

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE
E DE CULPABILIDADE NO FURTO FAMÉLICO**

Dayara Nepomuceno de Lima

Presidente Prudente
2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE
E DE CULPABILIDADE NO FURTO FAMÉLICO**

Dayara Nepomuceno de Lima

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob
orientação do professor Mário
Coimbra

Presidente Prudente
2012

AS CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE NO FURTO FAMÉLICO

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Mário Coimbra
Orientador

Claudio Jose Palma Sanchez
Examinador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Presidente Prudente, 15 de outubro de 2012

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Juan Couture

Dedico este trabalho aos meus pais, razão da minha existência. E ao meu namorado, Renan, meu companheiro e porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me criou, e que esteve presente em todos os momentos que precisei. A Ele que foi meu porto seguro, que segurou minha mão e me mostrou qual o caminho devia seguir.

À minha mãe, meu maior exemplo. A ela que dedicou a vida a me instruir e orientar abdicando de seus próprios sonhos para ver os meus se realizarem.

Ao meu pai, que depositou sua confiança em mim e sempre apoiou todas as minhas decisões.

A minha irmã, Dayane, que apesar de todas as desavenças sempre esteve ao meu lado nos momentos necessários.

Ao meu orientador, Professor Mário Coimbra, que aceitou meu convite e que com muita paciência contribuiu para a elaboração deste trabalho.

Ao meu namorado, Renan, que sempre me apoiou e que foi paciente durante toda a elaboração deste trabalho. A ele, que nos momentos mais difíceis dedicou sua atenção e me mostrou que tudo era possível.

Um agradecimento especial a meu tio Ailton, que foi quem me instruiu no caminho jurídico e que sempre depositou confiança em mim. E ainda por ter oportunizado a minha chegada até aqui.

Aos meus amigos que de alguma forma me fizeram crescer e me tornar a pessoa que sou hoje.

Enfim, a todos aqueles que depositaram sua confiança em mim e de alguma maneira contribuíram para a elaboração deste trabalho, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O Presente trabalho trata de uma espécie de furto e as possibilidades para exclusão de penalidade, seja em razão da aplicação do estado de necessidade, seja pela dirimente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta conforme o Direito.

Trata acerca dos requisitos necessários para a configuração de um delito, bem como acerca de possíveis causas de exclusão do crime.

Assim tem como tema central a busca do melhor enquadramento para a exclusão da penalidade nos casos de furto famélico, privilegiando assim um Direito mais humanitário e a justiça.

Palavras Chaves: Furto Famélico. Estado de Necessidade. Inexigibilidade de Conduta Diversa.

ABSTRACT

The present work is a kind of theft and the possibilities for exclusion penalty, is due to the application of state of necessity or by diriment culpability of the unenforceability of conduct according to law.

This is about the requirements for setting up an offense, as well as about possible causes of exclusion from crime.

So is focused on the search for the best environment for the exclusion of penalty in cases of theft peckish, favoring thus a more humane law and justice.

Key Words: Theft peckish. State of Necessity. Unenforceability of Conduct diverse.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	10
2.1. Breve Histórico.....	10
2.1.1. Origem e evolução.....	10
2.2. Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	15
2.2.1. Evolução	16
2.2.2. Dignidade da pessoa humana	17
2.2.3. Direito à vida	19
2.2.4. Direito à saúde	20
2.2.5. Direito a alimentos	21
3. TEORIA DO DELITO	22
3.1. Conceito Formal de Crime	22
3.2. Conceito Material de Crime	23
3.3. Conceito Analítico de Crime sob o enfoque tripartido.....	23
3.3.1. Tipicidade	24
3.3.2. Antijuridicidade ou ilicitude.....	26
3.3.2.1. Antijuridicidade formal e antijuridicidade material	27
3.3.2.2. Antijuridicidade e injusto penal.....	27
3.3.2.3. Antijuridicidade e antinormatividade	28
3.3.2.4. Causas legais de exclusão da ilicitude.....	28
3.3.3. Culpabilidade.....	29
3.3.3.1. Teoria psicológica da culpabilidade	29
3.3.3.2. Teoria psicológico-normativa.....	30
3.3.3.3. Teoria normativa pura	31
3.3.3.4. A culpabilidade no ordenamento jurídico pátrio	32
3.3.3.4.1. Imputabilidade	33
3.3.3.4.2. Potencial consciência da ilicitude.....	34
3.3.3.4.3. Exigibilidade de conduta conforme o Direito.....	36
4. DO FURTO	38
4.1. Conceito.....	38
4.2. Previsão Legal	38
4.3. Modalidades	39
4.3.1. Furto simples	40
4.3.2. Furto noturno	40
4.3.3. Furto privilegiado	41
4.3.4. Furto qualificado	42
4.3.4.1. Com destruição ou rompimento de obstáculo	43
4.3.4.2. Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza	43
4.3.4.3. Com emprego de chave falsa.....	45
4.3.4.4. Mediante concurso de duas ou mais pessoas.....	46

4.3.4.5. Subtração de veículo automotor	46
4.3.5. Furto famélico	47

5. PRINCÍPIOS QUE DEVERIAM REGER A APLICAÇÃO DO FURTO FAMÉLICO NO CASO CONCRETO

5.1. Conceito de Princípios.....	49
5.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	50
5.3. Princípio da Insignificância.....	50
5.4. Princípio da Economia Processual	51
5.5. Inaplicabilidade dos Princípios no Ordenamento Jurídico Brasileiro e suas consequências	52

6. FURTO FAMÉLICO

6.1. Bem Jurídico.....	55
6.2. Natureza Jurídica	57
6.3. Estado de Necessidade.....	57
6.3.1. Origem e evolução.....	57
6.3.2. Conceito.....	59
6.3.3. Natureza jurídica.....	60
6.3.4. Fundamentos.....	61
6.3.5. Teorias acerca do estado de necessidade	61
6.3.6. Elementos necessários para configuração do estado de necessidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	65
6.3.6.1. Perigo atual.....	65
6.3.6.2. Ameaça a direito próprio ou alheio	66
6.3.6.3. Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito	66
6.3.6.4. Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo	68
6.3.6.5. Inevitabilidade do comportamento lesivo	69
6.3.6.6. Inexigibilidade de conduta diversa	69
6.3.6.7. Consciência da situação de perigo.....	70
6.3.7. Furto famélico e Estado de Necessidade	70
6.4. Inexigibilidade de Conduta Diversa	75
6.4.1. Origem e evolução.....	76
6.4.2. Conceito.....	84
6.4.3. Entendimentos acerca da natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa.....	84
6.4.3.1. Causa legal de exclusão da culpabilidade	84
6.4.3.2. Causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade	85
6.4.3.3. Não reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.....	87
6.4.4. Furto famélico e inexigibilidade de conduta diversa.....	89

7. CONCLUSÃO.....

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou as possibilidades de enquadramento da ausência de penalidade aos casos de furto famélico, tendo como finalidade a busca de respostas que se corroborem com um Direito Penal mais justo e humanitário, razão pela qual este foi o tema escolhido.

O trabalho foi elaborado utilizando-se dos métodos dedutivo e histórico mediante pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Inicialmente o trabalho tratou da origem e evolução dos Direitos Humanos Fundamentais, passando após a análise deste dentro do ordenamento pátrio, destacando alguns que estão intimamente ligados ao furto famélico, quais sejam: dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde e direito a alimentos.

Num segundo momento tratou-se acerca da Teoria do Delito, estabelecendo o conceito de crime, e determinando quais os requisitos necessários para a sua configuração.

Após isto, o trabalho versou acerca do furto, delito previsto no artigo 155, do Código Penal, tratando de seu conceito e de suas modalidades.

Posteriormente se tratou dos princípios que deveriam reger a aplicação do furto famélico no caso concreto a fim de que o Direito fosse aplicado da forma mais justa possível, e também acerca das consequências da inaplicabilidade destes.

Por fim, foi abordado o furto famélico em si, determinando-se qual o bem jurídico tutelado e a natureza jurídica deste. Neste diapasão tratou-se acerca do enquadramento do furto famélico como forma de exclusão da ilicitude ligada ao estado de necessidade e também como forma de exclusão da culpabilidade ligada à inexigibilidade de conduta diversa supralegal.

2. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

2.1. Breve Histórico

Desde tempos remotos há discussão acerca da existência de direitos humanos fundamentais para a sobrevivência do homem, tendo em vista que não seria possível a desigualdade entre seres iguais que passaram a conviver socialmente com a finalidade de autopreservação.

A dignidade humana foi vista sob diversos enfoques como denota-se das palavras de Fábio Konder Comparato (2011, p. 13), “A resposta a essa indagação fundamental foi dada, sucessivamente, no campo da religião, da filosofia e da ciência”.

Desta forma é possível notar que a partir do momento em que o homem abandona as explicações da mitologia e passa a utilizar um saber científico, por meio da razão, aprofunda-se na ideia da existência desta igualdade de direitos, e é então que se vislumbra o início do estudo dos direitos humanos fundamentais que só vem a se materializar séculos depois com a Declaração Universal de Direitos Humanos.

2.1.1. Origem e evolução

A origem dos direitos fundamentais como já citado se deu em razão da conjugação dos estudos religiosos, filosóficos e científicos. Inicialmente pode-se verificar que foi no Antigo Egito e na Mesopotâmia que foram gerados os primeiros direitos individuais. Assim, assevera Alexandre de Moraes (2003, p. 24), “A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no Antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado”.

Em se tratando de legislações positivadas a tratar de tais direitos o primeiro que se tem conhecimento é o Código de Hammurabi, que tratava de direitos como a vida, a dignidade, a família, a propriedade e a supremacia das leis em relação aos governantes¹.

Como já dito, a origem de tais direitos se deu pela conjugação de estudos religiosos, filosóficos e científicos, e, portanto, é possível demonstrar a participação religiosa neste processo através da propagação das ideias filosófico-religiosas de Buda, onde todos os homens eram iguais graças à existência de um Direito Superior². Também na Grécia verificou-se a ideia da igualdade entre os seres humanos por meio dos ensinamentos de Péricles, a respeito da instituição da democracia, e ainda na Grécia, houve o conceito de um Direito Superior ao instituído pelo homem, tal como denota-se da obra *Antígona* de Sófocles. Neste sentido Alexandre de Moraes (2003, p. 25):

Posteriormente, já de forma mais coordenada, porém com uma concepção ainda muito diversa da atual, surgem na Grécia vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando-se as previsões de participação política dos cidadãos (democracia direta de Péricles); a crença na existência de um direito natural anterior e superior às leis escritas, defendida no pensamento dos sofistas e estóicos (por exemplo, na obra *Antígona* – 441 a.C. –, Sófocles defende a existência de normas não escritas e imutáveis, superiores aos direitos escritos pelo homem).

Contudo, foi no Direito Romano que surgiram vários engenhos para tutelar os chamados direitos individuais em face do Estado, especialmente na Lei das Doze Tábuas³.

No período em que prevaleceu o Cristianismo imperava a concepção da igualdade entre os seres humanos independente de raça, origem, religião, haja vista que se buscava preservar a dignidade da pessoa humana.

Durante todo o período feudal prevaleceu ainda a ideia da igualdade dos homens, inclusive com a elaboração de diversas normas que tratavam do tema, especialmente no que se referia à limitação da atuação estatal em face dos indivíduos.

¹ Neste sentido Alexandre de Moraes (2003, p. 24), “O código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”.

² Alexandre de Moraes (2003, p. 25), “A influência filosófico-religiosa nos direitos do homem pôde ser sentida com a propagação das ideias de Buda, basicamente sobre a igualdade de todos os homens (500 a.C.)”.

³ “Contudo, foi o Direito romano quem estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das Doze Tábuas* pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão”. (MORAES, 2003, p. 25)

Entretanto, foi somente a partir da metade do século XVIII que se pode dizer que houve uma evolução drástica no que concerne aos direitos humanos, haja vista que foi a partir deste período que se deu início a elaboração das diversas declarações que tratavam do tema.

Assim, percebe-se que a evolução dos direitos humanos iniciou-se com uma concepção religiosa, passando posteriormente pela concepção idealista, onde prevalecia o chamado direito natural, sendo que estes direitos eram considerados supraestatais, evoluindo então para uma concepção positivista, onde estes direitos naturais poderiam ser reconhecidos desde que positivados pelas normas jurídicas estatais, e, por fim, chegou-se a concepção crítico-material, cujo entendimento é de que são os direitos humanos a expressão formal do processo evolutivo da luta para adquirir estes direitos.

Deste modo, a evolução dos direitos humanos pode ser constatada a partir de determinados antecedentes históricos.

O primeiro deles é a Carta Magna outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra, em 15 de junho de 1215, em face da qual também o monarca vinculava-se as normas que criasse, e ainda estabelecia certos privilégios para o clero e a nobreza. Dentre as normas trazidas pela Carta Magna encontravam-se o princípio da proporcionalidade da pena, e em sua essência tratava também do princípio do devido processo legal e ainda estabelecia o direito de locomoção dos homens, dentre outras⁴.

O segundo precedente, *Petition of Right*, estabelecia que não haveria obrigação de contribuir com qualquer dádiva, empréstimo, imposto, taxa etc., se estes não houvessem sido aprovados pelo Parlamento e ainda que ninguém responderia por estes fatos. E, por fim, previa que ninguém poderia ser privado da sua liberdade ilegalmente.

O próximo precedente se tornou um remédio constitucional, assim, o *Habeas Corpus Act*, assinado pelo Rei Stuart, em 1679, na Inglaterra, visava garantir a liberdade dos cidadãos, submetendo todos ao Estado de Direito.

O quarto precedente foi a chamada Carta de Direitos (*Bill of Rights*), outorgada pelo príncipe Guilherme de Orange, na Inglaterra, em 1689, onde se iniciou a divisão dos poderes, não prevalecendo mais a máxima da monarquia “todo poder emana do rei e em seu nome é exercido”, de modo que o poder estatal sofreu restrições, sendo então o parlamento o

⁴ Vide COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

detentor de determinadas prerrogativas que anteriormente eram do monarca. Algumas das disposições trazidas pela Declaração dos Direitos foram: a proibição da cobrança de impostos sem prévia autorização do parlamento, a separação de poderes, dentre outros.

O próximo antecedente refere-se aos documentos criados em decorrência da Declaração de Independência dos Estados Unidos, ou seja, a Declaração de Direitos da Virgínia (16-06-1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (04-07-1776) e a Constituição dos Estados Unidos (17-09-1787). O primeiro dos documentos citados já assegurava os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, além dos princípios do devido processo legal, da legalidade, da imparcialidade do juízo, e da liberdade religiosa e de imprensa. O segundo, elaborado por Thomas Jefferson, tratou de questões atinentes aos princípios democráticos do Estado de Direito, e foi o primeiro documento político que reconheceu expressamente a existência de direitos inerentes ao ser humano, tais como igualdade, liberdade de opinião e de religião. Por fim, a Constituição dos Estados Unidos buscou estabelecer limites para o poder estatal através da divisão de poderes e também tratou de direitos humanos fundamentais como a liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal, ampla defesa etc.

Na ordem cronológica o próximo precedente foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, onde houve a normatização de direitos fundamentais de extrema importância, tais como: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, princípio da presunção de inocência, princípio da legalidade, liberdade religiosa etc., de modo que os franceses foram os responsáveis pela divisão em direitos fundamentais do homem e direitos fundamentais do cidadão, sendo os primeiros aqueles referentes ao pré-social e os segundos os concernentes àqueles direitos que pertencem aos indivíduos enquanto membros de uma sociedade política, nesta hipótese se aplicando a famosa premissa “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Outros precedentes de extrema importância na evolução dos Direitos Humanos foram as promulgações das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. A primeira deu início às constituições que passaram a instituir garantias individuais com tendências sociais, ou seja, que incluíam como garantias os direitos trabalhistas, direito à educação, dentre outros, além de tratar das liberdades individuais e dos direitos políticos. A

segunda tem importância pois o legislador fez a divisão dos direitos fundamentais, incluindo-se os direitos civis, políticos, sociais e econômicos⁵.

Por fim, o último precedente a ser tratado é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Contudo, foi somente em 1966 que foram aprovados os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esta Declaração foi elaborada no pós-guerra, e retomou os ideais da Revolução Francesa, de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

A discussão que surge hoje acerca deste documento é a sua força de vinculação, visto que há quem afirme que a terceira etapa não foi ainda concluída, ou seja, ainda não há um meio efetivo para a aplicação dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” capaz de assegurar o efetivo cumprimento destes direitos. Entretanto, há quem afirme que isto seja mero formalismo, haja vista que a vigência dos direitos humanos independe da ratificação de Tratados. Assim leciona Fabio Konder Comparato (2011, p. 239-240):

Tecnicamente, a Declaração Universal do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima.

Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda a parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos oficiais ou não. A doutrina jurídica contemporânea, de resto, como tem sido reiteradamente assinalado nesta obra, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas. É óbvio que a mesma distinção há de ser readmitida no âmbito do direito internacional.

Já se reconhece, aliás, de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído de costumes e os princípios gerais do direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). A própria Corte Internacional de Justiça assim tem entendido. Ao julgar, em 24 de maio de 1950, o caso da retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana no Teerã, a Corte declarou que “privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

⁵ “A estrutura da Constituição de Weimer é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social”. (COMPARATO, 2011, p. 205)

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo o ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu art. II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desanimadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Assim é possível perceber que a evolução dos direitos humanos teve início com uma visão jusnaturalista⁶, passando para um enfoque positivista⁷ e chegando a uma visão moralista dos direitos humanos⁸. Contudo, uma teoria não se sobrepõe a outra, mas ambas se complementam, sendo assim, o legislador elabora normas para que se estabeleçam quais os direitos inerentes ao homem e então se crie na sociedade a chamada consciência social.

2.2. Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil houve uma evolução paralela dos direitos humanos com o que ocorria no restante do mundo.

⁶ “A *teoria jusnaturalista* fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência do homem”. (MORAES, 2003. p. 34)

⁷ “A *teoria positivista*, diferentemente, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular. Desta forma, somente seriam direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado”. (MORAES, 2003. p. 34)

⁸ “A *teoria moralista ou de Perelman* encontra a fundamentação dos direitos humanos fundamentais na própria experiência e consciência moral de um determinado povo, que acaba por configurar o denominado *espritus razonables*”. (MORAES, 2003. p. 34 -35)

2.2.1. Evolução

A Constituição do Império (1824) já trazia um rol de direitos e garantias individuais, tais como direitos civis e políticos, mais especificamente tratou dos princípios da igualdade e da legalidade, além de aduzir as garantias da livre manifestação de crença e pensamento, liberdade de locomoção, abolição da tortura, individualização das penas, abolição das penas cruéis, inviolabilidade de domicílio, dentre outros.

A primeira constituição republicana também tratou de estabelecer um rol de garantias individuais, abrangendo os direitos que já haviam sido incluídos na Constituição anterior e acrescentando outros, tais como: a gratuidade do casamento civil, direito de associação, ampla defesa, abolição da pena de morte etc.

As constituições seguintes (1934 e 1937) mantiveram um extenso rol de direitos humanos fundamentais. A partir da Constituição de 1946 além do rol de direitos individuais, incluiu-se um rol de direitos sociais dos trabalhadores e empregados e ainda assegurou-se o direito à educação e a proteção à instituição familiar.

A elaboração da Constituição de 1967 ocorreu num dado momento da história onde se visava uma melhora na condição social da população, e assim instituiu um rol bastante extenso de direitos sociais além de um capítulo específico que tratava de direitos individuais. E mesmo as alterações trazidas em 1969 não alteraram os arrolamentos destes direitos.

Por fim, a atual Constituição abrangiu os direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração. Assim, a Constituição de 1988 ao fazer a divisão de tais direitos tratou de direitos que foram positivados com base nos princípios de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Assim, denota-se que legislador ainda fez uma divisão de tais direitos em cinco capítulos, quais sejam: a) direitos individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) nacionalidade; d) direitos políticos; e) partidos políticos. Deste modo, é possível extrair da lição do Ministro Celso de Mello a abrangência de tais direitos na atual Constituição:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMENTA: Reforma agrária.** Mandado de Segurança nº 22164/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/MS_22164_SP%20_30.10.1995.pdf>. Acesso em: 07 de março de 2012).

Portanto, é possível extrair que tais direitos foram expressamente assegurados pelo legislador no preâmbulo constitucional quando consagrou o Estado Democrático de Direito, ou seja, fez prevalecer o lema constante da Revolução Francesa, “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

2.2.2. Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana trata de um dos valores instituídos pelo legislador constitucional como fundamento para o Estado Democrático de Direito. Trata de valor que foi positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro como Princípio. Assim, numa análise de todo o ordenamento denota-se que a dignidade da pessoa humana pode ser apreciada sob dois prismas, como valor e como princípio, isto é, como fundamento e finalidade.

