

# **A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE**

**Danilo César Basílio de Souza**  
Graduado em Direito pelo UNIFOR-MG  
**Altair Resende de Alvarenga**  
Docente do curso de Direito do UNIFOR-MG

## **RESUMO**

Crime, de acordo com o conceito analítico tripartido, é um fato típico, ilícito e culpável. O fato é típico quando uma conduta provoca um resultado e é previsto em lei como delito. Já a ilicitude é a contrariedade do fato ao ordenamento jurídico. A culpabilidade, que é o âmago do trabalho, é a reprovabilidade do ato, ou seja, é a censura ao fato. Com efeito, cada elemento do crime possui seus respectivos componentes, os quais, uma vez excluídos, elidem a configuração do crime. Desta feita, a culpabilidade é composta pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa. Todos estes elementos da culpabilidade possuem causas legais que o excluem. Ocorre a inexigibilidade de conduta diversa, quando, em determinadas circunstâncias, não é exigível que o agente agisse de acordo com o direito. As únicas causas legais que excluem a exigibilidade de conduta diversa são a coação moral irresistível e obediência hierárquica. Destarte, a controvérsia que assola a doutrina é se o ordenamento jurídico aceita outras hipóteses, além destas causas legais, em que é inexigível que o agente tivesse outra conduta, para excluírem a culpabilidade. Os autores divergem e o tema é controverso.

**Palavras-chaves:** Inexigibilidade conduta diversa. Culpabilidade. Supralegal.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho irá tratar da incidência da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Busca-se, neste estudo, não alongá-lo, mas abordar os principais aspectos necessários para o entendimento do tema, em uma linguagem simplista, de fácil compreensão.

Para configuração do crime, a doutrina exige um exame analítico dos elementos que o formam. Com efeito, estudiosos divergem quanto à composição do delito. Para alguns, crime é um fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade mero pressuposto para imposição da pena. Entretanto, prevalece o entendimento que crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Fato Típico é o comportamento humano (ação ou omissão) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração. A ilicitude ou antijuridicidade é a oposição entre o fato e o ordenamento jurídico. Por sua vez, culpabilidade é o juízo de reprovação a uma conduta do autor. É a censurabilidade a um fato típico e antijurídico.

Deste modo, conforme será estudado, há causas que excluem cada componente do crime, sendo que uma vez elididos por alguma excludente, impedem a configuração do delito.

Ocorre que a fatos que apesar de não gerarem censura, ou seja, reprovabilidade, não se amoldam a nenhuma excludente legal. Com efeito, doutrina e jurisprudência discutem quanto à possibilidade da inexigibilidade de conduta diversa ser tida como supralegal, ou seja, excluir a culpabilidade sem estar prevista em uma lei.

## 2 CRIME

A doutrina considera que para configuração de um delito, é mister a análise dos elementos que o compõem (aspecto analítico). Com efeito, a par das divergências acerca de referidos componentes<sup>1</sup>, predomina a concepção tripartida, segundo a qual, crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

### 2.1 Elementos do crime

É de bom alvitre ressaltar, que cada elemento do crime possui seus respectivos componentes - os quais serão vistos abaixo - sendo que, excluído um destes, não haverá o respectivo elemento, e, por conseguinte, inexistirá crime.

#### 2.1.1 Fato típico

Fato Típico, segundo Damásio E. de Jesus, "é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração" (2005, p. 154).

Sendo assim, extrai-se que o fato típico tem como componentes estruturais: a conduta humana (dolo e culpa), o nexo de causalidade (elo entre a conduta praticada e o evento produzido), resultado e a tipicidade penal (enquadramento da conduta em algum tipo penal previsto em lei - tipicidade legal - e antinormatividade com todo ordenamento jurídico - tipicidade conglobante).<sup>2</sup>

##### 2.1.1.1. Excludentes do fato típico

Conforme foi dito acima, há causas que excluem cada componente do fato típico.

Com efeito, não havendo dolo ou culpa, inexistirá conduta penalmente relevante, por conseguinte, não haverá crime.

Da mesma forma, é imperioso à existência de nexo de causalidade (de acordo com a teoria da equivalência das condições), resultado, tipificação legal e adequação com todo ordenamento jurídico (tipicidade conglobante), sem os quais, também não haverá delito, por inexistir fato típico.

Entrementes, há duas outras causas que elidem o fato típico: o erro de tipo e o crime impossível.

De acordo com a conceituação legal, erro de tipo é "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal" (CP, art. 20, *caput*).<sup>3</sup>

Trata-se de uma falsa percepção da realidade (BITENCOURT, 2009). O agente erra quanto a um fato da realidade previsto em um tipo legal e não quanto a um fato jurídico (CAPEZ, 2009). E neste ponto é que se encontra a grande diferença entre erro de tipo e erro de proibição (tema pertinente

---

1 Para alguns doutrinadores, crime não é fato típico, antijurídico e culpável (CAPEZ, 2009; MIRABETE, 2007; DAMASIO, 2005); para outros, fato típico, antijurídico e punível (Luiz Flavio Gomes apud NUCCI, 2008).

2 Caso o fato concreto não apresente um desses elementos, não é fato típico, e, portanto, não é crime. Excetua-se no caso, a tentativa, em que não ocorre o resultado." (MIRABETE, 2007, p. 88).

3 Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei. (Código Penal Brasileiro).

a culpabilidade). No erro de proibição o agente sabe o que está realizando, contudo, pensa, erroneamente, ser legal sua conduta.<sup>4</sup>

Noutro turno, segundo o art. 17 do Código Penal: "Não se pune a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime."

