

As causas supralegais de exigibilidade de conduta diversa no ordenamento jurídico brasileiro

The supralegal causes of the requirement of different conduct in the brazilian legal system

DOI 10.5281/zenodo.13855147

Ivana Ribeiro e Fonseca¹

124

Resumo: O presente estudo aborda a teoria da exigibilidade de conduta diversa, um elemento da culpabilidade que visa proteger os bens e interesses do indivíduo e da coletividade. Trata-se de pressuposto da culpabilidade onde, em suma, comportamentos nos quais podem ser evitados, devem ser punidos. No Brasil, a exigibilidade da conduta diversa encontra-se estabelecida legalmente a partir de dois casos definidos como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, conforme artigo 22 do Código Penal Brasileiro de 1940, Entretanto, o legislador, em que pese sua previsibilidade, não foi capaz de elencar em *numerus clausus* todas as hipóteses, nem exaurir todas as situações passíveis de serem submetidas a julgamento, inclusive em relação às causas de exclusão da culpabilidade. Daí adotar-se a teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação. Na década de 90, no Brasil, houve uma mudança no entendimento jurisprudencial no qual o acolhimento da tese não acarretaria na famosa impunidade generalizada. Para tanto, a inexigibilidade não deveria sofrer uma avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso, devendo ser considerada no juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo juiz ou Tribunal. Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo reside na análise da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa no direito penal brasileiro, tendo como problemática a investigação dos parâmetros e fundamentações das decisões jurídicas ao considerar a tese das causas supralegais. A metodologia aplicada é de caráter exploratório, baseada em pesquisas bibliográficas e de abordagem qualitativa.

¹ Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, exercendo o cargo de Oficiala de Justiça. Mestranda em Direito Penal pela Faculdade Damas, com área de concentração em História do Pensamento Jurídico na linha de pesquisa História das Ideias Penais. Especialista em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Faculdade Maurício de Nassau (2006). Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (1999). E-mail: ivanarfonseca@yahoo.com.br.

Recebido em: 01/08/2024

Aprovado em: 29/09/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



Palavras-chave: Exigibilidade da conduta diversa. Causas supralegais. Culpabilidade.

Abstract: The present study addresses the theory of the exigibility of different conduct, an element of culpability that aims to protect the goods and interests of the individual and the community. It is a presupposition of culpability where, in short, behaviors that can be avoided should be punished. In Brazil, the exigibility of different conduct is legally established based on two cases defined as hypotheses of inexigibility of different conduct: irresistible moral coercion and hierarchical obedience, according to Article 22 of the Brazilian Penal Code of 1940. However, despite its predictability, the legislator was not able to list all hypotheses in numerus clausus, nor exhaust all situations that could be subject to judgment, including causes for the exclusion of culpability. Hence, the theory of inexigibility is adopted as a supralegal cause of exculpation. In the 1990s, in Brazil, there was a change in jurisprudential understanding in which the acceptance of the thesis would not lead to the notorious generalized impunity. Therefore, inexigibility should not undergo a subjective evaluation by the agent of the criminal act but should be considered in the judgment of culpability reproach, to be issued by the judge or Tribunal. In this context, the general objective of this study lies in analyzing the application of the theory of the exigibility of different conduct in Brazilian criminal law, with the problem being the investigation of the parameters and foundations of legal decisions when considering the thesis of supralegal causes. The applied methodology is exploratory in nature, based on bibliographic research and a qualitative approach.

Keywords: Exigibility of Different Conduct. Supralegal Causes. Culpability.

1 Introdução

A exigibilidade de conduta diversa imposta pela ordem jurídica é um elemento característico da culpabilidade no qual propõe resguardar os bens e interesses essenciais do indivíduo e da coletividade.

Trata-se de pressuposto da culpabilidade onde, em suma, comportamentos nos quais podem ser evitados, devem ser punidos. Para a investigação da exigibilidade dessa conduta é imprescindível que sejam consideradas a conjuntura do momento do fato típico em tese, sopesando as condições físicas e psíquicas do sujeito ativo.

Faz-se mister, dessa forma, serem apreciadas todo o contexto que envolver o fato para apuração desse elemento da culpabilidade. Em não podendo ser determinada a conduta diversa por parte do agente, haveria então a conduta típica e antijurídica, porém, a culpabilidade seria excluída, inexistindo o crime, tendo em vista não haver reprovabilidade nas situações em que não é exigível ao agente comportamento diverso.