Portanto, não há de se falar em direito se este não estiver em consonância com a dignidade da pessoa humana, verificando-se aqui a necessidade de coexistência entre o direito e os valores instituídos pelo legislador constitucional, dentre os quais está incluso a dignidade da pessoa humana. Assim, constata-se que o Estado se baseia na individualidade do ser humano, e não o contrário, tal como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 69):

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Ainda há de se falar que o estudo dos direitos fundamentais está intimamente ligado ao da dignidade da pessoa humana, tal como explicita Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 63):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por fim, cabe ressaltar o posicionamento de Alexandre de Moraes (2010, p. 22):

[...] *a dignidade da pessoa humana*: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;

Portanto, a inclusão da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estabeleceu restrições para a atuação estatal, quando esta vier a ofender tal princípio, além de estipular o dever de assegurar meios para proteger e garantir a plena eficácia do referido princípio.

Assim, a dignidade da pessoa humana tem como finalidade estabelecer parâmetros mínimos para que se possa ter uma vida digna, tanto no que concerne a existência física, quanto à espiritual e a intelectual das pessoas, de modo que é o Estado o responsável pela concretização de tais situações, seja por meio de sua abstenção ou por meio de suas ações.

2.2.3. Direito à vida

O direito à vida é aquele que dá embasamento a toda a ordem jurídica, haja vista que é a partir dele que se criam os demais direitos, sendo assim a fonte primária para a criação dos demais bens jurídicos.

Ao conceituar o direito à vida denota-se que ele deve ser analisado sob dois enfoques, isto é, o direito ao nascimento e o direito de manter-se vivo. Assim, no que se refere ao direito de nascer este deve ser ponderado a partir de concepções biológicas, ou seja, a partir do instante em que há a fecundação do óvulo cria-se a expectativa de vida de um novo ser humano, haja vista que este tem características próprias diversas do pai e da mãe, e, portanto, deve-lhe ser garantido o direito de viver.

No que concerne ao direito de manter-se vivo cabe frisar o ensinamento de Alexandre de Moraes (2003, p. 87):

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse *direito a um nível de vida adequado com a condição humana* respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Assim, percebe-se que o direito à vida também diz respeito à forma como o ser humano sobrevive, ou seja, cabe ao Estado estabelecer formas para que o homem possa ter uma vida adequada a sua condição, garantindo que seus integrantes tenham uma vida com um mínimo existencial.

Por fim, o direito à vida se subdivide em três espécies:

- a. Direito à integridade física: a todos deve ser assegurado o direito à vida, e sendo o corpo parte essencial para a vida humana, pressupõe-se que a agressão a ele conseqüentemente implica a agressão à vida, e, portanto, a um direito humano fundamental. Ademais, no que se refere ainda ao direito de manter-se vivo cabe destacar que o ordenamento jurídico assegura o direito de defender a própria vida, seja por meio da legítima

defesa, seja pelo estado de necessidade ou ainda pela inexigibilidade de conduta diversa legal ou supralegal.

- b. Direito à integridade moral: todo ser humano deve ter uma vida digna, respeitada, visto que todos são iguais, e, portanto, deve-se garantir o respeito recíproco entre os indivíduos:
- c. Direito à existência: diz respeito tanto ao direito que surge com a expectativa de vida, quanto ao que tange às formas que o homem pode utilizar para subsistir.

Resumindo, a agressão ao direito à vida ofende um direito fundamental, e, em consequência, surge o direito de se defender para assegurar a sua existência.

2.2.4. Direito à saúde

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao direito à saúde, tendo em vista que este é um dos integrantes do chamado “mínimo existencial”.

Tal direito é assegurado pelo artigo 186 da Constituição, onde o legislador estabeleceu que a saúde é um direito de todos e uma obrigação do Estado, tanto que este deve instituir medidas político, sociais e econômicas para garantir a efetividade de tal direito.

Contudo, a saúde não deve ser vista simplesmente como o mero bem-estar físico, devendo ser analisada no âmbito físico, psíquico e espiritual. Não se trata também da ausência de moléstias, mas de estabelecer condições que dificultem a propagação de contágio destas.

Desta feita, é de extrema relevância a atuação estatal para criar medidas que dificultem a proliferação de doenças e também de estabelecer meios para o tratamento.

2.2.5. Direito a alimentos

No que tange ao ser humano há determinadas condições vitais para a sua sobrevivência, dentre as quais se encontra a necessidade de se alimentar. Portanto, a alimentação trata de uma necessidade básica para a manutenção da vida humana, tanto que é mais um dos elementos que compõem o “mínimo existencial” abrangido pela dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o direito à alimentação encontra fundamento no referido princípio, e ainda tal é a importância deste direito que encontra respaldo em vários dispositivos do ordenamento jurídico, tal como na Constituição que trata da prisão civil pelo não pagamento de alimentos, no Código Penal que trata do delito de abandono material ou mesmo no tratamento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda, cabe ressaltar que o direito à alimentação é de tamanha relevância que é considerado um direito inerente à natureza do homem, isto é, um Direito Natural.

Assim, verifica-se que é dever do Estado utilizar meios para garantir a efetividade de tal direito, até mesmo porque este está intimamente ligado ao direito à saúde, isto é, uma alimentação inadequada é um fator contribuinte para enfraquecer o ser humano, baixando a imunidade, e, portanto, deixando-o mais propício a adoecer ou mesmo de perder a vida.

Portanto, é fácil entender a importância que o legislador deu a tal direito, quando estabeleceu na Constituição o caráter excepcional da prisão por dívida alimentícia e no Código Processo Civil um procedimento especial para execução de tal dívida. E ainda mais quando criou um delito específico para os casos onde o responsável legal deixar de prestar assistência àquele que não tem condições de prover a si mesmo, demonstrando assim a gravidade de tal ato.

3. TEORIA DO DELITO

A teoria geral do delito visa estudar quais as características necessárias para que uma conduta seja penalmente relevante, isto é, busca estudar os elementos necessários para a configuração do delito, aplicando-se a máxima, “*Nullum crime, nulla poena, sine lege previa*”. Assim, busca-se encontrar o melhor método para se chegar à pacificação social e a um Direito Penal justo.

O intuito maior da teoria geral do delito é estabelecer quais os requisitos necessários para que quando um fato acarretar um dano ou ocasionar perigo a algum bem jurídico tutelado seja necessária a atuação estatal para se restabelecer a segurança assegurada aos cidadãos através do Pacto Social estabelecido pelo Estado Democrático de Direito.

A partir desta teoria passa-se a analisar a pena sob dois enfoques, como meio de prevenção geral e como meio de prevenção especial, visando-se exatamente os ideais de justiça e de segurança social.

Não obstante, para se chegar a estas conclusões faz-se mister analisar o conceito de delito, o que far-se-á a seguir.

3.1. Conceito Formal de Crime

O conceito de delito pode ser dividido sob três aspectos, que, entretanto, se complementam.

Sob o aspecto formal crime é toda conduta que é penalmente relevante, isto é, toda conduta contrária a um tipo penal, e que tem como consequência uma sanção.

Foi este o conceito adotado pelo legislador ao estabelecer o conceito de crime no artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal:

Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Portanto, ao analisar o conceito estabelecido no artigo supracitado verifica-se que não há a preocupação de se estipular qual o conteúdo de delito e nem de se estabelecer seus requisitos.

Assim, do ponto de vista meramente jurídico delito é a simples conduta que é sancionada por um tipo legal, sem se preocupar com os elementos que o constituem.

3.2. Conceito Material de Crime

Sob o aspecto material crime é conceituado como toda conduta que lesa ou expõe a perigo algum bem jurídico tutelado.

Aqui há a preocupação em se delimitar qual o conteúdo de crime, mas não se determina quais os seus elementos constitutivos. Assim estabelece que o perigo ou a lesão ao bem jurídico são o conteúdo do crime. Tal conceito preocupa-se em delimitar quais condutas possuem um desvalor social a ponto de ser necessária e essencial para a manutenção da paz social a aplicação de pena.

3.3. Conceito Analítico de Crime sob o enfoque tripartido

E por fim, é possível verificar que sob o aspecto analítico o crime pode ser conceituado como toda conduta (ação ou omissão) que constitua um fato típico, antijurídico e culpável.

Assim, percebe-se que o delito é constituído por três elementos, quais sejam: a tipicidade, antijuridicidade ou ilicitude e a culpabilidade.

Neste sentido vale destacar que “esses elementos estão em uma sequência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável” (PRADO, 2010, p. 232).

Portanto, pode-se concluir que o conceito analítico de delito trata-se de um estudo axiológico dos elementos do delito, visto que é apreciado mediante a aplicação de valores, isto é, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade tratam de juízos de valor que incidem sobre um fato (ação ou omissão), gerando como consequência a valoração deste.

3.3.1. Tipicidade

O legislador estabelece que determinados bens devem ser preservados pelo Estado, de tal modo que aquele que pratica conduta que lesiona ou expõe a perigo tais bens deve receber penalidade, isto é, a prática de tais atos possui relevância social a ponto de ser necessária a intervenção estatal.

Assim sendo, é necessário que o legislador preveja as hipóteses em que será necessária a atuação estatal, o que é feito por meio da tipificação das infrações.

A tipicidade nada mais é do que a adequação do fato à norma. Nos dizeres de Francisco Muñoz Conde (1988, p. 4):

A este processo de seleção na lei de ações que o legislador quer sancionar penalmente chama-se *tipicidade*. A tipicidade é, pois, a adequação de um fato concreto à descrição que desse fato se faz na lei. A tipicidade é uma consequência do princípio da legalidade, já que só através da descrição das condutas proibidas nos tipos penais se cumpre o princípio do *nullum crime sine lege*.

A tipicidade é formada pelos seguintes elementos, conduta, resultado, nexos de causalidade e tipo penal. A conduta pode ser tanto dolosa quanto culposa, praticada sob a forma comissiva ou omissiva. O resultado deve ser danoso ao bem jurídico tutelado. O nexos

de causalidade é o vínculo entre a conduta e o resultado. E por fim, o tipo nada mais é do que a descrição abstrata de um fato ou comportamento proibido em lei.

Deste modo a tipicidade é a adequação perfeita entre o fato narrado na norma e o fato concreto, isto é, o amoldamento de conduta, resultado e nexos de causalidade a uma regra positiva.

Assim assevera Gabriel César Zaccaria de Inellas (2001, p. XI):

[...] toda conduta humana, positiva ou negativa (ação ou omissão), portanto, um fato, que se enquadre em alguma norma penal incriminadora, denomina-se *fato típico*. [...] Portanto, podemos afirmar que: *fato típico* é o comportamento humano, que provoca um resultado, previsto na Lei Penal como infração.

É com a análise da tipicidade que se inicia o estudo acerca da necessidade de uma conduta ser ou não ser penalmente punida, isto significa que verificada a tipicidade de um fato presume-se que a conduta será ilícita.

A tipicidade possui duas funções bastante relevantes para o delito, quais sejam: a) função indiciária; b) função de garantia.

Com relação à primeira hipótese se um fato for considerado típico isto induz a presunção de que também será ilícito. E trata de presunção apenas, pois se comprovado que o fato foi praticado mediante uma causa de justificação o fato embora típico não será ilícito.

No que concerne à segunda função isto deriva do princípio da reserva legal, isto é, a tipicidade é forma de garantir que todos tenham conhecimento se sua ação é punível ou não e ainda como forma de garantir que toda a conduta que não seja tipificada constitua indiferente penal.

3.3.2. Antijuridicidade ou ilicitude

A ilicitude trata das condutas que são contrárias ao Direito, ou seja, daqueles comportamentos que são adversos ao que estipula o ordenamento jurídico. Assim conforme ensina Gabriel César Zaccaria de Inellas (2001, p. XI):

Antijuridicidade é a relação de contrariedade entre o fato típico e a Norma Penal. Importante notar que uma conduta descrita na Norma Penal incriminadora, será ilícita ou antijurídica, quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico será encontrado por exclusão: será antijurídico, quando não declarado lícito por qualquer causa de exclusão da ilicitude.

Deste modo, conforme se verifica na doutrina supracitada o estudo da ilicitude está intimamente ligado as suas causas de exclusão, e, portanto, há apenas uma presunção relativa de que um fato típico será também ilícito. Neste mesmo sentido leciona Francisco Muñoz Conde (1988, p. 43):

A tipicidade de um comportamento não implica, pois, a sua antijuridicidade, senão apenas um indício de que o comportamento pode ser antijurídico (função indiciária do tipo). [...]

Disso se depreende que tipo e antijuridicidade são duas características distintas da teoria geral do delito. O tipo pode desempenhar uma função indiciária da antijuridicidade (*ratiocognoscendi*), mas não pode se identificar com ela (*ratio essendi*).

A identificação entre tipo e antijuridicidade conduz à *teoria dos elementos negativos do tipo*. Segundo esta teoria, as causas de justificação excludentes da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade etc.) devem ser consideradas como elementos negativos do tipo, de tal forma que quem mata em legítima defesa nem sequer realiza o tipo de delito de homicídio, mas apenas um nada jurídico-penal ou, como diz Welzel, sua ação seria, do ponto de vista do Direito Penal, tão irrelevante como se tivesse matado uma mosca. Na verdade, dificilmente pode-se equiparar uma conduta atípica (matar uma mosca) com uma conduta típica, mas amparada por uma causa de justificação (matar outra pessoa em legítima defesa). Por outro lado, a indagação acerca da antijuridicidade só tem sentido, se, previamente, já se estabeleceu a tipicidade do comportamento. (cfr. Cerezo, págs. 375 e segs.)

Assim, percebe-se que o Código Penal Brasileiro se preocupou em estabelecer os critérios utilizados para a definição dos atos ilícitos, pois conforme já visto, a ilicitude é encontrada por exclusão, sendo que só são ilícitas as condutas que não forem declaradas lícitas por meio destes institutos de exclusão.

3.3.2.1. Antijuridicidade formal e antijuridicidade material

A doutrina costuma dividir a antijuridicidade em duas espécies:

- a. Antijuridicidade formal (desvalor da ação): trata-se da mera desconformidade entre a conduta e o ordenamento jurídico.
- b. Antijuridicidade material (desvalor do resultado): trata da lesão ou do perigo ocasionado ao bem que a norma visa proteger.

Assim para se falar em antijuridicidade é preciso que estejam presentes ambas as espécies, tal como leciona Francisco Muñoz Conde (1988, p. 86-87):

Antijuridicidade formal e material são aspectos do mesmo fenômeno. Uma contradição puramente formal entre a ação e a norma não pode ser qualificada de antijurídica, como tampouco pode ser qualificada como tal a lesão de um bem que esteja protegido juridicamente. A essência da antijuridicidade é, por conseguinte, a ofensa a um bem jurídico protegido pela norma que se torna infringida com a realização da ação. Na medida em que não ocorra essa ofensa ao bem jurídico não se poderá falar de antijuridicidade, por mais aparente ou formalmente exista uma contradição entre norma e a ação.

Portanto, conclui-se que é requisito necessário para a configuração da ilicitude de uma conduta que esta preencha tanto o conteúdo formal quanto o conteúdo material da antijuridicidade.

3.3.2.2. Antijuridicidade e injusto penal

A antijuridicidade e o injusto são termos diversos, que, contudo, se complementam. Assim a antijuridicidade é que qualifica uma conduta como contrária ao ordenamento jurídico, enquanto que o ilícito é a própria conduta já qualificada como antijurídica, desta forma o injusto é a ação antijurídica de roubo, de furto, etc. Logo, a antijuridicidade é fictícia, enquanto que o injusto real.

3.3.2.3. Antijuridicidade e antinormatividade

A antinormatividade se caracteriza pela contrariedade entre conduta e o tipo penal, isto é, a antinormatividade se caracteriza pela própria função indiciária da tipicidade, de tal modo que pode ocorrer de uma conduta ser antinormativa, mas não ser antijurídica. Assim, é possível afirmar que sempre que um fato for contrário a uma norma penal proibitiva a conduta poderá ser classificada como antinormativa, mas se presente alguma causa de justificação não será tida como ilícita.

3.3.2.4. Causas legais de exclusão da ilicitude

As causas de justificação que excluem a antijuridicidade foram descritas no artigo 23, do Código Penal:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
I – em estado de necessidade;
II – em legítima defesa;
III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular do direito.

Desta feita, o legislador estabeleceu situações onde embora aparentemente uma conduta possa ser considerada ilícita, não o é, pois assim foi estabelecido.

3.3.3. Culpabilidade

A culpabilidade pode ser vista sob três enfoques, conforme a teoria adotada. Assim é possível analisar através da Teoria Psicológica da Culpabilidade, Teoria Psicológico-Normativa e Teoria Normativa Pura, e dependendo de qual teoria se adota a culpabilidade pode se tornar mero pressuposto da pena e não mais elemento do crime.

Também há de se verificar que conforme a abordagem o conceito de culpabilidade se modifica.

3.3.3.1. Teoria psicológica da culpabilidade

Para os adeptos da teoria psicológica da culpabilidade esta se dava em razão da responsabilidade subjetiva do agente, ou seja, da relação entre a vontade e a previsibilidade do resultado danoso, aplicando-se ao sujeito a ideia de que haveria “culpa” quando o resultado for por ele querido ou assumido, haja vista que era previsível que a conduta poderia acarretar um dano a outrem. Assim, o conceito de culpabilidade era a reprovabilidade da conduta em razão do nexó psíquico que se estabelecia entre o autor e o fato. Portanto, “a culpabilidade era, para essa teoria, a relação psicológica, isto é, o vínculo subjetivo que existia entre a conduta e o resultado, assim como, no plano objetivo, a relação física era a causalidade”. (BITENCOURT, 2010, p. 394)

Tal teoria estabelecia que dolo e culpa seriam as únicas espécies de culpabilidade. Conforme se depreende do que ensina Joe Tennyson Velo (1993, p. 28):

Neste momento histórico-dogmático, a noção de delito compreendia duas partes fundamentais: uma externa (o ato em si, mecânico, puro de valorações subjetivas), e a interna (a relação psíquica, nas espécies de dolo e culpa estrito senso). O postulado é causalidade. A culpabilidade é o elemento psicológico, “constatado” no agente a partir de sua ação. [...] A relação psicológica compreendida entre a pessoa e seu ato é o elemento comum das duas espécies de culpabilidade, o dolo (vontade do resultado típico) e a culpa (fundada na só previsibilidade do evento).

E ainda segundo a concepção psicológica a culpabilidade era composta apenas pelo elemento psicológico, sendo que a imputabilidade seria apenas um pressuposto.

A teoria psicológica foi amplamente rebatida pelos penalistas, tendo em vista que a culpa é uma espécie exclusivamente normativa, enquanto que o dolo é exclusivamente psicológico, e, portanto, não poderiam ser faces da mesma moeda. E ainda porque não era capaz de vislumbrar as possibilidades da culpa inconsciente, da omissão e das causas de exculpação.

3.3.3.2. Teoria psicológico-normativa

Aqueles que aderiam à teoria psicológico-normativa acreditavam que a culpabilidade devia ser analisada no âmbito social, e não somente na ideia individual entre agente e fato. Deste modo, passou a constituir um elemento normativo da culpabilidade a reprovação social, sendo que o dolo e a culpa passaram a ser vistos como elementos subjetivos da culpabilidade e não mais como espécies, tornando-se ainda a culpabilidade um meio de prevenção geral. Assim, o conceito dialético de culpabilidade seria a reprovabilidade da conduta do sujeito que agiu voluntariamente (dolo) ou com previsibilidade de um resultado danoso (culpa), ou seja, aqui a análise não era puramente subjetiva, levando-se em consideração além da vontade do sujeito e o fato, também a reprovabilidade social que o fato gera.

O principal nome a tratar de tal teoria foi Reinhard Frank em sua obra “Über den Aufbaudes Über Schuld begriffs” (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade). Leciona Joe Tennyson Velo (1993, p. 40):

Assim, com a teoria normativa, o conceito dogmático de culpabilidade passa a consistir numa valoração sobre elementos psicológicos e referidos a fatos do mundo exterior. Esta dialeticidade que o interior do conceito revela foi iniciativa real do alemão Reinhart Frank, através de sua monografia “Über den Aufbaudes Über Schuld begriffs”, publicada pela Universidade de Giessen em 1987.

Frank expôs que a culpabilidade está presente quando o sujeito age de modo contrário ao exigido pelo ordenamento jurídico. Introduziu no conceito um elemento normativo: a reprovabilidade do ato praticado. Resolvia-se, ainda, o problema da

unicidade do conceito. O dolo e a culpa em sentido estrito deixavam de ser espécies da culpabilidade para serem seus elementos, objetos da valoração sobre os quais incidia o juízo. A culpabilidade passa a ser o próprio juízo de culpa, pois este 'cria' a culpabilidade, não a reconhece, na precisa acepção etimológica desta palavra.

Também Leonardo Isaac Yarochevsky (2000, p. 25):

Em síntese, a culpabilidade, segundo essa concepção normativa, é composta dos seguintes elementos: imputabilidade, dolo ou culpa stricto sensu (negligência, imprudência, imperícia) e exigibilidade nas circunstâncias de um comportamento conforme o Direito.

Assim, a culpabilidade passa a ser analisada com base num juízo de censura ao agente, desde que preenchidos os seguintes elementos: a) imputabilidade; b) dolo ou culpa; e c) inexigibilidade de conduta diversa.