Na ineficácia absoluta do meio empregado, o instrumento utilizado não é apto para a execução do crime, visto que nunca levará a consumação. "Um palito de dente para matar um adulto, uma arma de fogo inapta a efetuar disparos ou uma falsificação grosseira, facilmente perceptível, por exemplo, são meios absolutamente ineficazes" (CAPEZ, 2009, p. 259).<sup>5</sup> Já a absoluta impropriedade do objeto ocorre quando este inexistente, ou nas "circunstâncias em que se encontra, torna impossível a consumação" (MIRABETE, 2007, p. 159), como por exemplo, a prática de aborto em uma mulher que não está grávida.

## 2.1.2 Ilicitude

Ilicitude ou antijuridicidade é a oposição entre o fato e o ordenamento jurídico. "A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito" (NORONHA, 1968, p.97).

Este conceito se completa por exclusões, isto é, pela consideração de causas que excluem a antijuridicidade. Nessa senda, será antijurídico um fato típico que não for protegido por uma excludente de ilicitude (FALCONI, 1994).

Em decorrência disto, "o exame da ilicitude nada mais é do que o estudo das suas causas de exclusão, pois, se estas não estiverem presentes, presumir-se-á a ilicitude" (CAPEZ, 2009, p.273).

### 2.1.2.1 Excludentes

Conforme dito, há tipos que permitem a prática de um fato típico para proteger um bem jurídico. São tipos permissivos, que quando realizados tornam o fato lícito (desde que cumpridos os requisitos exigidos em lei).<sup>6</sup>

#### 2.1.2.1.1 Estado de necessidade

"O estado de necessidade caracteriza-se pela *colisão de interesses* juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do *interesse social*" (BITENCOURT, 2009, p. 331).

---

4 Exemplos clássicos de erro de tipo:a) O agente pega uma caneta alheio a pensando ser sua (CAPEZ, 2009); b) Sujeito caçando, acha que é um animal selvagem e atira, quando na verdade tratava-se de uma pessoa. O agente errou quanto ao elemento do tipo: matar alguém (não tinha vontade de realizar isto e nem consciência de que o estava fazendo. (NUCCI, 2008).

5 Vale consignar que a ineficácia do meio deve ser absoluta, pois, se for relativa, leva a punição por tentativa. "Portanto, o ideal é que a avaliação seja feita após a ocorrência do fato (*ex post factum*) e não antes (*ex ante factum*)" (NUCCI, 2008, p. 335).

6 Estas excludentes estão dispersas no Código Penal, em leis especiais e legislação extrapenal. As mais comuns são as previstas no art. 23 do Código Penal, localizadas na parte geral deste caderno legal (as quais serão abordadas abaixo). No entanto, há também excludentes previstas na parte especial do Código Penal, v.g., aborto necessário (art. 128, I, do CP). Além das excludentes penais, o Código Civil admite modalidades específicas tais como o desforço imediato na defesa da posse e a legítima defesa. Outrossim, E. Magalhães Noronha (1968), menciona a possibilidade de haver causas supraleais de antijuridicidade. Segundo o autor, "a vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a *lei não esgota o direito* e, então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia a extraordinária licitude da figura típica" (p. 98/99).

Nos termos do art. 24 do Código Repressivo,

"considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

Destarte, para configuração do estado de necessidade é mister a concorrência dos seguintes requisitos: existência de perigo atual e inevitável; não provocação voluntária do perigo; Inevitabilidade do perigo por outro meio; inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; direito próprio ou alheio; finalidade de salvar o bem do perigo e ausência de dever legal de enfrentar o perigo.

#### **2.1.2.1.2 Legítima defesa**

"É a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários" (NUCCI, 2008, p. 248).

Está prevista no art. 23, II, do Código Penal e disciplinada no art. 25 do mesmo *codex*: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Requisitos: a) Agressão injusta, atual ou iminente; b) Direito próprio ou alheio; c) Meios necessários, usados moderadamente.

#### **2.1.2.1.3 Estrito cumprimento do dever legal**

Trata-se de uma ação em que o agente cumpre um dever imposto pela lei. Apesar da conduta ser típica (descrita como crime em algum tipo penal) não será ilícita.

É indispensável a concorrência de dois requisitos: a) estrito cumprimento: os atos devem ser estritamente necessários para cumprimento do dever; b) dever legal: é preciso que a ordem advinha de lei, ou seja, preceito normativo de caráter geral.

#### **2.1.2.1.4 Exercício regular de direito**

A própria nomenclatura do instituto expõe o seu conceito. Trata-se do "exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, caracterizada como fato típico" (CAPEZ, 2009, p. 296). Exemplos: prisão em flagrante por particular (Art. 301 do Código de Processo Penal); intervenções médicas e cirúrgicas quando houver consentimento do paciente ou de seu representante legal (se não houver aquiescência poderá caracterizar estado de necessidade em favor de terceiros); violência desportiva; correção disciplinar dos pais com os filhos; desforço imediato na defesa da posse; dentre várias outras hipóteses.

### **3 CULPABILIDADE**

Culpabilidade é o juízo de reprovação a uma conduta do autor. É a censurabilidade a um fato típico e antijurídico (ZAFARONI, 2007).

Enuncia Hans Welzel<sup>7</sup> *apud* Luís Regis Prado (2008, p. 370), que culpabilidade "é a reprovabilidade de decisão da vontade".

São três os elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (FALCONI, 1994, p.131).

---

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho Penal. [S.I.: s.n.], [1970?] p. 80.

Vale dizer, somente haverá censura ao fato, quando presente os três elementos mencionados.

Logo, culpabilidade é "um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo" (NUCCI, 2008, p.281).

### **3.1 Imputabilidade penal**

A imputabilidade é a capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e de determinar-se conforme esse entendimento (PRADO, 2009).

"Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência" (MIRABETE, 2007, p. 207).

A imputabilidade não se confunde com o dolo. Capez explica que, "dolo é a vontade, imputabilidade, a capacidade de compreender essa vontade" (2009, p. 311).

"O inimputável não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-se- lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade" (NUCCI, 2008, p. 288).

#### **3.1.1 Excludentes legais**

O Código Penal discrimina causas que geram a inimputabilidade penal. Nestes casos, ocorrerá a denominada "absolvição imprópria", na qual o Juiz absolve o acusado, mas lhe impõe medida de segurança na forma do art. 96 e ss. do Código Penal, à exceção da menoridade, hipótese que se aplicam medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumpra consignar que, ainda que o agente seja inimputável, deve restar provado que o fato é típico e ilícito. Do contrário, absolve-se o agente, ao invés de aplicar a medida de segurança. Aliás, é por este propósito que o art. 397, inciso II do Código de Processo Penal, não autoriza o Juiz a absolver sumariamente o inimputável, uma vez que deve haver a instrução para colheita de provas e, caso demonstrado que o fato é típico e antijurídico impõe-se medida de segurança, do contrário, absolve-se.

##### **3.1.1.1 Doença mental e desenvolvimento mental retardado**

Doença Mental "é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento" (CAPEZ, 2009, p. 312).

Já o desenvolvimento mental retardado "é uma deficiência mental que abarca graves defeitos de inteligência, consistente, em termos gerais, na falta de desenvolvimento das faculdades mentais" (PRADO, 2008, p. 377). "É o incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica" (CAPEZ, 2009, p.313).

##### **3.1.1.2 Desenvolvimento mental incompleto – menoridade**

Segundo o art. 27 do Diploma Repressivo (Dec.-Lei nº 3.914/41), art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e art. 104 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis.

Deste modo, há uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos não tem capacidade de discernimento.

### 3.1.1.3 Embriaguez completa proveniente de caso fortuito

Embriaguez é "uma intoxicação aguda e transitória causada por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, sejam eles entorpecentes (morfina, ópio, etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico)" (CAPEZ, 2009, p.316).

Na dicção do inciso II do art. 28 do Código Penal, a embriaguez voluntária ou culposa (ingerir bebida alcoólica sem intenção de se embriagar, o que vem a ocorrer por imprudência na ingestão de doses excessivas) não exclui a imputabilidade.<sup>8</sup>

Entretantes, preceitua o §1º do art. 28 que:

"é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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."

Com efeito, infere-se que, para que o agente seja inimputável em razão de embriaguez, esta deve ser completa, ou seja, deve retirar a total capacidade de entendimento e vontade do agente e deve ser proveniente de caso fortuito ou força maior.

## 3.2 Potencial consciência da ilicitude

O Direito Penal exige, para que haja culpabilidade - leia-se reprovabilidade - que o agente tenha, pelo menos, possibilidade de saber que sua conduta contraria o ordenamento jurídico. Não se trata de uma exigência de que todos conheçam a legislação, mas sim da possibilidade que ele poderia conhecê-la antes de praticar o ato delituoso.

É indispensável que no caso concreto de que se trata, tenha ele reconhecido, ou pelo a ilicitude de seu comportamento" (FRAGOSO, 1983, p. 210).

### 3.2.1 Excludente legal - erro de proibição

Reza o art. 21 do Código Penal: "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço."

Ninguém poderá escusar o cumprimento da lei, alegando seu desconhecimento.<sup>9</sup> Contudo, é mister que o agente tenha pelo menos a possibilidade de saber que o fato é antijurídico.

Com efeito, ocorre o erro de proibição quando "o agente não tem ou não lhe é possível esse conhecimento" (MIRABETE, 2007, p.197). Trata-se de uma falsa compreensão da ilicitude do fato. Não se trata de afirmar que o agente não tinha conhecimento da lei que proibia o ato, mas sim, de um erro em que o agente incide, porque pensa que é lícito o ato praticado.

O erro de proibição não exclui o dolo (como ocorre com o erro de tipo, já mencionado em tópico anterior), pois o agente teve a intenção de praticar o ato, mas pensando, erroneamente, que lhe era lícito. Destarte, o erro de proibição exclui a reprovabilidade da conduta, pois se inexistente a potencial consciência da ilicitude, não há culpabilidade.

V.g., "a prática da conjunção carnal consentida do agente com mulher alienada mental, ignorando o sujeito que a lei presume, nessa hipótese, a violência"<sup>10</sup> (MIRABETE, 2007, p. 200); o turista, nacional de país que permite o uso de maconha, vem para território brasileiro e fuma cigarro

<sup>8</sup> É certo que a embriaguez pode tolher a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme este entendimento. Contudo, caso a embriaguez fosse causa de inimputabilidade, instaurar-se-ia o caos na sociedade, posto que bastaria AA criminoso embriagar para poder delinquir.

<sup>9</sup> O desconhecimento da lei, embora não exclua a culpabilidade, é circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, II).

<sup>10</sup> Com o advento da Lei 12.015/09 não há mais presunção. O delito é considerado estupro de vulnerável, apenado com reclusão de 8 a 15 anos, nos termos do art. 217-A do Código Penal.

da erva, acreditando que sua conduta não importa na prática de infração penal (GRECO, 2008, p.415).

### 3.3 Exigibilidade de conduta diversa

Neste tópico, na alisar-se-á este elemento apenas para complementar o entendimento acerca da culpabilidade, haja vista que será objeto de ampla discussão nas fases que seguem este trabalho.

