-lo.

#### **IV.2. Potencial consciência da ilicitude**

O adágio latino de teor garantista “*nulla poena sine culpa*” é uma externalização deste elemento da culpabilidade. O art. 34, I, do Código Penal argentino exige como uma caracterização do crime o agente “compreender a criminalidade do ato.” A consciência da ilicitude do fato é uma presunção da lei de que o agente deve saber que age fora do direito.

Desse modo, necessário é que haja essa consciência para que se forme o juízo de reprovabilidade. Não age culpavelmente quem pratica um fato pensando estar em conformidade ao direito. A consciência do ilícito não precisa ser no momento atual do cometimento do fato, mas basta que seja potencial para configurar o delito.

Ensina-nos Bacigalupo (1994, p.139) que “o conhecimento da desaprovação jurídico-penal não deve ser atual, ou seja, dar-se realmente no momento da ação; é suficiente com que seja potencial, isto é, atualizável.”

Assim sendo é imprescindível que se verifique se o agente agiu conhecendo da ilicitude de seu ato ou tenha pelo menos podido conhecer. Pois, na esteira do que prescreve Maurach (*apud* FRAGOSO, Heleno, 1985, p.211), no primeiro caso age em afronta ao direito e no segundo, com reprovável indiferença.

A doutrina erige basicamente três causas de exclusão da consciência do ilícito: o erro de tipo, o erro de proibição e as discriminantes putativas. Passemos à análise de cada uma delas.

##### **IV.2.1. Causas de exclusão**

##### **IV.2.2. Erro de tipo**

O erro de tipo ou erro sobre os elementos do tipo, ou como a doutrina clássica costumava chamar de erro de fato<sup>14</sup>, é o desconhecido dos elementos constitutivos do tipo

<sup>14</sup> COSTA E SILVA, A. J da. *Op. cit.*, pg. 131; HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.*, pg. 225; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. I, T. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973, p. 277; FARIA, Bento. *Op. Cit.*, pg. 101.

penal, o qual como reza o art. 20 do CP exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, quando previsto.<sup>15</sup> Nele falta ao agente o dolo, a vontade dirigida à infração da lei, pois age desconhecendo um elemento essencial que configuraria o delito – como a *coisa alheia* no crime de furto (art. 155), *funcionário público* no crime de corrupção ativa (art. 333) etc.

O erro de tipo pode ser essencial, como visto retro, e acidental. Pode ser também invencível ou escusável e vencível ou inescusável, neste o agente obrou sem a devida diligência que se exige a um homem de inteligência mediana – não respondendo dolosa, mas culposamente –, naquele o erro era inevitável mesmo com a cautela que qualquer homem prudente tomaria – não respondendo assim nem dolosa nem culposamente. O erro acidental recai sobre elementos secundários do tipo, não aproveitando ao autor e sendo despicienda sua análise – *e.g.*, quando alguém furta um objeto de “A” pensando pertencer a “B”, *in casu*, não se elimina a culpabilidade do agente.

#### IV.2.3. Erro de proibição

O erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato, ou como a doutrina clássica preferia chamar, erro de direito<sup>16</sup>, é a ideia com a qual o agente age pensando estar agasalhado pela lei, *i.e.*, que sua conduta seja lícita. Segundo o que prescreve o art. 21 do CP, o erro de proibição quando escusável isenta de pena e quando evitável é causa de redução de pena. Para evitar o rigorismo do princípio que vigia no século passado de que “*error jus nocet*” ou “*ignorantia legis neminem excusat*,” foi aceita essa forma de erro como uma exceção a esse princípio.

Haja vista ser diferente o desconhecimento da ilicitude e a ignorância da lei, esta sendo geral e obrigatória é inescusável, mas a falsa interpretação da lei a qual se constitui em modalidade do erro de proibição é escusável. Em outras palavras, assim se exprimi Garcia (1973, p. 277) para quem “o brocardo ‘*ignorantia legis non excusat*’, corporificando uma ficção, manda às vezes punir o verdadeiramente inocente, o que repugna ao senso de justiça. Ele afronta o princípio de culpabilidade”.

<sup>15</sup> Assim também o código suíço pelo seu art. 13, 2, prescreve que se o erro for vencível responderá por negligência, *i.e.*, por culpa, *verbis*: “Quiconque pouvait éviter l’erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence si la loi réprime son acte comme infraction de négligence.”