3.3.3.3. Teoria normativa pura

A teoria normativa pura baseia-se na teoria finalista da ação, diferentemente dos adeptos da teoria psicológica que se apoiavam na teoria causal da ação. Para essa corrente doutrinária a culpabilidade se fundamenta na finalidade da ação, de modo que se não há vontade também não haverá culpabilidade, e ainda, o dolo e a culpa não integram a culpabilidade, mas sim fazem parte da conduta (tipicidade), sendo os elementos presentes na culpabilidade a potencial consciência de ilicitude, a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa.

Alcides Munhoz Netto (1978, p.105,106), expõe:

[...] situando o dolo e a culpa na tipicidade, o finalismo, como já se viu, expunge a culpabilidade de qualquer elemento psicológico. A culpabilidade é só processo de valoração, ou seja, só juízo de censura que recai sobre o autor, por não haver absterido violação da norma, quando tal abstenção lhe era possível. Integrantes da culpabilidade, em consequência, são os fatores necessários a que a vontade ou falta de cuidado do autor lhe possam ser reprovadas. Tais fatores são a imputabilidade, a exigibilidade de comportamento adequado à norma e a potencial consciência de antijuridicidade.

Desta forma, o conceito de culpabilidade passa a ser o juízo de censura de determinada conduta que é considerada ilícita.

Sendo que a exigibilidade de conduta diversa o torna-se o principal foco da culpabilidade, de modo que o juízo de reprovabilidade recai sobre toda a conduta que for contrária ao ordenamento jurídico e ainda que seja possível se exigir do sujeito a prática de uma conduta diversa que esteja em conformidade com o Direito.

3.3.3.4. A culpabilidade no ordenamento jurídico pátrio

No Brasil há discussões acerca da culpabilidade tratar de elemento do crime ou mero pressuposto da pena.

Segundo parte da doutrina trataria a culpabilidade de pressuposto da pena, fundamentando-se no finalismo welzeliano, isto é, o juízo de reprovabilidade recai sobre o sujeito e não sobre o fato.

Outro posicionamento afirma ser a culpabilidade elemento do delito, baseando-se nos seguintes argumentos, primeiro, porque a ilicitude e a tipicidade também são pressupostos para a aplicação da pena e assim o posicionamento anterior não é coerente, e, segundo, porque o juízo de reprovabilidade não recai sobre o sujeito, mas sobre a conduta do sujeito, isto é, nem isoladamente sobre o fato e nem sobre o sujeito, mas face o comportamento como um todo.

No que tange aos elementos que compõem a culpabilidade é pacífico que são três, imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o Direito.

3.3.3.4.1. Imputabilidade

Trata da possibilidade do sujeito ser penalmente punido quando praticar um fato típico e antijurídico. Contudo, cabe ressaltar que o Código Penal não estabeleceu um conceito sobre a imputabilidade, mas determinou as hipóteses onde o sujeito é considerado inimputável.

Assim, com base nas hipóteses de inimputabilidade é possível conceituar a imputabilidade como a capacidade que o sujeito tem de autodeterminar seu comportamento com base na sua vontade. Portanto, percebe-se a existência de duas características, a cognição e a volição, isto é, respectivamente, a capacidade de ter conhecimento da ilicitude fato e a capacidade de optar por agir conforme ou contra o Direito.

Com relação às hipóteses de inimputabilidade previstas no ordenamento pátrio são as seguintes:

- a) Existência de doença mental (artigo 26, *caput*, do Código Penal): se considera enfermidade mental o estado de desequilíbrio biopsíquico do sujeito, independentemente de sua causa, ou seja, “é uma alteração mórbida da saúde mental, independentemente da sua origem” (PRADO, 2012, p. 396). Desta feita são consideradas doenças mentais a esquizofrenia, as doenças afetivas, as psicoses, o alcoolismo, etc.
- b) Existência de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*, do Código Penal): O Código penal adotou o critério cronológico para verificar a maturidade do sujeito, portanto, o desenvolvimento mental incompleto é aquele em que o sujeito ainda não atingiu a maturidade, isto é, ainda não completou 18 anos, ou ainda, quando pelas características pessoais do indivíduo este não tem capacidade de distinguir o caráter lícito ou não de determinado ato, tal como ocorre com os silvícolas. Já o desenvolvimento retardado trata das hipóteses em que o sujeito embora atinja a maturidade em razão do critério cronológico, não pode atingir a maturidade pelo critério psíquico, isto é, há a impossibilidade do desenvolvimento completo da maturidade do sujeito, seja em razão da debilidade mental, da imbecilidade ou da idiotia.

- c) Menoridade do agente (art. 27, do Código Penal): como já dito o Diploma Penal adotou o critério cronológico no que se refere à maturidade dos indivíduos, de tal modo que os menores de 18 anos são considerados inimputáveis.
- d) Embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do Código Penal): Trata-se daquelas situações onde o sujeito ingere substância entorpecente sem ter conhecimento de tal ato⁹. A decorrente de força maior ocorre quando o sujeito se embriaga em razão de uma situação da qual ele não tem o controle¹⁰. Contudo, deve-se observar que para se aplicar a excludente de culpabilidade é necessário que a embriaguez seja completa, de tal modo a deixar o sujeito totalmente incapacitado de entender o caráter ilícito do fato.
- e) Embriaguez patológica completa: Trata-se o alcoolismo de doença mental, e sendo assim, é causa de inimputabilidade, e, portanto, excludente de culpabilidade.

Portanto, é possível concluir que a imputabilidade se fundamenta no binômio maturidade/sanidade mental, de modo que sempre que se verificar a ausência do referido binômio não será possível que o agente seja considerado culpável.

3.3.3.4.2. Potencial consciência da ilicitude

Trata-se da possibilidade do sujeito ter conhecimento do caráter ilícito de determinada conduta, ou seja, nos dizeres de Luiz Regis Prado (2010, p. 399), “é o elemento intelectual da reprovabilidade, sendo a consciência ou o conhecimento atual ou possível da

⁹ “É fortuita a embriaguez decorrente do acaso ou meramente acidental, quando o agente não tinha a menor ideia de que estava ingerindo substância entorpecente (porque foi ludibriado por terceiro, por exemplo) ou quando mistura álcool com remédios que provocam reações indesejadas, potencializando o efeito da droga, sem estar devidamente alertado para isso.” (NUCCI, 2009, p. 304)

¹⁰ “Embriaguez decorrente de força maior é a que se origina de eventos não controláveis pelo agente, tal como a pessoa que, submetida a um trote acadêmico violento, é amarrada e obrigada a ingerir, à força, substância entorpecente.” (NUCCI, 2009, p. 305)

ilicitude da conduta. Trata-se, então, da possibilidade de o agente poder conhecer o caráter ilícito de sua ação - consciência potencial (não real) da ilicitude.”

Desta forma, verifica-se que não é necessário que o sujeito saiba de fato que a prática de sua conduta é ilícita, mas que as circunstâncias do fato demonstrem que era possível que ele tivesse conhecimento de que tal ato seria antijurídico.

Assim sendo, é possível se vislumbrar uma hipótese onde embora um fato seja típico e antijurídico não será culpável, em razão da ausência do elemento intelectual da reprovabilidade, de tal modo que se estiver ausente a potencial consciência de ilicitude pode-se falar na hipótese de erro de proibição, e sendo este inevitável fala-se em ausência de culpabilidade.

Portanto, pode se falar em duas hipóteses de exclusão da culpabilidade em decorrência da ausência da potencial consciência de ilicitude:

- a) Erro de proibição escusável (artigo 21, do Código Penal) onde o sujeito desconhece a ilicitude do fato, de modo que imagina que determinada conduta é lícita¹¹.
- b) Discriminantes putativas: Trata-se das hipóteses de excludentes de ilicitude imaginárias, isto é, o sujeito pratica uma conduta ilícita, mas acreditando firmemente estar agindo conforme o Direito, de modo que em razão da ausência da potencial consciência de ilicitude não se chega a um juízo de reprovabilidade, diante do fato de que o sujeito não tem capacidade de verificar que a conduta praticada é ilícita e sobre tal conhecimento determinar se deve ou não agir conforme o ordenamento jurídico.

Desta feita, trata-se a potencial consciência de ilicitude de um elemento necessário para a configuração da culpabilidade, devendo-se analisar no caso concreto a sua presença.

¹¹ “Trata-se de erro que tem por objeto a proibição jurídica do fato. Isso vale dizer: erra-se sobre a ilicitude do fato, mas com consciência de que se realiza o tipo legal. É dizer: o agente perde, em decorrência do erro de proibição, a compreensão da ilicitude do fato. Dessa forma, se o agente sabe o que faz, acreditando erroneamente ser permitido: desconhece a norma penal, interpreta a mal ou supõe, de forma equívoca, a concorrência de uma causa de justificação (teoria estrita da culpabilidade)”. (PRADO, 2010, p. 411)

3.3.3.4.3. Exigibilidade de conduta conforme o Direito

Trata-se do elemento volitivo da reprovabilidade. Assim, para que haja a culpabilidade é necessário que seja possível exigir do sujeito que pratique uma conduta diversa da ilícita, isto é, deve ser passível a exigência de que o sujeito atue em conformidade com o ordenamento jurídico.

Assim, é possível se falar em excludente de culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa nos seguintes casos:

- a) Coação moral irresistível¹² (art. 22, do Código Penal): Trata-se das hipóteses onde o sujeito pratica uma conduta de forma dolosa, mas que não sofre reprovação por ter praticado a conduta mediante ameaça. Isto é, não é exigível a prática de condutas heroicas para que prevaleça cegamente o Direito¹³.
- b) Obediência hierárquica (art. 22, do Código Penal): Trata-se das situações onde o agente pratica uma conduta ilegal mediante ordem de superior hierárquico competente para determinar o cumprimento de tal ato. Portanto, necessária a presença de certos requisitos para sua configuração, quais sejam: a) existência de uma ordem que não seja manifestadamente ilegal; b) ordem determinada por autoridade competente hierarquicamente superior, sendo que a relação de subordinação deve ser fundada no Direito Público; c) estrito cumprimento da ordem¹⁴.
- c) Estado de necessidade exculpante: Trata das situações onde para salvar um bem é necessário sacrificar outro, sendo que se sacrifica um bem de valor superior para beneficiar um de valor inferior. No ordenamento jurídico

¹² “Segundo o art. 22 do Código Penal, quando o agente atuar sob coação irresistível, somente será punível o autor da coação. A irresponsabilidade do agente que atua sob coação reside no fato de que, não podendo resistir à força que lhe é dirigida, não poderia a ordem jurídica exigir-lhe comportamento diverso. O comportamento do coato é dirigido por finalidade, mas por finalidade viciada pela coação. A finalidade delitiva no fato é isenta de reprovação, pois não decorre de decisão livre do agente em afrontar a finalidade protetiva da norma”. (GALVÃO, 2009, p. 400)

¹³ “O direito não pode exigir das pessoas comportamentos anormais ou heroicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual se vê envolvido o agente de um injusto (fato típico e antijurídico)”. (NUCCI, 2009, p. 298)

¹⁴ “É a ordem de duvidosa legalidade dada pelo superior hierárquico ao seu subordinado, para que cometa uma agressão a terceiro, sob pena de responder pela inobservância da determinação”. (NUCCI, 2009, p. 299)

pátrio há discussão acerca da possibilidade da exclusão da culpabilidade em razão do estado de necessidade exculpante, haja vista que o Código Penal adotou a teoria unitária, de modo que abrangue apenas o estado de necessidade justificante. Assim, no ordenamento pátrio o estado de necessidade exculpante trata de causa de exclusão da culpabilidade supralegal em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Portanto, para se concluir que um sujeito é culpável ainda é necessário verificar no caso concreto se era exigível que ele atuasse em conformidade com o Direito.

4. DO FURTO

4.1. Conceito

O furto trata de uma das hipóteses de violação do direito de propriedade, podendo ser conceituada como o ato de tomar para si coisa alheia de modo clandestino com a intenção de se apoderar de tal bem. Assim o “furto é a subtração de coisa alheia móvel com fim de assenhoreamento definitivo”. (JESUS, 2011, p. 341).

Também é conceituado por De Plácido da Silva (2001, p. 375) como:

Furto. Do latim *furtum*, de *fur*, *furis* (ladrão), é empregado na linguagem jurídica de designar especialmente o ato de subtração, feito às escondidas, sorrateiramente, clandestinamente. É, pois, a subtração sem violência, simplesmente pela astúcia. E, neste particular, difere de roubo, que se mostra a subtração pela violência e com força manifesta. Nesta razão, o furto se apresenta como apropriação contra vontade do dono, com intenção de priva-lo dela. E não importa que o furtador clandestinamente se apodere de coisa alheia para proveito próprio ou de outrem. E, assim, também comete furto quem se apodera do alheio, mesmo que para dá-lo a outrem.

No mesmo sentido Washington dos Santos (2001, p. 104) define o furto como o “crime contra o patrimônio que consiste na subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem, sem o consentimento do seu legítimo dono com a finalidade de apoderar-se dela, de modo definitivo”.

4.2. Previsão Legal

O delito de furto está tipificado no artigo 155, *caput*, do Código Penal, nos seguintes termos: Subtrair, para si ou para outrem coisa alheia móvel.

Trata-se, portanto, de crime contra o patrimônio, no qual se tutela de forma imediata a posse e de forma secundária a propriedade.

Insta salientar que no furto não há violência contra a pessoa, haja vista que se houver o delito configurado passa a ser de roubo. Contudo, poderá haver violência contra a coisa.

O Código de Processo Penal não estabelece nenhum procedimento especial para o delito de furto, de modo que este se dá por meio do procedimento comum previsto nos artigos 394 a 405 deste Código.

Trata-se de delito cuja ação penal é pública incondicionada, salvo nos casos previstos nos artigos 156, § 1º,¹⁵ e 182 e incisos¹⁶, do Código Penal.

4.3. Modalidades

O Diploma Penal pátrio dispõe sobre as seguintes espécies de furto: a) Furto Simples (artigo 155, *caput*); b) Furto Noturno (artigo 155, § 1º); c) Furto Privilegiado (artigo 155, §2º); d) Furto Qualificado (artigo 155, §§ 4º e 5º).

¹⁵ Art. 156. Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação.

¹⁶ Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

4.3.1. Furto simples

Trata da figura do delito descrita no *caput* do artigo 155¹⁷, do Código Penal, sendo assim punível com pena de reclusão, de 1 (um) a 4(quatro) anos, e multa.

Deste modo verifica-se que ocorrerá o furto simples quando não ocorrer circunstâncias previstas nos parágrafos primeiro, quarto e quinto do Diploma Penal.

Ademais, cabe destacar que o furto simples trata da hipótese onde o sujeito sem uso de violência retira um bem alheio da disposição de seu legítimo proprietário ou possuidor, sem que estes tenham consentido, de modo que passa a exercer sobre o bem os atributos da propriedade, ou seja, subtrai-se um bem alheio com a finalidade de privar o legítimo dono de ter a coisa a sua disposição.

4.3.2. Furto noturno

O Diploma Penal trata da figura do furto noturno no § 1º, do artigo 155¹⁸, estabelecendo uma causa de aumento de pena se a prática do delito de furto for durante o repouso noturno. Portanto, aumenta-se em 1/3 a pena, se o delito for praticado em tal período.

Tal hipótese decorre da ideia de que no período noturno as pessoas estão mais suscetíveis à conduta criminosa, isto é, a vítima encontra-se com seus meios de defesa enfraquecidos enquanto que o autor do delito possui maiores chances de êxito, de modo que a reprovabilidade da conduta é maior.

Ainda, cabe ressaltar que o repouso noturno deve ser analisado conforme os costumes do local onde o delito ocorrer, não se devendo entender pura e simplesmente como o período noturno.

¹⁷ Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹⁸ § 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

4.3.3. Furto privilegiado

Trata-se da hipótese em que o legislador descreveu um causa de diminuição da pena. Assim, prevê o § 2º, do artigo 155¹⁹, que se o delito for praticado por agente que é primário, e se a coisa furtada for de pequeno valor, poderá o magistrado substituir a pena de reclusão por detenção, diminuir de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ou mesmo aplicar apenas a multa.

Desta feita denota-se que para aplicar esta causa de diminuição é necessária a presença de dois requisitos, quais sejam: a primariedade do agente e que a coisa subtraída seja de pequeno valor.

No que concerne ao primeiro requisito, é necessário que o agente não tenha sido condenado por nenhum outro delito, isto é, que não possua condenação anterior transitada em julgado.

Em relação ao segundo requisito, que trata do elemento normativo do tipo, é preciso para a sua correta interpretação a análise das circunstâncias do fato e das condições pessoais do agente.

A doutrina e jurisprudência majoritária vêm se posicionando no sentido de que é considerada coisa de pequeno valor aquela que à época do crime não ultrapassa o valor do salário mínimo vigente. Entretanto, tal critério não é absoluto, devendo o magistrado no caso concreto, analisando as condições do agente, da vítima e do fato, estabelecer um parâmetro razoável.

A respeito do tema leciona Luiz Regis Prado (2011, p. 414/415):

No art. 155, § 2º, o valor reduzido da coisa furtada propicia uma atenuação especial da sanção, sistemática que não havia no Código anterior, tendo em vista que a graduação da pena levava em conta o valor da coisa. O diminuto desvalor do resultado, aliado à primariedade do agente, acarreta uma graduação do injusto para menos, possibilitando menor reprovação ao agente. Sem prejuízo da locução o *juiz pode*, se o réu preenche os requisitos exigidos pelo § 2º, é direito subjetivo seu o reconhecimento do privilégio, mesmo que o acusado registre antecedentes criminais, haja vista que a lei taxativamente requer somente a situação de primariedade e o reduzido valor da coisa subtraída.

¹⁹ § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

A controvérsia tem se estabelecido em torno do conceito de *pequeno valor*. Em geral, a doutrina compreendia como *pequeno valor* aquele cuja perda pudesse ser suportada sem muitas dificuldades ou que não causasse dano à generalidade dos homens. Mais recentemente tem sido aceito o critério do valor do salário mínimo para delimitá-lo, ou seja, ultrapassando tal valor, vedar-se-ia a aplicação da figura privilegiada.

[...]

Acredita-se que a melhor solução seja mitigar as circunstâncias do caso concreto, ou seja, analisar as condições financeiras da vítima e comparar com o salário mínimo vigente ao tempo do fato, todavia sem critérios absolutamente matemáticos

No que tange à aplicação do privilégio no furto qualificado é praticamente pacífico na doutrina e jurisprudência que neste não incide, haja vista que a conduta possui uma reprovabilidade maior, isto é, “há um maior desvalor da ação, e seria um contrassenso beneficiar o autor quando sua ação é mais grave” (PRADO, 2011, p. 415).

4.3.4. Furto qualificado

O legislador previu hipóteses onde a pena do delito de furto é mais severa, tendo em vista que a conduta do agente é mais gravosa, de modo que a graduação da pena é estabelecida em razão do desvalor da ação e do resultado. Desta feita o legislador estabeleceu no § 4º, do artigo 155²⁰, as qualificadoras do delito de furto em razão da gravidade da conduta e os efeitos que ela ocasiona, e no § 5º²¹, as qualificadoras em razão do combate à criminalidade.

²⁰ § 4º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro anos), e multa, se o crime é cometido:

I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II – com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III – com emprego de chave falsa;

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas;

²¹ § 5º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito anos), se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

4.3.4.1. Com destruição ou rompimento de obstáculo

O furto é qualificado quando o agente utiliza-se de violência contra obstáculo que o impeça de chegar à coisa. Frise-se que se a violência for empregada contra a pessoa trata-se de crime de roubo.

O obstáculo pode ser entendido como “tudo que é empregado para proteger a coisa contra eventual conduta delitiva” (BITENCOURT, 2011, p. 51). Contudo, deve-se ter ciência de que o furto não é qualificado se “a violência empregada contra obstáculo que existe para o uso normal da coisa, ou quando o obstáculo é acessório necessário para uso do objeto material” (JESUS, 2011, p. 362).

Ainda há de se destacar que o inciso I estabelece duas formas de se qualificar o furto, quais sejam: *destruir* ou *romper*. A destruição se caracteriza como a ação de aniquilar, demolir completamente o obstáculo, ao passo que o rompimento “consiste em abrir uma brecha, arrombar, deslocar, serrar, perfurar, forçar o obstáculo, visando eliminar a resistência e tornar mais fácil a prática do crime” (PRADO, 2011, p. 416).

Também vale ressaltar que a violência pode ser empregada antes, durante ou após a apreensão do bem, desde que ocorra antes da consumação do delito.

4.3.4.2. Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza

O inciso II estabelece quatro formas de atuação que qualificam o delito, a primeira trata do abuso de confiança, que pode ser entendido como o fato de o agente se utilizar da relação que estabelece com a vítima para efetivar o crime, de modo que a confiança que a vítima lhe dedica facilita a sua conduta delituosa. Assim, a confiança trata do vínculo afetivo que as pessoas possuem entre em si e que origina como consequência a credibilidade entre as partes, de modo que o abuso de confiança “consiste em uma espécie de *traição à*

confiança, produto de relações de confiabilidade entre sujeitos ativo e passivo, exatamente a razão pela qual, foi facilitado o acesso à coisa alheia” (BITENCOURT, 2011, p. 53).