No Brasil, a exigibilidade da conduta diversa encontra-se estabelecida legalmente a partir de dois casos definidos como hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, conforme artigo 22 do Código Penal Brasileiro de 1940.

Assim, a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa geral de exclusão de culpabilidade, instituída na ausência de censurabilidade de uma conduta, no momento em que era inexigível, em determinadas circunstâncias e com base nos padrões sociais vigentes. O doutrinador alemão Frank (2002) já havia introduzido esse elemento na culpabilidade, fundando assim a teoria psicológico-normativa onde a culpabilidade também se consistiria na imputabilidade e na culpa *lato sensu*.

Entretanto, o legislador, em que pese sua previsibilidade, não foi capaz de elencar em *numerus clausus* todas as hipóteses, nem exaurir todas as situações passíveis de serem submetidas a julgamento, inclusive em relação às causas de exclusão da culpabilidade. Daí adotar-se a teoria da inexigibilidade como causa supralegal de exculpação.

Na década de 90, no Brasil, houve uma mudança no entendimento jurisprudencial no qual o acolhimento da tese não acarretaria na famosa impunidade generalizada. Para tanto, a inexigibilidade não deveria sofrer uma avaliação subjetiva do próprio agente do fato criminoso, devendo ser considerada dentro de seus próprios limites, qual seja, no juízo de reprovação da culpabilidade, a ser emitido pelo juiz ou Tribunal.

Tais jurisprudências seguiram inclusive o que o próprio Código Penal adotou em 1984, qual seja, o princípio *nullum crimen sine culpa*, isto é, “não há pena sem culpa”. Desse modo, seria bastante incoerente conceber a aplicação de pena criminal em hipótese de inexigibilidade de outra conduta, isto é, quando o agente fez a única coisa que lhe era humanamente possível fazer.

Ato contínuo, a possibilidade de afastar a culpabilidade com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal foi paulatinamente consolidada pelos tribunais.

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo reside na análise da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa no direito penal brasileiro, tendo como problemática a investigação dos parâmetros e fundamentações das decisões jurídicas ao considerar a tese das causas supraleais.

Ademais, a complexidade e a inexatidão do conceito de inexigibilidade de conduta diversa tornam a análise da interpretação dos aplicadores do direito penal uma tarefa desafiadora, mas essencial para uma compreensão mais profunda do tema.

A metodologia será baseada em pesquisas bibliográficas, primordialmente em legislações e jurisprudências. Por esse motivo, terá caráter exploratório e abordagem qualitativa.

2 A exigibilidade de conduta diversa e as causas supralegais no ordenamento jurídico brasileiro

127

2.1 A construção da teoria no Brasil

Como resultado da necessidade imposta pelo artigo 179, parágrafo 18, da Constituição de 1824, o Código Criminal do Império se destacou por sua singularidade, introduzindo inovações como a definição da cumplicidade e seus efeitos, a previsão de circunstâncias atenuantes, entre outras. Com esse código, procurou-se adaptar as leis penais à evolução da realidade vigente (FIGUEIRÊDO, 2017).

Já o Código Penal de 1890 recebeu críticas significativas, pois adotava uma postura oposta ao abraçar princípios classistas e resistir às ideias reformistas contemporâneas. Em pouco tempo após sua implementação, surgiram apelos para uma nova reforma devido às insatisfações percebidas (FIGUEIRÊDO, 2017).

De acordo com Aníbal Bruno, o primeiro Código da República foi considerado menos infeliz que seu antecessor. No entanto, a pressa com que foi elaborado resultou em prejuízos em vários aspectos, e a crítica pôde apontar, de maneira fundamentada, sérias falhas, muitas vezes com um tom excessivamente severo. Não demorou muito para que a ideia de reformá-lo ganhasse destaque, e em menos de três anos de vigência, o primeiro projeto para substituí-lo já estava em discussão. Apesar das tentativas de reforma ao longo do tempo, o Código continuou sendo modificado com alterações e adições, buscando corrigir defeitos, completá-lo e adaptá-lo às novas condições práticas ou científicas (BRUNO, 2003 apud FIGUEIRÊDO, 2017).