<sup>16</sup> COSTA E SILVA, A. J. da. *Op. cit.*, pg. 131; HUNGRIA, Nelson. *Op. Cit.*, pg. 216; GARCIA, Basileu. *Op. Cit.*, pg. 274; FARIA, Bento. *Op. Cit.*, pg. 101.

#### IV.2.4. Discriminantes putativas

Reza o art. 20 do CP que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.” Pode-se considerá-lo um caso de erro de proibição. O agente com uma falsa interpretação da realidade, cometendo um injusto pensando estar acobertado por uma das causas de justificação da antijuridicidade. Putativo é o considerar verdadeiro algo que não o seja.

Assim se exemplifica com o caso de alguém crer estar diante de uma situação de legítima defesa real, quando putativa. Esta é causa de exclusão da culpabilidade, pois o agente labora sem dolo, aquela é causa de exclusão da antijuridicidade, porque é permitido atuar daquele modo, naquelas circunstâncias.

Com isso, estabelece o analisado artigo que as discriminantes putativas isentam da pena, mas o excesso doloso, ou até culposos, não é considerado causa de exclusão (NORONHA, Magalhães Edgar, 1995, p.156).

#### IV.3. Exigibilidade de conduta diversa

Fatos há que exigem do agente uma ação “*in continenti*”, uma inopina reação à quadra a qual se encontra, onde por vezes, deverá atuar fora dos arquétipos fixados pelo ordenamento jurídico. O direito não exige do homem condutas heróicas ou sacrifícios sobre-humanos, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária à lei. Mas, frise-se, a permissão para trilhar caminhos díspares ao ordenamento deve ser limitada a determinadas situações excepcionais, sob pena de lançar ao atascadeiro e à zombaria todo o sistema jurídico.

A possibilidade de agir diversamente é um elemento da reprovabilidade, onde se podia exigir do agente que se atesse ao Direito, no entanto, o agente mesmo sendo imputável e conhecedor do ilícito não podia agarrar-se ao Direito. A culpabilidade, assim, é um juízo de valoração.

Cita Soler (1992, p.27) que “a reprovabilidade estará apoiada em situações e fatos do sujeito (...), mas está determinada por uma exigência, cujos variáveis alcances são fixados em concreto pelo juiz.” Welzel (2004, p.215-216) separa o que ele chama de censurabilidade da

ação censurável, sendo aquela a valoração da vontade de ação, ou seja, a incidência de um juízo de reprovabilidade na ação valorada, e esta é a vontade de ação incidida por esse juízo.

### IV.3.1. Causas de exclusão

#### IV.3.1.1. Coação moral irresistível

A coação como exclusão da culpabilidade está inserta no art. 22 do CP que estatui que “se o fato é cometido sob coação irresistível [...], só é punível o autor da coação...”. Há dois tipos de coação: a coação física, ou “*vis absoluta*”, e a coação moral, ou “*vis compulsiva*”. Nesta há a vontade manifesta do agente de infringir a norma, *i.e.*, o agente atua com dolo. Naquela, no entanto, não há ação, pois não há vontade. O agente quando realiza um fato típico sob coação moral irresistível não atua em sua vontade livre e espontânea, mas influenciado por um terror psicológico, fruto de ameaças ou intimidação.

Assim, não se podendo exigir do agente conduta diversa da que tomou, será isentado de quaisquer sanções. Sendo a “*vis compulsiva*” resistível, será causa de atenuante da pena, consoante a intelecção do art. 65, III, c””.

Para Welzel (2004, p.261) como o coagido atua sem vontade livre, o coator será considerado autor mediato, pois a ação praticada sob coação é antijurídica, mas o autor coagido está justificado pela exclusão da culpabilidade. Nesse sentido, leia-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. ANULAÇÃO. JULGAMENTO. APELAÇÃO. ERRO. FORMULAÇÃO. QUESITO. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. FALTA DE CORRESPONDÊNCIA. CONCEITO JURÍDICO. NULIDADE CONFIGURADA. I - Na coação moral, o coator exige que o coato pratique um fato ilícito com a ameaça de impor-lhe, ou a alguém que lhe seja próximo, uma espécie de gravame caso não seja praticada a ação pretendida. Se, para suportar a ameaça perpetrada, for necessário o desprendimento de força extraordinária (Brasil - STJ - HABEAS CORPUS: HC 27619 GO 2003/0045246-6, Relator (a): Ministro FELIX FISCHER, Julgamento: 04/02/2004, Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA, Publicação: DJU 08.03.2004 p. 298)