A fraude refere-se à prática de atos com a intenção de ludibriar a vítima, fazendo com que a vigilância sobre o bem seja atenuada, isto é, “trata-se de meio enganoso capaz de iludir a vigilância do ofendido e permitir maior facilidade na subtração do objeto material” (DAMÁSIO, 2011, p. 363). Ainda vale destacar que a qualificadora de fraude não se confunde com a elementar do delito de estelionato, tal como leciona Luiz Regis Prado (2011, p. 417):

A fraude também foi contemplada como meio executivo e qualificadora do crime. Define-se como o emprego de meios arditos ou insidiosos para burlar a vigilância do lesado. Distingue-se o furto mediante fraude do estelionato, uma vez que, neste, por causa da fraude, a vítima entrega a coisa (indução), enquanto que naquele a fraude garante o acesso à coisa subtraída, após o sujeito passivo ter sua atenção desviada pelo agente.

Assim, no estelionato o ofendido tem consciência de que o bem está saindo da sua esfera de vigilância, enquanto que no furto o ofendido não tem esta consciência, ou seja, a fraude no estelionato é utilizada para induzir a vítima em erro sobre a disposição da coisa, enquanto que no furto é utilizada para facilitar o acesso à coisa.

A terceira hipótese de qualificadora é a escalada, que para o Direito Penal não significa subir a algum lugar, mas tem um sentido mais abrangente, assim como explica Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.56):

Escalada, que em direito penal tem sentido próprio, é a penetração no local do furto por meio anormal, artificial ou impróprio, que demanda esforço incomum. Escalada não implica, necessariamente, subida, pois tanto é escalada galgar alturas quanto saltar fossos, rampas ou mesmo subterrâneos, desde que o faça para vencer obstáculos. O acesso ao local da subtração deve apresentar determinada dificuldade, a ponto de exigir esforço incomum, habilidade ou destreza para superá-la. Se para ingressar no recinto, mesmo através de uma janela ou saltando um muro, não for exigível desforço anormal, não se pode falar em escalada, como qualificadora do crime de furto.

Desta forma, verifica-se que o que caracteriza a escalada é a existência de obstáculo que dificulte a prática do delito, de forma que se exija do agente um esforço incomum. Deve-se ressaltar que os meios artificiais utilizados na prática do delito podem ser trazidos pelo agente ou mesmo aqueles encontrados no local.

Por fim, a última qualificadora descrita no inciso II é a destreza, que pode ser definida como a capacidade de praticar o ilícito publicamente sem que ninguém perceba, ou seja, “consiste na subtração pública com tamanha habilidade e dissimulação, que a vítima não percebe a ação delitiva” (PRADO, 2011, p. 419). Contudo, deve-se atentar que nesta hipótese de qualificadora o sujeito deve apresentar habilidade incomum para realizar o ato.

Portanto, o legislador optou por qualificar o delito nestas hipóteses, haja vista que no caso de abuso de confiança o autor do delito tem fácil acesso ao bem da vítima, o que facilita a prática do furto, e nos demais casos a conduta do sujeito merece maior reprovabilidade, pois apresenta um caráter de maior periculosidade e em consequência de maior temibilidade para a sociedade.

4.3.4.3. Com emprego de chave falsa

O legislador optou por qualificar o furto com emprego de chave falsa no inciso III, tendo em vista que tal conduta demonstra maior periculosidade do agente.

Cabe ressaltar que não necessariamente precisa ser um objeto em formato de chave, sendo qualificado o delito “quando o agente se utiliza de instrumento falso, com ou sem a forma de chave, para fazer funcionar o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando a execução do furto” (PRADO, 2011, p. 420).

Desta forma, o furto é qualificado em razão do modo como é executado, o que demonstra uma maior temerosidade sob a conduta do agente, e por conseguinte, uma maior reprovabilidade.

4.3.4.4. Mediante concurso de duas ou mais pessoas

Trata-se de hipótese intimamente ligada aos institutos da coautoria e da participação. Desta forma, o furto será qualificado quando praticado por dois ou mais agentes que tenham ciência do delito que praticam. Vale destacar que não importa as características pessoais do agente, isto é, o crime será qualificado mesmo que um dos autores seja menor.

A qualificadora se fundamenta pelo fato de que a prática do delito por duas ou mais pessoas expõe o bem a maior risco, pois há uma maior facilidade de concretizar o delito com êxito do que se houvesse apenas um autor. Contudo, deve-se observar que não é necessário que duas pessoas efetuem o núcleo do tipo, isto é, não é necessário que ambos atuem diretamente na subtração do bem, mas que ambos pratiquem atos executórios.

4.3.4.5. Subtração de veículo automotor

A Lei 9426/96 criou uma nova hipótese de qualificadora do furto, de tal forma que o § 5º, do Código Penal trata do furto de veículo automotor. Assim qualifica-se o delito se o objeto subtraído se tratar de veículo automotor, e ainda que seja transportado para Estado diverso daquele onde se realizou a conduta criminosa, ou para o exterior.

Portanto, criou-se tal hipótese de qualificadora visando diminuir a criminalidade que gira em torno dos veículos, especialmente com relação às quadrilhas especializadas neste de crime.

4.3.5. Furto famélico

O furto famélico pode ser conceituado como aquele praticado pelo sujeito que impelido pela fome subtrai alimento para saciar a própria fome ou a de outrem.

Sabe-se que desde a concepção jusnaturalista existem direitos que são inerentes a condição de ser humano, de tal modo que estes em determinadas situações se sobrepõem a outros. Dentre tais direitos encontra-se o direito de se alimentar.

E é sob esta ótica que se encontra a situação do furto famélico, onde dois direitos entram em conflito, quais sejam: direito de se alimentar x direito de propriedade.

Portanto, a prática do furto famélico deve ser analisada por meio de uma concepção humanitária, assim como o era desde a Idade Média. Neste sentido leciona Nelson Hungria (1955, p. 31):

Desde a Idade Média, por influência do direito canônico, se reconhecia a imputabilidade do furto famélico. Discutiam os doutores sobre o fundamento de tal impunibilidade: ora se dizia que a necessidade excluía o dolo específico do furto, ora que fazia retornar as coisas ao primitivo estado de comunhão.

Na França, ao tempo do *bom jude* Magnaud, o furto necessitado foi um tema rumorosamente debatido, e como o Código de Napoleão não contemplasse, como excludente de crime, o estado de necessidade, a isenção de pena foi admitida, em famosa decisão do Tribunal de Chateau-Thierry, porque “a fome é suscetível de privar parcialmente a todo ser humano o livre-arbítrio e reduzir nele, em grande parte, a noção do bem e do mal”.

Assim, percebe-se que não é possível penalizar um sujeito que comete a subtração de alimento para saciar sua fome ou de família ante o fato de que tal situação fere o princípio da humanidade.

Ademais, cabe destacar que é função do próprio Estado garantir uma vida digna a todos os seus cidadãos. E, assim, qual seria o fundamento para punir aquele que não amparado pelo Estado pratica um delito em razão do próprio instinto de sobrevivência a que todos os homens se submetem?

Por todo o exposto fica claro que tal conduta não deve ser punida pelo Estado, contudo surge o questionamento acerca de qual a motivação jurídica para que tal conduta, embora podendo ser típica, não seja punida, isto é, será por meio de uma causa excludente de

ilicitude prevista no Diploma Penal ou seria necessário buscar a solução em uma causa excludente de culpabilidade supralegal?

E é acerca deste questionamento que o presente trabalho visa encontrar a resposta mais adequada.

5. PRINCÍPIOS QUE DEVERIAM REGER A APLICAÇÃO DO FURTO FAMÉLICO NO CASO CONCRETO

5.1. Conceito de Princípios

Na concepção jurídica o princípio tem sentido de nortear a criação de normas e a aplicação destas. Assim o princípio pode ser conceituado como “uma regra geral e abstrata que se obtém indutivamente, extraindo o essencial de normas particulares, ou como uma regra preexistente”. (LORENZETTI, 1998, p. 312)

Desta forma verifica-se que o princípio trata de uma das espécies de norma, isto é, junto com as regras compõe o sistema normativo, de modo que o legislador ao criar a norma, o magistrado ao aplicá-la e o operar do direito ao estudá-la deve levar em consideração o caso concreto, para somente então decidir acerca de qual a decisão mais justa. Isto é, princípio e regra se posicionam no mesmo patamar na teoria da norma, contudo, deve-se observar que para todo princípio existe uma regra subjacente e que para toda regra existe um princípio sobrejacente, o que faz com que na análise do caso concreto seja necessária a observação acerca de qual o princípio que fundamentou a regra para então aplicar a solução mais adequada.

Portanto, conclui-se que no caso do furto famélico também devem ser observados determinados princípios, especialmente o da humanidade, da bagatela e da economia processual.

5.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como já estudado a dignidade da pessoa humana pode ser estudada sob dois enfoques, como valor e como princípio, e no caso deste segundo é instituído sempre com uma finalidade.

E a finalidade do princípio constitucional da humanidade é estabelecer parâmetros para assegurar um mínimo de dignidade a todos os cidadãos, além de restringir a atuação estatal sempre que tal princípio não for observado. Como menciona Grazielli Zampoli Pereira (2005, p. 65) na sua obra de monografia:

[...] incumbe ao Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas e tenham essa dignidade respeitada. Dessa forma o direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao emprego com um salário suficiente para atender às necessidades vitais básicas, dentre outros, são direitos a serem assegurados pelo Estado, através de políticas sociais visando o bem comum a todo homem. A dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras: pela qualidade de vida humana, pelo desemprego, pela fome, pela miséria, até pela prática de tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra sua missão na terra de forma digna.

Portando, verifica-se que é dever estatal assegurar meios para garantir uma existência digna, tanto no aspecto físico quanto nos aspectos psíquico e intelectual. Assim, nota-se que não se deve punir aquele que pratica furto famélico quando é o próprio Estado que o deixa desamparado quando descumpre seu dever de oferecer dignidade ao povo.

5.3. Princípio da Insignificância

Trata-se de princípio que se baseia na ideia de que certas condutas não produzem relevância social a ponto de se punir penalmente o sujeito. Neste sentido dissertou Isabel Calvo Peretti (2005, p. 32/33) em sua obra de monografia:

À medida que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, considerando lesiva a conduta humana que ofenda *concretamente* um bem jurídico a fim de fazer incidir a pena criminal, surgiu a ideia de *relevância* da *gravidade* do resultado obtido ou daquele que se pretendia alcançar, fazendo com que o princípio da insignificância decorra da exigência de que, para a composição do tipo penal, além da presença de elementos formais, estejam presentes também elementos objetivos, que levam a percepção da utilidade e da justa imposição de pena ao agente.

[...]

Aos fatos que produzem lesão de pouca repercussão social deve ser aplicado princípio da insignificância não se justificando, pois, reação jurídica gravosa para aquele que praticou tal conduta.

Desta forma, verifica-se que não se justifica a aplicação de sanção penal para o sujeito que subtrai bem para saciar a própria fome ou a de outrem, se não há um prejuízo substancial para a vítima. Contudo, deve-se analisar o caso concreto para definir se o dano causado ao patrimônio alheio é realmente ínfimo a ponto de não causar grave lesão ao ofendido.

5.4. Princípio da Economia Processual

O referido princípio determina que sendo o processo o meio pelo qual se busca a atuação jurisdicional esta deve ser o mais efetiva possível, evitando-se que o processo seja dispendioso para o Estado e que desta forma sejam praticados apenas os atos processuais de fato necessários para a resolução do litígio. Assim, pode-se dizer que o Princípio da Economia Processual visa uma análise do custo/benefício para se chegar à solução da lide.

Portanto, “é incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes” (NUCCI, 2011, p. 99). Neste diapasão também leciona Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues (2011, p. 62), “Deve-se buscar a maior efetividade, com a produção de menor quantidade de atos possível”.

Assim, verifica-se que tal princípio foi instituído pelo legislador tanto para proteger a vítima quanto o imputado.

Diante disto, denota-se que no mais das vezes os casos de furto famélico tratam de bens de valor mínimo, e que, portanto, não se faz jus a movimentação do judiciário. Neste sentido se posiciona Grazielli Zampoli Pereira (2005, p. 69):

A movimentação da “máquina judiciária” tem alto custo e, como é notório, a Justiça Brasileira encontra-se abarrotada de processos, e em casos como os de furto famélico, além da desproporção das penas com relação ao alto custo gerado, tem se ainda um atravancamento do sistema judiciário, que já se encontra saturado até mesmo para resolver questões de maior relevância e urgência. Dessa forma, cabe analisar no caso concreto, se o processamento de uma ação por furto famélico alcançaria o binômio “custo/benefício”.

Ademais, cabe destacar que no caso de uma eventual condenação além dos custos referentes à movimentação processual também é necessário que a sociedade dispenda de valores referentes ao cumprimento da pena.

Desta forma, é fácil concluir-se que nos casos de furto famélico os custos referentes a toda movimentação processual e a uma eventual manutenção da prisão não compensam para o Estado, isto é, não se preenche o binômio custo/benefício, de modo que nestes casos deve haver ao menos a absolvição do acusado quer seja pelo estado de necessidade quer seja pela inexigibilidade de conduta diversa como forma da mais íntegra justiça.

5.5. Inaplicabilidade dos Princípios no Ordenamento Jurídico Brasileiro e suas consequências

É dever estatal oferecer um mínimo de dignidade para seus cidadãos, especialmente no que tange às necessidades básicas de um ser humano, tais como: saúde, alimentação, educação etc. Ademais, cabe frisar que tais direitos são assegurados pela Constituição.

Como bem se sabe no Brasil ainda existem grandes desigualdades sociais, sendo comum encontrar cidadãos em situação de miséria, a míngua de condições dignas de vida. É neste contexto que se verifica a incidência da prática do furto famélico.

Em razão de todas estas assertivas é possível se concluir que o sujeito já se encontra demasiadamente castigado pela fome, e sem um mínimo de dignidade, para que ainda sofra as consequências de uma condenação injusta.

Contudo, em diversos julgados é possível perceber que os magistrados e tribunais brasileiros deixam de observar o princípio da dignidade da pessoa humana, aplicando o Direito de uma forma cega e conseqüentemente injusta.

FURTO FAMÉLICO. Comprovação de que o delito é o único recurso para saciar a fome. Imprescindibilidade: - para o reconhecimento do furto famélico deve estar comprovado que o delito teria sido cometido como único recurso para saciar a fome, sendo certo que, o estado de pobreza e miséria que esteja a viver o agente não basta para afastar a tipificação do crime. (Apelação nº 1087375/2 – 4ª Câmara do Tacrim/SP – Rel. Devienne Ferraz – j. 28.07.98)

PENAL. FURTO FAMÉLICO. DESEMPREGO. ESTADO DE NECESSIDADE. Furto por fome, não punível, é aquele para o qual não se exige conduta diversa do agente, ante a existência de um perigo atual e inevitável a um bem jurídico próprio ou de terceiros. O fato de estar desempregado não permite se considere lícita a conduta que lesiona bem alheio, nem configura a discriminante do estado de necessidade, só a miserabilidade não enseja a excludente de ilicitude. (APR nº 1280693 – 2ª Turma Criminal do TJ/DFT – Rel. Des. Joazil M. Gardes – j. 29.04.1993)

Também se verifica que nossos Tribunais têm deixado de aplicar o princípio da insignificância.

HABEAS CORPUS. FURTO EM SUPERMERCADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. FURTO FAMÉLICO E ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. DOSIMETRIA DA PENA. RETIFICAÇÃO. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. A prova de excludente de ilicitude é ônus exclusivo da defesa. Na aplicação do princípio da insignificância é mister comprovar o desvalor do dano, da ação e da culpabilidade, não bastando apenas o valor da coisa furtada, mas, também, a análise dos critérios do art. 59 do Código Penal. O furto famélico exige a demonstração do estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa. (Habeas Corpus nº 2007002007289 – 1ª Turma Criminal do TJ/DFT – Rel. Des. George Lopes Leite – j. 12.07.2007)

Por fim, cabe assinalar que em razão do excesso de formalismo tem havido a condenação pela prática do furto famélico quando não preenchidos todos os requisitos do estado de necessidade, e que diante da ausência de tentativa de soluções alternativas não tem se efetivado a aplicação de um Direito mais justo, e, por conseguinte, por não se observar o

princípio da economia processual, acarreta-se ao Estado um custo desproporcional a conduta praticada.

Diante de todo o exposto verifica-se que não estão sendo aplicados os princípios que deveriam nortear a aplicação de punição ao sujeito que pratica o furto famélico, e que em razão disto o Direito tem sido aplicado de forma equivocada.

Assim sendo, para que se atinja o ideal de justiça almejado por todo Estado Democrático de Direito é necessário que tais princípios passem a ser devidamente aplicados.

6. FURTO FAMÉLICO

6.1. Bem Jurídico

Ao Estado incumbe o dever de zelar pela paz social, de modo que prevaleça na sociedade a harmonia. Assim, compete ao legislador estabelecer normas que visam assegurar a proteção aos bens jurídicos.

Desta forma, o legislador estabelece normas protetivas que observam características culturais, históricas e sociais, trazendo como consequência a limitação do *ius puniendi*.

No ensinamento de Marco Antonio Nahum (2001, p. 19):

Como valores sociais, os bens são selecionados com o fim de serem protegidos juridicamente. O bem jurídico limita, portanto, a intervenção do Estado na sociedade e se incorpora, como valor, ao conteúdo da norma.

Como valor contido na essência da norma, constitui o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se referem todos os componentes de uma ação típica.

Neste sentido de proteção de valor, as normas são padrões de comportamentos proibidos, a fim de que esses bens não sejam atingidos, ou atacados, salvo em circunstâncias extremamente especiais.

Assim, é possível extrair da lição do referido autor que em casos excepcionais mesmo havendo o ferimento a determinado bem jurídico o agente deve deixar de ser punido, tal como ocorreria no caso do furto famélico.

Ante as inúmeras situações de ofensa aos bens tutelados não é possível que o legislador preveja todas estas hipóteses e comine a elas penas proporcionais, o que fica a cargo dos operadores do Direito.

Desta feita verifica-se que o chamado furto famélico não encontra previsão legal específica, sendo possível apenas a tipificação de crime cujo bem tutelado é o patrimônio, ou seja, não há tipo penal que trate do caso da subtração de alimentos com a finalidade de satisfazer a fome, havendo apenas a tipificação do delito de furto previsto no

artigo 155, *caput*, do Diploma Penal, com a finalidade de proteção aos direitos de propriedade e da posse.

Contudo, faz-se mister observar que nos casos de furto famélico o bem patrimônio, nas modalidades posse e propriedade, sempre é lesado em razão da necessidade de afirmação de outros, quais sejam: a vida, a saúde e a dignidade.

Portanto, a conduta que desrespeita o tipo penal é passível de condenação. Entretanto, deve-se verificar a necessidade da tutela penal, ou seja, deve se observar os princípios da razoabilidade, de modo que se pondera a gravidade do fato e a lesão ocasionada. “Assim, uma ação que ofende um bem jurídico tutelado pelo direito penal é passível de punibilidade. Todavia, essa punibilidade deverá ser proporcional à intensidade do desvalor do resultado lesivo, sob pena de não se atuar com justiça no caso concreto” (PEREIRA, 2005, p. 42).

Assim, é necessária uma análise minuciosa do caso concreto, não se atentando apenas a adequação da conduta ao tipo penal, mas avaliando todas as condições e circunstâncias atinentes ao fato e ao agente.

Vale destacar a lição de Marco Antonio R. Nahum (2001, p. 21):

Essa fundamentação constitucional do bem jurídico há de se verificar não só segundo o aspecto formal mas, sobretudo, segundo o aspecto de conteúdo ou material. Neste, a dignidade humana se sobrepõe a tudo e a todos, ou seja, se por um lado o dever ser teleológico do sistema jurídico limita a liberdade de decisão do homem e impõe comportamentos, por outro lado essa função teleológica do sistema também encontra limites nos direitos e garantias individuais do ser humano.

Deste modo, embora o patrimônio seja o bem jurídico tutelado no delito de furto deve haver uma ponderação acerca dos eventuais bens jurídicos que possam estar em conflito no caso concreto.

6.2. Natureza Jurídica

Em razão de não haver tipificação específica acerca do furto famélico abre-se espaço para discussão acerca de qual a natureza jurídica de tal fato, isto é, qual a razão para que o fato não seja passível de penalidade.

Dentre os posicionamentos encontrados na doutrina e jurisprudência destacam-se dois, o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa.

E é em razão de todo este questionamento que o presente trabalho visa aprofundar o estudo acerca da natureza jurídica do furto famélico, o que se fará nos tópicos seguintes.

6.3. Estado de Necessidade

Como já visto o estado de necessidade constitui uma das causas excludentes de ilicitude penal previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro e especificamente tratado no art. 24, do Código Penal.

6.3.1. Origem e evolução

O estado de necessidade nem sempre foi regulado pelo Direito. Em tempos remotos era aplicado apenas casuisticamente, não havendo legislação específica sobre o tema.

