

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

FABLIZIA CÁCIA DE LIMA

INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NOS CRIMES
DOLOSOS CONTRA A VIDA

RUBIATABA-GO

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA - FACER
CURSO DE DIREITO

FABLIZIA CÁCIA DE LIMA

INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA NOS CRIMES
DOLOSOS CONTRA A VIDA

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Eduardo Barbosa Lima.

RUBIATABA-GO

2008

FABLIZIA CÁCIA DE LIMA

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES DOLOSOS
CONTRA A VIDA

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____
Esp. EDUARDO BARBOSA LIMA

1º Examinador: _____
Ms. GERUZA SILVA DE OLIVEIRA

2º Examinador: _____
Esp. FABIANA SAVINI BERNARDES PIRES DE ALMEIDA RESENDE

Rubiataba, 2008

DEDICATÓRIA

A Deus,

Que sempre me dá força e sabedoria
para enfrentar os obstáculos que
surgem.

A meu esposo,

Que em nenhum momento mediu
esforços para estar ao meu lado em
busca da realização de meus
objetivos.

À minha família,

Que desde cedo me mostrou a
importância dos estudos.

Aos meus amigos,

Poucos em números, mas
incomensuráveis na qualidade.

Ao orientador,

Pela sabedoria na orientação e por sua
amizade dispensada.

AGRADECIMENTO

Acabo de vencer uma batalha, dentre muitas com as quais terei de deparar. E neste momento, venho agradecer a Deus por sua infinita misericórdia e permissão para que tudo pudesse ter acontecido. Ao longo de minha vida, tive que fazer escolhas e seguir em frente para atingir meus ideais. Hoje, é o fim de uma trajetória e início de outra. Mas, quero utilizar desse momento para demonstrar todo meu agradecimento e respeito por você meu esposo, que se fez presente em todos os momentos firmes e trêmulos dessa caminhada. E passo a passo, pude sentir sua mão na minha, transmitindo-me a segurança necessária para enfrentar meu caminho e seguir... A vitória também é sua. Pois, para que eu pudesse chegar até aqui muitas foram suas renúncias em busca de realizar meu sonho e me ver crescer; Não bastaria dizer muitíssimo obrigado, e sim, dizer que sua presença ao meu lado foi de fundamental importância, algo como a luz e o sentido na minha vida. O conselheiro nas horas de dúvida, o companheiro nos momentos de fraqueza e desilusão, o impulso para minhas vitórias, meu admirador, enfim, por acreditar que este dia chegaria você se esforçou e buscou a cada dia realizar meu sonho. Por tudo te agradeço. Muito obrigada!

À minha filha que de forma singela me deu força para enfrentar as dificuldades e buscar o sucesso para o nosso futuro.

Aos meus pais, parentes e amigos quero ofertar esta vitória, sei que vocês sempre viram em mim a capacidade de vencer, e por isso, ficou ainda maior minha necessidade de continuar lutando sempre.

E não poderia deixar de agradecer a você, minha tão querida amiga e secretária, Neusa, pois enquanto buscava conhecimentos, você cuidava de minha maior riqueza: minha filha. Obrigada. E por isso, divido com você minha alegria.

A todos, que fazem parte da minha vida e juntos andamos para alcançar este momento.

“Quando amamos e acreditamos do fundo de nossa alma, em algo, nos sentimos mais fortes que o mundo, e somos tomados de uma serenidade que vem da certeza de que nada poderá vencer a nossa fé. Esta força estranha faz com que sempre tomemos a decisão certa, na hora exata e, atinjamos nossos objetivos ficando surpresos com nossa própria capacidade”
(Paulo Coelho).

RESUMO: Este trabalho tem como preferencial teórico as situações supralegais de exculpação. A possibilidade de exculpação supralegal pressupõe a inexigibilidade de um comportamento adequado à norma como causa de exclusão da culpabilidade, o que demanda, por sua vez, uma definição material da culpabilidade capaz de admitir que circunstâncias anormais afastem o juízo normativo de reprovação penal para excluir ou mitigar a censura penal. A força do princípio da exigibilidade na estrutura do conceito analítico do fato punitivo é evidente desde sua origem, e sua importância como limite ao poder punitivo é evidente em sua trajetória teórica. Por seu fundamento material nas condições anormais do fato, a inexigibilidade ingressa como argumento de exceção no discurso jurídico, o que em parte explica a dificuldade da maioria dos penalistas em tratar do assunto. Mas sua compatibilidade com os princípios do Direito Penal e a possibilidade de evitar a negação da vida pela afirmação do sistema formal de incriminações torna a exigibilidade uma categoria necessária no Direito Penal vigente. A partir dela, são apresentadas as situações supralegais de exculpação que consistem o principal referencial teórico de análise. A possibilidade de excluir ou reduzir o juízo de exigibilidade realizado no exame da culpabilidade é estudado em relação ao fato de consciência, na provocação de situação de legítima defesa, no quadro da desobediência civil e, finalmente, em situações de conflito de deveres. No fato de consciência, ações ou omissões típicas podem ser exculpadas pelo fundamento do exercício do direito fundamental de crença e consciência, desde que respeitados os direitos alheios por alternativa neutra ou em casos de lesão irrelevante. Na provocação de situação de legítima defesa, encontramos como limite ao exercício da violência institucional o direito inalienável de defender a própria vida pela relativização do dever de suportar a agressão provocada. Finalmente, como representante mais amplo da possibilidade de exculpação supralegal, o conflito de deveres impede ou abranda qualquer juízo de reprovação contra indivíduos que realizam um dever ético em situações que antagonizam deveres anormativos.

Palavras-chave: Exigibilidade de comportamento adequado à norma, situações supralegais e exculpação, legítima defesa, inexigibilidade de conduta.

ABSTRACT: This paper has preferred Theoretical as the situations supralegais of exculpation. The possibility of exculpation supralegal presupposes the inexigibilidade a standard for appropriate behavior as a cause of exclusion of guilt, which demand, in turn, a material capable of guilt to admit that depart from the unusual circumstances of disapproval criminal court rules to exclude or mitigate the criminal censure. The strength of the principle of call in the structure of the analytical concept of punitive fact is evident from its origins, and its importance as limited to the punitive power is evident in its theoretical trajectory. For his plea on the terms abnormal of material fact, the inexigibilidade joins as an argument to defense in legal discourse, which in part explains the difficulty of most penalties in dealing with the matter. But its compatibility with the principles of criminal law and the possibility of avoiding the negation of life for the assertion of the formal charges makes a call category needed in criminal law in force. From there, the situations are presented supralegais exculpation consisting of the main theoretical framework of analysis. The possibility of exempting or reducing the legal proceedings in which conducted the examination of guilt is studied in relation to the fact that conscience, in defiance of a position of self-defense, within the framework of civil disobedience and, finally, in situations of conflict of duties. In fact conscience, actions or omissions may be typical exculpadas plea by the exercise of the fundamental right of belief and conscience, if they respected the rights of others by alternative neutral or in cases of injury irrelevant. In defiance of self-defense situation, we found as limit the exercise of institutional violence against the inalienable right to defend their own lives by relativization of duty to support the attack caused. Finally, as representative of the wider possibility of exculpation supralegal, the conflict of duties prevents or slows disapproval of any legal proceedings against individuals who have an ethical duty in situations that antagonize abnormal duties.

Keywords: call the appropriate standard of behavior, situations and supralegais exculpation, self-defense, inexigibilidade of conduct.

LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

§ - parágrafo

amp – ampliada

art. – artigo

Des - Desembargador

ed. – editor

Esp. - especialista

Ex – exemplo

Ms. – mestre

nº - número

p. – página

Resp- Recurso Especial

rev – revisada

LISTA DE SIGLAS

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CPB – Código Penal Brasileiro

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

ECA - Estatuto da Criança e Adolescente

FACER - Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA	16
2. ESTUDO ANALÍTICO DO CRIME	20
2.1 Noções Fundamentais	20
2.2 Caracteres do Conceito Analítico do Crime	22
2.3 Análises dos Elementos Constitutivos do Crime	22
2.3.1 Fato Típico	20
2.3.2 Antijuricidade ou Ilicitude	24
2.3.3 Estado de Necessidade	25
2.3.3.1 Elementos Essenciais para a Caracterização do Estado de Necessidade	26
2.3.3.2 Espécies de Estado de Necessidade	27
2.4 Legítima Defesa	27
2.4.1 Elementos Essenciais para a Caracterização da Legítima Defesa	28
2.4.2 Espécies de Legítima Defesa	28
2.4.3 Estrito Cumprimento do Dever	29
2.4.4 Exercício Regular do Direito	29
2.4.5 Ofendículos	30
2.5. Culpabilidade	30
2.6 Imputabilidade	33
2.6.1 Elementos da Imputabilidade	33
2.6.1.1 Doença Mental	34
2.6.1.2 Desenvolvimento Mental Incompleto	34
2.6.1.3 Desenvolvimento Mental Retardado	34
2.6.1.4 Menoridade	35
2.6.1.5 Embriaguez	35
3. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA	36
3.1 Conduta Humana	36
3.2 Classificação Dos Crimes	37
3.2.1 Crime omissivo e comissivos	37
3.2.2 Material, Formal e de Mera Conduta	39
3.2.3 De Dano e de Perigo	39
3.2.4 Qualificado e Privilegiado	39
3.2.5 Instantâneo, Permanente e Instantâneo de Efeitos Permanentes	40
3.2.6 Unissubjetivo e Plurissubjetivo	40
3.2.7 Simples e Complexo	40
3.2.8 Comum, Próprio ou Especial e de Mão Própria	40
3.2.9 Progressivo	41
3.2.10 De Ação Livre e de Ação Vinculada	41
3.2.11 Falho ou Tentativa Perfeita	41
3.2.12 Unissubsistente e Plurissubsistente	41
3.2.13 Vago	42
3.2.14 De Ação Múltipla ou de Conteúdo Variado	42
3.2.15 Habitual	42
3.2.16 Delito Putativo	43

3.2.17 Quase-Crime-----	43
3.3 Consumação e Tentativa-----	43
3.4 Elementos Do Crime -----	43
3.4.1 Crime Doloso -----	44
3.4.2 Crime Culposo -----	44
4. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E O TRIBUNAL DO JÚRI -----	46
4.1 Júri No Brasil-----	47
4.2 Causas Legais de Exclusão da Culpabilidade Pela Inexigibilidade de Conduta Diversa -	50
4.2.1 Coação Moral Irresistível -----	56
4.2.2 Obediência Hierárquica-----	58
4.3 Causas Supralegais de Exclusão da Culpabilidade Pela Inexigibilidade de Conduta Diversa -----	60
5. Inexigibilidade de Conduta Diversa Nos Crimes Dolosos Contra a Vida -----	63
5.1 Quesitação, no Júri, da Inexigibilidade de Conduta Diversa -----	67
CONCLUSÃO-----	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS-----	73

INTRODUÇÃO

De acordo com estudo apresentado, será desenvolvida uma das partes mais importantes e que deve ser dominada por um penalista, são os caracteres e os elementos que integram a teoria do crime, sendo eles os caminhos a serem seguidos para que se realize um levantamento e uma investigação sobre o ato delitivo, desenvolvendo assim um entendimento sobre o assunto.

O objetivo geral da pesquisa é através de uma abordagem concisa levantar os pontos fundamentais aplicados nos processos de crimes dolosos contra a vida no Brasil, passando pelo conceito analítico do crime e sua conseqüente excludente, seja de tipicidade e culpabilidade.

Apresentar na busca da natureza jurídica, a “inexigibilidade de conduta diversa”, como sendo uma causa de exclusão de culpabilidade. E que para ser considerado um crime, um fato deve enquadrar-se no preceito legal, deve ser contrário ao direito, e o agente deve agir com culpa, demonstrando que se não há conduta, não há fato típico e como conseqüência não há crime.