A exigibilidade de conduta diversa, terceiro elemento da culpabilidade, é a possibilidade do agente agir conforme as normas do direito (BITENCOURT, 2009). Exige-se que o agente tenha uma conduta diversa da praticada. Desta feita, não haverá censura ao agente quando, em determinadas circunstâncias que envolvam o fato, for inexigível outra conduta.

Com efeito, conforme será visto abaixo, há dirimentes legais (expressas em lei) que excluem este elemento: Coação Moral Irresistível e Obediência Hierárquica.

Noutro turno, grassa séria divergência se a inexigibilidade de conduta diversa incide no ordenamento jurídico como causa supralegal, ou seja, se a excludente pode ser reconhecida além das hipóteses descritas na legislação penal.

#### 3.3.1 Excludentes legais - coação moral irresistível

Desde logo deve-se enfatizar que a coação é moral (*vis compulsiva*), e não física (*vis absoluta*) (GRECO, 2008, p. 416), pois nesta, não há ação, visto que "não há atuação da vontade" (FRAGOSO, 1983, p. 215).

Dita o art. 22 do Código Penal: "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."

"Através da coação moral irresistível, o coator obriga o coato a praticar um delito contra um terceiro (a vítima), suprimindo-lhe a capacidade de resistência pela ameaça" (PRADO, 2008, p. 381), em outras palavras, "trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último, que cometa uma agressão contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável" (NUCCI, 2008, p. 296).

O constrangimento, para configuração da excludente em estudo, deve ser tal, que seja impossível, a quem está sendo coagido, resistir ao constrangimento. "O mal de que é ameaçado deve ser grave, certo e inevitável, de modo a não permitir que se conduza conforme o direito" (PRADO, 2008, p. 381).

A aferição do constrangimento será analisada caso a caso, considerando-se, para tanto, o *homo medius*, não é nem o herói e nem o covarde. "Assim, havendo coação moral insuportável, não é exigível que o coato resista bravamente, como se fosse um autômato cumpridor da lei" (NUCCI, 2008, p. 296).

##### 3.3.1.1 Obediência hierárquica

Conforme disposto no art. 22 do Código Penal, acima transcrito, se o fato é cometido em estrita obediência a uma ordem de um superior hierárquico, desde que não seja manifestamente ilegal, só é punível o autor da ordem, pois não era exigível que o subordinado tivesse outra conduta.

É circunstância elementar da excludente que a ordem tenha sido proferida por superior hierárquico no âmbito público, "não sendo admissíveis a hierarquia de relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar, etc." (ZAFARONI, 2007, p. 563).

"A dirimente exige que a ordem não seja manifestamente ilegal, uma vez que, se flagrante a ilicitude do comando da determinação superior, o sujeito não deve agir" (MIRABETE, 2007, p. 205).

O exemplo comumente exarado pela doutrina é do policial militar que, encarregado de manter as ordens na sala de audiência, comete um fato sem ter ciência que é ilícito. "Assim, se o juiz mandar o miliciano algemar um advogado que o desacate, o subordinado estará cumprindo uma ordem ilegal, mas, diante de seus poucos conhecimentos jurídicos, aparentemente legal" (CAPEZ, 2009, p. 334).

#### **4 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE**

Consoante foi estudado, o crime possui três elementos, sendo que, cada qual possui sua estrutura. Excluído qualquer componente do delito, através das causas eximentes legais previstas no ordenamento jurídico, não haverá delito.

Contudo, há ocasiões em que o agente comete um fato definido como crime, não açambarcado por nenhuma excludente legal, mas o faz em circunstâncias tais que a generalidade das pessoas também cometeria, ou seja, o senso comum não reprova o ato praticado, pois nas circunstâncias, não era exigível daquele agente outra conduta senão aquela praticada.

Ocorre que estes fatos apesar de não gerarem censura - reprovabilidade -, não se amoldam a nenhuma das causas que excluem a culpabilidade.

Destarte, criou-se a teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal (não positivada em lei) de excludente da culpabilidade.

##### **4.1 História**

O surgimento da inexigibilidade de conduta diversa caminha junto com a evolução teórica da culpabilidade.

No século XIX, a culpabilidade era tida como o elemento psicológico que ligava o agente ao fato. Resumia-se no dolo e na culpa - Teoria Psicológica da Culpabilidade.

A primeira noção normativa da culpabilidade veio através da "teoria das circunstâncias concomitantes" elaborada por Reinhard Frank, em 1907, na sua obra "*Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade*" (AMARAL, 2003) - Teoria Psicológica Normativa da Culpabilidade.

De acordo com a Teoria das Circunstâncias Concomitantes, "para que se possa considerar alguém culpado do cometimento de uma infração penal, é necessário que esta tenha sido praticada em condições normais" (CAPEZ, 2009, p.331), pois, caso as circunstancias que envolvam o fato sejam anormais, não haverá censura (reprovabilidade).

Frank introduziu a concepção de reprovabilidade na culpabilidade, pois, para haver esta, era necessário "a normalidade das circunstâncias em relação as quais o sujeito age" (DAMÁSIO, 2005).

Com este esboço, Berthold Freudenthal inaugurou "um posicionamento que tornava possível a concepção da inculpabilidade não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais" (ZAFARONI, 2007, p. 565). Freudenthal elaborou a concepção da *inexigibilidade de conduta diversa* e desenvolveu a idéia de que ela "era o elemento diferencial necessário entre o ato culpável e o não culpável" (AMARAL, 2003, p. 182). Para o doutrinador, a "culpabilidade é a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de forma diferente" (BITENCOURT, 2009, p. 364).