O Código de 1980, em seu artigo 28, introduziu uma hipótese que, nos dias de hoje, é considerada uma causa legal de exclusão da exigibilidade de conduta diversa no Brasil. O dispositivo estabelece a ideia de obediência hierárquica que vigorava na época como uma

justificativa para isenção de pena. O artigo afirma que "a ordem de cometer crime não isentará de pena aquele que o praticar, salvo se for cumprida em virtude de obediência legalmente devida a superior legítimo e não houver excessos nos atos ou na forma de execução" (FIGUEIRÊDO, 2017).

Se presentes os critérios delineados na norma mencionada, a conduta do subalterno não era considerada passível de punição. No entanto, na ausência de um ou outro requisito, a legislação penal republicana exigia a mitigação da censura quando o agente agia sob ordens de um superior hierárquico, de acordo com o artigo 42, parágrafo 8º, que estipulava como uma das circunstâncias atenuantes o fato de o delinquente ter cometido o crime em obediência à ordem de um superior hierárquico (FIGUEIRÊDO, 2017).

Após várias iniciativas para substituir o Código Penal de 1890, em 7 de setembro de 1940, foi promulgado um novo Código Penal que adotou uma abordagem eclética em relação aos seus princípios, buscando conciliar concepções da Escola Clássica com aquelas da Escola Positiva, veja-se:

os elaboradores do Código tinham diante de si não só o Projeto Alcântara Machado, sobre o qual diretamente se apoiou o seu trabalho, e o Projeto Sá Pereira com as críticas e discussões que se desenvolveram em volta dele, mas ainda os modernos projetos e códigos da Europa, a cuja corrente, da chamada política criminal, veio naturalmente filiar-se o novo Código. Uma legislação que, ao lado da concepção objetiva do crime, acolhe a sua concepção sintomática, conduzindo ao dualismo, culpabilidade-pena, perigosidade criminal – medidas de segurança, mas fazendo sentir-se no Código um sopro salutar de realismo com a consideração em mais de um ponto da personalidade do criminoso, que não é uma abstração, mas uma realidade natural-social. A política de transação ou conciliação, a que se refere a Exposição de motivos, permitiu que os traços de inspiração positivista dessem um aspecto novo e sadio à fisionomia geral do Código (BRUNO, 2003, p. 106 apud FIGUEIRÊDO, 2017).

O Positivismo exerce uma influência mais significativa no Código de 1940 em comparação com a influência de Carrara e do neoclassismo. Além disso, a Constituição de 1937 representou uma quebra com a tradição liberal imperial de 1824 e as constituições republicanas liberais de 1891 e 1934 no Brasil. O Direito Penal, ao se normatizar conforme a vontade do opressor, tornou-se indiscutivelmente o instrumento mais eficaz para legitimar a nova ordem estabelecida (PIERANGELI, 2004 apud FIGUEIRÊDO, 2017).

Em relação à teoria do crime, o Código de 1940 adotou a teoria causalista da ação e, conseqüentemente, no que diz respeito especificamente à culpabilidade, optou pela consagração

da teoria psicológica. Isso ocorreu mesmo considerando que, na Europa, a teoria psicológica-normativa da culpabilidade já estava em processo de consolidação. Como resultado dessa escolha, a exigibilidade de conduta diversa, um elemento normativo da culpabilidade, foi dissociada, uma vez que, conforme mencionado, a teoria psicológica entende a culpabilidade como um vínculo puramente psíquico e subjetivo entre o autor e o fato, expresso nos conceitos de dolo e culpa (FIGUEIRÊDO, 2017).

Apesar dessa limitação, o Código Penal de 1940 reconhece a coação moral irresistível e a obediência hierárquica como motivos que hoje são entendidos como causas de isenção de pena. Conforme indicado na Exposição de Motivos, "na coação irresistível e na ordem de superior hierárquico, é excluída a responsabilidade do autor imediato do crime, sendo que apenas o autor da coação ou da ordem é responsabilizado" (FIGUEIRÊDO, 2017).

Entre 1940 e 1960, ocorreram substanciais transformações no contexto político e social do Brasil. Diante dessas mudanças, surgiram iniciativas para revisar as normas legais em vigor, incluindo, naturalmente, o Código Penal, que, desenvolvido com base no princípio da codificação, buscava abranger integralmente o âmbito penal, prevenindo assim a multiplicidade de leis dispersas. Em 1969, por intermédio do Decreto-lei 1.004, o projeto foi convertido em um novo Código Penal. Contudo, devido à instabilidade política, sua aplicação foi adiada por quase uma década, sendo revogado em 1978, antes mesmo de entrar em vigor (FIGUEIRÊDO, 2017).