Aqui nosso estudo parte de uma breve referência histórica, que localiza a origem do princípio da inexigibilidade no contexto de um país empobrecido, onde os dilemas sociais transformados em casos penais foram resolvidos em favor da descriminalização de condutas realizadas em circunstâncias anormais.

Além dos pontos levantados, serão tratados outros de grande importância para o entendimento da parte geral do Código Penal, sendo assim, muito necessário para entender não só a parte especial, mas sim, adquirir argúcia de solucionar questões complexas, isto é, ficando muito mais simples o entendimento dos casos práticos.

O Código Penal Brasileiro não se preocupou com a definição para o crime, mas, não é papel do legislador, enquanto para alguns doutrinadores nos dias atuais, o crime é definido como fato típico, antijurídico e culpável, no entanto, outros doutrinadores definem apenas como fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade não é requisito do crime, constituindo puro juízo de reprovação e atuando como pressuposto da resposta penal.

Esta parte é uma das mais complexas, pois este é um momento onde o sujeito cognoscível tem de conhecer cada caractere e elemento do crime, e sabendo que a concepção adotada pela doutrina majoritária é a tripartida, far-se-á uma investigação bem profunda para que ao analisar um fato concreto nada passe despercebido, pois se o sujeito cognoscível estiver despercebido de conhecimentos acerca de tema de pesquisa, certamente encontrará obstáculo nas suas conclusões.

Nesse contexto, independente da corrente que se adote, pode-se afirmar que o estudo da culpabilidade é imprescindível para se apurar grau de responsabilidade à conduta daquele que infringiu uma norma penal. Todavia, os requisitos da culpabilidade, quais sejam a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta conforme o Direito torna-se indispensáveis para punição do agente.

A coação moral irresistível e a obediência hierárquica são causas legais excludentes da culpabilidade e se situam no contexto da inexigibilidade diversa, vale dizer, que na coação moral insuportável, não é exigido que co-autor resista heroicamente, da mesma forma a obediência hierárquica, pois dificilmente se pode exigir do subordinado que questione a ordem do seu superior.

Com isso enfrenta-se a dificuldade de definir critérios gerais determinantes da anormalidade, capazes de indicar a existência de situações de exculpação por inexigibilidade, concluindo-se pela necessidade de desenvolver estas hipóteses, separada e pormenorizadamente.

Apresentaremos as situações supralegais de exculpação, entretanto, algumas questões preliminares são avaliadas para impedir que o “medo de insegurança jurídica” entrave o reconhecimento da exceção no discurso jurídico, subordinando a redução ou supressão da censura penal pela inexigibilidade ao rigor teórico e, principalmente, ao controle constitucional. Resolvidas às eventuais resistências dogmáticas, definem-se as situações de exculpação como hipóteses que excluem ou reduzem a possibilidade de exigir um comportamento que corresponda à previsão legal, determinando a exclusão ou a redução da culpabilidade.

As situações supralegais de exculpação, previstas implicitamente no ordenamento jurídico, desenvolvidas pela doutrina e aqui analisadas, são os fatos de consciência, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.

Nessa linha, a inexigibilidade de conduta diversa enquanto elemento estrutural no conceito de culpabilidade aparece como uma verdadeira causa extralegal de isenção de pena, pois se funda em um dos elementos que integra a definição de culpabilidade. Constituindo em um dos temas divergentes, além de ser de importância crucial na seara penal. As divergências se acentuam quanto à aplicação desta causa, não prevista no nosso ordenamento jurídico, no Júri, no tocante à formulação de quesitos sobre tal excludente, devido ao disposto no art. 484, III do CPP, tendo a expressão “por lei” contida no referido artigo ser simplesmente um entrave à adoção da excludente.

Dessa forma, o objetivo central é demonstrar através de estudos e pesquisas que embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois, o mesmo é um todo unitário, faz-se necessário a análise de cada uma de suas características fundamentais, ou seja, fato típico, a antijuricidade e a culpabilidade. E reconhecer que cada um dos elementos, na ordem em que foram apresentados é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento posterior.

Porém, não é de se aceitar que indivíduos inocentes sejam condenados há anos ou dias intermináveis de prisão por ter cometido uma infração penal não reprovável pela sociedade, pois as circunstâncias o obrigavam a agir de tal maneira, somente porque não há previsão legal, sendo praticamente impossível determinar uma medida padrão utilizável para aferir a inexigibilidade em todas as situações. E é de se entender que essas causas supralegais são também formas substanciais de redução da criminalidade e com a análise da aplicação de causas supralegais nos crimes dolosos contra a vida, considerando indivíduos de bom caráter e a condição do sistema prisional brasileiro, facilita, sistematicamente a defesa da tese no Júri.

1 CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Jus Navigandi. **A inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de exclusão da culpabilidade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163> > Acesso em: 17 de Setembro de 2008.

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

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

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

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

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

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

² Jus Navigandi. **Culpabilidade: evolução histórica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>> Acesso em: 17 de Setembro de 2008.

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

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

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

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

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

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

³ Tradução: Quando a vontade do agente quis o mau resultado. Dicionário de Latim. Disponível em: <<http://www.maximoadvogados.com/dls.htm>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

2 ESTUDO ANALÍTICO DO CRIME

2.1 Noções fundamentais

O Código Penal vigente não contém uma definição de crime, encargo que é deixado aos doutrinadores. Em doutrina, cogita-se de conceito formal e material, bem como de conceito analítico de crime. O primeiro corresponde à definição nominal (relação de um termo àquilo que o designa); o segundo, a definição real, que procura estabelecer o conteúdo do fato punível. O conceito analítico, de grande importância técnica, já indica as características ou elementos constitutivos do crime.

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, faz-se necessária à análise de cada uma de suas características fundamentais, ou seja, fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. É importante dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento posterior. Com isso, para ser considerado crime, um fato deve enquadrar-se no preceito legal, deve ser contrário ao direito, e o agente deve agir com culpa.

Welzel (1987, p.57) disserta sobre a questão:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.

Se não há conduta, não há fato típico e, como consequência não há crime. Neste caso, elimina-se o crime a partir do estudo de seu primeiro elemento – o fato típico. Somente quando o fato é típico, isto é, quando comprovado que o agente atuou dolosa ou culposamente, que em virtude de sua conduta adveio o resultado e, por fim, que o seu comportamento se adapta perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, é que poderemos passar para análise da antijuridicidade. Da mesma forma, somente iniciaremos o estudo da culpabilidade se já tivermos esgotado o estudo do fato típico e da antijuridicidade.

Para a grande maioria dos doutrinadores, para que haja crime é imprescindível que o sujeito tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável, sendo que a punibilidade não integra o delito, sendo apenas a sua consequência. O crime é único e indivisível, porém o seu estudo analítico possibilita a verificação da existência da infração penal ou de um indifferente penal.

Assim, na sábia lição de Zaffaroni (1981. p. 324):

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).

O crime no aspecto formal, para Mirabete e Damásio é apenas um fato típico e antijurídico, uma vez que a culpabilidade é um requisito para aplicação da pena.

É importante lembrar que não há diferença substancial entre contravenção e crime, sendo que o critério de escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravenção ou criminosa. As

contravenções penais devem em geral englobar as infrações consideradas menos graves, ou seja, aquelas que ofendam bens jurídicos não tão importantes como aqueles protegidos quando se cria a figura típica de um delito.

2.2 Caracteres do conceito analítico do crime

Os caracteres a serem analisados no crime são: tipicidade ou antinormatividade; ilicitude ou antijuricidade (normas penais permissivas) e culpabilidade (divergente acerca do conceito analítico ou estratificado).

Esses são os caracteres da teoria do crime, todavia, alguns doutrinadores não incluem a culpabilidade, já outros, além de incluir a culpabilidade, ainda inclui a punibilidade.

2.3 Análises dos elementos constitutivos do crime

2.3.1 Fato típico

Fato típico é um comportamento humano, seja ele, comissivo ou omissivo, que tem, via de regra, um resultado, e é previsto na legislação penal como delito. Para que se possa afirmar categoricamente que o fato concreto tem tipicidade, é imprescindível que ele se enquadre na descrição legal, isto é, que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem que se amolda perfeitamente aos elementos constantes do modelo previsto no art.121 do Código Penal.

Sendo os seus elementos: a conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva; resultado (salvo nos crimes de mera conduta); nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; e tipicidade. A conduta é uma ação ou omissão, consistindo na violação de um preceito legal. Essa conduta causa um resultado, que constitui seus efeitos. Entre o resultado e a conduta é necessária a existência de um liame. O resultado tem de estar ligado à conduta por um nexo de causalidade. Finalmente, para que o fato seja típico, é necessário que a conduta, o resultado e o nexo causal, que formam um fato, estejam descritos na lei penal.

No caso concreto se não apresentar todos esses elementos, não é fato típico, conseqüentemente não é crime. Excetuando a tentativa em que não há resultado.

O conceito de tipicidade ou antinormatividade é o enquadramento da conduta concretizada pelo agente na norma penal descrita em abstrato, isto é, a norma tem de existir anteriormente a prática da conduta delituosa, obedecendo assim o princípio da anterioridade da lei penal, consoante ao artigo 1º, 1ª parte do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”.

Para Damásio (2002, p. 301) assegura que “a tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie da infração contida na lei penal incriminadora”.

A adequação típica imediata ou direta, que ocorre quando há uma relação total da conduta praticada com o tipo previsto na lei penal. Por exemplo, profanar palavras de baixo calão contra outrem. Neste caso, ocorreram à conduta descrita no artigo 140 do Código Penal, a Injúria, e a consumação pelo próprio autor.

E na adequação típica mediata ou indireta, se faz mister uma norma de extensão, sem a qual o crime não existiria. Por exemplo, um rapaz querendo praticar o crime de estupro recebe o auxílio de uma amiga que sabendo da sua finalidade, empresta-lhe uma corda para

amarrar a vítima. Neste caso, se não existissem as normas de extensão homogênea prevista no artigo 297 do Código Penal e o artigo 30 do mesmo diploma, não seria possível enquadrar uma mulher como partícipe auxiliar de um crime especial, ou seja, neste caso, praticado somente por homens.

A diferença entre a norma de extensão homogênea e a norma de extensão heterogênea, a doutrina traz da seguinte forma, esta é oriunda de outras normas que não esteja tipificado o crime em análise. Por exemplo: no crime de tráfico de entorpecentes previsto na Lei 11.343/06, tem de ser remetido à Portaria 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), para saber se a substância apreendida é ou não considerado elemento entorpecente.

Já a norma de extensão homogênea, o crime analisado é remetido para outra norma da mesma natureza, por exemplo: no crime de bigamia, previsto em Decreto-Lei, sendo o Código Penal, que ocorre quando alguém sendo casado contrai outro casamento, logo, far-se-á uma ligação a outra lei, que é o novo Código Civil Brasileiro. É importante ressaltar que os decretos-leis, após a Carta Magna de 1988, não existem mais, pois, as que foram recepcionadas pela Carta Magna, estão sendo no mesmo patamar, isto é, em nível com as leis ordinárias, como é o caso do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal.

2.3.2 Antijuridicidade ou ilicitude

É a contradição entre um comportamento humano e o ordenamento jurídico, pelo qual a ação ou omissão típica tornam-se ilícitas. Para se atingir a responsabilização penal de alguém há necessidade, portanto, de comparar o fato concreto com a lei penal. É preciso existir entre ambos uma correspondência de satisfação dos elementos descritos com os praticados pelo agente.

Jesus (2002, p.74), abordando o tema conceitua fato antijurídico como “a antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o ato típico e o ordenamento jurídico. A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita”.

Presente a causa de exclusão o fato é típico, mas não antijurídico, e, em consequência, não se há de cogitar em crime, pois lhe falta um requisito.

Os elementos da Antijuricidade ou Ilicitude são: estado de necessidade (próprio, de terceiro, real, putativo, defensivo e agressivo); legítima defesa (própria, de terceiro, real, putativa e sucessiva); estrito cumprimento do dever legal (real e putativo); exercício regular do direito (real e putativo).

