

## A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

Dayara Nepomuceno de LIMA<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Inexigibilidade de Conduta Diversa trata de uma hipótese de exclusão da culpabilidade. No entanto, é bastante discutida a natureza jurídica de tal Instituto, e, portanto, relevante uma análise crítica acerca de qual o melhor posicionamento a adotar para aplicar a mais ampla Justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do Direito. Tipicidade. Ilícitude. Culpabilidade. Inexigibilidade de Conduta Diversa.

### 1. INTRODUÇÃO

O intuito do presente trabalho é tratar acerca de uma das formas de exclusão da culpabilidade, qual seja: a Inexigibilidade de Conduta Diversa.

Como se sabe um dos objetivos estabelecidos na Constituição é a aplicação da Justiça, de tal forma que se faz necessária a criação e aplicação de institutos que tenham esta como finalidade precípua.

Desta forma, incumbe ao legislador e aos aplicadores do Direito buscar formas de se atingir tal objetivo, assegurando a todos os cidadãos a garantia de seus direitos previstos constitucionalmente em consonância com os ideais de justiça.

Assim, o legislador traz algumas hipóteses em que, embora um fato seja típico e ilícito, não será punido, em razão da ausência de reprovação social, de modo a evitar a iniquidade. Uma dessas hipóteses é a inexigibilidade de conduta diversa.

Entretanto, o legislador não é onisciente, e, portanto, não é capaz de prever todas as hipóteses em que se deva aplicar tal instituto, razão pela qual compete aos aplicadores do Direito esta incumbência, e é em razão disso que surge a problemática acerca do tema, isto é, a inexigibilidade somente deve ser aplicada

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. dayaralima@unitoledo.br

se devidamente prevista em lei ou há a possibilidade de se aplicar de forma supralegal?

Desta forma, o presente trabalho aborda a Inexigibilidade de Conduta Diversa, desde as suas origens, evolução e aplicação no Direito Penal Brasileiro, com embasamento nas vertentes doutrinárias que tratam do assunto, com a finalidade de analisar como deve ser interpretado e aplicado tal instituto para corroborar os ideais de justiça trazidos pela Carta Magna, razão pela qual o tema foi abordado.

Inicia-se o trabalho com a explanação da Teoria do Delito, que serve de base para que o referido Instituto viesse a surgir e evoluir. Assim, por meio das ramificações desta teoria, é que se conclui quando haverá a possibilidade de se alegar a presença de tal instituto.

Passa-se então a analisar o Instituto da Inexigibilidade de Conduta Diversa com mais afinco, começando pela sua origem e evolução, para tratar depois de seu conceito e definição sob os diversos enfoques dados pela doutrina.

Tecidas tais considerações, passa-se a examinar a natureza jurídica do Instituto, ponderando os pontos fortes e fracos de cada uma. E por fim, estabelecendo qual melhor se adéqua aos ideais de justiça.

## **2. TEORIA GERAL 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 acarrete um dano ou ocasione 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.

## **2.1. 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.

## **2.2. 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.

### **2.3. 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, ou seja, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade tratam de juízos de valor que incidem sobre um fato (ação ou omissão), gerando como consequência a valoração deste.

#### **2.3.1. 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 função 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, esta 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.

### 2.3.2. 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.

### **2.3.3. 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 o conceito de culpabilidade se altera.

#### **2.3.3.1. 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 fosse 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 nexo 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”. (BITTENCOURT, 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.

### **2.3.3.2. 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 Schuldbegriffs*" (Sobre a Estrutura do Conceito de Culpabilidade). Em tal obra Frank expõe que a culpabilidade deve ser analisada como ma juízo de valoração sobre a conduta do agente, tanto no que concerne aos elementos psicológicos do sujeito quanto às circunstâncias que cercam a conduta. Afirma, ainda, que a culpabilidade é vislumbrada no instante em que o agente atua de forma contrária ao Direito.

Ao se aprofundar no assunto, Frank insere mais um elemento a culpabilidade, de modo que além do elemento subjetivo (intenção do agente) é necessária a presença de um elemento normativo, qual seja, a reprovabilidade do ato praticado. Ademais, com essa inovação, o dolo e a culpa deixaram de ser espécies da culpabilidade e passaram a ser seus elementos, assim, recaindo sobre eles o juízo de valoração que determinava se uma conduta era ou não culposa.

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.

### **2.3.3.3. 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 fazem

parte da conduta (tipicidade), sendo que os elementos que compõem a culpabilidade são 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 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 em conformidade com o Direito.

#### **2.3.4. 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. 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.

#### **3.1. 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, guiá-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”<sup>2</sup>.

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. Freudenthal 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

---

<sup>2</sup> 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, 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 prevenía peligrosa, con el riesgo seguro de perder “su colocación y su pan”

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 registro<sup>3</sup>.

Em momento posterior os magistrados mostraram receio diante de uma aplicação demasiadamente geral da inexigibilidade, isto 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, como já dito, coube primeiramente a Frank Reinhard, quando da sua obra de monografia, dedicada à estrutura do conceito de culpabilidade, tratar acerca da inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade. Assim, denota-se que a inexigibilidade guarda ligação com a concepção normativa 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:

<sup>3</sup> 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.

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 salvar<sup>4</sup>.

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):

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

---

<sup>4</sup> Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto:

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.

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 autor<sup>5</sup>.