A próxima mudança no sistema penal brasileiro ocorreu em 1984. Em relação à teoria do crime, contempla a teoria finalista da ação de Welzel, abandonando, de uma vez por todas, o causalismo. Consequentemente, especificamente quanto à culpabilidade, adotou-se a teoria normativa pura, filiando-se ainda, em relação ao estado de necessidade, à teoria unitária, considerando assim que, nos casos em que os bens jurídicos forem de igual ou de menor valor, sacrificados em circunstâncias de estado de necessidade, deve ser excluída a antijuridicidade (FIGUEIRÊDO, 2017).

Consagrou-se igualmente, sem restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposos.

Especificamente em relação à exigibilidade de conduta diversa, o Código Penal atual claramente a consagra, mesmo que de forma indireta, ao prever explicitamente os institutos da

coação moral irresistível e da obediência hierárquica no art. 22 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Ao dizer que o agente não é punível, mas sim o autor da coação ou da ordem, utiliza expressão que coaduna com as dirimentes, ou seja, evidencia que trata-se hipóteses de exclusão da culpabilidade.

No caso de coação moral irresistível, o coagido pratica um fato típico e antijurídico, sob a ameaça de mal injusto e grave, motivado por esta, o injusto penal por ele cometido não lhe deve ser imputado em virtude da coação a que foi submetido, por não ser possível exigir uma conduta conforme o direito. Caracteriza-se, portanto, pelo vício da vontade do agente que se encontra obrigado a praticar conduta ilícita, sob pena de sofrer algum mal (agressão, lesão a bem, a si mesmo ou ente querido) (FIGUEIRÊDO, 2017).

A obediência hierárquica, como dito, também constitui causa legal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Ocorre quando um funcionário público pratica um injusto em decorrência de ordem de um superior hierárquico, não manifestamente ilegal, não sendo considerado exigível, nessas condições, um comportamento conforme o direito (FIGUEIRÊDO, 2017).

É certo que o estudo da exigibilidade de conduta diversa no sistema jurídico Brasil não pode se omitir com relação à interpretação jurisprudencial acerca dessa temática, notadamente, em uma pesquisa que tem por objeto a análise da admissão pelo Poder Judiciário de causas supraleais de exclusão (FIGUEIRÊDO, 2017).

Isso porque, ao lado da construção história verificada nos Códigos Penais brasileiros, há uma rica colaboração da jurisprudência no sentido de evidenciar os traços da exigibilidade de conduta diversa, cooperando, assim, com a difícil tarefa de caracterização pormenorizada desse instituto (FIGUEIRÊDO, 2017).

Dada a própria natureza normativa e conseqüente complexidade ou inexatidão do conceito de inexigibilidade de conduta diversa, a análise da interpretação daqueles que aplicam o Direito Penal aos casos concretos mostra-se de suma importância quando se almeja uma compreensão mais profunda do mesmo.

3 Entendimento jurisprudencial da teoria

3.1 A fundamentação das decisões supralegais pelo Magistrado com respaldo no Direito Penal

No estudo sobre a determinação da culpabilidade, Asúa (1967) discutiu o papel do Juiz na avaliação dos fatos, destacando que aqueles que defendem que a determinação da culpabilidade começa com a análise do estado psicológico do autor, é o Juiz quem deve fazer a avaliação para determinar a reprovação.

Ao abordar as críticas sobre a extensão do princípio da não exigibilidade a casos além do direito positivo, a aplicação não se resume a um julgamento exclusivamente individual do agente sobre a exigibilidade de seu comportamento. Na verdade, é incumbência do Juiz, como expressão do juízo de reprovação e levando em consideração o contexto do sistema penal, avaliar a gravidade da situação em que o sujeito age (BETTIOL, 1995).

É evidente uma preocupação inegável com a avaliação dos fatos pelo Juiz. Isso porque ele é responsável pela decisão de traduzir, no caso específico, a fórmula negativa, qual seja, a análise da causa de exclusão da culpabilidade pela não exigibilidade de outro comportamento. Ademais, além de traduzir o juiz também deve transformar esta fórmula em sua sentença, indicando assim a existência ou não do juízo de reprovação do agente (AMORIM, 2012).