O conceito de ilicitude é a simples contradição entre o fato praticado pelo sujeito e a norma de proibição; em suma, todo fato típico será ilícito, exceto quando estiverem presentes, no caso concreto, umas das causas excludentes ou justificantes expressamente previstas em lei.

Repare que quando o agente pratica um fato embasado em um dos elementos da ilicitude, usa-se o termo justificante da ilicitude, no entanto, nesse caso inexistente o crime.

Greco (2004, p. 120) diz que é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, sendo este em sentido amplo, pois ele quer dizer que a ilicitude não se resume em matéria penal, mas sim de natureza civil, administrativa, tributária etc.

2.3.3 Estado de necessidade

Para Soler, o conceito de estado de necessidade caracteriza-se como: “una situación de peligro para um bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de outro bien jurídico.”

O Código Penal traz o seguinte texto, *in verbis*:

Art.24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica fato criminoso para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstancias, não era razoável exigir-se.

2.3.3.1 Elementos Essenciais Para A Caracterização Do Estado De Necessidade

Os elementos essenciais para a caracterização do estado de necessidade se apresentam como **Perigo atual** onde tem que estar acontecendo no exato instante. **Iminente**, pois há doutrinadores que aceitam esta hipótese. **Não provocou por sua vontade** onde a pessoa que está agindo em estado de necessidade não pode ser a causadora da situação de perigo, isso significa que ela tem de ser inocente. **Nem podia de outro modo evitar** quando não deve haver nenhum outro recurso mais apropriado antes de agredir um bem jurídico alheio, pois se houver outros meios não caberá alegar estado de necessidade e haverá crime. **Direito próprio** agride bem jurídico alheio que ocasionou a situação de perigo ou não, para salvar a própria vida. **Direito alheio** agride bem jurídico alheio que ocasionou a situação e perigo ou não, para salvar a vida de terceiro inocente. **Cujo sacrifício nas circunstancias**, neste caso, deve-se ter em vista o principio da razoabilidade, porque há a necessidade da ponderação no momento de diferenciar se o bem defendido pelo agente é de maior ou igual valor ao bem sacrificado. **Não era razoável exigir**: neste caso, a pessoa que se encontra num momento de vida ou morte e não há condições de ambos se salvarem, a lei diz que neste caso não se pode exigir uma conduta diferente, logo, outorga-lhe o direito de lutar pela própria vida agredindo um bem jurídico de igual ou menor valor.

2.3.3.2 Espécies de estado de necessidade

O estado de necessidade se apresenta como próprio, de terceiro, real, putativo, defensivo e agressivo, e se definem como **Próprio**, quando o agente protege o bem jurídico próprio; **De terceiro**: quando o agente protege o bem de terceiro; **Real**: quando existe efetivamente a situação de perigo; **Putativo**: quando a situação de risco é imaginada por erro do agente (descriminante putativa); **Defensivo**: quando se sacrifica um bem jurídico pertencente à própria pessoa que criou a situação de perigo; **Agressivo**: quando se sacrifica um bem jurídico de terceiro inocente, que não criou a situação de perigo.

2.4 Legítima defesa

Conforme Greco (2004, p.200) a legítima defesa é um instituto destinado à proteção de bens que estejam sendo lesados ou ameaçados de lesão por uma conduta proveniente do homem.

O Código Penal traz o seguinte texto, *in verbis*: Art.25. Age em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem.

⁴ Tradução: “**Uma situação perigosa para um bom ambiente jurídico, que só podem ser colmatadas pela violação do direito do outro**” Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate_t#> Acesso em: 22 de Setembro de 2008.

Reale (1998, p220) “a ausência de um dos elementos constitutivos impede a adequação típica da legítima defesa, e a demonstração do processo de congruência vê-se nos quesitos submetidos aos jurados: a resposta negativa, a um dos quesitos de legítima defesa, afasta a excludente, revelando-se uma estrutura, em que as partes se interdependem e se inter-relacionam, compondo um todo que deixa de existir na ausência de qualquer das partes”.

2.4.1 Elementos essenciais para a caracterização da legítima defesa

Os elementos essenciais para a caracterização da legítima defesa se apresentam como **Meios moderados** quando repelir a agressão sem exacerbar nos atos, isto é, sem exagerar, senão poderá responder pelo excesso; **Meios necessários** onde são todos os meios eficazes e suficientes a repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está preste a acontecer. **Injusta agressão** a vítima tem de estar sendo agredida injustamente, de maneira que ele não tivesse como se preparar, o agressor usa na maioria das vezes o fator surpresa, emboscada, uma arma própria ou arma branca. As **armas próprias ou pretas** são aquelas que possuem poder de fogo, como um revólver, uma pistola etc.

As **armas brancas** podem ser **próprias ou impróprias**, e as armas impróprias são aquelas não fabricadas para autodefesa, como uma tesoura, uma faca de cozinha, um estilete etc; já as armas brancas próprias são aquelas que foram feitas para autodefesa, como um punhal, uma espada etc. E na legítima defesa **atual** tem de estar acontecendo.

No entanto, Greco (2007, p.350) entende que a iminência é aquela que embora não esteja acontecendo, irá acontecer quase que imediatamente. Para que se possa ser considerada iminente a agressão, deve haver uma relação de proximidade. Se a agressão é remota, futura, não pode falar em legítima defesa; Porque **Direito Próprio** é para defesa da própria integridade física; E **Direito de outrem** ocorre para a defesa da integridade física de terceiro.

2.4.2 Espécies de legítima defesa

As espécies são classificadas como **Próprio** quando o agente defende direito próprio; **De terceiro** quando o agente defende direito alheio; **Real ou autêntica** quando o agente está sofrendo uma injusta agressão atual; **Putativa ou imaginária** quando o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de legítima defesa; **Sucessiva** é a repulsa contra o excesso do agente, que antes estava em legítima defesa real.

2.4.3 Estrito cumprimento do dever

Previsto no artigo 23, II, 1ª parte, do Código Penal, o cumprimento do dever deve constar em lei, decretos, regulamentos ou atos administrativos normativos fundados em lei e que sejam de caráter geral, no entanto, se o agente extrapolar nos limites do cumprimento do dever legal, haverá crime. Um exemplo claro de o exercício regular do direito é o cumprimento de um mandado judicial para penhorar os bens, pelo Oficial de Justiça, quando o morador não colabora na execução da ordem judicial, ocasionando a necessidade do uso da força policial, o chamado “pé na porta”. Para corroborar o raciocínio, o professor Juarez Cirino dos Santos preleciona que a situação justificante do estrito cumprimento do dever legal é constituída pela existência de lei (em sentido amplo: lei, decreto, regulamento etc.) determinante de dever ao funcionário público ou assemelhado (eficácia vinculante da conduta funcional).

2.4.4 Exercício regular do direito

Consiste na atuação do agente dentro dos limites conferidos pelo ordenamento legal, logo, o sujeito não comete crime por estar exercendo uma prerrogativa a ele conferida em lei, por exemplo, uma luta profissional de boxe, quando ambos cometem lesões corporais recíprocas. Tem previsão legal no artigo 23, inciso III, 2ª parte do Código Penal.

2.4.5 Ofendículos

São objetos, aparatos, expostos visualmente com a finalidade de proteger a propriedade, como também outras espécies de bem jurídicos, então, pode-se citar como exemplo, as lanças sobre o portão, os cacos de vidro e pregos em cima do muro, as cercas elétricas, de maneira que não tenha a possibilidade de um transeunte ser atingindo, pois colocar uma cerca elétrica muito baixa pode gerar uma responsabilidade ao proprietário. Por isso, o uso desses aparatos é legal, desde que não ponha em risco pessoas inocentes.

Há duas definições acerca da natureza jurídica dos ofendículos, sendo divididas as opiniões, porque alguns acham que ela tem há exercício regular.

2.5 Culpabilidade

Culpabilidade se apresenta através de alguns elementos, sendo estes a imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Assim, aquele que é imputável, tem potencial consciência da ilicitude e quem é exigível, na situação dada, conduta diversa, é considerado plenamente livre para agir, e, por isso, plenamente reprovável.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. Coleção: Temas de Direito Penal. São Paulo. Ed. Acadêmica. 1993, p.55.

Como bem diz Mirabete (2003. p.198):

(...) assim, só há culpabilidade se o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estruturar sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); estava-se em condições de poder compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude); se for possível exigir, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa).

Fazendo um desvio do assunto, e buscando explicar o instituto do injusto penal, que é exatamente quando se faz uma análise dos caracteres da tipicidade e ilicitude, que foram tratados anteriormente, chega-se à conclusão de que o fato é típico e ilícito, logo, é necessário partir para esse caractere a ser analisado.

A culpabilidade para alguns é um simples pressuposto de aplicação da pena. Hoje prevalece a estrutura do crime, dentro de uma noção tripartida: crime é a ação típica, antijurídica e culpável. É na estrutura da culpabilidade que se deixará de trabalhar com um sujeito em abstrato para julgar a ação do indivíduo em concreto, respeitando as particularidades pessoais e as circunstâncias em que agiu.

Hoje é predominante que a culpabilidade é estrutura relacionada à reprovabilidade, no sentido de juízo de censura sobre a conduta do sujeito que, livre para agir, poderia e deveria ter agido de acordo com o Direito. Percebe-se grande importância da noção de livre-arbítrio; o sujeito é normalmente livre para agir, e responde criminalmente quando mal utiliza tal liberdade.

Se o sujeito não poderia e deveria agir de acordo com o Direito, ou seja, se não lhe era exigível nas circunstâncias que se deixasse motivar pela norma, resta afastada a

culpabilidade. Se não havia nenhuma liberdade, é caso de afastar a culpabilidade. Se estiver diminuída, conseqüentemente, a reprovabilidade pode ser diminuída.

Culpabilidade é a reprovação da ordem jurídica em face de estar ligado o homem a um fato típico e antijurídico. É o juízo de reprovação pessoal que recai sobre o autor, por ter agido de forma contrária ao direito, quando, na verdade, podia ter agido em acordo com a resignação da ordem jurídica.

Diferencia-se a conduta do homem normal da conduta dos insanos ou imaturos mentais a culpabilidade. O homem imputável, desde que livre de coação, é movido pela razão que deve dominar o instinto anti-social, tornando-o apto a dirigir sua decisão no sentido dos valores sociais úteis.

Resumindo, quando nos referimos à culpabilidade podemos fazê-lo em diferentes sentidos. Por um lado fazemos referência ao conceito de culpabilidade que se refere à fundamentação da pena em si; somente podemos aplicar uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável. Referimo-nos à culpabilidade em relação ao fundamento para determinação da pena. Não o utilizamos para fundamentar a pena em si, senão para determinar a sua graduação. O terceiro conceito caracteriza a culpabilidade como o oposto a responsabilidade pelo resultado.

A capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos particulares um cognoscitivo ou intelectual e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão.

⁸ Jus Naviganti. **Culpabilidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5047>. Acesso em: 18 de Setembro de 2008.

Supostamente as pessoas são culpáveis, suposição que deixa de existir se estiver presente uma das causas anuláveis que exclua a culpabilidade.

O enunciado “sem culpabilidade não há pena”, constitui a pedra angular de todo o sistema penal democrático. Há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

2.6 Imputabilidade

Conceitua-se como a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No entendimento de Capez (2007, p.307) “o agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal, mas ele ressalta que não é somente isso, além dessa capacidade plena de entendimento, deverá ter totais condições de controle sobre a vontade”.

Imputabilidade não pode ser definida no Código Penal, mas, enumera apenas as hipóteses de inimputabilidade. E todos são imputáveis, menos aqueles abrangidos pelas hipóteses de inimputabilidade enumerada pela lei.

2.6.1 Elementos da Imputabilidade

Os elementos da imputabilidade são: doença mental, desenvolvimento mental incompleto; desenvolvimento mental retardado; menoridade; embriaguez; dependente químico.