Assim, Freudenthal também se posicionou no sentido de que a exigibilidade seria um elemento da culpabilidade. Afirmava que a inexigibilidade deveria ser analisada tendo em conta a adoção de critérios que avaliassem a condição pessoal e individual do sujeito diante da situação concreta, de modo que “admitia a inexigibilidade como causa suprallegal de exclusão de criminalidade” (NAHUM, 2001, p. 78).

A inexigibilidade também foi objeto de estudo de James Goldschmidt, para o qual esta constituía elemento da culpabilidade, sendo que o pressuposto da inexigibilidade era o que Frank anteriormente havia denominado 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.

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. 112 e 117):

[...]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

---

<sup>5</sup> 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.

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.

[...] 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 dolo<sup>6</sup>.

Contudo, Goldschmidt dedicou-se especialmente a questão acerca dos casos de inexigibilidade estarem expressamente previstos em lei ou se tratavam de uma excludente suprallegal, concluindo que tratavam de uma causa excludente de culpabilidade suprallegal (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 suprallegais de justificação. Assim, como o reconhecimento das causas de justificação “suprallegais” baseia-se na ideia básica do interesse preponderante para a comunidade jurídica, o reconhecimento de causas de exculpação “suprallegais” 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 médio<sup>7</sup>.

Também tratou do tema Edmund Mezger, que inicialmente entendeu se tratar a inexigibilidade de um princípio genérico. Com o passar do tempo alterou seu posicionamento, afirmando que a inexigibilidade se tratava na verdade de “um poderoso instrumento do legislador e do aplicador do direito” (NAHUM, 2001, p. 78/79).

<sup>6</sup> [...] 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.

[...] 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.

<sup>7</sup> [...] la libre admisión de causas de exculpación no conduce a una “tautología” o a una “osteomalaxia” del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas de justificación. Así, como el reconocimiento de las causas de justificación “suprallegales” estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación “suprallegales” 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.



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

Posteriormente, ante a insegurança jurídica que o critério subjetivo da inexigibilidade criava, esta passou a ser apreciada de forma limitada, estabelecendo-se critérios objetivos para a aplicação desta, utilizando para tanto módulos genéricos, no qual se chegou à adoção do paradigma do homem médio, de tal forma que se analisava a possibilidade de que o homem médio atuasse em conformidade com o ordenamento jurídico naquele determinado caso.

Cabe destacar que somente com a reforma do Código Penal Alemão, em 1969, é que foi introduzida a inexigibilidade como causa legal de exclusão da culpabilidade, isto porque foi adotada a 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.

Nos casos de erro de tipo (artigo 20, do Código Penal), coação moral irresistível e obediência hierárquica (artigo 22, do Código Penal), a inexigibilidade de conduta diversa trata de causa excludente de culpabilidade, 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.

### **3.2. 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 de se falar em 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.

### **3.3. Entendimentos Acerca da Natureza Jurídica da Inexigibilidade de Conduta Diversa**

#### **3.3.1. 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.

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

### 3.3.2. 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 metódico<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> 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 de 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.

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

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 raiz<sup>9</sup>.

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 inexistia 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 desenvolve sob condições anormais que não tornavam exigível outra conduta.

---

<sup>9</sup> 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 decírselo. 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.

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.

O referido doutrinador se posiciona neste sentido em razão da necessidade de que a lei seja aplicada em consonância com o bem comum, não devendo ocorrer injustiças tendo como justificativa a chamada ordem jurídica positiva.

Desta forma, a inexigibilidade deve ser admitida como causa supralegal de exclusão da culpabilidade sempre que não se vislumbrar a reprovabilidade de uma conduta típica, devendo esta ser aplicada de forma genérica quando a conduta tiver sido praticada em condições tidas como anormais.

É este também 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, 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.

### **3.3.3. 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 indulgência<sup>10</sup>.

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 arguí-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 orbita 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

---

<sup>10</sup> 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.

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 sêlo 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 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.

#### **4. CONCLUSÃO**

A inexigibilidade foi criada e tomou forma juntamente com a evolução do conceito de delito. Desta forma, a exigibilidade de conduta passou a integrar o conceito analítico de crime, não podendo se falar em delito sem que haja reprovação social sobre a conduta do agente.

Entretanto, surgem discussões acerca da natureza jurídica desse elemento da culpabilidade, o que em certos casos tem o condão de causar injustiças, pois, eventualmente, pode haver punição sem que haja reprovação, o que contradiz as finalidades do direito penal, isto é, nestes casos há contrariedade com as finalidades da prevenção e retribuição da pena.

Assim, num contexto mais lógico e em consonância com a Justiça, vislumbra-se que, aparentemente, o melhor enquadramento é de que a inexigibilidade de conduta diversa seja analisada como causa genérica de exclusão da culpabilidade, isto porque, conforme já tratado, a inexigibilidade é um dos fundamentos para a instituição de todas as demais causas de exclusão da culpabilidade e também da ilicitude, isto porque em todas as hipóteses não se verifica a reprovação social.

Neste diapasão, não há razão para que não se admita a aplicação da inexigibilidade como forma supralegal de exclusão da culpabilidade, visto que diante das condições pessoais do agente e das circunstâncias de fato há a possibilidade de se vislumbrar a ausência de reprovabilidade da conduta do agente.



Portanto, a natureza jurídica da inexigibilidade de conduta diversa, que melhor se adéqua aos ideais de justiça, é a de causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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 cupabilidad**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2002. (Maestros del derecho penal;7)

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.

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

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

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

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

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