A questão se torna mais intrincada com a possibilidade de o Juiz analisar a causa supralegal de não exigibilidade, uma vez que o cenário considerado suficiente para justificar a não reprovação do agente não está previsto na legislação vigente, ou seja, não encontra respaldo no direito positivado. Enquanto alguns setores da doutrina questionam a legitimidade das decisões judiciais que extrapolam os casos previstos em lei, a aceitação dessa supralegalidade pelo Juiz passa a depender da verificação de certos critérios específicos no caso em questão. Portanto, mesmo considerando a capacidade do Juiz de decidir nessas circunstâncias sem o respaldo do direito positivo, a doutrina expressou uma clara preocupação com a necessidade de fundamentação e motivação judiciais sólidas ao estabelecer modelos para identificar e enquadrar os casos de julgamento que ultrapassam os limites legais. (AMORIM, 2012).

Anteriormente, a garantia da motivação das decisões era considerada principalmente como uma salvaguarda técnica, visando fornecer às partes o conhecimento necessário da fundamentação para contestar a decisão, permitindo que os tribunais de segunda instância avaliassem a legalidade da decisão. Todavia, atualmente, essa garantia é vista como uma

questão política, assegurando a própria jurisdição, e os beneficiários da motivação não se limitam apenas às partes envolvidas, mas se estendem a toda a comunidade e ao próprio sistema judiciário, possibilitando que todos verifiquem se o Juiz decide de forma imparcial e com base em um entendimento adequado do caso (AMORIM, 2012).

No Brasil, a motivação passou a ser considerada como uma garantia fundamental da própria função jurisdicional, obtendo status constitucional, conforme observada na Carta Magna de 1988. Desde então, é explicitamente reconhecido que a liberdade de decisão do Juiz é limitada pela obrigação de fundamentar suas decisões sob pena de nulidade absoluta, nos termos dos artigos 93, inc. IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Observa-se então que uma sentença pode ser motivada levando em consideração a análise sob várias perspectivas. Em termos de doutrina, esta ressalta a importância de evidenciar o raciocínio e a atividade intelectual do Juiz; a conformidade da decisão com o Estado de Direito e com as garantias constitucionais, e, sobretudo, a capacidade de verificar a legalidade e a legitimidade dessa decisão (AMORIM, 2012).

Conforme apontado por Ricardo Andreucci (1989) o direito penal, devido à sua natureza, não permite um rigorismo tipológico estrito, proporcionando uma ampla margem de apreciação judicial sobre lacunas, contradições, elementos do crime e da pena.

Desse modo, tem-se que as restrições à discricionariedade do poder não eliminam a considerável margem de avaliação que o Juiz penal possui em relação ao fato, o que, é claro, não elimina a necessidade de o Juiz se basear na legislação existente e explicar os fundamentos de sua decisão.

Ricardo Andreucci (1989) aponta que a questão da discricionariedade judicial não é nova, e tem sido alvo de questionamentos sobre a liberdade de escolha dos motivos pelo Juiz, sua capacidade ilimitada de decisão e sua relação com os requisitos legais, entre outras preocupações. Diante da impossibilidade de o direito antecipar todas as situações e peculiaridades de cada caso concreto, a criação do direito por meio da atividade judicial não decorre apenas da falta de previsão e da lógica limitada do legislador, mas busca encontrar o equilíbrio adequado que supere o conflito entre a forma e a realidade.

O fato de uma decisão judicial ser tomada com base em critérios de suprallegalidade, afastando-se da rigidez das normas estabelecidas, não significa que ela careça de fundamentação no que diz respeito à necessidade de justificação e explicação do raciocínio do

jugador. Na verdade, os novos parâmetros que moldam a atividade judiciária como um poder criativo, que incluem influências valorativas provenientes de áreas como psicologia, sociologia e política, provocaram mudanças significativas na ideia de neutralidade. Isso permite que o Juiz não apenas deixe de aplicar rigidamente a letra da lei, mas também julgue em desacordo com ela, quando em benefício do réu (AMORIM, 2012).

Desse modo, no campo do direito penal, esses conceitos são ainda mais robustos devido à flexibilização do princípio da legalidade em favor do réu e às particularidades do princípio da culpabilidade.