2.6.1.1 Doença Mental

Para falarmos sobre doença mental, podemos citar como exemplo a paranóia, esquizofrenia, psicoses, epilepsia, demência senil, histeria, sífilis cerebral, arteriosclerose cerebral, neurose.

A expressão doença mental, na classe médica não houve aprovação geral, preferindo a expressão “alienação mental”.

2.6.1. 2 Desenvolvimento Mental Incompleto

Como exemplos os silvícolas inadaptados, os índios que vivem absolutamente em florestas. Nesse caso em análise, incluem-se também os menores de 18 anos, pois de acordo com a lei esses não tem total compreensão pela prática de seus atos.

2.6.1.3 Desenvolvimento Mental Retardado

Conforme o manual de Medicina Legal dos autores: Delton Croce e Delton Croce Júnior, a Oligofrenia, é dividida em três espécies, mas antes é importante saber o “QI” (Coeficiente Intelectual) normal de um ser humano, é entre 90 e 110.

⁹ DELTON Croce; DELTON Croce Júnior. **Manual de Medicina Legal**. 5ª Ed. Ver. E ampl. São Paulo: 2004.p. 601.

A Oligofrenia trata-se de um desenvolvimento que não é compatível com a idade do indivíduo.

2.6.1.4 Menoridade

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 228 prevê que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis e também pode ser encontrado no artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nesse mesmo sentido o artigo 27 do Código Penal.

O menor infrator, ao cometer um ato semelhante ao crime ou contravenção penal, não comete crime e nem contravenção e sim ato infracional, conforme o artigo 103 da Lei nº 8.069/90 (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente), então o menor é apreendido e não preso, no entanto, ele com certeza praticou um fato típico, ilícito, porém é isento de pena por ser inimputável, de maneira que, o fato dele ser isento de pena não significa que ele ficará livre, então ficará sujeito ao cumprimento de uma das medidas sócio-educativas.

2.6.1.5 Embriaguez

Está previstos no artigo 28, parágrafo II do Código Penal, e a isenção da pena está tipificado no § 1º e diz que a embriaguez tem de ser completa e proveniente de caso fortuito ou força maior, além disso, o autor tem de estar inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, pois se ele estiver parcialmente incapaz, será conforme o § 2º respondendo pelo crime como semi-imputável.

3 EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Através de obra editada em 1907, foi com Reinhard von Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, que a exigibilidade de um comportamento conforme o Direito passou a integrar o complexo conceito de culpabilidade. Onde adotam o princípio que só devem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas, ou seja, seria inexigível conduta diversa por parte do agente, logo, excluiria a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Este elemento se exclui de duas formas: causas legais, que é coação moral irresistível, obediência hierárquica de ordem não manifestadamente ilegal (alguns divergentes, acham ser erro de tipo) e pela exclusão absolutória prevista no § 2º do artigo 348 do Código Penal; e pelas causas supralegais ou extralegais: que é o estado de necessidade exculpante, que é quando o agente sacrifica bem de maior valor para salvar um de menor valor, por exemplo, no caso de um incêndio em dois prédios, sendo que no prédio 1 está somente os pais do soldado de bombeiros e no prédio 2 estão sete pessoas desconhecidas, mas, o soldado deixa de salvar sete pessoas para salvar os seus pais.

3.1 Conduta Humana

É toda conduta, dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva, consciente e voluntária, dirigida de uma finalidade. Segundo o Zaffaroni (2005), temos o seguinte conceito:

Se a conduta não se concebe vontade, e a vontade não se concebe sem finalidade, a conduta que individualiza o tipo culposos terá uma finalidade, tal qual a que individualiza o tipo doloso. O tipo culposos não individualiza a conduta pela finalidade, mas sim, porque pela forma que se obtém essa finalidade e se viola um dever de cuidado.

¹⁰ EUGÊNIO Zaffaroni; JOSÉ HENRIQUE Pierangeli. *Da tentativa, Doutrina e Jurisprudência*. 7ª Ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

Importante lembrar que conduta é diferente de ato, pois, este se trata de várias partes daquele, e aquele é a manifestação de vontade humana exteriorizada por apenas um ou vários atos.

Logo, isso significa que a conduta humana praticada por meio de um único ato é chamada de unissubsistente (concurso eventual), já a conduta humana praticada por meio de vários atos é chamada de plurissubsistente (concurso necessário).

Não se pode esquecer-se das hipóteses de inexistência de voluntariedade, sendo elas: os atos reflexos, o sonambulismo ou estado de hipnose.

3.2 Classificação dos crimes

3.2.1 Crime omissivo e comissivo

Crime omissivo é quando o agente tem uma conduta negativa, ou seja, deixa de fazer alguma coisa, e por este comportamento vem a praticar um crime. Por exemplo, o art. 135 do Código Penal, omissão de socorro, que se configura, quando alguém deixa de prestar assistência a outrem ou não podendo fazer, não pedir socorro à autoridade pública. Crime omissivo próprio, puro ou simples no entendimento de Mirabete (2007, p.124) “São os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão de norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico e Crimes omissivo impróprio, comissivo por omissão ou omissivos qualificados: são aqueles em que somente as pessoas referidas no art. 13, parágrafo 2, alíneas a, b, c, do Código Penal, podem praticá-los, uma vez que, para elas existe um dever especial de proteção”.

¹¹ JÚLIO Fabrini Mirabete. **Manual de Direito Penal**, parte geral. p.124 In Rogério Greco, Curso de Direito Penal, parte geral. v. I. Niterói: Impetus. 2007 p.151.

Já neste caso é preciso que o agente tenha a condição de agente garantidor, ou seja, que tenha a obrigação legal de cuidado, vigilância ou proteção; de outra forma, assuma a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com o seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado.

Já no crime comissivo, sua ocorrência é oriunda de uma conduta positiva do agente, é o agir, fazer algo. Por conseguinte, é quando o agente comete um crime por meio de uma ação. Por exemplo, o art.233 do Código Penal, fazer gestos obscenos para outrem, falar palavras de baixo calão em locais públicos, etc.

O critério que distingue estes dois crimes é o comportamento do agente. Os crimes comissivos são “os praticados mediante ação”, o agente pratica uma ação. Já os crimes omissivos são os praticados “mediante ação”, o agente deixa de praticar uma ação que deveria ser feita.

Mirabete (2007, p.125) define crime comissivo como “os que exigem segundo um tipo penal objetivo, em princípio, uma atividade positiva do agente, um fazer”. Crimes omissivos como “os que objetivamente são descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico”.

O mesmo autor fala ainda de crimes de conduta mista (comissivos-omissivos). São aqueles que “no tipo se inscreve uma frase inicial comissiva, de fazer, de movimento, e uma final omissão, de não fazer o devido”. Noronha (2000) define que ocorrem os crimes comissivos-omissivos “quando a omissão é o meio ou forma de se alcançar um resultado posterior”.

¹² MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, parte geral. São Paulo: Atlas, 2007. In' NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol.01.27 ed. São Paulo: Saraiva 2000.

3.2.2 Material, formal e de mera conduta

Material é aquele para o qual a lei descreve a conduta do agente e o resultado e exige a ocorrência deste para a consumação do crime.

Formal é aquele para o qual a lei também descreve a conduta e o resultado, mas não exige o resultado para a consumação. O resultado é mero exaurimento do delito.

De mera conduta é aquele que da mesma forma que o crime formal, consuma-se com a simples prática da conduta descrita na lei. A diferença reside no fato de a lei não descrever o resultado jurídico para essa modalidade de crime, mas descreve apenas a ação, sem resultado.

3.2.3 De dano e de perigo

Os crimes classificados em de dano e de perigo se definem como: de dano causa efetiva lesão ao bem jurídico protegido. De perigo o legislador antecipa a tutela penal para momento anterior à produção do resultado, criminalizando o perigo que o agente cria para o bem jurídico protegido.

3.2.4 Qualificado e privilegiado

Qualificado possui circunstâncias no tipo que o qualificam, ou seja, outro preceito secundário, diferente da modalidade simples. Privilegiado possui circunstâncias no tipo que demonstram menor grau de periculosidade do agente, reduzindo a pena da modalidade simples.

3.2.5 Instantâneo, permanente e instantâneo de efeitos permanentes

O crime instantâneo consuma-se instantaneamente, não prosseguindo os seus efeitos. O permanente a consumação é renovada no tempo enquanto o agente continua a cometer a conduta delitativa. E o instantâneo de efeitos permanentes consuma-se e os efeitos continuam independentemente da vontade do agente.

3.2.6 Unissubjetivo e plurissubjetivo

Unissubjetivo basta um único agente para o delito ser consumado. Ex: desobediência (art.330). Plurissubjetivo para a efetiva consumação do delito são necessários dois ou mais agentes, conforme exigência da lei. Ex: rixa (art.137), quadrilha (art.288).

3.2.7 Simples e complexo

O crime simples protege um único bem jurídico. Ex: vida (art.121). Enquanto o complexo: protege, na mesma figura delitativa, mais de um bem jurídico. Ex: latrocínio (art.157, § 3º, in fine). Tutela o patrimônio e a vida de forma concomitante.

3.2.8 Comum, próprio ou especial e de mão própria

O crime comum pode ser praticado por qualquer pessoa. Ex: estelionato (art.171). Próprio ou especial a conduta exige um agente definido. Ex: peculato (art.312), o agente ativo do delito deve ser necessariamente, funcionário público; se não for funcionário público, terá praticado o crime comum de apropriação indébita. (art.168). De mão própria é aquele que só pode ser cometido pelo autor em pessoa. Ex: falso testemunho (art.342), somente a pessoa que está testemunhando pode cometer o crime; não admite co-autoria.

3.2.9 Progressivo

Para o agente atingir o resultado mais grave, pratica outra conduta delitativa menos grave. Ex: antes do homicídio, imperioso o ato de lesionar.

3.2.10 De ação livre e de ação vinculada

De ação livre o delito pode ser cometido por qualquer forma de execução. Ex: lesão corporal (art.129) pode-se lesionar com agressão, com explosão, com disparo de arma de fogo etc.

De ação vinculada o crime exige um comportamento certo e determinado para a sua consumação. Ex: curandeirismo (art.284) o artigo apresenta as formas que identificam o ato como curandeirismo em seus incisos I a III.

3.2.11 Falho ou tentativa perfeita

O agente percorre todo o iter criminis (caminho percorrido durante a pratica do delito) sem conseguir produzir o resultado lesivo esperado. Ex: com vontade de matar (animus necandi), o agente desferiu 30 golpes de faca na cabeça da vítima que, por milagre, não morreu. Todo o iter criminis do homicídio foi percorrido, mas o agente não conseguiu matar a vítima.

3.2.12 Unissubsistente e plurissubsistente

Unissubsistente: a ação é composta por um único ato. Plurissubsistente: a ação é composta por vários atos, admitindo o fracionamento da execução e, portanto, a tentativa (art.14, II).

3.2.13 Vago

Crime vago é aquele em que o sujeito passivo é uma coletividade sem personalidade jurídica, ou seja, uma comunidade inteira e não apenas uma pessoa. É o que ocorre no caso da poluição de um rio, por exemplo.

3.2.14 De ação múltipla ou de conteúdo variado

A lei descreve várias maneiras de praticar o mesmo delito e, mesmo que todas as condutas descritas no tipo sejam praticadas, haverá crime único com a aplicação de uma única pena. Ex: tráfico ilícito de entorpecentes (art.33 da Lei 11.343/2006) a lei apresenta um rol de 18 condutas e a prática de mais de uma delas no mesmo contexto caracteriza crime único de tráfico de drogas.

3.2.15 Habitual

O crime habitual necessita da reiteração de atos para a consumação. A prática de ato isolado é fato atípico. Ex: rufianismo (art.230).

¹³ Wikipedia. **Crime Vago**. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_vago Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

3.2.16 Delito putativo

O agente pensa estar cometendo um crime, mas, na verdade, comete um fato atípico. Ex: o agente pensa estar furtando dinheiro de outrem e posteriormente se descobre que o dinheiro pertencia a ele próprio.