#### IV.3.1.2. Obediência hierárquica

Dispõe o art. 22 do Código Penal que “se o fato é cometido [...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem”. Trata-se de autoria mediata, onde só responde pelo fato punível o autor da

ordem e não quem a executa. Para a caracterização da excludente em espécie é necessário que haja: a) uma relação de subordinação hierárquica<sup>17</sup>. Veja-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELA DEFESA. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/90. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. DOLO. PENA PECUNIÁRIA. (...) 5. A excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal não pode ser invocada no âmbito do direito privado, uma vez que a configuração da obediência hierárquica pressupõe relação de subordinação entre o mandante e o executor do ato, com previsão, para este último, de conseqüências graves no caso de descumprimento da ordem, possível, apenas, no direito público. (Brasil –TRF3 - Apelação Criminal - 17475: ACR 7188 SP 2001.61.20.007188-3 - Relator(a): JUIZ André Nekatschalow Julgamento: 27/06/2005 – Publicação: DJU Data:16/01/2007 pg: 378)

No entanto, julgando um caso entre a Grande Oriente do Brasil e uma Loja Maçônica a ela subordinada, o STF em voto da lavra do Ministro Victor Nunes Leal, considerou que ali se configuraria também uma espécie de obediência hierárquica, assim afirmando:

(...) as lojas maçônicas são hierarquicamente subordinadas ao Grande Oriente do Brasil e são reguladas por um estatuto denominado Constituição Maçônica, a cujos mandamentos devem obediência, pelo que lhes compete acatar o pronunciamento dos órgãos superiores. (Brasil – STF - RE 37661/PE - Relator (a): Min.Victor Nunes, Julgamento: 22/04/1966, Órgão Julgador: Primeira Turma).

b) a ordem não deve ser manifestamente ilegal. É o pressuposto extrínseco da ordem, devendo se observar a competência daquele de quem se emana a ordem, se esta não se enquadra nas funções do subordinado, quando, enfim, não é patentemente criminosa. Assim se manifestou o STJ sobre este ponto:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - TORTURA - MODALIDADE OMISSIVA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - FALTA DE JUSTA CAUSA -OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA -CIRCUNSTÂNCIA NÃO DEMONSTRADA - LEGALIDADE DA ORDEM NÃO EVIDENCIADA - ESTREITA VIA DO WRIT -AUSÊNCIA DE DOLO - IMPOSSIBILIDADE DE AGIR - QUESTÕES QUE DEMANDAM O PROFUNDO EXAME DE PROVAS - EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL DO PACIENTE EM JUÍZO -PRECEDENTES - ORDEM DENEGADA. Inviável o reconhecimento da excludente da culpabilidade de obediência hierárquica para o delito de tortura, em sua modalidade omissiva, na estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, quando não evidenciada a legalidade da ordem [...] (Brasil - STJ - HABEAS CORPUS: HC 93533 GO 2007/0255315-1 Relator (a): Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada so TJ/MG), Julgamento: 24/02/2008, Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma, Publicação: DJ 10.03.2008 p. 1)

<sup>17</sup> Aqui a doutrina assenta que a subordinação deve ser de direito público sendo estranhas às relações de direito privado. Cf.: FRAGOSO, Heleno. *Op. Cit.* pg. 221.



c) e o ato executório deve limitar-se ao “estrito” cumprimento da ordem. O subordinado a quem a ordem ilegal é dirigida deve ater-se ao que demandado, onde agindo assim não será apenado, mas excedendo na execução responderá por este excesso, já que o dolo subsiste. No entanto se for afastado o dolo, não responderá por culpa, conforme já decidiu o STF:

Atos não criminosos em si mesmos, praticados em cumprimento de ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal (tendo sido afastada a hipótese de dolo pela própria decisão condenatória), não podem configurar crime culposos. Habeas Corpus concedido. (Brasil – STF - HC 38728/DF Habeas Corpus. Relator (a): Min. Victor Nunes, Julgamento: 29/11/1961, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)<sup>18</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL (ART. 312, CAPUT, DO CP). PECULATO DESVIO. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. ART. 22, 2ª PARTE, DO CP. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 2. Estão presentes todos os requisitos básicos que pressupõem a obediência hierárquica, quais sejam: " que haja relação de direito público entre superior e subordinado; " que a ordem não seja manifestamente ilegal; " que a ordem preencha os requisitos formais; " que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior e; " que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior.(Brasil – TRF1 - Apelação Criminal: ACR 4872 PA 2001.39.00.004872-4 - Relator(a): Desembargador Federal Hilton Querioz – Julgamento: 05/11/2007 – Órgão Julgador: Quarta Turma – Publicação: 28/11/2007 DJ p.46)