Dessa forma, amplia-se o papel do Juiz como um agente formador do direito, mais próximo das partes envolvidas, dos fatos e de todas as circunstâncias pertinentes, visando alcançar a decisão mais justa e apropriada. Essa abordagem renovada da aplicação do direito oferece o contexto propício para a adoção de causas supraleais de não exigibilidade de conduta diversa.

Destarte, o papel do Juiz se expande como um criador do direito, estando mais próximo das partes, dos eventos e de todos os fatores relevantes para alcançar uma decisão justa e adequada. Essa nova perspectiva na aplicação do direito proporciona o ambiente ideal para considerar a adoção de causas supraleais de não exigibilidade de conduta diversa.

3.2 Construção da jurisprudência nacional

Foi em 1988 que ocorreu uma das primeiras decisões notáveis no qual reconheceu a não exigibilidade de conduta diversa em uma situação não prevista pela legislação. Esta decisão refere-se a um Recurso de Apelação nº 488.605/7, na qual foi analisada pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo (FIGUEIRÊDO, 2017).

Apesar do acusado ter sido condenado inicialmente por lesão corporal leve em um acidente de trânsito, no mencionado Recurso de Apelação, o próprio Ministério Público se alinhou com a argumentação da defesa, concordando que não seria razoável exigir uma conduta diferente do acusado, o que resultaria na ausência de culpabilidade. Isso porque, no caso em concreto, o acusado estava dirigindo seu veículo em meio a uma comemoração com grande número de pessoas, quando foi violentamente atacado com chutes, bombas e atos de vandalismo. Nessa situação, visando afastar-se da multidão e proteger a segurança da sua

família que estava no interior do seu veículo, o acusado seguiu adiante, resultando em lesões físicas em outra pessoa.

Em 1988, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal era de rejeição à teoria das causas supralegais de exclusão de crime ou culpabilidade no sistema jurídico brasileiro. O Tribunal afirmava que era apropriado, ao elaborar as perguntas para o júri, fazer referência ao estado de necessidade em vez da inexigibilidade de conduta diversa (FIGUEIRÊDO, 2017).

No entanto, ficou claro no *Habeas Corpus* 66.192-1 de 1988 que o Supremo Tribunal Federal rejeitou a ideia de aceitar causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

O mencionado *habeas corpus* buscava contestar a validade de um processo no qual a sentença impôs uma pena de mais de oito anos de reclusão, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. A suposta nulidade estava relacionada à violação do direito de defesa, que se manifestou na suposta manipulação feita pelo Juiz

Presidente na formulação dos quesitos sobre inexigibilidade de conduta diversa por estado de necessidade, impedindo questionamentos aos jurados sobre a possibilidade de reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa com base na alegação de não ser viável aceitar uma tese supralegal (FIGUEIRÊDO, 2017).

A Corte, embora tenha mencionado as obras de Assis Toledo e de Damásio de Jesus, decidiu fundamentar sua decisão na doutrina de Heleno Fragoso, a qual possuía o entendimento de não permitir a consideração de causas supralegais como justificativa para a inexigibilidade de conduta diversa.

Em contrapartida, fortalecendo a posição do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e seguindo a doutrina da época, o então ministro do Superior Tribunal de Justiça e defensor fervoroso da teoria, Francisco Assis de Toledo, cujo posicionamento foi claramente exposto em uma obra publicada em 1994, emitiu um voto importante reconhecendo a possibilidade de absolver com base na inexigibilidade de conduta diversa supralegal, inclusive permitindo sua utilização como argumento de defesa perante o Tribunal do Júri. Portanto, em 1990, através do Recurso Especial 2492/RS, foi confirmada a viabilidade de apresentar a argumentação em um julgamento pelo júri, com os questionamentos sobre a exigibilidade de conduta diversa sendo direcionados aos jurados (FIGUEIRÊDO, 2017).

É crucial ressaltar que os argumentos apresentados pela relatoria no mencionado Recurso Especial, os quais receberam elogios do Ministro José Dantas em seu voto,

estabeleceram as bases para que a teoria da aceitação de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa fosse posteriormente reafirmada pelo judiciário em geral (FIGUEIRÊDO, 2017).

Nesse contexto, foi destacado que não havia motivo para a preocupação manifestada por alguns estudiosos da época de que a aceitação da referida teoria resultaria em impunidade generalizada, sob a condição de se considerar a inexigibilidade dentro de seus próprios limites, inserida no juízo de reprovação da culpabilidade, a ser feito pelo juiz ou pelo Tribunal, e não apenas como uma avaliação subjetiva do próprio agente do crime.