3.2.17 Quase-crime

Quase Crime é uma expressão que identifica o comportamento do agente que, embora não tendo cometido crime, revela alto grau de periculosidade, devendo ficar submetido à medida de segurança.

3.2.18 Consumação e Tentativa

O crime é consumado quando estão presentes todos os elementos de sua definição legal (art.14, I). O crime é tentado quando o agente percorre toda a trajetória do crime até a execução, e, uma vez iniciada a execução, não se consuma o delito por razões alheias à vontade do agente (art.14, II).

3.4 Elementos do Crime

A culpabilidade é a vontade do agente dirigida para a prática do ilícito penal. Pode se dar na forma dolosa ou culposa. Dolo o agente tem a intenção de cometer o crime ou assume o risco de produzi-lo, tem a intenção de atingir o resultado jurídico criminoso. Culpa: é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, ilícito ou lícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. Não há a intenção de praticar o delito; entretanto, o crime ocorre por imprudência, negligência

ou imperícia do sujeito ativo do delito. Apesar de ter sido possível prever o resultado, o agente não teve a intenção de cometê-lo.

3.4.1 Crime Doloso

Previsto no artigo 18, inciso I do Código Penal, está previsto o Crime Doloso, onde é necessário para que o agente cometa um crime doloso é mister que ele tenha a vontade e consciência do ato a ser praticado, podendo este ser comissivo ou omissivo.

Realizando um estudo aprofundado sobre o assunto é necessário saber que doutrina expõe sobre várias espécies, sendo elas: o dolo direto que está previsto no artigo acima citado. E dolo direto é aquele em que o agente quer atingir o resultado ilícito. O dolo indireto, o agente direciona sua vontade para a conduta, não para o resultado.

Já o dolo eventual, ocorre quando o agente assume o risco de produzir o resultado não querido; e com isso o agente não se importa se algo ruim pode acontecer.

Com o dolo eventual, o agente não quer o resultado, mas ele não se abstém de agir, sendo assim, assumi o risco do resultado por ele já previsto e aceito.

No dolo de dano o agente quer o dano ao bem protegido ou assume o risco de produzi-lo. E dolo de perigo o agente não quer o dano, apenas quer ou assume o risco de colocar o bem em situação de perigo.

3.4.2 Crime Culposo

É aquele em que o agente dá causa a um resultado por inobservância do dever de cuidado, exteriorizada por meio da imprudência, imperícia ou negligência, e está tipificado no artigo 18, II do Código Penal.

De acordo com Greco, para que ocorra a caracterização do crime culposo, é necessária a conjugação dos seguintes elementos: a conduta humana voluntária (omissiva ou comissiva); a inobservância do dever objetivo de cuidado (imprudência, imperícia ou negligência); sendo que o resultado lesivo não querido pelo agente; o nexo de causalidade; a previsibilidade e a tipicidade.

A imprudência é quando o agente toma uma atitude sem as devidas cautelas necessárias, ou seja, é uma conduta positiva, faz o que não deveriam fazer.

A negligência é quando o agente tem a ausência de preocupações, não tomando as devidas cautelas, ou seja, não faz o que era para ser feito, logo, trata-se de uma conduta negativa do agente.

Já a imperícia é a incapacidade ou falta de conhecimentos técnicos no exercício de arte ou ofício, ou seja, é o profissional que falha. O erro profissional é proveniente dos conhecimentos normais da arte ou ofício e o agente chega a uma conclusão errada, no entanto, neste caso, o fato é atípico, menos se o equívoco for grosseiro.

4 CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA E O TRIBUNAL DO JÚRI

A vida humana é o ser principal, a realidade condicionante sem a qual não é possível a explicação dos outros seres. Tudo quanto ocorre tem relação com a existência do homem, se é que diretamente não constitui parte de sua própria substância. Sem esse fato radical não existe sociedade nem direito. A vida não se limita a contemplar a integridade de seus componentes orgânicos, senão que exige maiores serviços para proteger-se e fazer que tudo o que há no mundo sirva à sua grandeza.

Pela suma importância da pessoa, o direito toma em consideração a vida desde o instante em que, pela eventual conjugação dos elementos genéticos, o embrião se forma. A partir daí, principia a proteção jurídico-penal da vida humana, até o começo do parto, ou seja, até quando o ser formado vai se separar do corpo materno. Após o parto ou mesmo durante ele, a proteção penal continua a acontecer.

No sistema penal pátrio, são definidos como crimes dolosos contra a vida, o homicídio, o induzimento, a instigação ou auxílio a suicídio, o infanticídio e o aborto.

Homicídio é o delito que se configura quando se tira a vida humana extra-uterina praticada por outrem, essa proteção que o Direito confere à vida vai até o instante final em que ela se extingue. O respeito à vida é uma imposição absoluta do Direito. Esse tipo de crime pode ser doloso simples, privilegiado, qualificado e circunstanciado, podendo ser ainda culposo, simples ou circunstanciado.

O Código Penal não incrimina o suicídio, mas pune a colaboração que se dá por induzimento, instigação ou auxílio, a participação em tal empreitada é tida como ação ilícita pelo ordenamento pátrio, exigindo, neste crime, além do dolo, que consiste na vontade livre e consciente de induzir, instigar ou auxiliar a vítima a suicidar-se.

Infanticídio é fato punível que se caracteriza pela destruição do feto levada a efeito pela própria mãe, durante ou logo após o parto. É uma forma de homicídio privilegiado.

Aborto configura-se quando houver a destruição do embrião, desde sua formação até o começo do parto.

4.1 Júri no Brasil

A palavra Júri, derivada embora do inglês *jury*, cuja grafia era antigamente adotada, onde a instituição teve origem, é de formação latina. Vem de *jurare* (fazer juramento), pois, precisamente, em face do juramento que era prestado pelas pessoas que o vão formar se derivou o vocábulo.

Conforme definição do Dicionário Técnico Jurídico, Júri é,

Tribunal popular de justiça, encarregado de afirmar ou negar a existência de delito imputado a alguém. É composto de um juiz de Direito, que o preside, e de vinte e um jurados que serão sorteados dentre os alistados, dos quais se escolhem sete que constituirão o Conselho de Sentença, em cada sessão de julgamento.

A tradicional instituição do Júri, sem sombra de dúvida, é a mais democrática de nosso país. Por meio dela, o povo exerce, diretamente, parte da soberania do Estado, consubstanciado no poder de julgar os seus pares nos crimes dolosos contra a vida.

¹⁴ Dicionário de termos jurídico. Disponível em: <<http://www.aoli.com.br/dicionarios.aspx?palavra=>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Júri é a denominação dada à instituição jurídica formada pelos homens de bem, a que se atribui o dever de julgar acerca dos fatos, levados ou trazidos ao seu conhecimento. Ao júri é que se atribui o encargo de afirmar ou negar a existência do fato tido como criminoso imputado a uma pessoa.

Não obstante as críticas arrematadas contra o Júri, principalmente sob o fundamento de que pessoas leigas não podem substituir juízes togados e preparados para julgar, a instituição sobrevive.

Vale dizer que ao júri compete julgar o delito, não lhe dá o direito de aplicar a pena que é atribuição privativa do juiz-togado, o que não poderia ser diferente, pois, apenas um estudioso da área jurídica que exerça atividade profissional nesse sentido poderia representar o Estado na aplicação da punição.

O julgamento efetuado pelos jurados desencadeia apenas no reconhecimento de fatos previstos no processo e transferidos para o rol de quesitos, que são respondidos pelos mesmos, consoante compromisso prestado conforme a lei, sem trair sua honra e consciência.

A decisão do conselho de Sentença é suprema, não podendo ser modificada pelo juiz-presidente, assim, havendo decisão dada pelo colegiado popular, o juiz togado tem que obedecê-la, não podendo substituir os jurados na decisão da causa.

Contudo, a soberania da decisão dos jurados não é absoluta, nessa ordem, o veredicto colhido no Conselho de Sentença pode ser objeto de recurso de apelação, quando esta decisão for de forma clara e objetiva contrária à prova dos autos, sendo a apelação provida, a decisão será anulada e o acusado será submetido a um novo julgamento que não pode ser efetivado pelos mesmos jurados que o condenaram ou absolveram.

Com a vigência da Lei 11.689/08, recentemente instituída, foram trazidas diversas mudanças nos processos de competência do Tribunal do Júri, que se trata de importantes inovações, pelo fato do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído em 03 de outubro de 1941, estarmos ultrapassado em alguns quesitos, devido à realidade atual que vivemos. Entre as mudanças, uma se destaca para a agilidade do julgamento, que é a não necessidade da leitura das peças processuais, o que gerava um cansaço demasiado nos jurados e até mesmo nas partes do processo.

Outras alterações foram significativas para o Direito Processual Penal, como o tempo para a defesa e acusação, pois antes as partes tinham duas horas cada para sustentar suas teses, após o promotor tinha 30 minutos para fazer a réplica e a defesa o mesmo tempo para a tréplica, agora a sustentação é feita em uma hora e meia cada, e réplica e tréplica em uma hora cada. Com a nova lei, houve mudanças também, nos quesitos de avaliação feitos pelos jurados nos julgamentos, agora foram reservados a eles apenas as questões que efetivamente lhes dizem respeito, excluindo quesitos como atenuantes e agravantes, que só dizem respeito ao juiz.

A audiência unificada foi outra novidade trazida pela Lei 11689/08, em que o juiz ouve, no mesmo dia, o réu e as testemunhas e depois decide se o acusado deve ou não ser levado a júri. A partir das mudanças nas audiências realizadas antes da sessão do Tribunal do Júri, ouvem-se primeiro as testemunhas e depois o réu. Pela regra anterior, o juiz ouvia primeiro o réu e depois as testemunhas. Agora, o magistrado terá oportunidade de ouvir todas as versões antes de confrontá-las com a do réu.

O alistamento para ser jurado, também foi inovado, houve a redução da idade mínima para os jurados, que antes da nova lei era de 21 anos e passou a ser de 18 anos, o que deve aumentar o numero de interessados, principalmente universitários, pois passou a se tratar de direito de preferência, para pessoas em igualdade de condições, em concursos e em licitações públicas, como redigido no artigo 440. O número de jurados que compõem o Tribunal do Júri também alterou, passou de 21 para 25, houve também o fim do segundo julgamento automático, para os condenados a mais de 20 anos, o que talvez tenha sido uma

das mais expressivas mudanças, pois acabam com os contrastes nas decisões, como ocorrido em julgamento do fazendeiro acusado de matar a missionária inglesa Dorothy Stang, em Anapu, no Pará, que havia sido condenado no primeiro julgamento, e foi absolvido recentemente em seu segundo julgamento obrigatório, ocorrido nos moldes da lei anterior, pois ele havia sido condenado a mais de 20 anos.

4.2 Causas legais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa

O Código Penal prevê algumas causas legais que excluem a culpabilidade. Podemos citar, dentre elas, as seguintes: coação irresistível, obediência hierárquica e aborto quando a gravidez é resultante de estupro.

A coação irresistível e a obediência hierárquica foram previstas no art. 22 do Código Penal, *in verbis*: 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.

Primeiramente devemos ressaltar que a coação mencionada no citado art. 22 é aquela de natureza moral (*vis compulsiva*), e não física (*vis absoluto*). Isso porque a coação física afasta a própria conduta do agente, por ausência de dolo ou culpa. É o caso daquele que, após colocar o dedo do coagido no gatilho de uma arma de fogo, faz o movimento de disparo, puxando-lhe o dedo para trás e, com isso, causa a morte da vítima. No caso de coação moral irresistível, o coagido pratica, geralmente, um fato típico e antijurídico, O injusto penal por ele cometido é que não lhe poderá ser imputado, pois, em virtude da coação a que foi submetido. Não se lhe podia exigir uma conduta conforme o direito. Podemos citar o exemplo daquele que é obrigado a causar a morte de alguém, pois, caso contrário, seu filho é que seria morto, uma vez que se encontrava nas mãos dos seqüestradores, que exigiam tal comportamento do coagido, sob pena de cumprirem a ameaça de morte da criança que com

eles se encontrava seqüestrada. Nesta última hipótese, quando o coagido vai à procura da vítima e contra ela efetua os disparos exigidos pelos seqüestradores, o fato por ele praticado é típico e ilícito. Entretanto, tal resultado morte não lhe poderá ser imputado, haja vista que o Código Penal determina somente a punição do autor da coação irresistível que, no caso em exame, seriam os seqüestradores. O coagido atua, na verdade, como mero instrumento nas mãos do co-autor, sendo este último considerado autor mediato.