#### IV.3.1.3. Estado de necessidade exculpante

Não é remansosa na doutrina a inclusão do estado de necessidade como exclusão da ilicitude. Autores clássicos, como Carrara (1956, p.285 e ss), preferem inseri-la na exclusão da imputabilidade, pois se age sob medo ou coação de um perigo/dano iminente, minando assim a vontade livre a qual embasa a imputabilidade. Distinguem-se assim dois tipos de estado de necessidade: o exculpante e o justificante. Neste, o bem sacrificado é de menor valor que o protegido, onde o fato restaria justificado e considerado uma exclusão da antijuridicidade. Já na exculpante há intensa discussão.

Surgiram na Alemanha duas teorias para tentar contornar a querela: a teoria diferenciadora e a unitária. Para esta todo estado de necessidade exclui o injusto, não havendo imperativo do sopesamento dos bens em conflito. Para aquela, havia uma diferença na consequência jurídica do fato quando o bem defendido for mais ou menos importante que o bem agredido.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56286>. Acessado em 28 de maio de 2010.

Com efeito, os doutrinadores alemães diferenciavam ambas as teorias prevalecendo-se a teoria diferenciadora no âmbito do Direito Civil – pois a defesa de um bem maior é aprovada pelo Direito e exclui o ilícito – e a unitária no âmbito do Direito Penal – porque um comportamento que excede o tolerável é antijurídico, mas pode isentar de culpabilidade (BRUNO, Aníbal, 1967, p.391).

Uma corrente há ainda que transporta a problemática da antijuridicidade para a culpabilidade, pois atuaria o agente sem dele exigir-se outra conduta, faltando-lhe a reprovabilidade. Exemplifica Welzel (2004, p.262-263) com um caso de um empregado de ferrovia que solta a agulha de um vagão de carga com iminência de chocar-se em um trem repleto de passageiros. Nesse caso, afirma o autor, agiu o ferroviário sem alternativa e eticamente irrepreensível. Exemplos são os julgados abaixo colacionados:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. TAL INSTITUIÇÃO NÃO PODERÁ SER RECONHECIDA, POIS, NA FORMA CULPOSA, IMPÕE-SE A INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA DO RÉU, O QUE NÃO FICOU CARACTERIZADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. MAIORIA. (Brasil - TJDF - REVISÃO CRIMINAL: RVCR 20030020094602 DF Relator (a): João Timóteo, Julgamento: 06/04/2005, Órgão Julgador: Câmara Criminal, Publicação: DJU 16/08/2005 Pág.: 1398)

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. MULTA E CUSTAS. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. INEXISTÊNCIA DE CAUSA JUSTIFICANTE DO ESTADO DE NECESSIDADE, NEM TÃO POUCO DE EXCULPANTE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ALIÁS, SÓ SUSTENTADAS EM APELAÇÃO, FORTE NA TOTAL AUSÊNCIA DE PROVAS A RESPALDAR AS ALEGAÇÕES (Brasil - TRF5 - Apelação Criminal: ACR 3426 PE 2003.05.00.025737-3, Relator (a): Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Julgamento: 05/04/2004, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: Fonte: DJ - Data: 07/05/2004 - Página: 1131)

#### **IV.3.1.4. Excesso exculpante na legítima defesa**

O instituto da legítima defesa está previsto nos arts. 23, II, e 25 do Código Penal. Todos os ordenamentos jurídicos pátrios previram tal instituto, dada a sua relevância no âmbito social e penal: o código de 1830 o prescrevia em seu art. 14 e o de 1890 nos arts. 32, § 2º e 34. Tem como escabelo dois fundamentos: a proteção dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento e o próprio resguardo do ordenamento. Nas lições da professora Maron (2009, p.34) “de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão e, de outro lado, a defesa do próprio ordenamento jurídico que se vê diante de uma agressão legítima.”

Um dos requisitos para a configuração da legítima defesa é o uso moderado dos meios necessários ao afastamento ou cessamento da injusta agressão. Quando o agente fixa-se nessa exigência e dela não extrapola, não haverá cometido crime. Todos os atos imputados pelo agredido que excedam esses meios necessários fará com que de vítima transmute-se em agressor, respondendo este pelo excesso de defesa. Se doloso o excesso, o resultado da agressão será punido como crime doloso. Se culposo, o agressor responderá pelo crime culposo, se previsto em lei.