Desse modo, foi reconhecido a contradição nos casos de se aplicar uma pena criminal em casos de inexigibilidade de outra conduta, ou seja, quando o agente fez o único comportamento humanamente possível. Por consequência, houve aos poucos uma certa consolidação dos tribunais em adotar o entendimento de afastamento da culpabilidade aderindo a teoria da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal.

A magnitude dessa consolidação é tão significativa que, aos poucos, os precedentes do Poder Judiciário brasileiro têm se preocupado menos em justificar a aceitação de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa.

Desse modo, observa-se então que a motivação antes discutida já não é mais tão necessária, pelo que se parte do pressuposto de que não há mais discussão, pelo menos relevante, sobre o assunto. Isto é, a extensão da sedimentação mencionada já é tão grande que, por algum tempo, os precedentes do órgão jurisdicional brasileiro nem mesmo se preocuparam em justificar a admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, eles partem do princípio de que não há mais discussão relevante sobre o assunto e, portanto, a motivação nesse sentido é desnecessária.

4 Conclusão

A análise da fundamentação das decisões judiciais no contexto da teoria da inexigibilidade de conduta diversa revela a complexidade e a importância desse instituto no direito penal brasileiro.

Diante do estudo analisado, é possível concluir que a inexigibilidade de conduta diversa, em que pese sua aceitação gradual e consolidada na jurisprudência brasileira, ainda possui

limites desconhecidos da consideração acerca da sua existência ou inexistência. Isso decorre da falta de logicidade da esquematização na escolha dos valores aceitos como capazes de limitar a liberdade, o que resulta na obscuridade dos limites da causa da exculpação analisada.

Nesse contexto, prevalece um sério questionamento no tocante a utilização de causas supralegais como exclusão de culpabilidade. Isso porque no Brasil, não há uma definição precisa do que seja a exigibilidade de conduta diversa.

Ao passo que não são conhecidos os limites para a admissão de causas supralegais, são ocultos também os contornos da exigibilidade de conduta diversa em si. Assim, na medida em que são incógnitos os casos em que deve ser considerado inexigível uma ação conforme o Direito, a ideia de exigibilidade de conduta diversa torna-se indefinida, carente da precisão necessária para um instituto com tal natureza atingir satisfatoriamente os seus objetivos dentro do sistema penal.

Como consequência, a ausência de indicação das balizas que devem nortear uma decisão sobre a exigibilidade de conduta diversa ainda serve de móvel para uma sensação de insegurança que, por sua vez, torna os julgadores resistíveis a admissão da tese em casos em que a admissão seria adequada e vice-versa.

Certamente, os debates doutrinários sobre a definição e estabelecimento de critérios para identificar as causas excludentes supralegais de inexigibilidade de conduta diversa seriam úteis ao juiz ao aplicar a excludente supralegal. Isso se deve à ampla extensão do campo de atuação dessas causas não legisladas, impedindo a condenação quando circunstâncias anômalas são suficientes para alterar a conduta do agente no evento considerado típico e antijurídico.

Contudo, o fato de uma conduta não se encaixar na classificação elaborada pela doutrina não deve automaticamente levar o juiz a descartar a excludente, assim como a falta de previsão legal também não o faz. Isso ocorre porque a decisão de adotar ou descartar uma justificativa - independentemente do contexto histórico e doutrinário envolvido na análise judicial - deve estar intimamente ligada à própria avaliação do juiz.

Não obstante, a construção histórica e doutrinária da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, mostra em algumas passagens que a doutrina penal brasileira tem se adaptado às demandas de uma sociedade em constante transformação.

A aceitação de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa reflete na busca de uma visão mais humanista e equitativa do direito penal, que visa equilibrar a rigidez das normas legais com a realidade dos fatos e as particularidades de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal – La ley e el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot - Editorial Sudamericana, 1967.

137

AMORIM, Maria Carolina de Melo. **A identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa: viabilidade na redução de casos práticos a fórmulas doutrinárias?** Tese de mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2012.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo: RT, 1989.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Traducción DE Jose Luis Guzman Dalbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1995.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 11 mai. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 Maio. 2024.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2002.

FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. **Culpabilidade: análise acerca do caminho utilizado pelo poder judiciário brasileiro para identificação e seleção de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2017.