Quanto à punibilidade do co-autor, o entendimento sobre a aplicação da pena não é pacífico. Parte da doutrina entende que, além da pena cominada no crime praticado pelo co-autor, deve ser atribuído ao co-autor o concurso formal com o crime de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do CP.

Entretanto, outra corrente doutrinária afirma não ser possível a aceitação do concurso formal do crime praticado pelo co-autor com o constrangimento, porque o crime atribuído ao co-autor, praticado pelo coagido, vem, simultaneamente, agravado na forma do art. 62, II, do CP.

Nos casos de coação resistível, embora o fato seja considerado típico, ilícito e culpável, poderá ao agente ser aplicada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, 1ª parte, do Código Penal.

A estrita obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico afasta a culpabilidade do agente em virtude de não lhe ser exigível, nessas condições, um comportamento conforme o direito. Para que possa ser beneficiado com essa causa legal de exclusão da culpabilidade, é preciso, nos termos do art. 22, a presença de vários requisitos, a saber: a) que a ordem seja proferida por superior hierárquico; b) que essa ordem não seja manifestamente ilegal; c) que o cumpridor da ordem se atenha aos limites da ordem.

Hierarquia é relação de Direito Público. Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência, é preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. Nesse sentido, Marques quando aduz que para que se possa falar em obediência hierárquica é preciso que “exista dependência funcional do executor da ordem dentro do serviço público, em relação a quem lhe ordenou a prática do ato delituoso”. Isso quer dizer significar que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como tal relação inexistente nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e seus fiéis.

O segundo requisito diz respeito à legalidade da ordem emanada pelo superior. Se a ordem não for manifestamente ilegal, ou seja, se não for evidente a sua ilegalidade, deverá o servidor, atento aos princípios que regem a Administração Pública, obedecer-lhe. Ao contrário, se for manifesta a ilegalidade da ordem, o servidor estará desobrigado de cumpri-la.

Imaginemos o exemplo do detetive que, a mando da autoridade policial, espanca o preso, a pretexto de conseguir uma confissão. Como se percebe, a ordem emanada da autoridade é manifestamente ilegal e, sendo cumprida, não permitirá a aplicação do art. 22 do Código Penal em benefício daquele que a cumpriu.

O último requisito diz respeito ao cumprimento da ordem não manifestamente ilegal dentro dos limites que lhe foram determinados. Se o agente extrapola esses limites, também não poderá ser beneficiado com a causa de exclusão da culpabilidade prevista no mencionado art. 22.

Aquele, portanto, que cumpre ordens não manifestamente ilegais, não pode ser por elas responsabilizado, uma vez que não lhe era exigível, no caso concreto, ter outra conduta senão aquela determinada pelo seu superior hierárquico. Afasta-se. Dessa forma, a culpabilidade do agente, por ser-lhe inexigível outro comportamento.

Se o crime foi cometido em cumprimento de ordem de autoridade, tem aplicação a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, c, segunda parte, do Código Penal.

Outra hipótese legal de exclusão da culpabilidade é aquela prevista no inciso II do art. 128 do Código Penal, que diz não ser punível o aborto por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A maioria de nossos doutrinadores entende que na hipótese de gravidez resultante de estupro o aborto realizado pela gestante não será considerado antijurídico. Marques dizia que “nos termos em que o situou o Código Penal, no art. 128, n. II, trata-se de fato típico penalmente lícito. Afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a ratio essendi da impunidade do fato típico”. Essa era também a posição de Fragoso. Hungria, cuidando do aborto sentimental, asseverava que “nada justifica que se obrigue a mulher estuproada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Seria profundamente iníqua a terrível exigência do direito de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra. Embora fosse esse o pensamento de Hungria, em seu texto não fica evidenciada a sua posição quanto à natureza jurídica do inciso II do art. 128 do Código Penal, ao contrário da sua conclusão quanto à natureza jurídica do inciso I, do mencionado artigo, que cuida do chamado aborto terapêutico ou profilático. Ali, dizia o maior penalista que o Brasil já conheceu, “trata-se de um caso especialmente destacado de estado de necessidade”.

Para que pudéssemos concordar com a maioria de nossos autores, seria preciso amoldar, com precisão, a hipótese prevista no inciso II do art. 128 do Código Penal a uma das causas legais de exclusão da ilicitude elencadas no art. 23 do Código Penal, vale dizer: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Já vimos anteriormente que para que se possa falar em estado de necessidade é preciso que haja um confronto de bens igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Duas são as teorias que disputam o tratamento do estado de necessidade: teoria unitária e teoria diferenciadora. Para a teoria unitária, adotada pelo nosso Código Penal, todo estado de necessidade é justificante, isto é, afasta a ilicitude da conduta típica levada a efeito pelo agente. A teoria diferenciadora, a seu turno, traça uma distinção entre o estado de necessidade justificante (que exclui a ilicitude do fato) e o estado de necessidade exculpante (que afeta a culpabilidade). Para essa teoria, se o bem que se quer preservar for de valor superior aquele contra o qual se dirige a conduta do agente, estará diante de um estado de necessidade justificante; se o bem que se quer preservar for de valor inferior ao agredido, o estado de necessidade será exculpante; se os bens forem de valor idêntico existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sendo que uma corrente opta pelo estado de necessidade justificante e outra, pelo exculpante.

Enfim, no inciso II do art. 128 do Código Penal, existem dois bens em confronto: de um lado a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; do outro, como sugere Marques, a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor pela recordação dos momentos terríveis pelos quais passou nas mãos do estuprador. Adotando-se a teoria unitária ou diferenciadora, a solução para este caso seria a mesma. Pela redação do art. 24 do Código Penal, somente se podem alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Ora, existe uma vida em crescimento no útero materno, uma vida concedida por Deus. Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar-se por esse último bem, razão pela qual, mesmo adotando-se a teoria unitária, não poderíamos falar em estado de necessidade. Com relação à teoria diferenciadora. O tema fica mais evidente. Se o bem vida é de valor superior ao bem honra, para ela o problema se resolve não em sede de ilicitude, mas sim no terreno da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto

Da mesma forma não conseguimos visualizar a aplicação das demais causas excludentes da ilicitude ao inciso II do art. 128 do Código Penal. Não se trata de legítima defesa, pois que o feto não está agredindo injustamente a gestante; não é o caso de estrito cumprimento de dever legal, haja vista a inexistência do dever legal de matar, a não ser nos casos excepcionais, previstos no art. 84, XIX, da Constituição Federal, cuja sinistra função caberá àquele que exercer o papel de carrasco; e muito menos se pode argumentar com o exercício regular de direito, uma vez que o ordenamento jurídico quer, na verdade, é a preservação da vida, e não a sua destruição.

Entendemos com a devida ventura das posições em contrário, que no inciso II do art. 128 do Código Penal o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixara de ser culpável.

Portanto, concluindo com Yarochevsky, sendo a exigibilidade de comportamento conforme o Direito um dos elementos da culpabilidade, a sua ausência manifestada pela inexigibilidade exclui, portanto, a culpabilidade, do mesmo modo que a inimputabilidade e a falta da consciência da ilicitude também a excluem. Assim, o agente pode praticar uma ação típica, ilícita, sem, contudo ser culpável por estar amparado por uma das causas que excluem a culpabilidade, dentre elas a inexigibilidade de outra conduta.

Foi no Tribunal do Império Alemão em que se teve, pela primeira vez, notícia da aplicação da tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Tal fato refere-se a uma ordem emanada do proprietário de um cavalo ressabiado e indolente, dirigida a um empregado, para que selasse o animal e saísse à rua com a finalidade de realizar certo serviço. O cavaleiro, prevendo a possibilidade de um acidente caso o animal se descontrolasse, quis opor-se à ordem, porém seu patrão o ameaçou com a demissão caso

não cumprisse a determinação. O cavaliário então obedeceu. Na rua, o animal rebelou-se, causando lesões a um pedestre.

O Tribunal de Reich entendeu que no quadro fático em que se desenvolveu o evento, não era exigível do empregado outra conduta, uma vez que se não acatasse a ordem de seu patrão, perderia o emprego pondo em risco sua própria manutenção.

A história ficou conhecida na doutrina como “cavalgada que não obedece a rédeas”. Posteriormente, a tese enquanto teoria foi elaborada pelo alemão Freudenthal e desenvolvida por Edmund Mezger.

Nossa legislação traz apenas duas hipóteses expressas que tratam de casos de inexigibilidade de conduta diversa: coação moral irresistível e obediência hierárquica, ambas previstas no artigo 22, 1ª e 2ª parte, respectivamente, do CPB.

4.2.1 Coação Moral irresistível

Existe na coação moral uma ameaça, e a vontade do co-autor não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor; por isso trata-se de hipótese em que se exclui não a ação, mas a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso. É indispensável, porém, que a coação seja irresistível, ou seja, inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o co-autor não se pode subtrair tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor recusar-se ou fazer face, mas tão somente sucumbir, ante o decreto do inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que o coagido não é possível se eximir, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar. Nesta hipótese não se pode impor ao indivíduo a atitude heróica de cumprir o dever jurídico, qualquer que seja ao dano a que se arrisque.

¹⁶ LEONARDO Isaac Yarochevsky. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A ameaça geradora da coação moral irresistível pode ter por objeto não a pessoa do co-autor, mas outras que estejam sentimentalmente ligadas a este (esposa, filhos, amigos etc.). A coação pressupõe sempre três pessoas: o agente, a vítima e o co-autor. Pode-se supor a hipótese de coação moral irresistível putativa. Suponha-se que um empregado receba um bilhete em que se ameaça exterminar seu filho que foi seqüestrado, obrigando-o a colaborar num roubo contra a empresa; posteriormente, descobre-se que o bilhete era endereçado a um colega. Há coação moral irresistível porque o sujeito, por erro, estava submetido ao constrangimento e também não se lhe podia exigir comportamento diverso. A coação irresistível fundamenta-se no artigo 22 do Código Penal trazendo suas possibilidades.

Na coação física, vis absoluta, vis atrox, ou vis corpori illata, ocorre como emprego de força física, quando se usa uma pessoa para praticar um crime, por exemplo, um homem forte pega um garoto e forçando a mão deste, que é mais fraco, para enfiar uma faca em outrem.

Observe que neste caso o homem é o autor do crime, pois não houve conduta humana omissiva dolosa por parte do garoto, e assim, exclui-se o crime, e com isso a conduta do garoto um irrelevante penal, sendo fato atípico.

A violência física afasta a existência de conduta, entendimento da melhor doutrina. A coação moral mantém a conduta, mas afasta a liberdade na tomada da decisão. Se irresistível, é tamanha a influência na referida liberdade que a atitude passa a não ser passível de censura, de reprovabilidade. Assim, a coação moral irresistível afasta a culpabilidade.

Com isso, há na coação moral irresistível uma ameaça, e a vontade do co-autor não é livre, embora possa decidir pelo que considere para si um mal menor, por isso a hipótese não exclui a ação, porém exclui a culpabilidade, por não lhe ser exigível comportamento diverso.

Na coação moral irresistível o coagido é premido pelo medo, realiza a conduta delituosa para satisfazer o desejo do co-autor. Ao coagido, porém, há uma liberdade de opção: sofrer a ameaça ou cometer o crime. Se o co-autor opte pelo delito, satisfazendo a vontade do autor, exclui a culpabilidade, devido à inexigibilidade de conduta diversa, não eliminando a conduta, já que ele manifestou sua vontade; entre sofrer a concretização do mal ameaçado e praticar o delito.