Ainda no Direito Romano não havia normas especificando o instituto, de modo que havia apenas a aplicação do princípio de que não haveria configuração de delito quando a conduta fosse necessária para a salvaguarda de um bem de valor superior ou igual ao atingido.

Assim leciona Alberto Rufino R. Rodrigues de Souza (1979) *apud* André de Oliveira Pires (2000, p. 5):

No Direito Romano, embora o casuísmo sobre a matéria persistisse, passou a vigorar o princípio de que não haveria crime quando o cometimento da lesão fosse imprescindível à salvação de um bem de valor igual ou superior. Foi aqui, também, que surgiu a exigência do elemento subjetivo da ação salvadora, bem como a necessidade de a situação perigosa não ter sido criada por um ato voluntário do agente.

No Direito Canônico passou a vigorar o princípio de que *necessitas caret legem* (necessidade de nenhuma lei). Contudo, aplicava-se o instituto nos casos onde havia reconhecida necessidade, e que, portanto, eram consideradas justificáveis. Neste sentido Gabriel Cesar Zaccaria Inellas (2001, p. 1):

O Direito Canônico adotou o princípio de que *necessitas caret legem*. Todavia, reconhecia, como situações necessárias e portanto, justificáveis, crimes como o suicídio para preservar a castidade, o furto famélico, o aborto para salvar a vida da gestante a violação do descanso dominical.

No período medieval houve a normatização do estado de necessidade, mas de forma limitada, de modo que somente se aplicava o referido instituto quando os bens em conflito fossem a vida e a integridade física. Um dos exemplos mais tratados neste período era a questão do furto famélico, conforme explica Alberto Rufino R. Rodrigues de Souza (1979) *apud* André de Oliveira Pires (2000, p. 5):

[...] Nesse período, dentre as hipóteses mais versadas por juristas e teólogos, encontrava-se a questão do furto famélico, reconhecido como uma das principais causas justificativas, face às constantes epidemias que assolavam o medievo.

Segundo Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas (2001, p. 1) foram os jusnaturalistas que chegaram a uma noção geral do significado do estado de necessidade, e a partir daí, transplantaram-na para o Direito Penal.

Entretanto, foi só com o advento do Direito Moderno que se passou a aprofundar o estudo do instituto, especialmente pelos doutrinadores germânicos, e que se chegou a um entendimento semelhante ao que se tem atualmente.

No Brasil o estado de necessidade foi previsto desde o Código Criminal do Império (1830), onde adotava uma teoria objetiva em relação aos bens, isto é, só configuraria causa excludente de ilicitude quando o bem agredido tivesse menor importância social, assim o intuito seria causar um mal menor para se evitar um mal maior.

No Código Penal de 1890 o legislador optou por seguir a ideia da teoria objetiva.

E por fim, no atual Código Penal Brasileiro de 1940 foi adotada a teoria unitária do estado de necessidade, onde somente se configura o instituto nas causas de justificação, não podendo alegar estado de necessidade se a conduta se basear em alguma das causas de exculpação. Diferentemente, o Código Penal de 1969 adotava a teoria diferenciadora do estado de necessidade, ou seja, poderia constituir excludente de ilicitude se baseado em causa de justificação ou excludente de culpabilidade se baseado em causa de exculpação. Contudo, como bem se sabe o Código de 1969 foi revogado ainda durante a *vacatio legis*, não tendo vigorado nenhuma das suas disposições.

Deste modo, o Código de 1940 que adotava a teoria unitária ainda vigora, mesmo após a reforma da parte geral do Código em 1984, haja vista que esta manteve a concepção unitária do estado de necessidade.

6.3.2. Conceito

O conceito do estado de necessidade pode ser expresso através do que assevera Franz Von Liszt *apud* André de Oliveira Pires (2000, p. 9):

[...] se baseia, via de regra, no conceito de caráter genérico exposto por Franz Von Liszt. Segundo Liszt, “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.

Assim, o estado de necessidade trata de “uma situação de perigo atual, para interesses protegidos pelo Direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de

terceiro, não tem outro meio senão o de lesar o interesse de outrem” (TOLEDO, 1994, p. 175).

Ambos os conceitos se enquadram no que estabelece o tipo do art. 24, do Código Penal Brasileiro:

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

§1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo;

§2º. Embora seja razoável exigir-se ao sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

A partir do texto legal é possível extrair algumas considerações, tais como a natureza jurídica do instituto, os requisitos necessários para a configuração etc., o que será feito adiante.

6.3.3. Natureza jurídica

Cabem algumas considerações acerca da natureza jurídica do estado de necessidade. Para os naturalistas o estado de necessidade não fazia parte do Direito, haja vista que ele não era considerado conforme nem desconforme ao Direito, em razão do fato de que a partir do instante em que os homens não pudessem conviver entre si não haveria o porquê de se falar em Direito.

Para os positivistas a conduta praticada em estado de necessidade era impunível, visto que o comportamento do sujeito não era considerado perigoso à sociedade, pois não poderia exigir-se do sujeito um comportamento diverso quando confrontados um direito seu e outro direito alheio.

Para os adeptos da teoria que repressiva da pena, a conduta praticada em estado de necessidade não merece ser penalmente punida, uma vez que nestas situações não se encontraria finalidade na pena.

E por fim, Hegel introduziu uma análise objetiva ao estado de necessidade, onde buscava-se através de um critério objetivo a ponderação dos bens em conflito.

No Brasil não há discussão acerca da natureza jurídica do estado de necessidade, haja vista que o próprio legislador o estabeleceu ao inclui-lo no rol do artigo 23, do Código Penal, que trata das hipóteses de exclusão de ilicitude.

6.3.4. Fundamentos

A fundamentação para a configuração do estado de necessidade jaz na ideia do que alguns costumam dizer ser um princípio, qual seja: o da inexigibilidade de conduta diversa. Desta forma, o fundamento é político, onde se entende que há certas situações em que não é plausível a punibilidade. Expõe Gabriel Cesar Zaccaria de Inellas (2001, p. 11):

A justificativa do estado de necessidade funda-se no critério político de que não é oportuno punir atos, previstos em lei como delitos, cometidos sob o impulso do instinto de conservação, mesmo que tais atos lesem, injustamente, direitos alheios. O fundamento jurídico do estado de necessidade reside no fato de que, em determinadas circunstâncias, nas quais se encontra o agente, uma conduta diferente da que teve, não podia ser exigida.

Portanto, o fundamento é de que em certos casos não se pode exigir do sujeito o sacrifício de um direito para salvaguarda de outro.

6.3.5. Teorias acerca do estado de necessidade

Dentre as várias teorias que surgiram com embasamento no fundamento jurídico são duas as que se destacam: teoria unitária e a teoria diferenciadora.

Num primeiro momento a teoria unitária se embasava num critério subjetivo, analisando sob o enfoque da coação psicológica, de modo que os adeptos desta teoria entendiam que em determinados casos quem pratica a conduta lesiva não deve ser penalmente punido, haja vista que havia impelido no autor uma coação moral irresistível que o impedia de ter uma conduta diversa. Desta forma a teoria subjetiva “prende-se à ideia do constrangimento moral, causado pela extrema necessidade, levando a excluir a imputabilidade e por conseguinte, tornando inútil a pena, pela carência de seu efeito, intimidativo e exemplar” (INELLAS, 2001, p. 12).

Com o decorrer do tempo a teoria evoluiu e ganhou novos contornos, embasando-se num critério objetivo, onde se passou a analisar o estado de necessidade enfocando o valor dos bens em conflito, de modo que só configuraria o estado de necessidade se o bem sacrificado fosse valor inferior. Assim, assevera André de Oliveira Pires (2000, p. 14):

[...] teoria unitária objetiva, em que a questão valorativa dos bens era requisito essencial. A partir daí, então, as ações praticadas em estado de necessidade passaram a ser justificadas pelo Direito Penal, desde que o bem protegido fosse de valor superior ao sacrificado.

O ordenamento jurídico brasileiro é adepto desta teoria, assim verificando-se que o estado de necessidade só é acolhido na sua forma justificante, ou seja, como forma de exclusão da ilicitude.

A Teoria Diferenciadora fundamenta-se em critérios predominantemente objetivos, abarcando tanto os casos de causas justificantes quanto de causas exculpantes. Deste modo, nos casos onde o bem sacrificado for de valor inferior incide o estado de necessidade como excludente de ilicitude, pois a causa que origina a lesão é justificadora. Assim assenta André de Oliveira Pires (2000, p. 15):

Baseada em um critério eminentemente objetivo, a teoria dualista admite a causa justificativa quando o bem preservado for de valor superior ao ofendido. Nessas hipóteses, o ordenamento jurídico faculta ao agente a prática lesiva para a salvação do bem mais valioso, sendo, por conseguinte, carente de ilicitude a ação praticada.

Ainda admite a teoria diferenciadora a possibilidade do estado de necessidade configurar apenas uma excludente de culpabilidade, pois baseado numa causa de exculpação.

Sendo assim, a conduta é considerada ilícita, porém não culpável, haja vista que inexigível a conduta conforme o Direito. Neste sentido André de Oliveira Pires (2000, p. 15):

Admite ainda, valendo-se de um princípio de não exigibilidade de outra conduta, a exculpação da prática lesiva, quando efetivada contra bens de igual ou inferior valor ao preservado, se do agente não era exigível comportamento diverso. Nesses casos a culpabilidade será afastada, ou seja, a conduta será ilícita, todavia, carecerá de reprovação, vez que do agente não se poderia exigir outro comportamento.

Ainda no que se refere às teorias do estado de necessidade faz-se necessário tecer algumas considerações acerca das causas de justificação e das causas de exculpação.

Há uma sensível diferenciação entre as causas justificantes e as causas exculpantes. As primeiras tratam das situações onde os bens em conflito são valorados de tal modo pelo ordenamento jurídico que no caso concreto um necessita sobrepor-se ao outro, isto é, o próprio ordenamento estabelece qual bem deve prevalecer. Assim, assevera Claus Roxin (2007, p. 230):

Uma causa de justificação pressupõe que dois interesses colidem entre si de tal maneira que somente um deles pode impor-se. Logo, é tarefa das causas de justificação emprender a regulação socialmente correta dos interesses em conflito. Isto sucede assim sem exceções quando se permite a afirmação do interesse que o ordenamento jurídico valora mais a custa daquele de menor valor; somente no caso excepcionalmente raro de que entrem em colisão dois deveres de ação de igual valor, o ordenamento jurídico deixa ao próprio autor a decisão sobre a qual de ambos deveres quer cumprir. A condição de bens jurídicos de outro ou da generalidade é aceita pelo ordenamento jurídico quando ocorre seguindo os parâmetros das causas de justificação não é injusto²².

Já as causas de exculpação não tem valoração feita pelo ordenamento jurídico, de tal modo que não é possível o sujeito alegar que agiu conforme o Direito, isto é, a conduta é ilícita, contudo a prática da conduta não é punida. Leciona Claus Roxin (2007, p. 230):

²² Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse. Luego, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de los intereses en conflicto. Esto sucede así sin excepciones cuando se permite la afirmación del interés que el ordenamiento jurídico valora más a costa del aquél de menor valor; sólo en el caso do excepcionalmente raro de que entren en colisión dos deberes de acción de igual valor, el ordenamiento jurídico deja al propio actor la decisión sobre cuál de ambos deberes quiere cumplir. La afección de bienes jurídicos de otro o de la generalidad es aceptada por el ordenamiento jurídico cuando ocurre siguiendo los parámetros de las causas de justificación no es injusto.

[...] uma causa de exculpação ou, como eu prefiro dizer, um caso de exclusão da responsabilidade penal pressupõe em primeiro lugar, que o autor haja atuado antijuridicamente, é dizer que não pode invocar um interesse contraposto reconhecido pelo ordenamento jurídico. Logo, é tarefa das causas de exculpação proporcionar os critérios que, no caso de apresentar-se, fazem que o direito negue a possibilidade ou a necessidade político-criminal de uma punição, pese ao caráter socialmente errôneo da ação²³.

As causas exculpantes têm função apenas de regulamentação das condutas, ou seja, se deve ou não haver punição, enquanto que as de justificação têm caráter de estabelecer condutas lícitas, de regular comportamentos em situações extremas. Neste sentido, Claus Roxin (2007, p. 230):

[...] as causas de justificação dizem o que é que o particular deve fazer ou omitir no caso de colisão de interesses. Elas dão pautas de conduta e trazem a fronteira entre direito e o injusto. As causas de exculpação, pelo contrário, não têm a ver com o devido, senão com a questão de que se pode ou deve sancionar-se penalmente uma conduta socialmente errônea devido às circunstâncias especiais do caso. Através desta diferente tarefa de ambas as categorias se explica também que as causas de exculpação sejam uma matéria puramente jurídico penal, enquanto que as causas de justificação não o são²⁴.

Assim, verifica-se que em ambas as teorias há o critério regulativo do princípio da ponderação de interesses. Entretanto, a teoria dualista acaba sendo mais ampla, pois também tem o intuito de estabelecer quais as práticas devem ou não ser puníveis.

²³ [...] una causa de exculpación o, como yo prefiero decir, un caso de exclusión de la responsabilidad penal presupone en primer lugar, que el autor haya actuado antijurídicamente, es decir que no pueda invocar un interés contrapuesto reconocido por ele ordenamiento jurídico. Luego, es tarea de las causas de exculpación proporcionar os criterios que, en caso de presentarse, hacen que el derecho niegue la posibilidad o la necesidad político-criminal de una punición, pese al carácter socialmente erróneo de la acción.

²⁴ [...] las causas de justificación dicen qué es lo que el particular debe hacer u omitir en caso de colisión de intereses. Ellas dan pautas de conducta y trazan la frontera entre derecho e injusto. Las causas de exculpación, por el contrario, no tienen que ver con lo debido, sino con la cuestión de si puede o debe sancionarse penalmente una conducta socialmente errónea debido a circunstancias especiales del caso. A través de esta diferente tarea de ambas as categorías se explica también que las causas de exculpación sean una materia puramente jurídico-penal, mientras que las causas de justificación no lo son.

6.3.6. Elementos necessários para configuração do estado de necessidade no ordenamento jurídico brasileiro

O artigo. 24, do Código Penal, estabelece alguns requisitos necessários para a configuração do estado de necessidade. São eles: perigo atual, involuntariedade do perigo, inevitabilidade de causar dano a outrem, ameaça a direito próprio ou alheio, ausência de dever legal de enfrentar o perigo, inexigibilidade de conduta diversa, consciência da situação de perigo.

6.3.6.1. Perigo atual

Conforme é possível se depreender da leitura do art. 24, do CÓDIGO PENAL, é necessário para que se configure a justificadora que o perigo seja atual, isto é, presente. Contudo, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm entendendo que também é possível configurar o referido instituto se o perigo for iminente.

Assim, cabe tecer algumas considerações acerca dos conceitos de perigo, atualidade e iminência.

O perigo se caracteriza pelo fato de que há a possibilidade de se prever um risco, com base no conhecimento empírico do ser humano.

A atualidade é aquilo que está ocorrendo, isto é, que é presente no momento.

A iminência é aquilo que está prestes a acontecer, que não é atual, mas que está próximo de chegar à atualidade.

Desta forma, para caracterizar tal requisito faz-se necessário que esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer a imposição de um risco a um bem jurídico.

6.3.6.2. Ameaça a direito próprio ou alheio

Neste requisito também cabe algumas considerações acerca dos termos utilizados.

O termo “direito” expressa que a ameaça deve ser a qualquer bem ou interesse jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

A ameaça consiste em ser provável a configuração de um dano, isto é, uma presunção de periculosidade. Esta ameaça pode ser contra bem próprio ou bem alheio, como se extrai do artigo. 24, do Código Penal.

6.3.6.3. Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito

Este requisito refere-se ao fato de que não pode ter o sujeito por sua vontade causado o dano. Todavia, neste aspecto cabe discussão acerca da interpretação do texto legal, “que não provocou por sua vontade”, de modo que questiona-se se somente se enquadra no caso doloso ou também nos casos de culpa.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência discutem estas possibilidades. Assim, há quem o diga que o legislador ao introduzir estes termos no texto legal quis tratar apenas do dolo. Enquanto, há aqueles que discordam dizendo que também a culpa foi abrangida pelo legislador. Assim, nota-se que em relação ao dolo não há o que se questionar, tendo o sujeito agido com dolo não pode alegar o estado de necessidade. Entretanto, será de suma importância a interpretação nos casos de culpa.

Assim, doutrinadores como Damásio de Jesus admitem a possibilidade da incidência do estado de necessidade quando o agente agiu com culpa, com base no fundamento de que a voluntariedade que o legislador se referiu trata da vontade de causar o perigo, ou seja, aborda apenas o dolo. Isto em razão de o Código Penal só punir culposamente o agente nos casos expressos em lei, o que de fato não ocorre no texto do artigo 24. E ainda

alegam que através de uma interpretação sistemática do código, utilizando do texto que se refere à tentativa, onde o termo utilizado também é vontade, e que se refere apenas ao dolo, e, portanto, com base numa interpretação sistemática, nota-se que o termo “vontade” é indicador apenas do dolo.

Aqueles que entendem que a voluntariedade abrange também a culpa rebatem a fundamentação da corrente anterior afirmando que o Código só admite que seja punido culposamente quando expressamente estabelecido os fatos que são tipificados por normas proibitivas de conduta, normas incriminadoras, o que não ocorre com o estado de necessidade, que trata na verdade de uma norma permissiva. Ainda alegam que embora o sujeito que atua culposamente inicialmente possa ter agido licitamente, ao não ter o devido cuidado passa a responder sim pelos danos que a sua conduta possa vir a causar. Aqui cabe uma advertência feita por Francisco Assis de Toledo (1994, p. 185):

[...] não se conclua, como fazem alguns autores, que só o ato doloso, não o culposo afasta o estado de necessidade. Esses autores confundem ‘provocação de perigo’ com ‘provocação de resultado’, duas situações bastante diversas. Quem provoca conscientemente um perigo age ‘por sua vontade’ e, em princípio, atua licitamente, mas pode causar, por não ter aplicado a diligência ou o cuidado devidos, resultados danosos e culposos. Nessa hipótese, caracteriza-se uma conduta culposa quanto ao resultado, portanto crime culposos, a despeito de o perigo ter sido provocado por um ato voluntário do agente.

Também cabe ressaltar o posicionamento de Magalhães de Noronha (1975) *apud* André de Oliveira Pires (2000, p. 41):

[...] ler-se ‘...perigo atual, que não provocou por sua vontade...’ não é indicativo de dolo, já que na culpa (*stricto sensu*) também existe vontade – vontade na ação causal, e, por exceção, até no próprio resultado. A nós nos parece que também o perigo culposos impede ou obsta o estado de necessidade.

Assim, verifica-se que na própria culpa também há vontade, não sendo o termo apenas indicativo de dolo, mas também de culpa.

6.3.6.4. Inexistência do dever legal de enfrentar o perigo

Aqui se ressalta que para que o agente possa alegar o estado de necessidade não pode ter o dever legal de enfrentar o perigo. Assim, no mais das vezes não podem alegar o bombeiro, o policial, o salva-vidas etc.

Contudo, houve divergência na doutrina sobre qual dever o legislador quis se referir. Alguns alegavam ser apenas o dever legal enquanto outros diziam também ser cabível para deveres contratuais, morais, religiosos e costumeiros.

O primeiro entendimento faz uma interpretação literal da lei, pois o Código fala em dever legal, portanto, aquele que se origina da lei.

O segundo posicionamento estabelece que fica a critério do órgão julgador a incidência ou não do estado de necessidade. Assim argumenta Alberto Rufino Rodrigues de Sousa (1979) *apud* André de Oliveira Pires (2000, p.45):

[...] em “dever legal” de enfrentar o perigo. O que por certo não impedirá, dentro da ampla margem de apreciação que os dispositivos relativos ao estado de necessidade deixam franqueada ao aplicador da lei (notadamente os enunciados do art. 20, do Código de 1940 e do art. 25, do Código de 1969), que também a presença e a extensão de deveres oriundos de preceitos de direito costumeiro, assim como de preceitos morais ou religiosos sejam considerados e influam no resultado final da valoração acerca da ilicitude ou da culpabilidade.

Atualmente a discussão cessou, haja vista que a reforma de 1984 do Código Penal esclareceu a dúvida, ao estabelecer no artigo 13, § 2º, do Código Penal, as pessoas que tem o dever de agir:

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Desta forma, o estado de necessidade não poderá incidir se o agente que praticou a conduta lesiva tinha o dever legal, contratual ou originou o perigo.

6.3.6.5. Inevitabilidade do comportamento lesivo

É necessário que a conduta lesiva seja o único meio para salvaguarda do bem em perigo, isto é, que a única forma para salvar um bem seja lesando outro. Assim, se houver outro meio de cessar o perigo que seja menos gravoso ou que esteja em conformidade com o Direito não haverá causa justificante. Assim expõe Grazielle Zampoli Pereira (2005, p. 46) em sua monografia, “isto quer significar que o comportamento lesivo deve ser a única saída de que dispõe o agente. A transgressão à ordem jurídica só pode ser admitida se o agente não tiver nenhum outro meio de conjura-lo”.