Casos há, no entanto, que obra o agente sem dolo nem culpa, sendo consequência de um fortuito, onde não responderá pelo excesso. Veja-se:

JÚRI - QUESITOS - LEGÍTIMA DEFESA - EXCESSOS CULPOSO E DOLOSO. A simples resposta negativa ao quesito referente ao excesso culposo não torna dispensável o alusivo ao doloso. A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso escusável (ASSIS TOLEDO, DAMÁSIO E ALBERTO SILVA FRANCO). No campo de processo-crime, a busca incessante da verdade real afasta o exercício intelectual da presunção; cabe indagar se o réu excedera dolosamente os limites da legítima defesa. O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposo, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão. "Habeas Corpus" deferido para anular o julgamento e determinar que outro seja realizado, formulando-se os quesitos com atenção às circunstâncias em que o crime ocorreu." (Brasil – STF – HC 72341/RS – Órgão Julgador: Segunda Turma – Relator(a):Min. MAURICIO CORREA – Publicação: DJ DATA-20-03-98; PP-00005; Ement Vol-01903-02; PP-00202; Julgamento: 13/06/1995)

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA. PROSSEGUIMENTO DA QUESITAÇÃO APÓS A NEGATIVA DO SEXTO QUESITO RELATIVO AO USO DOS MEIOS NECESSÁRIOS. OBRIGATORIEDADE. EXCESSO ACIDENTAL NÃO CARACTERIZADO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. JULGAMENTO ANULADO. (...) 2. Não ocorre excesso accidental ou exculpante, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente, mormente quando a vítima j. estava baleada e, portanto, rendida.3. Recurso provido. (Brasil – TJRR - APELACAO CRIMINAL: ACR 10040026121 RR 0010.04.002612-1 – Relator(a): Desa. Tânia Vasconcelos (Juíza Convocada) – Julgamento: 10/04/2000 – Publicação: DPJ nº 3011 de 23.11.04, pg. 02)

Por fim, pode-se dar a extrapolação dos meios necessários por erro inescusável ou escusável. Quando inescusável, o resultado será considerado como culposo e assim será incriminado o agente, se a lei previr o fato como culposo. Sendo escusável, estar-se-á diante de uma excludente de culpabilidade, onde não se responderá pelo excesso.

Para Von Liszt (1899, p.232) quando se encontrar o autor do fato antijurídico acometido por perturbação, medo ou terror e exceder os limites da legítima defesa “dá-se, na

verdade, uma ação em si punível, mas dá-se também ao mesmo tempo uma causa ou circunstância pessoal de exclusão de pena.”

Na legítima defesa putativa o raciocínio dar-se-á de igual forma, se o autor agiu convicto de que se encontrava em um estado de legítima defesa real, onde se exclui o dolo, ou nas admoestações de Hungria (1936, p.114): “O que exclui o dolo é tão-somente a certeza subjetiva de que não se age ‘*contra jus*’.”

Nesse sentido é o aresto abaixo colacionado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO A ANULAÇÃO DO JÚRI SOB O FUNDAMENTO DE CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS AOS QUESITOS. DECISÃO ABSOLUTÓRIA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Quesitação sob o enfoque do dolo e da culpa. Se não houve excesso culposo ou doloso, significa que houve falta de moderação ou desnecessidade dos meios, porém, causados por caso fortuito, medo, erro ou perturbação do agente! Assim rejeita-se a preliminar de nulidade de julgamento por contradição nas respostas dos quesitos. (...) Evidentemente, o elemento subjetivo ou a reação por medo de que a vítima consumasse as ameaças podem ser deduzidos das circunstâncias do fato. (...) Recurso desprovido. Maioria. (Brasil - TJRJ- APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 2006.050.01663. Relator (a) Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. j. 10/10/2006. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal – DJE: 02/03/2007, p. 30)

## V. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

A inexigibilidade de conduta diversa foi um elemento da exclusão da culpabilidade desenvolvida pela jurisprudência tedesca do início do século passado. O doutrinador alemão Frank já havia introduzido esse elemento na culpabilidade, fundando assim a teoria psicológico-normativa onde a culpabilidade também se consistiria na imputabilidade e na culpa lato sensu. Dois episódios julgados pelo então Tribunal do Reich (Reichgericht) serviram de paradigma à elaboração da fundamentação da não exigibilidade de outra conduta: o caso *Leinenfänger* e o *Klapperstorch* (NORONHA, Magalhães, 1966, p.112-113).