Enfatiza-se, que no caso da violência absoluta, o contrário *sensu*, o co-autor não pratica a conduta típica e conseqüentemente não contribui para o resultado, pois, o autor se vale da força bruta impedindo, assim, que o coagido exerça qualquer ato.

Torna-se pacífico, portanto, que na coação moral irresistível não incidirá sobre o coagido o juízo de reprovação tendo em vista a ausência da exigibilidade de conduta diversa enquanto elemento da culpabilidade.

É indispensável que a ameaça revista-se de duas características: gravidade e irresistibilidade. A ameaça deve por o coagido entre a opção de sofrer o mal prometido ou executar o delito almejado pelo autor. E este mal prometido, pode ser direcionado a um dano que atinja o seu patrimônio ou uma pessoa de sua afeição, não sendo necessário que seja relacionado obrigatoriamente à pessoa coagida.

4.2.2 Obediência hierárquica

Ocorre a obediência hierárquica quando o superior hierárquico, sendo este o patrão ou chefe, determinar a um subordinado que faça algo, podendo por meio de ação ou omissão, no entanto se a ordem for ilegal, não sendo determinada em lei, ocorrerão duas hipóteses: sendo uma a ordem manifestamente ilegal, isto é, ilegalidade perceptível, tanto o inferior quanto o superior hierárquico respondem pelo crime.

Ordem de superior hierárquico é a manifestação de vontade do titular de uma função pública a um funcionário a ele subordinado, no sentido de realizar uma conduta. Deste conceito, extrai-se que o Direito Penal só analisa a ordem referente à Administração Pública; na estrutura hierárquica privada, os trabalhadores não estão vinculados, por determinação legal, ao cumprimento de ordens; se vierem a praticar atos danosos por determinação de seus superiores, sua culpabilidade poderá ser afastada, não por obediência hierárquica, mas por inexigibilidade de conduta diversa.

Essa ordem pode ser legal, se é determinação dentro dos limites da lei, não acarretando para o executor e nem para o autor da ordem, nenhuma responsabilidade no campo penal; ilegal, aquela em que o superior ordena a execução de um ato ao arrepio da lei; manifestamente ilegal aquela pela qual a ilegalidade está estampada, respondendo o agente pelo crime, em concurso com o superior; e não manifestamente ilegal, sua ilegalidade é camuflada, traz na sua parte exterior uma legalidade aparente, exclui-se a culpa do executor por inexigibilidade de outra conduta.

Portanto, vale relembrar que para a configuração da obediência hierárquica é imprescindível a relação de subordinação hierárquica fundada no Direito Público e para a incidência da dirimente, deve haver estrita obediência, se o ato do subalterno ultrapassa os limites fixados na ordem, o mesmo responde pelo excesso.

Sendo assim, o termo manifestamente ilegal deve ser compreendido tendo em vista cada caso concreto, de forma que não se esqueça a pessoa do subordinado, pois não obstante seja conferido ao mesmo o poder de indagar acerca da legalidade da ordem, vez que não é permitido o cumprimento cego a ordens ilícitas de superior hierárquico, não se exige uma compreensão acima de sua verdadeira capacidade de discernimento.

Por fim, é correto, que se do exame detido da situação fática, configurou-se a hipótese da ordem não manifestamente ilegal e em razão da plena obediência hierárquica, não

se poderia exigir do subordinado outra conduta; a culpabilidade, necessária à punição, restará afastada.

4.3 Causas supralegais de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa

Causas supralegais 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.

A nossa legislação penal, ao contrário da legislação alemã, não proíbe a utilização do argumento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Com base na legislação alemã, assevera que deve ser afastada a teoria da inexigibilidade como causa supralegal, pois que, segundo o renomado mestre, a aceitação de “uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetiva como objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção geral que corresponde ao Direito Penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do Direito”. E continua dizendo que, “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”.

Contudo, conclui o brilhante penalista, “conforme a opinião sustentada quase por unanimidade pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação”.

A possibilidade de alegação de uma causa supralegal, em algumas situações, pode evitar que ocorram injustiças gritantes. Vamos ao exemplo do preso que fora ameaçado de morte pelo “chefe” da rebelião que estava acontecendo na penitenciária. Sua morte, contudo, estava condicionado ao não atendimento das reivindicações levadas a efeito pelos detentos.

Ao perceber que o preso que o havia ameaçado estava dormindo por alguns instantes, apavorado com a possibilidade de morrer, pois que três outros detentos já haviam sido mortos, aproveita-se dessa oportunidade e o enforca, matando-o. O detento que causou a morte daquele que o havia ameaçado não pode alegar a legítima defesa, uma vez que a agressão anunciada era futura, e não iminente como exige o art. 25 do Código Penal. Futura até porque poderia não acontecer caso as exigências dos presos fossem atendidas. O fato, portanto, é típico e ilícito. Contudo, podemos afastar a reprovabilidade sobre o injusto praticado pelo agente sob o argumento da inexigibilidade de conduta diversa. Como essa causa não vem expressa em nosso ordenamento jurídico-penal, devemos entendê-la como supralegal.

Contudo, concluiu o brilhante penalista conforme a opinião sustentada quase por unanimidade pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supralegal de exculpação.

Entende-se que a possibilidade, mesmo que em situações excepcionais, pode evitar que ocorram injustiças gritantes.

Diante do exposto, em que pesem as dissonâncias interpretativas existentes, a natureza da inexigibilidade de conduta conforme o Direito é causa de exclusão da culpabilidade.

Como princípio de Direito Penal, não se limita às hipóteses que haja previsão legal, quando é classificada como causa legal da exculpação. Também deve incidir nos casos em que inexistem dispositivos legais que a tipifiquem, pois como primeira e mais importante causa de exclusão da censura penal deve ser reputada como causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente vinculado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.

Reconhecida à lacuna no sistema jurídico quanto às hipóteses de inexigibilidade, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente da culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa.

Aos Tribunais é que cabe a tarefa concreta de interpretação e aplicação das normas, cabe a missão de preencher as deficiências ou lacunas legislativas, dando a cada um o que é de direito, servindo o princípio da inexigibilidade para a integração do ordenamento jurídico em uma salutar válvula de segurança contra as injustiças a que pode conduzir um estreito positivismo legal.

É praticamente impossível determinar-se uma medida padrão utilizável para aferir a exigibilidade em todos os casos, espera-se, portanto, que os operadores do Direito tragam ao Judiciário, na qualidade de matéria a ser discutida nos autos processuais, a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade.

5 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

No Tribunal do Júri, ou seja, nos crimes dolosos contra a vida é que se acentua com maior intensidade a resistência no tocante à aplicação da causa extralegal da inexigibilidade de conduta diversa devido o que prescreve o artigo 484, inciso III do CPPB, no que tange os quesitos que devem ser elaborados de acordo com “qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime”.

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

Nos julgamentos realizados pelo Júri, observamos essa resistência no que diz respeito à aceitação da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Tudo isto por conta de uma interpretação que, nos dias de hoje, entende-se por completamente equivocada, Argumentam os defensores dessa interpretação que o inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal somente permite a formulação de quesitos se "o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique".

Podemos observar tal entendimento no julgamento realizado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. 76.681-3, no qual foi relator o Des. Dante Busana.

A formulação de quesitos sobre a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão de culpabilidade deve versar sobre fatos e circunstâncias, com explicitação dos requisitos inerentes à espécie da excludente, devidamente desdobrada em quesitos.

Em que pese o brilhantismo do nobre Desembargador, esse não é o melhor entendimento, principalmente se levarmos em conta o princípio da ampla defesa insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Como a própria denominação nos está a induzir, a defesa deverá ser ampla, e não limitada às hipóteses contidas na lei, diploma este hierarquicamente inferior à Carta Magna. A Constituição Federal, segundo entendemos, revogou parcialmente o inciso III do art. 484 do Código de Processo Penal. Após a adoção expressa, pela nossa Lei Maior, do princípio da ampla defesa, não há possibilidade de utilização de qualquer artifício interpretativo no sentido de limitá-la. O direito de liberdade, o maior de todos após a vida, é que está em questão. Qualquer raciocínio limitador ofenderá ao dispositivo constitucional.

O Ex-ministro do STJ, Assis Toledo, abraçando a tese sobre a possibilidade de alegação da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, na qualidade de Relator do REsp.n. 2.492, julgado em 23/5/90, publicado no DJU em 06/08/90, assim decidiu:

“Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade cuja admissibilidade no Direito Brasileiro já não pode ser negada.

Júri - Homicídio- Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa - Possibilidade em tese, desde que se apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos - Como devem ser formulados - Interpretação do art. 484,III, do CPP à luz da Reforma Penal.

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

Em seu voto o culto Ministro explica, com lucidez, como deve ser interpretado o inciso III do art. 484, da Lei Processual Penal, assim se manifestando:

A expressão por lei, situada no Código de Processo Penal de 1941, não pode significar restrição à posterior Reforma Penal de 1984, que, como se viu, adotou o princípio da culpabilidade, sem restrições. Antes, deve a ela ajustar-se, tanto mais que saber se existe crime ou não, se está excluída ou não a culpabilidade, é questão exclusiva de Direito Penal Material, não de Direito Processual.

Leio, pois, presentemente, o inciso III do art. 484 assim: qualquer fato ou circunstância que, em nosso ordenamento jurídico-penal, exclua a culpabilidade ou a ilicitude.

Favoráveis à tese da possibilidade de quesitação no Júri sobre causas supra-legais, Marrey e Franco observam que a excludente da inexigibilidade de conduta diversa não pode como é obvio ser articulada em um único quesito, pois, se correria, nessa hipótese, o risco de propor, ao Conselho de Sentença, a aferição de um conceito jurídico quando, na realidade, os Jurados devem manifestar-se sobre fatos.

Esta causa excludente supralegal, apega-se ao fato de não ter o legislador à possibilidade de prever todos os casos em que a inexigibilidade de outra conduta pudesse excluir a culpabilidade.

Também adepto da tese de possibilidade de alegação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade é o ex - Ministro do STJ, Assis Toledo, referido por Rogério Greco (2004: 464-465), em que expôs seu parecer, na qualidade de Relator do Resp. n; ° 2.492, publicado no DJU em 06 de agosto de 1990, assim decidiu:

Inexigibilidade de outra conduta. Causa legal e supralegal de exclusão de culpabilidade cuja admissibilidade no Direito Brasileiro já não pode ser negada.

Júri – Homicídio – Defesa alternativa baseada na alegação de não exigibilidade de conduta diversa – Possibilidade em tese, desde que apresentem ao Júri quesitos sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico.

Quesitos – Como devem ser formulados – Interpretação do art. 484, III, do CPP à luz da Reforma Penal.

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

Preocupado com o aspecto prático, os que apóiam a inexigibilidade de conduta diversa como causa dirimente no Tribunal do Júri, ressaltam que não mais se permite uma interpretação meramente gramatical ou literária da lei, visto que, a hermenêutica contemporânea provou que esta atitude contradiz à própria finalidade do Direito, qual seja o império da justiça, não se perdendo de vista, a evolução pela qual passa o ordenamento jurídico visto que as mudanças são uma constante em qualquer legislação.

Não esquecendo a respeitabilidade dos que insurgem contra a tese da inexigibilidade de outra conduta no Júri, vale salientar que a interpretação dada ao artigo 484, inciso III do CPPB, não é a melhor, já que este artigo da Lei Federal limita o Princípio da Ampla Defesa, prevista na Constituição da República de 1988, no seu art. 5º, inciso LV. Com aplausos, Rogério Greco (2004:462) aduz: “Como a própria denominação está a nos induzir, a defesa deverá ser ampla, e não limitada às hipóteses contidas na lei, diploma este hierarquicamente inferior à Carta Magna”.