Portanto, é preciso que o agente pratique a conduta lesiva como *ultima ratio* para a salvação do bem.

Ainda deve-se notar que a análise acerca da prática lesiva deve ser feita observando-se o caso concreto, de modo que o órgão julgador conclua casuisticamente se a conduta foi de fato lícita.

6.3.6.6. Inexigibilidade de conduta diversa

No ordenamento jurídico brasileiro a apreciação da inexigibilidade de conduta diversa é feita sob o aspecto objetivo, haja vista que é necessário que o sujeito faça uma confrontação entre os bens em conflito para delimitar qual deles deve prevalecer.

Essa análise objetiva decorre do fato de que o Brasil adotou a teoria unitária do estado de necessidade, sendo assim abrange apenas as causas justificantes.

O que pode ocorrer é que em alguns casos não é exigível do sujeito que ele deixe prevalecer um direito superior sobre o seu, contudo, esta conduta não pode ser lícita, sendo apenas uma causa exculpante, e, portanto, passível de exclusão de culpabilidade.

6.3.6.7. Consciência da situação de perigo

Para configurar o instituto é requisito que o sujeito tenha consciência da situação de perigo, e mais, que tenha o intuito de se proteger em razão do perigo. Isto significa que além de ter conhecimento do perigo a conduta do sujeito deve ter um elemento subjetivo, qual seja: a vontade de salvaguarda de seu bem. Assim, assevera André de Oliveira Pires (2000, p. 53):

Assim, como se infere, exigir-se-á do agente que a conduta lesiva praticada tenha sido motivada pela vontade de salvação, pois caso contrário, mesmo que presentes os elementos objetivos da justificação, não se poderá falar em estado de necessidade. Por conseguinte, responderá o agente pelo delito praticado.

Sendo assim, faz-se mister a presença tanto dos elementos objetivos da conduta, como dos subjetivos da vontade do autor.

6.3.7. Furto famélico e Estado de Necessidade

No Brasil a maioria dos doutrinadores e dos magistrados enquadram o furto famélico como causa excludente de ilicitude por intermédio da aplicação do estado de necessidade.

Neste diapasão leciona Higor Vinicius Nogueira Jorge (2002, s.p.):

O furto famélico ocorre nas situações em que a pessoa em estado de extrema penúria tem a inadiável necessidade de se alimentar, e com este fito, subtrai algo de terceiro. O furto famélico não é um crime (TACrimSP, 82:206 e 86:425), pois o agente está subtraindo coisa alheia para que ele ou outrem não morra ou sofra lesão fisiológica decorrente da inanição, de modo que este era o único procedimento que ele poderia dispor.

O agente não será punido, pois a sua conduta não é criminosa, ele age em estado de necessidade, que é uma causa de exclusão de antijuridicidade. As causas de exclusão de antijuridicidade são normas que permitem a prática de um fato descrito na lei

como delituoso. Exemplo: Se Brutus furta César, ele será punido, entretanto se Brutus estava passando fome e furtou César com o intuito de se alimentar, não haverá punição, pois o estado de necessidade permite que o ato reputado como ilícito seja praticado.

Também trata do assunto Damásio de Jesus (2009):

O Código Penal considera em **estado de necessidade**, uma das causas de exclusão da ilicitude, quem pratica fato típico para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, "nem podia de outro modo evitar...", bem jurídico seu ou de terceiro (art. 24). Significa que o agente não tem outro meio de evitar a lesão ao interesse jurídico próprio ou alheio que não o de praticar o fato necessitado, ofendendo outro bem. Ocorre nas hipóteses em que é inviável a abstenção de realização do comportamento lesivo em face da inevitabilidade do perigo de dano por outra forma ("beco com uma única saída possível"). Exemplos: dano em propriedade alheia para extinguir incêndio; **subtração de alimentos para evitar a morte por inanição**; subtração de água para evitar a morte por sede; aborto para salvar a vida da gestante; morte de naufrago para apanhar a única tábua de salvação; subtração de veículo para transportar doente em perigo de vida; violação de domicílio para acudir vítima de crime; lançamento de mercadorias de aeronave em perigo; desvio de canal para impedir inundação; omissão de socorro médico para acudir outro paciente etc.

[...]

No chamado "furto famélico", que não constitui delito (Julgados do TACrimSP, 82:206 e 86:425; Revista dos Tribunais, 574:370), o sujeito, para afastar a morte ou lesão fisiológica por inanição, sua ou de terceiro, subtrai coisa alheia como única conduta disponível. É a chamada "inevitabilidade do comportamento" (Revista dos Tribunais, 637:273). Há uma só saída: a prática do fato típico, tornando inexigível comportamento diverso (Tribunal de Justiça do DF, Apel. Crim. 12.806, DJU 4.8.93, p. 30072). Só é admissível em questão de sobrevivência, diante da iminência do mal (Tribunal de Justiça do DF, Apel. Crim. 9.597, DJU 2.5.90, p. 8485), que não pode ser incerto, remoto ou futuro (Revista dos Tribunais, 597:287). Fora disso, há crime. Assim, não aproveita a simples alegação de desemprego (Revista dos Tribunais, 721:450), uma vez que "necessidade" não se confunde com "precisão" (Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACrimSP, 22:211).

Neste sentido também se encontram diversos julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. FURTO FAMÉLICO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO. PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO. PENA MANTIDA.

O furto famélico é forma especial de estado de necessidade no qual a ilicitude da conduta é excluída em virtude da comprovação da extrema miséria do agente, que furta como último recurso para sua sobrevivência. Não comprovação de circunstância que demonstre a inevitabilidade da subtração.

A aplicação do postulado da insignificância há de ser criteriosa e casuística, exigindo que a conduta seja a tal ponto irrelevante que não seja razoável a imposição da sanção penal. In casu, o desvalor da conduta do agente impede seu reconhecimento.

Pena-base fixada no mínimo legal. Impossibilidade de valoração de atenuante que reduza a pena abaixo deste patamar. Incide, à espécie, o enunciado da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.;

POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, VENCIDO O DES. CARLOS ALBERTO ETCHEVERRY QUE DAVA PARCIAL PROVIMENTO, PARA REDUZIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO RÉU PARA TRÊS MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO E 10 DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, E AFASTAVA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. (ACR 70032415622 – 6ª Câmara Criminal – TJ/RS – Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho – j. 29.10.2009)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO SIMPLES. ARTIGO 155, 'CAPUT' DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO. PROVA COLHIDA EM CONSONÂNCIA COM O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. ESTADO DE NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA. FURTO FAMÉLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM A ACUSAÇÃO. MANUTENÇÃO DO DECRETO MONOCRÁTICO CONDENATÓRIO. 1- Materialidade e autoria do crime de furto simples devidamente comprovada nos autos pelos elementos probatórios obtidos nas fases policial e judicial, quer seja pela confissão quanto pela prova testemunhal. 2- Não há que se falar em **furto famélico - modalidade de excludente do estado de necessidade** - uma vez que os bens subtraídos não satisfaz, de imediato, privação inadiável do acusado. 3- Não há que prosperar o pleito de aplicação do artigo 16 do CPB - causa de redução de pena pelo arrependimento posterior, uma vez que o réu não restituiu a coisa furtada - não houve ato voluntário do agente. Os objetos furtados foram recuperados pela Polícia Federal na posse dos outros dois réus, que compraram os bens furtados. 4- No quanto da dosimetria, é de manter-se a pena aplicada pelo juiz singular, inclusive, no quanto da substituição da pena de reclusão pela restritiva de direito. 5- Apelação do réu improvida. (ACR 200285000023402 – 2ª Turma Criminal – TRF5 – Rel. Des. Petrucio Ferreira – j. 05.12.2007)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE MOEDA FALSA. ARTIGO 289 PARÁGRAFO 1º DO CPB. DOLO GENÉRICO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. REFORMA DO DECISUM SINGULAR. ABSOLVIÇÃO. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1-O acusado, preso em flagrante, ao receber moedas falsas, de fato, aplicou esse dinheiro para comprar comida - na hipótese - 'um frango'. 2-Exsurgindo do conjunto probatório que o réu, 'artista', pessoa pobre, trabalhando como 'palhaço' em atividades circenses, é de aplicar-se à hipótese como se **furto famélico fosse a ensejar, inclusive, a aplicação da excludente da antijuridicidade** (artigo 24 do CP), porquanto se sabe que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade (art.23, I do CPB). 3-Dá-se provimento à apelação do réu para modificar o decisum singular e, julgar improcedente a denúncia, porquanto, mesmo se considerando o fato típico, na hipótese, não houve crime em face da ausência de ilicitude, reconhecida pela excludente do estado de necessidade, pelo que se impõe a absolvição do réu WILSON OLIVEIRA ALVES, ex-vi do artigo 386, V do CPPB. 4-Apelação do réu provida. (ACR 200281000036321, 2ª Turma Criminal – TRF5 – Rel. Des. Petrucio Ferreira – j. 21.03.2006)

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, CAPUT C/C ART. 14, II) -

ALMEJADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AUSÊNCIA DOS VETORES QUE AUTORIZAM SUA APLICAÇÃO - RÉU VOLTADO À PRÁTICA DELITUOSA - OFENSA AO BEM JURÍDICO TUTELADO - ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE (CP, ART. 24) - FURTO FAMÉLICO - INOCORRÊNCIA - QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DO OBSTÁCULO - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS - INEXISTÊNCIA PROVAS CAPAZES DE ATESTAR QUE O RÉU FORA O AUTOR DO ARROMBAMENTO - VERSÃO DO ACUSADO AMPARADA POR DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA [...]

II - Para a configuração do furto famélico, é imprescindível a caracterização dos requisitos do art. 24 do Código Penal, ou seja, a necessidade de comprovação, por parte do agente, de sua extrema condição de miserabilidade. No caso, em inexistindo provas de que o acusado cometeu o delito impelido pela fome e inadiável vontade de se alimentar e que a subtração não se limitara a produtos do gênero alimentício, não há falar-se em estado de necessidade capaz de excluir a ilicitude da conduta. (ACR 2011.060715-2 - 2ª Câmara Criminal – TJ/SC– Rel. Des. Salete Silva Sommariva – j. 08.12.2006)

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA (CP, ART. 155, §4º, III) - TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, §4º, III C/C ART. 14, II) - CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71) - ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE (CP, ART. 24) - FURTO FAMÉLICO - INOCORRÊNCIA - ALMEJADO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - INCOMPATIBILIDADE COM O TIPO QUALIFICADO - CONDENAÇÃO MANTIDA. **I - Para a configuração do furto famélico, é imprescindível a caracterização dos requisitos do art. 24 do Código Penal, ou seja, a necessidade de comprovação, por parte do agente, de sua extrema condição de miserabilidade.** No caso, uma vez inexistindo provas de que a acusada cometeu o delito impelido pela fome, inviável o reconhecimento do estado de necessidade apto a excluir a ilicitude da conduta. (ACR 2009.016123-3 – 2ª Câmara Criminal – TJ/SC– Rel. Des. Salete Silva Sommariva – j. 20.04.2010)

Contudo, conforme já tratado, para que haja a configuração do referido instituto é necessário que se preencham todos os seus requisitos, quais sejam: perigo atual, involuntariedade do perigo, ameaça a direito próprio ou alheio, ausência de dever legal de evitar o perigo, inevitabilidade de causar dano a outrem, inexigibilidade de conduta diversa e potencial consciência do perigo.

Desta forma, ausente qualquer destes requisitos não há de se falar em exclusão da ilicitude, isto é, sendo o fato típico e ilícito resta apenas uma análise acerca da culpabilidade do agente para determinar se houve ou não a prática de um crime.

Portanto, diante do caso concreto é preciso que os operadores do Direito façam uma análise acerca de todas as condições do agente e circunstâncias do fato para determinar se de fato trata-se de furto famélico praticado em estado de necessidade.

Para que se determine a exclusão de ilicitude é necessário que o sujeito impelido pela fome própria ou de terceiro pratique conduta lesiva contra bem de terceiro inocente para satisfazê-la a fim de evitar a morte por inanição. Todavia, há de se verificar que nem sempre há a presença de todos os requisitos, não havendo assim a configuração de tal instituto.

No mais das vezes verifica-se que o perigo atual está presente em razão da fome que assola o indivíduo causando riscos à saúde, à integridade, física e psíquica, e à vida, sua e de terceiros, não se originando a fome da vontade do sujeito, mas de mera situação de desigualdade que aflige grande parte da população brasileira. Ademais, não há como atribuir punição àquele que age por puro instinto de conservação, quando os bens em conflito não guardam proporcionalidade entre si, isto é, não se deve admitir que um bem puramente patrimonial se sobreponha a um direito inerente ao ser humano, qual seja: a vida, e não simplesmente a vida, mas uma vida digna.

Contudo, ainda resta descumprido o requisito da inevitabilidade de causar lesão a outrem, ou seja, se no caso concreto não se verificar que a conduta era o único meio de fazer cessar a fome, não haverá a configuração do estado de necessidade. Neste diapasão vale destacar a lição de Eduardo Luiz Santos Cabette (2004, s.p.):

O "furto famélico" não apresentaria dificuldades em adequar-se àqueles chamados por Frederico Marques de "requisitos da situação de necessidade" (perigo atual, ameaça a direito próprio ou alheio, situação não provocada voluntariamente pelo agente e inexistência do dever legal de enfrentar o perigo). Mas o mesmo não ocorreria com o primeiro dos "requisitos do fato necessitado", elencados pelo mesmo autor (inevitabilidade da ação lesiva e inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado).

A "inevitabilidade da ação lesiva" em nossa concepção, estaria prejudicada no caso do "furto famélico", desnaturando destarte o estado de necessidade.

É lição de Nelson Hungria quanto ao estado de necessidade, que "exige o Código que o perigo não possa ser evitado por 'outro modo', isto é, sem o sacrifício (total ou parcial) do direito alheio. O estado de necessidade, contrariamente ao que ocorre com a 'legítima defesa', é, eminentemente, 'subsidiário': não existe se o agente podia conjurar o perigo com o emprego de meio não ofensivo do direito de outrem."

Nos casos de "furto famélico" estariam em jogo os direitos à incolumidade física (saúde) e até à vida do agente. Mas se procurarmos pensar em casos tais que indiquem a "inevitabilidade da ação lesiva" (furto), ou seja, casos em que a atuação do agente não se poderia dar por outro modo a fim de evitar o perigo à sua saúde ou vida ocasionado pela fome, recairemos em situações - limite nas quais as condições físicas do sujeito seriam tão precárias que na verdade tornariam impossível a ele a prática da subtração.

Supondo que o autor esteja em condições de perpetrar a subtração, forçoso é reconhecer que sempre lhe seria possível escolher caminhos outros à solução de seu infortúnio que não a subtração dos bens alheios. Por exemplo, entre outros, o oferecimento de serviços em troca da alimentação ou o simples apelo ao auxílio

caritativo. Diferentemente da legítima defesa, no estado de necessidade é preciso que não haja possibilidade de evitar o perigo de "outro modo".

Dessa maneira, restaria prejudicada a aplicação do estado de necessidade ao furto famélico por carência de um dos seus requisitos. Mas não seria por isso que o agente deveria ser responsabilizado criminalmente, pois como adverte Aníbal Bruno: "Geralmente, estes casos de não exigibilidade de conduta diversa se resolvem em situações de necessidade, embora não se revistam daquelas condições que excluem, segundo a lei, no estado de necessidade, a ilicitude do fato. A razão da não exigibilidade cobre precisamente aqueles casos que a ausência dessas condições particulares impede que se classifiquem como o estado de necessidade do Código."

No "furto famélico" a pedra de toque não está no "fato" de haver a possibilidade de evitar o perigo por "outro modo" que não a ação lesiva, a configurar um "estado de necessidade" em que o agente não tem à sua disposição outros meios e é "obrigado" a agir de maneira lesiva para que não seja prejudicado em seu direito. No estado de necessidade a "escolha" do agente opera-se somente quanto a agir de maneira lesiva e fazer prevalecer o seu direito ou simplesmente abdicar de seu direito. Se escolher a defesa de seu direito, somente um caminho lhe é possível: a ação lesiva do direito alheio, nenhum outro.

Por isso o "furto famélico" não se pode adequar ao estado de necessidade. Nele o agente não escolhe entre seu direito e um único caminho de salvação. No "furto famélico" a escolha do agente é entre duas ou mais possibilidades de salvaguarda do seu direito. Por exemplo: a ação lesiva e o pedido de ajuda; ou, a ação lesiva e a barganha de um serviço etc. Não há uma relação de exclusão entre o não lesar e o direito do agente, ou seja, no "furto famélico" é possível ao sujeito escolher não atacar o patrimônio alheio e ainda assim procurar preservar seu direito à alimentação (saúde e vida) por "outros modos".

Portanto, diante da ausência de tal requisito faz-se necessário procurar outros meios para se chegar a uma decisão que atenda aos ideais de Justiça sem ferir o princípio da segurança jurídica e sem olvidar o princípio da dignidade da pessoa humana.

6.4. Inexigibilidade de Conduta Diversa

A inexigibilidade de conduta diversa trata das hipóteses em que o agente atua em situações de anormalidade, de tal modo que sua conduta não recebe reprovação social, isto é, diante das circunstâncias do fato e características pessoais do agente não é possível exigir-lhe que atue conforme o Direito.

Contudo, há divergências doutrinárias acerca da possibilidade de aplicação de tal excludente de culpabilidade em casos onde não haja a previsão legal.

6.4.1. Origem e evolução

O estudo acerca da inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade foi primeiramente desenvolvido de forma prática nos tribunais alemães. Assim, cabe destaque a uma decisão do Tribunal de Cassação de Berlim, denominado Reichsgericht, que reconheceu a inexigibilidade de conduta conforme o Direito como causa de exclusão de culpabilidade.

Leciona Luis Jiménez de Asúa acerca de tal julgado (1962, p. 934/935):

Comecemos pela sentença mais famosa que reconheceu, no âmbito da culpa, a não exigibilidade de outra conduta conforme o Direito: o caso do cavalo rebelde que os alemães denominam *Leinenfänger*. Se chama assim o burro de carga que tem a rara capacidade de prender as rédeas com seu rabo junto ao corpo, o que torna difícil, se não impossível, guia-lo a partir da rédea do veículo. O dono de um depósito de carros de aluguel tinha ordenado ao cocheiro do carro que areasse ao carro um animal como esse e saísse para prestar o serviço diário. O cocheiro se negou, temendo que o burro se soltasse e causasse um acidente. O dono reiterou a ordem e ameaçou demiti-lo se ele não obedecesse imediatamente. O cocheiro cedeu, mas, conforme esperado, o cavalo se soltou durante o serviço. Seus esforços para dominar com as rédeas foram inúteis, e cocheiro perdeu todo o controle sobre o animal que em seu galope desatentado, derrubou um ferreiro que estava ao lado da estrada, causando-lhe a fratura de uma perna. O Reichsgericht negou a culpa do réu, no seu acórdão de maio de 1897, proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Império. Sustentada a tese então que inicia a excludente supralegal de não poder exigir outra conduta do acusado, merece ser transcrita na íntegra, pelo menos em suas frases mais significativas: “O não cumprimento daquela medida, em atenção e considerações do bem comum..., poderá ser exigido do agente”, mas deve ser sempre levado em conta “se pode ser exigido do acusado, como uma obrigação, recusar o ordem de seu patrão, e aceitar a perda de seu emprego consciente da possibilidade de que, através da utilização o cavalo indicado para puxar o carro, se causem lesões a outrem, ou se as últimas considerações devem dar lugar, em relação à sua importância, a aquelas que lhe impulsionam ao cumprimento do ordenado pelo patrão.” Pelo exposto, o Tribunal do Reich absolveu o acusado por não poder lhe exigir, tendo em conta a situação concreta dos fatos, que ele se recusou a realizar a ação, que previa perigosa, com o risco de perder a sua “colocação e seu pão”²⁵.

²⁵ Comencemos por la sentencia más famosa que reconoció, en el ámbito de la culpa, la no exigibilidad de conducta conforme a Derecho: el caso del caballo resabiado que los alemanes denominan *Leinenfänger*. Se llama así al caballo de tiro que tiene la rara habilidad de sujetar las riendas con su cola, haciendo difícil, si no imposible, guiarle desde el vehículo que arrastra. El dueño de una cochera de carruajes de alquiler había dado orden al auriga que engancharse al coche un animal de esa índole y saliese a prestar el cotidiano servicio. Negóse el cochero, temeroso de que la cabalgadura se desbocara e pudiera sobrevenir un accidente. El amo de la casa se reiteró la orden y le amenazó con despedirle inmediatamente si no obedecía. El cochero cedió, pero, como había previsto, el caballo se desmandó durante el servicio. Sus esfuerzos para dominarlo con las bridas fueron inútiles, y el procesado perdió todo dominio sobre la bestia que, en su desatentado galopar, derribó a un herrero que estaba al lado de la calzada, causándole la fractura de una pierna. El *Reichsgericht* niega la culpabilidad del acusado, en su sentencia de mayo de 1897, pronunciada por la IV Sala de lo Penal del Tribunal del Imperio. La tesis sustentada entonces y que inicia la eximente supralegal de no poder exigir otra conducta al imputado,

O referido tribunal foi mais adiante, conforme explica Luis Jiménez de Asúa (1962, p. 935/936):

A jurisprudência alemã do Tribunal do Império, chegou mais longe: aceita a inexigibilidade na esfera da culpa, pareceu lógico que havia de se estender às formas de culpabilidade mais graves; é dizer, ao dolo. O mais famoso caso, estudado por B. Freundenthal é o que se conhece como “a cegonha ante os jurados”. O feito se refere a um distrito mineiro, no qual a empresa exploradora do mineral havia concedido ao empregado dispensa do trabalho com saldo integral, no dia em que sua mulher desse a luz. Os encarregados da empresa se deram conta que nenhum menino nascia em domingo ou dia festivo e investigados os feitos se averiguou que os mineiros haviam combinado com a parteira, que assistia aos partos de suas mulheres, que iria dispensar os seus serviços se não concordasse em fazer figurar como nascidos em dia laborável as crianças que viessem ao mundo em domingos e dias festivos. A parteira temerosa de ficar sem trabalho e em difícil situação, concordou ao fim e fez uma série de inscrições falsas no registro²⁶.