Destarte, Berthold Freudenthal foi o criador da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, que na época, não tinha limites legais. Contudo, após a II Guerra Mundial, devido às atrocidades cometidas, a inexigibilidade "converteu-se em perigoso argumento, com a finalidade de exculpar crimes atrozes" (ZAFARONI, 2007, p. 565). Logo, "aceitar a tese da *inexigibilidade* como posta por Freudenthal iria acabar com a eficácia do direito penal, uma vez que a ciência capitularia perante a

própria incapacidade do agente, por mais grave que fosse o crime" (NAHUM, 2001, p. 80). Por isso, a rejeição à tese de Freudenthal acabou sendo unânime.

Em razão disto, a legislação começou a delinear as fórmulas legais em que a excludente seria aplicada, afastando sua suprallegalidade.

Entrementes, com a evolução da culpabilidade que transferiu o dolo e a culpa para a conduta (fato típico), restando a culpabilidade apenas os elementos normativos, muitos autores têm entendido que, em determinadas circunstâncias (excepcionais), há que se aplicar inexigibilidade de conduta diversa, ainda que a hipótese não esteja prevista em lei, em razão do direito penal da culpa criado pela Teoria Normativa da Culpabilidade.

O primeiro caso em que se aplicou a inexigibilidade de conduta diversa ocorreu na Alemanha e foi aplicado pelo Tribunal do Reich no início do Século XX. (NORONHA, 1968, p. 100). Trata-se do famoso *Leinenfanger* - cavalo indócil que não obedece às rédeas.

O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e sáfise a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomou-lhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento (NUCCI, 2008, p. 303).

## 4.2 Conceito

A "exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana" (GRECO, 2008, p. 416).

É que o direito exige que todo sujeito imputável tome decisões de acordo com o conhecimento da ilicitude que possui. Porém, há situações anormais em que não se pode exigir do agente uma decisão conforme o comando normativo. Há o reconhecimento de que ele se encontra diante do que se chama *inexigibilidade de conduta diversa* (NAUHM, 2001, p. 73).

Com efeito, foram vistas as causas legais que excluem a culpabilidade. A questão que se instaura é se o ordenamento jurídico admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal excludente da culpabilidade.

"Causas suprallegais de exclusão da culpabilidade são aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico." (GRECO, 2008, p.421).

Em resposta a indagação, de porque surge este embate com a inexigibilidade de conduta diversa e não com os demais elementos da culpabilidade, Fernanda Figueira Tonetto (2002) esclarece: "simplesmente porque quanto aos demais elementos as causas de exclusão de tal forma genéricas que abrangem todas as hipóteses de inexistência de culpabilidade, por ausência de um dos seus pressupostos".

## 4.3. Discussão quanto à aceitação pelo ordenamento jurídico

Há uma calorosa discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto à incidência da inexigibilidade de conduta diversa em hipóteses não previstas na lei penal.

### 4.3.1 Corrente contrária

Alguns doutrinadores não admitem a tese em apreço. Sustentam que não há necessidade de uma causa supralegal, visto que as dirimentes existentes na legislação são abrangentes o suficiente, para abarcar todas as hipóteses em que inexistiria reprovabilidade ao ato.

Eugenio Raul Zaffaroni (2007) preconiza:

Negamo-nos a reconhecer que haja *uma* causa de inculpabilidade -legal ou 'supralegal' - de 'inexigibilidade de outra conduta', como foi sustentado pela doutrina estrangeira nos primórdios da teoria normativa da culpabilidade. (...) Diante da vigente legislação positiva brasileira, e da maneira como temos entendido as hipóteses de inculpabilidade, cremos que se torna totalmente desnecessária a busca de uma eximente autônoma de inexigibilidade de conduta diversa, que pode ter atendido a exigências históricas já superadas, mas cuja adoção, hoje, prejudica toda sistemática da culpabilidade (2007).

Por sua vez, Julio Fabbrini Mirabete afirma que:

A não-exigibilidade de conduta diversa é o fundamento de todas as causas de exculpação, e portanto seu *abstractum*, e não espécie de causa de exclusão da culpabilidade, que, como as demais, só pode ser reconhecida quando prevista em lei. Poder-se-ia, porém, aventar como solução para a hipótese de reconhecimento da causa supralegal a *aplicação in bonam partem*. A tese, porém, também é contestada na jurisprudência.

Ademais, asseveram que o Código Penal não autoriza tal desiderato, pois se o quisesse, o legislador teria mencionado esta suprallegalidade no texto legal, o que não ocorreu.

"A tese de que deveria ser inserida a inexigibilidade de conduta diversa como causa geral de exclusão da culpabilidade na lei não foi aceita na reforma de 1984" (MIRABETE, 2007, p. 197).

Neste prisma: "Em nosso sistema jurídico não é admissível a teoria das causas supraleais de exclusão de crime ou de culpabilidade" (STF, HC 66192, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 21/06/1988).

Outrossim, aduzem os partidários desta corrente, que a existência de uma causa supralegal de exculpação seria alegada por todos os acusados, sufragando numa impunidade demasiada. Por todos, Jescheck assevera que:

Uma causa supralegal de exculpação por inegibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva ou objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do Direito. (...) ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade de poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício (JESHECK,

Hans-Heinrich<sup>11</sup> *apud* GRECO, 2008, p. 421). Ademais, tão descabida é a tese, que subverte todo o sistema brasileiro, afirmando a legalidade da morte como sanção, pois a tanto corresponde afirmar a 'inexigibilidade de conduta diversa', vale dizer, nas circunstâncias só cabia matar! Isto é, não cabia apelar para o aparelhamento policial ou judicial existentes. (MARREY<sup>12</sup> *apud* LACERDA, 2000, p. 3).

Nelson Hungria (1958) afirmava que o reconhecimento da tese traria insegurança jurídica ao ordenamento. De acordo com o autor, atribuir aos Juizes "o arbítrio de, com apoio em critérios não afiançados pela lei (como o de que sempre 'é justo o meio para o justo fim')" seria expor a segurança jurídica a sério perigo de subversão.