O primeiro caso, chamado também de caso do cavalo indócil, foi o primeiro julgado em Tribunais no mundo a aceitar esse elemento como causa de excludente do crime. O proprietário de um cavalo indomável e recalcitrante exigiu, sob pena de demissão, a um de seus empregados para que passasse com esse cavalo pelas ruas da cidade, onde acabou por atropelar um pedestre. Ao julgar esse peculiar caso, decidiram os magistrados em negar a

culpabilidade ao empregado, sob o argumento de que dele não se poderia exigir outra conduta, *i.e.*, não se poderia exigir que perdesse seu emprego.

Essa tese também foi utilizada na fundamentação do caso dos mineiros, ou caso *Klapperstorch*, primeiro emprego dessa tese em casos dolosos. Um grupo de mineiros havia combinado que ao nascer o filho de um deles, este não iria trabalhar, mas colheria o salário do dia. Desse modo, impuseram à obstetra da região, sob pena de não requisitarem seus serviços, para que se alguma criança nascesse em dia de domingo, esta deveria declarar ter nascido em dia útil, o que a obrigou a declarar vários registros falsos. Também os magistrados negaram a culpabilidade à obstetra com a fundamentação de que dela não se poderia impor outra conduta, pois perderia seu único meio de sustento.

Há outro caso relatado por Freudenthal, citado por Bruno (1967, p.105), de uma jovem siciliana obrigada a vir morar em Nova York pelo tio, com quem se tornou amante com a ciência da tia, após ser abandonada pelo marido ao saber do relacionamento ilícito que esta mantinha com o tio, acabou por matar o tio e a tia. O Tribunal opinou pela mesma tese e Freudenthal justifica que em virtude das ideias dominantes no meio em que fora educada a jovem, não se poderia exigir outra conduta. Certo que se possa utilizar-se desse elemento para excluir a culpabilidade em casos dolosos, mas há que se ter cautela ao lançar-se mão dessa fundamentação. Pois no dolo há uma ação voltada para a infração da lei, deliberada, onde se poderia exigir outra conduta. Diferentemente da culpa, onde apenas o resultado é provável, o que faz com que não se exija outra conduta.<sup>19</sup>

É certo que a exigibilidade de poder-agir de modo diverso está jungida à ideia de reprovabilidade ou censurabilidade. Mas se ressalte que também dependerá do que a sociedade da época do cometimento do fato aceita como conduta irreprochável.

Rossi (1872, p.7) já no início do século XIX argumentava que seria justificável uma ação, na aparência criminoso, mas de uma moralidade intrínseca. Exemplificava o renomado autor com o de um marido que mata a mulher em flagrante adultério, onde se excluiria toda a imputabilidade penal, sendo excusável a conduta.

---

<sup>19</sup> Nas palavras de Noronha “na culpa tem-se um resultado reprovável, porém, possível apenas, ao passo que no dolo o evento é certo, o que faz, portanto, que mais facilmente lá não se exija outra conduta.” *In: Do Crime Culposo*. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 113.

Conde (1991, p.149) cita dois tipos de exigibilidade: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira se refere às condutas que a lei exige a todos de forma igual e genérica, onde para o autor, é o limite do que a lei possa impor para o cumprimento de seus mandados. Assim, prossegue o autor, existe em parêntese a essa exigibilidade, outra subjetiva ou individual, o qual se refere às situações extremas onde “não se pode exigir ao autor concreto de um fato típico e antijurídico que se abstenha de cometê-lo, porque isso comportaria um excessivo sacrifício para ele.” Esta última seria a inexigibilidade supralegal de exclusão da culpabilidade, pois não está explicitamente prevista em lei.

De modo diametralmente oposto se posiciona Jescheck (*apud* GRECO, Rogério. 2008, p.421) para quem a inexigibilidade como causa supralegal deve ser alijada do pensamento jurídico-penal, pois “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”.

Roxin (2008, p.144-149) não aceita a ideia de poder agir diversamente ou do pressuposto do livre-arbítrio como fundamentos empíricos da culpabilidade, pois serem de difíceis constatações. Para ele, a base da culpabilidade consiste em o autor ter “idoneidade para ser destinatário de normas”, ou seja, a possibilidade de ser destinatário de alguma mensagem, no caso da própria lei. Rechaça, assim, o conceito de exigibilidade de outra conduta e da vontade livre, onde para ele são cientificamente inverificáveis, substituindo-os por essa idoneidade a que ele crer ser de mais fácil constatação.