Em momento posterior os magistrados mostraram receio diante de uma aplicação demasiadamente geral da inexigibilidade em razão da possibilidade de ocasionar insegurança jurídica.

Ademais, houveram diversos julgados corroborando a ideia da inexigibilidade de conduta diversa como forma excludente de culpabilidade quando diante das circunstâncias do fato não fosse razoável exigir que o sujeito agisse em conformidade com o que dispunha o ordenamento.

No que tange a doutrina, coube primeiramente a Frank Reinhard, quando da sua obra de monografia, dedicada à estrutura do conceito de culpabilidade, tratar acerca da

merece ser transcrita textualmente, al menos en cuanto a sus más significativas frases: “El no cumplimiento de aquella medida, en atención e consideraciones del bien común..., podrá serle exigida al agente”; pero siempre ha de tomarse en cuenta “si al acusado puede serle exigido, como obligación, rehusar el mandado de su patrón, y aceptar la pérdida de su puesto consciente de la posibilidad de que, mediante el uso del caballo indicado para tirar el coche, se causen a otro lesiones corporales, o si estas últimas consideraciones han de ceder, en relación a su trascendencia, a aquellas que le impulsan al cumplimiento del ordenado por el patrón”. Por cuanto antecede, el Tribunal del Reich absolvió al acusado por no podersele exigir, teniendo en cuenta la situación concreta de los hechos, que se negara a realizar la acción, que el mismo preveía peligrosa, con el riesgo seguro de perder “su colocación y su pan”.

²⁶ La jurisprudencia alemana del Tribunal del Imperio, llegó a más: aceptada a la no exigibilidad en la esfera de la culpa, pareció lógico que había de extenderse a las formas de culpabilidad más graves; es decir al dolo. El más famoso caso, estudiado por B. Freundenthal es el que se conoce como “la cigüeña ante los jurados”. El hecho se refiere a un distrito minero, en el que la empresa explotadora del mineral había concedido al obrero dispensa del trabajo con sueldo íntegro, el día en que su mujer diera a luz. Los encargados de la empresa se dieron cuenta de que ningún niño nacía en domingo o día festivo e investigados los hechos se averiguó que los mineros habían conminado a la comadrona, que asistía a los partos de sus mujeres, con prescindir de sus servicios si no accedía a hacer figurar como nacidos en día laborable las criaturas que venían al mundo en fechas dominicales o festivos. La comadrona, temerosa de quedarse sin trabajo y en difícil trance, accedió al fin y se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el registro.

inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade. Assim, denota-se que a inexigibilidade guarda ligação com a concepção normativo da culpabilidade.

Frank foi quem introduziu a ideia da reprovação na estrutura da culpabilidade, de modo que somente haveria responsabilidade se a conduta do sujeito fosse reprovável, isto em razão da possibilidade de haverem circunstâncias concomitantes ao fato que o tornavam anormal.

Vale transcrever a lição de Frank Reinhard (2002, p. 40/41):

Para que o comportamento de alguém seja reprovável, há um triplo pressuposto:

1º uma aptidão espiritual normal do autor, ao que nós denominamos imputabilidade. Se ela existe em alguma pessoa, então está dito que seu comportamento antijurídico pode ser convertido, em geral, em reprovação, mas todavia não se pode afirmar que lhe corresponda uma reprovação no caso particular. Isso exige, ainda:

2º alguma relação psíquica concreta do autor com o fato em questão ou a possibilidade desta, conforme o qual aquele discerne seus alcances (dolo), ou bem poderia discernir (imprudência). Na existência desta exigência, a reprovação não estaria fundada. Para isto é necessário que, ainda, concorra:

3º a normalidade das circunstâncias em que o autor atua. Quando uma pessoa imputável realiza algo antijurídico, consciente ou podendo estar consciente das consequências que sua atuação traz consigo, pode estar sujeito, em geral, a reprovação, segundo a interpretação do legislador. Mas o que é possível em geral, em um caso particular pode ser impossível: assim, não cabe a reprovação quando as circunstâncias concomitantes tenham sido um perigo para o autor ou para terceira pessoa e a ação proibida executada os podia salvar²⁷.

Após a obra de Frank os adeptos da teoria normativa da culpabilidade percebendo a interferência que as causas concomitantes ocasionavam na determinação da vontade do agente passaram a analisar tais circunstâncias mais a fundo, e, por conseguinte, passaram a incluir a exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade.

Quem iniciou um estudo mais minucioso acerca do tema, após a introdução por Frank, foi Berthold Freudenthal (2003, p. 76/77):

²⁷ Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple supuesto:

1º una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita, además:

2º una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concorra:

3º la normalidad das circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su acción, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero, lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible; así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar.

A culpabilidade não tem que reclamar, nem a normalidade das circunstâncias concomitantes objetivas, nem uma força motivadora nestas. Mas bem podemos exigir, tanto no dolo como na culpa – que são espécies de culpabilidade-, que ao autor possa ser formulado uma reprovação por sua conduta. Agora, se as circunstâncias da execução se deram de um modo tal como qualquer um haveria atuado assim como fez o autor, então falta o pressuposto comum do dolo e da culpa, a possibilidade de formular uma reprovação, e com ela, ainda de *lege lata*, estarão ausentes ambas as formas de culpabilidade.

[...] a culpa leva em consideração, duas coisas distintas: primeiro, *objetivamente*, se o autor prestou o devido cuidado *in concreto* para a realização do tipo. Se a resposta for afirmativa, então a segunda averiguação resulta desnecessária; por bem o autor deve ser absolvido. Se a resposta é negativa, há que examinar *subjetivamente* se o autor, de acordo com o plexo de sua personalidade estava em condições de abster-se da realização do tipo. É dizer, somente então pode ser dada a reprovabilidade sem a qual a conduta do autor não pode ser culpável. “O *dever* de evitar pressupõe o *poder* de evitar”. Tal comprovação individual, naturalmente, não pode ignorar as *circunstâncias* diante das quais teve de atuar o autor²⁸.

Leciona Marco Antonio Nahum (2001, p. 78):

Foi Freudenthal o autor que, pela primeira vez, chamou a atenção para o tema. Dizia esse doutrinador que a *inexigibilidade* deveria determinar-se exclusivamente conforme os critérios individuais do autor diante do caso concreto, ou seja, Freudenthal admitia a *inexigibilidade* como causa supralegal de exclusão de criminalidade.

Assim, foi Freudenthal quem inseriu no conceito de culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa como elemento para a sua configuração.

A inexigibilidade também foi objeto de estudo de James Goldschmidt, para o qual a inexigibilidade constituía elemento da culpabilidade, sendo que o pressuposto da inexigibilidade era o que Frank denominava de “motivação normal”. Desta forma, a concepção de Goldschmidt acerca da inexigibilidade é de que somente haveria culpabilidade se o sujeito agisse em circunstâncias normais, de tal modo que fosse possível exigir-lhe que atuasse conforme o Direito.

²⁸ A la culpabilidad no hay que reclamar, ni la normalidad de las circunstancias concomitantes objetivas, ni una fuerza motivadora en éstas. Pero bien podemos exigir, tanto en el dolo como en la culpa –que son *especies de la culpabilidad*-, que al autor pueda ser formulado un reproche por su conducta. Ahora, si las circunstancias de la ejecución se dieron de un modo tal que cualquiera habría obrado así como hizo el autor, entonces falta el presupuesto común de dolo y culpa, la posibilidad de formular un reproche, y con ello, aun de *lege lata*, estarán ausentes ambas formas de culpabilidad.

[...] la culpa viene en consideración, dos cosas distintas: primero, *objetivamente*, si el autor prestó el cuidado *in concreto* debido para la no realización del tipo. Si la respuesta es afirmativa, entonces la segunda averiguación resulta innecesaria; antes bien, el autor debe ser absuelto. Si la respuesta es negativa, hay que examinar *subjetivamente* si el autor, de acuerdo con el plexo de su personalidad, estaba en condiciones de abstenerse de la realización del tipo. Es decir, sólo entonces estará dada la reprochabilidad sin la cual la conducta del autor no puede ser culpable. “El *deber* de evitar presupone comprobación individual, naturalmente, no puede ignorar las *circunstancias* bajo las cuales hubo de obrar el autor.

Ainda merece destaque a posição de Goldschmidt acerca da possibilidade da inexigibilidade dar causa a exclusão da culpabilidade tanto nos casos culposos quanto nos casos dolosos (2002, p. 111/112):

Causa de exculpação é somente a “motivação anormal”, tipicamente pela necessidade. A falta da representação do resultado não é uma causa de exculpação, assim como a falta do resultado não é uma causa de justificação. Senão que do mesmo modo como aqui falta o tipo objetivo, lá falta, desde o princípio, o tipo subjetivo. Mas tampouco a suposição errônea de circunstâncias do feito que justificariam o fato. A falta da consciência do que “não dever-ser” exclui, de antemão, um “querer que não deve ser”. Finalmente, tampouco os casos de inimputabilidade contêm causas de exculpação. Pois a inimputabilidade é para a reprovação, tal como a voluntariedade é para a antijuridicidade. E assim como o ser embutido de força irresistível (§ 52, C.P.) não constitui uma causa de justificação, a inimputabilidade não é causa de exculpação. O inimputável não é, desde o princípio, o destinatário da norma de dever, assim como o animal ou o corpo humano não é destinatário da norma jurídica. Em todos os casos mencionados podem existir causas que objetivamente excluam o ilícito e que subjetivamente excluam a culpabilidade, mas não há causas de justificação ou exculpação, respectivamente. *Disto resulta que a “motivação normal” não é o único pressuposto da exigibilidade.* Diante deste ponto de vista, a “inexigibilidade do cumprimento de um preceito de precaução” pode constituir, por conseguinte, uma causa de exculpação que exclua a culpa, e, enquanto que o preceito de precaução exija a obtenção de conhecimentos jurídicos, pode constituir uma causa de exculpação que exclua o dolo. Se deve destacar, sem embargo, de maneira expressa para evitar mal entendidos, que todas estas exposições exigem, desde logo, somente consideração terminológica²⁹.

Contudo, Goldschmidt dedicou-se especialmente a questão acerca dos casos de inexigibilidade estarem expressamente previstos em lei ou se tratam de uma excludente supralegal (2002, p. 115/117):

²⁹ Causa de exculpación es sólo la “motivación anormal”, típicamente por la necesidad. La falta de representación del resultado no es una causa de exculpación, así como la falta de resultado no es causa de justificación. Sino que del mismo modo como aquí falta el tipo objetivo, allá falta, desde el principio, el tipo subjetivo. Pero tampoco la suposición errónea de circunstancias de hecho que justificarían el hecho, origina una causa de exculpación. La falta de la consciencia de lo que “no-debe-ser” excluye, desde antemano, un “querer que no debe ser”. Finalmente, tampoco los casos de inimputabilidad contienen causas de exculpación. Pues la imputabilidad es para a reprochabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad. Y así como el ser empujado ‘por fuerza irresistible (§ 2º, C.P.) no constituye una causa de “justificación”, la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es, desde el principio, el destinatario de la norma de deber, así como el animal o el cuerpo humano no es destinatario de la norma jurídica. En todos los casos mencionados pueden existir causas que objetivamente excluyan lo ilícito y que subjetivamente excluyan la culpabilidad, pero no hay causas de justificación o de exculpación, respectivamente. *De esto resulta que, aunque la “motivación normal” no es el único presupuesto de la no exigibilidad.* Bajo este punto de vista, la “no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución” puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo. Se debe destacar, sin embargo, de manera expresa, para evitar malentendidos, que todas estas exposiciones exigen, desde luego, sólo consideración terminológica.

Agora, não há dúvida de que segundo a doutrina dominante e a jurisprudência, a culpa não concorre no caso da inexigibilidade, tanto do preceito de precaução como do de motivação.

[...] se a inexigibilidade da motivação exclui a culpa, tanto mais teria de excluir o dolo³⁰.

Por fim, concluiu Goldshimidt que a inexigibilidade trata de uma causa excludente de culpabilidade supralegal (2002, p. 119/120):

[...] a livre admissão de causas de exculpação não conduz a uma “tautologia” ou a uma “osteomalaxia” do direito penal, como não o faz o reconhecimento das causas supraleais de justificação. Assim, como o reconhecimento das causas de justificação “supraleais” baseia-se na ideia básica do interesse preponderante para a comunidade jurídica, o reconhecimento de causas de exculpação “supraleais” baseia-se no conceito básico de que há motivos que o ordenamento jurídico deve considerar superiores ao motivo de dever em relação a um homem médio³¹.

Também tratou do tema Edmund Mezger, conforme leciona Marco Antonio R. Nahum (2001, p. 78/79):

Mezger, num primeiro momento, entendeu a inexigibilidade como princípio genérico. Posteriormente, quando escreveu Studienbuch, abandonou essa ideia para assumir outra mais ousada: entendia a inexigibilidade como um poderoso instrumento do legislador e do aplicador do direito.

Diante de todo o exposto é possível notar que primeiramente a inexigibilidade de conduta conforme o Direito foi vista como uma causa supralegal excludente de culpabilidade, assim, de início a inexigibilidade era apreciada de forma subjetiva.

Posteriormente, a inexigibilidade passou a ser apreciada de forma limitada, isto é, tendo em conta a capacidade do homem médio em resistir às circunstâncias do fato.

Mas ante a insegurança jurídica que o critério subjetivo da inexigibilidade criava a doutrina passou a estabelecer critérios objetivos para a aplicação desta. Neste sentido leciona Marco Antonio R Nahum (2001, p. 80):

³⁰ Ahora, no hay duda de que según la doctrina dominante e a jurisprudencia, la culpa no concurre en el caso de la no exigibilidad, tanto del precepto de precaución como del de motivación.

[...] si la no exigibilidad de la motivación excluye la culpa, tanto más tendría que excluir el dolo.

³¹ [...] la libre admisión de causas de exculpación no conduce a una “tautología” o a una “osteomalaxía” del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas de justificación. Así, como el reconocimiento de las causas de justificación “supraleales” estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación “supraleales” estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio.

Da rejeição ao critério subjetivo, acabou surgindo o critério objetivo, o qual para determinar a inexigibilidade no caso concreto, faz referência a módulos genéricos, de caráter objetivo, e acaba recorrendo, em última instância, ao inseguro paradigma do homem médio. A obviedade da fuga para o critério objetivo, resultou, por um lado, das críticas sofridas pelo critério subjetivo, e, por outro, da impossibilidade de se negar o caráter teleológico do sistema normativo, o qual está limitado pela normalidade das circunstâncias fáticas.

Cabe destacar que somente com a reforma do Código Penal Alemão em 1969 foi introduzida a inexigibilidade como causa legal de exclusão da culpabilidade, diante da teoria diferenciadora do estado de necessidade.

Atualmente na Alemanha ainda vigora o critério objetivo, de modo que ainda há uma limitação acerca da aplicação da inexigibilidade nos casos concretos.

Na Espanha admite-se a inexigibilidade como causa excludente de culpabilidade em casos específicos. Há também doutrinadores espanhóis que vêm admitindo a subjetividade da inexigibilidade, afirmando que cabe ao legislador incluir no ordenamento jurídico as circunstâncias em que poderá ser arguida tal excludente, de modo que a inexigibilidade passa a ter natureza jurídica de causa legal excludente de culpabilidade.

Em Portugal o legislador trata da inexigibilidade de forma expressa, assim conforme pode se verificar no artigo 35 de seu Diploma Penal.

Artigo 35º

Estado de necessidade desculpante

1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

Desta forma, é possível notar que atualmente vem crescendo o número de doutrinadores que entendem ser a inexigibilidade de conduta diversa uma causa supralegal excludente da culpabilidade.

No Brasil houve inicialmente a adoção da chamada teoria diferenciadora, conforme se verifica nos artigos 25 e 28 do Código Penal de 1969, de modo que haveria a exclusão da ilicitude se o bem sacrificado fosse de valor inferior ao bem resguardado, e exclusão da culpabilidade se o bem resguardado fosse de valor inferior ao sacrificado, desde

que não fosse exigível do sujeito agir conforme o Direito. Esta teoria ainda é acolhida expressamente pelo Código Penal Militar pátrio.

Atualmente o Código Penal estabelece que em determinados casos a inexigibilidade dá causa a exclusão de ilicitude e em outros à exclusão da culpabilidade. Contudo, a discussão se dá acerca da possibilidade de fazer incidir a inexigibilidade como forma de exclusão da culpabilidade nos casos em que não há previsão legal.

A inexigibilidade de conduta diversa dá causa para a exclusão de culpabilidade nos casos de erro de tipo (artigo 20, do Código Penal), coação moral irresistível e obediência hierárquica (artigo 22, do Código Penal), tal como assevera José Frederico Marques (1997, p. 295):

No artigo 20, o Código Penal isenta de pena quem comete o erro sobre elemento do tipo, porque o querer do agente atua sob condições anormais. O mesmo se dá com os casos de coação irresistível e obediência hierárquica. Assim sendo, é a inexigibilidade de outra conduta que torna impunível o agente, pois que este não atuou culpavelmente. A conduta que teve, em desarmonia com o Direito, embora ilícita, não é reprovável, pois em face da situação anormal em que agiu, outro comportamento se lhe não podia exigir.

Em outras situações a inexigibilidade torna o sujeito impunível em razão da conduta não ser considerada ilícita, tal como ocorre com o estado de necessidade previsto no artigo 24, do Código Penal.

Desta forma, denota-se que o ordenamento pátrio prevê as hipóteses de inexigibilidade de conduta conforme o Direito tanto como excludente de ilicitude quanto de culpabilidade.

No entanto, cabe análise acerca da possibilidade de se invocar a inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade nos casos não expressos em lei, o que será feito adiante ao se tratar da natureza jurídica da inexigibilidade.

6.4.2. Conceito

Trata a inexigibilidade de conduta diversa daquelas situações em que diante das circunstâncias a conduta do agente não é censurável. Sendo assim, não havendo culpabilidade.

Deste modo, trata a inexigibilidade das situações em que não era razoável exigir que o sujeito atuasse em conformidade com o ordenamento jurídico, isto é, a conduta não sofre reprovação por não ser plausível exigir do agente que se comportasse conforme determina o Direito.

6.4.3. Entendimentos acerca da natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa

6.4.3.1. Causa legal de exclusão da culpabilidade

Há quem entenda que somente haverá a exclusão da culpabilidade nos casos que são expressamente tratados em lei, de tal modo que a inexigibilidade somente se aplica como excludente de culpabilidade legal, pois o legislador previu expressamente todas as hipóteses de inexigibilidade.

Também alegam que a adoção da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade ocasionaria insegurança jurídica a todo o ordenamento jurídico.

Entretanto, atualmente este posicionamento encontra-se ultrapassado, visto que não é difícil encontrar outras hipóteses de inexigibilidade de conduta conforme o Direito que não estão previstas em lei, tal como é o caso do estado de necessidade exculpante, o excesso na legítima defesa, entre outras.

6.4.3.2. Causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade

Os adeptos deste entendimento afirmam que a inexigibilidade pode ser arguida mesmo não havendo previsão legal, e, ainda, que trata de causa que dá origem as demais excludentes de culpabilidade e também de ilicitude, isto é, trata-se de princípio que regula as demais excludentes.

Neste sentido leciona Edmund Mezger (1955) *apud* Leonardo Isaac Yarochevsky (2000, p. 42):

Não atua culpavelmente a pessoa a quem não pode ser exigida uma conduta distinta da realizada. O pensamento jurídico-penal é sempre, o último extremo, pensamento individualizador. Na verdade exige, como parte integrante do ordenamento jurídico, critérios reguladores firmes, legais, nos quais se apoia para desenvolver-se e que lhe garantissem a própria segurança do direito. Mas em suas últimas e mais complicadas ramificações se subtrai a estes moldes rígidos e demanda formas que façam possível uma adaptação às múltiplas configurações da vida concreta. (...) A causa e exclusão da culpabilidade da não exigibilidade garante as últimas possibilidades de negar a culpabilidade do agente por sua ação. Nesta zona limite mais extrema da culpabilidade jurídico penal domina o pensamento da consideração valorativa, mas em todo o caso orientado na lei. O mesmo que a teoria da justificação (princípio da avaliação dos bens), se fecha também a teoria das causas de exclusão da culpabilidade (não exigibilidade) com referência a um princípio genérico que faz possível a adaptação individual da lei ao caso concreto. Isto não é algo arbitrário nem tampouco uma renúncia à natureza positiva do direito, senão exclusivamente expressão de uma necessidade lógica. Pois o pensamento emocional é sempre em suas últimas ramificações pensamento valorativo, e com ele pensamento criador. Por tanto, esta coroação das teorias do injusto e da culpabilidade se fundamenta em última instância em um princípio metódico³².