Envolto a este mesmo contexto, Johannes Welssels aduz que "a admissão geral de uma causa de exculpação como esta, vaga e indeterminada no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica." Contudo, conclui o penalista, "conforme a opinião sustentada quase por unanimidade, pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa suprallegal de exculpação" (WESSELS<sup>13</sup> *apud* GRECO, 2008, p.422).

Heleno Cláudio Fragoso (1983), apesar de não admitir a causa suprallegal em apreço, esclarece que permite a sua aplicação analógica.

A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e suprallegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal. As causas de inexigibilidade previstas na lei, no entanto, permitem aplicação analógica.

#### 4.3.2 Corrente favorável

"Após constatada a *tipicidade e antijuridicidade* da conduta passar-se-á à análise da *culpabilidade*, que, contudo, poderá, eventualmente, caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa, elemento sem o qual não haverá culpabilidade" (BITENCOURT, p. 334, 2009).

Com efeito, "a não exigibilidade de conduta diversa supõe que a ocorrência excede a natural capacidade humana de resistência à pressão dos fatos" (BRUNO, 1981, p. 105), Ora, "se o Direito não impõe heroísmo, reclama uma vontade anticriminosa firme, até o limite em que razoavelmente pode ser exigida de um homem normal" (BRUNO, 1981, p. 105).

Deste modo, "não faria sentido ir censurar o agente que cometeu uma ação em circunstâncias tais que levariam a generalidade das pessoas honestas a cometê-la também" (NAHUM, 2001, p. 76), logo, a inexigibilidade de conduta diversa deve ser reputada como causa suprallegal, em um verdadeiro direito penal de culpa.

Francisco de Assis Toledo aduz que a inexigibilidade de conduta diversa "quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa suprallegal, erigindo-se em princípio fundamental". (1990, p. 3) Em razão disto, "dispensa a existência de normas expressas a respeito." (1990, pg. 3).

Segundo doutrina pertinente ao assunto, o sistema penal não abarca todas as situações em que não se exige outro ato do agente, ou seja, há hipóteses que não geram censura, mas que não se enquadram em nenhuma dirimente legal (JESUS, 2005, NUCCI, 2008; NAUM, 2001).

Nesta seara, Magalhães Noronha assevera que "a vida prática pode apresentar casos que verdadeiramente mostram que a *lei não esgota o direito* e, então, excepcionalmente, há de se ir buscar em preceitos de outros ramos jurídicos, no costume e na analogia a extraordinária licitude da figura típica" (1968, p. 98/99).

<sup>11</sup> JESHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal, v.l. p. 688.

<sup>12</sup> MARREY, Adriano et. al. Teoria e Prática do Júri. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>13</sup> WESSELS, Johannes, Derecho penal - parte general, v. 1, p. 126-127.

Deste modo, "no Brasil, reconhecida taxativamente à lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de *inexigibilidade*, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa" (NAHUM<sup>14</sup> *apud* NUCCI, 2008, p. 304).

O legislador não seria eficiente o bastante para esgotar todas as excludentes no texto legal. Neste ínterim, Damásio Evangelista de Jesus (2005) arremata:

Por mais providente que seja o legislador, não pode prever todos os casos em que a *inexigibilidade* de outra conduta deve excluir a culpabilidade. Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos do princípio da não-exigibilidade de comportamento lícito.

A seu turno, Frederico Marques (1965) dispara:

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

Por outro lado, negar a existência de uma causa supralegal é atentar contra o anseio de justiça, visto que a ausência desta dirimente acarreta condenações injustas, em casos que não geram censura, simplesmente pelo fato de nenhuma causa de exculpação legal se amoldar à situação fática.

Rogério Greco preconiza que "a possibilidade de alegação de uma causa supralegal, em algumas situações, como deixou entrever Johannes Wessels, pode evitar que ocorram injustiças gritantes" (2008, p. 422). "Somos da opinião de que em nosso ordenamento jurídico não existe qualquer impedimento para que se possa aplicar a causa exculpante supralegal da *inexigibilidade* de conduta diversa" (2008, p. 422).

Neste prisma, Damásio E. de Jesus indaga: "Em face de um caso concreto, seria condenar-se o sujeito unicamente porque o fato não foi previsto pelo legislador?" (2008, p. 483). O próprio autor esclarece: "se a conduta não é culpável, por ser *inexigível* outra, a punição, seria injusta, pois não há pena sem culpa. Daí ser possível a adoção da teoria da *inexigibilidade* como causa supralegal de exclusão da culpabilidade" (2005, p. 484).

Igualmente, Fernando Capez (2009) protesta:

Em face do princípio *nulum crimen sine culpa*, não há como compelir o juiz a condenar em hipóteses nas quais, embora tenha o legislador esquecido de prever, verifica-se claramente a anormalidade de circunstâncias concomitantes, que levaram o agente a agir de forma diversa da que faria em uma situação normal. Por essa razão, não devem existir limites legais à adoção de causas dirimentes.

Para Francisco de Assis Toledo "seria enorme contra-senso admitir-se a aplicação da pena criminal em hipótese de *inexigibilidade* de outra conduta, isto é, quando o agente, segundo critérios objetivos do juiz, fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer" (2007, p. 274).

Outrossim, há que se ressaltar que o juízo de censura é realizado pelo julgador e não por quem realiza o fato, deste modo, cai por terra a assertiva de que a incidência supralegal da dirimente geraria impunidade, pois o "juízo da não exigibilidade será aí mais rigoroso, e na verdade a aplicação do princípio há de resultar excepcional" (BRUNO, 1981, p. 104).