Assim, a inexigibilidade está jungida à ideia de reprovabilidade. O estado de necessidade exculpante é um exemplo previsto por lei. Quando se está diante de um caso onde não se enquadre em nenhuma das causas de excludente jurídica erigida pelo ordenamento pátrio, mas ao se realizar um juízo de reprovação não se poder exigir do agente fixar-se aos termos da lei, se estará diante da inexigibilidade supralegal, figurando-se os exemplos acima expendidos. Veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CÁRCERE PRIVADO. MANUTENÇÃO DE PACIENTE EM NOSOCÔMIO COMO GARANTIA DE QUITAÇÃO DOS DÉBITOS HOSPITALARES. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. ORDEM QUE PARA O RÉU NÃO SE APRESENTAVA MANIFESTAMENTE ILEGAL. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA DO EXECUTOR DO ATO. PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO PENAL. CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 4. É certo também que um dos elementos da obediência hierárquica é uma relação de subordinação entre o mandante e o executor, em direito público, circunstância que não ficou sobejamente

demonstrada nos autos. Contudo, mesmo que se admita que a relação existente entre o réu e o seu superior seja apenas a empregatícia regulada pelo direito privado, diante da ordem recebida, não se poderia exigir outra conduta do acusado, situação que também é causa de exclusão da culpabilidade quando se aceita a inexigibilidade de conduta diversa como princípio geral do direito penal e independente das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, a fim de evitar a punição dezarrazoada e injustificada do executor da ordem. 5. No caso em análise, além da ordem não ter sido manifestamente ilegal, não se pode negar que o réu atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, diante do temor de perder o emprego, no caso de não cumprir com a ordem recebida. (Brasil – TJPR – Apelação Crime - ACR 5818591 PR 0581859-1 - Relator(a): Macedo Pacheco Julgamento: 01/10/2009 Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Publicação: DJ: 249, 16/10/2009)

A jurisprudência começava a aceitar a inexigibilidade de conduta diversa quando supralegal na formulação de quesito no Júri. Havia certa resistência em se valer dessa tese com o fundamento de que o antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal permitia tão-só a formulação de quesitos se o réu apresentasse no Júri um fato ou circunstância prevista por lei como excludente do crime. Exemplo é o seguinte voto:

"Júri - Quesitos - Vício do questionário - Ocorrência - Inexigibilidade de conduta diversa - Quesito não autorizado por lei - Inexigibilidade que só exclui a culpabilidade quando se identifica com a coação irresistível ou com a obediência hierárquica, sendo que essas dirimidas é que devem ser questionadas - Nulidade absoluta - Recurso provido" (Brasil - TJSP, AC 76.681-3, rel. Dante Busana – j. 06.08.90 – *RJTJSP* 129/494).

No entanto, pelo princípio da ampla defesa constituída como garantia fundamental a todos os cidadãos, a jurisprudência se inclinou a aceitar essa causa de exclusão do crime no Tribunal do Júri. Veja-se:

**APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPAÇÃO. ADMISSÃO FRENTE ÀS PROVAS. SOBERANIA DA DECISÃO POPULAR.**

Em atenção à soberania dos veredictos, prevista constitucionalmente, atento à orientação da Súmula n. 28, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, a determinação de novo Júri somente é cabível se restar demonstrado que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente dissociada do contexto probatório, o que não ocorre quando os jurados optam, em sua maioria, por uma das versões da defesa, manifestada em plenário, que tem respaldo em fatos e circunstâncias descritos. Consoante respeitáveis doutrina e jurisprudência, admite-se a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não se limitando sua aplicação às hipóteses legais. Assim, é possível sua quesitação, desde que desmembrada em fatos e circunstâncias. (Brasil - TJMG: 100240262019540011 MG 1.0024.02.620195-4/001(1), Relator (a): ARMANDO FREIRE, Julgamento: 11/04/2006, Publicação: 28/04/2006)<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acessado em: 28 de maio de 2010.

PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E MEDIANTE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - JÚRI POPULAR - ABSOLVIÇÃO - RECURSO APELATÓRIO - ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEAS A E D DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO SUSCITADA PELO APELADO - REJEIÇÃO - APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DAS RAZÕES RECURSAIS - MERA IRREGULARIDADE - AVENTADA NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA - QUESITAÇÃO COM FULCRO EM TESE SEM PREVISÃO LEGAL - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - EXCLUDENTE SUPRALEGAL DE CULPABILIDADE ACOLHIDA PELA JURISPRUDÊNCIA - IMPERIOSA APRECIÇÃO DA TESE PELOS JURADOS - OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 484, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - PRECEDENTES - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - PROCEDÊNCIA - VERSÃO QUE DIVERGE DO CONTEXTO PROBATÓRIO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Brasil - TJRN - Apelação Criminal: APR 10593 RN 2009.010593-6, Parte: Apelante: Ministério Público, Parte: Apelado: Francisco Alex Bandeira Alves, Relator (a): Des. Caio Alencar, Julgamento: 18/12/2009, Órgão Julgador: Câmara Criminal)<sup>21</sup>