Quando se fala da plenitude da defesa, a igualdade, e o princípio *nullum crime nulla poena sine culpa*; inadmissível se torna a imposição de preconceitos legalistas, os quais por

sua própria natureza acabam invertendo os mandamentos constitucionais e, pondo em risco o fim almejado pelo Estado Democrático de Direito.

Concluimos que o maior direito de todos depois da vida é a liberdade, e o inciso III do artigo 484 do Código de Processo Penal foi revogado parcialmente pela Constituição Federal, após aceitação expressa, pela nossa Lei Maior, do Princípio da Ampla Defesa, não havendo hipótese de aplicação de qualquer meio interpretativo no sentido de limitá-la. Qualquer artifício que possa coibir o direito à liberdade ofenderá o dispositivo constitucional.

5.1 Quesitação, no júri, da inexigibilidade de conduta diversa

A quesitação, no Tribunal do Júri, da inexigibilidade de conduta diversa é admissível consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, permitindo a inclusão, em defesa alternativa, desde que apresente aos jurados indagações sobre fatos e circunstâncias e não sobre mero conceito jurídico. Também assim, vem entendendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pois, entende que há cerceamento de defesa, causando nulidade absoluta no julgamento.

Todavia, não é pacífica a posição de doutrinadores e julgados quanto à aplicação da inexigibilidade de conduta diversa como quesito no júri por não haver previsão legal, com fundamento no artigo 484, III do Código de Processo Penal. Segue essa corrente o Tribunal de Justiça de São Paulo, sustenta que não há causas supralegais, sob o argumento de que é inaplicável analogia bonam partem em matéria de dirimentes, já que as causas de exculpação representam, segundo a clara sistemática da lei, preceitos excepcionais insuscetíveis de aplicação extensiva.

¹⁸ Tradução: **Não há crime, nem pena sem culpa**. Dicionário de Latim. Disponível em: <<http://www.maximoadvogados.com/dls.htm>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Contudo, o artigo 484, III do Código de Processo Penal deve ser interpretado consoante a Reforma Penal de 1984, razão assiste a quem entende ser a inexigibilidade de conduta diversa uma causa legal quando da coação moral irresistível ou obediência hierárquica e uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade quando vai além das hipóteses previstas no Código Penal, pois, estarão fundamentadas no princípio geral de Direito (*nullum crime nulla poena sine culpa*), e como tal não é necessário estar contido em norma penal. Não se pode interpretar o Código de Processo Penal deixando de lado a supracitada reforma penal.

Assim, a possibilidade de formulação de quesitos, no que tange a tese da dirimente, traduz-se em uma forma de evitar que determinadas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, em face da constatação de ausência da culpabilidade do acusado, sejam revistas pela instância superior, já que, não raras vezes, a acusação em tais situações, baseando no art. 593, inciso III, alínea d, recorre, ocorrendo, assim novo julgamento, o que ocasiona uma desnecessária e morosa prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Depois de uma investigação sobre os caracteres e elementos do conceito analítico do crime, fica muito mais fácil um entendimento e resolução de casos fáticos que ocorrem no nosso dia a dia, com isso, é fundamental ter consciência de cada caractere, e conseqüentemente conhecer cada elemento existente em cada caractere.

Entrementes, será mais importante ainda que se faça um aprofundamento nos mencionados elementos, assim sendo, nota-se que realmente dá uma impressão de infinito pelo fato de o conteúdo ser muito longo e uma coisa leva a outra e assim continuamente.

Por isso que o Direito penal é contagiante, porque quanto mais se investiga sobre o assunto, mais se descobre com os diversos doutrinadores, tendo eles cada um a seu posicionamento.

No ampliar desta pesquisa, buscou-se demonstrar que a culpabilidade constitui requisito imprescindível na conceituação de crime, uma vez que só acarretará punição ao sujeito que transgredir a norma e lhe era possível agir conforme o Direito.

Com isso, sua conduta não receberá sanção, se os conjuntos de fatores que se fizerem presentes no caso concreto, não lhe possibilitou atuar licitamente; nessa circunstância o Código Penal elencou causas que eximem o indivíduo de pena, em virtude de não lhe poder exigir outra atitude, já que em algumas situações fáticas, mostra-se impossível ao humano.

Contudo, é nas causas supralegais, como a inexigibilidade de conduta diversa, importante causa de exclusão da culpabilidade, é que se percebe visivelmente a resistência em

sua aplicação, ainda mais quando se refere aos crimes dolosos contra a vida, sendo de competência do Tribunal do Júri.

Como se pode perceber, analisamos as situações supralegais de exculpação na ordem inversa de seu enunciado. Ao começarmos pela exculpação, no sentido de exclusão da culpabilidade, descobrimos a necessidade de uma definição material para a culpabilidade, porque sustentá-la a partir de critérios exclusivamente formais impediria o pleno reconhecimento das situações supralegais exculpantes.

Não houve nesse ponto, qualquer pretensão de resolver em poucas linhas o complexo problema da culpabilidade no Direito Penal, mas apenas de indicar sintomas de uma crise que não deve servir como óbice para a tentativa de limitar o poder punitivo em favor de práticas mais democráticas.

Ademais, questão controvertida e de opiniões conflitantes entre doutrinadores e juristas, ainda assim recebe guarida em alguns tribunais e julgados, pois em casos excepcionais não previstos pelo legislador, quer seja por conta da omissão legislativa ou da imprevisibilidade normativa não justificam um juízo de culpabilidade ou reprovação de alguém.

De outro lado, admitir uma tese exculpante, por si só, não prevista na legislação penal seria realmente impor anarquia em nosso sistema penal, visto que imprudente é a aceitação de uma causa de exclusão de culpabilidade não devidamente conceituada, implicaria dizer que tudo seria motivo justificável quando se praticasse um delito e alegasse não ter existido outra opção.

A apreciação crítica da teoria da responsabilidade pelo fato e sua proposta de antecipação do juízo de exigibilidade ao exame da culpabilidade revelou a possibilidade de extensão das situações de exculpação para indivíduos sem capacidade de culpabilidade.

Para tanto, quando invocada pelo defensor a mencionada tese dirimente ao Juiz-presidente deve ser levada aos jurados, mas a inexigibilidade de conduta diversa não pode ser apresentada em um único quesito, pois se correria o risco de propor ao Conselho de Sentença a comparação de um conceito jurídico, sendo que os jurados devem manifestar-se sobre fatos, permitindo que o Conselho tenha condições de verificar se os fatos e as circunstâncias que rodearam a realização do crime guardaram ou não normalidade e se de acordo com esse entendimento, era exigível ou não, do indivíduo, um comportamento diverso da lei.

Admite-se, pois, a tese da inexigibilidade de outra conduta nos crimes de competência do Júri, deve-se, apenas, analisar a exigência de adequação da mesma ao caso concreto, de modo a si formular quesitos referentes ao conjunto de fatores que se fez presente na situação fática. Tal observância irá permitir aos jurados uma clara compreensão da situação em que se desencadeou a conduta ilícita do acusado.

Com esse entendimento, evita-se que as pessoas de bom caráter, entrem no mundo da criminalidade, pois é público e notório que o sistema carcerário brasileiro, não tem o poder mágico de restaurar ninguém da criminalidade, impedindo que estes sujeitos que não tiveram alternativas entrem em contato com essa escola criminal.

Percebe-se, ainda que o argumento propagado por aqueles que repudiam a aceitação do caráter supralegal da tese em exame, de que a mesma geraria insegurança jurídica, de forma a promover a impunidade, é mera falácia, pois, os pilares sobre os quais se assentam as excludentes apresentam solidez ímpar, eis que advêm da adequada e justa hermenêutica da lei, não há assim, que se falar em impunidade, vez que tal é fruto da arbitrariedade e esta, no caso, em nada será beneficiada, pelo oposto, ocorrerá justamente o inverso, já que arbitrário é um direito que vise imposição de uma pena para uma determinada conduta típica que nenhuma reprovação social causou.

Em última apreciação, a analogia in bonam partem é perfeitamente aplicada no campo penal, sendo mais um apoio que autoriza e fundamenta a sustentação da

inexigibilidade de conduta conforme o Direito, pois se aplicam normas semelhantes para resolver situações parecidas em outros processos, evidentemente, também naqueles de competência do Júri Popular.

Por fim, tendo todo o trabalho realizado em perspectiva, julgamos ser possível afirmar que o desenvolvimento doutrinário com o objetivo de definir a culpabilidade a partir de elementos empíricos demonstráveis de compreender a importância do princípio da exigibilidade no conceito analítico do fato punível e de fundamentar pelos direitos fundamentais e pela ética as situações supralegais de exculpação é por demais importantes para ficar nas mãos de autores funcionalistas ou ideologicamente comprometidos com os objetivos reais do Direito Penal. Por isso, acreditamos ter contribuído na democratização material que limita, mesmo que apenas retoricamente, o poder de criminalização institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à Metodologia do Trabalho Científico**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal – Parte Geral**: vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMPOS, João Mendes. **A inexigibilidade de outra conduta no Júri**. Belo Horizonte: Del Rey.1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

_____ Curso de Direito Penal, parte geral. v.1, 11ª Ed. São Paulo: Saraiva.2007. p. 307.

CROCE, Delton; CROCE Júnior, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 5ª Ed. Ver. E ampl. São Paulo: 2004.p. 601.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. 16ed Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004.

_____ **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. V.I Niterói: Impetus. 2007, p.343-344.

_____ **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. V.I Niterói: Impetus. 2007, p.350.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do Direito – Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processo Civil**. 1ª Ed. Campinas: Millenium, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 01. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentando**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p 220.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** p.324.

_____.**Direito Penal**, p.288-294.

_____.**Direito Penal**, p.489-490

ZAFFARONI, Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. Da Tentativa, Doutrina e Jurisprudência. 7ª ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais.2005.

WEZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Tradução Chilena de J. Bustos Ramirez e S. Yanês Peres.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Inexigibilidade de Conduta Diversa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.cjf.bov.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

www.webartigos.com/artigos- Lei 11.689/08. Novas Regras no Tribunal do Júri.

www.netsaber.com.br/resumos- Coação Moral Irresistível.

www.direitonet.com.br/artigos- Exigibilidade de Conduta Diversa.

www.jus2.uol.com.br/doutrina- A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal da exclusão da culpabilidade.

[www.parana-online.com.br/colunistas/69/1120/processo penal. Júri.Inexigibilidade de condutas diversa.Tese da Defesa. Possibilidade.](http://www.parana-online.com.br/colunistas/69/1120/processo_penal._Juri.Inexigibilidade_de_condutas_diversa.Tese_da_Defesa.Possibilidade.)

Jus Navigandi. **A inexigibilidade de conduta diversa como causa supra legal de exclusão da culpabilidade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163> > Acesso em: 17 de Setembro de 2008.

Jus Navigandi. **Culpabilidade: evolução histórica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163> > Acesso em: 17 de Setembro de 2008.

Tradução: Quando a vontade do agente quis o mau resultado. Dicionário de Latim. Disponível em: <<http://www.maximoadvogados.com/dls.htm>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Fragoso. **Antijricidade.** Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/artigoso.asp?id=3163> > Acesso em: 17 de Setembro de 2008.

Tradução: “Uma situação perigosa para um bom ambiente jurídico, que só podem ser colmatadas pela violação do direito do outro” Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate_1# > Acesso em: 22 de Setembro de 2008.

Jus Navigandi. **Culpabilidade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5047>>. Acesso em: 18 de Setembro de 2008.

Wikipedia. Crime Vago. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime_vago > Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Dicionário de termos jurídicos. Disponível em: <<http://www.aoli.com.br/dicionarios.aspx?palavra=Quase-Crime> >. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Dicionário de termos jurídicos. Disponível em: <<http://www.aoli.com.br/dicionarios.aspx?palavra=> >. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

Tradução: Não há crime, nem pena sem culpa. Dicionário de Latim. Disponível em: <<http://www.maximoadvogados.com/dls.htm>>. Acesso em: 23 de Janeiro de 2009.

CÓDIGOS

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.