---

14 NAHUM, Marco Antonio. *Inexigibilidade de conduta diversa*, p. 98.

Não vemos razão para este temor [*referindo-se ao medo de impunidade*], desde que se considere a 'não-exigibilidade' em seus devidos termos, isto é, não com um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação de culpabilidade normativa, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém (TOLEDO, 2004, p. 315/317).

Não é porque o agente alegou inexigibilidade de conduta diversa, que a excludente será reconhecida<sup>15</sup>, pois, como ressalva William Douglas (2003), toda tese defensiva estará sujeita a suficiente lastro probatório.

Não é a existência da tese, nem o número destas, que dá vigor à criminalidade. Até porque não se combate o crime com condenações de inocentes. Além do mais, como já disse, o ônus social causado pelos sonegadores, políticos e administradores corruptos e motoristas imprudentes é muito maior do que o imposto pelos atuais 'candidatos' à pena de morte, mostrando certa ignorância da população sobre quais devem ser os criminosos severamente apenados. Tal falta de visão, talvez fruto de falta de esclarecimento, merece correção (DOUGLAS, 2003, p. 3).

Sendo assim, pode-se admitir que "em certas situações extremadas, quando não for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a inexigibilidade de conduta *diversa* seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente." (NUCCI, 2008, p. 304).

De acordo com estes estudiosos, não merece acolhida o argumento de que a excludente supralegal traria insegurança jurídica. Conforme dito, a dirimente somente será aplicada em casos excepcionais e a partir de provas irrefutáveis sobre a situação que a gerou. O próprio Eugenio Raul Zaffaroni (que não admite a excludente supralegal) afirma que "seja qual for a eximente alegada, é necessário que se prove a ocorrência de seus pressupostos pelos meios de prova legalmente idôneos, que incluem as presunções." (2007, p. 428).

Os doutrinadores adeptos a esta tese reconhecem que "uma aplicação indiscriminada do princípio poderia alargar uma brecha no regime." (BRUNO, 1981, p. 103). Todavia, conforme explanado alhures,

encontram tipificados no Código, e verdadeiramente, fora dessas hipóteses, não há de ser sem rigorosa cautela que se admitirá o poder de exculpação (BRUNO, 1981, p. 103).

Aníbal Bruno (1983), árduo defensor da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, esclarece:

Não é que deliberadamente só por exceção se deva aplicar o princípio. Mas excepcional é, na realidade, o aparecimento de casos em que, de fato, fora da tipificação da lei, se possa dizer que, razoavelmente, e tendo em vista os fins do Direito Penal, não era exigível do agente um comportamento conforme à norma. (1983, p. 103).

Destarte, "com todas essas reservas porém, a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código." (BRUNO, 1981, p. 106).

"A inexigibilidade de conduta diversa é uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não se concretizem os seus requisitos." (NUCCI, 2008, p. 622).

---

<sup>15</sup> "Ocorre que a tese acima é quase um coringa absolutório, servindo para suprir qualquer tese, ou, melhor, a falta de tese específica. Se apenas uma discriminante fosse existir na lei penal, sem dúvida a melhor escolha seria a inexigibilidade de conduta diversa, conforme o Direito. (...) Assim, entendemos que a teoria da inexigibilidade é de ser mantida sempre como um 'soldado de reserva'" (DOUGLAS, 2003, p.3).

Note-se que em momento nenhum se pretendeu admitir que a responsabilidade do agente estaria excluída sempre que as circunstâncias do caso indicassem que o autor do crime não teve forças para se comportar de acordo com as normas. Essa hipótese seria a falência do próprio sistema jurídico. Em verdade, o que se afirma, com fundamento num verdadeiro direito penal da culpa, é que o agente somente poderá ser punido quando se verificar a existência de um grau de reprovabilidade que justifique a punibilidade (NAHUM, 2001, p. 89).

Comungam desta aceção, ainda: Luís Regis Prado (2008); Celso Delmanto (2007); Luís Flávio Gomes (2004).

#### 4.4 Espécies

A doutrina e a jurisprudência já admitem quatro espécies jurídicas como autênticas causas de inexigibilidade de conduta diversa, além daquelas previstas no Código Penal.

O *Estado de Necessidade Exculpante*, no qual o agente sacrifica bem de maior valor para salvaguardar bem jurídico de menor valor, mas que, nas circunstâncias que a pessoa se encontrava, não lhe era exigível outra conduta. (PRADO, 2008; NUCCI, 2008).

O *Excesso Exculpante na Legítima Defesa*, que ocorre quando o excesso é cometido em decorrência "de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentados na inexigibilidade de conduta diversa." (NUCCI, 2008, p.278). Deste modo, considera-se que o agente, em determinadas circunstâncias, excede ao necessário para repelir uma agressão, todavia, em razão do estado psicológico que se encontra, não era exigível que tivesse outra conduta.

O *Aborto de Feto Anencéfalo*, no qual a gestante interrompe a gravidez de um feto com anencefalia, vale dizer, que não possui ramificações cerebrais. Sustenta parcela autorizada da doutrina que não é exigível que a gestante carregue um feto, por nove meses, que não tem probabilidade alguma de vida. É inexigível que ela tenha um comportamento conforme o direito, pois isto acarretaria transtornos físicos e psicológicos irreparáveis a sua vida. (CAPEZ, 2009; NUCCI, 2008; PRADO, 2008; BITENCOURT, 2009).

E, por último, a *Sonegação Fiscal em Contribuição Previdenciária*, em que se tem reconhecido a inexigibilidade de conduta diversa ao empresário que passa por sérias dificuldades financeiras e, para não ter que "fechar as portas", deixa de repassar a previdência social as contribuições descontadas dos salários de seus empregados.