Também adota este posicionamento Luis Jiménez de Asúa(1950) *apud* Leonardo Isaac Yarochevsky (2000, p. 43):

³² No actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta de la realizada. El pensamiento jurídico-penal es siempre, en último extremo, pensamiento individualizador. En verdad exige, como parte integrante del ordenamiento jurídico, criterios reguladores firmes, legales, en los que se apoya para desenvolverse y que le garantizan la seguridad propia del derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se sustrae a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las múltiples configuraciones de la vida concreta. (...) La causa e exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad garantiza las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del agente por su acción. En esta zona límite más extrema de la culpabilidad jurídico-penal domina el pensamiento da la consideración valorativa, pero en todo caso orientado en la ley. Lo mismo que la teoría de la justificación (principio de la valuación de los bienes), se cierra también la teoría de las causas de exclusión de la culpabilidad (no exigibilidad) con la referencia a un principio genérico que hace posible la adaptación individual de la ley al caso concreto. Esto no es algo arbitrario ni tampoco una renuncia a la naturaleza positiva del derecho, sino exclusivamente expresión de una necesidad lógica. Pues el pensamiento valorativo, y con ello pensamiento creador. Por tanto, este coronamiento de las teorías del injusto y de la culpabilidad se fundamenta en última instancia en un principio metódico.

Para mim o Direito, acima e abaixo de seu caráter formalista tem natureza funcional, não deve jamais aparecer como injusto aos olhos do assunto jurídico. Proclamando a justiça como fim do direito falou Stammler do Direito Justo. Não podemos dizer às pessoas simples e honradas: “sim, senhores, sim, a lei é justa, mas às vezes ela perpetua injustiças e para corrigir estas injustiças que a lei representa, temos (...) o perdão”. Não podemos e não devemos dizer. O intérprete deve se esforçar em extrair da lei o conceito de justiça e buscá-lo na forma cultural, que é a base do direito e que, portanto, não é metajurídica, mas parte do próprio direito, como não é estranho à árvore a raiz³³.

Dentre os doutrinadores brasileiros cabe destacar que este é o posicionamento de José Frederico Marques (1997, p. 295/298):

O caráter retributivo da pena torna imperiosa a sua aplicação quando o fato penalmente ilícito é praticado de maneira reprovável. Somente quem procede com culpabilidade, merece reprovação pela conduta ilícita que teve. Se o fato antijurídico não proveio de uma vontade ilícita, não se justifica a punição.

Tanto isto é exato que o legislador não teve dúvidas em considerar certas situações anormais do ato volitivo, para tornar não punível o fato típico e ilícito. O sentido ético da pena, como retribuição do mal praticado, não poderia permitir ou sufragar orientação diversa. Sobre a conduta ilícita pode incidir uma sanção extrapenal: o que se não compreenderia é que um comportamento desenrolado sob a direção de uma vontade não reprovável, fosse objeto de punição ou castigo.

Se o legislador consagrou esse entendimento, ao excluir a punibilidade nos casos de erro de tipo, coação irresistível e obediência hierárquica. *e erro de proibição* nada impede que diante de tais situações não previstas taxativamente na lei penal, em que inexista a normalidade do ato volitivo, formule-se o juízo de culpabilidade para afastar a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, visto reconhecer-se que não se podia exigir, em face das circunstâncias “hic et nunc” que rodearam a prática do fato, outro comportamento do agente.

Os artigos já citados, do Código Penal (arts. 20 e 22 *e art. 21*), traduzem a adoção, em forma expressa, de casos específicos de inexigibilidade de outra conduta. Consagra, assim, a lei o princípio geral de que não há culpabilidade quando o querer se devolve sob condições anormais que não tornavam exigível outra conduta.

Em face, pois, de situação semelhante em que a inexigibilidade está patente, deve ser excluída a culpabilidade, muito embora a hipótese não se enquadre nos dispositivos que tratam expressamente de formas específicas de inexigibilidade.

[...]

Ora, a aplicação da lei tem sentido teleológico e deve realizar-se em função das exigências do bem comum. Não se compreende, por isso, que um exacerbado fetichismo legalista, que confunde a ordem jurídica positiva com os textos expressos do “jus scriptum”, possa transformar o Direito Penal em instrumento de iniquidade. Desta maneira, não há por que deixar de admitir a exclusão da culpabilidade quando uma conduta típica ocorreu sob a pressão anormal de acontecimentos e circunstâncias que excluem o caráter reprovável dessa mesma conduta. Cortar, “a priori” uma forma genérica de inexigibilidade de outra conduta, como causa de exclusão da culpabilidade, ou é supor que o legislador penal tem uma onisciência

³³ Para mí el Derecho que, por cima y por debajo de su carácter formalista tiene naturaleza funcional, no debe jamás aparecer como injusto a los ojos del súbdito jurídico. Proclamando la justicia como fin del derecho habló Stammler del Derecho justo. No podemos decir a las gentes sencillas y honradas: “sí, señores, sí, la ley es justa, pero a veces perpetra ella injusticias y para corregir estas injusticias de la serie que la ley representa, tenemos (...) el indulto”. No podemos ni debemos decirselo. El intérprete ha de esforzarse en extraer de la ley el concepto de justicia y de buscarlo en la forma de cultura, que es la base del derecho, y que, por tanto, no es metajurídica, sino parte del derecho mismo, como no es ajena al árbol la raíz.

que em outros setores de direito ninguém afirma existir, ou então, considerar o Direito Penal uma espécie “*sui generis*” da ciência jurídica, em que não há omissões nem lacunas – verdadeira zona do universo jurídico, como imperativo das exigências sociais, deve ser de todo riscado.

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

É este o entendimento de Aníbal Bruno (1954) *apud* José Frederico Marques (1997, p. 298):

[...]a não exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode também funcionar com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível comportamento conforme o Direito. Esta aplicação encontra sobretudo oportunidade nos crimes por omissão, em que a pressão da situação total do momento anula no agente a capacidade de agir em cumprimento ao dever que lhe incumbe, deixando-o inativo, a permitir que se consuma o resultado danoso.

Assim, é possível notar que grandes doutrinadores pátrios corroboram a ideia de que a inexigibilidade de conduta diversa pode ser arguida como causa supralegal da culpabilidade nos casos em que não for expressamente previsto em lei, de modo a evitar-se a iniquidade. E ainda, que a inexigibilidade é causa genérica de exclusão da culpabilidade e também da ilicitude, haja vista que seria ela a essência de todas as causas de justificação, bem como das causas de exculpação.

6.4.3.3. Não reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

Há quem afirme que a inexigibilidade de conduta diversa não é causa excludente de culpabilidade supralegal e nem mesmo legal. Este é o posicionamento de Hans Welzel, que entende que culpabilidade esta presente desde que o agente sendo imputável

tenha conhecimento do injusto, mas ele não desconhece a inexigibilidade como fator importante na apuração da culpabilidade. Leciona Hans Welzel (1993) *apud* Leonardo Isaac Yarochevsky (2000, p. 50):

A chamada “inexigibilidade de conduta conforme o direito” não é nestas situações extraordinárias de motivação uma causa excludente de culpabilidade como a imputabilidade ou o erro de proibição inevitável, mas somente uma causa fática de exculpação, no sentido de que ordenamento jurídico apesar da existência de culpabilidade é concedida ao autor indulgência³⁴.

Neste diapasão também leciona Heleno Claudio Fragoso (1987, p.218)

A inexigibilidade refere-se a específica situação do agente, considerando-se as características de sua personalidade, pois a culpa é sempre reprovação pessoal. A inexigibilidade de outra conduta não funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo o critério objetivo para a exclusão da responsabilidade pessoa. As causas de inexigibilidade previstas na lei, no entanto, permitem a aplicação analógica.

Desta forma, para Heleno Claudio Fragoso embora a inexigibilidade de conduta diversa não seja considerada causa excludente de culpabilidade é possível nos casos concretos argui-la por meio de analogia as hipóteses previstas em lei.

Por fim, também corrobora a ideia de a inexigibilidade não ser causa supralegal de exclusão da culpabilidade Nelson Hungria (1958) *apud* Leonardo Isaac Yarochevsky (2000, p. 51):

A excepcional licitude de um fato correspondente a um tipo de crime somente pode ser encontrada na órbita do direito positivo. Não há causa supra, extra ou meta legais de exclusão de crime. A teoria da “conduta adequada à realização de um fato reconhecido pelo Estado”, de von Liszt, ou a do “meio justo para o fim justo” (princípio da justiça), de Graf Zu Domna (inspirada na teoria do direito justo, de Stammler) ou a norma de cultura de M.E. Mayer, não podem ser admitidas de *jure constituto*. Fim reconhecido pelo Estado (aprovado pela ordem jurídica) ou fim justo não exclui a ilicitude no meio empregado para consegui-lo, ainda quando proporcionado, desde que a lei lhe imprime o selo de sua desaprovação. As “normas de cultura” do mesmo modo que o “princípio de justiça”, ou estão apoiadas pela lei, e são normas jurídicas, ou não estão e redundam em princípios ajurídicos. Não há direito rondando fora, acima ou a *latere* da esfera legal. O supralegalismo de

³⁴ La llamada “no exigibilidad de conducta conforme a derecho” no es en estas situaciones extraordinarias de motivación una causa excluyente de la culpabilidad como la imputabilidad o el error de prohibición inevitable, sino sólo una causa fática de exculpación, en el sentido de que el ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor.

Mezger, defendido entre nós por Stevenson, é incompatível com o positivismo jurídico. O que está acima do *hortus clausus* das leis é um nada jurídico.

Desta forma, há uma posição bastante positivista daqueles que não admitem a supralegalidade da inexigibilidade de conduta diversa.

6.4.4. Furto famélico e inexigibilidade de conduta diversa

Como já visto a maior parte da doutrina e da jurisprudência enquadra o furto famélico como causa excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Entretanto, no mais das vezes a conduta do sujeito não preenche todos os requisitos para a configuração do referido instituto, isto é, na maior parte dos casos era possível que o sujeito tivesse agido de outra forma que não a lesão ao patrimônio de terceiro para saciar a fome.

Mas também não haveria razão para que o sujeito impelido pela fome fosse penalizado, motivo pelo qual se deve aplicar nestas situações a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, tendo em conta que embora a conduta possa ser típica e ilícita não é considerada culpável, isto é, não sofre reprovação social.

Assim, conforme leciona Leonardo Isaac Yarochevsky (2000,p. 49):

Se não podemos, por um lado, atribuir a criminalidade exclusivamente às condições de vida social da maioria da população, por outro, não podemos negar que essas condições (fome, miséria, analfabetismo etc.) muito contribuem para o desenvolvimento da criminalidade. É evidente que não podemos exigir de um homem indigente, faminto, desempregado, doente etc. que se comporte do mesmo modo que um homem bem alimentado, com bom emprego e saudável.

Portanto, deve-se observar a premissa de que todos “os iguais devem ser tratados igualmente bem como os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida da sua desigualdade”, para que assim prevaleça a justiça, de tal modo que o sujeito que pratica

um delito impelido pelo próprio instinto de sobrevivência não pode sofrer a mesma penalidade daquele que em condições normais pratica o mesmo fato.

Desta feita, denota-se que o melhor enquadramento do furto famélico se dá pela inexigibilidade de conduta diversa, contrariamente ao posicionamento que os Tribunais, magistrados e doutrinadores vêm adotando.

Ademais, cabe destacar que no nosso país as desigualdades sociais marca presença na sociedade, de tal modo que a criminalidade vem aumentando cada vez mais. Contudo, deve haver uma ponderação na penalização dos agentes, tendo em vista, que o próprio Estado em muitas situações deixa de cumprir seu dever perante o povo, isto é, deixa de fornecer condições mínimas de vida, tal como a saúde, alimentação, educação entre outros.

Assim, nos casos de furto famélico o agente encontra-se sem o mínimo de dignidade, de forma que a fome retira do ser humano a possibilidade de discernir o que é certo e o que é errado perante a sociedade, e, diante disto, é impelido a atuar pelos instintos mais primitivos que detém, isto é, atua conforme seu instinto de sobrevivência e autopreservação.

Portanto, não há como discordar que a questão do furto famélico encontra respaldo nas condições de vida miseráveis e indignas que os cidadãos se submetem, e, por conseguinte, a prática do furto, por mais que possa ser censurável, não ocasiona o dever do sujeito de agir conforme o ordenamento jurídico, isto é, diante das circunstâncias de fato não pode se exigir que um sujeito impelido pela fome atue como aquele que possui condições de vida minimamente dignas.

Diante de todo o exposto percebe-se que o furto famélico melhor se adequa a figura da inexigibilidade de conduta diversa do que ao estado de necessidade, visto que a conduta do indivíduo não é censurável, ou seja, não há crime, pois não preenchido o requisito da culpabilidade.

Assim, ao analisar a culpabilidade deve-se ter em conta as condições pessoais do agente bem como as circunstâncias do fato, de modo que se o sujeito se encontrava em situação anormal, pela qual não seria possível exigir um comportamento diverso, não haverá crime, e, portanto, o sujeito não é culpável.

Assim sendo, se a prática do ilícito teve como única e exclusiva finalidade a satisfação da fome do agente ou de outrem, não há que se falar em crime, conforme é possível verificar neste posicionamento jurisprudencial:

Admite-se o furto famélico àqueles que, vivendo em condições de maior indigência, subtraíam objetos aptos a satisfazer a privação inadiável, na qual padeciam tanto eles como seus familiares e dependentes. Ninguém furta gêneros alimentícios para acrescentá-los a seu patrimônio, fá-lo, tão-somente, para saciar a fome e atender as suas vicissitudes imediatas, pois que apenas a isso se prestam mercadorias de tal natureza. (TJ/PA. Ap. – Rel. Júlio Aurélio Moreira Coutinho – j. 16.11.1999)

Diante disto, nota-se que no mais das vezes é possível que se sacie a fome de diversas formas que não a prática de um ilícito, tal como pedido de ajuda, requisição em igrejas, troca de serviço, dentre outras soluções. Contudo, ante as condições pessoais do agente e da situação de fato não há como exigir-lhe que atue apenas conforme ordena o Direito.

Neste diapasão há o conflito entre o direito de propriedade de terceiro e a dignidade do agente, até mesmo porque exigir que o agente se submeta a situações por vezes humilhantes feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, e assim é ainda menos exigível, pois seria dever do Estado fornecer condições dignas de vida a seus cidadãos.

Portanto, conclui-se que a inexigibilidade de conduta diversa é a melhor forma de explicar a ausência de penalidade àquele que pratica um ilícito com a finalidade de saciar a fome.

No mais, o fato de não haver o legislador previsto expressamente a exclusão da culpabilidade nos casos de furto famélico não impossibilita a aplicação desta, visto que a supralegalidade da inexigibilidade autoriza a exclusão.

Por fim, o reconhecimento da inexigibilidade como forma supralegal de exclusão da culpabilidade tem como finalidade atingir os ideais de justiça que prevalecem em todo Estado Democrático de Direito.

7. CONCLUSÃO

O tema central deste trabalho foi o melhor enquadramento do furto famélico no ordenamento jurídico pátrio, de forma que se faz necessária algumas considerações acerca do tema.

Como visto, o furto famélico trata da hipótese que o sujeito impelido pela fome pratica a subtração de alimentos com o único fim de saciá-la. Assim, no furto famélico há o confronto entre os seguintes bens jurídicos: a vida, a integridade física e a propriedade.

Diante deste conflito, aplicando-se os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, denota-se que a vida e a integridade física merecem maior proteção estatal do que o direito de propriedade.

Desta forma, é possível se concluir que nos casos de furto famélico, embora o agente atue ilicitamente, sua conduta não sofre reprovação, pois era o próprio Estado quem detinha o dever de fornecer condições minimamente dignas para seu povo. Assim sendo, não incumbe ao Estado exigir que o sujeito atue conforme o Direito se ele mesmo deixou de cumprir com seus deveres perante a sociedade, ou seja, não cabe ao Estado exigir que o sujeito atue de forma diversa da que a fez a ponto de lhe prejudicar o direito à vida.

Ademais, o agente já encontra-se sofrendo o suficiente para que ainda lhe seja imposta uma nova sanção.

Partindo-se do pressuposto que o sujeito que pratica o furto famélico não merece punição, cabe agora destaque acerca do melhor enquadramento dentro do ordenamento jurídico.

Como já exposto doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando no sentido de que o furto famélico se enquadra ao instituto do estado de necessidade. Contudo, nos casos em que ausente o requisito da inevitabilidade de causar dano a outrem os Tribunais e magistrados condenaram os sujeitos pela prática do ilícito, o que ocasiona injustiça.

Diante disto, não é possível continuar a admitir a prática de tais injustiças, de modo que se procuram alternativas na busca de um Direito mais justo, e é neste diapasão que se enquadra o furto famélico como figura ligada à inexigibilidade de conduta diversa supralegal.

Assim sendo, o fato de não haver previsão legal acerca dos casos de furto famélico não impede que o magistrado faça uma análise do caso concreto para determinar a exclusão da culpabilidade, isto é, aplicando a inexigibilidade de conduta diversa supralegal.

Portanto, possível concluir que cabe aos operadores do Direito, na análise do caso concreto, buscar soluções mais justas e humanitárias para os casos do furto famélico, o que se enquadra perfeitamente no caso da exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta conforme o Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1

BEDIN, Cléia de Fátima. **A aplicação do princípio da insignificância no crime contra o patrimônio denominado furto famélico**. 2012. 68 f. Monografia (Graduação) – Universidade Comunitária da região de Chapecó, Chapecó, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15ª ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 7ª ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

BRASIL. Código penal (1940). **Código penal, Constituição federal, legislação penal**. 16. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EMENTA: Reforma agrária**. Mandado de Segurança nº 22164/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 1995. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/MS_22164_SP%20_30.10.1995.pdf>. Acesso em: 07 de março de 2012

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Furto famélico: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supralegal?. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5439>. Acesso em: 11 ago. 2012.

CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas; CABRAL, Bruno Fontenele. Furto famélico: natureza jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3017, 5 out.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20140/furto-famelico-natureza-juridica>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMONER, Waléria. Excludentes de Ilicitude Legais: o estado de necessidade e a legítima defesa à luz da origem da situação de perigo e à agressão. **JurisWay**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6864>. Acesso em 18. fev. 2012.

FONTES, Luciano da Silva. Culpabilidade: pressuposto da pena ou característica do crime?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 271, 4 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5047>>. Acesso em: 17 fev. 2012.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002/2004. (Maestros del derecho penal; 1)

FREUDENTHAL, Berthold. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Montevideo: B de F, Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2003. (Maestros del derecho penal ; 11)

GOLDSCHMIDT, James Paul. **La concepción normativa de la culpabilidad**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2002. (Maestros del derecho penal;7)

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Direito e ciências afins; 1)

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **A dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico e político do Estado**. 2002. 125 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.7.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da exclusão de ilicitude**: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.2.

_____. Furtos, saques e estado de necessidade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 24 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22732>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1982-1985. t. VI.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. Furto famélico e estado de necessidade. **Escritório Online**, Brasília, 23 nov. 2002. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=2835&artigo_id=5439>. Acesso em: 29 ago. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1. ed., atual. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Marcus Vinicius. **O princípio da insignificância e a sua aplicabilidade no direito penal brasileiro**. 2004. 46 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **A ignorância da antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARENTONI, Roberto Bartolomeu. Estado de necessidade. **Artigos.com**. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/estado-de-necessidade-1669/artigo/>>. Acesso em 18 fev. 2012.

PEREIRA, Grazielle Zampoli. **Furto famélico: estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa supralegal?**. 2005. 79 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2005.

PERETTI, Isabel Calvo. **O princípio da insignificância como causa excludente de tipicidade no direito penal brasileiro**. 2005. 44 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2005.

PIRES, André de Oliveira. **Estado de necessidade: um esboço à luz do art. 24 do código penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. v.1.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. v.2.

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **Direito penal 1: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Grijley, 2007.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SANTOS, Priscila Maria Krodi dos. **Causas de exclusão da tipicidade, ilicitude e culpabilidade nos crimes contra a fauna**. 2000. 65 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Mariana Geraldo e. **Da inexigibilidade de conduta diversa**. 2007. 62 f. Monografia (Graduação) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal: evolução histórica, escolas penais, valores constitucionais, princípios penais e processuais e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. Estado de necessidade como excludente de culpabilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5959>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a lei n.7.209 de 11-07-1984 e a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.