Em 2008, a lei nº. 11.689, que modificou o processo do júri, revogou o retro mencionado artigo, incluindo-se em seu art. 483, III, uma redação mais ampla a qual incluiria toda forma de excludente de crime ao incluir como quesito para indagação aos jurados “se o acusado deve ser absolvido”. Como a inexigibilidade de outra conduta é forma de exclusão de culpabilidade, primeiro o jurado tem que constatar a materialidade do fato e se o acusado é autor deste. Onde respondendo afirmativamente, mas convicto de que não se podia exigir outra conduta do agente, responderá o jurado “*ex vi*” do art. 483, § 2º, se o absolve. Desse modo, a reforma do procedimento do júri trouxe essa tese para dentro do ordenamento jurídico-penal, máxime no Tribunal do Júri.

## VI. Conclusão

De tudo quanto se depreende da fundamentação exposta acima, infere-se a imensa discussão travada no seio doutrinário quanto à culpabilidade. Muitos doutrinadores vêem-na como um elemento da estrutura do crime, há outros que crêem ser tão-só um seu pressuposto e ainda há aqueles que, atestando sua carência de fundamentação, alegam sê-la um limite da pena.

Adotando-se a teoria normativa pura, constata-se que a culpabilidade assenta-se em um tripé, quais sejam a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www2.tjrn.jus.br/cposg/index.jsp?tpClasse=J>> Acessado em: 04 de junho de 2010.



Viu-se que a imputabilidade tem como causas de exclusão a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e retardado e a embriaguez fortuita.

Ao passar-se ao potencial conhecimento do ilícito, perpassou-se pela teoria do erro.

Finalmente chegou-se à exigibilidade de conduta diversa e adentrou-se na controvérsia do excesso exculpante na legítima defesa, do estado de necessidade exculpante e na inexigibilidade supralegal. Nesta, apesar da jurisprudência ter resistido a aceitá-la por causa de uma interpretação restritiva do antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal, viu-se que urgia abarcar esse elemento no Júri por previsão constitucional e assim a jurisprudência paulatinamente aceitou essa tese e mais tarde o retro mencionado artigo foi modificado permitindo-se a adoção desse elemento como quesito no Tribunal do Júri.

## VII. Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**. 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_, **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**. T. I e T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARRARA, Francesco. **Programa de Direito Criminal**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1956.

COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CONDE, Muñoz Francisco. **Teoría General del Delito**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991.

COSTA E SILVA, A. J. da. **Código Penal**. V. I-A. São Paulo: Editora Nacional, 1943.

FARIA, Bento de. **Anotações Theórico-Práticas ao Código Penal do Brazil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal. Nova Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal. V. I, T. I, 4ª ed.** São Paulo: Max Limonad, 1973.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral, 10ª ed.,** Niterói: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. V.I, T.II,** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

\_\_\_\_\_. **A legítima defesa putativa.** Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1936.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal – Parte Geral. 29ª ed.,** São Paulo: Saraiva, 2008.

MARON, Sônia Carvalho de Almeida. **A legítima defesa no Tribunal do Júri.** Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal. V.I,** Barcelona: Riel, 1962.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. V. I. 24ª ed.,** São Paulo: Atlas, 2008.

NORONHA, Magalhães Edgar. **Direito Penal. V. I.** São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Do crime culposo. 2ª ed.,** São Paulo: Saraiva, 1966.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal. V. I,** São Paulo: RT, 2008.

ROSSI, Pellegrino. **Traité de Droit Penal. T. II,** Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.** Trad. Muñoz Conde, Madri: Reos S.A., 1981.

\_\_\_\_\_, **Estudos de Direito Penal.** Trad. Luís Greco, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho Editora, 1932.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino. V. I e V. II.** Buenos Aires: Tea, 1992.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. V. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2004.

WONG, Anthony. **Drogas Ilícitas. LSD (ácido lisérgico)**. Disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br/ExibirConteudo/896/drogas-ilicitas/pagina6/lsd-acido-lisergico>>. Acessado em: 28 de maio de 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V. I, 7ª ed., São Paulo: RT, 2008.