#### 5.7 Exemplos de casos reais

A doutrina e a jurisprudência trazem uma gama de exemplos de casos reais em que se aplicou o tema. Entrementes, a guisa de ilustração, cinge colacionar dois julgados que refletem fielmente a aplicação do tema:

Apelação Criminal. Tráfico de entorpecentes. Estabelecimento prisional. Apreensão durante a revista. Mãe que tentou ingressar com drogas em unidade penal para pagar dívidas do filho com outros detentos. Inexigibilidade de conduta diversa. Possibilidade. Pequena quantidade de tóxico. Ré primária e de bons antecedentes, que confessou os fatos desde o início. Episódio isolado em sua vida. Verificação de condições de anormalidade a influir decisivamente na motivação da conduta. Entre recusar o pedido, admitindo os riscos de eventual retaliação ao ente querido, ou arriscar sua própria liberdade, em ato único e isolado, escolheu a ré, por temor, a segunda opção, o que não pode ser considerado como autêntico propósito delituoso. Ato volitivo viciado por circunstâncias excepcionais. Causa suprallegal exculpante configurada. Apelo provido para, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, absolver a ré, com expedição de alvará de soltura clausulado. (TJSP, Apelação nº 990.09.120717-

9, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 14/09/09).

O apelado, que exercia a função de agente de segurança penitenciário, durante a série de atentados do PCC, havia enfrentado duas rebeliões em seu trabalho, sendo inclusive resgatado pelo batalhão de choque em virtude de ter se ferido. Acrescenta-se que o apelado, conforme se extrai da prova produzida, estava sendo ameaçado por organização criminosa e acreditava estar sofrendo perigo real e imediato, de maneira que adquiriu a arma apreendida de um soldado da polícia militar para sua defesa pessoal e tentava obter autorização para portá-la quando dos fatos. Aliás, o apelado já havia se submetido aos exames psicotécnico e de tiro para a obtenção do porte de arma, porém entendeu necessário carregar a arma, para sua defesa pessoal, antes da concessão da autorização. Não bastasse isso, como bem ressaltado pela Procuradoria Geral de Justiça, embora a segurança pública tenha sido lesada pelo porte ilegal de arma de fogo, na oportunidade dos acontecimentos, consistentes em sucessivas rebeliões, atentados contra pessoas, ônibus incendiados, ataques a postos policiais dentre outros, numa visível demonstração de forças da organização criminosa, a segurança pública estava comprometida e, por isso, não se poderia exigir de um agente de segurança penitenciário, refém em duas rebeliões, que não portasse a arma de fogo que havia adquirido para sua defesa pessoal porque ainda não havia conseguido autorização para tanto (TJSP, Apelação nº 990.08.18774 6-5, Rel. Des. Lucas Tambor Bueno, j. em 15/10/09).

## 5 CONCLUSÃO

A teoria do delito é complexa. Em diversos aspectos visualizam-se discussões doutrinárias.

A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal é demasiadamente controversa e doutrinadores renomados divergem quanto a sua admissão no ordenamento jurídico.

O tema é de suma importância para a ciência criminal. A justiça não pode ser exercida de uma maneira para uns e de outra para alguns. O entendimento deve ser sedimentado, seja qual for o posicionamento, visto que o cidadão não pode ficar a mercê da sorte, sobre qual juiz irá julgar seu caso (se favorável ou não à tese).

O legislador deveria cumprir seu desígnio e estancar a divergência, preceituando a admissão ou não desta supralegalidade.

As dirimidas expressamente previstas no sistema jurídico não abarcam todas as situações fáticas, de modo a dispensar a existência de uma causa não prevista na legislação. Os próprios casos apresentados demonstram que há diversas situações que não geram reprovabilidade, mas que não se encaixam em nenhuma excludente legal, mormente porque, o legislador não seria providente o bastante para prever todas estas hipóteses.

Da mesma maneira, o reconhecimento da tese não iria gerar impunidade, posto que o juízo de censura será realizado pelo julgador e não pelo agente do fato. A aplicação da excludente somente ocorrerá em casos excepcionais.

Ademais, para o reconhecimento de qualquer tese é necessário um acervo probatório e não uma mera arguição. Outrossim, consoante assentado pelos doutrinadores, o reconhecimento da causa não trará insegurança jurídica. Não é condenando inocentes que se combaterá a criminalidade. Negar a supralegalidade da excludente pode acarretar condenações injustas em casos que não geram reprovação social.

Com efeito, olvidar da importância da culpabilidade é ir de encontro com a evolução teórica da ciência penal.

Avulta anotar, que por mais providente que seja o legislador, é absolutamente impossível legislar, expressamente, sobre todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa que devem ser admitidas em direito, até mesmo porque a sociedade vive em constantes evoluções sociais, políticas, culturais e científicas, da qual o sistema jurídico escrito não consegue acompanhar.

É cediço que entre o direito e a justiça deve-se optar por esta, que, muitas vezes, ocorre através de orientações contrárias à própria lei.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.492. 5ª Turma. Relator Ministro Assis Toledo. Brasília, 23 de maio de 1990.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Tomo 2.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. São Paulo: Ícone, 1994.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GALUPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [19-?].

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal - Parte Geral e Direito Processo Penal**. IELF, 2004. Apostila do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**, volume 1: Parte Geral. 28º Ed. São Paulo: Saraiva, 2005

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=994>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

NAHUM, Marco Antonio R. **Inexigibilidade de conduta diversa**: causa supralegal: excludente de culpabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1968.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 943, fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>. Acesso em: 06 abr. 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VELOSO, Roberto Carvalho. A inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade penal. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=995>>. Acesso em: 07 abr. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.